Adliye Ceridesi

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Yirmi Sekizinci Sene

1 inci Sayı

1956 SA 94
MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Hapisane Matbaası
1937

5

İkrar tecezzi eder der isek birinci misalde 300 liraya aldım sözünü ikrar ve parasını verdim veya ödedim sözünü defi ve ikinci misalde birinci kısmı ikrar ve semen bir sene müecceldi sözünü dava addederek her iki misalde beyanı tefrik ve taksim edeceğiz.

İkrar tecezzi etmez dersek müddeaaleyhln cevabı bir kül ve binnetice inkârdır diye mütalâa eyleyeceğiz.

Anlaşılıyor ki: Mes'ele daha ziyade beyyinenin hangi tarafa tahmili lâzım geleceği mes'elesidir. İkrarın tecezzisi halinde beyyine müddeaaleyhe ve yemin müddeiye ve ademi tacezzisi halinde yemin müddeaaleyhe tevcih olunacaktır.

İkrar ne gibi yerlerde tecezzi eder ne gibi yerlerde tecezzi etmez.

İkrar üç kısma taksim edilmektedir:

1 — Basit ikrar

2 — Mevsuf ikrar

3 — Mürekkep ikrar

Basit ikrar: başka bir iddia ve müdafaayı tazammun etmiyen ikrardır.

Mevsuf ikrar: Esas hadiseyi kabul ile beraber o hadiseye müteallik bir vasfı tazammun eden ikrar diye tarif olunabilir. Bu vasıf nefsi hadiseye veya akitlerde makudünaleyh ve makudünbih gibi akdin cüzlerinden birine ait olur.

Meselâ: Haksız bir fiil sebebile tazminat davasına karşı şu cihetle fiilin hakka mugayir olmadığını veya akitte hiyar veya semende ecel veyahut mebi de bir vasıf şart kılındığını iddia gibi.

Mürekkep ikrar: İkrar olunan hususun hükmünü iskat edecek mahiyette bir hadiseyi ihtiva eden beyandır. İkinci hadise ya asıl hadiseye mürtabıt veya gayri mürtabıttır.

Mürtabıt hadiseler fer'î ve gayri mürtabıt hadiseler müstakil ve ayrı hükümlere tabi olan hadiselerdir.

Meselâ: Semen davasına karşı müddei beni ibra etmişti veya borcu filanın üzerine havale etmiştim veya şu mal üzerine sulh olmuştuk gibi hadiseler birer müstakil vakıadır. Çünkü gerek mahiyet; gerek hüküm itibarile bunların ayrı bir tekevvünleri vardır. Borcu ödemek gibi zarurî ve fer'î bir netice değildir.

Basit ikrarlarda H.U.M. kanununun 236 ıncı maddesindeki hükümler

işaret eden lâstikli tabirler de kullanılmıştır. Meselâ bir şahsa verilecek olan bir edanın « âdilâne » veya « münasip » sıfatlarile ifade edilmiş olması gibi. Nihayet hâkimin tayini olmaksızın haddizatında filen tatbiki mümkün olmayacak surette genel tutulmuş bir kanunî hükmün konulduğu da vardır.

B. Nasıl? Şüphesiz ki hâkim, takdirini yaparken de serbest hukuk buluşunda olduğu gibi salt sübjektif unsurlarla yani keyf, muhabbet, nefret, his ile hükmedemeyip yine orada olduğu gibi kararını, objektif, şey'î mülâhazalara tutundurmak mecburiyetindedir. Hususile hâkim kararını verirken, kanun hükmünü muhafaza etmekle beraber bu kararın mümkün olduğu kadar âdil olmasına ve mevcut münasebet ve icaplara uygun düşmesine ve sert ve kısır olmamasına dikkatle mükelleftir. Bunu 4 üncü madde şu suretle ifade eder: Hâkim kararını hak ve nısfet dairesinde vermeğe mecburdur.

Her ne kadar borçlar kanununa taallûk eder ise de federal mahkemenin şu kararı bizeörnek olur: Borçlar kanununun 163 (161) inci madde 3 üncü fıkrası mucibince hâkim fahiş gördüğü cezaları takdiri dairesinde indirir. Burada hâkimin takdirine bırakılmış iki mes'ele vardır: Bir cezaî şart ne vakıt fahiş derecededir. Ve ne mıkdara kadar indirilmek lâzımdır. Federal mahkemenin sabit içtihadına göre her iki noktada en önce cezaî şartın o cezaî şartla himaye edilmekte olan menfaate nisbeti göz önünde tutulur. Fakat yine mahkemenin işaret ettiği veçhile halin diğer icaplarına da meselâ mükellefin malca olan eda kudretine ve ekonomi cihetinden serbest olmayan vaziyetine bakılır.

§ 4. Hakkın kullanılması

I. Esas kurallar

1 inci madde doğrudan doğruya hâkime hitap ettiği, kaza işinde ona temeller verdiği halde 2 inci madde, metne göre, muayyen bir hareket tarzı, eyi niyet kurallarına riayeti emretmek suretile hususî şahsa taallûk eder. Şüphesiz bu, ferdin hareketini, davadan önceki muamelelerini ve bu suretle tayin edilen hukukî münasebetin muhtevasını takdir ederken hâkimin de ayni eyi niyet kurallarına esas ittihaz etmesi mükellefiyetini ihtiva etmektedir. 1 inci fıkra şekil itibarile taraflar hakkında bir emir

akdi mükellefiyetlerin ipkası hüsnüniyet kurallarına bir muhalefet teşkil eyleyecek bir tarafın iktisadî harabisini tazammun edecek surette vaziyetin temelli bir değişikliğe uğramayacağı şartı altında bağlanmak isteklerini farz ve kabulden ibarettir.

B. Kanun hükümlerinin tefsiri ve bütünlenmesi. Tefsir ve bütünleme, şübjektif hakların muhtevası ve sınırı hakkında âmil olduğuna göre bunlar, eyi niyet, tarafların, üçüncü şahısların ve âmmenin korunacak menfaatları ve mümkün olduğu kadar temin edilecek şekilde yapılmak lâzımdır. 2 inci madde 1 inci maddede hâkime verilen talimatları bu cihetten tamamlar [*].

Federal mahkeme kararlarından bir iki misal verelim: 1. Roma hukukuna aykırı olarak medenî kanun, hiç bir yerde üçüncü şahıs tarafından başka birinin malı üzerinde yapılan tasarrufun, tasarruf eden kimse o malı sonradan edinmekle sıhhata inkilâp edeceğine dair bir kural söylememiştir. Fakat böyle bir kural medenî kanunun 2 inci maddesine, muamelelerde eyi niyetle hareket etmek lüzumuna dayanarak ve hatta yalnız başka birinin malını satmak gibi maddî şeyler üzerindeki tasarrufta değil haklar ve alacaklar ve bu gibi şeyler üzerindeki tasarruflarda da kabul olunmak lâzımdır.

2. Yeni bir firma adı alan kimse şüphesiz başkalarının kanunca temin edilmiş olan firma haklarına tecavuz etmemek mecburiyetindedir. Fakat bundan başka o kimse, rekabet halinde bulunan iş ile zararı mucip bir değişikliğe meydan verecek her hangi bir vaziyet ihdas etmeği de yine M. K. 2 inci maddesi icabınce gözetmeye mecburdur (federal mahkeme kararı 42^2, 605.)

III. Hakkın Kötü kullanılması

2 inci maddenin kısa, fakat meşhur olan ikinci fıkrası, birinci fıkrada

[*] Egger daha açık ifada etmiştir: Sübjektif haklar kanunda tanzim edilmiştir. Fakat bu tanzim tefsir ve bütünlenmeye muhtaçtır. Çok defa münferit mes'elelerda hukukun tam bir tahdidi ve muhteva itibariyle tam bir tayini tefsir ve bütünleme suretile olur. İşbu muhteva itibarile tam tayin (2 inci madde kenarına göre şumulünü tayin) 2 inci madde mucibince hüsnüniyet kaideleri dairesinde olmak lâzımdır. Burada hâkim kanun koyanın işini devam ettirir. Yani onun gibi hareket etmek mecburiyetindedir. Kanunda sübjektif hakların kabulü ve tanzimi muayyen bir gaye zımnında olmuştur. Bu haklar, hakiki geyenin hakiki bir vasıtası olarak vücüde gelmişlerdir. Fakat bunların da hududu tarafların, üçüncü şahısların ve âmmenin himayeye şayen menfaatlerile mahdudtur. İşte 2 inci madde mucibince teferrüatın tayini de bu tenkitli ve takdirli şekilde olmak lâzımdır.

söyledi. Bu mahkeme bir mukavele yahut hukukî müessese kanunda yazılı gayesinden inhiraf ettirilir ve kanunun menettiği bir gayeyi elde etmek için kullanılırsa bunun bir hakkı kötü kullanma olduğuna karar verdi.

Bu kural noktasından karı veya kocaya onlardan birinin ölümü ile evlenmenin zevali pek yakın olarak beklendiği bir zamanda sağ kalacak karı veya kocaya mahfuz hisseli mirasçılara karşı menfaat temini maksadile aralarında mal ortaklığı mukavele etmelerine müsaade edilemez (53^2, 98 ve son).

Bir kooperatif şirketinden, bir âmir hukuk ile verilmiş olan, çıkma hakkı bunun, müsaadenin sebebine yabancı ve himayeye gayri lâyık gaye için kullanılmış olmasından dolayı tanınmamıştır (54^2,442).

Şekil noksanına istinat, bu istinada müsaade edildiği takdirde şekil hakkındaki hüküm kendisine yabancı gayeye hadım kılınacak olursa yahut itiraz eden tarafın şekle riayetsizlikte hilesi varsa yahut buna riayet edilmemesine muvafakat etmiş ve akit ile üzerine aldığı edayı rızasile ödemiş ise reddolunabilir (43^2,24.50^2,147 ve son; 53^2,165 ve son).

Hatta müruru zamanda ve bir hakkın sukutunda bile hakkın kötü kullanılmasının tesiri vardır. Bu, evvelemirde bahis mevzuu muamelenin yapılması imkânını tahdit manasında bir tesirdir: Bir anonim şirketi umum hey'etinin kararına karşı kanunî müddet içinde yapılmış olan fesih hakkı, feshin dalavereli surette münasebetsizce uzun zaman tehir edilmiş olduğu esbabı mucibesile reddolunmuştur (53^2,232). Fakat bu, bir de zaman mürurile imkânsız olan bir hukukî muameleyi icra imkânını uzatmak manasında bir tesirdir. Bir sigortalı kendi müstahdemlerinin toptan (kollektif) sigortasında onların adedi ve iş ücretleri hakkında yanlış malûmat vermiş ve bunun neticesi sigorta şirketine az bir prim ödemiştir. Sigorta şirketi, munzam bir prim ödenmesi hakkında dava açmış ve müddealeyh de buna karşı mururu zaman def'ini ileri sürmüşütür. Mururu zaman hakkındaki şartlar mevcut olmasına rağmen bu dava kabul olunmuştur. Çünkü müddeaaleyh mururu zamana esas teşkil eden vakıaları hile ile müddeiden gizlemiş ve bu suretle müddeaaleyhi zamanında dava açmak imkânsızlığına sokmuştur (42^2,682).

M.K. 308 (296) ıncı maddesi babalık davasını açmak için çocuğun doğumundan itibaren bir yıllık müddet koymuştur. Evlilik dışı baba, çocu-

ğu kabul edeceğini vaat suretile veya hukukça muteber olmayan bir kabul ile anayı iddiasını zamanında dava yolunda dermeyan etmekten alıkoymuştur. Eğer baba, babalık davasına karşı bu baptaki iddianın düştüğü defini dermeyan ederse bu, hakkın kötü kullanılması olur.

Başka hallerde federal mahkeme şekli hukuku himaye etmiş ve hakkın kötü kullanıldığına istinat edilmesini reddeylemiştir. Bir tereke borçlusu mirasçılardan yalnız birisine ödemiş ve 602 (581) inci madde 2 inci fıkrası mucibince borcundan kurtulamamıştır. Burada vaki olan tediyeden istifade edemeyen tereke şirketi borcun tekrar ödenmesi istediği takdirde bir hakkı kötü kullanma yoktur (41², 214). ve yine bir cemiyetin öbür azaları tarafından bir azaya artık itimadı olmadıklarından diğer hususlarda nizamnameye muvafık surette onun cemiyetten dıs bırakılması bir hakkı kötü kullanma olmaz (51², 237, 242 ve son). Tes imi meşrut rehnin tesisi için muktazi olan zilyetliğin nakli yapılmamış olmasına bu, diğer tarafın eyi niyete muhalif hareketile olsa bile istinat olunabilir. Aksi takdirde menkul mallarda rehin hakkının (ve milkiyetin) doğması için bir şart olan zilyetliği iktisap lüzumu hakkındaki hüküm hayal olurdu (43², 24 ve son).

B. Neticelri. Hakkı kötü kullanma, kanunun pek genel formül halinde söylediği üzere hukukî himayeye nail olmaz. Bu her şeyden önce, hakkın kötü bir kullanılmasına yardım edeceği anlaşılan mahkeme vasıtalarından, vaziyete göre davadan veya defiden mahrumiyeti ifade eder. Bu suretle hakkın kötü kullanılmasına istinat Romalıların hile def'i vazifesini görür. Bundan başka hakkın kötü kullanılmasından müteessir olan kimse, hakkın kötü kullanılmasından çıkan neticelerin defi hakkında bir iddia elde eder. İş e yukarıda gördük ki bir karz alacaklısı karzın tamamen kıymetten düşmüş bir para üzerinden tediysini kabul etmeyebilir ve adilâne bir kıymet üzerinden ödenmesini istiyebilir. Nihayet hakkı kötü kullanan kimse kendi kusuruna müstenit olarak hasmın hukukunda husule gelen noksanı meselâ onunla yaptığı aktin hükümsüzlüğünü dermeyan edebileceği hallerde ona karşı borçlar kanununun 41 inci maddesine müsteniden bir tazminat davası bahis mevzuu olur.

§ 5. Beyyine külfeti

I. M. K. nın hukuk muhakeme usulü üzerine tesiri.

yapılması halinde akte alâkadar olanlardan hangisinin kanununun akti ve aktin tabi olduğu şekli idare etmesi lâzımgeldiği meseleimühimmesi ortaya çıkar.

İşte hususî devletler hukukunda aktin şekli ve hatta bazan muhtevası [1] bakımından doğabilecek ihtilâfların halli için elimizde çok eski bir devletler arası hususî hukuku kaidesi vardır ki bu kaide modern hukuk ilmi aleminde dahi lâtince adıyla *Loeus Regit Actum* (=LRA) kaidesi diye anılır.

Hususî devletler hukuku alanında hâkim olan bu büyük kaidenin lûgat manası şudur: Bir akıt yapıldığı yerin kanununun, daha doğrusu, onu yaparken bulunulan yerin kanununun emreylediği şekil dairesinde yapılmak icabeder.

Burada tekrar söyliyelim ki LRA kaidesi zımnında bahis mevzuu olan şekil münhasıran surî ve merasime müteallik şekildir. (formes exrinsèques)

O halde biz bu kaidenin sıra ile hukukî esasını manasını tatbik alanını ve istisnalarını araştıracağız. Nihayet bir aktin muteber olması için o aktin düğüm yerinin kanununa uymanın mutlaka zarurî olup olmadığını ve alâkadarların bu kanunun emrettiği şekle ittibadan vazgeçip geçmeyeceğini araştıracağız. Yani « *Locus regit actum* » kaidesinin mecburî veya ihtiyarî olup olmadığı meselesini tetkik edeceğiz.

Şu halde bu meseleyi başka bakımdan ifade edersek evvelâ: yapıldığı yerin kanununa uygun bir aktin muteberliği meselesini,

Saniyen: Yapıldığı yerin kanununa uygun olmıyan bir aktin muteberliği meselesini araştırmak lâzımgelir.

II. Yapıldığı yeri kanununa uygun bir eylemin muteberliği:

Bir eylemin yapıldığı yerin kanununa uygun olması demek, başka tabirle bu eylemin *Locus regit actum* kaidesine uygun olarak yapılması demektir. Şu halde evvelâ kaidenin ne demek olduğunu araştıralım:

A. Bu kaidenin tarihçesi.

Bu kaide « Bir akit yapıldığı yerin kanununa uygun olarak düğümlendiği takdirde onun muteber telâkki edildiği » manasını tazammun eder.

Bu kaide çok eski bir kaide olup menşeini *Post glossator* denilen şerhçi hukukçulara kadar irca etmek mümkündür. Bilhassa *Post - glossator* lardan

[1] Wolff (Martin) Internationales Privatreceht, Berlin 1933 s. 10.

olduğu kadar muvafık olan bu «ceza siyasasının» bu gün bile mer'î olan bir vasfı şudur ki, bazı cinayetlerde (Devletin iç ve dış emniyetini bozan cinayetler: ceza kanunu madde 108, para sahtekârlığı: madde 138, devlet damga ve mühürleri sahtekârlığı: madde 144) ademi mes'uliyeti mucip bir mazeret suretinde şeriklerinin isimlerini kendiliklerinden haber veren suç ortaklarına tamamiyle cezasız kalmayı temin eder.

XIX uncu asırda Almanya'da ceza siyasası — Şu halde ceza siyasası tabiri Devletin suça karşı zecrî bir surette mücadele için tatbik mevkiine koyduğu usullerin mecmu heyetini ifade eder. Alman hukukçuları hususile Feuerbach onu XIX uncu asrın başlangıcında şerefle vazettiler ve bu halâ Prusya'nın imperialisminin nüfuzu altında ayni asrın her cereyanında Alman tekâmülünü takip eden şeniyetçi ve faideci bir siyasadır.

1871 Alman İmparatorluğu ceza kanunnamesi — Bu gün tekrar inşa mevkiine konmuştur — 1810 Fransız kanunu ile 1851 Prusya kanununun pek sıkı bir an'anesi içindedir. Klâsik bir ceza hukuku eserinin müellifi, başlıca Alman mektebinin şefi olan ve harpten sonra ölen Alman cezacısı Fransız Von Liszt ceza hukukunu tayin ve tahdit etti: Devletin israr ettiği menfaatlerin sıkı bir korunması sistemi.

Yeni kanunnamelerde ceza siyasası — Harpten sonra diktatörlük olan memleketlerin yeni kanunnamelerinde — Sovyet Rusya (1922 ve 1926 ceza kanunları) İspanya (1928 ceza kanunu) veya faşist İtalya (1929 Rocco projesi) mevzuu bahsoluyor. Daimî olan karakterleri ile ayni siyasa tekrar bulunur: siyasal suçların sıkı zecri, ortaya konan müeyyidelerin mutat şiddeti arasında yüksek cezalar mevkiini muhafaza eder, Roma Temyiz Mahkemesi fahrî Başmüddeiumumisi olan M. Michel-Angelo Vaccaro yeni bir eserinde (İl Diritto penale, Turin 1927) ceza hukukunun bu buluşunu bu gün herkesce « hukukî nizam, siyasal kudreti elinde bulunduran sınıflara müsait olandır » şeklinde sabit addedilen « müesses hukukî nizamın yani her memleketin pozitif kanunlarından istintaç edilen nizamın himayesini » ceza kanunlarına hedef olarak tayin etmek suretiyle sistematize eder.

İspatiyeci mektep Ecole positiviste - İtalyan pozitivist mektebi soysal himaye prosedelerine belli başlı ilmî bir reviş verecek kadar meşgul olmuştur. Ve bu orada hakikaten çağdaş ceza hukukunun inkişafında en mü-

cinayet mahkemelerinde, Londra ve civarında merkez cinayet mahkemesinde görülür. Bu mahkemelerden sadır olan hükümler aleyhine kanun noktasından veya bir hukukî mes'ele hakkında hâkim tarafından (Reserve) yapıldığı takdirde temyiz yoluna müracaat edilebilir.

Temyiz teşkilâtı (King's bench) hâkimlerinden mürekkep bir teşekkülü mahsusta yapılır.

Bu teşkilâtın en ziyade dikkate şayan vasıflarından biri, hiç şüphesiz, istilzam ettiği hâkim adedinin azlığıdır. Yukarda izah olunduğu veçhile istinaf mahkemesile (High Court) kısımlarından mürekkep olan (Supreme Court) yalnız «28» hâkimden (22 High C. hâkimi, 8 istinaf hâkimi, aradaki tefavüt müşterek azalardan münbais), Kontluk mahkemelerinin (Conty Court) kâffesi «60» hâkimden ibarettir. Bu adede «47» polis mahkemesi hâkimi ve «4» lort hâkim ilâve edilirse bütün İngiltere adlî işlerinin «138» hâkim tarafından tedvir edildiği neticesine varılır.

Her Avrupa devletinde binlerce hâkimin güçlükle işletebildiği adliye makinesile İngiltere adlî sistemi arasında evvelemirde bu fark tebarüz eder. Bunun tabii neticesi de İngilterede hâkim maaşlarının diğer devletler ile kıyas kabul etmiyecek derecede yüksek olmasıdır.

İngiltere hükûmeti, her sene inhilâl eden hâkimlikleri İngiltere barolarında ilim ve seciyeleri ile temayüz etmiş yüksek şahsiyetlerle doldurmak için sadece seçmek külfetine katlanır.

İngiliz teşkilâtının ikinci bir vasfı da terfiin tamamen mefkudiyetidir. (High C.) ve istinaf mahkemesi hâkimleri maaşlarında hiç bir fark yoktur.

İngiltere hâkimler kadrosunda terfi addedilebilecek mevkilerin adedi yalnız altı adetten ibarettir. (Lort Chief Justice ve Pairs Jurisconsultes) kaldıki bu yüksek mevkilere doğrudan doğruya avukatların veya baş müddei umuminin tayini taamüldendir.

Terfiin, hâkimin istiklâline müessir olacağı fikri İngilizlerde okadar yerleşmiş bir kanaat halindedirki kanunî bir mani olmamakla beraber (County Court) hâkimlerinden (Suprenm Court) a terfi etmiş tek bir hâkim gösterilemez. Umumî refahın tabii bir neticesi olarak nişan ve rütbeye verilen büyük ehemmiyete rağmen, yine ayni fikrin ilcasile, hiç bir hâkime nişan verilmiş değildir.

dan «Lincoln's inn» den ayrı ve ikinci bir avukatlar topluluğu vücut bulmuş oldu. Bu iki topluluğun yanı başında hemen aynı ihtiyaçlar ilcasile bir üçüncü topluluk « Gray,s inn» teessüs etti.

İşte İngiltere barosunun ilk nüvesini teşkil eden bu üç « inn » bu gün dahi İngilterede bütün avukat, hukukçu ve hâkimlerin yetişmekte olduğu şerefli bir mekteptir. İngilterenin bir çok şair, mütefekkir, devlet recülü, büyük hâkim ve avukatları hep buradan yetişmiştir. Bunlar arasında: Bentham, Canning, « Thomas More », Johnson, Mansfield, Blackston, Covper, Mackintosh, Bacon ve daha bir çoklarını zikredebiliriz. Bu suretle XV inci asrın başlangıcındanberi avukatların yetişmesine mahsus ve « inn of court» [1] adını taşıyan üç büyük merkez mevcut bulunuyordu. Bu da ihtiyacı karşılamağa, hukuka yeniden intisap edenleri barındırmaya kâfi gelmediğinden onların yanı başında «inns of chancer » namı altında yeni teşekküller meydana geldi.

Bu yerlere kabul olunan talebe bir müddet devamdan sonra meslekî yetişmeyi yine « İnn of court » da tamamlamakla mükellef tutuluyordu. Bütün bu teşkilât kendiliğinden, hükûmetin yardım veya müdahalesi olmaksızın ve tedrici bir surette vücut bulmuştu. Ne böyle bir avukatlar topluluğunu teşkil eden ne de haiz oldukları imtiyazları tanıyan bir kanun vardır. Yalnız 1242 tarihli bir kararname, hâkimlere, avukat sıfatile mahkemeye gelenleri kabul veya ademi kabul hususunda mutlak bir salâhiyet tanımıştı. Tatbikatta, ilk önce « inns of court » mensuplarından başka hiç bir kimse müdafaa deruhte eylememiş, bilâhara bu hakkın böylece, taamülen teessüs eylediği kabul edilmiştir. Netekim kralların « inns of court » a mensup olmayanlara bahşeylediği avukatlık salâhiyeti mahkemelerce tanınmamıştır.

XV inci asra kadar hukukçular arasında hiç bir tefrik yapılmamış olduğundan avukat ve avue vazifeleri aynı şahıs tarafından ifa edilmekte idi. Avukatlar farksız olarak Contours, Sages gents, Narratores, pleaders veya Apprentices adlarile tesmiye edilirdi. Bunlar arasında temayüz edenleri krallık mümessili tayin ve kendilerine « Serviem ad Legem » unvanı tevcih olunurdu. On beşinci asrın iptidasında avukatlıkla avuelik vazifeleri yekdiğerinden ayrılmaya başlamış on altıncı asrın ortalarına doğru bu tefrik

[1] inn: auberge, han, otel; " inn of Court" mahkeme nezdindeki otel demektir.

kabul talebinde bulunanların bir imtihan geçirmiş olmalarıdır. Üniversiteyi ikmal edenlerlerle Orduya, Bahsiyeye, Konsolosluğa ve daha bazı muayyen meslekiere duhul için imtihan geçirmiş olanlar bu mecburiyete tabi değildirler. İmtihan inns den her birinin dört murahhas gönderdiği 16 kişilik bir hey'et tararafından icra kılınır. Bu hey'et en az iki kişilik gurûplara ayrılarak vazife görür. Her namzet kayıttan önce muayyen bir meblâğı tesviye etmek ve aynı zamanda avukatlıkla içtimaı caiz olmayan bir işle = deruhte eylememiş olduğuna dair bir beyanname vermekle mükelleftir. Beyannameye namzedin itimada şayan ve avukatlık mesleğine lâyık bir gentleman olduğu ilâve edilerek ziri iki avukat tarafından imza ve keyfiyet iki bencher tarafından tasdik olunur. Hakkında kabul kararı verilmiş olan her talebe muayyen devrelerde devama «keep Terms» daha doğrusu her devrede altı def'a « inn » in büyük salonunda verilen akşam yemeğinde bulunmağa mecburdur. Talebeler salonda avukatlık robunu lâbis olarak ve kıdem sıralarına göre yer alırlar. Devam mecburiyeti Avuelik yapmış olanlar için dört diğerleri için on iki devre yani en az üç sene sürer. Avukatlık mesleğine intisap arzusunda bulunmayup sadece avukat unvanını ihraz etmek isteyenler umumiyetle akşam yemeklerinde bulunmak ve imtihanlara hazırlanmakla iktifa ederler. Avukatlığı meslek îttihaz edenler zamanın büyük kısmını bir avukat nezdinde çalışmak, onun dava dosyalarını « briefs » tetkik eylemek meslekî istişarelerde bulunmakla geçirirler. Namzet, nezdinde çalıştığı avukata her sene oldukça mühim bir meblâğ öder.

