Adliye Ceridesi

Devlet Nüshası

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Yirmi Sekizinci Sene

7 inci Sayı

A N K A R A
Hapıhane Matbaası
1 9 3 7

İÇİNDEKİLER

Mecmuaya bastırılmak istenen her yazı doğrudan doğruya Vekilliğe gönderilir. Mevzuu tamamlanmamış makaleler veya eserlerin neşrine başlanamaz. Her yazı 10 satırı geçmiyecek şekilde bir hülâsayı ihtiva etmelidir. Basılmıyan yazılar geri verilmez.

No: 33

Yeni orman kanunu karşısında eski işler

Yazan: *Fahreddin Karaoğlan*
Temyiz Reislerinden

Yeni orman kanunu, — 135 inci maddesi hükmünce — 1 Haziran 1937 gününden itibaren mer'iyet mevkiine girmiş bulunuyor.

Hâlen Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinde eski orman nızamnamesi hükümleri dairesinde açılmış ve görülmekte bulunmuş on binlerce dava mevcut olması itibarile yeni kanun hükmünün eski işlere tesiri derecelerini her safhasında birer birer gözden geçirmek tatbikat sahasında tereddüdü gidereceği mülâhazasile faydalı görülmüştür.

Bu bahiste, gerek usul ve gerek ceza bakımından üzerinde durulacak müteaddit noktalar vardır.

1 — Usul bakımından:

İlk önce nazara alınacak mesele, takip şartlarıdır.

Eski nızamın 28 inci maddesinde: (Ceraimi vakıa zahire çıktıkta bilâ tehir orman memurları tarafından ba takrir re'si kazaya iş'ar kılınacağı) ve 32 inci maddesinde: (Orman memurlarının takriri üzerine rüyet olunan muhakematın karar ve neticesi re'si kazadan orman memurlarına bildirileceği) yazılı idi. Bu tasrihlerin tatbikî mânası da mülğa « usulü muhakemati cezaiye kanununun 166,174 ve 184 üncü [*] maddelerile gösterilmiş idi.

---

[*] Mülğa usulü muhakematı czaiye kanunu madde 166: (Mahkemeler ormana müteallik bilcümle cünha davalarını orman muhafaza müfettişlerile korucu başlarının istidası üzerine rüyet eder).

Madde — 174 (... Müddei şahsî veyahut vekili ve ormana dair cünha davalarında orman muhafızları ve müfettiş sanileri ve gıyapları hâlinde korucu başları huzuru mahkemede ikamei dava edeceklerdir.)

Madde — 184 (Ormana müteallik cünhalardan dolayı orman idaresinin istinaf hakkı vardır.)

Binaenaleyh orman suçları orman idaresi tarafından dava açılmadıkca takip olunamayan suçlardandı. Bu bakımdan ceryan alan tatbikat şekli, ondan sonra değişen usul ve esaslar karşısında da mevcudiyetini muhafaza etti.

Halbuki yeni kanun, eski nizamın ruhunda olmadığı halde mücerret eski usul ile terviç ve tesis ve ondan itibaren de içtihat ile idame olunan tatbikat şeklinin bundan böyle devamına imkân bırakmıyacak hükümler koydu. Orman suçlarını gayet tabii olarak âmme haklarına dokunan suçlardan saydı. Bu suçları derhal Müddeiumumilere bildirmekle orman memurlarını, ve bilâtehir takip ile de doğrudan doğruya Müddeiumumileri, mükellef kıldı. Bu suretle takip olunacak suçlarda ayrıca tazminatı da istilzam eder mahiyet varsa bunları isteyip hüküm ettirmeyi orman memurlarına bıraktı. Orman suçlarına müterettip cezaları da âmme cezaları şekil ve mahiyetinde olarak tayin etti.

Binaenaleyh bu günkü kanuna göre orman suçları âmme haklarını bozan ve Müddeiumumileri doğrudan doğruya harekete getirecek olan suçlardandır. Bu suçlarda orman bekçileri ve bekçi başıları tamamile ceza usulünün koymuş olduğu esas dairesinde adlî zabıta memurlarıdır. Adlî zabıta memurlarının Müddeiumumilerle olan irtibat ve münasebeti ne ise bunların da odur.

Böyle olunca yeni kanunun - mer'iyetinden evvel işlenmiş suçlar hakkında yine yeni kanunun mer'iyetinden evvel açılmış bulunan davalarda orman memurlarının talebi mahsusu bulunmadığı takdirde ne yapılacağı birinci derecede düşünülecek işlerdendir.

Dairemiz hey'etinin bu sadette ittifakla vardığı netice şudur:

A — Yeni kanunun mer'iyetinden evvel açılmış olan davalarda eğer orman memurunun takrir, müzekkere, talebi dava veya istida gibi takibatı tahrike esas olacak bir dileği yok ise sulh hâkimi bakacak: Suçun işlendiği tarihe göre aradan mülğa nızamnamenin 31 inci maddesinde yazılı altı ay müddet geçmişmi geçmemişmidir? Eğer geçmemişse orman memurunun bu yolda bir dileği olsun olmasın davayı görmekte devam edecektir. Eğer altı ay müddet geçmiş ise bu takdirde (suçun işlendiği tarihte mer'i bulunan nizam hükmünce takibat icrası orman idaresinin talebine bağlı bulun-

duğu halde idare tarafından nızamnamenin 31 inci maddesinde yazılı müddet zarfında talep vaki olmamış ve hâlen bu müddet de geçmiş olmasından dolayı o maddeye tevfikan davanın düşmesine) karar verecektir.

Müddet geçmemiş olmasından dolayı idarenin davayı mahsusuna hacet kalmaksızın davayı görmeye devam edeceği işlerde tahdidi ceza raporu bulunmayacağına göre bu takdirde şayet işin sübutu halinde verilecek ceza yeni kanunda yazılı cezadan daha hafif bir ceza olacak olursa eski esasa göre ceza tayinine mesnet olmak üzere orman fen memurunu ehli hibre sıfatile çağırarak tesbiti lâzımğelen cihetleri tesbit ettirebilecektir.

2 — Müruru zaman:

Yeni kanun, 132 inci maddesinde dava müruru zamanını bir seneye çıkarmıştır. Böyle olunca mer'iyetinden evvel işlenmiş olan işlerde nazara alınacak müruru zaman hangi müruru zaman olacaktır?

A — Bunda yine dairemiz hey'etinin ittifak ile tespit etmiş olduğu noktai nazara göre müruru zamana müteallik hükümler ceza kanunumuzda mevzuubahsolması itibarile bizde müruru zaman bahsi usulî olmaktan ziyade cezaî bir meseledir. Binaenaleyh ceza kanununun ikinci maddesi hükmünce hallolunacak işlerden olmakla mutlak surette ve münhasıran suç tarihi esas tutularak yeni kanunun mer'iyetinden evvel işlenmiş olan işlerde eski nızamnamenin koymuş olduğu altı ay müddetin esas tutulması ve bu müddet geçtikten sonra açılmış olan davaların eskisi gibi düşmesine karar verilmesi lâzımgelir.

B -- Davadan sonra hükme kadar geçecek zaman zarfında bu işlerin hangi esasa göre ne kadar müddete tabi olmak lâzımgeleceği bahsinde yeni ve eski kanun hükümleri sakit olduğu için ceza kanununun umumî hükümlerine gidilmek lâzımgeleceğinde Temyiz umum hey'etince ittifak varsa da bu umumî hükümlerin hangi hükümler olacağında ve eski nızamnamenin 31 inci maddesinde yazılı müddetin aslî müruru zamanmı, sukutu hak müddetimi olduğunda ittifak hasıl olmamıştır. Bu bahiste esaslı surette iki noktai nazar ileri sürülmüş ve müdafaa olunmuştur:

Birinci noktai nazara göre eski nızamın 31 inci maddesinde yazılı altı ay müddet, dava müruru zamanıdır. Binaenaleyh bu müddet bir seneden az olduğu için ceza kanunu 105 inci maddesinin bu günkü hükmü icabın-

5

ca suçun işlenmesinden itibaren bir sene içinde kat'i bir hükme bağlanmış olmak lâzımdır. Bir seneden fazla uzamış olan işler mururu zamana oğramış sayılarak düşme kararile ortadan kaldırılmak icabeder.

İkinci noktai nazara göre, nızamın 31 inci maddesinde yazılı altı ay müddet dava mururu zamanı değil, hukuk davalarında mevcut olan emsali gibi bir sukutu hak müddetidir. Binaenaleyh o müddet içinde dava açıldıktan sonra bu davanın ne kadar müddet zarfında kat'i hükme bağlanması lâzımgeleceğini tayinde esas, ceza kanununun 102 inci maddesi 4 üncü bendinde yazılı müddetin 104 üncü maddesi kükmünce bir buçuk misline teâdül eden zamandır. Çünkü orman suçları eski nızam hükmünce cünha addolunmuş ve mer' iyeti müddetince de cünha muadili olan cürüm ahkâmına tabi tutulmuştur. Şu halde orman suçlarının davadan sonra tabi olacakları mururu zemanın yedi bucuk sene olması lâzımgelirse de yeni kanun orman suçlarına bir senelik dava mururu zamanı tayin etmiş olmak itibarile bu müddetin ceza kanunu 104 üncü maddesi hükmünce bir buçuk misline muâdil müddet geçmekle mururu zaman tahakkuk edeceğine mebni muhaffif olan bu hükmün yine ceza kanunu ikinci maddesine tevfikan eski işlere de teşmili tabii olacağından orman kanununun mer'iyetinden önce işlenmiş olan suçların da kanun mer'iyetinden sonra işlenecek suçlar gibi işlenmesinden itibaren nihayet iki buçuk sene zarfında kat'ı hükme bağlanmış olması lâzım ve aksi halde mururu zamandan dolayı sukuta uğraması zaruridir.

Bu noktai nazarlar, tevhidi içtihat için toplanan umum hey'ette diğer bir mevzuun müzakeresi zımnında tebellür etmiş isede müzakere mevzuu bu mesele olmadığı için bu hususta bir karar verilmemiştir. Binaenaleyh tetbikat sahasında bu güne kadar devam etmiş olan usulün mer'iyetinden evvel işlenmiş suçlara muteallik davalarda kemakân devamı lâzımgelecektirki o usulde ikinci noktai nazara netice itibarile uygun olan usuldür.