Tedris ve tahsil şekline gelince: her ders yılı II Kânunusaniden 30 Marta, 15 Nisandan 31 Tammuza ve 1 Teşrinievvelden 22 Kânunuevvele kadar süren üç kısma ayrılır. Bu müddet zarfında üç guruba taksim edilen kur ve konferanslar vardır. Roma hukukile devletler umumî ve hususî hukuku birinci gurubu: İngiltere ve Dominyonların esas teşkilât hukuku ikinci gurubu, İngiliz hukuku üçüncü gurubu teşkil eder. Bu sonuncu gurup medenî hukuk. Borçlar hukuku, ceza ve hukuk muhakemeleri usulü ve ceza hukuku kısımlarından mürekkeptir. Tedrisat profesör rektör ve muavinleri tarafından yapılır. İngiliz müellifleri bu sistemi kifayetsiz addederek meslekî yetişmenin bilhassa avukat nezdindeki stajla temin edildiğini ileri sürerler. Bununla beraber inns of court teşkilâtı yalnız İngiltereden değil dünyanın her köşesinden bir çok talebeyi celbetmektedir. Baroya kabul olunabilmek için yukarıda sayılan üç

guruptaki imtihanları muvaffakiyetle geçirmiş olmak şarttır. Roma hukuku imtihanı dördüncü devrede yani ikinci senenin başlangıcında diğerleri dokuzuncu devreden sonra üçüncü sene zarfında icra kılınır. Her maddeye ait imtihan şifahî ve tahriri olur. Şifahî imtihan on dakika, on veya oniki suali ihtiva eden tahriri imtihan üç saat devam eder. İmtihanda ehliyet gösterenler 21 yaşını ikmal etmiş oldukları takdirde baroya kayıt ve kabullerini talep edebilirler. Kabul talepnamesi on dört gün müddetle dört «inns of court» ta ilân ve namzedin manevi evsafı haiz olup olmadığı idare hey'etince tetkik olunur. Talepleri terviç edilenlerin baroya kabulü, merasimi mahsusaya tabidir. Calday denilen merasim günü akşamı mükellef bir ziyafet tertip edilerek yemek sonunda yeni avukatların şerefine içilir.

Avukat olabilmek için lüzumlu olan şartlar bu sayılanlardan ibarettir. Barrister- Avukat unvanını taşıyanların adedei seneden seneye devamlı bir surette artmıştır. On dokuzuncu asrın başlangıcında sekiz yüzden ibaret olan bu adet 1850 de 3500 ze 1900 de 7000 e çıkmış son seneler zarfında, bir misli daha artmıştır. Bununla beraber inns of court levhalarına yazılı olan avukatların büyük ekseriyeti sadece unvanı taşımakla iktifa eylediklerinden bilfiil icrayı vekâlet edenlerin adedi iki veya üçbini aşmadığı iddia edilmektedir.

İngiliz barosunun en bariz hususiyeti hakikî bir hiyerarşiye tabi bulunmasıdır. Baronun en yüksek mümessili, birinci şahsiyeti attorney General, ikincisi Solicitor General dır.

Baş Müddeiumumî diye terceme edebileceğimiz Attorney General, Solicitor Ceneral ile birlikte ayrıca devlet hukuk müşavirliği vazifesini de haiz olur. Doğrudan doğruya başvekil tarafından ve parlemento azası arasından seçilir. Bu suretle baro hükûmete mensup iki siyasî şefin ideresi altına girmiş oluyor. Bittabi gerek Attorney General ve gerek Solicitor General kendilerini seçmiş olan başvekilin mukadderatına tabi olarak ve onunla birlikte iktidar mevkiinden çekilmekte, yeni gelen hükûmette bu mevkie kendi mensuplarını yerleştirmektedir. Meslekî menfaatların hükûmet nezdinde bu iki mühim şahsiyet tarafından ve bu sıfatlarının bahşeylediği bütün salâhiyetle müdafaa edilmesi ve her avukatın bir gün bu mevkie çı-

de mahallî barolar teessüs etmeğe başladı. Bu vilâyetlerde yerleşen ve o mıntakadaki seyyar ve sabit mahkemeler nezdinde icrayı mesleğe devam eden avukatların adedi gün geçtikçe baro adedile mütenasip olarak artmıştır.

Avukatın intihap eylediği kısım ne olursa olsun başlangıç güçlükle doludur. Müptedinin ilmi ve tecrübesi yetişme tarzının icabı olarak kifayetsiz bir haldedir. İlk dosyanın gelmesi uzun zaman beklenir. Bazıları daha kıdemli meslektaşlarının yanına kâtip olarak İngilizce tabirile (devil- şeytan) sıfatile girerler. Genç avukatları yetiştirmek için diğer bir çok memleketlerde olduğu gibi müzahereti adliye işleri veya resen avukat tayin edilen davalar yok dencek derecede azdır. Baro etiketi avukatları hâkim tarafından vaki olan talep haricinde parasız müdafaa deruhtesinden men etmektedir. Ücret az olabilir; netekim bir ceza davasının rüyeti sırasında salonda hazır olan avukat, kendisine bir İngiliz teklif edildiği takdirde müdafaayı deruhte etmeğe mecburdur. Hâkimin resen avukat tayin ettiği haller fevkalâde mühim işlere münhasır kalmakta ve bu salâhiyet nadiren istimal edilmektedir. Bundan her iki taraf için esaslı mahzurlar tevellüt eylediği aşikârdır. Bir taraftan genç avukatlar hitabete alışmak fırsatını elde edememekte diğer taraftan bir takım biçareler müdafaa edilmeksizin hüküm giymektedirler.

Filvaki mesleğe yeni intisap etmiş olanlar için başka sahalar da yok değildir. Ezcümle müddeinin, her davada biri Leader (kıdemli) diğeri Junior (genç) olmak üzere iki avukatı bulunması baro etiketi kaideleri icabındandır. Müddeaaleyh veya maznun bir tek avukatla iktifa edebilir. Ancak tatbikatta biraz ehemmiyetli işlerde her iki tarafın ikişer hatta üçer avukat tarafından müdafaa edildiği ekseriyetle vakidir. Avukatları (avue) Solicitor intihap eylediğinden istediği genci seçmekte serbesttir. Bir avukat, kendisine, vaki olan teklifi arzu etmediği bir meslektaş terfik edildiği sebebile ret edemez. Avue bu hususta tam bir takdir hakkına maliktir. Şu kadar ki Junior tayin edilen kendisinden daha az kıdemli bir avukatı leader olarak tanımağa mecbur olmadığından o işten itizar edebilir.

Avukatların yekdiğerlerile olan münasebetlerinde tatbik olunan kaidelerin esas hatları bunlardan ibarettir. Avukatla müşteri arasındaki münasebetlere gelince: Bu hususta umumiyetle kabul edilmiş olan görüş tarzı müşteri ile avukat arasında hiç bir hukukî rabıtanın doğmamış olması merkezindedir. Bunun neticesi bir taraftan avukatın, ücretin tediyesi husu-

telif ve müteaddit işleri takibe mecbur olması bunlardan bazılarını ihmal mecburiyetini tevlit edebilir. Bu vaziyetin önceden tayini mümkün olduğu hallerde avukat elindeki dosyayı meslektaşlarından birine tevdi eder. Fakat yukarda izah edildiği veçhile ücreti iade ile mükellef olmadığı cihetle bu avukatın ücreti de müekkil tarafından tesviye olunur.

İngiliz avukatlarının para hırsı bazı şiddetli tenkitleri celp etmiştir. Bunlardan bir kısmı haklı olmakla beraber avukatın vaziyetine göre haklı tarafları da nazara almak icap eder. Avukatlığa ehliyet kazanmak için takibi zarurî olan tahsil devresi uzun ve masraflıdır. Başlangıç ağır fedakârlıkları istilzam edecek güçlüklerle doludur. Genç avukatın uzun seneler baro etiketine uyan bir hayat sürmesi lâzımdır. Bu müddet zarfında, ehliyet ve iktidarı ne olursa olsun, kazandığı hiç denecek kadar azdır. Halbuki kendisini tanıtmak isterse mutlaka masraf etmek mecburiyetindedir. Muhtelif vilâyetlerde her üç ayda bir toplanan cinayet mahkemesile seyyar mahkeme celselerine iştirak zarureti de vardır. Bu suretle bir avukat ancak bir çok senelerden sonra masraflarını koruyabilecek bir varidat temin edebilir; büyük kazanç temini İngilterede bile uzun senelere mütevakkıftır.

Ücret hususunda cari olan taamüle göre umumî veya hususî mahiyette olan iki çeşit «retainer» [1] vardır. Bunlardan general retainer lortlar kamarası nezdindeki temyiz mahkemesi de dahil olmak üzere bütün mahkemelere şamil umumî bir vekâleti tazammun eder ve avukatla müekkili hayatta bulundukça muteber sayılır. Bunu kabul eden avukat «general retainer» yi tediye etmiş olan müşteriyi keyfiyetten haberdar etmeksizin diğer tarafın vekâletini deruhte edemez. Kendisine bu veçhile ihbar vaki olan taraf avukata o iş için bir « special retainer » ödemekle mükelleftir. Aksi takdirde avukat diğer tarafın teklifini kabulde serbesttir. Bundan başka bir avukata general retainer vermiş olan bir müşterinin müddeî veya müddeaaleyh sıfatile dahil olduğu bir davaya ait dosyayı o avukata tevdi etmemiş olması « general retainer'nin » iptaline delâlet eder.

« Special retainer » - muayyen bir işte peşinen tesviye edilmiş olan ücret - o işin rüyet edilmekte olan mahkemede takibini talep hakkını

[1] " Retainer „ kelimesi peşinen tesviye edilmiş olan ücret mukabili olarak kullanılmıştır. Türkçede bu mefhumu ifade eden bir kelime mevcut değildir.

[2] Autobiograph of the hon. Roger North.

den önce general retainer veya special retainer adile muayyen bir meblâğ almaktadır. Bundan başka işi izahâ gelen avue her mülâkat için ayrı bir istişare ücretinin müşteri hesabına avukata tesviye eder ve nihayet avukat işin takibi için « brief » de tesbit edilen ücreti alır. Dava bir celsede neticelenmediği takdirde müteakip her celse için refresher tesmiye edilen munzam bir ücretin verilmesi mecburidir. « Refresher » önceden tesbit olunan ücretin üçte birine veya yarısına baliğ olduğuna göre celseler tevali ettikçe ücret yekûnu ehemmiyetli surette kabarır. Baro etiketi bu ücretlerin asgarî hatlarını tayin eylemiştir. Avukat bu ücretlerin tamamını peşin olarak almaz. Bir avukata iş tevdi eden « avue » kararlaşan ücreti günü gününe deftere geçirir ve umumiyetle her üç ayda bir bunların yekûnunu teşkil eden bir çeki avukata yollar. Geçen asrın sonlarına doğru tanzim edilmiş bir istatistiğe nazaran dört avukatın senede yirmi beş bin altundan fazla kazandığı, yirmi avukatın senelik kazancının altı bin altınla yirmi beş bin altın arasında bulunduğu en az kazanan avukatların senelik gelirlerinin bir altınla beşyüz altın arasında tehalüf eylemekte olduğu görülmüştür. Mesleğin zirveleri ne derece cazip ve göz kamaştırıcı ise aşağı tabakanın da o nisbette karanlık ve yeis verici olduğu bu rakamlardan nümayan olur.

Avukatların hak ve vazifelerine taallûk eden izahat İngilterede bu mesleğin basit ve kolay bir şekilde icra edildiği hissini verebilir. Halbuki bu zevahire kapılmamak lâzımdır. Çünkü filiyatta vaziyet tamamile değişiktir. İngiliterede mahkemeler seyyar olduğu cihetle avukat da mahkeme ile birlikte dolaşmak mecburiyetindedir; umumiyetle seyahatın başlangıcında gideceği yerde kendisine iş tevdi edilip edilmiyeceğini bilmez. Büyük merkezler istisna edilirse her şehirde iki üç günden fazla kalınmadığından dolayı avue dosyayı kendisine, ancak muhakeme celsesinden bir gün ve hatta bazen bir kaç saat önce tevdi eder. Brief - dosya yekdiğerine sol köşelerinden raptedilmiş ve geniş formada bir çok kâğıtlardan mürekkeptir. Her kâğıdın yüzü dört büyük sütuna ayrılmıştır. Talimat ve işin safhaları bu sütunlara yazılır. Kâğıdın zahrı muhakeme esnasında alınacak notlar için boş bırakılmıştır. Dosyanın dışına kendisine biref'in tevdi olunduğu avukatla varsa diğer refikleri ve o iş için tediye edilecek ücret derç olunur. Dosya - (brief), vakıaların bütün tafsilâtını, istinat edilen delilleri,

levhaya kayıt talebi zamanında, baro meclisi kararile tayin olunur. Stajyerler için stajın yapılması şartları nazarı itibare alınır.

Madd: 4 — Paris barosuna kayıtlı olan her avukat, kanunda yazılı memnuiyetler müstesna olmak üzere bütün mahkemeler huzurunda avukatlık yapabilir.

Bütün mahkemelerle sulh, hafi celse, yahut tahkikat yapmağa memur hâkimlerin huzuruna robile çıkar. Kendi bulunduğu yerden başka yere gittiği zaman muhakeme yapacağı mahkemenin reisi ile o celsede bulunacak müddeiumumiyi ve o yerin baro reisini ziyarete mecburdur.

Bundan başka Paris barosunun örf ve taamülü mucibince, karşı tarafın müdafaasını deruhte etmiş olan meslektaşını da ziyarete mecburdur.

Madde: 5 — Hukukî, ticarî, cezaî yahut idarî davalarda bir hüküm yahut ara kararile icrası emredilen bütün tahkikat işlerinde avukat müekkiline yardım edebilir.

Avukat kanunun menetmediği hallerin kâffesinde müekkilini temsil edebilir. Fakat temsil hakkının kendisine unvanı sebebile ve münhasıran mahkemeye girmesini kolaylaştırmak için verildiğini unutmamalıdır. Avukat kendi evinin kanunî ikametgâh intihabına müsaade edemez. Müekkili olmaksızın bir avukat talep ve iddialarda bulunabilir. Şu kadar ki yahut müekkilinden sarih ve imzalı beyan almadıkça sulh teklif eden hâkim huzurunda sulh yapamaz. Müekkilinin muvafakatini temin etmiş olmak ve bir para idaresini deruhte etmemek şartlarile mahkeme huzurunda avukat ayni teklifi yapar ve kabul eder.

Madde: 6 — 20 Haziran 1920 tarihli kararnamenin 7-14 üncü maddelerine tevfikan yapılan umumî intihaplar adlî yılın sonundan önce meclis tarafından tayin edilen tarihte yapılır.

Baro reisile meclis azası bir yıl için intihap edilirler.

Baro reisinin intihabı meclis azası intihabından önce yapılır. Kısmî intihaplar ancak adlî yılın sonuna kadar kalan devre için muteberdir.

Madde: 7 — Baroya Kayıtlı olan avukatlar yirmi şubeye ayrılırlar. Bu şubeler yılda iki defa baro reisinin, bir azanın, yahut baro meclisinin eski bir azasının yahut bunlar bulunmadığı surette hazır bulunan avukalar-

ve saatlerde toplanır. Konferans baro reisinin, yahut memur ettiği bir baro meclisi azasının riyasetinde toplanır ve ruznamede bulunan meseleleri müzakere eder. Baro reisi tarafından verilmiş bir müsaade olmadıkça stajyerlerin konferansta bulunmaları mecburidir. Makbul bir mazeret olmak sızın uzun müddet süren devamsızlık gerek staj müddetinin uzatılmasını gerekse kararnamenin 27 inci maddesinde yazılı vesikanın verilmemesini intaç edebilir.

Madde: 12 — Stajyer avukatın muhakeme celselerine devam etmesi lâzımdır.

Madde: 13 — Stajyer avukata işler hakkında vukuf hasıl etmesi için eski bir avukatla birlikte çalışması tavsiye edilir.

Madde: 14 — Stajyer avukat temyiz mahkemesile Paris istinaf mahkemesi ve Sen mahkemesi müddeiumumiliklerine ateşe olarak kaydolunabilir.

Stajyerin vazifesi devam ettiği müddetce cinayet ve cünha davalarında müdafilik yapmaması muvafıktır.

Madde: 15 — Stajyer avukat bir avue etüdü yahut Sen departamanı listesine kâtip alarak kaydolunabilir. Bu vaziyetten baro reisine haber vermesi mecburidir. Stajyer avukat bu kaydın devamına dava deruhte edemez.

Bir stajyerin bir etütde kayıtlı olduğu müddetin ancak iki yılı kararnamenin 26 ıncı maddesinde yazılı staj müddetine mahsup edilebilir.

Madde: 16 — Staj, meclisin kararile askerlik müddeti zarfında tecil olunur; tecil devresi staj müddetinin hesabına ithal edilemez.

Madde: 17 — Staja kabul edilen hukuk lisansiyesi stajyer vukat unvanın alır. 22 Haziran 1930 tarihinden önce staja dahil bulunan avukatlar, bir intikal tedbiri olarak Paris istinaf mahkemesi avukatı unvanın alırlar.

Madde: 18 — Staj müddeti üç yıldır. Fakat istisanaî olarak stajyer avukatın talebi üzerine beş yıla iblâğ edilebilir. Staj müddetinin hitamında lüzum görülürse baro reisi tarafından stajın yapıldığına dair bir tasdikname verilebilir. Baro reisi stajyerin kendisine tahmil edilen vecibeleri yapmadığına kani olursa, stajyer avukatı dinledikten sonra staj müddetini iki defa birer yıl uzatabailr.

Beşinci yıl sonunda her halde tasdiknamenin, veririlp verilmemesi

dan az ceza tertip ve tayin edilerek bu suretle içtima halinde birleşen cezalar başlı başına bir suçun cezasından aşağı düşmek ve yine bir adam hakkında ayrı ayrı katileşen hükümlerin infazı sırasında cezalar bu yolda birleştirilince başlı başına bir hükmün cezası bile tam çektirilmemek ve ceza artacak yerde eksilmek gibi içtima hükümlerinin ruhuna ve kanunun maksadına aykırı bir netice doğar.

İşte bu mülâhazalar iki toplantıda uzun uzadıya münakaşa ve müzakereden sonra ilk toplantıda üçte iki rey toplanmadığından ikinci toplantıda netice olarak: 3038 sayılı kanunun meriyetinden evvel birden ziyade suç işlemiş olan kimse hakkında 69 uncu madde mucebince cezaların birleştirilmesinde bu maddedeki en ağır cürme terettüp eden cezadan maksat; tayin olunan en ağır ceza olduğu 13-11-936 günü rey çokluğuyle kararlaştırılmıştır.

Esas: 935-118
Karar: 6

Türk ceza kanununun 485 inci maddesi mucibince cezası ıskat olunan suçlardan harç tarifesi kanununun 50 inci maddesine istinatla harç alınamaz.

Türk ceza K.nun 485 inci maddesiyle cezanın düşürülmesi halinde suçluya harç tahmil edilip edilemeyeceği hususunda Temyiz mahkemesi ikinci ceza dairesinin 13-6-935 gün ve 5501/6353 sayı ve 1-7-935 gün ve 6183/7104 sayılı ilâmları arasında hasıl olan içtihat ihtilâfının halli C. Baş Müddeiumumiliğinden talep edilmesi üzerine 7-2-936 gününde toplanan heyeti umumiyede keyfiyet müzakere edilerek neticede:

Harç tarifesi K.nun 50 inci maddesinde mahkûmiyeti tazammun eden hükümlerden harç alınacağı yazılı olmasına göre Türk ceza K. nun 485 inci maddesi mücibince cezası ıskat olunan suçludan harç alınamayacağı ekseriyetle takarrür etti.

Esas: 37-19

Karar: 27

1918 sayılı kanunda yazılı suçlardan birini ikramiyeden faydalanmak veya başkasına zarar vermek veya kendini cezadan kurtarmak maksadiyle hiç yoktan tertip ve delillerini tasni veya ihzar ile başkasına isnat ve iftira edenler hakkında mezkûr kanunun 50 inci maddesinin birinci fıkrası ve bu maksatlar altında istinade iftiradan arî olarak bu suçları tasni edenlerle bu suçların mürettep ve müsanna olduğunu bilerek merciine yalan ihbar ve şahadette bulunanlar hakkında 50 inci maddenin 2 inci fıkrası hükümlerinin tatbiki icap eder.

1918 sayılı kanunun 50 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının dairei şumulünü tayin ve hadisata tatbik emrinde temyiz mahkemesi üçüncü ceza dairesinin iki kararı arasında hasıl olan içtihat ihtilâfının tevhidi Baş. M. U. lik makamından talebedilmesi üzerine 25-11-936 gününde toplanan temyiz U. heyetince cereyan eden müzakere neticesinde:

Mezkûr maddenin sarahatına ve tayini ceza hususunda Türk ceza kanununun atfedilen 283-286 ıncı maddeleri hükmüne ve büyük millet meclisi muhtelit encümeninin esbabı mucibe mazbatası mündericatına göre 1918 sayılı kanunda yazılı suçlardan birini ikramiyeden faidelenmek veya başkasına zarar vermek veya kendisini cezadan kurtarmak maksadile hiç yoktan tertip ve delillerini tasni veya ihzar ile başkasına isnat ve iftira edenler hakkında birinci fıkrasının ve yukarda gösterilen maksatlar altında isnat ve iftiradan âri olarak yalnız bu suçları tertip ve tasni ederek ihbar edenlerle sadece bu suçların mürettep ve müsanna olduğunu bilerek merciin huzurunda yalan yere ihbar veya şahadette bulunanlara da ikinci fıkrasının tatbiki lâzımgeleceği ekseriyetle takarrür etmiştir.

Esas: 35-119

Karar: 12

Zimmet suçlarında; zimmete geçirilen paraların kâmilen ödenmesinden dolayı asıl cezadan yapılacak tenzilâtın fer'î cezalara da teşmili caiz değildir.

Türk Ceza K. nun 202 inci maddesi mucibince zimmete geçirilen paranın kâmilen ödenmesinden dolayı asıl cezadan yapılacak tenzilâtın fer'î ceza olan memuriyetten mahrumiyet cezsına da teşmil edilip edilemeyeceği hususunda Ceza Umum heyeti kararları arasında hasıl olan içtihat ihtilâfının halli C. Baş Müddeiumumiliğinden istenilmesi üzerine 13-1-636 gününde toplanan heyeti umumiyede keyfiyet müzakere olunarak neticede:

Türk Ceza K. nun 202 inci maddesinin siyakı ibare ve tarzı tertibinden zimmete geçirilen paranın muhakeme edilmezden veya hüküm verilmezden evvel tamamen ödenmiş olmasından dolayı hapis cezasında kabul edilen tenzilâtın fer'î ceza olan memuriyetten mahrumiyet cezasına da teşmil edilmediği pek sarih olarak anlaşılmasına ve içtimaı ceraimde de bu esas kabul edilerek asıl cezaların tabi olduğu nisbi tenzillerden fer'î cezalar istisna edilmiş olmasına mebni zimmet suçlarında asıl cazadan yapılan tenzilâtın fer'î cazalara teşmil edilemiyeceğine ekseriyetle karar verildi.

No : 7

İçtihat yolunda durak yerleri

1

İçtihadın tesis ve tebdili

Yazan: *Fahrettin Kara Oğlan*
Temyiz mahkemesi Reislerinden

Ankara hukuk fakültesi medenî hukuk profesörü Bay Esat Aarsebükün vaktile, (Hukukta gaye) adile Türkçeye çevirmiş olduğu kitabından anlaşıldığına göre Alman hukuk bilginlerinin başında gelen (İyering), adaleti tatbik için müstakil bir teşkilâta lüzum görülmesinin sebep ve hikmetini şu noktada buluyor:

— (Çünkü - diyor, - Devlet cemiyeti idare ile mükelleftir. İdare ise (hal) in muktazalarına tevfik harekettir. Hâkim için (Muktazayı hal) olamaz, yalınız (Muktazayı kanun, muktazayı adalet) olur. Hâlin muktazalarile kanun icaplarını birleştiriniz; hukuk fikrini ortadan kaldırmış olursunuz. İşte (Kuvvetlerin ayrılması bunun zarurî bir neitcesidir) Sahife: 94

Muktazayı hal!

Bu tabir üzerinde biraz durmak lâzımdır. Çünkü kanun da hâdise ve muamelelerin muktazalarından başka bir şey değildir. Hadise veya muamele vaki olunca kanunda ona taallûk eden muktazanın da (Hal) i tahakkuk etmiş demektir. Böyle olunca kaza: Kanunda yazılı muktazanın taallûk ettiği hâle tatbikından ibaret olur. Binaenaleyh Yeringın göz önünde tuttuğu muktazayi hal, hiç şüphe yok, hâkim için kanun çerçevesi haricinde kalan muktazayı haldir.

Bu görüş noktasından teşri kudreti, mutlak surette halin muktazasile hareket eder. Kaza kudreti ise kanun dışına çıkamaz. Teşri kudretinin hedefi; ferdin ve cemiyetin hayat şartlarını temin, ve buna binaen tahakkuk eden

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

Öyle iken bu münasebetlerin şekil ve suretini tanzimde her Devletin kendince medarı selâmet bildiği kayıt ve şartların birbirile karşılaşması insan topluluklarının gayei hilkat ve içtimaiyetleri olmak lâzımgelen karşılıklı münasebetlerini o gaye ve hikmetle mütenasip surette telif edebilmekten henüz pek geride olduklarını, o çağa varabilmek için daha pek çok didinmek ve yorulmak zorağında bulunduklarını gösteriyor.

İşte birbirine zıt ve engel olan şu iki umdenin, ihtiyaç sevk ve ilcalarına karşı menfaat tezadının, çarpışmasıdır ki genel harp ile bozulan umumî nizam yerine herkesi tatmin edici bir düzen kurulabilmesine mani olmakta, bu maniaların hayat ve münasebet safhalarındaki maddî tesir ve neticeleri Devletleri daima bir (Meddü cezri ahkâm) içinde kâh ileri kâh geri sevketmektedir. Her Devlet, içinde çırpındığı iktisadî ve içtimaî zorluklara çare bulmak üzere başkalarının ne yaptığını, ne çarelere baş vurmakta olduğunu takip ettikce o araştırmalardan aldığı ilham ve intibalara dayanarak yeni hükümler vücude getiriyor ve her yeni hükmün tatbikattaki tesirlerinden doğan sonuçlara göre de değişiklikler yapmak zaruretinde kalıyor.

Bu, o demektir ki genel harp sonundan başliyan devrenin gerek arsıulusal mahiyetteki ve gerek her ulusun kendi hususiyeti dahilindeki içtimaî, iktisadî şartları ve o şartlara tabiatile tabi bulunan hukukî vaziyetleri henüz katî bir istikrar almış değildir. Müstekar mahiyet alan şey, camia hak ve menfaatine dayanan ve fert hakkını camia hak ve menfaatları içinde telife çalışan esastır. Bu uknum bolşevizmende de budur, Faşizmende de buldur, Nasyonalizmende de budur, hatta - bu günkü dünya hükûmetlerinin hükûmetlik bakımından en güç şartları altında didinen - Fransasında bile şöyle böyle yine budur ve buna doğrudur. Aradaki farklar cemiyet uknumunun ve ona taallûk eden hak ve menfaatların manâsını anlayıştadır.

*
* *

Türkiye Cumhuriyetinin bilhassa iktisadî bakımdan gidişi de bu esas dahilinde bir gidiştir. O fark ile ki bizden başka mütemeddin milletlerinin durumu, nihayet iktisadî müessese ve mevzuaların dahildeki ahenk ve inti-

Bu mükellefiyet seleflerimizin tatbikatta asla hissetmedikleri bir ihtiyaç doğurdu ki ancak bu günkü mevzualara saik ve hâkim olan ana cereyanları, onları doğuran hâdiseleri adım adım takip ile tatmin olunabilirdi.

Ne hacet! bu günkü iktisadî bilgileri bilmeyen, bu güukü iktisadî cereyanları adım adım takip etmiyen bir hâkimin meselâ (Türk parasının kıymetini koruma) kanununu ve o kanunun içine aldığı bin türlü inceliklere müstenit muamelelerden doğan icapları muvaffakiyetle tatbik edebilmesinin imkânı varmıdır.

Bu kanunu ileri sürüşümüz bir misal olsun diyedir. Yoksa iktisadiyyatın bu günkü tesiri ve önemi bakımından şümul ve taallûku o kadar derin ve köklüdür ki içtimaî kanunlar içinde bile hükümleri iktisadî mülâhazalar ve icaplara dokunmıyacak az şey vardır.