Şu suretle düşmesine karar verilecek olan davalar âmme hakları davasıdır. Tazminatı istilzam edip de tazminat dahi talep edilmiş olan davaların tazminata mütedair ciheti ceza kanununun 110 nuncu maddesi hükmünce ve af kanunu münasebetile sadır olan tevhidi içtihat kararında tespit olunan altı ay müddet zarfında hukuk mahkemelerinde dava olunabilecektir.

Ceza bakımından:

Yeni orman kanunu, eski orman nizamnamesinde cezalandırılan suçlardan bazılarına kabahat derecesinde cezalar tayin etmiş ve cürüm cezasile cezalandırdığı suçlardan bazılarında da — eski nızamın mülâhaza etmemiş olduğu — tahfif edici sebebler mülâhaza ederek o sebeblerin mevcut olduğu yerlerde cezayı hafiflettirmiştir.

Binaenaleyh bu kabil hallerde eekiden işlenmiş suçlar hakkında da yeni kanun hükümleri tatbik olunmak lâzımgeleceğinden bunları birer birer gözden geçirmemiz fena olmaz.

A — Yeni kanunun cezasını hafiflettiği hallerden birincisi:

Kuru ağaç veya kuru kök kesmek veya çıkrmaktır. Eski nızam ormanda ruhsatsız kesilecek ağaçların yaş ve kuru olmasında fark gözetmeksizin aynı cezaya tabi tuttuğu halde yeni kanun, yaş ağaç kesmeyi 150 inci maddesinde eskiden daha ağır cezaya bağlamasına bedel kuru ağaç veya kök kesmeyi 107 inci maddesinde bir aya kadar hafif hapis veya 30 liraya kadar hafif para cezasına ve kesilen şeylerin müsaderesine bağlamşıtır. Bu cezaların aşağı haddi de gösterilmediği için şiddetlendirici sebeplerin bulunmadığı yerlerde bir gün hafif hapis ve hatta yarım lira hafif para cezası da verilebileceğinden yeni kanunun mer'iyetinde elde bulunan eski işlerden kuru ağaç, kuru kök kesmek veya çıkarmak suçlarına taallûk edenlerinde bu yeni hükmü nazara almak lâzım gelecektir .

B — Ağaçların kabuklarını soyanlar hakkında da hüküm aynıdır . Eski nızamın 34 üncü maddesi kabuk soymakta da yaş ve kuru ağaç farkı gözetmeksizin bunları kökünden kesmiş gibi cezaya bağladığı halde yeni kanun kuru ağaçların kabuklarını soymayı da 107 inci maddesile yukarda gösterilen kabahat cezasına tabi tutmuştur.

Yaş ağaçları her hangi suretle sakatlamak bahsinde de eski nızam, ağacın sakatlanma derecesi kurumasını icabettirecek mertebede olsun olmasın 34 üncü maddesinde kökünden kesmiş gibi cezaya tabi tutmuş iken yeni kanunun 105 inci maddesi ağaç kesmeden başka hallerde yaş ağaca yapılan zarar derecesi çok hafif olursa sade para cezasile iktifa olunabileceğini göstermiştir. Binaenaleyh mer'iyet tarihinde elde bulunan eski işler içinde bu vaziyetin mülâhaza ve takdir olunabileceği zararsız hareketler de işbu 105 inci madde ikinci fıkrasından istinbatı hüküm ederek yalınız

—yeni kanunda yazılı —para cezasını hüküm ile iktifa etmek mümkün olacaktır.

D — Eski nızamın 39 uncu maddesi, kesilmesine izin verilmiş olan ağaçlardan fazla ağaç kasenler hakkında 33 üncü maddesinde yazılı ağaç kesme cezasının iki katı hükmolunmasını emrediyordu. Yeni kanunda bu hâl ayrıca şiddet sebebi görülmemiş olduğundan eski işler hakkında eski nızamın 39 uncu maddesi tatbik olunamayacaktır.

E — Eski nızamın 9 uncu maddesi hükmünce ruhsatla kesilen kerestelik ağaçların yerinden kaldırılıp nakli de nakliye ilmühaberi almağa bağlı ve hilâfında hareket aynile ruhsatsız ağaç kesme cezalarını müstelzim idi.

Yeni kanun dahi gerçi ruhsatla kesilen kerestelik ağaç tomruklarının damgalanmış olmadıkca kaldırlıp naklini men etmekte isede, hilâfına hareketi ruhsatsız ağaç kesmek cezasile değil, beş liradan yirmi beş liraya kadar hafif para cezaaile cezalandırmakta olduğundan bu kabilden olan eski işlerde yeni kanunun 113 üncü maddesini tatbik etmek lâzımgelecektir.

F — Ağaçlara vurulan resmî damgayi bozanlar hakkında eski nızamın 40 ıncı maddesi aynile ruhsatsız ağaç kesenlere mahsus cezaların tatbikini âmirdir. Yeni kanunun 122 inci maddesi bu mevzide bir aya kadar hafif hapis ve 50 liraya kadar hafif para cezası tayin etmiş olduğundan lehtedir.

G — Eski nızamın 49 uncn maddesi de ormanlara müteallik cünhalardan dolayı müteaddit kimselerin cezalandırılması lâzımgelirse hükmolunacak para cezaları için birbirine kefil bilmal addolunacakları yazılı idi. Yeni kanun, koymuş olduğu cezalar hakkında böyle bir kaide kabul etmiş olmadığından eski nızamın bu hükmü yeni kanunun mer'iyetinden evvel işlenmiş olan suçlar hakkında dahi tatbik olunamıyacaktır.

H — Eski nızamın, ormanlarda ruhsatsız hayvan otlatanlardan alınacak para cezasının çobana rücu hakkı olmak üzere sahiblerinden tahsil olunacağına dair olan 50 inci maddesi zaten ceza kanununun 519 uncu maddesi hükmüne dahil bulunduğundan eski işlerde dahi bundan böyle ceza kanununun işbu 519 uncu maddesine istinat olunmak lâzımgelecektir.

I — Peyderpey tatbik ve bütün Devlet ormalarına teşmil edilecek olan Devlet işletmesinin henüz teessüs etmediği yerlerde yeni kanunun mer'iyetinden evvel yapılmış olan mukavelelerin feshi veya idamesi muvakkat beşinci madde hükmünce icra vekilleri hey'etinin takdirine bırakılmış

olmasında dolayı mukavele hükmünün idamesi tercih olunacağı hal ve mahallerde müteahhit ve mültezimlerin yapmış oldukları mukavele şartlarına riayete mecburiyetleri ve o şartlara muhalif hareketlerden mes'uliyetleri derkâr bulunmakla işbu müteahhit veya imtiyaz sahiplerinin işlettikleri amele tarafından nızam hilâfı vukubulacak hareketlerden mes'uliyetlerine mütedair bulunan eski nızamın 51 inci maddesi hükmü bu kanunun mer'iyetinden evvelki hadiseler hakkında da kemakân cari bulunacaktır.

G — Orman suçlarından dolayı hükmolunan para cezalarının hapse çevrilmesi suretini gösteren 52 inci maddesi hükmü zaten ceza kanunu 30 uncu maddesinin son şekli şumulüne girmiş olduğundan yeni kanunun mer'iyetinden evvel işlenmiş ve hükme bağlanmış suçlar hakkında da ceza kanunu 30 ve 19 uncu maddelerinin tatbiki lâzımgelecektir.

K — Yukarıki bendlerde yazılı hallerin maadasında yani yeni kanunun mer'iyetinden evvel islenmiş olan yaş ağaç kesmek veya kurumasını intacedecek her hangi bir harekette bulunmak, ağaçtan başka ormanlardan ihracı memnu olan şeyleri ruhsatsız çıkarmak, ormanların memnu yerlerinde ruhsatsız hayvan otlatmak,kömür yapmak, suçlarında eski nızamnamede yazılı cezalar tatbik olunacaktır.

L — Sahipli ormanların sahipleri veya müteahhit ve müttefikleri hakkında 504 ve onun bazı hükümlerini değiştiren 526 sayılı kanunlara tatbikat sahasında verilmiş bulunan tatbik şekli, yeni kanunun bunlara mütedair hükümlerine nispetle lehte bulunduğundan o iki kanun mevzuuna giren işlerden yeni kanunun mer'iyetinden önce mahkemelere düşmüş olanlar hakkında da mahkemelerce eski tatbikat dairesinde hareket olunmak lâzımgelecektir.

TEADÜL CETVELİ

Eski nizamname hükümlerine yeni kanunda tekabül eden hükümler

Eski nizam Madde	Yeni kanun Madde		
1	3 — 5 ilâ 46. 47 ilâ 59.60 ilâ 62		
2	5 — 63 ilâ 76		
3	23 — 12,21,22		
4	134 39,54.105,106,107		
5	11-Teşrini evvel 936 tarihli baltalık kanununun 6 ıncı maddesile mülğa		
6	33,34		
7	38,56,67		
		fıkra	
8	18	2	28
9	36,53,70		
10	39		

11 Büyük mikyasta ve mühim tesisatı icabettirecek şekilde işletmeleri orman idaresinin icra vekilleri kararile millî şirketler veya millî sermayeli bankalarla müştereken yapabileceğine dair olan 40 ıncı madde hükmünden ve intikal devresine âit 5,6,7 muvakkat maddelerde gösterilen hallerden başka hiç bir sebeple Devletten başkalarının Devlet ormanlarından ağaç kesebilmeleri imkânı kalmamış olduğundan yeni kanunda bu

Eski nizam Madde	Yeni kanun Madde		
	maddelerin hükmüne tekabül edecek hüküm konulmamıştır.		
12	Umuma âit veya hususî ormanlarda işletme şeraiti 56,67 inci maddelerde yazılıdır. İntikal devresinde kesme şartları 133 üncü madde hükmünce nizamnamede tayin olunmak lâzımgelecektir.		
13 14 15 16	41,42,57,68		
17	11-Teşrini evvel-936 tarihli baltalık kanununun 6 ıncı maddesile mülga		
18	20,30		
19 20	Vakıf ormanlar 60,61,62 Müşterek hükümler 77-78		
21 22 23 24 25 26	Batalıklar	33 Son fıkra 47 ilâ 59,71	Köy ve kasabalara âit koru ve ormanlar Yeni kanunda umuma ait ormanlar içinde gösterilmiştir.
27	Dava mercii 126		
28 29	125		
30	130		
31	132		
32	Orman suçları ve davaları âmme hukukundan sayılmış olmasından dolayı umumî usule bağlanmıştır.		
33	103,105,106,117		
34	105		
35	107		
36	113 son, 120		