Bu gün meselâ bir şömendöfer işletmesine, veya ziraî bir maksada taallûk eden yeni bir kanun hükmünü sadece kendi mevzuunu ilgileyen bir iş, b'r mevzu saymamızın, yine meselâ bu günkü inhisarların kanunlarile üzerlerine aldıkları ödevleri sadece Devlet bütcesine para getirmek gayesine müstenit addetmemizin, hatta yine meselâ bir resim veya vergiyi tarh, tenzil veya ilga hâdisesinin o sahada yapacağı tesirleri veya o harekete saik olan sebepleri sadece malî bir iş farzetmemizin imkân ve ihtimali varmıdır?

Halbuki kanunlarımız içinde eskiden kalmış veya Devletin iktisadî siyaseti tebellür etmiyen, hukuk mevzuasına müessir olmıyan zamanlarda yapılmış olanlarda vardır. Bunların tatbikatında her hangi kelime ve ibaresine vereceğimiz manayı o kanunun yapıldığı zamanda metnine hâkim olan ruh ve zihniyete mi yoksa bu günkü mevzuatımızla kurulmuş olan esasın icaplarından aldığımız ilhamlara göremi vermemiz lâzımdır?

Bu suale cevap olarak Fransa medenî hukukunun Yüzüncü yıl dönümü münasebetile geçen sene yapılan törende Fransa Temyiz mahkemesi Reisinin nutkuna işaret edebiliriz: O nutkunda Fransa temyiz reisi de demiştir ki bir kanunun manâ ve medlûlünü tayinde münhasıran kanunun dayandığı esbabı mucibeyi değil, tatbik olunacağı zamanın icap ve ilcalarını nazara almak lâzımdır.

İşte yalnız bu vecibeyi düşünmek bile Türk hâkiminin camia içindeki - dünkü hâlile kıyas kabul etmiyen - mevkiini ve o mevkiin önemi derecesini izaha kifayet eder.

ve zaman ihtiyaçlarile mütenasiben yürümekten men etmekte olduğunu değil, tam tersine, o vadide yürümek için arkamızdan itmekte olduğunu görürüz.

Bu hakikatın nekadar açık olduğunu görmek için kanun metni üzerinde durmamız lâzımdır.

Kanunun bu mevzua dair olan 8 inci maddesinin metni aynen şudur.

(Madde 8: Temyizin iki dairesi veya bir dairesinin iki kararı arasında)
(aynı meselede tezat ve mübayenet görüldüğü *veya takarrur* etmiş *bir iç-*)
(*tihadın tebdiline* ihtiyaç hasıl olduğu takdirde birinci Reis tezat ve mü-)
(bayenet şeklinde mütebayin ilâmları ve içtihadın tebdili lüzumu halinde)
(içtihadın tebdiline saik olan sebepleri mutazammın evrakı alâkadar daire)
(veya dairelerden celp ve telhis ve nushalarını teksir ile içtimadan en aşağı)
(üç gün evvel Temyiz mahkemesi hey'eti umumiyesine tevzi ve içtima)
(gününü tayin eder. Mütebayin ilâmları veren daireler ile içtihadın sahibi)
(olan daire dahi azasından birini kendi noktai nazarını teşrih ve müdafa-)
(aya memur eyler. Bunun üzerine her iki kısmın en az üçte ikisile teşekkül)
(edecek temyiz mahkemesi hey'eti umumiyesinde ve ceza işlerinde sahibi)
(rey olarak Baş M.U. nin veya vekilinin huzurunda keyfiyet tetkik ve)
(mevcudun üçte ikisinin ittifakile karar verilir. Bu suretle nısabı ekseriyet)
(hasıl olmadığı takdirde tetkikat başka güne talik edilir. Muayyen günlerde)
(tekrar keyfiyet müzakere edilerek adet mürettebinin ekseriyeti mutlakasile)
(ittihazı karar olunur. Bu karar *temyiz dairelerince* mümasil işlerde mabihil)
(imtisaldir. Tezat ve mübayenet hakkında temyiz mahkemesi hey'eti umu-)
(miyesince ittihaz olunacak karar tarafeyne tesir etmez. Bu meselelere)
(Temyiz birinci Reisi Baş M. U. nin ve alâkadar dairelerin sevkile veyahut)
(resen vaziyet eder.)

Bu metne nazaran evvel emirde şu noktada durmamız lâzımdır:

Kanun, tevhidi içtihat kararlarile mahkemeleri değil, temyiz dairelerini bağlı tutmaktadır. Metninde: (Bu karar, temyiz dairelerince mümasil işlerde mabihil'imtisaldir) denilmesinin hiç şüphe yok bir maksadı, bir manâsı vardır. Bu maksat ve mana ise açıktır. Temyiz dairelerince mabihil'imtisaldir demek, Temyiz daireleri haricinde kalan mahkemelerce mecburiyül' imtisal değildir demektir.

Eğer kanun tevhidi içtihat kararlarını mahkemeler içinde mutlak su-

hada bile bile muhalif karar veremezler. Mamafi bu hal her nasılsa farkına varılmaksızın içtihada muhalif bir karar verilebilmesi imkânını ortadan kaldıramayacağına binaen kanun hükmünde bu ihtimâl dahi tabiatile dahildir. Böyle olmakla beraber ne suretle olursa olsun bir meselenin içtihat müessesesine sevki o müesseseyi önceden vermiş olduğu karar ile bağlayamıyacağı bedihidir. Kanunda aksine medarı istidlâl olacak hiç bir delâlet ve işaret yoktur. Böyle olunca birbirine mübayin iki karardan biri o mevzu hakında müessese içtihada muhalif olması halinde dahi şayet tevhidi içtihat müessesesi onda maslahat görür ve mukarrer içtihadın değişmesini icap ettirecek kuvvet ve mahiyet bulursa o kararı tercih ve tevhit edebileceği aşikârdır.

Şu halde iki mübayin karar karşısında kalınması halinde dahi ledel'hace içtihat tebdil edilebileceğine göre eğer kanun bu müesseseyi sadece tatbikatta vahdet temin etmek gayesile açmış olsaydı mücerret şu birinci kısma ait hükmile bu maksadı tahsil etmiş olur, aynı zamanda bu maksat zımnında içtihadı değiştirebilmek imkânını da elde etmiş bulunurdu.

Halbuki kanun vazii (mukarrer bir içtihadın tebdiline ihtiyaç hasıl olması) halini de ayrıca mülâhaza etmektedir. Bundan maksadı ortada birbirine mübayin iki ilâm bulunmasa dahi şayet bir daire o zamana kadar mukarrer içtihadın tebdilini icabettirecek hal ve sebepler karşısında kalırsa bu hal ve sebeplere dayanarak işin tevhidi içtihat müessesesine sevkini birinci reislikten isteyebilmesidir.

Temyiz hususî dairelerinin bağlılıkları yalınız tevhidi içtihat kararına muhalif karar verememelerindedir. Yoksa tevhidi içtihat ile tesbit olunmuş olan vaziyetin yeniden mavzubahsolunmasını haklı gösterecek ve icabettirecek kuvvetli sebepler karşısında kalındığı takdirde bu sebepleri ileri sürerek keyfiyetin içtihat heyetince bahse mavzu kılınmasını istemek ve isteğini Birinci Reisliğe bildirmek hiç şüphe yok hususî dairelerin de sade hakkı değil, aynı zamanda vazifesidir.

Kaldı ki hususî daireleri teşkil eden hâkimler, aynı zamanda tevhit ve tebdili içtihat müessesesinin de uzuvlarıdır. Binaenaleyh uzuvlarından bu-

Sujet (lâtincesi subjectus dir. Manası altında olan alta konulan şey) Almanlar sübjekt derler. Gramer de faile, mantıkta mevzua sujet denilir. Psyeholegie de cevheri vahide yani âraz ve keyfiyetleri müteaddit ve mütebeddil olan mevcuttur. Ve hatta bizzat nefsi cevher (ben = le moi) dir. Lügat kitaplarında sebep, vesile, bir bahsin mevzuu olan madde manaları ve keza hareketine, ehliyetine ve ahlâkına nisbetle nazarı itibara alınan şahsî ibaresi yazıldır. Bu kelimeden yapılan «süpjektif» sıfatının manası da şöyle olur: Psyehologie de cevheri nefsiye (ben = le moi) taallûkeden ve cevheri nefsi de bulunan. Lügat manalarına göre de, sebebe ait olan ve sebepte bulunan, mevcut bahis olan maddeye taallûk eden ve bu maddede bulunan, her hangi bir sebeple nazarı itibara alınan şahsa ve nefse mahsus olan ve bu şahıs ve nefisde bulunan lügat manalarına göre şöyle de hülâsa olunabilir. Nefse ve şahsa yani düşünen, söyleyen, muamele yapan ve hakkını istimal ettiğini iddia eyleyen şahsa mahsus olan, yalnız hususî bir zihin için makbul ve muteber olan, misalleri, sübjektif hüsnüniyet yalnız bir şahıs ve bir zihin için muteber ve makbul olan hüsnüniyet. Bir kimse bir işin tasavvurunu ve sebeplerin muvazenesini yapar, işi meydana çıkarmayı niyet eder ve o işi icra eder. Bu işi icra eden kimse sebepleri muvazene safhasında inanmayı ve kanaatı temel tutarak niyet etmiştir. Bu inanmadan doğan niyet yalnız bir zihin içindir, yalnız bir şahıs tarafından kabul edilmiştir. Bu niyet sübjektif hüsnüniyettir. Eğer niyet inanmadan, kanaattan doğmamışsa sübjektif suiniyet vardır. Bu niyet yalnız bir zihne mahsus ve bir şahıs tarafından kabul olunmuştur. Sübjektif nazariye yalnız bir zihin için muteber olan yalnız bir şahsa ait bulunan nazariye sübjektif hukuk yalnız bir zihin için muteber olan ve yalnız bir şahsa taallûk eden hukuk. Bu esastan çıkan tarif de şöyle olur. Hukuk kaideleri mucibince verilen salâhiyetlerin hey'eti mecmuası.

Bu münasebetle taammüden katil işine taallûk eden bir mesele zikredeyim: Katil taammüdile atılan kurşun her hangi bir sebeple başka bir adamı öldürmüş ise yine taammüden katil olur mu? taammüt de bir niyettir. Malûm olduğu üzere bir takım safhalardan geçtikten sonra niyet edilmiş ve karar verilmiş, eyi düşünmek ve bu niyetten dönmek için de münasip bir

16

tefsiri halinde denecektir ki itibar emrinde mes'uliyet haddinin gösterilmesi şart değildir. Fakat bilhassa itibar emrinde bahis mevzu olan, ileridek alacaklardır ve bu kabil alacaklarda mes'uliyet haddi hususî bir ehemmiyeti haizdir. Yoksa itibar emrinde tahrirî beyan, 493 (484) üncü maddedeki kefalette olduğu gibi mi anlaşılacaktır? 408 inci maddenin eski borçlar kanununun 418 inci maddesinden harfi harfine alınmamış olması bu tefsire aykırı görünür. Kanun koyan, itibar emrinin şekli hakkında kefalet şeklini emir eden metinden ayrı yeni bir metin intihap etmiş olduğundan bunu, aradaki farka şuurlu olarak yaptığını kabul etmek lâzımgelir. İtibar emrindeki daha hafif tahrirî şekli izah için şu cihet kaydolunabilir ki emir, itibar verilmek suretiyle icra edilmiş olmadıkça geri alınabilir. Halbuki ilerideki borç için kefaletten rucu olunamaz.

— II —

Kefalet borcunu başka barçludan ayıran şey, onun feri karakteridir. Kefalette muteber bir esas borcun mevcudiyeti şarttır, M. 494 (485) [5]. Bu kuraldan 2 inci fıkrada iki istisna yapılmıştır. İstisnanın biri esas borcun, borçlunun akid yapma ehliyetsizliğinden dolayı lüzum ifade etmemesi haline taallûk eder. Reşid olmayan bir kimse, kanunî mümessilin muvafakatı olmadan bir borç taahhüdünde bulunmuştur.

Bu kimse M.K. 19 (16) ıncı maddesi mucibince mükellef tutulmaz. [6] Ferilik prensibinden kefilin de mes'ul olmayacağı anlaşılırdı. Kefil, borçlunun akid yapma ehliyetsizliğini yahut vasinin muvafakati olmadığını bilmiyor idise böyledir. [7] Fakat bu eksikleri bilerek kefalette bulunmuş ise

---

[5] Asıl borçlunun mahdut mes'uliyeti kefalet için bir mani teşkil etmez. Meselâ irad senedi borcu için kefalet olunabilir. (Leemonn, Oser) Wielond doğru değildir.

[6] (487 inci madde I A) kezalik M. K 177 (169) uncu maddesi mucibince vesayet dairesinin (Sulh mahkemesinin) tasdiki olmaksızın koca lehine bir mükellefiyet deruhte eden karı gibi. Çünkü burada da akid ehliyetinin bir fıkdanı bahis mevzuudur.

[7] İtibar emri, 409 (401) inci madde mucebince asıl borçlunun akid ehliyetsizliğine rağmen daima lüzum ifade eder. Burada daha şiddetli muamelenin sebebi, itibar emrinde itibarın verilmesini mucip olan kimsenin "âmiri„ olmasıdır.

nun vaziyetinde kefilin kendisine rücu etmesi bütün bütün bir ağırlaşma ve bu suretle 250 (245) inci maddenin himayeli hükmü dolambaçlı yolda akîm kalma neticesi hasıl olmasaydı bu defi vermekten imtina lehine temayül ederdim. [23] Bu itibarla kefilin hibe borçlusunun zaruret halinden mütevellit defileri dahi 506 (497) inci madde metnine tevfikan haiz olması bence doğru görünmektedir.

V

Alman medenî kanunu 768 inci maddesi asıl borçlunun, haiz olduğu defileri yapmaktan feragat etmesi ile kefilin bu defileri kaybetmeyeceğini tasrih etmiştir. Borçlar kanununda bu muhtevada genel bir hüküm koymamış ve 141 (139) uncu madde 3 üncü fıkrasında borçlunun müruru zaman definden feragati kefile karşı dermeyan olunamayacagını söylemekle iktifa etmiştir. Borçlunun başka defilerden feragati kefil hakkında ne ehemmiyeti haiz olduğu 141 inci 3 üncü fıkrasından aksi istidlâl suretiyle bir mana çıkarmak istenmezse kanunda tanzim edilmiştir denemez. Denebilirdi ki kefilin hukukî vaziyeti, kendisinin muvafakati olmaksızın defiler noktasından dahi borçlunun hukukî muameleleri ile kötüleştirilemez. Bununla beraber borçlunun bir defiden feragati halinde kefilin bu defa istinadının münasip sayılamayacağı haller vardır. Meselâ halâ akdin ifa edilmemiş olduğu defi ile tediyeden imtina etmiş olan bir müşteri, şimdi beyiin edasının tamamiyetini kabul etse ve bu suretle defiden feragat etse fikrimce semen hakkında taahhütte bulunmuş olan kefilin yine bu defi kullanmasına müsaade etmek münasip olmazdı.

VI

Eski lisanda defiler arasında, alacak üzerinde defilerden daha kuv-

---

[23] Alman medenî kanununda 528 inci maddesine göre hibe borçlusu. kefilin kendisine rücuu ile zaruret haline düşerse mevhubünlehe karşı bir istirdat iddiasında bulunabilir. Borçlar kanununa göre hibe borçlusu için böyle bir hak yoktur.

[24] Yukarıda III nihayetine bakınız.

178

mesinin cavazı bence adilâne olmaz ve bizzat borçlu gibi kefalette ise mantıksız olur.

Asıl borçlunun kanun mucibince (meselâ M. 207, Türk kanunu M. 106) veya mukavele ile haiz olduğu fesh (Rucktritt rücu) salâhiyeti de bir refi değildir. Belki bir inşa hakkıdır ve bu itibarla 506 (497) inci madde mucibince kefil tarafından kullanılamaz. Fesh hakkında ancak borçlu tarafından bizzat karar verilebilir. Fesihten borçlu için elde edilmiş olan edanın geri verilmesi hakkında bir mükellefiyet doğabilir. Fesih beyanı yapılmış ve bununla asıl borç refedilmiş ise kefil, 510 (492) inci madde mucibince borcun sukutuna istinat edebilir. Bu istinat lisanın dağru ve istimaline göre defi değildir; belki bir itiraz (Einıdendung) dur. Fakat fesih hakkı kullanılmadıkça asıl borç kalır ve bununla kefilin mükellefiyeti de durur. Kefile acaba 121 inci maddenin kıyası suretile, borçlu rucu hakkı üzerinde karar verinciye kadar taliki bir def verilmek istenir mi? Belki hanun rucuda meselâ 107 (106) ıncı maddeye göre böyle bir def kabul olunabilir. Fakat mukavele edilen rucuda buna imkân yoktur. Çünkü alacaklının, borçlunun haiz olduğu rucu hakkını kullanacağına dair bir karar vermesine kadar edaya intizar etmesi kendisinden beklenemez.

201 (198) inci madde 2 inci fıkrasında yazılı olan müşterinin mebiin ayıbından dolayı haiz olduğn ve vasıflarda da vaziyet takas ve fesih gibidir. Bu defiler müşterinin, bey'in feshi veya semenin tenzili hakkında istinat eder: Müşteri beyii feshederse semeni ödemekten imtina edebilir. Semeni indirirse semenin bir kısmını ödemez. Bu halde müşteri semen için bir kefil göstermiş ise ne olacaktır? 506 (497) inci madde metnine göre bu defileri kefil haizdir. Yani kefilin, bayiin mes'uliyetini mucip bir ayıp bulunduğunu haber alır almaz semenin (tamamının veya bir kısmının) edasından imtina caiz olmalı idi. Fakat burada bey'in feshi ve semenin tenzili hakkındaki defin hususî bir nevide haklardan olması noktasından bir güçlük çıkar müşteri, bey'in feshi defini yaparsa bu sadece tediyeden imtinaı tazammun etmez, belki müşteri aynı zamanda malı geri vermek istediğini de anlatmış olur. Bayi bunu kabul ederse veya bey'in feshi definden dolayı davayı kaybederse müşteri 208 (205) inci madde mucibince malın iadesi ile mükellef olur. Bu itibarla bey'in feshi defi, biin ref'ini mucip olur. Nasıl ki tenzil defi de bey'in bir tebdilini icap eder. Müşterinin işbu iki salâhiyeti inşaî haklarla bir benzerlik gösterirler. Her iki

olan gayri mahdut halden meselâ hayat uzunluğunca olan memuriyet müddetinden bahsetmektedir. Şöyle farz edelim: Böyle bir memuriyet 1-1-20 de başlamış olsun. Bu takdirde üç yıl geçtikten sonra takip eden yıl için yani 31-12-23 için fesih ihbar olunabilir. Fakat feshi, ihbar en nihayet ne vakit yapılmak lâzımdır? Metne göre üç yıl geçtikten sonra yani 31-12-22 den sonra, şu halde 23 yılı içinde. Fakat her halde maksut bu değildir. Oser'in beyan ettiği üzere bir yıllık bir ihbar müddeti muhafaza olunmak lâzımdır. Şu halde feshi ihbar, bu üç yılın bitmesinden sonra değil belki bitmeden önce olmak mecburidir. Bunu kanun koyan söylemeli idi. Her halde bu düşüncenin kısa ve münasip bir ifadesini bulmak pek kolay değildir. [32] Fakat kasdedilen ve mer'î olması lâzımgelen söylenecek şeyin hilâfından kaçınmak isteniyor idise bu şekil bulunmak lâzımgelirdi.

IX

Kanun 510 (501) inci maddede kefalet borcunun ifası hakkında hususî bir hüküm koymak zaruretini hissetmiştir: Asıl borç muaccel ise kefil her zaman alacaklıdan, kendi tarafından vukubulacak ifayı kabul yahut kendisini kefaletten tahlis etmesini talep edebilir [33]. Kanun koyan kefalet borcunun 500 (491) inci madde 2 inci fıkrası mucibince henüz muaccel olmadığı hali düşünmüş ve buna rağmen kefilin ödemesine müsaade etmiştir. Fakat fikrimce kanunun bunu söylemesine lüzum yoktu. Çünkü vaktinden önce ödeme salâhiyeti 81 (80) inci maddenin genel hükmünden anlaşıldığı üzere her bir borçlu gibi kefil için de vardır. 510 (501) inci madde I. inci fıkrasının ibaresi de, Oser'in kaydettiği üzere, doğru değildir. Çünkü kefil, asıl borcun muacceliyet halini almasından itibaren değil, belki 81 (80) inci madde mucibince asıl borçlu vaktinden evvel ifaya mezun oldukça daha öncede ödeyebilir. M. K. nun 827 (799) uncu maddesinde ipotek hakkındaki buna mutabık olan hüküm daha doğru yazılmıştır: «..... Gayri menkulün mâliki, borçlu hakkındaki şartlara göre borcu itfa edüp gayri

[32] Fransızca metin daha doğrudur. Bizim metin Fransızca metnin tercemesidir. Daha doğru olarak şöyle denebilirdi: "Bir yıllık müddet ile dördüncü yıl sonunda muteber olmak üzere„

[33] Zürih kanunundan alınmıştır. M. 1806

mürakabesine yer veren mevzuatımız önünde bu meseleyi de düşünmek ve tetkik etmek pek mahalsiz olmayacaktır.

Çocuk hukuku hakkında bizi düşüncelere sevkeden ve bu vadide toplu bir halde bize çok güzel esaslar ve fikirler veren Muhterem Bay Necip Ali Küçük a'ya tekrar tekrar teşekkürler ederiz.

S. Ş. Ansay

---

maddelerini ayrı ayrı şerh ve izah için yazılmadığını, bir tenkit eseri de olmadığını ilâve ediyor. Bununla beraber Ticaret Kanununda rastlayacağı teknik hataların tenkidi, çizdiği çerçeve dahilindedir. Acaba muhterem profesörün teknik hatadan kasdettiği nedir? Ticaret Kanununun muhtelif Kanunlardan terceme edilmiş olması neticesinden doğan ahenksizlik mi? Sualimize cevaben, Mehmet Ali Bilgişin, Ticaret Kanununun teknik yönünden mükemmel bir Kanun olmadığını, hatta memleketimizde sosyal ve ulusal ihtiyaçları doyurabilecek bir kabiliyete malik bulunmadığını beyan ettikten sonra, bunun sebebini, Kanunun kaynaklarının Avrupanın on sekizinci ve on dokuzuncu asırların ferdiyetci türeleri üzerine kurulmuş eski Kanunlar olmasında buluyor. Halbuki bu memleketlerde yeni yol alan hukuk prensipleri ile bu eski Kanunlar arasında ayrılık görülmüş ve bu ayrılığı ortadan kaldırmak için ıslahata baş vurulmuştur. Profesöre göre Ticaret Kanunu ticarî hayatı teşkilâtlandırma bakımından da zaif bir Kanundur. Bu yüzden ana kanunun doyurmadığı ihtiyaçları hususî Kanunlarla tamamlamak zarureti hasıl olmuş, fakat bununla da Kanunlarımız prensip başkalıkları içinde, bir birile anlaşamaz bir hale gelmiştir. Bundan ötürü, müellif, Kanunun ıslaha muhtaç olduğunu zikrediyor. Üstadın bu fikrine biz de iştirak ediyoruz. Vazii Kanun, Ticaret Kanununu tek bir memleketten iktibas etmiş olsaydı, hem o memleketin içtihat ve ilminden istifade edilmiş hem de bu noksanlar ortadan kalkmış olurdu. Diğer taraftan Ticaret Kanunu ile medenî ve borçlar Kanunlarının muhtelif hukuk muhitlerinden iktibas edilmiş olması, her iki Kanun arasında bir takım tezatlar vücude getirmiştir. Vazii Kanun 1925 ve 1926 tarihinde İsviçre borçlar Kanununun Ticarete müteallik olan üçüncü kısmını iktibas etmemekte haklı idi; çünkü bu kısım hem eskimiş hem de aşağı yukarı otuz seneden beri (reviser) edilmemiştir. Fakat bu gün bu mahzur kalkmıştır. Bu kısım yerine 1 Temmuz 1937 tarihinde mevkii meriyete geçecek eser en modern ihtiyaçları karşılayabilecek bir mükemmeliyettedir. Binaenaleyh kara ticareti Kanunu yerine bu Kanunun kabulü profesörün haklı tenkitlerini ortadan kaldıracaktır.

Profesör kitabının birinci bölümünde ticaret hukukunun ecnebi ve memleketimizdeki tarihçesinden ve ticaret ve medenî hukukun mahiyetinden bahsederken ticaret hukukunun tekâmülü bakımından son derece karakteristik bir hadiseye temas ediyor: « Gerçi ticaret hukukunun mevzuu eş-

ve (davanın esasını halletmeyen) diye ikiye ayrılmasının illet ve hükmü; (müktesep hak) ve (kaziyei muhkeme) esaslarının muhafaza edilmek istenilmesindendir.

Bir mahkeme hükmü ki; davanın esasını halletmeyor; bu kararı alan suçlu hakkında (müktesep hak) mevzu olmadığından böyle olan bir karar; yazılı emir ile bozulunca o suçlunun tekrar muhakemesinin yapılmasına hiç bir kanunî mani olmaz.

Sukut kararlarını; davanın esasını halletmeyen kararlardan addetmeye gerek ceza esasları ve gerek 343 üncü maddenin son fıkrası hükmü müsait değildir.

Eğer vazii kanun davanın esasını halleden kararları yalınız (beraet) ve (mahkûmiyet) kararlarından ibaret olmak üzere kabul etmiş olsa idi (davanın esasını halleden beraet ve mahkûmiyet) kararları diye tasrih ederdi. Kanunun mutlak olan bu ibaresinin maddenin hikmeti vaz'ına münafi düşecek bir tarzda beraet ve mahkûmiyet kararları ile takyit edilmesi doğru olamayacağı heyetin ekseriyeti tarafından kararlaştırılmıştır. Yukarda tafsil olunan mütalâat ve esbabı mucibeye göre.

1 — 343 üncü maddenin son fıkrasında davanın esasını halleden kararlardan mutlak surette bahsedilmesi dolayisile müruru zaman ve umumî af ve vadan feragat gibi sukut sebeplerinden birine dayanılarak verilen ve temyiz mahkemesinden geçmeksizin, katileşen mahkeme kararlarından mahkûmiyet ve beraet kararları gibi davanın esasını halleden ve suçlular hakkında müktesep hak bahşeyleyen kararlardan olduğuna;

2 — Yazılı emir üzerine bozulan bu kabil mahkeme kararları; davanın esasını halleylediğinden muhakemenin tekrarlanmasına cevaz olmadığını ilk içtimada sülüsanı ekseriyet hasıl olmadığından ikinci içtimada 3/6/936 tarihinde mutlak ekseriyetle karar verildi.

tir) bu kadar müddet geçmekle dava ortadan kalkar diye dava müruru zaman müddetlerini beyan ve tayin ediyor.

Bu madde ile yukarıda sözü geçen meriyet kanununun 20 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü karşılaştırılarak hadise tetkik ve tahlil olunursa görülür ki hapis ile birlikte hükmolunan para cezası fiilin nevini tayine esas olamayacağından ve fer'î ceza olduğundan bu mahiyette bir ceza ölçüsü ile 102 inci madde ifadesi içerisinde bir suç nevini bulmak ve sonra ona göre müruru zaman müddetini tayin etmek mümkün olamaz. Çünkü 102 inci madde açik beyanı ile aslî cezalar delâletile önce fiilin nevine temas ettikten sonra müruru zaman müddetini tayin etmiştir.

Bu mevzuda fiilin nevini tayine yaramayan bir fer'i ceza ile suç nevini tayine ve ona göre müruru zaman müddetini tesbite kanun ifade ve sarahati cevaz vermez.

Hulâsa, fer'î cezanın müruru zaman hesabında bir ölçü olamaması kanuna dayanan bir neticedir.

Bundan başka ceza kanununun 112 inci maddesinin « nevileri başka başka cezaları havi hükümler, en ağır ceza için konulan müddetin geçmesile ortadan kalkar» diye yazılı olan fıkrası hükmü de yukarıdan beri ileri sürülen iddia ve neticeyi müeyyit bulunur.

Hapis cezasının para cezasından nevi itibarile daha ağır olduğu kanun ifadesine dayanılarak yukarıda beyan ve izah edilmiş olduğundan böyle iki nevi cezayı ihtiva eden hükümlerde ceza müruru zamanı hesap ve tayinde ağır neviden olan ceza esas tutulurken dava müruru zamanını hesapta başka türlü düşünmek kanunun aynı maksat ile koyduğu kaidelere karşı sebebi izah olunamayan bir aykırılık olur.

İşte yukarıdan beri beyan ve tafsil olunan mucip sebeplere binaen 526 ıncı maddeye uyan memnu fiillere ait dava müruru zamanının bu maddede mevzuu daha ağır neviden olan hapis cezasının son haddi itibarile 102 inci maddenin 6 ıncı fıkrası hükmüne göre hesap ve tayini icabedeceğine evvelki celsede sülüsanı ekseriyet hasıl olamamasına mebni ve toplantıda mutlak ekseriyetle karar verildi.

210

Ceza Umumî Heyet Kararları

20 T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Davanın kanunî müddeti içinde temyiz edilip edilmediğini anlayabilmek üzere temyiz istidasının mutlaka temyiz defterine kaydedilmiş olması lâzımdır. Bu deftere kaydedilmek üzere kaleme havale edilen istidalar bu deftere kaydedilmemişse yine müddetinde verilmiş sayılarak temyiz tetkikatına esas tutulamaz.

Zimmetine para geçirmekten suçlu Eşhastan Mahir oğlu yol kâtibi Arifin beraetine dair Amasya ağır ceza mahkemesinden verilen 23/12/934 tarihli karar aleyhindeki mahallî C. Müddeiumumiliğinin temyiz istidasının usulen kaydedilmediği anlaşıldığından bahsile reddine dair Temyiz birinci ceza dairesinden verilen karar aleyhine vaki tashihi karar talebinin Ceza muhekemeleri usulü kanununun 310 uncu maddesindeki sarahata göre temyiz talebinin mahkemeye verilecek istida ile yapılması icap edip istida altına bunun kanunî müddet içinde verildiğini ve temyiz istidalarına mahsus deftere kaydedildiğinin gösterilmesi de usulen iktiza eylediği halde bu işte mahallî C. müddeiumumiliği tarafından 29/12/934 tarihinde yazılmış olduğu mevcut tarihten anlaşılan istidanın mezkûr Müddeiumumilikçe (kaydı kaleme) şerhi yazılmakla biliktifa defteri mahsusuna kaydettirilmediği görülmüş ve şu suretle şartı yerine getirilmeyen istidanın reddine karar verilmiştir. Bu karar üzerine mahallince vazifesini yapmamasından dolayı maznun sayılan kâtip hakkında icra kılındığı dosya içindeki tastikli suretlerden anlaşılan ilk tahkikat üzrine verilen kararda da mezkûr temyiz istidasının deftere kaydedilmediği açıkca gösterilmiş ve her ne kadar yine dosya içinde bulunan kayıt suretinde, esas defterine makamı iddia ve suçlu tarafından temyiz edildiğinin yazılmış olduğu beyan edilmekte ise de bu kaydın temyiz işlerile alâkadar olmayan esasa ait kayıt defterine düşürülmüş olması mezkûr istidanın mahkemeye usulen verilerek kaydettirildiğine delâlet edemiyeceği cihetle evvelce verilmiş olan ret kararının düzeltilmesini mucip ortada bir sebep olmadığından reddine dair verilen karar aleyhine de Baş

Tevhidi içtihat kararları

Hukuk Kısmı

Esas: 935-104 No. 2
Karar: 17

Sanayi erbabına verilecek prim tahsisatının terkini hakkındaki davaların rüyeti idarî makamlara ait ve adliye mahkemelerinin vazifesi haricindedir.

Eshabı sanayie verilecek prim tahsisatının (1860) sayılı kanunun muvakkat maddesile terkini hakkındaki, davaların mahkemeye mi yoksa idarî mercilere mi? Ait olduğu hususunda temyiz mahkemesi 3 üncü Hukuk dairesinin 3-10-934 gün ve 9770-7741 sayılı ilâmile 4 üncü Hukuk dairesinin 19-4-934 gün ve 244-508 sayılı kararları arasında hasıl olan içtihat ihtilâfının halli için 8-7-936 gününde toplanan heyeti umumiyede keyfiyet müzakere edilerek neticede;

Maliye hazinesi ile mükellef arasında tahaddüs eden ihtilâfın mevzuunu teşkil eden hadise; muamele vergisi kanununun muvakkat maddesinde zikrolunan terkin keyfiyetinin muamele vergisinin tamamına şamil olup olmadığı hususundan ibaret olup vergi tarh, sukut, af ve terkini gibi devletin âmme hizmetlerini ifa maksadiyle vazettiği kanunların tatbikından ve hâkimiyet hukukunun istilzam ettiği idarî muamele ve tasarruflarından doğan ihtilâfların halli; hususî kanunlarında gösterilen idarî makamlara ait ve Adliye mahkemelerinin vazifelerinden hariç olduğuna çoğunlukla karar verildi.

Davaya mesnet teşkil eden senette paranın alacaklıya veya anın göstereceği zat ve mahalle tediye edileceği yazılı ise de: Bu ibare ticaret K. nun 604 üncü maddesinin birinci fıkrasında mevzuubahis emre muharrer kelimelerinin ifade ettikleri manayı tazammun edemiyeceği ve senette münderiç olduğu üzere alacaklı paranın tediye mahallini veya tediyesi icap eden şahsı tayin ve irae ettikten sonra artık senedin tedavül kabiliyeti kalamayacağı ve halbuki vaziî kanunun kastettiği emre muharrer senetler nakit gibi kolaylıkla elden ele tedavül edebilen ticarî senetten bulunduğu cihetle ticaret dairesinin içtihadı musip görülmüş ve iki daire arasında hasıl olan ihtilâf bu suretle halledilmiş olduğundan temyiz tetkikatı icra edilmek üzere dosyanın dördüncü hukuk dairesine iadesine ekseriyetle karar verildi.

Esas: 36-30 No: 10

Karar: 33

Ziraat Bankası tarafından Zürraa yapılan ikzar muamelâtı ticarî muamelâttandır. (Ticaret kanunu. Madde — 21, 23)

Ziraat Bankası tarafından Zürraa yapılan ikraz muamelâtının ticarî olup olmadığı hususunda temyiz mahkemesi ticaret dairesile 4 üncü hukuk dairesi arasında hasıl olan içtihat ihtilâfının halli için 9/12/936 tarihinde toplanan heyeti umumiyede keyfiyet müzakere edilerek neticede :

Ticaret dairesinin heyete izah olunan noktai nazarı; gerek 340 senesi Ziraat Bankası bütçe kanununa ve gerek, 1/Eylul/936 tarihli Ziraat Bankası nizamnamesine ve bilhassa mezkûr nizamnamenin 17 inci maddesine istinatla Bankanın vezaifi esasiyesi zurraın ihtiyacını ve Ziraatın inkişaf ve terakkisini temin ve zürraa akça ikraz ve sair ihtiyaçlarını tehvin ve bu suretle âmme hizmetlerini ifadan ibaret gayri ticarî muamelâttan ve bu

12. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Arazii milliyenin adî senetle haricen alım ve satımı 1312 tarihinde de muteber olmayıp bu gibi yerlere hazinece vaz'ıyet edildiği ve bu vaz'ıyetin ref'ine dair temlik kanununun 7 inci maddesinin tefsirine göre Şurayı Devletçe karar verilmediği takdirde bu gibi yerlerin ayniyete taallûk eden istihkak davaları umumî mahkemelerin vazifeleri haricinde kalır.

M. — *Hüseyin ve İzzet.*
M. A. — *Hazinei maliye.*

[Mahkemesi: Tokat Asliye hukuk. Karar Tarihi 24-10-934. Karar No: 934-607-424]

Dava: Babalarından müntekil emvali gayri menkuledeki hisselerine hazinei maliyece emvali metrukeden addile müdahale edilmekte olduğundan vaki müdahalenin men'ine ve hisselerinin namlarına tesciline karar verilmesi talep edilmiştir.

Karar: Müdahalenin men'inê ve müddeabih hisselerin müddeiler namına tesciline dair verilen karar indettemyiz; Müddeiler müddeabih bağın zemini boz hali yani arzı millî olduğunu itiraf etmekte olmalarına ve arazii milliyenin senedi âdi ile haricen alım ve satımı 1312 Tarihinde de muteber olmadığı gibi hazinei maliyece vuku bulan vaz'ıyet muamelesinin ref'i hakkında temlik K. nun 7 inci maddesini müfessir Büyük Millet meclisinin tefsiri mucibince Şurayı devletce bir karar verilmiş olmadıkça mezkûr tarlanın aynına teallûk eden işbu istihkak davasının rüyetine mahkemenin vazifedar bulunmamasına mebni reddi davaya karar verilmek icap ederken hazinenin bu baptaki itirazının reddiyle men'i müdahaleye karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozularak iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: Esasen müddeabih mahâl tarla olmayup boz bağ yani mülk olarak emlâkin haricen alım ve satımı muteber bulunduğu 312 Tarihinde bedeli muayyen mukabilinde alındığı ve o tarihten dava tarihine kadar 36 seneden fazla

ihtilâfı ahiren heyeti umumiyece bu suretle hal ve tevhit kılınmış olmasına nazaran ısrar kararı usül ve kanuna uygun ve temyiz itirazları gayri varit olduğundan reddile mümeyyezünbih son hükmün Tastikına ve aşağıda müfredatı yazılı (482) kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz eden taraftan alınmasına 19/2/936 tarihinde Ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Heyeti Umumiyesi Esas No. 4-35-2 Karar No. 7.

---

18. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Müruru zaman iddiaları itirazatı iptidaiyeden olmayıp davanın her safhasında dermeyan edilebilir.

M. — *Yorgi ve Anastasya.*

M. A. — *Istanbul belediyesi. üçüncü Şahıs Hazine*

[Mahkemesi Sultanahmet Sulh Üçüncü hukuk. Karar Tarihi 28-9-935. Karar No. 1706-1404]

Dava: İstimlâk edilen eve kıymet olarak takdir olunan (270) liranın müddea aleyhden tahsili talep edilmiştir.

Karar: Evrakı resmiye ile sabit olan müddeabih meblâğın hazineden tahsiline dair verilen karar indettemyiz; mevzuatı hazıraya göre müruru zaman itirazatı iptidaiyeden olmayup davanın her safhasında dermeyanı caiz olduğu halde itirazatı iptidaiyeden olduğundan bahsile reddile devamı muhakeme ile yazılı olduğu üzre karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan hükmün bu noktadan Nakzına ve ciheti saire hakkında şimdilik bir

Zikri geçen 421 inci madde ile avukatlık kanununun 10 uncu maddesi mucibince tahsil edilecek ücretler masarıfı muhakeme gibi esas ile beraber hüküm altına alınır. Fakat bunun için sebkı dava şarttır. Fikrimce masarıfı muhakeme ve avukatlık kanunu mucibince takdir olunacak ücreti vekâlette esas dava kâfi olmak icap ederse de mahkemelerimizin içtihadı bilhassa ücreti vekâlet hakkında böyle değildir. Şu halde talep edilecektir. Bu talep dava arzuhâlinde asıl müddeabihle olabileceği gibi esnayı muhakemede de olabilir. Hiç talep edilmemiş ve hüküm olunmamış ise sonra da dava edilebilir. Talep edildiği halde meskût bırakılmış ise mahkûmünleh isterse temyiz tarikine müracaatla hükmün nakzını talep eder, isterse bu tarika müracaat etmeyip ayrıca dava eyler.

Netekim diğer davalarda da böyledir. Meselâ müddei müteaddit şeyleri dava edipte bunlardan bir kaçı hakkında hüküm verilmese müddei ya temyiz eder veya ayrıca dava eyler.

İşte H. U. M. Kanununun 15 inci maddesi bilhassa esas ile beraber dava edilmemiş veya edilipte meskût bırakılmış olmak hallerinde bu kabil davalarda salâhiyetli mahkemeyi tayin ediyor.

Salâhiyet bahsında iradından da anlaşılacağı üzere mes'ele bir nevi salâhiyet mes'elesidir. Vehleten vazife gibi hatıra gelirse de değildir. Çünki vazife müddeabihe göre tayin olunur. Halbuki ücret ve masarıfı muhakeme davada haklı çıkmak neticesinde lâzımgelen talî haklardır ki: Zatı madde ile beraber mahkemenin salâhiyeti altına girmiş oluyor. Çok muhterem müderrislerimizden Vasfi Raşit yeni H. U. M. Kanunu, tatbikat ve sâk nam eserlerinde bu nevi salâhiyeti zatı madde itibarile mevcut irtibattan doğma salâhiyet diye izah buyuruyorlar ki: Ruhu maddenin tam ve güzel bir ifadesidir.

Bu madde hükmü bir davanın evvelce diğer bir mahkemede veya bir mahkemenin dairelerinden birinde ikame edilmiş olmasındaki vaziyete de benzemez. Çünki bu suretlerde diğer mahkemeye müracaat edilmemek bir davanın iki mahkemede görülmesi muvafık olamıyacağı mülâhazasına müstenittir. Evvelce müracaat edilen mahkeme salâhiyettar bir mahkeme olabileceği gibi salâhiyetsiz bir mahkeme de olabilir.

Yukarıda da arzettiğim veçhile madde o kadar vazıh olmamakla bera-

olmayan ve yahut açık bir surette davayı uzatmağa matuf bulunan bütün taleplerini reddetmek hakkını haiz olmalıdır.

IV — *Hiç bir maznun ikiden fazla müdafi bulunduramaz.*

V — *Mahkeme reisi kat'î olarak müdafaa müddetini tespit etmek salâhiyetini haiz olacaktır.*

VI — *Hükümden evvel maznun tarafından serdedilen her nevi itiraz re'sen reddolunur.*

VII — *Kabili istinaf olan halleri haddi asgareye indirmeledir,)*

Bir numaralı teklif ile tavsiye olunan usul vasıtasile iyi bir adalete vasıl olunabileceğini zannetmiyoruz. Bir davanın lâyıkile anlaşılabilmesi için bütün unsurların tam olarak birleşmesi lâzımdır: Maznun, şahit, delil... Çünki, maznunların birbirlerile, ve bütün şahitlerle muvacehe edilmeleri iktiza eder. Vak'a cereyan ederken mevcut olan unsurların, muhakeme günü toplu olarak bulundurulmaması muhakemeden beklenen tesirlerin tam olarak husulüne mani olur. Diğer taraftan bir büyük dava, küçük, küçük davalara çevrilmek suretile muhtelif şehirlerde ve muhtelif zamanlarda görülürse umumî efkârda işi bastırmak çareleri aranıyor fikri hasıl olmazmı?

Bizce gayrı kabili kabul görünen III, V, VII inci tekliflere gelmek için kat'iyetten mahrum ve izahı gayrı kabil olan II inci ve VI inci teklifleri bir tarafa bırakalım.

III. — üncü teklif daha tehlikelidir. Bu teklif, zararsız ve gayrı kat'î bir manzara altında mahkemelere, maznunların arzu ettikleri bütün delil vasıtalarını arzetmek hususunda haiz oldukları hakkı tahdit etmek, iktidarını vermekten başka bir şey istihdaf etmiyor. (« Kongrede tetkik edilecek meseleler hakkında program » istidlâl edilebilen budur sahifa: 4) (Bethune) Cumhuriyet Müddeiumumi muavini M. Lenys, değerli raporunda hâkimlerin, bu iktidarı hangi şekillerde iktisap edebileceklerini göstermiştir. Bunlardan en şedidi olan birincisi mahkemelere; dinlenen şahitlerin dava hakkında bir kanaat verdiğini ve geri kalan şahitleri dinlemeğe mahal olmadığını kararlaştırmak hakkını vermektedir. [12] Memleketimizde hiç bir mah-

[12]Lenys in raporunun üçüncü ve müteakibi sahifalara bakınız.

gelen metodun, aynı zamanda mahpusun terbiye ve ıslâhına matuf olması lâzımdır. Ve bu, umumî bir surette, maksut olan gayeyi elde etmek için, elverir ki her ferdin şahsına uyğun ve mutedil bir şekilde olarak tatbik edilmiş olsun.

Bu metodlar, hapisanelerde inzibat ve intizamın muhafazası için de hüsnü tesiri haizdirler. Mösyö patersonun teklifinin, sarahaten evveliki tekliflerle umumî Rapotörün mütalâalarını bertaraf ettiğini söylemğe ihtiyaç yoktur. Mösyö patersonun teklifi' terbiye ve ıslâh gayalerine daha bariz bir surette istinat ediyor. Hatta bütün terbiye şekillerine karşı ısyan eden mahpuslar hakkında bile bu gayelerin ihmal edildiğini görmek istemiyor ve nihayet Almanlar için pek aziz olan (Cezanın, memnu bir fiil karşılığı olmak hassasını) bu gayelerin yanında zikretmekten çekiniyor.

Kısım, tevdi edilen tekliflerin metinlerini, bunlar arasında bir telif şekli bulmağa memur edilen tâli komisyona gönderdi. Tâli komisyon, kendi teklifinde ısrar eden İngiliz murahhasının tek muhalefetile aşağıda yazılı olan şekli teklif etti:

I — *Ceza hukukunda ve cezaların infazında umumî menfaatlar, birinci plânda bulunmalıdırlar.*

II — *Cezaların infazı, mahpusa yalnız fena bir şey tatbikına münhasır kalmamalıdır. Aynı zamanda terbiye ve salâhı cihetine de tevcih edilmelidir.*

III — *Mücrimin terbiye ve ıslâhı maksadile tatbik edilen metotlar, o nevidendirler ki mohpusun şahiyeti göz önüne alınarak makul ve mutedil bir surette tatbik edildikleri nisbette arzu edilen gayeye eriştirirler.*

Birinci ve üçüncü fıkralar, bir çok murahhaslar tarafından kabul edildi. Fakat ikinci fıkra bir çokları için (İngiliz, Amerikalılar, bilhassa Fransızlar) kabule şayan görülmedi. Belçika murahhası, Gand hapisanesi müdürü Delierneux mukabil bir teklifte bulundu. Oldukça Paterson nun teklifine benziyordu. Her şeyden evvel cezaya terbiyeci ve ıslâhcı bir mahiyet atfediyordu. Teklif şudur:

Ceza hukukunda cemiyetin menfaatları birinci plânda bulunmalıdır.

şudur ki; mahpusa hulûl ve nufuz etmeğe müsait metodu bulmasını bilemediğimizden dolayı bu muvaffakiyetsizlik, sırf kendi hatamızdır. » Eğer emniyet tedbiri olarak hapis edilenlerin bazısında salâh hasıl olursa tabiidir ki tabi tutuldukları mahrumiyet ve çalıştırma muameleleri tedricen müterakki bir surette azalır. Belçika Ceza müesseseleri umumî müfettişi M. le Dr. Léon belym dört devreyi ihtiva eden çok entersan bir teklifde bulundu:

1 — *Hapis; bütün müterekki müsaade ve kolaylıklarla tanzim edilmiş açık havada çalışma.*

2 — *Yarı hürriyet; emniyet müesseselerinde yalnız geceleri ve tatil günlerini geçirmek mecburiyetile, hariçte bulunan bir şahsın yanında çalışmağa müsaade.*

3 — *Nezaret altında serbestlik, hususî bir müesseseye veya bir şahsın yanına yerleştirmek suretile serbestlik.*

4 — *Ve nihayet meşrutan tahliye ki zaman, zaman ciddi kontrola tabi tutmak kaydile salıvermek.*

Murahhaslar, teklif edilen iki fikirden biri üzerinde ittifak edemediler. M. Novelli nin teşebbüsü üzerine nihayet çok makul ve mutedil bir şekil kabul ettiler ki kongraca kabul olunarak karar altına alınan metne ilâve edildi. Kararğir olan metin şudur :

I — *Ceza ile emniyet tedbiri arasındaki, hususile hürriyeti bağlayıcı ceza ile hürriyetin ziyaını icap ettiren emniyet tedbiri arasındaki fark; bunların istinat ettikleri fikirler arasındaki ayrılıklar da mevcut bulunmaktadır.*

II — *Prensip farkı, emniyet tedbirinin gayesin ihlâl etmeksizin; tatbik farklariyle tezahür ve taayyün edecektir.*

III — *Binaenaleyh emniyet tedbirlerinin Hapishane ve Ceza müesseselerinden tamamile ayrı olan hususî müesseselerde icra edilmesi şayanı tavsigedir.*

IV — *Emniyet tedbiri olmak üzere bir müesseseye konulan şahıs hakkında tatbik edilecek olan muamele, hürriyeti bağlayıcı ağır bir ceza ile mahkûm olanlara tatbik edilmekte olan muameleden açık olarak farklı olacaktır.*

sonra, bazı yabancıların Almanlara iltihâkı suretile kolayca istihsal olundu. Lâkin kongre tarihinde münferid bir hadise olmak üzere umumî hey'ette münakaşa olanca vüs'atile açıldı. Birezilyanın çok faâl resmî murahhası M. le Comted'almeida memleketlerin ismi üzerine re'y toplanmasını istedi. Fakat maâlesef az zaman sonra Reis Bumke ve Sefir M. Pella nın ısrarlarına mukavemet edemeyerek teklifinden vazgeçtiğini gördük. Bu sırada idi ki İspanya murahhası profesör Saldana ve Romanya murahhası Mösyö Yorguelescos, kısım tarafından kararlaştırılan teklifin birinci ve altıncı maddelerinin kaldırılması ve Castration kelimelerile yedinci maddenin iptali talebini mutazammın bir tadil teklifinde bulundular. Kararında meskût geçmek suretile kongra, tehlikeli Castration ameliyesini kabul etmediğini gösteriyordu. Stérilisatin lehinde de hiç bir şey söylemiş olmıyordu. Yalnız bunu istimal etmekte olan Devletlerden, Stérlisationnın icrasına müteallik bazı zarurî teminat talep etmekle iktifa ediyordu. Ecnebilerin ekseriyeti için bu metin ancak bir uyuşmadan başka bir şey değildir. Bir çokları teklif edilen bu tetbirleri mutlak surette reddetmeği tercih ederlerdi. Saldama nın tadil teklifi de kabul olunmadı. (Re'y şahıs itibarile toplandı) oldukça kuvvetli bir ekseriyetle umumî hey'et aşağıya naklolunan kısmın teklifini resmen kabul ve tasdik eyledi.

I — Bütün kanun metinlerinde, mahiyet ve neticeleri itibarile birbirlerinden tamamile ayrı maksatları istihdaf eden, Castration ve Stérilisation terimleri eyice ayırd edilmelidir.

II — Mücrimane temayüllerle müterafik tenasülî ihtilâllerde; Castration ameliyesinin tedavi ve vikaye edici iyi neticelerini bütün Devletler, kanunlarında zarurî bazı tadiller veya ilâveler yapmak suretile deruhte etmelidirler ki, ferdi; tenasülî suç işlemeğe sürüklemelerinden korkulan, gayrı tabiî tanasülî temayüllerden kurtarmak için bu ameliyeler, alâkalıların talepleri veya rizalarile yapılabilsin.

III — Sıhhî ve tenasülî sebeplere binaen rizasile mer'i kanunda yazılı olon Stérilisation ameliyelerinde de keyfiyet aynıdır.

IV — Cebri Castration ameliyesi yerine kanunen başka emniyet tedbirleri ikame olunabilir.

Aralarında şayanı dikkat bir surette mücrimler zuhur eden anormale

esaslarına göre meslekten me'n edilmelidir. Henüz Fransada rüşeyim halinde bulunan bu, meslekten sukut sistemi yabancı memleketlerde geniş bir surette inkişâf etmiştir. Murahhaslar, prensibin kabul edildiğini müttefikan beyan ettiler. Tatbik şeklini tanzim etmek kalıyordu. Kısım, ve kongra, umumî raportörü, M. Fritz Grou nun fikirlerini aynen tasdik etti.

Teklif edilen direktifler şunlardır:

Mahiyeti itibarile memnuiyet, bir emniyet tedbiridir. Mamafih bazı memleketlerde (Bulgaristan, İtalya) memnuiyet bir ceza olarak telâkki edilmektedir. Sahai tatbikına gelince kongra, çok geniş bir sistem kabul etti. Meslekle mürtebit bütün memnu fiiller meslekten mahrumiyeti istilzam edebilecekdir. Holanda ile Yugoslavyada yalnız muayyen fiillerden dolayı meslekten mahrumiyet cezası kabul olunmuştur. Avusturya ve Macaristan ve Bulgaristanın raportörlerinin istedikleri gibi yalnız bir cürüm, memnuiyet cezasının verilmesi için kâfi olup mükerrir olmak lâzım değildir. Memnuiyet, mesleği idare edenlere münhasır kalmayup müstahdemlere de sirayet edecektir. Filhakika mahkûm olan bir şahsın, kendi nam ve hesabına icrayı san'at etmekte olan başka bir şahsın idaresi altında mesleğini icraya devam edebilmesi ihtimalinin bertaraf edilmesi şayanı arzudur. Almanlar izah ettiler ki Fransada meslekten men edilen bir tabip, muavin tabip sıfatile san'atını ieraya devam edebilir.

Memnuiyetin müddetine gelince, kongra, mvakkat olması lâzımgeldiği kanaatinde bulundu. Zira yalnız azil, müebbet sukutu istilzam edebilir.

Nihayet ittihaz olunan emniyet tedbirlerinin icrasına polis nezaret edecektir. Bugün Almanya, Holanda, İtalya ve Yunanistanda olduğu gibi memnuiyet hilâfına mesleklerini icrada devam edenler hakkında hususî bir ceza kabul edilecektir. Kabul edilen kararda bu direktifler, kolayca göze çarpacaktır:

I — Bir cinayet veya cünha ile maznun bulunan şahsın cürmü ile mesleği veya san'atı arasında irtibat mevcut olduğu takdirde işe el koyan mahkeme, maznun hakkında meslekten mahrumiyet cezası da verebilir.

II — Meslekten mahrumiyet cezasının şartları şunlardır:

A — Cezayı müstelzim fiil, mesleki veya san'atı sui istimal ve yahut

III

Mahkeme kararile, mektep ve müesseselere yerleştirilen çocuk ve gençler için tanzim edilmesi lâzımgelen en iyi manevî ve maddî yardım şekli nedir. Mektep ve müesseselerden çıkdıklarında bu yardım kiminle ve nasıl tahakkuk ettirilmelidir. ?

Evvelki kongralardan birinin meşgul olduğu bu mesele Berlin kongrasina, bütün eşkâlile himaye meselesini tetkike fırsat verdi.

Yazılı raporlarda ve cereyan eden münakaşalarda, müesseselerden çıkan çocuk ve gençliğin himayesine ve müesseselere girenlerin bozuk olan terbiyelerinin düzeltilmesine büyük kıymet atfetmek hususunda ittifak mevcuttur. Bazı murahhaslar, himaye olmasa; hapsin iyi neticelerinin, akim kalacağını beyan ettiler.

Kongracılar, yardımın bütün memleketlerde yeknasak bir tip şeklinde tesis olunamayacağında da ittifak ettiler. Aşağıdaki sistem onların nazarı dikkatlerini daha ziyade celbetti:

Çocuklar, tahliye edildikten sonra meskenlerinin bulundukları yerlerdeki mekteplere veya melc'lere yerleştirileceklerdir. Onlara mahallî komitalar tarafından yardımda bulunulacaktır.