14

Eski nizam Madde	Yeni kanun Madde
37	105
38	113
39	Eski 11 ve 12 inci maddeler hizasında gösterilen sebeplerden dolayı yeni kanunda bu maddenin de karşılığı yoktur.
40	122
41	121
42	
43, 44, 45	113 İkinci fıkra 114 Hayvan otlatmak ve sokmak
46	111
47, 48	Zaten ceza kanununa matuf bulunmaları hasebile lüzumsuzdu.
49	Cezalar âmme cazalarından olmasından itibaren ceza esaslarına muğayir bir hal kesbetmiş olan bu maddenin de yeni kanunda yeri yoktur.
50	Ceza kanununda hüküm mevcut olmakla lüzumsuzdur.
51	Eski 11 ve 12 inci maddeler hizasında gösterilen sebepten dolayı yeni kanunda yeri yoktur.
52	Ceza kanununa girmiş olmasından dolayı yeni kanunda yeri yoktur.
Hateme	133,135

7/Mayıs/937

No: 34

Hukuku Düvel bakımından Devlet

Nakleden:
Ş. Derviş

Federasyona dahil bir devletin hukuku düveli alakadar eden hususatta evsafı mümeyyizesi bütün haricî münasebetlerin idaresini deruhte edecek merkezî bir hükûmetin mevcut olmasından ve müttehit devletlerin her hangi bir haktan mahrumiyet üzerine kendilerini hey'eti müttehideden çekebilmelerinden ibarettir. Meselâ: Amerika birleşik hükûmetleri teşkilâtında merkez otoritesi ticareti tanzim ve diplomasi mümessilleri tayin eder, muahedeler yapar, müdafaayı milliyeyi temin, harp ilân ve sulh akdeder: diğer taraftan, ferdi devletler kongranın muvafakatı olmaksızın ecnebî devletlerle itilaf akdinden, askerî yahut bahrî kuvvetler bulundurmaktan yahut harp ilânından kat'iyen memnudurlar. 1871 senesindeki teşekkülüne nazaran Almanya imparatorluğu aynı mahiyette başka bir devlet teşkil etmiştir; halbuki terekküp etmekte olduğu kısımlardan bazısı saraylarına ecnebi elçiler kabulü ve Almanya imparatorluğuna ait olmayan hususatın müzakeresi için sefirler tayini haklarını tamamile haizdirler. Bütün Almanların müşterek bir milliyeti vardı. Muhtelif devletlerin müşterek idaresi, imparatorluk hükûmeti vasıtasile, müttehit devletin diplomatik umuru temsiliyesile alakadar her işi tanzim eder; sulh ve ittihat muahedelerini, yahut siyasî işlere müteallik her hangi bir muahedeyi, ticaret muahedelerini, ikamet ve muhaceret, posta işlerine mülkiyeti edebiye ve şehbenderlik işlerine müteallik itilafları, iadei mücrimin muahedeleri velhasıl kanunu medenî ve ceza kanunile alakadar her türlü itilafları münhasıran imparatorluk hükûmeti akdeder.. Konfederasyon azaları bu sıfatla olan vazifeleri ifa etmedikleri ve yukar-

da sayılan hususatta merkez otoritesine itaat göstermedikleri takdirde aleyhlerinde tedabiri zecriye ittihaz olunur.

Meclisi milli tarafından Vaymarda 31- Temmuz 1919 tarihinde tasdik olunan teşkilâtına göre, Alman devleti (Rayh) (Land) dan müteşekkil federal bir cümhuriyet şeklinde idi; Bu landlar tarafından kendi salâhiyetleri dahilindeki işler hakkında ecnebi devletlerle muahedeler akdolunur. Muahedeler, umuru hariciyeyi kendi idaresine hasretmiş olan Rayh'ın tasdikine bağlıdır (Madde:78). Reis, milleti beynelmilel hususatta temsil eder; Rayh namına ittihatlar ve muahedeler akdeder: bu muahedeler kavanini milliyeye müteallik hususattan ise Rayştahın tasdiki zarurıdır. Reis, elçiler izam ve kabul eder, Harp ilân ve sulh muahedeleri Rayh'ın yazılı tasdikine mühtaçtır (M.45). Alman Rayh'ının aksamı mürekkebesi yeni teşkilâta nazaran, beynelmilel şahsiyetlerini hakikaten kaybetmiş gibidirler: bu beynelmilel şahsiyeti 1871 ana yasasında bazı mahdut hususatta mahafaza etmişlerdi.

Hakiki ittihat, beynelmilel hususatta federasyon ittihazından farksızdır. Devletler aynı hükümdarın idaresi altında birleşmiş, her biri dahili kavanin ve müessesatını ayrıca muhafaza ettiği halde hüviyetleri hariç işler için müşterek bir devletin hüviyeti altında silinmiş olunca hakiki ittihat husule gelmiş olur. Bu suretle terekküp etmiş bir devletle bir federal devlet arasındaki farklar tamamen hukuku âmmeyi alakadar eder:

Nakis istiklâle sahip devletlerden federal «hey'eti müttehide» halinde bulunanlar ferdiyetin en yüksek derecesine malik olanlardır.

Aralarında müesses olan ittihat, muayyen bazı maksatlar için serbestii harakâtının bir kısmını sureti daimede terk etmeye muvafakat gösteren müstakil devletlere has gibidir: bu neviden olan ittihatların en iyi misalini 1820 senesinden 1866 senesine kadar Almanya konfederasyonu göstermiştir. bu konfederasyonu teşkil eden misak mucibince, maksatları Almanyanın harici ve dahili selameti, ve konfederasyona dahil devletlerin istiklâli ve her hangi bir tecavüzden masuniyeti idi; konfederasyona dahil devletler yekdiğerinin arazice hukukunu mütekabilen temin ediyor ve yekdiğerine harp edemiyordu. Devletlerin fevkalâde muralıhaslarından mürekkep bir diyet teşkil edilmişti, diyet meclisi konfederasyonun müş-

terek umuru hariciyesini rüyetle mükellef bir uzuv gibi idi; binaenaleyh murahhaslar kabul ve izam, konfederasyon namına muahedeler akit, ve konfederasyonun tehlikeye maruz kalan arazisi üzerinde ecnebi devletlere karşı harp ilân edebilirdi. Bununla beraber konfederasyona dahil devletler bu gibi vaziyetlerde rey haricinde bırakılmıyordu. Her Biri sefir kabul ve izam, muahedeler akit ve konfederasyona dokunmuyacak ittihatlar teşkil etmek haklarını muhafaza etmişlerdi; ve müşterek tehlikeyi mutezammın olduğu beyan olunan bir halde ve diyet meclisinin ekseriyeti konfederasyonun müttehit kuvvetlerini harp meyanına sevk ettirecek surette bir düşman hücumu tehlikesi olmadığına karar verdiği takdirde ekalliyet müdafaayı nefsiçin lâzımgelen tedbirleri ittihaza mezun olurdu. Devletler konfederasyondan çekilmek hakkına malik değildiler; diyet meclisi tarafından harp ilân olununca münferit sulh akdedemezlerdi; fakat diyet meclisi mütemerrit bir müttehit devlet aleyhinde tazyik ve icbar vasıtalarına malik değildi; yalnız, diğer devletlerin askeri kuvvetlerini onların muvafakatlarile kullanabilirdi; tebaanın ferdiyetlerini müteessir edecek bir baş hükümdarlıktan hiç bir eser yoktu; tebaa yalnız kendi devletlerine tabidiler; ve müşterek milliyetleri yoktu böylece konfederasyona dahil muhtelif devletlerin serbestii hareketi ancak müşterek sulh ve heyeti müttehideye ait arazinin tamamiyeti için bir kayt altına alınabilirdi.

Mahmi devletler:

Mahmi bir devlet hukuku düvel nazarında [1] kuvvtsizliğine binaen kendini muayyen şeraitle başka bir devletin himayesine koymuş olan

---

[1] Büyük Britanyanın Hindistan imparatorluğu dahilinde bulunanlara benzeyen mahmi devletler hukuku düvele tabi değildiler. Yerli Hint devletleri sureti nazariyede dahilî hukuku hükümraniye malik, ve Britanya imparatorluğu ile münasebetleri bütün mesailde muahade ile az çok muayyen isede muahadede gösterilmeyen hususta imparatorluk hükûmetine hususî bir kaza hakkı teveccüh eder; Ve imparatorluğun yüksek menfatları mevzuubahsolduğu ve hatta yerli prensler tebaasının hukuku ciddî surette tehlikeye maruz bulunduğu takdirde, muahedeler bile bir takım ihtirazî kayıtlara tabi tutulmuştur. İngilterenin Hint prenseri'e aktettiği muahadeler, pek istisnaî bazı ahvalin maadasında, kendi icraatını tahdit için koymuş olduğu kayıtlardan başka pek az şeyleri muhtevidir. Şüphe yokki bir çok muahadelerin maksadı asliisi bundan ibaret değildir; fakat İngilterenin ta

devlettir; başka devletler bir devletin arazisinde alakadar oldukları vakitte o zaif devleti başka bir devletin himayesine tevdi ederler protektorat (himaye) nin eşkâli pek mütenevvi olabilir fakat bir cemaat hukuku düvel nazarında haizi şahsiyet olan mahmi devletler sınfına düşebilmek için tebaası ayrı bir tabiiyet ihrazında devam etmeli, ve hami devletle olan münasebetleri bu ikinci devletin yaptığı bir harbin devamınca bitarafane olmalıdır.

Başka tabirlerle, azaları yalnız bizzat cemaata sadakatle mükelleftir; ve devleti hamiyenin kontrolu hangi hususatta diğer devletlerle muhasamane temasları mani oluyor yahut muhasamat vukuunda harici tehlikeye karşı selâmeti temin ediyorsa beynelmilel serbestisi ancak bu hususatta takyidat ve tahdidata tabi olmalıdır bu şartlara riayet olundukça devletin harici münasebetleri kâmilen devleti hamiye tarafından idare edilebilir. Mahmi bir devletin en mühim yeni misalini 1815 senesinde böyük Britanyanın himayesi altında teessüs eden yoni adaları müttehit cümhuriyetinde buluruz. Hükûmetinin reisi İngiltere tarafından tâyin olunur, bütün kuvvei icraiye bilfiil devleti hamiyenin elinde bulunuyordu. Haricî münasebetlerinde cümhuriyeti kezalik devleti hamiye temsil ederdi. Bununla beraber muahede akdinde büyük Britanya protektora şeraiti meyanında musarrah hususatın maadasında Yoni adalarını hiç bir kayitla taahhüt altına koymamıştır; cümhuriyete tabi gemilere ayrı bir ticaret sancağı çekilirdi;

Cümhuriyet hükümeti konsolos kabul eder fakat tayin edemezdi; ve

---

bidayeti işğalinde akdetmiş olduğu muahadelerden sonra İngiliz hukuku hükümranisinin Hindistandaki şeraiti pek çok değişmiş ve tabiatile bu vaziyet muahadelerin hükümlerini de tadil ettirmiştirki bu vaziyet orada lâyikle anlaşılmıştır. Resmî gazetesile vukubulan beyanatında Hindistan hükûmeti 21 - Ağustos- 1891 de ilân etmiştirki Kraliçe - İmparatoriçenın hukuku hükümranisi altında bulunan yerli devletlerle Hindistan hükûmeti arasındaki münesebatta hukuku düvel cari değildir. Mamafih bu devletlerin ricali, mahkemelerin hukuku kazaiyesi hususunda, alelâde İngiliz tebaasile bir seviyede değildirler. Statham, V. Statham and tne Gackwar of Boroda L. R. Hindisdanın yerli prenslerinin vaziyetlerini tahdit için şu esere müreceat ediniz S. 92 (1912) Westlake, Collectet Pahers, S. 23 - 216. Hindistan imparatorluğuna dahil ve kendileri hukuku düvele tabi olmayan Şarklı ve Afrikalı devlet ve cemaatlar üzerindeki Protektoraların beynelmilel cihetlerini tetkik için ıncı sahifeye mürecat.

Kırım harbi esnasında bitaraflığını muhafaza etmiş ve İngiliz mahkemelerinde bu bitaraflık tasdik edilmişti.

İstiklâli nakıs başka devletler:

Siyasetin sureti inkişafları nakıs istiklâl sahibi devletlerin adedini arttırmıştır. Öyle devletler varki beynelmilel hayatlarının bütün şübelerinde serbestii hareketi hiç bir vakit istihsal edememiş yahut diğer devletlere karşı girişmiş oldukları taahhütlerden dolayı tahdidata tabi kalmıştır. 1919 sulh muahedelerinin ırkî, lisanî, yahut dinî ekalliyetlerin himayesi için bazı devletler hakkında vaz ettirmiş olduğu tahdidat hertarafta tatbik olundu. Buna mümasil tahdidata tabi olan devletler kanun dairesinde serbestii hareketlerini muhafaza ederler. Cemiyeti akvam misakının 22 inci maddesi, « müstakil millet sıfatile mevcudiyetleri, yalnız başlarına idarei umur edebilecekleri zamana kadar, Mandater bir devletin irşat ve muavenete mühtaç olacak derecede inkişaf etmiş olan» bazı cemaatlardan bahistirki mevzuubahs devletlerin tasnifi bu suretle bir kat dâha karışmıştır. Mandaya tabi memleket, cemaat ve milletleri bir tarafa bırakılırsa: Amerika hükûmatı müttehidesile akdi münasebat eden komşularından Küba, Panama, Sandominiko, Hayti ve Nikaraka nakıs istiklâl sahibi devletlere yeni birer misal teşkil ederler. Akdi münasebat vaziyeti teferrüatta büsbütün başka bir şekil gösterir; başka devletler muvacehesinde istiklâl ve hükümranlık haklarını terk etmiş olmamakla beraber hükûmatı müttehidenin bir nevi himayesini kabul etmişler ve bazı hususatta hükûmatı müttehideye salâhiyet vermişlerdir. Bu hususat nakdi muavenet, bahri muhit altında kanal tesisi, yahut yeni bir devletin terakki yahut tessüsü gibi planlara ait olur. Bu devletler muhtelif derecelerde haricî kontrolu kabul etmek suretile siyasî istiklâllerinin bazı tabii haklarından feragat etmiş yahut bu haklarını muvakkaten terk ve muahede akdine salâhiyetlerini bazı sahalarda tahdit etmişlerdir: Muahedelerinden bazısı hükûmatı müttehidenin tasdikine tabi olduğu gibi, bazı hallerde de usulü muhafaza yahut mevzuubahs devletleri himaye için Amerika hükûmatı müttehidesi muahede müzakerelerine müdahale hakkını haizdir. Bu suretle birleşik devletler mezkûr devletlere karşı imtiyazlı bir vaziyet kazanmış ve binnetice beynelmilel bazı mesuliyetler deruhte etmiş oluyor [1].

[1] Tefsilat için bu eserlere müracaat: Hyde, Op. Cilt. I, §§ 19 - 24; Fauchille, § 181.

Böyle devletlere verilen « müekkil » unvanı hiçte yerinde değildir [1].

Başkalarının hukuku hükümranisi altında bulunan devletler onların bir cüzü olup, tedrici bir iftirak ameliyesi esnasında yahut hükümdarın bir lutfu olmak üzere, ticari itilaflar akdi yahut ecnebi konsoloslara berat tevcihi gibi ancak müstakil bir cemaata has olan bazı salâhiyetleri iktisap etmişlerdir. Vaziyeeleri yukarda bahsolunan devlet envamdan şu suretle farklıdırki bunlara verilmiş olan her hangi bir beynel. milel salâhiyetin mahiyeti aleyhinde bir zan meycuttur.

Bir konfederasyona dahil olan yahut himaye altında bulunan bir devlet heyeti umumiyesi itibarile müstakildir ve sarahaten terketmemiş olduğu bütün hukukuna mallktir; halbuki bir başkasının hukuku hükümranisi altında bulunan bir devlet ahar bir devletin sarahaten bir cüzü olduğundan, kendisine ancak sureti mahsusada verilmiş olan hakları haiz olur; ve harici muamelâtında kendisine tevcih olunan salâhiyetlerden daha büyük bir salâhiyete malikiyeti iddiası hükümdara karşı fiili bir isyan mahiyetini iktisap eder.

Mısırın şimdiki vaziyeti daha ziyade tafsilâta mühtaçtır. Asırca bu kıt'a Türk devletinin eczayi memalikinden madut idi: 1841 de valisi olan Mehmet Ali, muvaffakiyetle idare ettiği bir isyandan sonra, irsiyet üzerine müesses bir paşalığa nail olmuş ve ahlafı „ Hidiv" unvanını almışlardır. Muhtelif imtiyazlar neticesinde Hidiv hükümdarlara ait bir çok salâhiyetler elde etmişsede Babâli metbuiyet hukukunu muhafaza etmişti. Bilahare memleketin malî tezebzüpleri ecnebi müdahalelerine kapı açtı: bu devletler kendi tebaalarından dolayı alakadar oldular, ve bilhassa ingiltere ve Fransa çiddetle icrayı nufuz ettiler. 1882 senesinde arabî paşanın ecnebilere karşı bir kıyamı yalnız Büyük. Britanyanın müdahalesile teskin edilmiş, ve o tarihten Türkiyenin büyük Britanyaya ilânı harp ettiği 5-Teşrinisani- 1914 tarihine kader Mısırda İngiliz nufuzu cari olmuştu. Mısırın cenup vilâyetleri muteaasıp aşiret adamlarının kontrolu altına geçmişti nihayet bunlar 1898 de İngiliz- Mısır kuvvetlerine kumanda eden Lord kiçner tarafından mağlup edildiklerinden 1899 da

[1] Lawrence, hukuku düvel, § 39.

Sudanı teşkil eden vilâyetler büyük Britanya ve Mısırın müşterek idareleri altına geçti. 1914 kânunuevvelinin 18 zinde büyük Britanya Mısır üzerinde himayesini ilân etti; düveli merkeziyeye taraftarlık eden hidiv hal' olunarak Hüseyin kâmil paşa Sultan unvanile ona halef oldu. İngiliz protektorası, Türkiye müstesna olarak 1919 sulh muahedeleri mucibince düşman devletler tarafından tanınmış ve nihayet mezkûr muahedelari imzalayan bütün muhasımlar bunu tasdik etmişlerdir [1] .Aynı zamanda Büyük Britanya Mısrın kendi kendini idarede inkişafı lehinde bir siyaset takip edeceğini beyan etti. Büyük Britanya Mısırda himaye usulünün münasip olmadığına karar vermiş olduğundan, Mısırın vaziyetini tahkik için bir komisyon gönderildi; kanada, Avusturalya Yeni zelanda ve cenubi Aafrika hükûmetlerile müzakerelerde bulundukdan sonra Vikont Allenbih Britanya hükûmeti namına olarak 1922 Martında Sultana : 1 - Mısır üzerindeki İngiliz himayesinin nihayet bularak Mısırın hukuku hükümdarisine malik ve müstakil bir devlet olduğunu, 2 - Mısır tarafından tazminat hakkında bir kanun neşrini müteakip 2 Teşrinisani 1914 tarihli idarei örfiye kanununun kaldırılacağını, 3 - Atideki hususatın Britanya hükûmetine hasredilmiş olduğunu tebliğ etti: A)Britanya imparatorluğunun Mısır dahilindeki muhaberatının selameti; B) Doğrudan doğruya veya bilvasıta bütün ecnebi tecavüzlerine ve bütün ecnebi müdahalelerine karşı Mısırın müdafası; C) Mısırda ecnebilere ait hukukla ekalliyetlerinin himayesi: D) Sudan.