Mevzu bulunan meseleye gelince: Raporlarda ve cereyan eden münakaşarlarda umumî bir surette iki talep dermeyan edildiği kaydolunabilir: Biri resmî müesseselerle hayırperver şefkat teşkilâtı arasında bağlılık ve emin bir teşriki mesaî olmalıdır. Biri de kat'î tahliyeden evvel bir müddet meşruten tahliye tatbik olunmalıdır. Umumî raportör, Londrada Hapisaneler Müfettişi kolonel Turner in bu fikirlere istinat eden mütalâaları kısım tarafından koalyca kabul olunarak aşağıdaki şekilde kongranın kararlarını teşkil etti:

I — *Himaye; resmî ve hususî çalışmalar arasında bir teşriki mesaî vücuda gelmek suretile en iyi şekilde icra edilir. Bu himayenin, çocukların ve gençlerin hapis edilmeleril başlaması zaruridir.*

II — *Mümkün olan her yerde müessesenin memurları bizzat himaye vazifesini üzererine almalıdırlar. Bunun mümkün olamadığı yerlerde resmî mahiyette bu işe mahsus bir teşkilât mevcut olmalıdır ve yahut gençliğe müzaharet maksadile mevcut olan diğer bir teşkilât ihtiyarî bir surette bu işi yapmalıdır.*

birinden farklı esaslar dairesinde mütalâa etmişlerdir. Bazıları ferdi yalnız memleketi için harp etmekte olduğu vakit düşman addetmişler diğerleri onu yalnız, devletinin hizmetinde bulunduğu yahut muhasamatı idame ettirmekte devletinin kudretini arttırdığı takdirde düşman saymışlardır. Her iki taraf bu hallerin haricinde, ferdi, harba şahsan ve mülken yabancı tutmuşlardır.

Buna karşı diğer bir nazariye hukuku düvelin yalnız devlet işlerile iştigali esasına istinat ettirilmiştir; harp yalnız devletler arasında caridir. Fakat, devletler, hukuku düvelin tabası olmak lâzımgelen şahıslar hükmünde olduklarından ve hukuku düvel bir ferdi ancak devleti vasıtasile tanıyabileceğinden, devletin bir uzvu olmadığı takdirde o fertte ne şahsî hukuk kalır, ne de tasarruf hakları, bu suretle gerek iyi ve gerek fena işlerde, ferdi devleti temsil eder, ve harp zuhurunda düşman devletin ve ona mensup her şahsın düşmanı olur.

Bu nazariyelerden birincisinin modern hukuku düvelce kabul edilmiş bir prensip olmakla kalmayarak halen bir çok harp kaidelerinde tatbik edilmekte olduğu ve asrî hukuku düveli eski adetlerden temyiz ettiren terakkilerden çoğunu bu nazariyeye riayet netidesinde tahakkuk ettiği iddia olunuyor.

Hukuku düvelin bir sistem halinde mevcudiyetinin ilk zamanlarda harp hususunda ferdin devletten ayrılması fikri hukuku düvel alimlerine yabancı idi. Umumen kabul olunmuştu ki düşman bir devletin tabası, ferden de düşmandır [1]. Muhasamat işlerinde hususî şahısların mensup oldukları devletlerden ayrılmaları fikri ancak 1801 senesinde hukuku düvel sahasına girebilmişti. O tarihte portalis [2] Fransa ganaim mahkemesinin küşadında

[1] Crotius, kitap III, fasıl III, fıkra 9 ve fasıl IV, fıkra 8; Pufendorf kitap VIII, fasıl VI; Degure Maritino, Molloy (1676 da yazılmıştır), kitap 1, fasıl 1, fıkra 22; questiones Juris Publici, Bynkersh - ock (1737 de yazılmıştlr), kitap 1, fasıl 1; Nugent, Theprinciples of Natural and Politic Law, Burlamaqui tarafından tercüme edilmiştir. (1763 de yazılmıştı), cilt II, kısım IV, fasıl IV, fıkra 20, Gusgent, wolff, fıkra 721 ve 723; Vattel, kitap III, fasıl IV, fıkra 70--2; Gur. Pub. thesrem; Lampredi kısım III, fasıl XII, fıkra 10. Rapid davasında Mister Justice Johnson muhakemesi, Granch 8, 160-2

[2] Potalis bu doktrininin Rousseau, dan hemen hemen aynen almıştır. Rousseau " içtimaî mukavele „ sinde (kitap 1, fasıl IV) harp adamın adama münasebeti değil, fakat devletin devlete münasebetidir; devlette fertler ancak arızî olarak düşmandırlar, bu düşmanlık adam sıfatile değil, vatandaş sıfatile bile değil fakat asker sıfatiledir; kezalik bu düşmanlık vatanın azasından olmak sıfatile değil, fakat onun müdafiileri olmak sıfatiledir.

istihzarata üs gibi kullanılmasına müsaade ederse, bitaraflığının hakikî olmadığına ve seyyan bir dostluk maskesi altında muhasımın cezasız kalacak mahiyette bazı harekâtı irtikâp etmesine imazıayn etmek suretile ona yardım etmek istediğine kuvvetle hükmolunabilir.

Ecnebiler hakkında düşünülen şey teba hakkında da cari olur. Hukuku hükümranisine malik bir devletin kendi memleketi dahilindeki vukuatı kontrol etmesi tabiidir. Ecnebiler üzerindeki kontrolu evleviyetle kendi tebası üzerinde icra eder; memleketinde kendisinin siyaseti zâhiresine mugayir haller vaki olursa kuvvetinin kifayesizliğinden siyaseti zahiresinin samimi olmadığına hükmolunur. Elhasıl tebanın yaptığı herşey devletin müsaadesine müpteni sayılır.

Diğer taraftan hiçbir hükûmetin kendi dairei kazaiyesi dahilinde yaşıyan kimselerin bütün ef'alini nezaret ve tefahhuz altında bulunduramıyacağı da kabul edilmiştir. Saklı ef'al hususunda devlete müterettip mes'uliyetin mürtefi olduğu bir nokta vardır. Daha aşağıda bu nokta hakkında tetkikat ve izahatta bulunulacaktır.

Bütün bu haller bedaheten gösterirki bitaraf bir devletin vazifeleri devletin umumî sulh zamanındaki vazifelerinin aynıdır. Bitaraf devlet muharip devletlerle sulh halindedir; bunun için onlara karşı vezaifi sulhiyesini ifa etmekle mükelleftir. Sulh ve bitaraflık hallerinde bir devletin vaziyetinde görülecek yegâne fark harp zamanında ifayı vazife etmesini müstelzim hallerin sulh zamanına nisbeten daha çok ve daha başka mahiyette olmasından ibarettir. Sulh zamanında bir devletin arazisini başka devleti ızrar maksadile kullanmak teşebbüsleri yalnız hususî eşhas tarafından ve nadiren vukua gelebilir. Harpte bu teşebbüsler gerek bizzat muhasım devlet tara fından, gerek tebası tarafından her an sadır olabilir. Binaenaleyh bitaraf vaziyette bulunan bir devletten beklenebilen basiret, asayişin hükümferma olduğu bir sırada göstermekle mükellef bulunduğu basiretten ziyadedir. Arazi hususundaki hukuku hükümrani o kadar vazifeler tevlit ederki bu haklara bitaraflık mesuliyetinin mikyası nazarile bakılabilir. Bir devlet kendi hudutları haricindeki vukuattan haberdar olmayabilir. Bittabi aynı devlet başka bir memleket dahilinde icraatta bulunamaz. Denizlerde de devlet hemen hemen aynı vaziyettedir. çünkü evvelâ vasıtai icraiyesi yalnız kendi gemilerinden ibaret olduğundan kudreti mahduttur. Sanıyen kendi tebasının yahut arazisinden her hangi bir

tificatif'leri hakkında şu suretle beyanı mütalâa etmiştir: « gerek taamül, gerek muahedeler harp kaçağı eşya ticaretinin bitaraflığa mugayir olduğunu göstermez, bilâkis bu ticareti yapanların eşyası zapt ve müsadereye maruz kalır ». [1]

1793 de İngiltere, Amarika müttehit hümûmetlerine reis tarafından vukubulan beyanatın icrasını men etmenin müttefik hükûmetlerce kendi vatandaşlarına ait gemileri yukarda gösterilen eşyayı hamil olduklarından dolayı zuhuru melhuz ziyanlara maruz kılmaktan daha kolay addedileceği bildirildiği vakit Mr. Gefferson şu cevabı vermişti: «bizim vatandaşlarımız silâh imal etmekte, satmakta ve ecnebi memleketlere ihraç etmekte daıma serbest olmuşlardır. Bu işler bazı vatandaşlarımızın daimî işleri ve medarı maişetleridir. İhtimalki maişetlerinin yegâne vasıtası olan mahza yabancı ve uzak olan ve bizlerle münasebetleri bulunmayan memleketlerde harp vardır diye onları bu işlerinden men etmemiz pek de ümit olunamaz. Prensip itibarile güç fakat tatbikat itibarile imkânsızdır. Binaenaleyh insanların sulh zamanında haklarına hürmet eden hukuku düvel onların iş ve maişetlerine mütaallik hususatta dahilen iz'aç edilmelerini müstelzim değildir». [2] Kezalik, 1855 de reis Pierce harp kaçağı eşyadan bahsederken şu daha açık ifadelerde bulunmuştur. «Amerika müttehit hükûmetlerinin kanunları vatandaşlarını muhasım devletlerin her hangi birine harp kaçağı eşya satmaktan ve harp mühimmatını yahut asker nakli için hususî gemilerine almaktan men etmez; bu fiiller vatandaşları yahut mallarını harbin bazı talilerine maruz bırakırsa da, bu hareketler millî bitaraflığı ihlâl etmeyeceği gibi hükûmetin de bunlardan dolayı müdahalesi lâzımgelmez ».

---

[1] Müttehit hükûmetlerin davası, kısım: V.

[2] De Martens, Cause Celebrese du Droit des Gens, III 247 bu meselede bütün vakıaların Mösyö de Vergennes tarafından serdolunan prensibe tamamen muvafık bir suretle ceryan etmemiş olması müdafaa ettiği kanunun doğruluğunu ihlâl etmez. İngiliz hükûmetinin şikâyet ettiği kaçak harp eşyası ihracatı başlıca, Amerika bayrağını hamil olan Fransız limanlarında malzemesini tedarik eden ve tayfası Fransızlardan mürekkep olan müsellâh malik kimseler tarafından yapılıyordu. Böyle bir halde silâh ihracatı muhasımane hareket serisinin bir kısmı gibi addolunabilirdi.

marka hukuku hükümranisine vukubulan tecavüzden dolayı İngiliz hükûmetinin teessüfünü beyan etmiş, fakat zabıt keyfiyetinde hukuku düvel noktai nazarından mevcut kanunsuzluğu tamir için İngiltere hükûmetine hiç bir mecburiyeti kanuniye terettüp edemiyeceğini bildirmiştir; ayni zamanda gemilerin iadesi hükûmetin iktidarı haricinde olduğunu da itiraf ederek bu işi mahkemelere tevdie lüzum görmüştür. [4]

1793 senesinde büyük Biritanya ile Fransa arasında harp zuhur ettiği vakit Fransa devleti Amerika müttehit hükûmetlerinin arazisini İngiliz ticaretine karşı üssülhareke ittihaz etmeye çalışmış, gemilerini Amerika limanlarında teçhiz etmişti. Bu hallere nihayet vermek üzere lâzım gelen tedbirlere müracaat olunduğu sırada, Amerika hükûmeti Fransa Hariciye nazaretinin emir ve talimatı altında vukubulan harekâtın sureti sarihada men'inden evvel tutulan ganaim hakkında ne suretle muamele icrası lâzım geldiği meselesile karşılaşmıştır. Hamilton ganaimin müttehit hükûmetlerin hukuku hükümranisine tecavüz suretile tutulmuş olduğuna binaen iade meselesinin mesaili milliyeden olduğu fikrinde bulunmuşsa da Gefferson Fransa hariciye nazaretinden sadır talimatın muteber olmadıgı ve binaenaleyh zabıt keyfiyeti esassız olduğu takdirde mahkemelerin zabıt edilen emvali sahiplerine iade ettireceğini ve kanun bu hususta ittihaz edilecek tedbiri göstermekte olduğundan hükûmetin müdahalesi icap etmiyeceğini iddia etti [1], nihayet İngiliz mal sahibinin mahkemelere müracaatta muhtar bulunduğuna karar verilmiş ve Amerika hükûmeti yalnız gemilerin teçhizi bitaraflığa mugayir addedileceği hakkında Fransız nazırına kat'i tebliğat icrasından sonra tutulan gemilerden dolayı mes'uliyet kabul etmiştir.

Devlet mevcudiyetinin başlangıcı, tanınması devletin izmihlâli siyasî teşkilâtını yapmış bir cemaat nazariyatta, devletin aslî karekterlerini haiz olduğu andan itibaren devletler ailesine girer. Bununla beraber bir devle-

[4] Danimarka hariciye nazırı Kont Wedel — Garlsbeg: "Hükümdarın kendi arazisi dahilinde hukuku hükümranisine karşı vukua getirilen açık bir tecavüzün her hangi bir bahane ile mahkemelerin kararına tabi tutulmasına asla muvafakat etmez„ demiştir. Nihayet Lord Hauvkesbury iddiasından sarfınazar etmiş, gemiler verilmiştir. Bu muhabere için Ortolan'ın "Deniz diplomasisi„ unvanlı eserinin zeylinde.

[1] Marshall'ın "Vaşingtonun hayatı„ unvanlı eseri, II, 263-5.

Şarta muallâk tasdik tanıyan devletler siyasî bir cemaatin istiklâlini tanımalarını bazı şartlara muallâk tutabilirler. Tanımanın bağlı olduğu şartların ademi ifası takdirinde tasdiki vaki keenlemyekün hükmüne girer. Tasdikin muallâk olduğu şartlar hilâfında hareket vukuunda tanıyan devlet diplomasî münasebetlerini katetmek yahut müdahalede bulunmak süretile o şartları icra ettirmek hakkını iktisap eder [1]. İstiklâlin tanınması kat'i ve lâyetegayyer bir kaide olduğundan, bu husustaki tahdidat asgarî surette tefsir olunur. 1878 tarihli Berlin muahedesi mucibince Bulgaristan Türkiyenin hukuku metbuiyeti altında muhtar ve haraçgüzar bir emaret halinde teşkil olunmuştu (M.1), şu şartla ki medenî ve siyasî haklardan istifade hürriyeti Bulgaristan teşkilât kanununun esasını teşkil edecek, din ve mezhep hürriyeti temin edilecek her hangi şekilde ibadetlere mümanaat olunmayacaktı (M. 5). Karadağ, Sırbistan ve Romanyanın istiklâlleri de aynı şartlara tabi tutulmuştu (M. 27, 35, 44). Teyit ve icrasındaki güçlükler sebebile bu şartlar filen hükümsüz kalıyordu; başlıca itilâf devletleri 1814-18 harbinin sonunda müteaddit sulh muahedelerinde Irk, Dil veDin hususunda ekalliyetlerin himayesi için bir usul kabul ve bunu akvam cemiyetinin teyit ve taahhüdü altına vazettiler; gerek yukarda zikredilen devletler, gerek mevzuubahs muahedeler mucibince istiklâlleri tasdik olunanlar hakkında mezkûr ahkâma tabi oluyordu.

Yeni bir devlet, mevcut bir devletten ayrılınca, tabiatile, beynelmilel bir şahıs sıfatile olan mevcudiyetine binaen hukuku düvelin kendisine tevcih ettiği bütün haklardan istifadeye başlar, ve aynı zamanda hukuku-düvelin kendisine terettüp eden mecburiyetlere tabi olur. Binaenaleyh yeni bir devletin umumî mahiyetteki hak ve vazifeleri hususunda mesele olamaz. Bununla beraber, ayrılmış olduğu devletin her hangi bir mukavele mucibince müesses teahhütlerine, o devlete ait emval, hukuk ve imtiyazata, iftirak vukuundan evvel ona tabi müteaddit kimselerin o sıfatla mutasarrıf

[1] Rivier, hukuku düvel I, 57- 61; Oppenhim, II, § 73.

tanya imperetorluğu, Feransa, İtalya, japonya ve portekiz arasında senjermen — An — Laheyde imzalanan mukavelenameye bakınız. Bu mukavele 26 Şubat 1885 tarihli Berlin muahadesini ve 2 Temmuz 1890 tarihli muahade ve beyannamesini tadil etmişti. Muahede serileri 1919, No. 18 ; Amerika hukuku düvel mecmuası XV (1921, ilâve 314) .

24. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

---

482 inci maddenin son fıkrasında yazılı ceza 193 üncü maddenin birinci fıkrasındaki cezadan daha ağır olduğundan içtima kaidesinin tatbikinde 482 inci maddenin esas tutulması lâzımdır.

Eve girmek ve sövmekten suçlu Bekir namı diğeri Bektaşın Ceza Kanunu 193, 482 ve 69 uncu maddelerine tevfikan ve içtimaan bir ay bir gün hapis ve bir lira ağır para cezalarile mahkûmiyetine ve (250) kuruş harcın kendisinden alınmasına dair Eskişehir sulh ceza mahkemesinden verilüp mahalli C. Müddeiumumiliği ile suçlu taraflarından temyiz edilen 19/7/935 Tarihli hüküm Temyiz ikinci ceza dairesince tetkik olunarak: Hakaretin davacının yüzüne karşı olduğu mahkemece kabul edilmesine ve 193 üncü maddede muayyen cezanın başlangıç haddi de 482 inci maddenin 1,2 ve 3 üncü fıkralarında daha ağır olmasına göre bu noktaya dair olan itirazlarla tebliğname münderecatı varit olmadığı gibi duruşma zaptına ve toplanan delillere nazaran mahalli Müddeiumumisi ile suçlunun itirazları da yerinde olmadığından reddile temyiz edilen hükmün Tasdikına mütedair verilen karar aleyhine Baş Müddeiumumilikten; içtimada fiilin tatbik olunan maddede muayyen cezanın azamî haddine nazaran fiilin büyüklüğü tayin edilmesine ve 482 inci maddenin son fıkrasında yüze karşı ve alenî olan hakaretin cezasının azamî haddi Altı ay hapis ve (200) lira ağır para cezası olmak itibarile 193-1 üncü maddeye temas eden suçtan büyük addedilmesi lâzım gelmesine nazaran Tasdika mütedair olan kararın ref'ile hükmün tebliğname veçhile bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek dava evrakı 7/1/936 Tarihli itirazname ile Birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı grüşülüp düşünüldü:

kemeye verdiği dava arzuhâlinde müddeabih mahalli murisi babası Hacı Ahmedin 316 senesinde mezkûr mahallin mutasarrıfı Kasbardan adî senetle haricen satın aldığını ve zikrolunan senedin 331 senesinde vukubulan harikte yandığını ve bu ciheti şuhutla isbat edeceğini iddia etmiş olmasına ve 316 senesinde emlâkin adî senetle haricen satışı kanunen muteber bulunmasına mebni müddeabih mahallin milk olup olmadığı tahkik olunarak milk olduğu anlaşıldığı surette bey'i hakkında adî senedin tanzim edildiğine ve mezkûr senedin 331 tarihindeki harikta yandığına dair ikame edeceği şahitlerin istimaile tebeyyün edecek hale göre hüküm itası icabederken mahkemece bu cihet tahkik ve tetkik edilmemesi ve senetsiz tasarruf iddiasının şayanı istima olmadığına dair olan tasarruf kanununun birinci maddesinin ikinci fıkrası 1451 No. lu kanunun 36 ıncı maddesile lâğvedilmiş olduğu halde tasarruf kanununun 1 ve 3 üncü maddelerine istinaden davanın reddine karar verilmesi muhalifi kanun ve hükmün nakzını müstelzim esbaptan bulunmuşken birinci hukuk dairesince mukaddema mümeyyizünbih hükmün tastikına karar verildiği anlaşılmış ve binaenaleyh bu noktalara müteallik olarak vukubulan tashihi karar talebi bu sebeplerle varit ve sebebi tashiha müstenit bulunmuş olduğundan tashihi talep olunan temyiz kararının ref'ine ve mümeyyizünbih hükmün bozulmasına karar verilerek iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: Müddeabih bağ mukaddema Kasbarın uhdesinde mukayyet iken bilâhara hazine namına tescil edilmiş ve müddeinin müddeabihi murisinin haricen satın aldığını söylemek suretile Kasbara aidiyetini ikrar etmiş ve esdabı tasarrufiyesini natık elinde bir güna ve sika dahi gayri mevcut bulunmuş ve esasen bu gibi hazineye intikal eden gayri menkullerin her hangi tarih ve zamanda olursa olsun haricen alım ve satımı iddiasının istimaı kanunen memnu bulunmuş olmasına göre mukaddema mahkemeden davanın reddine dair sadır olan hüküm usül ve kanuna muvafık olduğundan bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei Zehra.

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

Davacı müddeabih mahalli murisinin 316 senesinde mutasarrıfı Kasbardan adî senetle haricen satın aldığını ve zikrolunan senedin 331 sene-

sattığı yeri göstersin satmamış ise ihalenin feshini talep ederim) tarzındaki açık ifade ve defilerindeki hedef hazineye teveccüh eden meçhûl ve müşa yerin satışındaki tereddüd ve iştibah davacıya bir güna tesiri bulunmadığı ve hazineye karşı emri gaip siğasiyle ve şartlarla muallel satışın menfi kısmına ait ihalenin feshini istemek yolundaki talebi bedeli mebii geri almasını istemekten başka bir şeyi ifade etmeyeceğine göre nakzı vakî münderecatı zabıtnameye göre varit ve beca görülemediğinden evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei Şevket.

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

İzalei şuyuu talep edilen gayrı menkullerin henüz davacı namına muamelei tesciliyesi icra edilmemiş olmasına ve muamelei tesciliye yapıldıktan sonra dava hakkı mahfuz bulunmasına nazaran ısrar kararı netice itibarile kanuna muvafık ve temyiz itirazları gayri varit olduğundan reddine ancak; sulh mahkemesinden ısraren verilen ilâm harcı harç tarifesi K.nun 22 inci maddesinin 3 üncü fıkrası mucibince maktuan (100) kuruştan ibaret olduğu halde (400) kuruş ilâm harcı tahsiline hüküm verilmiş olduğundan Hukuk U. M. K. nun 438 inci maddesine tevfikan ilâm harcının (100) kuruş olmak üzre tahsili suretile mümeyyezünbih son hükmün Tasdikına ve aşağıda müfredatı yazılı (175) kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz eden taraftan alınmasına 20/5/936 Tarihinde ekseriyetle karar verildi,

Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesi: Esas No: 3. Karar No: 89.

---

bulundu ve hırsızı yakalayamamış, tabak ve peştemal ile yaptığı araştırmada çalınmış malı ele geçirememiş olan adama adlî müracaat yolunu açtı; binaenaleyh başkasının malına karşı gizlice suç işlemiş olan kimse aleyhine dava hakkı verdi. Böylece örf hukuku dairesinde cezalandırılan meşhut hırsızlığın yanı başında meşhut olmayan hırsızlık yani mücerret bir hırsızlık suçu da hukuk sahasına doğdu:

XII levha kanunu madde 6 — «Mağdur meşhut olmayan bir suçu davaeder ise hırsız mağdurun uğradığı zararın iki misli para cezasına mahkûm edilsin.»

Çalınmış mal, tabak ve peştemal ile olmayarak yani resmî surette yapılmayan bir araştırma esnasında bulunur ise o hırsızlığa «conceptum» hırsızlık (bulunmuş hırsızlık) denir. Çalınan malın araştırma esnasında hırsızın evinde bulunmayup başkasının evinde bulunması için çalınmış malın hırsız tarafından gizlice o başkasının evine konmuş olması halinde hırsızlığa «oblatum» hırsızlık (arzedilmiş hırsızlık) denir. Hırsızın mağdurun uğradığı zararın üç misline mahkûm edilmesini icabettiren bu iki nevi hırsızlığın da XII levha kanunu hükümleri arasında bulunduğunu umumiyetle iddia ederler.

Gaius III üncü kitap § 191: «bulunmuş ve arzedilmiş hırsızlığın cezası XII levha kanunu mucibince üç mislidir. Bu ceza pretor tarafından da ifa edilmiştir.»

Ekseriyetin kabul eylediği fikre göre bulunmuş ve arzedilmiş hırsızlk resmî araştırmadan başka bir araştırma tarzının XII levha kanunu zamanında mevcut bulunmuş olmasını iktiza ettirir; bu itibarla bulunmuş hırsızlıkta dava, çalınmış mal resmî bir araştırma neticesinde olmayarak yanında bulunmuş yatak aleyhine verilmiştir. Arzedilmiş hırsızlıkta dava, yatak lehine, malı kendisine vermiş adam aleyhine verilmiştir. Fakat bugün, XII levha kanunu zamanıda, tabak ve peştemal ile araştırmadan başka bir araştırma usulü bulunmadığı heman heman katiyetle sabit olmuş gibidir. Buna nazaran bulunmuş ve arzedilmiş hırsızlığı izah zımnında visscher bulunmuş hırsızlık davasının yatak aleyhine verilmiş olduğunu arzedilmiş hırsızlık davasının da yatak tarafından çalınmış mal kendisine verilmiş adam aleyhine verilmiş olduğunu dermeyan eyliyor. XII levha kanunu zamanında hırsız ile yatak arası henüz ayırd edilmemişti; yani hırsızlık ile başkasının

malını elinde bulundurmak arası henuz ayırd edilmemişti. XII levha kanunu zamanında çalınmış malın zilyedi hırsız addolunurdu. Bu karanlık meseleyi bırakalım. Hulâsa XII levha kanunu bizi iki sistemle karşı karşıya koyuyordu: Biri hususî adaletin münhasıran carî olduğu zamanda hâkim olmuş eski sistem; diğeri hırsızı, mağdurun kabul eylemeğe mecbur bulunduğ bir diyete mahkûm eden yeni sistem. Bu iki sistemi birleştirme vazifesi pretöre düşmüştür.

Şöyle ki: Pretör meşhud hırsızlıklarda şahsî intikamı bertaraf eyleyerek hırsızın «dört misline» mahkûmiyetini tesis eyledi. Sonra çalınmış mal ile yakalanmış olan hırsızın suçunu münazaa eylemesine müsaade eylemekle Majistranın «tevfiz» i yerine davayı ikame eylemiş oldu. Mağdurun hırsızı yakalaması veya çalınmış malı tabak ve peştemal ile arama esnasında meydana çıkartması halinden başka bir hali tasavvur edemiyen ilk devirlerde hırsızlık yalnız çalınmış malı ifade edebilirdi. Bütün maksat çalınmış malı hırsızın veya yatağın elinde bulmaktan ibaretti. Fakat kanun mağdura hırsız aleyhine, çalmış olduğu malın zilyedi bulunup bulunmadığından müs. takil olarak ve hatta zilyedi bulunmadığı takdirde dahi dava hakkı verince hukukçular bu davanın şartlarını yani bu davanın hangi hallerde ve hangi şartlar altında açılabileceğini tetkike koyuldular; tetkikin neticesi Roma hukukçularını hırsızlığı, bizim anlayışımızdan büsbütün başka bir anlayışa sevkeyledi. Romanın hukukçuları başkasının malına karşı gizlice yapılan her taaddiyi hırsızlık telâkki eylediler: Bir kimsenin ağaçlarını geceliyin gizlice kesmek hırsızlık idi; başkasının malını elinde bulunduran kimsenin meselâ emniyeti suiistimal gibi muameleleri hırsızlık addolunurdu. Kiracının oturduğu evi satması hırsızlık idi. Uzun bir tekâmül neticesi olarak klâsik devir hukukçuları « intifa kasdı »nı hırsızlığın unsuru olarak kabul eylediler. Justinian da kanununda bu unsura yer verdi. Artık bundan böyle başkasının malını temellük kastı olmaksızın mahvetmek hırsızlık suçundan ayrı bir suç telâkki olundu.