1922 Martının 15 inde Mısırın resmî gazetesi Sultanın bir beyannamesini neşrediyordu; bu beyanmamede Mısırın istiklâl ve hukuku hükümraniye malikiyeti tebliğ ediliyor ve Mısır Kralı sıfatile makamı saltanata geçtiğj bildiriliyordu. 24 Temmuz 1923 tarihinde Lozanda Türkiye ile müttefik devletler arasında imzalanan muahede Mısırın yeni vaziyetini tasdik etmişti. Bu suretle Mısır yukarda tarif edilen nakıs istiklale sahip devletler arasına geçmiş oluyordu.

İngilterenin idarei mahalliyeye malik dominyonlarının vaziyeti.

---

[1](Versay muahdesi, Madde 147; Senjermen muahedesi, madde 102; Tırıyanon muahedesi madde 86; Nöyi muahedesi; madde 63 .)

Britanya imparatorluğunun kendi kendilerini idare eden dominyonlarının, yani Kanada, Avusturalya, cenubi Afrika, yeni Zellanda, Irlanda serbest hükûmeti, ve Hindistanın hukuku düvel noktai nazarından olan vaziyetleri tetkike şeyândır. Bir kaç senedenberi dominyonlar hususî bir şekilde tanınmışlardır: bir çokları Britanya bayrağının tadilâtlı şekillerinde bayraklara maliktir, beynelmilel muhtelif ittihatlara aza olarak kabul edilmişlerdir, ve muahedelere geçirilmiş bazı ahkâm mucibince bir dominyon bu muahedeleri kâvanini mahsusası ile kabul ve tasdik etmedikçe hiç bir kayıt ve merbutiyet altına girmiyeceği esası konulmuştur. 1914 — 18 harbinin devamınca dominyonların vaziyeti daha ziyade değişmiş ve bu harbin sonunda mümessilleri sulh muahedelerinin müzakerelerine iştirâk etmişlerdir. Kendi kendilerini idare eden dominyonlarla Hindistan cemiyeti akvamın azayı asliyesinden olmuşlar ve ayrı ayrı temsil edilmişlerdir. 10 Mayıs 1920 de Kanadalı nazırların tavsiyeleri üzerine Kanadaya ait işler hakkında Krallıkla hükûmatı müttehide arasında vukubulacak diplomasi mesailile iştiğal etmek ve Britanya sefirinin gaybubetinde Britanya sefaret işlerini deruhte eylemek üzere Veşingtona bir sefir tayin etmek üzere olduğu bildirildiysede böyle bir tayin vaki olmamıştır. 1921 de cenubi Irlandaya serbest Irlanda hükûmeti şeklinde kendi kendisini idare eder bir dominyon vsziyeti verilmiş 1923 Eylülünde mezkûr Irlanda cemiyeti akvam azalığına kabul olunmuştur. 1923 Martında Bahrimuhiti kebir dalyanları hakkında İngilterenin Vaşington sefareti vasıtasile müzakerat ceryanından sonra hükûmatı müttehide ile Kanada arasında akdolunan muahede Kanadanın bahriye ve umuru saydiye nazırı tarafından salâhiyeti tamme ile imza idilmişti; bu salâhiyetler kral tarafından verilmişti; Amerika sanatusu mezkûr muahedeyi tasdik edereken bunun, hey'eti umumiyesi itibarile, İngiliz imparatorluğunu taahhüt altına almaya kâfi geleceğini müşahede etmişti.

Kendi kendilerini idare eden dominyonların cemiyeti akvama azalıklarından dolayı nevama beynelmilel şahsiyet mahiyeti iktisap etmeleri kolay anlaşılabilirsede her halde o azalığın böyle bir neticeyi tevlit etmesi mutlaka lâzım ve bedihi değildir. Dominyonlar cemiyeti akvama müteallik işlerde müstakil gibi muamele görmektedirler. Diğer husattaki vaziyetleri bütün Britanya imparatorluğunu alakadar eden mühim işler-

20

de reylerinin alınması mütalebesinde bulunmuş olmaktan ibarettir, çünkü bir dominyonu sureti mahsusada alakadar eden işler için onun reyi zaten alınırdı. Dominyonların mümessilleri 1921 — 22 senelerinde Vaşingtonda in'ikat eden konferansa hükûmatı müttehide tarafından sureti mahsusada çağırılmış, Britanya hey'eti murahhasası müteaddit dominyonların da mümessillerini ihtiva etmişti. Dominyonların her hangi biri yahut bir kaçı Kral tarafından tayin edilmiş ve salâhiyeti hariciyeyi haiz olmuş olsalardı bile, bu hal tam bir istiklâl ifade edemiyecekti, çünkü bir çok Alman devletleri 1871 imparatorluk konstitüsyonu devrinde temsil hakkını muhafaza etmişlerdi. Dominyon mümessillerinin beynelmilel bir konferansta Britanya imparatorluğunun murahhasları meyanında bulunmaları her dominyona bizzat kendisini alâkadar eden meseleler hakkında beyanı mütalâa etmek imkânını verir, ve bu murahhaslardan her birinin otoritesi temsil ettiği dominyona münhasır kalır; halbuki büyük Birtanya için tayin olunan murahhaslar bütün imparatorluk namına hareket için salâhiyeti kâmileyi haizdirler. Böyle bir hey'eti muarahhasa ile müzakerede bulunan ecnebi devletler şu hakikate muttali olurlarki bir dominyon bir maahedeyi imzadan geri durursa, bu imtinam tesiri o dominyona ait sahaya münhasır kalır, ve muahede kral tarafından tasdik olunduktan sonra imparatorluğun mütebaki aksamı hakkında mer'iolur. Başka bir devlet tarafından büyük Britanyaya karşı harp ilân edilince Britanya imparatorluğunun bütün dominyonlarına karşı da ilânı harp edilmiş olur. Cemiyeti akvam muamelâtı müstesna olmak üzere, hukuku düvele ait bütün işlerde, kendi kendilerini idare eden dominyonlardan her hangi birinin imparatorluğun hey'eti umumiyesi haricinde beynelmilel bir şahsiyeti haiz olacağı kabul edilmemektedir.

Muhasım cemaatlar: Tabi oldugu devletten ayrılmak maksadile bir hükûmet teşkil ve muhasamatı muntazam bir surette idare eden cemaatın bu ef'al ve harekâtı esnasında göstereceği muvakkat istiklâl yukarda bahsi geçen cemaatların tarif olunan istiklâllerinden daha ziyade tamamdır. Fakat her hangi bir anda bu tam istiklâlin devam edip edemeyeceği hususunda kat'iyet hasıl olamaz; istiklâlinin berdevam olacoğı kat'iyete yakın bir derecede ümit edilmiyen bir cemaatse hukuku düvel nazarında bir şahıs telakki edilmesi için vücudu lâbüt olan şartlardan birini

haiz olmamak mevkiinde kalır. Bununla beraber istiklâlini kanunen tesis maksadile girişmiş olduğu muhasamat esnasında muhasımlığının tanınması muhasımlara mahsus imtiyazlarının da ekseriya tanınmasını icap ettirir. Muhasımlık hukukunun bu suretle tanınması ya ecnebi bir devlet tarafından, yahut cemaatın aleyhine kıyam etmiş olduğu devlet tarafından vaki olabilir. Birinci şıkta, muhasım cemaata teveccüh eden hak ve vazifeler muhasımlık mahiyeti düşman memleket tarafından tanınmış olan bir devletin harp işlerinde haiz olacağı hukuk ve vazaifin aynıdır; Yine, aynı şıkta, o cemaatla harp halinde bulunan devlet tanıyan memleketi kanunen muharip vaziyetinde olan iki devlet arasında bitaraf ad ve ona göre muameleye mazhar etmeye mecburolur. meğerki, ika edilen bir haksızlık üzerine harben tarziye istihsal etmek hakkı arttığı vakit, muharibin muhasımlık vaziyetini kabul etmiş olan devletin sui niyetine delalet eden halleri müşâhede edilmiş olsun. İkinci şıkta, devlet kendisine karşı isyan etmiş olan tebaasına muhasematın sonuna kadar muhasım muamelesi yapmağa, onları asi addetmemeğe meçbur olduğu gibi, harp halinin mevcudiyetini itiraf ve teslim ederek binnetice diğer memleketlere bitaraflık hukuk ve vezaifinin terettüp ettiğini kabule âmade bulunduğunu gösterir. Mevzuu bahs tanımanın vukuunu müteakip o devlet, asilerin harekâtından yahut kendi dominyonlarının o sırada kontrol etmediği kısımlarında beynelmilel taahhütlerini ifa edememesi neticesinde ecnebi bir devletin yahut tebaasının uğradığı ziyan ve tecavüzlerden dolayı tanıyan devletlere karşı mesul olmak mevkiinden çıkacağı gibi bizzat kendisi bu tanıma muamelesini diğer devletler hakkında ifa ettiği vakit de o suretle mesuliyetten azade kalır.

Tanımanın tesiri mühim ve yalnız tanınan cemiyete münhasır kalmıyarak Ecnebi memleketlere de şamil olduğundan, ne şartlar altında bahşedilebileceğini mümkün olduğu kadar sıhhatle tayin etmelidir. Aleyhine kıyam edilen devlet tarafından tanınma keyfiyetinin lüzumundan başka bir istical ile verilmiyeceğini farzederek mezkûr ihtimali bir tarafa bırakalım; o devletin tanıması yabancı devletlerin tanımalarından evvel vaki olunca ecnebi devletlere ait menafiin tehlikeye maruz kalması lâzımgelmez. her halde mesele, muhasım olmak iddiasında bulunan bir

cemaatın her hangi ahval ve şerait içinde muhasımlığının tanınmasını talebe hakkı olup olmadığına. ve ecnebi bir devletin hangi ahval ve şerait dahilinde bu muamelei tasdikiyeyi icra etmek isteyeceğini bilmekten ibaret kalır bu suallerin birincisine derhal cevap verilebilir. Muhasımlık sıfatının tasdiki meselesini bir dereceye kadar iğlaka duçar eden şey ahlakî ve kanunî şekillerinin birbirile karıştırılmakta olmasından ibarettir. Mühim mikdarda bir halk kültesi silahlanarak saflar teşkil eder ve maksadı siyasî gayeler istihsal etmek olduğunu sarahaten bildirirse, bu kütlenin muhasım bir devlete çok benzeyeceği ve binaenaleyh efradı hakkında mücrim muamelesi yapılmaması lâzımgeleceği mütalâasında bulunanlar olmuştur [1]. Böyle bir kütlenin düşmana esir- düşen efradı-