Hırsızlığın klâsik tarifini paul vermiştir: « Hırsızlık bir eşyanın bir menfaat temini zımnında hileli surette ele alınmasından ibarettir. Hırsızlık eşyanın zatına veya istimaline yahut zilyedliğine taalluk edebilir.» Binaenaleyh hırsızlık fıkhın tabirile «vazı'yet» dir. Bir eşya üzerine hileli surette el atmakdır, bir eşyaya hileli bir surette el koymaktır. Tasarruf kendisile

ceza kanunumuz ile Mecellemiz bu intibakı gösteremezlerdi, Mecelle Roma mefhumunu muhafaza eylemekte ceza kanunumuz ise o mefhumdan ayrılmış bulunmakta idi. Medenî kanun prensip itibarile menkulde istihkak iddiasını kabul etmiyor. 898 inci maddesinde « menkul bir şeyin zilyedi onun maliki addolunur » diyor menkulde istihkak iddiasına menkulün yalnız çalınmış veya gaybedilmiş olması halinde müsaade eyler: Madde 902: « Yedinde sirkat olunan veya kendisi tarafından kaybedilen veya rızası olmaksızın diğer her hangi bir suretle elinden alınan bir menkulün zilyedi beş sene müddet zarfında istihkak davası ikame edebilir.» Bu kaideler ancak tarihî bir tekâmül yardımile anlaşılabilir. Hırsızlık ile emniyeti suiistimal hususundaki modern nazariyeler menkulün verilmiş ve tevdi edilmiş olmasile sahibinin rızası olmaksızın gasbedilmiş olması arasının tefrik edilmiş olmasına istinat eyler.

Bugünkü hukuk zilyedlikten umumî surette mevcut veya mefruz bir hakkın tecellisini, zahirileşmesini anlar. Zilyedlik yalnız menkul ve gayri menkul mallar hakkında cari olmayup her hak hakkında hatta şahsî haller hakkında dahi mevzuu bahs olabilir. Haklara, onları filen kullanmakla zilyed olunabilir. Fakat biz burada yalnız menkul malların zilyedliğinden ve hırsızlıktan bahsedeceğimiz için zilyedliğin Medenî kanunumuzun 887 inci maddesindeki tarifine gelelim: «Bir şey üzerinde fiilen tasarruf sahibi olan kimse o şeyin zilyedidir»; demek ki zilyedlik, bir şahsa bir menkul üzerinde « alâveçhi istibdad» tasarruf edebilmek kudretini; yani bir şahsa menkulü istimal eylemek imkânı maddisini veren fiili bir haldir. Şu halde zilyed, kudreti altında bulunan bir menkulden intifa edebilen, kudreti altında bulunan bir menkulü tadil edebilen, telef edebilen veya başkasına verebilen kimsedir. Medenî kanunumuza göre aslî ve fer'î olmak üzere iki türlü zilyedlik vardır. Bir menkulü alelâde bir tarzda sadece maddeten elinde tutmak zilyedliği ifade eylemez. Çünkü aslî zilyedlik zilyede malik gibi hareket eylemek kast ve niyetini iktiza ettirir. Zilyedlik iki unsurdan mürekkeptir. Unsurlardan biri şeyin aynıdır (madde 890 mukayese ediniz); Diğeri malikiyet arzusudur (madde 899 mukayese ediniz). Unsurlardan birincisini zilyedliği teşkil eden maddî fiiller vücude getirir. Malın, onu iktisap edenin iktidarı dairesine geçmesile hasıl olur. Binaenaleyh malı tutmak, kullanmak, intifa etmek ve saire gibi maddî fiiller mal üzerindeki iktidarı ve binaenaleyh birinci unsuru

bince velâyet hakkını haiz olan ana baba çocuklar namına her türlü muamele [*] ve bu meyanda sulh da yapabilirler. Bunun için hâkimden izin almağa ihtiyaç yoktur.

Meselâ: çocuktan şu kadar kuruş dava edilipde babası çocuk namına... kuruş vermek üzre sulh yapsa nafiz olacağı gibi çocuğun alacağının bir mikdarını tenzil ile sulh olsa nafiz olur.

Zararı mahz olan hususlar müstesna olmak üzere velilerin velâyeti tam ve kâmil addolunmuştur. Fakat vasiler böyle değildir. Kanunu medenînin 405 inci maddesinde görüldüğü üzere vasiler tahtı vasayetlerindeki şahıslar namına hotbehot sulh yapamazlar. Bunun için sulh hâkiminden izin almak lâzımdır.

Yukarıda işaret ettiğimiz veçhile hükmî şahısları temsil eden zevatın salâhiyetleri verilen salâhiyetin şümulü derecesinde ve kanun hükümlerinden anlaşılır.

Devlete ait işlerde sulh salâhiyeti muhasebei umumiye kanununun 168 inci maddesinde ve belediyeye ait hususlarda belediye kanununun 70 inci maddesinin 13 üncü fıkrasında gösterilmiştir.

Ticari şirketlere müteallik işlerde mümessilin sulh salâhiyeti olup olmadığı mukavelename sarahatı ve kanunun hükümlerile taayyün eder. (Ticaret kanunu madde 161,267,319.)

Vekâlet ne derece şümullü olursa olsun sarahatı mahsusa olmadıkça vekil sulh olamaz.

Vekiller sulh aktedebilmek için sarahaten mezuniyet verilmiş olmak icap eder.

Şu icmalden sonra asıl mevzuumuza geçebiliriz.

Yukarıdaki izahattan da anlaşılacağı üzere sulh dava ikamesinden evvel olabileceği gibi dava esnasında da olabilir. Bu takdirde H. U. M. kanununun 151 inci maddesinin tarifatı dairesinde vaki sulh zabıtnameye derç ve taraflar huzurlarında kıraet olunarak kendilerine imza ettirilir.

Bundan sonra mahkemece ne muamele yapılacak ve sulhun neticesi ne olcaktır?

---

[*] kanunu M. nin 306 ıncı maddesinin son fıkrasile 392 inci maddesindeki müstesnalara bakınız.

Mülga usulü muhakematı hukukıyede sulh vukuunda sureti sulhu mübeyyin bir kıt'a senet tanzim ve tarafeyne imza ve tahtim ettirilerek işbu senedin ziri bittasdik ilâm olarak tarafeyne verilir diye bir madde vardı. Yeni hukuk usulü muhakemeleri kanununda böyle bir sarahat yoktur. Yalnız zikri geçen 151 inci madde ile davanın terkinden bahis 425 inci madde var. Bir de ferağat ve kabul. Fakat 151 inci madde sulhun zabıtnameye geçirileceğini söyleyor, neticesinden bahsetmeyor. 425 inci madde ise iki taraftan birinin vefatı veya davanın terki gibi bir sebeple hükme iktiran etmeyen davalara ait masarifi muhakemenin kim tarafından takdir ve hüküm olunacağını beyan ediyor. Bu maddelerden ms'elenin hükmünü tayin mümkin değil, yalnız feragat ve kabule ait hükümler kalıyor.

Sulhu feragat ve kabul mefhumunda mütalâa mümkinmidir?

Yukarıda sulhun mahiyetini arzettim.

Kanun feragatı taraflradan birinin neticei talebinden vazgeçmesidir diye tarif ediyor. Davadan veya haktan vazgeçmek demektir ki: Kabule tevakkuf etmez. Feragat eden şahıs iradesini izhar etkmekle tamam olur.

Kanun kabulü de iki taraftan birinin diğer tarafın neticei talebine muvafakat etmesidir diye tarif etmiştir. Meselâ istenen paranın verilmesine veya aynen teslimine muvafakat gibi.

Feragat ve kabul tamamen olabileceği gibi kısmen de olabilir. Davada kısmen feragat ve kısmen kabul tarafların karşılıklı iradelerini izhar ile vukua gelir.

H. U. M. kanununun 95 inci maddesi mucibince feragat ve kabul, kat'î bir hükmün hukukî neticelerini hasıl eder.

İşte feragat ve kabulün mahiyet ve bazı neticeleri, yalnız feragata sulh denemez. Çünkü sulh bir akit, feragat ise bir taraflı bir muameledir.

Kabul veya bir davada kısmen feragat ve kısmen kabule kanunî neticesine nazaran sulh itlak olunabilirmi?

Müddeabih gerek ayn ve gerek deyn olsun sulh ya kısmen iskat ve kısmen istifa şeklinde veya muavaza mahiyetinde tekevvün eder. Her iki surette akit bir kayt ve şartla mukayyettir ya değildir.

Kısmen istifa ve kısmen iskat mahiyetinde olan ve bir kayt ve şartla

Cemiyet hayatının aldığı yeni seyir, devlet faaliyet ve müdahalelerinin çok genişlemiş olması dünün hukuk telekkilerini, hukuk mefhumlarını artık bugünün ihtiyaçlarına cevap vermeyecek bir hale koymuştur. Dün muayyen bir istikamete doğru ve yavaş yavaş tekemmül eden hukuk bugün yepyeni bir seyir takibediyor ve bu yeni istikametinde eskisinden çok fazla süratle ilerliyor. Devletin faaliyet sahasının her memlekette dünkü ile kıyas edilemiyecek kadar genişlemiş olması, dün kuvetle müdafaa edildiği zannedilen, Jandarma devlet nazariyesini bugün ortadan kaldırmıştır. Artık bugün devletin yalnız maddî nizam ve intizamı temin ederek cemiyet faaliyetlerina karşı tamamen passif bir rol almasını, aktif vaziyete geçmemesini müdafaa edenler yok denecek kadar azalmıştır. Yukarıda arzettiğim gibi Fransa ve İngiltere bile sosyal ve ekonomik mülâhazalarla veya hayatî saydıkları noktalardan devletin müdahalesini kabul ediyorlar ve bu suretle tam devletçi olmamakla beraber müdahaleciliği genişletmiş ve kuvvetlendirmiş bulunuyorlar. Faşist İtalya bugün devletin mevcudiyet sebebini çtimaî hayattaki rabtıa ve münasebetlerde intizam ve sükûnu mhafaza etmek, halkın maddî ve manevî iyiliğine ve inikişafına çalışmak, hülâsa ferdlerin ve millî toplulukların maddî ve manevî menfaatlerini temin ve müdafaa etmekle izah ediyor: İtalyan müelliflerine göre devletin, bütün gayelerinin tahakkuku ve millî toplulukların yüksek menfaatlerine hizmet ve bunları himaye etmek için âmme kudretini kullanması hâkimiyet haklarındandır. Devlet hâkimiyetine dayanarak servetin istihsal, tedavül ve inkısamına çalışan içtimaî topluluklar arasındaki münasebetlere ve ihtilâflara müdahele eder. Faşistlere göre mülkiyetin kullanılması bir hak değil belki içtimaî hayat ve teşkilâtı kuvvetlenmesi ve inkişafı için içtimaî bir vazifeyi tazammun eder, bu itibarla devlet mülkiyet hakkının kullanılmasile yakından alâkadar olur ve müdahele eder. Faşist Almanya da ayni esasları kabul etmaktedir.

İşte hukuk bugünki hayata faaliyetlere ve ihtiyaçlara cevap verebilmek için yeni bir istikamette süratle ilerlemektedir. Bununla beraber yeni ihtiyaçların istediği müesseseleri tamamen doğmuş saymak da mümkün değildir. Bugün hukuk yeni ihtiyaçların doğurduğu yeni sosyal müesseseler ve krizler karşısında biraz şaşırmış bir vaziyettedir: Faşist İtalya yeni kurduğu sisteme muvazî olarak koyduğu hukuk müesseselerinin ancak muvakkat ve geçici bir mahiyeti haiz olduğunu daha doğrusu birer tecrübe

mahiyetinde bulunduğunu söylemekten çekinmiyor; Komunist Rusya, nasyonal sosyalist Almanya henüz hukukî şekillerinin tamamen almış olduklarını iddia edemiyorlar; sağ ve sol arasında bocalıyan Fransa hanği noktaya temayül ederse etsin, Fransız esas teşkilât hukukunun da bir takım değişikliklere maruz kalacağını görüyoruz. Hülâsa bugün eski hukuk müesseseleri birer birer kuvvetlerini kaybetmekte ve hatta ölmekte yeni hukuk müesseseleri de henuz doğum halinde bulunmaktadır. Yeni doğan müesseselerin ihtiyaçlara ne kadar uygun olduğunu, cemiyetteki muvazeneyi ne dereceler de temin ve mnhafaza edebileceğini, yaşama ve cemiyete intibak edebilme kabiliyetlerinin derecesini bize zaman ve tecrübe gösterecektir. Bu tecrübenin bizim için en az tehlikeli olması, bize fazla zaman ve enerji kaybettirmemesi, Hukuk müesseselerimizin cemiyetimizi gayelerine ulaştırabilecek bir mahiyette olabilmesi için dünki fikir manzumelerinin mahsulü olan ve başka ihtiyaçlara tekabül eden eski müesseseler üzerinde durmayarak ve bugün başka bir seyir takibeden hayatı bunlara uydurmaya çalışmayarak büyük inkılâpların ve yeni ihtiyaçların hukuk müesseseleri üzerindeki tesirlerini ve başka memleketlerin bugün geçirmekte oldukları tecrübeleri tetkik etmek mecburiyetindeyiz.

Tekrar edeyim ki başka memleketlerde göreceğimiz şeylerin birer tecrübeden fazla bir kıymeti yoktur. Bunları birer hakikat addetmek bizi yanlış yollara götürebilir. Bugün devletçi memleketlerde gördügümüz müesseselerde, kendilerinin de itiraf ettikleri gibi, fevkalade ve geçici hadiselerin, şahsî âmillerin büyük tesirleri vardır. Bununla beraber bunların arkasında yeni cereyanların hakıkî esas ve temayüllerini, zarurî müesseselerini görebiliriz. İşte bizim için yapılacak şey bunları aramak bulmak, millî ve hukukî bünyemizle mukayese etmektir.

Yukarki maruzatım; hukuk alemindeki derin değişiklikler ve istihalelerin âmme hukuku ve onun devletin günlük faaliyetlerini, umumî ihtiyaçların tatminini tanzim ve idare eden şubesi bulunan idare hukuku üzerinde daha mühim ve derin izler bırakmış olduğunu gösterir. Ferdi faaliyet sahasının, devlet müdahalesile, devlet faaliyetlerile daha dar ve sıkı bir suretle tahdid edilmiş olması hususî hukukta ehemmiyetli tesirler husule getirmekle beraber devletin kuvvetlenmesi ve müdahalesinin genişlemesi bilhassa âmme hukuku sahasında ortaya bir çok meseleler atmıştır. Hukukun çok son-

gibi diğer bir çok hallerde kendisine riayet lâzımdır).

6. Müzayede şekli.

7. Diğer muhtelif şekiller.

Schneider ve *Fick* [5] İsviçre kanununun koyduğu şekilleri ikiye irca ediyor ve onları birer birer soruyor.

Biz bu küçük sınama yazısında yazılı şekli tetkik ve mütalâa edeceğiz. Fakat bu mevzua girmezden önce şekillerin birbirile münasebetlerini kısaca gözden geçinelim:

B. — Kanunda derpiş edilen şekillerin birbirile münasebeti hakkında umumî perensipler koymak güçtür. Bilhassa bir şeklin diğer bir şekilden daha mühim ve daha şumullü olduğunu meselâ tescil şeklinin alelâde yazılı şekilden daha mühim ve şamil olduğunu sureti umumiyede iddia etmek zordur. Çünkü kanunumuzda bu hususta, bazı işaretler müstesna, hiç bir sarahat yoktur. Kanunumuz filhakika bazı yerlerde muhtelif şekillerden birini tercih etmek hususunda serbest bırakmıştır [5 a]. Borçlar kanunumuz 15 inci maddesinde resmî şekil ile, «usulen tastik olunmuş ve el ile yapılmış bir alâmet» arasında serbest bırakmıştır. Gine borçlar kanununun 89 uncu maddesi resmî şekil ile tastika muhtaç olan şekil arasında serbesti veriyor.

Medenî kanunumuzun 74 üncü maddesinin birinci fıkrası: Tesis hakkında resmî senet *veya* vaziyet şekillerinden birisini tesbit ettikten sonra aynı maddenin ikinci fıkrası tesisin mahkeme sicile kaydını emrediyor. Medenî kanunun 297 inci maddesine göre: Evlilik haricinde doğan bir çocuğun tanınması ya resmî senetle veyahut ölüme bağlı tasarrufla [5 b] olur, ve bundan sonra da keyfiyet mahallin nufusu memuruna *ihbar* olunur, diyor.

---

[5] Bak: *Schneider* et *Fick*, *Commentaire du code Fédéral des* obligations, Porret tarafından Fransızcaya çevrilmiştir, Neuchâtel 1911

[5 a] Bak: İsviçre borçlar kanunu anonim şirketler hukukunda (664 ve 626, 618, 615 inci maddelerde) resmî şekil ile yazılı şekil arasında serbest bırakılmıştır.

[5 b] Ölüme bağlı tasarrufların şekli hakkında bak: mat. 478 gr.

dermiyanı, medenî kanunun ikinci mattesinin ikinci fıkrası manasında bir «hakkın suiistimali» mahiyetinde talakki olunamaz. Çünkü prensip itibarile, kanunun kurduğu koruyucu hökümlerinden istifade eden hüsnü niyetle hareket etmemiş sayılamaz, bunu federal mahkeme kararı tesbit etmiştir: EMK 49 II s. 64.

Adliye vekâletinden:

Hâkimler kanunu mucibince toplanan ayırma meclisi umumî heyeti; 937 senesine mahsus olmak üzere hâkimlerin terfii için mahkemei temyizce tetkik edilen işlerinden % 50 sinden fazlasının tasdik edilmiş olmasına ve tercihan terfia lâyık olabilmeleri için de bu mıkdarın % 70 şinden fazla bulunması lâzım geldiğini kararlaştırmıştır.

---

ilâm harcının temyiz eden mahkûmdan alınmasına ve depo edilen paranın irat kaydına 1/6/936 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hay'eti Umumiyesi Esas No: 4/66. Karar No: 66. Tebliğname: 5/1610.

---

50. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Adliye Harç tarifesi kanununun 100 üncü maddesi sarahatine göre Askerî efrattan umumî mahkemelerde görülen işlerde dahi hiç bir harç alınmaz.

Kaçak morfin ve kokain satmaktan suçlu eşhastan asker Osmanın Ceza K. nun 403 ve 80 inci maddelerine tevfikan bir sene iki ay hapis ve 233 lira ağır para cezalarile mahkûmiyetine ve 880 kuruş harcın kendisinden tahsiline dair İzmir ihtisas mahkemesinden verilen 3/4/936 tarihli hüküm suçlunun temyizine binaen Temyiz 4 üncü ceza dairesince tetkik olunarak: 2503 sayılı kanunun 100 üncü maddesi askerî mahkemelerden verilen hükümlere ait ve bu mahkemelerin askerî efrattan hiç bir harç alınmıyacağı lüzumunun âmir olmasına göre tepliğnamedeki bu cihete ait mütalâa yerinde görülemediğinden reddile usul ve kanuna uygun ve takdiri kanaata müstenit bulunan hükmün Tasdikına mütedair verilen karar aleyhine Baş Müdbeiumumilikten; 2503 sayıl adliye harç tarifsi kanunu isminden de anlaşılacağı üzere Adliye mahkemelerinde tatbik edilmek üzere mevkii meriyete vazedilmiş ve bu kanunun 101 inci maddesile evvelce Adliye mahkemesinde tatbik edilmekte olan (muhakimi nizamiye ve devairde alınması lâzımgelen harçlara dair kanun ile zeyl ve tadilleri) ilga edilmiş bulunmasına ve 100 üncü maddenin 5 inci fıkasının mutlak

51. T. TMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

C. Müddeiumumisi tarafından istenen bir işde hilâfı hakikat rapor vermek suretile Adliyeye müteallik vazifesinde suiistimâl etmekten suçlu Askeri hastanesi Bevliye mütehassısı Binbaşı Nüzhet hakkında tahkikat icrası: suçun Askerî binadan madud olan Askerî hastane de işlenmiş olmasına nzaran ciheti Askeriyeye aittir.

Hakikata aykırı rapor verdiği iddiasile Adliyeye müteallik Müddei umumilikten istenilen vazifeyi ifada suiistimalde bulundğu iddia edilen askerî hastahanesi bevliye mütehassısı tabip binbaşı Nüzhet hakkında Konya surgu hâkimliği ile 5 inci kolordu adlî âmirliği arasında çıkan icabî ihtilâfın halli için gönderilen bu baptaki evrak Baş Müddeiumumiliğin suçun mahiyetine göre sorgu hâkimliğinin yerinde görülemeyen kararının kaldırılması talebini natık tebliğnamesi temyiz askerî Müddeiumumisinin mütlâanamesile birlikte 19/5/936 tarihinde birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum Ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Suç askerî müessiselerden olan askerî hastahanede işlenmiş olmasına binaen yerinde görülemeyen sorgu hâkimliği kararının kaldırılmasına 8/6/936 tarihinde Çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi: Esas No: 83. Karar No: 84. Tebliğname: 4-1613

541

olmayan ve kanunen evlenmesine imkân bulunmayan bir kızın kaçırılmasında bu maddenin tatbikı maksadı kanuna uygun olmayacağı beyanile eski hükümde ısrarı mutazammın Ankara ağır ceza mahkemesinden sonradan verilen 8-4-936 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki mahkûm tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek bu baptaki evrak Baş Müddeiumumiliğin; usul ve kanuna uygun bulunan ısrar kararının tasdiki talebini natık 28-5-936 tarihli tebliğnamesile Birinci Başkanlık dairesine tevdi edilmekle Umum Ceza Hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Mağdurenin yaşına nazaran ısrar kararı usul ve kanuna uygun olmakla varit olmayan temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün Tasdikına ve (1400) kuruş ilâm harcının mahkûmdan alınmasına ve depo edilen paranın irat kaydına 15-6-936 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 2/128. Karar No: 124. Tebliğname: 1663.

---

54. T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Otelde gaip olan bir tabancanın ortaya çıkarılması için yaptığı tahkikat sırasında suçluları tehdit ve tahkir etmekten suçlu polis komiserinin suçu adlî vazifeden mütevellit olduğundan bu hususta idare hey'etinin tahkikat icrasına salâhiyeti yoktur.

Otelde gaip olan bir tabancanın meydana çıkarılması için yaptığı tahkikat sırasında otelin sahip ve müstahdemlerinden isimleri malûm eşhası karakola celbederek merkûmanı tehdit ve tahkir ve gaip olan tabancayı bunlara tazmin ettirmek suretile vazifesini suiistimal eylediği iddiasile suç-

ve diğeri de Ceza K. nun kendiliğine şikâyet ve ferağat hakları verilen suçlarda şikâyetleri sevketmedikçe âmme namına tahrik olunamayan davalarda müdahil vaziyetine inkilâp eyleyenlerdir. C. Müddeiumumilerinin doğrudan doğruya tahrik ve âmme davasını açmağa salâhiyetli oldukları suçlarda âmme davasını açmağa kâfi sebepler görlmediği takdirde dava açmağa mahal olmadığına karar vermek hakkı olduğu gibî usulün 344 üncü maddesinde dahil bulunmayan ve fakat mutazarrırların şikâyetlerine bağlı bulunan meselâ zina ve kendiliğinden hak almak gibi suçlarda dahi mutazarrırlarının mücerret şikâyetleri üzerine C. Müddeiumumlieri dava açmağa mecbur olmayup davayı açmağa kâfi sebepler görmediği surette bu suçlardan dolayı da âmme davasının açılmasına mahal olmadığına karar verebilmek salâhiyetleri cümlesinden olmasına göre bu suçluar müştekilerinin şikâyet ve ferağat hakları müdahil vaziyetine inkilâp etmelerine mâni teşkil etmez. Binaenaleyh müdahillere mahkeme harcının yükletilmesi suretini gösteren harç K. nun 57 inci maddesinde yokarda vaziyetleri tesbit edilen iki çeşit müdahiller arasında bir gûna tefrik yapılmaksızın müdahillere tam harç tahmili ancak usulün 167, 168 inci maddeleri mucbince C. Müddeiumumisini dava açmağa icbar etmiş olup da mezkûr K. nun 170 inci maddesindeki sebepleri bulunması veyahut 414 üncü maddesi mucibince suçlunun mahkemesinin men'ine veya beraetine veyahut tahkikatının düşmesine karar verilmesi gibi hallerin tahakkukuna mütevakkıf olmasına ve zikri geçen harç K. nun 57 maddesinin son fıkrasında usulün 169 uncu maddesinin son fınkrsında zikrolunan halin mevcudiyetinde ve birde son tahkikatın açılmasından sonra müştekinin şikâyetnamesini geri almamasında yarım harç alınacağının gösterilmesi — yukarda tarif ve tasnifi sebkeden C. Müddeiumumisini âmme davasını açmağa icbar eyleyen her iki kısım müdahillere şamil olduğu neticei mantıkıyeye mukarin kanunun mâna ve mefhumundan müstenbat olup bunun aksini istidlâle müsait bir kayt ve sarahat bulunmamasına ve şu kadarki suçlunun muhakemesinin men'ine veya beraetine veya tahkikatın düşmesine karar verildiği surette her iki kısım müdahillere tam harç lâzım geldiği halde müddeiumumiyi icbardan ve son tahkikat açıldıkdan sonra şikâyetnamesini geri alan müşteki ki (buda müdahillerdir) yarım harç

559

ve men'i muhakeme kararı verilmesi doğru olmadığından bahsile men'i muhakeme kararını bozarak işin doğrudan doğruya adliyece takibi lüzumuna karar vermiş olmakla bu suretle sivil eşhas hakkında Silifke sorgu hâkimliği ile İçel idare hey'eti arasında hasıl olan ihtilâfın halli için gönderilen bu baptaki evrak Başmuddeiumumiliğin; Suçluların memur olmamalarına göre sorgu hâkimliğinin yerinde görülemeyen kararının kaldırılması talebini natık 22-9-936 Tarihli tebliğnamesiyle birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Jandarmalardan gayrı suçluların memur olmamalarına göre yerinde görülemeyen sorgu hâkimi kararının kaldırılmasına 5-10-936 Tarihinde oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza hey'eti Umumiyesi: Esas No: 153 karar No: 149 Tebliğname 3095/6.

---

67 T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Yalan yere ymin davalarının ceza muhakemelerinde mutlaka tahrirî beyyine ile isbatı icap edeceğine dair kanunda bir hüküm mevcut olmayup ceza muhakemeleri temini kanaat için her dürlü delâili tetkike salâhiyetlidir.