---

[1] Bu şartlar altında kıyam edenlerin muhasım tanınmak hakkına malikiyetleri Vattel tarafından (Le Droit des Gens. 1758, kitap 3, fasıl 18, §§ 293— 4) beyan ve Bluntschli tarafından (§ 512) teyit olunmuştur. cenubî Amerika cumhuriyetlerinin tanınması hakkında reis Monroenin 1822 tarihli beyannamesinde sarahat vardır; (De Martens, Nouveau Recueil, 6. 1, 149). İngiliz hükûmet adamları tarafından bu hususta bir dereceye kadar gevşek lisan kullanılmıştır. 1861 senesinde Lord Jonrasil avam kamarasında bir suale verdiği çevapta " bir devletin kıyam halinde bulunan her hangi bir kısımdaki muhasım hukuku için 1825 senesinde vuku bulan muamele bu hususta kabili tatbik emsal addolunabilir. O vakit İngiliz hükûmeti Yunan hükûmeti muvakkatesine muhasımlık hukukunu vermiş ve bunun neticesi olarak Türk hükûmeti bir nümayişte bulunmuştur. Türk hükûmeti Britanya hükûmetinin yunanlılara muhasım mahiyeti vermiş olmasından şikâyet ederek, isyan halindeki tebaaya hiç bir mahiyeti milliye verilmiyeceğinin Britanya hükûmetince unutulnuş olduğunu bildirimiştir. Fakat britanya hükûmeti tarafından (Straford Kanning) e verilen talimatta " muhasımlık mahiyetinin pek okadar hakikî bir esas teşkil etmediği. harbe girişmiş her hangi bir ahali kütlesinin az çok bir kuvvet ve mukavemet göstermesi bu ahali hakkında muhasım muamelesi yapılmasına kâfi olduğu ve mevzuubahs meselede muhasımlık sıfatı tetkike mühtaç görülse bile diğer devletler tarafından sarahaten gösterilen alakadan dolayı bu ahali hakkında muhasım muamelesi yapılmak lazım geldiği „ beyan olunmuştur. (Hansarn, üçüncü seri, 157, 1566) Mr. Stratford Kanning'e verilen bu talimattan Britanya hükûmetince Yunanlı asilerin muhasımlık hukukunda sadece kesbi liyakat etmiş olduklarımı, yoksa hukuku mezkûreyi hukuku düvel muvacehesinde iktisap etmiş oldukları mı anlatılmak istendiği layikile istidlal edilemez halbuki Amerika müttehit hükûmetlerinin Danimarkaya karşı olan beyannamesinde böyle bir vuzuhsuzluk yoktur. 1779 senesinde Danimarka tarafından İngiltereye verilen ticaret vapurları Pol Cons tarafından zaptolunarak Norveç limanlarına gönderilmişti. Bu muameleye karşı tazminat istenilmiş ve bu münasebetle vukubulan müzakerat esna-

73

nın idama mahkûm edilmesi insani bir hareket olamazsa harp gemilerine mensup efradın ecnebi devletler tarafından korsan gibi tutulup asılmaları daha az insani bir harekettir ; muayyen bir cemaate muhasım muamelesi yapılması. O cemaat azasının mutalebede haklı oldukları bazı şeylerin mevcudiyetine delalet eder. Şüphe yokki bir devlet muvakkat bir istiklâl tesisine muvaffak olan tebaa hakkında mücrim muamelesi degil, muhasım muamelesi yapmakla mükelleftir ve bizzat metbu devlet bununla mükellef olunca yalnız harici vakıalara gör hareket eden ve diğer memleketlerin siyasi vukuatını ahlak yahut kavanini mahalliye noktai nazarından muhakeme etmek hakkını haiz olmayan ecnebi devletler evleviyetle aynı vazife ile mükellef olur. Bununla beraber , O suretle hareket mecburiyeti, doğrudan doğruya, ef'ali beşeriye için mukteda olmak lâzımgelen vazaifi ahlakiyeden neş'et etmekte olduğu gibi, ecnebi devletler hususunda, vezaifi ahlakiyeden başka, bir de muhakeme salâhiyetini haiz olmayanların aynı mesailde ceza tertibi hakkına malik olmadıkları hakikatinden neş'et etmektedir; hukuku düvelin burada asla dahil ve tesiri yoktur. Muhasım bir cemaat; haddizatinde bir şahsiyeti kanuniye teşkil edemiyeceğinden, sadece muhasımlığını iddia eden ve istiklâlini müebbeden tesis etmiş olmak gibi bir daiyede bulunmayan bir cemiyet de o kanuna nazaran bir hak sahibi olamaz. Binaenaleyh bu cemaat muhasımlığının tanınmasını hukuku düvele iptinaen talep edemez, ve tanıma muamelesi ister ecnebi bir hükümet tarafından, İster kendisine karşı isyan olunan devlet tarafından vaki olmuşsa hukuk bakımından bir cemileden başka şey olamaz [1]. O halde, bir devletin başka bir devletin isyan

[1](Westlake aynı neticeye vasıl oluyorsada, nizam ve kaidenin tebeddülünde şayanı İhticaç bir hal ve sebep bulunduğu mütalâasını dermeyan ediyor."sulh„ unvanlı eseri S,.54 — 6) .

sında şu hükme iptina edilmiştir. " hukuku hükümranisine sahip bir imperatorluk dahilinde herhangi bir vilâyet yahut Koloninin ana memleketten ayrılmak maksadile kıyamı ve bu yüzden dahili harbin devamı takdirinde, ecnebi bir devlet yeni devletin istiklâlini tanımayarak onunla ticaret ve dostluk muahedeleri akdederse, ister hakkı olduğu veçhile bıtaraf kalsın, ister bir taraf aleyhinde diğer tarafla, birleşsin her iki muharip tarafa umumî harbin müstakil devletlere verdiği hukukun kâffesini bahşetmelidir „ (Lawrences Wheatons Elem. İntrodg XXXIV). Danimarkaya karşı olan müddeiyat fasılalı hareketlerle 1844 senesine kadar devam etmiştir ve hala sureti kat'iyede nihayet bulmuşa benzemeyor.

halindeki tebaasının muhasımlığını tanımak hususundaki hakkı, hukuku düvel muamelâtında, münhasıran, muhasemattan kendi menafiinin müteessir olması ihtimaline müpteni olmak lâzımgalir; aynı zamanda, bu muhasematta bir tarafın tanımayı muhafazayı nefis hususunda makul bir tedbir ittihaz edebilmek için muhasımlık imtiyazlarından istifade edemiyecek mevkide bulunması da lâzımgelir. Bilhassa böyle bir şart, muhasematın bu muhasemata sahne olan memleketin sahillerine yaklaşması akibinde kesbi ehemmiyet eder ve hele muhasematın bahrimuhite kadar intişarı takdirinde mutlakulvücup olur. İki devlet arasında vukubulan bir deniz muharebesi esnasında bitaraf devletler muhasımlara bazı haklar bahşederler; bu haklar o devletlere mensup tebaanın serbestii harekâtını takyit eder, ve sulh zamanında meşru ticaret mahiyetini alan ef'al ve harekâttan dolayı mallarının zabt ve musadere olunmasını icabettirir. Bu muhasımlık imtiyazlarına malikiyet muhasematın sureti müessirede cereyanı için zaruridir; binaenaleyh bir hükûmet bir deniz sahilini kumandası altında bulunduran asilerle bir muharebeye girişmiş olunca, düşman bir devlete karşı kullanılabilecek vesaiti şiddetle istimal eder, ve binnetice bütün devletler dahili bir harbin zuhurunda o vasıtaları istimal edebilirler. Fakat bu vasıtaların istimali, diğer devletleri müteessir ettiği takdirde, ancak harbin mevcudiyetile caizdir, ve bir takım tahdidata ve tedabiri ihtiyatiye tabidir; bu tahdidat ve tedabiri ihtiyatiye hukuku düvel tarafından ancak harp hali için vazedilmiş olduğundan, sulhun velev ismen devam ettiği müddetçe bunlardan istifade hususunda ısrar edilemez. Duçarı tecavüz olan cemaatın dahi kendisine karşı kullanılan silâhların aynını istimalden geri duracağı ümit edilemez; ve bir devlet hakkında tecviz olunan bir halin ecnebi devletlerce öyle bir cemaatten derig edilmesi o cemaatin kâfi derecede kuvvetli bulunacağı birsırada ve hele nihayetülemir istiklâlini kazandığı takdirde, kin ve intikamla hareketini müeddi olabilir.

Münasebatı harbiye muvacehesinde menfaatleri haleldar olan bir devletin asi cemaatları muhasım addetmekteki salâhiyeti hususunda üç ihtimal mevcut olabilir; o devletin böyle bir sırada takip edeceği hattıhareket bu ihtimallerin her birine göre tebeddül eder bir hükûmet muti vilâyetlerle muhat ve binaenaleyh ecnebi devletlerle teması gayrı mümkün

salâhiyetleri bir tek ferdin vaziyetteki salâhiyetinden ziyade değildir. Diğer taraftan, devletin bir fiili, devlet mefhumu sahihi noktai nazarından o devleti teşkil eden cemiyetin bütün arazisini taahhüt altına alır terkolunan memleket ahalisinin arayı umumiyesine müracaat (Plebisit) siyaseten şayanı tavsiye görülmektedir. Bununla beraber Danimarka ile Amerika hükûmatı müttehidesi arasında 4 Ağustos 1916 da akit ve 17 kânunusani 1917 de tasdik edilen ve Sentomas, sent con ve Sankırova adalarını hükûmatı müttehideye bırakan muahede bu adalar ahalisinin muvafakatlerine dair hiç bir hükmü muhtevi değildir. plebisit perensibi 1914 — 18 harbinin sonunda akdolunan sulh muahedelerinde meseleler hakkında tatbik olunmuştur; « milletlerin kendi kendilerini idare etmeleri» ismi verilen siyasî felsefe bu hususta amil olmuş ve reis Vilson bu behiste « bu öyle lâzımülittiba bir düsturu harekettirki bundan böyle devlet adamları kendilerini tehlikeye ilka etmedikçe bunu ihmal edemiyeceklerdir ». Reisin bu sözündeki ipham gayrı muntazam müddeiyatı milliyeyi teşkik ettiği gibi, tatbikatı da iktisabı şeraiti nazarı dikkatten uzak tutturarak bazı felaketli akıbetlere saik olmuştur. Versay muahedesinde pelebisit Open krayzes ve Malmedi (M.34), Sar huvzası (M.49), yukarı silezya (M.88) şarkî prusyanın cenup hududunda kâin bazı havali (M.94), ve şilezvik (M.109) hakkında tatbik edilmişti. Başka misalleri de senjermen — an — ley, Nöyi, Tryanon muahedelerinde görülür. Diğer taraftan Alzas ve Lorenin Fransaya iadesi esnasında bu vilâyetllerde arayı umumiyeye muracaat olunmamıştır, çünkü 1871 de Almanya tarafından gerek Fransaya ve gerek Alzas ve Loren ahalisine karşı vukua getirilen haksızlığı tamir için bu suretle harekette manevî bir mecburiyet görülmüştü (beşinci kısım, methal)

İstiklâl hakları: İstiklâl hür bir iradenin kararlarını eşhası sairenin hiç bir tazyiki olmaksızın icra ve infaz kudretidir. Binaenaleyh bunun için istiklâl hakkının, en vasi şumulile, bir devletin her işte ve her münasebetle meramını ecnebi devletlerin müdahalesi olmaksızın icra için haiz olduğu bir haktır. Görülüyorki istiklâl hakkı evvelce bahsi geçmiş olan muhafazayı hayat ve inkişaf haklarını da mutazammındır ancak istiklâl hakkına bir devletin yaşayan ve neşvünema bulan bir mevcut sıfatile hayatile alâkadar olanları değil, daha mahdut bir sahada olmak

76

üzere, kendisinin kontrolu altında bulunan diğer devtetler ve diğer eşhas ve eşya hakkında meramını doğrudan doğruya icra eden bir mevcut sıfatile haiz olduğu hakları dahil tutmak daha münasiptir. İstiklâl haklarının ilk kısmı mahiyeti mahsusayı haiz hiç bir usul ve adete saik olduğu görülmez. Yalnız, diğer devletler muvacehesinde bir devlete kanun dahilinde umumî bir serbestii hareket temin eder ve bu serbesti bir devletin hukuk ve vazaifile mahduttur, bir devlet içtimaî vezifelerine hürmet ettiği müddetçe, diğer memleketlerle ne çeşit ve ne nispette muamelede bulunacağını ve bu muameleleri nasıl şerait altında idare edeceğini kararlaştırabilir; ittifak münasebetleri yahut hususî dostluklar teşkilinde muhtardır; ve başka devletlerin haksız görebileceği fiillerinin lüzumu veçhile tashihini talep edebilir. Mevzuubahis istiklâl haklarının ikinci kısmı «hâkimiyet hukuku » unvanile yadedilir. Devlet teşkil eden bir cemaat, umumî iradesinin siyasî bir cemiyet mahiyetile istihdaf ettiği gayeler itibarile o cemiyetin azasından olan ferdlerin iradelerine faik olmasından dolayı, o ferdleri kendisinin siyasî, medenî ve cezaî sahalardaki mevzuatile taahhüt altına koyar; efrad hakkında bu taahhütler millî hudut dahilinde diğer mümasil taahhütler gibi vacibülittiba olmakla beraber, ecnebi bir memlekette yahut her hangi bir devletin hakkı kazası dahilinde bütün tebaa hakkında da aynı derecede vacibülittibadır. Ve istiklâlin zarurî bir neticesi olmak üzere devletin iradesi bütün memlekette yegâne hâkim olmak lâzımgeleceğinden, kerkes ve her şey üzerinde otoritesi umumî bir kaide hükmüne girer, ve memleketleri dahilidde hangi fiillerin mubah ve hangi fiillerin memnu olduğunu münhasıran devlet tayin eder. Binaenaleyh kendi memleketleri dahilindeki hakkı kazası yalnız kendi cemaatının efrad ve emvaline münhasır olmayıp ecnebi eşhas ve emvale de şamildir. Ancak, ecnebiler üzerindeki hakkı kaza memlekette mevcudiyetlerinin bir neticesinden ibaret olduğundan, mevzuubahis hakkı kaza memlekete girmelerile başlar, çıkmalarile nihayet bulur; bunun için memleketten çıktıktan sonra ecnebiler, dâha aşağıda bahsedilecek olan hususî bir hal müstesna olarak memleketin kanunlarına tabi tutulamazlar. Ecnebiler tarafından vukubulan ef'ale gelince, bu husustaki kakkı kaza mezkûr ef'alin ecnebilerin memlekette bulundukları esnada ceryan etmiş ve hiç olmazsa başlamış olması lâzımgelir. Demek oluyorki, esas itibarile, hükümranlık hukuku hudut dahilinde tebaa yahut ecanip tara-

fından vukua getirilen bütün ef'al hakkında, her kime ait olursa olsun hududu mezkûre dahilindeki emval ve, nihayet, cemaatın efradı tarafından devletin hududu haricinde ika edilen ef'al hakkında hakkı kaza caridir; memleket haricindeki ef'ali devlet tanıyıp tanımamakta muhtardır. Bununla beraber tatbikatta hakkı kaza bütün bu istikametlerde âynı derecede şumullü değildir.

Devlet halinde bulunan bir cemaatın kendi azası üzerinde haiz olduğu otorite kendisile efradı arasındaki şahsî münasebetlerin neticesi olduğundan efrad her nereye giderse cemaatın kanunları onları takip eder, başka devletlerin hakkı kazaları cari olan ve olmayan yerlerde mezkûr efrad için vacibülittiba olur. Bir devlet başka bir devletin arazisi dahilinde kendi kanunlarını icra edemezsede, kendi tebaası o kanunlara riayetsizlik göstermemekle mükelleftirler; tebaanın memleket haricindeki bütün münasebatı içtimaiyeleri her hususta, bizzat memleket dahilinde imiş gibi memleketin kanunlarına tabi tutulur; memleket haricinde iken memleketinin kanunlarına riayetsizlik gösterenler memlekete avdetlerinde o yüzden mücazat görür ve bu suretle devlet kendi kanunlarının ahkâmını mer'i tutturmak imkân ve salâhiyetine maliktir. Bu suretle, bir devletin tebaası memleketlerinden uzaklaşmakla memleketlerinin kanunlarına olan merbutiyetlerine halel gelmez; hariçte doğmuş oldukları takdirde meşru olup olmamaları, sinnirüşte vusullerinin tarihi evlenme ve ayrılma şartları daima devlet tarafından kararlaştırılır ve bu husustaki ahkâmı kanuniye dahilde ne derece nafizse hariçte de o kadar mer'idir; cürüm irtikâp ettikleri takdirde öz memleketlerinin mahkemeleri huzuruna çıkarılabilecekleri gibi, başka yerde de ceza görebilirler.

Mantıkan, iradei umumiyenin devleti teşkil eden memleketler dahilindeki bu nufuz ve kudreti ecanibin memleket dahilindeki ikametleri müddetince orada ika ettikleri bütün ef'al ve harekâttan, eşhası saire ile olan münasebetlerinden ve devlete karşı olan vazifelerinden dolayı öz tebaa ile aynı otorite altında bulunmaları lâzımgelecegi fikrine saiktir, ve bu vazifelerin mukabilinde öyle hukuka layık olmaları iktiza ederki öz tebaa ile aralarında bu hususta hiç bir fark olmaması icap eder. Halbuki beynelmilel teamül prensibin o derece ileri götürülmesine müsait değildir. Bu husustaki tatbikatın aldığı hudut, kısmen, başka devletle-

rin kendi tabaaları üzerindeki haklarına hürmetin neticesidir; bu hürmet mecburidir, çünkü bir devlet kendisile aynı hukuka malik olan devletlerin hukukuna riayetle mükelleftir; mevzuubahs tatbikatın ikinci hududu da öz tebaanın müstefid oldukları menafiin ecnebilere teşmil edilmek istenilmemesidir. Mevcut kanunlar ecnebi tebaasından bir ferdin muvakkaten efradı milletten biri haline konulması hususunda kâfi ahkâmı muhtevi değildir. Bir ecnebi yeni mensup olduğu tabiiyete kendisini senedile ithal etmedikçe, bu yeni tabiiyetin ne imtiyazlarına malik olur, ne mes'uliyetlerine; ve tabiiyeti asliyesine asla halel gelmiyeceği gibi, onun kanunlarile gayri kabili telif bir harekette yahut muvakkaten kontrolu altına geçtiği devlete hizmeti fiiliyede bulunmaya mecbur tutulamaz. Diğer taraftan, aynı devletten himaye yahut hüsnü muamele mütalebesinde bulunamaz; ondan göreceği muamele her hangi bir ferd hakkında yapılacak muameleden ibarettir, ve bundan başka bir şey talebine hakkı yoktur. Mevzuubahs şahıs, içinde bulunduğu cemaatın usulü içtimaiyesine tevfiki hareket etmekle mükelleftir; bununla beraber siyaseten o cemaata yabancıdır; siyasi menfaatlerine zararlı yahut kanunlarına mugayir olan harekâttan tevakkiye mecburdur, yani vazifeleri ancak menfi mahiyettedir. Binaenaleyh, bir devletin ecnebiler üzerindeki hukuku onları siyaset yahut zabıta noktai nazarından vaz'ına lüzum göreceği umumi yahut mahiyeti mahsusayı haiz nizamata tabi tutmaktan; tebaaya yahut vatandaşlara münhasır olmayan tekâlifi umumiyeye iştirâk ettirmekten; kendisinin adî ahkâmı cezaiyesini onların hakkında tatbik edebilmekten; onlara ait hukuk işlerini yerli mahkemelerin salâhiyeti kazaiyesi altına almaktan; ve kendi memleketleri dahilinde yapılan yahut icra ve infazı talep olunan mukavelenamelerle yine memleket dahilindeki emvale ait hususatta gerek salâhiyetlerini gerek muamelâtı mezkûre için tanzim edecekleri evrak ve senedatı memleket kanunlarile tespit etmekten ibarettir. [1] Ve onlara ait emval üzerinde bir devletin