Ahmet aleyhine sulh hukuk mahkemesinde yalan yere yemin etmekten suçlu Haticenin bozmaya uyularak Ceza K.nun287 inci maddesine tevfikan Altı ay hapis ve (30) lira ağır para cezalariyle mahkûmiyetine dair Nevşehir Asliye ceza mahkemesinden 13-7-935 Tarihli hüküm mahkûmun temyizine binaen Temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik

olunarak: Mahkeme delilleri takdir etmek suretile hüküm vermiş olmasına göre tebliğnamede yazılı mütalâa ve temyiz itirazlarının yerinde görülememiş olduğundan reddile mucip sebeplere müstenit ve kanuna uygun bulunan hükmün tasdikına mütedair verilen karar aeyhine başmüddeiumumilikden; Hukuk mahkemesinde şahadetle sübutunu kabûle müntehî olacak surette hadisede yalan yere yemin mes'elesinden dolayı şahadetin kabûlüne cevazı kanunî mülâhaza edilmeyeceğine ve temyiz dördüncü ceza dairesinin içtihadı da bu merkezde bulunmakta olmasına göre mahkemenin delileri takdir etmek suretile hüküm verdiğinden bahsile hükmün tasdikına dair verilen ve yerinde görülemeyen kararın kaldırılması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 19-6-936 Tarihli itirazname ile birinci başkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü :

Yalan yere yemin davalrının ceza mahkemelerinde tahrirî beyyine ile sübutu lâzım geleceğine dair ne ceza ve nede ceza muhakemeleri U.K.nunda istisnaî bir kayt bulunmamasına ve kanunda hilâfı yazılı olmadıkça bir suçun sübutuna medar addedilebilen delillerle isbat edilebileceği ahkâmı umumiyei cezaiyeden bulunmasına ve hukuk mahkemesinde kanunen şahadetle sübutu caiz görülmeyen mesaili hukukiyede tevcih edilen yemini bilkabûl ve ifa edenlerin yeminlerinin yalan olduğu hakkında ikame edilen delâil ve beyyinatı ceza hâkimlerinin mutlak surette takdire hak ve salâhiyetleri derkâr bulunmasına binaen itiraz namede hukuk mahkemesinde şahadetle sübutu caiz olmayan bir davanın yemin ile halli takdirinde ikame edilecek yalan yere yemin davasının şahadetle halline cevazı kanunî bulunmadığı yolunda serdedilen mütalâa gayri varit olduğu gibi hadiseda suçlunun yalan yere yemin ettiği hakkındaki delâil karar yerinde tâdat ve bu delâile müsteniden bîttakdir ittihazı hükmedilmiş ve Dördüncü ceza dairesince dahi hükmü vakî esbabı mucibeye ve takdire müstenit ve usul ve kanuna muvafık görülerek tasdik kılınmış bulunmasına binaen itiraznamede serdedilen diğer mütalâa dahi gayrı varit olmakla reddine 12-10-936 Tarihinde Çoğunlukla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi. Esas No: 111. Karar No: 127. İtiraznamе: No:75

566

bazı mütalâat beyaniyle eski hükümde ısrar edilmesi yolsuz ve kanuna aykırı görülmekle mezkûr ısrar kararının Ceza M. U. K. nun 326 ıncı maddesine tevfikan Bozulmasına 2-11-936 Tarihinde Oybirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ceza Hey'eti Umumiyesi Esas No: 211. Karar No: 109 Tebliğname: 1/5542

---

71 T. TEMYİZ MAHKEMESİ C. H. U.

Evvelce mahkûm edildiği halde bozma üzerine hakkındaki davanın düşmesine karar verilen suçlu hakkında bozma suçu hükmedilemez.

Izrardan suçlu Rahminin bozmaya uyularak yapılan duruşması neticesinde: Müşteki devasından vaz geçtiğini beyan eylemesine mebni ceza K.-nun 516 ve usulün 253 ve 261 inci maddeleri veçhile davasının düşmesine ve (500) kuruş harcın davacıdan ve (400) kuruş bozma harcının da suçludan tahsiline dair hüküm mafevk Uzunköprü C. Müddeiumumisinin temyizine binaen Temyizikinci ceza dairesince tetkik olunarak: Bozma üzerine cezadan kurtulmuş olan suçluya harç hükmedilmiş olması yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle; Bazı mütalâalar beyaniyle eski kararda ısrarı mutazammın Meriç Sulh ceza mahkemesinden sonradan verilen 22-6-936 Tarihli hükmün dahi temyizen tetkikı mafevk Uzunköprü C. Müddeiumumiliği tarafında müddetinde istida edilerek bu baptaki evrak Baş Muddeiumumiliğin; Bozma kararı musıp ve uymak icap ederken ısrar edilmesi yolsuz bulunduğundan kararın bozulması talebini natık 1-10-936 Tarihli tebliğnamesiyle birinci bşkanlık dairesine tevdi edilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

münderecatına nazaran temyiz müstedilerinden Alinin kendisinin mahkemeye davet edilmediğine dair dermeyan eylediği itiraz dahi varit değilsede: Mahkemede hazır bulunan müddeaaleyhlerden Hasan vekili tarafından mahkemeye verilen 15 / 9 / 934 Tarihli arzuhalde müddeabih gayri menkulleri 928 Tarihindenberi gerek müvekkilinin ve gerek murisinin tapudaki kayda müsteniden fasılasız ve nizasız davacı müvacehesinde tasarruf eyledikleri ve hadisede davanın istimaına mâni mururu zaman bulunduğu def'an dermeyan edilmesine nazaran bu baptaki ahkâmı sabıka ve lâhika derpiş olunarak mururu zaman def'i tetkîk ve halledilmek icap ederken mahkemece bu suretle tetkikat yapılmayarak ketmi verese suretile istihsal olunan tapuların iptali davasında mururu zaman def'i yerinde olmadığından bahsile mezkûr def'in reddine karar verilmesi kanuna muhallif olduğundan bozularak iade kılınmakla; Yeniden yapılan muhakeme sonunda: Ketmi verese suretile yapılan muamelâtı intikaliyenin ahkâmı sabıkada ve lâhikada kıymeti kanunisi olmadığı ve hatta ahkâmı sabıkada verese beyninde mururu zaman cereyan etmeyeceğine dair Şurayı Devlet kararı mevcut olmasına ve temyizin de bu hususta müteaddit kararı olduğundan, ve müddeabih arazilerin müddeiyenin gözü önünde tasurruf edilmesi de müddeaaleyhimadan Hasan müddeiyenin kocası olmasından ileri gelmesine ve mururu zaman kabul edilmesi lâzımgelse bile müddeiye ile diğer vereselerin işe vakıf olup veraset senedi aldıkları tarihten cereyan etmesi lâzım geleceğinden bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddeaaleyhlerden Hasan vekili Nafiz Kulaç.

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

Hadisenin şekil ve mahiyetine nazaran müddeaalyh tarafından dermeyan olunan mururu zaman def'i hakkında tetkikat ve tahkikat icrasile neticesine göre bir karar verilmek lâzım ve bu lüzumu mutazamın olan bozma kararı vacibülittiba bulunmuş iken ilâmda yazılı esbap ve mutalâa dermeyanile ısrara karar verilmesi yolsuz olduğu gibi ısraren verilen ilâm harcı harç tarifesi K.nun 22 inci maddesi mucibince maktuan 250 kuruştan ibaret olduğu halde (400) kuruş ilâm harcı tahsiline hükmedilmesi de

52. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Mevcut bir akde müsteniden gayri menkul alım satımından mütevellit davalarda müddeabihin kıymeti elli lirayı tecavüz etse de şahitle isbatına cevaz vardır.

M. — *Tos oğlu Mehmet.*
M. A. — *Hüseyin oğlu Mehmet.*

[Mahkemesi: Dinar Sulh Hukuk. Karar Tarihi: 17-2-936. Esas: No: 147. Karar. No: 38.]

Dava: Müddeaaleyh iki evlek bağını yüzyirmi altı lira bedelle kendisine sattığı halde bu kerre cebren zabteylemiş olduğundan verdiği yüzyirmi altı lira ile gasbettiği üçbin kilo üzüm bedeli olan yüzelli liranın tahsili talebine dairdir.

Karar: Şehadetle sabit olan müddeabih yüzyirmi altı lira ile üzüm bedeli olan kırkbeş liranın tahsiline mütedair verilen karar indettemyiz; hadisede şahit dinlenmesine cevazı kanunî yok iken şahit dinlenmesi ve şahadete istinaden yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna uygun olmadığından bozularak iade kılınmakla; Yeniden yapılan muhakeme sonunda: Elli lirayı geçen alacak davalarında şahit istimaına cevazı kanunî yok isede dava gayrimenkul alım ve satımından mütevellit bulunmuş ve dava edilen ise (42) ölçek buğday mukabili bağı tırampa ettiğini beyanla ortada bir akdin mevcudiyeti ikrar olunmasına binaen hakikatın tezahürü için şahit dinlendiğinden ve saireden bahsile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddeaaleyh Mehmet.

Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son

hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâatlar okunduktan sonra. icabı görüşülüp düşünüldü:

Tarafların iddia ve müdafaalarına ve sureti cereyanı muhakemeye ve hükümde münderiç esbabı mucibeye nazaran ısrar krrarı usul ve kanuna muvafık ve temyiz itirazları gayri varit olduğundan reddiyle mümeyyezünbih son hükmün Tastikına ve aşağıda müfredatı yazılı (200) kuruş temyiz ilâmı harcının temyiz eden tarftan alınmasına 21-10-936 tarihinde Ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Hukuk hey'eti umumiyesi. Esas No: 3-122. karar No: 132.

---

53. T. TEMYİZ MAHKEMESİ H. H. U.

Huku usulü muhakemeleri kanununun 10 uncu maddesi mucibince bir dava, mukavelenin icra olunacağı mahal mahkemesinde de bakılabilir.

M. — *Eyüp oğlu Sabri.*

M. A. — *Avukat Sadık.*

[mahkemesi: Amasya Sulh Hukuk. karar Tarihi: 11-3-936 karar No: 522.]

Dava: Değirmenin su arkının derinletüp genişletmek suretile taahhüdünü ifa ettiği halde ücretinden bakiyye yetmiş bir lira seksen kuruşu vermediğinden tahsili talebine dairdir.

Karar: Şahadet ve çiftlik defterlerile anlaşıldığından müddeabihten

C

1 — CEZANIN İNDİRİLMESİ :

Türk ceza kanununun 51 ve 59 uncu maddelerinde gösterilen hallerde cezanın iki had arasındaki nisbetler dairesinde indirilmesi hakkı mahkemelerin takdirine bırakıldığından 59 uncu maddedeki takdiri tahfif sebebinin mevcudiyeti dolayısile cezanın mutlaka 51 inci maddede yazılı nisbetten daha hafif bir nisbette tahfifi icabetmez.

Es. No: 196 K. No: 1979 Kt. 8-8-935 (S: 18 Sc: 155)

T. C. K. Mad: 51, 59

2 — CEZANIN HESABI :

Suçlu hakkında tayin olunan ceza üzerinden türk ceza kanununun 29 uncu maddesine göre yapılacak artırma ve eksiltmelerde tekerrürden dolayı hükmedilmesi lâzım gelen mikdarın en sona bırakılması ve her fiil için verilecek ceza mikdarı taayyün ettikten sonra içtima hükümlerinin tatbiki icabeder.

Es. No: 133 K. No: 1899 Kt. 11-7-935 (S: 18 Sc: 162)

T. C. K. Mad: 29. 2330 sayılı af. K. Mad: 3

D

DOLANDIRICILIK :

Gümüş mecidiye çeyreğinin altun suyuna batırılarak kıymetinden fazlaya sürülmüş olması taklit ve tağyir mahiyetinde olmayup dolandırıcılık suçunu teşkil eder.

Es. No: 1631 K. No: 1467 Kt. 23-5-935 (S: 18 Sc: 146)

T. C. K. Mad: 503

3 — KIZLIK BOZMAK:

Kızlık bozmak mayubiyeti müstelzimdir. Bu itibarla suçlu hakkında Ceza kanununun 418 inci maddesinin tatbiki icap eder.

Es. No: 1992 K. No: 1855 Kt. 5-7-935 (S: 19 Sc: 177)
T. C. K. Mad: 416, 417, 418

M

1 — MAHCURİYETİ KANUNİYE:

Türk Ceza kanununun 33 üncü maddesinin ilk fıkrasında yazılı hal ceza mahkûmiyetinin kanunî bir neticesi olmasına göre bu fıkra hükmünün de kararda tasrihi mecburi değildir.

Es. No: 228 K. No: 1993 Kt. 19-8-935 (S: 20 Sc: 224)
T. C. K. Mad: 203, 33

2 — MÜDAHALE:

Suçtan zarar gördüğünden dolayı davaya müdahale etmek isteyen veresenin müdahale taleplerinin reddine dair olan mahkeme kararı aleyhine bu karar czea M. U. K. nun 298 inci maddesinde yazılı haller haricinde olduğundan itiraz edilemez. Esas hakkında verilecek hükmün temyiz sebebini teşkil eder.

Es. No: 3887 K. No: 1859 Kt. 6-7-935 (S: 18 Sc: 154)
C. M. U. K. Mad: 365, 298

3 — MÜKTESEB HAK:

Mükteseb hak keyfiyeti suçluya yeniden verilecek cezanın evvelki hükümle tayin edilen cezadan daha ağır olmayacağı esasını istihtaf etmesine göre bozmadan sonra her fiil için ayrı ayrı ceza tayin ve içtima kaidesi tatbik edildikten

sonra hasıl olacak ceza mikdarının evvelce tayin olunan cezadan fazlasının mükteseb hak sebebile hüküm olunmaması icabeder.

Es. No: 1592 K. No: 1279 Kt. 4-5-935 (S: 18 Sc: 151)
T. C. K. Mad: 416, 456, 69

4 — MURURU ZAMAN:

I — Ceza kanununun 104 üncü maddesinde hükümlerin mururu zamanı kesmesini hukukî mahiyetile muamelelerin mururu zamanı kesmesinin hukukî mahiyeti bir birinden ayrıdır.

Es. No: 329 K. No: 107 Kt. 17-1-935 (S: 16 Sc: 115)
T. C. K. Mad: 104

II — Eski ceza kanununun meriyeti zamanında işlenmiş olup da yeni ceza kanununun mevkii meriyetinde derdestiyet bulunan davalarda suçlunun lehinde olan mururu zaman hükümleri tatbik olunur.

Yeni ceza kanununun 116 ıncı maddesinde gıyaben verilen ceza hükümlerinde hükmün ertesi günü dava mururu zamanının işlemeye başlayacağı yazılıdır. Halbuki eski usulü muhakâmatı cezaiye kanununa göre gıyabî hükümler ceza mururu zamanına tabi tutulmuştur.

Es. No: 317 K. No: 2013 Kt. 14-9-935 (S: 21 Sc: 227)
T. C. K. Mad: 102,116

Ş

1 — ŞAHİT İFADELERİNİN OKUNMASI:

Şahitlerin mazbut ifadeleri ancak kanunî sebeplerin tahakkuku halinde okunabilir.

2 — BUĞDAYI KORUMA KANUNUNA MUHALEFET : - Merci:

Buğdayı koruma karşılığı kanununa aykırı hareket edenler hakkındaki davaların rüyeti Adliye mahkemelerine ait değildir.

Es. No: 3660 K. No: 4227 Kt. 4-10-935 (S: 17 Sc: 140)

Buğdayı koruma K. Mad: 9

C

CEZANIN INDİRİLMESİ :

Ayni zamanda tazminat mahiyetinde olan para cezalarından da tenzilât yapılmaması yolsuzdur.

Es. No: 6586 K. No: 4594 Kt. 19-10-935 (S: 21 Sc: 261)

Kaçakcılık K. Mad: 25

D

DAVA AÇMAK SALÂHİYETİ:

Orman para cezalarının cürüm mahiyetinde bulunması hasebile dava ikamesine Müddeiumumi salâhiyettardır.

Es. No: 3594 K. No: 4372 Kt. 11-10-935 (S: 21 Sc: 266)

T. C. K. Mad: 99. orman nizamnamesi 33

F

FİRENGİ TEDAVİSİNE GİTMEMEK :

I — Firengi tedavisine gitmemek mütemadi bir suçtur.

Es. No: 3021 K. No: 3510 Kt. 2-7-935 (S: 19 Sc: 195)

T. C. K. Mad: 102, 103

II — Esası kabili temyiz olmayan bir ceza hükmünün 2500 kuruşu geçmedikçe harç noktasından temyizi mümkün değildir.

Es. No: 4677 K. No: 3493 Kt. 2-7-935 (S: 19 Sc: 196)
1705 Sayılı K. Mad: 6

III — Esası kabili temyiz olan hükümlere müteferrik tazminatın da temyizi kabildir.

Es. No: 5833 K. No. 4465 Kt. 16-10-935 (S: 21 Sc: 262)
C. M. U. K. Mad: 305

4 — TEMYİZ MÜDDETİ:

Müstaceliyetinden dolayı tatilde bakılarak hükme raptedilen kararların temyiz müddeti de tatilde cereyan eder.

Es. No: 1799 K. No: 1500 Kt. 7-4-935 (S: 24 Sc: 332)
C. M. U. K. Mad: 310

5 — TEMYİZ SALÂHİYETİ:

I — İhtisas sıfatile Asliye mahkemelerinde verilen hükümleri ancak bu mahkemeler nezdindeki Müddeiumumiler temyiz edebilir.

Es. No: 6944 K. No: 4683 Kt. 25-10-935 (S: 17 Sc: 137)
C. M. U. K. Mad: 305

II — Mafevk Müddeiumumilerin ihtisas mahkemesi sıfatile verilen kararları temyize salâhiyetleri yoktur. (Mükerrer)

Es. No: 6944 K. No: 4683 Kt. 25-10-935 (S: 21 Sc: 264)
C. M. U. K. Mad: 310. kaçakçılık K. Mad: 25

III — Demir yolları zabıta nizamnamesine göre mahkemelerce tazminat kabilinden olarak verilen para cezalarına mütedair hükümleri Müddeiumumilerin temyize salâhiyeti vardır. 222 sayılı Kanun para cezalarını beş misline çıkarması hükümlerin temyiz kabiliyetlerine müessir değildir.

Es. No: 8393 K. No: 5735 Kt. 20-12-935 (S: 24 Sc: 342)
T. C. K. Mad: 105. C. M. U. K. Mad: 305

olduğu, sağir veya kebir bulunduğu tahkik olunup sureti veraset bilihbar tahakkuk ettikten ve tereke muameleleri tamamen bittikten sonra veresenin kimlerden ibaret olduğunu ve muamelâtı cariyeyi mübeyyin bir kassam defteri tanzim ve birer nusha alâkadarlara ita edilirdi. Defteri kassamlar hilâfı sabit oluncaya kadar mündericatı hakkında muteber bir vesika demekti.

Şimdiki şekil bunun ve 538 inci maddenin tazammun eylediği icabın daha geniş bir surette tatbikından ibarettir. Yirmi senelik tecrübe ile de anlaşıldığı üzere bu tarzın calibi nazar hiç bir mahzuru yoktur. Yeterki muamele itinalı bir tahkika müstenit olsun. Bir kerre böyle bir talep vukuunda her şeyden evvel talibin maksadı ve verasette ihtilâf olup olmadığı tahkik olunmalıdır. Derdesti rüyet bir dava olduğu veya hükmen halli icap edecek bir ihtilâf bulunduğu takdirde talep ret olunmalı ve bir mani olmadığı halde müteveffanın tarihi vefatı ve vefatında berhayat hazır ve gaip miraşçıları ve bunların müteveffaya münasebetleri ve müteakiben vefat edenler varsa bunların da berminvali muharrer varisleri ve kezalik müteveffaya karabetleri derecesi ve ittisal vasıtaları ve bundan sonra nufus kayıtları istiknah ve şahitler hadisenin icap ettirdiği veçhile istima ve sureti beyanla şahadet veya bunlarla nufus kaydı arasında ademi muvafakat veya mübayenet varsa keyfiyet tamik olunarak kanaat husulünde vesika itasına karar verilmelidir. Böyle etraflı bir tahkik neticesinde verilecek vesikaların ekseriyetle nefselemre tevafuk edeceğinde şüphe etmiyorum. Yanlışlıklar bir az noksan malûmat ve daha çok dikkatsizlik eseridir. Yalan yere şahadet veya kanunun tatbikında yanlışlık vukuu gayrı muhtemel değildir. Bunlar her memlekette ve her işte olagelen şeylerdir. Bilâhara kanunî tariklerle ıslâh edilir.

İlâm kuvvetinde olmıyan bu vesikalar mevzularında karine teşkil eder ve hilâfı sabit oluncaya kadar muteber olur. Hilâfı her vasıta ile isbat olunabilir. Binaenaleyh bir şahsın vesika talebine karşı müdahale [suretile hilâfı iddia olunabileceği gibi vesika verilmesine karar verildikten sonra müstakil bir dava ile de bu kararın iptali istenebilir. Bu halde mes'ele ihtilâflı bir şekil almış olur ve usulü dairesinde intac edilir. Hilâfını iddiada bence inkârı mücerret hatta ciheti veraset beyan edilmeksizin ben, varisim gibi iddialar şayanı iltifat değildir. İnkârı mahızlarla daha ziyade işkâl ve izrar istihdaf olunur. Şu sebeple bunlar varis değildir. Münhasıran ben varisim

2 — Bozma dairesi diye tercüme edebileceğimiz « Section de cassation » adını taşyıan daire. Ceza ve Hukuk işleri kararları bozma dairesine gitmeden önce istida dairesinden geçer ve bu daire evvel emirde işlerin kabulü yahut reddi hakkında karar verir.

İstida dairesi mahkemenin her altı ayda bir kendi içinden seçtiği 20 aza ile teşekkül eder ve en aşağı 12 azanın hazır bulunmasile müzakere yapabilir idi. Temyiz taleplerinin kabul yahut reddi kararı dörtte üç ekseriyetle verilebilirdi.

Dörtte üç ekseriyet olmadığı takdirde iş umumi hey'ete havale olunur ve orada yarıdan bir fazla ekseriyetle karar verilirdi.

Kararları bozma dairesi 22 azadan mürekkep idi, en aşağı 15 azanın huzurile müzakerede bulunabilir ve karar verebilirdi. Bu dairede karar verebilmek için yarıdan bir fazla ekseriyet kâfi idi.

Mahkeme yavaş yavaş ve işlerin çoğalması hadisesinin neticesi olarak üç daireye bölündü. 22 Ağustos ve 29 Eylûl 1793 tarihli kanunlar mahkemenin teşkilâtında üç daireye bölünme esasını vazettiler. 29 Eylûl 1793 tarihli kanuna göre istida dairesi sekiz aza ile müzakere yapabilirdi. 2 Brumaire IV üncü yıl tarihli kanun azanın sayısını 50 ye çıkarırken nihaî olarak mahkemeyi üç daireye böldü: 16 hâkim kadrosu ile istida dairesi, 17 şer hâkimlik kadro ile Ceza ve Hukuk daireleri bu suretle teşekkül etti. Müzakereler, bu kanuna göre en aşağı 9 zar aza ile yapılabilir. Ve kararlar mutlak ekseriyetle « Majorite absolue» verilebilirdi. Aynı kanun işlerin evvel emirde istida dairesinden geçerek kabul yahut red kararı alması hakkındaki hükmü yalnız Hukuk işlerine munhasır bırakarak Ceza işlerinin doğrudan doğruya Ceza dairesine geleceği hükmünü koydu.

B — 2 Brumaire IV üncü yıl ve 27 Ventose VIII inci yıl tarihli kanunlar temyiz mahkemesi daireleri arasında aza değişme « Roulement » esasını koymuştu. Bu kanunlardan birincisinin ikinci maddesi her altı ayda beş azanın dairelerini değiştirmesinden bahseder. VIII inci yıl kanununa göre de her yıl 4 aza bir daireden çıkararak öteki daireler arasında taksim edilmelidir. 15 İkincikânun 1826 tarihli emirname de aynı hükmü yeniden koydu. Bütü bu hükümlere rağmen temyiz mahke-

lir. «29 ikinci teşrin 1850 tarihli emirname» [16].

9 aza aynı heyet tarafından ve aynı zaman için seçilir. Her yıl bu 9 azanın üçte biri yeniden seçilir. Bu heyet en aşağı altı azanın huzurile müzakere yapabilir. Dahili disiplin meselesinde nihaî karar vermek salâhiyeti bu heyete verilmiştir. Başka meseleler üzerinde yalnız reyini bildirir ve bu rey mevzua göre temyiz mahkemesinin yahut adliye nazırının tasdikine arzolunmalıdır.

FASIL: 3

Fransız Temyiz Mahkemesinin Vazifeleri.

§: 1 — Umumi vazifeler «Attributions generales»

Temyiz mahkemesini kuran 27 ikinci teşrin 1790 tarihli emirnamenin ikinci maddesi, 3 Eylûl 1791 tarihli teşkilâtı esasiye kanununun 19-20 inci maddeleri ve 22 Frimaire VIII inci yıl teşkilâtı esasiye kanununun 65 inci maddesi, Ceza ve Hukuk muhakemeleri usulü kanunları temyiz mahkemesinin vazifeleri hakkında bir çok hükümler vazetmişlerdir. Bu kanunlara göre temyiz mahkemesinin şu vazifeleri vardır:

1 — Taraflarca yahut, kanunun menfaatını koruma yolile «nef'i alelkanun.» « Baş Müddeiumumi tarafından yapılan temyiz taleplerini tetkik ve karar vermek hukuk muhakemeleri usulü kanunu madde 333 »

2 — Âmme selâmeti için davanın nakli taleplerini tetkik ve karar vermek « 5 fructudor III üncü yıl teşkilâtı esasiye kanunu madde: 254»

3 — Haklı şüphe sebebile davanın nakli taleplerini tetkik ve karar vermek.

4 — Ceza ve istinaf mahkemeleri hâkimleri aleyhine « prise a partie — iştikâi anilhükkâm » hâkimlerin mesuliyetini talep eden istidaları tetkik ve karar vermek «hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde 509 »

5 — Aynı taraflar hakkında aynı iş üzerinde iki mahkeme tarafın-

[16] 1817 emirnamesine göre reis adliye nazırı tarafından tayin olunurdu.

No: 23

Tabiî Hukuk Nazariyesinin Devletin Şekli Üzerindeki Tesiri

Dr. Richard Hovig
İstanbul Hukuk Fakültesi profesörlerinden

Sayın Bayanlar, Baylar!

Bu konferans için dostane davetinizi kabul edip güzel lisanınız ile size hitabetmek, fırsatını bulduğumdan dolayı ziyadesile memnunum. Bittabi, Türkçe olarak düşünmem muhtelif bakımlardan dilinizin âdetinden inhiraf edecektir. Telâffuzumun sertliğinden de rahatsız olmanızdan korkuyorum. Bu itibarla konferansımı müsamaha ile dinlemenizi dilerim.

Konferansım için hususî mesai sahamdan, yani hukuk felsefesinden bir mevzu seçtim. Belki, sayın dinleyicilerden bir çoğu bu sahanın kendileri için yabancı olduğunu zannedeceklerdir. Bunun içindir ki, hepinizin her gün amelî tesirini hissettiğiniz bir mevzuu izah etmek istiyorum: « Tabiî Hukuk nazariyesinin Devletin şekli üzerindeki tesiri » hakkında söz söylemekle, felsefenin manevî bir kudret olmak itibarile beşeriyetin hayatı için ehemmiyetini göstermek istiyorum. Belki aynı zamanda ferdin ve birliğin mütekabil bağlılığını da tebarüz ettirmek arzusundayım. Diğer bir ifade ile: En mühim bir varlık olan *Devletin teşekkülü için İnsan aklının doğrudan doğruya nüfuzunu göstereceğim.*

I. — İnsan aklına Devlet şeklinin tetabuku zarureti en eski zamandan beri Hukuk ve Devlet felsefesinin en mühim ve en enteresan kısmı olmuştur. Hukuk felsefesi tarihinde bilhassa tabiî Hukuk mektebi şu yukarda zikrettiğimiz mütabakatın yolunu bulabilmiştir. Çünkü, bütün diğer Hukuk mektep-

687

tır. Beşeriyet idesinin bu ilk zuhuru zamanında ki müessirini bir his meselesi olarak değil, fakat akıldan çıkan bir temayül olarak düşünmeliyiz. Bu humanite — idesi, kuvvet istimali yerine İnsanların sulhan yüceltilmesi gayesini güdüyor. Onun Devlet nazariyesinin prensibi şudur: Mukaddes bir prensip olarak, Devletin nizamı, beşerî tabiî aklın kanununa müstenittir.

Her nekadar büyük İskender'in kuvveti siyasal kaynaşma davasına yetmedi isede, az zaman sonra bu kaynaşma davasının tahakkuku yukarıda bahsettiğimiz Roma Cumhuriyetine müyessir oldu. Çünki, Romanın dünya hâkimiyeti milâttan avvel ikinci asırda başlamıştır. Bilhassa, Cumhuriyetin mülâyim hâkimiyeti zamanında en büyük muvaffakiyetini kazandı. Ve bu siyasal hâkimiyetin ve kültürel nüfuzun inkişafı ilk İmperatorlar zamanında da devam etmişti. « Principes » unvanile, idare başına geçenler mutlak hükümdar değil, fakat halkın en mümtaz adamları olmak istemişlerdi. Roma — Stoik mektebinin en büyük üstadı, *Cicero* (106-43) «de republica» yani Cumhuriyete dair yazdığı eserinde prensipat'ın ahlâkî idesini göstermiştir: Devletin teşekülü için Stoikler nazariyesi beşerî aklın ehemiyetine tevafuk etmek üzere filozofların hâkimiyetini istiyordu.

İlk İmperatorlar, bilhassa Augustus (63 m. e — 14 m. s.) bu talebi tahakkuk ettirdiklerini zannetmişlerdi. Onlar hâkimiyeti kendilerine bizzat halkın vermesini istiyorlardı. Onların bu şekilde hâkimiyet telâkkıleri için (lex de imperio), yani hâkimiyet kanunu teşkilâtı esasiyeye uygun bir hüccettir. Çünki, Roma hukuku esasiyesine göre ancak bu hâkimiyet kanunu imperatorun hâkimiyetini meşru kılar. Hâkimiyete sahip olan hür halk o kanun ile kendi hür kararına tevfikan imperatora tâbi olur. Pek azolan istisnalardan sarfınazar, ilk iki asır zafında gelen Roma İmperatorlarının gayesi bu itimadı suiistimal etmemek idi. Stoik mektebinin ahlâk ve Devlet nazariyesinde onlar bu gayenin esasını ve lûzumlu ahlâkî mesnetlerini buluyorlardı. Burada bilhassa, Hadrian (117 — 138) ve Mark Aurel (161 — 180)'i zikredebiliriz. Bunlar Stoik — fikirlerin en yüksek mümessilleri olup, bilhassa (Tahta oturan filozoflar) namile tanınmışlardı.

Stoikler nekadar sofistlerin mukavele nazariyesini asla kabul etmemişlersede, şüphesiz kuvvetli bir beşerriyet ve Devlet ülküsü vücude getirmişlerdir. Fakat bu feraget aynı zamanda bir tehlike menbaı olmuştu. Çünki,

İnsanın tabiatı yalnız altruizm değil, aynı zamanda egoizm de doğurur. Zenon 'un talebesi olan Epikur (341-270) 'ün maksadı, hakikatte böyle bir egoizm telkin etmek değildi. Fakat, onun tedrisatı bu manada tefsir edilebilirdi. Epikura göre zevk ve acı eşyanın kıymetini tayin eder. Zevk istiyenler ihtiraslarını akılları vasıtasile idare etmeği öğrenmelidirler. Ancak bu suretle ruhları mütevazin bir rahat ve huzur bulacaktır. Ve bu rahat ve huzur onları geçiçi eşyadan müstakil kılacektır. Bu İstiklâl sayesinde İnsan kendi benliği içinde istirahattadır. Elbette, Devlet birliği hissi bu hodbin hayat hissinin gerisinde kalacaktır. Bu noktai nazardan Devletin artık şahsî kıymeti yoktur. Onun vazifesi ancak ferdlerin rahat ve huzurunu temin etmektir. Sırf bu rahat ve huzurun temini maksadı ile vatandaşlar birlik mukavelesini aktediyorlar. Devlet mukavelesi bir emniyet mukavelesi. Devlet de bir emniyet müessesesi oluyor.

Bu suretle akıtlerin menfaatı Devletin teşekkülünün faktörü olmuştur ve bu faktör ile birlik ahlâkının sukutu başlıyor: İyi olanlar işlerinden çekiliyorlar, çünki Devletin vazifesi yalnız bir gece bekçisinin vazifesi derecesine inmişti. Fena olanlar ise zevk akidesine müsteniden kendileri için mümkün olduğu kadar sonsuz bir zevk istiyebileceklerini zannediyorlardı. Tabiî, bu zevk ancak diğer vatandaşların aleyhine olarak tatmin edilebilir. Bizans İmperatorları da kudreti siyasiyelerini bu fikrî esastan çıkarabileceklerini zannediyorlardı. Ve tıpkı o vaktin en kudretli prensleri gibi daha küçük prensler ve makam sahipleri kendi tab'alarına ve mülk sahipleri de işçilere karşı aynı şekilde hareket ediyorlardı. Bütün İnsanların birbirlerinden müstekil hale gelişleri birlik hissinin zayıflamasına yol açmıştı. Bunun neticesi de orta zamanda İnsanî kültürün sukutu oluyordu.

VI. — Dünya orta zamanın karalığından uyanırken, bizce malûm olan eski Yunanların bu üç felsefi mektebi Hukuk ve Devlet nazariyesi için eski ehemmiyetini tekrar kazanıyorlardı.

Epikurizm'in rönesansı ile başlamama müsade buyurunuz: Onun fertçiliğidir ki on beşinci, on altıncı ve on yedinci asır prenslerinin mutlak hâkimiyetlerine göre Devlet nazariyesinin esası için müsait görülmüştü; İtalyadaki prenslerin ve şehir Devletlerinin mutlakiyeti Laurentius *Valla* (1407-1457) 'nin eserlerinde kendine bir yardımcı buluyor. Fransız mutlakıyetine

miş ve suçlu Tahir aleyhine aynı celsede esas hakkında mahkûmiyet kararı verilmekle beraber tevkif kararı da ittihaz kılınmış ve bir tetbir mahiyetinde olup aynı zamanda telâfi kabiliyeti olmayan tevkif kararının mahkûmiyete ait esas kararın mafevk mahkemesince tetkik ve hâllinden evvel itiraz yoluyla düzeltilmesi kanunun umumî hükümlerine de uygun bulunmuş olmasına binaen yazılı emre matuf olan ihbarname münderecatı varit görülemediğinden reddine 2-1-936 tarihinde söz birliğiyle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas. No: 249-5681 karar No: 4 Tebliğname: 4252

---

75. T. TEMYİZ MAHKEMESİ 1. C. D.

İhtilâs suretile zimmetine para geçirmekten mahkûm edilen kimsenin mahkûmiyet ilâmında gösterilen mikdardan fazla olarak evvelki cürüm kastı altında ihtilâs ettiği paralardan dolayı da ayrıca para cezası tayini ve bunları ödemeğe mahkûm edilmesi lazımdır. Evvelki hükümle tesbit edilen para cezası mikdarı suçlu için müktesep bir hak teşkil etmez.

Bir kastı cürminin ef'ali icraiyesinden olarak kanunun bir maddesi ahkâmını def'atla ihlâl etmek suretiyle 4151 lira 97 kuruş ihtilâsen zimmetine geçirmekten suçlu Halil oğlu Çanakkale sabık İcra memuru İhsanın bilmuhakeme sabit olan fiil ve hareketi ceza kanununun 80 inci maddesi delâletiyle 203 üncü maddesine uygun ve bu madde mucibince hakkında ceza tertibi muktazi isede müktesep hakkı nazara alınmak süretiyle ceza kanununun 80,202,69,74 üncü maddelerine tevfikan beş ay yedi gün hap-

86. T. TEMYİZ MAHKEMESİ 1. C. D.

Müruruzaman müddeti içinde daha ağır cezayı müstelzim bir suç işleyen kimsenin evvelce mahkûm bulunupta 1441 Sayılı kanuna göre tecil edilmiş olan cezasının avdet etmesi bu kanunun 8 inci maddesi iktizasındandır:

Mahkûmun karar halinde geçirdiği 48 günlük müddetin infazda hesaba katılmayacağı tabii iken bu müddetin mahkûma çektirilecek cezaya zam ve ilâvesi de yolsuzdur.

Müstakil faili belli olmayarak adam öldürmekten suçlu Mehmet oğlu Hasan hakkında ceza kanununun 448. 463 üncü maddelerine tevfikan tayin edilen yedi sene altı ay ağır hapsin üçte ikisi olan beş senesinin evvelce kat'î surette mahkûm bulunduğu 9 sene 8 ay 19 gün ağır hapis cezasına 77 inci madde mucibince zammı ile 14 sene 8 ay 19 gün müddetle mahkûmiyetine dair Bursa ağır ceza mahkemesinden verilen 15-6-930 günlü kararla mahkûm hakkında gasptan ötürü tertip edilen cezaya Türk ceza kanununun mer'iyetinden evvel işlediği katilden dolayı zamedilen 7 sene 6 ay ile Şaban kaptanı katilden ilâve olunan 5 sene ağır hapis cezalarının 2330 sayılı kanuna tevfikan üçersenesi indirilerek netice itibariyle mahkûm Hasanın 13 sene 6 ay ağır hapsine dair olan 31-5-934 günlü ve firar hâlinde geçen 48 günlük müddeti mahkûmiyetine zammile 13 sene 7 ay 18 gün ağır hapis cezasını mahkûmun ilk tevkif edildiği 18-11-340 tarihinden itibaren hapis edilmesine dair ceza muhakemeleri usulü kanununun 402 inci maddesine göre adı geçen Ağır eeza mahkemesinden verilen 4-7-934 günlü karar (1441 sayılı kanuna göre tecil edildiği Eskişehir Cümhuriyet Müddeiumumiliğince ilamına işaret edilmiş olan hapishaneden firar suçundan ötürü verilen altı sene sekiz aylık cezanın suçlunun sonradan daha ağır suç işlemiş ve mahkûm da olmuş bulunmasına göre bu kanunun 8 inci maddesi mucibince avdet edeceği nazara alınmadan yazılı olduğu şekilde karar verilmesindeki

Zeki ve Kadrinin suçlarında şiddet sebebinin vücuduna ve bir kısım suçlarının 28-7-933 tarihinden evvel yapılmış olmasına binaen ceza kanununun 506 ve 2330 No. lu af kanununun 3 ve ceza kanununun 286-2 ve 31 inci maddelerine tevfikan her üçünün üçer sene ağır hapse konulmalarına ve cezalarına müsavi hidematı âmmeden memnuiyetlerine ve 3800 kuruş masarifi muhakemenin cezaları nisbetinde paylaştırılarak her birisinden 12 lira 66 kuruş 25 şer para alınmasına dair Bursa Ağır ceza mahkemesinden verilen 25-7-935 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahalli Cümhuriyet Müddeiumumiliği ile suçlular tarafından istida kılınmasına ve Salih Zeki ile Kadri yokluk kâğıdı ita ve Tahir para depo etmelerine ve suçlular duruşma dahi istemiş olmalarına mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle ceza muhakemeleri usulü kanununun 318 inci maddesi mucibince 936 senesi kânunusanisinin 21 inci salı duruşma günü tayin edilerek suçlular ile vekillerine tebliğat ifası için C. Başmüddeiumumiliğine müzekkere yazılmıştı.

O gün hâkimler hey'eti dairei mahsusada toplandı. C. Başmüddeiumumiliği muavinlerinden Nazif ve suçlu Salih Zeki ile Kadrinin vekili avukat Cemil Ali ve diger suçlu Tahir vekili avukat Ferit Davut huzurlariyle celse açıldı.

Temyiz istidalarının müddetinde verildiği ve kanunda gösterilen şartların yapıldığı ve duruşma talebinin yolunda olduğu anlaşılmakla muavin ve vekillerin muvafık görülen talep ve mütalâaları veçhile duruşmalı temyiz tetkikatı yapılmasına ittifakla verilen karar anlatıldıktan sonra işin izahına dair olan raportör âza S. Hilmi Koçlu imzalı rapor okundu.

Raportör âza S. Hilmi Koçlu; Rapora ilâve edilecek başka bir cihet olmadığını beyan eyledi.

Vekil Cemil Ali ve Ferit Davut; Dosyada mevcut temyiz lâyıhaları münderecatını tavzihan ayrı ayrı müdafaatta bulunarak hükmün bozulmasını istediler. Bunlardan Cemil Ali tarafından ibraz edilen iki vesikanın kaydiyeleri alınarak dosyaya konulduktan sonra Muavin Nazif;

1 — Suçluların yerinde görülmeyen itirazlarının reddini.

2 — Suçun mahiyetine ve son fiilin tarihine göre Salih Zeki ve Kadri haklarında af kanununun tatbikini.

balık avlayanları men ve tevkif etmek ve her hangi bir şekilde şüpheli gördüğü bu kabil vesaitte arama yapmak için durmak emrini vermeğe salâhiyeti dergâr olmasına ve gümrük motöründe gerek bindirme suretile ve gerek suçlu Niko tarafından atılan kurşunlarla hasara uğramasından dolayı husule gelen bütün zararların hüküm altına alınması icap etmişken motörde mevcudiyeti anlaşılan hasar ve zarardan yalınız kurşunla vukua gelen zararın tazminine karar verilip diger kısmın nazara alınmaması ve duruşma sırasında yapılan keşif ve muayeneyi muhtevi verilen raporda gösterilen hasarın hâdise mahalli olan Bodrumda tamiri mümkün olup olmadığı tetkik ve tesbit edilmeksizin yalınız değişmesi icap eden yirmi tahta ile amele ve üstadiye ücretlerinin hüküm altına alınması.

4 — Suçlu Nikonun fiiline tatbik olunan 258 inci madde hükümleri nazara alınarak sureti kabule göre mezkûr maddenin üçüncü fıkrasının tatbiki kabil olup olamayacağının düşünülmemesi.

5 — Suçlu Artistidinin beraetine karar verilmiş olmasına göre tazminatla mahkûm edilmesi.

Yolsuz ve itirazlarla tebliğnamedeki mütalâa ancak bu sebeplerle yerinde görüldüğünden hükmün müdahilin temyizine binaen şahsî hak cihetinden ve Nikonun temyizi sebebile de âmme noktasından ceza muhakemelri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde hahsız çıkacak taraftan alınmasına ve depo edilen paraların geri verlmesine bozmada ittifak ve başka sebeb ilâvesine mahâl olmadığında ve şahsî hakka hasrına ekseriyetle 28-2-936 tarihinde karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 2650 Karar No: 349 Tebliğname: 63

---

olbabdaki hududuname mucibince müvekkilleri köylere ait bulunan mer'a ve arazinin hududna müddeaaleyhler tecavüzle takriben bin dönüm mikdarında olan bir kısmına hilâfı salâhiyet verilen ilmühaberlere müsteniden sened alarak tarla haline getirmiş ve bir kısım mahalline de hod behod vaz' iyedle tarla haline ifrağ suretile müdahale eylemekde bulunmuş olduklarından müdahalei vakıalarının men'iyle tapularının iptaline ve hali sabıkına getirilmesine karar verilmesi talebiyle ikame ettigi davanın badennakız reddine dair Mustafa Kemal paşa asliye mabkemesi hukuk dairesinden verilen 5-11-935 tarih ve 246 No.lu ilâmın temyizen tetkiki davacı Köyler muhtarları vekili Hakkı Tezer tarafından istenilmiş olmakla mezkûr ilâmla temyiz ve cevab lâyihaları ve sair kâğıtlar okundukdan sonra icabı düşünüldü:

Mezkûr arazinin tahsisat kabilinden olan arazii mevkufeden olduğu cihetle hükümet tarafından mukaddema muhacirlere ba tapu tefviz olundugu tehakkuk ettigine nazaran bu arazinin arazii metrûkeden olarak davacı köylere mahsus mer'a olması kanunen caiz ve mümkün olmamasına ve fıkrai hükmiyede yazılı sair esbabı mucibeye nazaran varid görülemeyen temyiz itirazlarının reddiyle nakız muktezasına mutabık ve usul ve kanuna muvafık olan mümeyyezünbih son hükmün Tasdikına ve «640» kuruş temyiz masrafının Temyiz edenden alınmasına 13/Teşrinievvel/936 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi. Esas No: 56 Karar No: 2606.

---

mezkûr hükmün infazından yani agaçların kal'inden sarfınazarla takdir olunacak müstehikkılkal' kıymetini verüp ağaçlara temellükü talebü dava eylemiş ve mahkemecede müstehikkılkal' kıymetleri olduğu anlaşılan Yüz elli liranın davacılardan alınıp müddeaaleyhe verilerek ağaçların davacılara temlikine hüküm verilmiş ve müddeaaleyhin mezkûr ağaçların kaimen kıymetlerini istemeğe salâhiyeti bulunmamış olmasına mebni temyiz itirazları varid görülemediğinden mezkûr itirazların reddiyle usul ve kanuna uygun olan mümeyyezünbih hükmün Tasdikına 10- Teşrinisani -936 tarihinde ittifakla karar uerildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi. Esas No: 845. Karar No: 2807.

---

79. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. H. D.

Şuf'a hakkı mülkiyetin kanunî takyitlerinden olup kanunu medeninin 657 inci maddesi mucibince bir gayrı menkûl mülkiyetinin kanunî takyitleri ancak resmî senetle ve tapu sicilline kaydile ilğa veya tadil olunabilir.

İstanblda Suadiyede bağdad caddesinde 370 No. lı köşkte mukim Galibin emvali metrûke idaresile şayian mutasarrıf olduğu Suadiyede bağdad caddesinde kâin arsa 30/Nisan/935 tarihinde çemberli taşda mukim alemdar zade Muhiddine altı bin iki yüz küsur lira mukbilinde satılmış olduğundan mezkûr gayrı menkûlün gayrı mübadil bonosu veyahut satın alındığı tarihteki rayici üzerinden tutarı mukabilinde bihasebişşuf'a uhdesin etscili suretile kaydının tashihi hakkında ikame eylediği davadan dolayı cereyan eden muhakeme neticesinde: Müddeabih arsanın nısıf hissesi müddei Galibin uhdei tasarrufunda olduğu ve diğer nısıf hissenin dahi Altı bin iki yüz elli bir lira bedel ile gayri mübadiller komisyonu tarafından

müddeaaleyhe bilmüzayede satıldığı mübrez tapu senedler'nden anlaşılmış ve müddei müddeti kanuniyesi zarfında şuf'a hakkını istimal eylemiş olmasına binen müddeaaleh vekilinin müdafaatının reddiyle müddei tarafından tapu senedinde gösterildiği veçh üzere altı bin iki yüz elfi bir liralık gayrı mübadil bonosu veya satış esnasındaki rayic üzerinden tutarı olan mikdar verildiği takdirde diğer nısıf hisseninde müddei Galip namına tescil ve kaydın olsuretle tashihine dair Üsküdar hukuk hâkimliğinden sâdır olan 27-2-936 tarih ve 768 No. lı ilâmın temyizen tetkiki müddeaaleyh Muhiddin tarafından müddeti içinde ba arzıhal istenilmiş olmakla mezkûr ilâm ile temyiz lâyihası ve dosyada bulunan sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu:

Gayri menkul milkiyetinin kanunî takyıdleri ancak resmî senetle ve tapu sicilline kayıt ile ilga ve tadil olunabileceği kanunu medeninin 657 inci maddesinde muharrer olup şuf'a hakkı mülkiyetin kanunî takyidlerinden olmasına ve davacının; kanunî şuf'a hakkını resmî senedle ve tapu sicilline kayıtla ilga ettiği iddia ve isbat edilmemiş olduğu cihetle mücerret meşfu hissenin müzayedesine iştirâk etmesi şuf'a hakkını iskat edemiyeceğine ve şuf'a hakkının satış tarihinde hasıl olacağı kanunu mezkûrun 659 uncu maddesinde yazılı olup davacının da satış tarihinden titbaren kanunen muayyen müddet zarfında şuf'a davası ikame eylemiş olduğu tahakkuk etmesine ve H. U. M. K. nun 572 inci maddesi hükmü cebrî müzayedelerde mabihittatbik olup ihtiyarî ve alenî müzayede ile satılmış olan gayrî menkûllerde ahkâmı umumiyenin tatbiki icabedeceğine mebni temyiz arzıhalinde müzayedeye iştirakin şuf'a hakkını iskat edeceğinden ve şuf'a için muayyen müddetin müzayedenin ilk ilânı tarihinden bâşlayacağından bahsile serdedilen itirazlar varid değilsede meşfu hissenin «6251» liraya satıldığı anlaşılmış ve mblâğı mezkûre mukabil hazinece ğayrı mübadil bonoları kabul ve mahsubu icra kılınmîş olsa bile bu muamele müddea aleyhin semeni mebii tamamen nakıd olarak mütalebesine mani olamıyacağı derkâr olup alelhusus gayrı mübadil bonolarının esham ve kambiyo borsasında alınıp satılan kıymetli evrakdan olmadığından rayicinin resmen esbiti de mümkin olamıyacağı cihetle davacının bedeli şuf'a olarak gayrı mübadil bonosu veyahut bu bonoların satış tarihindeki rayici üzrinden tutarı verilmek şartile şuf'a talebi şayanı kabul olmadığı halde mahkemece

83 T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. H. D.

Tapuda mukyyet olmayan tarlanın kanunu medeninin mer'iyete girdiği tarihe kadar o tarihte hükmü cari olan arazi kanununun 78 inci maddesi hükmüne tevfikan 10 sene müddetle bila niza zapt ve tasarruf edenler namına tescili caizdir.

Haymananın Sogulca köyünden Hacı oğlu Esadın 316 senesindenberi nizasız ve fasılasız tasarrufunda bulunan barak özü mevkiindeki On iki dönüm tarlanın namına tesciline karar verilmesi talebiyle mezkûr köyden Memiş torunu Ahmed aleyhine ikame eylediği dava ile mumaileyh Ahmed ve rüfekası vekili tarafından mezkûr tarlanın müekkilleri namına tescili talebile Esad aleyhine mütekabilen ikame olunan davanın tevhiden ve hazinei maliye vekili huzurile cereyan eden muhakemesi neticesinde: Tapuda kaydı bulunmayan müddeabih mahalli davacı Esadın kanunu medeninin mer'iyetinden evvel on sene bilâ niza tasarruf ederek hakiki zilyedi bulunduğu keşif ve şehadetle tdhakkuk etmiş olduğundan Esad namına tapuya tesciline ve hazine ile Ahmedin bu yere dair tescil taleblerinin reddine dair Haymana As. hukuk hâkimliğinden sadır olan 26-11-935 tarih ve 127 No. lı ilâmın temyizen tetkiki müddeaaleyh Ahmed ve rüfekası vekilleri Fazlı ile Hazinei maliyeye izafetle Haymana Mal müdürü taraflarından müddeti içinde ita olunan arzıhallerle istenilmiş olmakla mezkûr ilâm ile temyiz lâyihaları ve dosyada bulunan sair kâğıtlar okunduktan sonra icabı müzakere olundu:

Müddeaaleyh Esadın tapuda mukayyed olmıyan müddeabih tarlayı kanunu medeninin mer'iyete girdiği tarihe kadar oltarihde hükmü cari arazi kanununun 78 inci maddesine tevfikan on sene zabt ve tasarruf ederek hakkı karar iktisabiylediği tahakkuk etmiş olmasına mebni temyiz itirazları varit görülemediğinden mezkûr itirazların reddiyle usul ve kanuna uygun

90. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. H. D.

Kanunu medeninin mer'iyetinden sonra vücuda getirilen tesisler mezkûr kanun ahkâmına tabidir.

İstanbul Evkaf Müdürlüğü namına avukatı Şevketin; tapu idaresi ve hazinei maliye aleyhlerine; Keçecilerde Karabaş mahallesinin Sofulu çeşme sokağında 47-77 No. lı bir babhane icareteyinli evkafdan olub Zehra Zahide namında bir kadının uhdei tasarrufunda iken bilâ veled vefatile akdi icarın infisahı ve mecurun vakfa rucuu lâzımeden olduğu halde hazine tarafından vaz'ıyed edilerek müdahale edilmekte oldugundan ve tapu dairesince de mezburenin kanunu medeniden sonra vefatı sebebibe bu hanenin hazineye intikali icabettiginden bahsile Evkaf namına kaydına mümanaat olunduğundan müdahalenin men'i ve Evkaf namıma kaydının icrası talebiyle ikame ettiği davadan dolayı cari muhakeme sonunda: Tatbikat kanunu mucebince ahkâmı sabıkanın tatbiki lâzımgelmesine ve ahkâmı Evkafa göre icareteyinli Evkaf mutasarrıflarının bilâ varis vefatlarında icarın münfesih olarak mecurun Eakfa rucu edeceğine ve icareteyinli Evkafdan bulunan müddeabihin mutasarrıfı Zehranın da bilâ varis öldüğü anlaşılmasına binaen müddeaaleyh hazinenin müdahalesi muhik ve kanunî olmadığından vâki müdahalesinin men'ine ve gayrı menkulün evkaf namına kaydının tashihile tapusunun verilmesine ve masarifi muhakeme ve ücreti vekâletin müddeaaleyhten alınmasına dair İstanbul ikinci hukuk dairesinden verilen 4-10-935 tarihli ilâmın temyizen tetkiki hazine avukatı tarafından istenilmiş olmakla mezkûr ilâmla temyiz lâyıhası ve sair kâğıtlar akunduktan sonra icabı müzakere olundu:

Kanunu medeninin mer'iyetinden sonra vücude getirilen tesisler kanunu medenî ahkâmına tabi olup kanunu medeninin mer'iyete vaz'ından mukaddem vücude getirilen vakıflar hakkında esasatı cariye hükümlerinin tatbiki

92. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. H. D.

Borçlar kanununun 21 inci maddesine istinaden vukubulan feshi akit iddiası müddet geçmemiş ise varisin vefatile mirasçılara intikal eder.

Burhaniyenin Nallıca köyünden Kerim oğlu İsa kızı Halime ve hafidi Fatma vekilleri Faigin; müvekkillerini murisi Kerimin 932 tarihinde hasta ve hiffette bulundugu bir sırada oğlu Davud kendisini aldatarak müvekkillerini miras hissesinden mahrum etmek maksadile dört yüzden fazla eşcarı hâvi zeytinligini yetmiş ve tarlayı da elli liraya satarak parayı vermemiş ve bayii merkum da feragdan bir kaç gün sonra vefat etmiş ve Davud şu suretle müvekkillerini mirastan mehrum etmekle beraber satışda pek ziyade aldatılma bulunmuş oldugundan tapu senedinin iptali talebiyle Davud aleyhine ikame ettigi davadan dolayı cari mahkeme sonunda: borçlar kanununun 21 inci maddesinde yazılı gabin ve aldatma iddiası vereseye intikal etmeyüp âkidlere münhasır olmasına ve medenî kanunun 507 inci maddesindeki tenkis iddiası ise bu gibi temlikî tasarruflarda cari olmayup ölüme baglı tasarruflarda mevzubahis olacagına mebni davanın reddine dair Burhaniye Asliye mahkemesi hukuk dairesinden verilen 16-10-934 tarih ve 178 No. lu ilâmın temyizen tetkiki davacılar vekili tarafından istenilmiş olmakla mezkûr ilâmla temyiz lâyıhası ve sair kâgıtlar okundukdan sonra icabı müzakere olundu.

Kanunu medeninin 507 inci maddesinin dördüncü fıkrasında zikredilen mahfuz hisse kaidelerini ber taraf etmek kasdiyle yapıldığı aşikâr olan temliklerin ölüme baglı tasarruflardan gayrı temlikât oldugu ve borçlar kanununun 21 inci maddesine istinaden vuku bulan feshi akid iddiası da müddeti geçmemiş ise varisin vefatiyle mirasçılara intikal edecegi mahkemece nazarı dikkate alınmayarak davacının tenkis iddiasının ölüme baglı tasarruflarda nazara alınacagından gabin sebebiyle fesih davasının da mirascıya intikal