[1] Phillirome ecnebilerin yabancı devlet otoritesine tabiiyetleri perensibini sureti umumiyede şu suretle vaz ediyor: — "her devlet kendi bakasını murakaba altında bulundurmak hakkını haizdir, ve hükümranlık hakkı işte o hakta mündemictir. Bu halde bir memlekette onun zabıtasına karşı hareket ve asâyişini ihlâl eden kimseler bulunacak olursa o memleket mevcudiyetini nasıl muhafaza edebilir ? Hükümranlık kudreti karşısında yerli yahut yabancı bazı kimseler istiklâllerini muhafaza edebildikçe o kudret kendisin-

bu suretle kanunen haiz olduğu hukuk tatbikatta daha ziyade tahdit edilmiştir: devletler bu haklarından ekseriya birriza feragat etmek itiyadındadır. Yeni mevzuatı kanuniye efrad arasındaki tamamen hususi münasebetleri mevzuubahsederken hükümranlık hukukunu teyide çalışmaktan ziyade bu münasebetlere hakikatte oldukları gibi yahut olmaları lâzımgeldiği gibi nufuz ve tesir vermek endişesindedirler; öyle bir çok haller olurki bu hedefe bir ecnebinin mensup olduğu memleketin kanunu mahalli kanun yerine mer'i kılmakla yahut her ikisi ihtilâf halinde bulununca, tebaadan bir ferdi kenbi millî kanunu yerine ecnebi bir memleketin kanunu altında bulundurmakla daha kolayca varılır. Medeni milletlerde hükümranlık hukukunun bu maksatlarla hemen daima izhar ettiği müsaade ve kolaylıklar mühim bir yekûn tutan bir takım taamüllere saik olmuştur; işte bu taamüllere hukuku hususiyei düvel ismi verilmiştir. Bununla beraber hukuku hususiyei düvel sahih manasile hukuku düvelin bir kısmı değildir. İkincisi, yukarda görüldüğü gibi, devletlerin münasebetlerile uğraşır; ferdler mevzuubahsoldukları vakit ancak devletlerinin birer uzvu sıfatile mevzuubahs olurlar. Diğer taraftan, hukuku hususiyei düvel kanunu millinin tâli bir şubesinden ibarettir; kuvveti onu tatbik eden devletlerin hükümranlık hukukundan müştaktır; ve bu itibarla yalnız fertlerin münasebetleri hakkında caridir; ve öyle kaidelerden müteşekkildir ki mahkemeler bir davanın hangi millî ahkâmı kazaiye dahilinde muvafıkı hakkaniyet olacağını, yahut hangi millî kanuna göre kararlaştırılması adalete muvafık düşeceğini bu kaidelere göre tayin ederler. Binaenaleyh gelecek bahislerde hukuku hususiyei düvele temas edilmiyecektir.

---

den beklenen gayeyi temin edemez. Hükümranlık kudreti hiç bir şey ve hiç bir kimse karşısında tahdit ve takyit edilemez o her şey olmayınca hiç bir şey değildir. Bir ecnebinin ikamet ettiği memleketi idare eden kuvvei umumiyeye karşı ecnebiliğinden istifade etmek isteyenin ecnebiliği meşru bir istisna teşkil edemez bir memlekette ikamet etmek hukuku hükümranisine inkiyat etmek demektir „. Bu sözlerin bir dereceye kadar izaha muhtaç olduğu aşikârdır. Bazı müellifler şu lüzumsuz mütalâalarda bulunmuşlardır: "bir kimse ecnebi bir memlekete girince o memleketin intizam ve asâyişini muhafaza için kabul etmiş olduğu kanunlara itaat edeceğine lair zımni bir mukavele imzalamış olur „Phillimore, I. § CCC XXX IV.

Hükümranlık hukukunun bir hududu daha varki yukarda behsedilen müsaede teamüllerine benzemez ve kanunen mecburi mahiyettedir. Daha evvel beyân olunduğu gibi, hukuku düvel modern avrupa medeniyeti mahsusasının bir eseridir, ve o medeniyetin hakayiki asliyesini hukuku düvel kaidelerine müvafık oldukları nispette in'ikâş ettirmek maksadile vazolunmuştur. Bu hakikatlerin biri de, kemen bütün devletlerde mevcut olması lâzımgelen bir kanun mecmuasıdır; modern avrupa fikirlerile hem ahenk olan kanun ecnebileri yerlilerle olan cezaî ve medenî işlerinde hakkaniyete yakın bir derecede mazharı adalet kılacak surette tatbik edilir. Hukuku düvel böyle bir kanunun ve böyle tatbikatın mevcudiyetini teemmül ve tasavvur eder; hukuku düvele tabi olduğunu bildiren bir devlette mevzuubahs kanun mevcut olmalı ve o şerait altında tatbik olunmalıdır; gerek medeniyetinin noksanından, gerek kanunlarının müpteni oldukları efkâr esasiyenin avrupalıların akidelelerine mugayir olmasından dolayı buna muvaffak olamazsa başka devletler onun hukuku düvel ahkâmından isdifadesini kendi tabiiyetleri altındaki efradın can ve malca selâmetini temin edecek bir takım şeraiti mahsusaya bağlı bulundurmakta muhtardırlur.

Millî hükûmetin tesisini müteakip Türkiyeden müebbeden kalkmış olan kapitülâsyonlar bunun tipik bir misalini teşkil eder. Almanya ile Avusturya Versay (M.147) ve Senjermen — An — Laye (M.102) muahedeleri mucibince Mısır üzerinde Britanya himayesini tanımış ve orada kapitülâsyonlardan sarfınazar etmişlerdir. Bu iki devlet Fransanın Fas üzerindeki protekrurasını tanımak hususunda da aynı suretle hareket etmişlerdir (142 inci ve 97 inci maddeler). Filistinde kısmen İngiliz ve kısmen yerli hâkimlerden teşekkül eden mahkemelerin hakkı kazası herkese ve herşeye şamildir. (N. Bentwich; Journ. of Comp. Legislation, 3 rd. ser. vol.V,Kart IV (Nov.1913)p.182).

Japonyanın avrupalılara ilk açıldığı vakit ecnebilere verilmiş olan hariç ezmemleket imtiyazları büyük Britanya 16 Temmuz 1894 tarihli bir muahede mucibince 1899 da terk edilmiştir. Ondan sonra diğer devletler de aynı misali takip etmişlerdi. Siyamda Britanya tebaası hakkındaki hariç ezmemleket hukuku evvelce 18 Nisan 1855 tarihli bir muahedeye iptina etmişsede 3 Eylül 1883 tarihli bir muahede mucibince mü-

him tadilâta uğramış ve İngiliz tebaasının dahil olduğu davalar için bazı vilâyetlerde Siyam muahedei mahsusası teşkil edilmiştir. 10 Mart 1909 tarihli muahede ile bu sisteme nihayet verilmiş ve Siyam kanun mecellelerinin mevkii tatbika konması ve mahkemelerin tensiki üzerine İngiliz tebaası, mezkûr muahedeye müzeyyel protokolda tayin olunan şartlar altında Siyam hakkı kazasına tabi kalmıştır. 16 K. Evvel 1920 de Amerika müttehit hükûmetleri, Siyamla akdettikleri bir muahede ile, bir takım kavanini adliye vaz'ından beş sene sonra hakkı kazaya müteallik hariç ezmemleket âhkâmından feragate muvafakat etmişti; aradaki bu fasıla esnasında da mezkûr hukuktan faragat meşruttu. Almanya ve Austurya Versay (M. 135) ve Senjermen - an - lay (M. 1010) muahedelerile Siyamda hariç ezmemleket haklarından faragat etmişlerdi (1909) muahedesi için Parl. Papers " parlemento evrakı ", siyam, No. I (1909) (Kond 4646); A. J. İ. L. Amerika hukuku düvel mecmuası, III. (1909) 954, ilâve 297; The History of a Transitions P. W. Thornely 1923; kıyde, I, 51, 463).

Çinde hakkı kaza hususunda hariç ezmemleket hukuka gelince, 10 Kânunuevvel 1921 Vaşington konferansında Amerika müttehit hükûmetleri, Belçika, Britanya imparatorluğu, Fransa, İtalya, Japonya, Felemenk ve Portekiz devletleri tarafından kabul olunan bir karar mucibince bu devletlerin Çinde hariç ezmemleket hukukunun tarzı tatbiki hakkında tahkikatta bulunmak üzere bir komisyon teşkil etmişlerdir; bu komisyon aynı zamanda Çinde idarei adliyeyi tetkike memur olduğu gibi ecnebilerin tedricen yahut def'aten hariç ezmemleket haklarından faragat ettikleri takdirde Çin idarei adliyesince ittihazı lâzım gelen tedbirleri de tetkik edecekti. (Parl. Papers, Misc., No. 1, 1922, Cd. 1627.)

Fasın diplomatik payitahtı olan Tancanın vaziyetindeki karışıklık bir çok muahede ve itilaflara mahal vermiş ve bu şerait neticesinde Fasla bir kapitülâsyan sistemi tesis edilmiştir. 1856 da büyük Biritanya ve 1861 İspanya devletleri Fasla bu yolda muahedeler akdetmişler ve 1880 de bu usul diğer devletlere de teşmil edilmiştir. 8 Nisan 1904 tarihinde Fransa ile akdettiği muahede mucibince büyük Britanya memlekette muhafazai intizam etmek ve islâhata muavenette bulunmek hususunda Fransa tarafından vukubulacak teşebbüsat ve icraata mümaneat etmemeyi taah-

hüt etmişti; bilmukabele Fransızlarda Britanyanın muahede, itilaf, ve teamül neticesini elde etmiş olduğu haklara ve İngiliz gemilerinin 1901 tarihinden beri istifade ettiği sahil ticareti hakkına ilişmemeyi taahhüt etmişti. Atlantik üzerinde Melila ve Sebo nehri arasında tahkimatta bulunulmaması da meşruttu. 1904 teşrinievvelinde Fransa ile ispanya mütekabil nufuz mıntıkalarını kararlaştırmışlar ve tancanın gerek diploması hey'etlerinin huzur ve ikametile ve gerek belediye ve sıhhatı umumiye noktai nazarlarından haiz olduğu imtiyazlar sebebile hasıl olan ehemmiyeti mahsusasını muhafaza etmesine muvafakat olundu. Fas işlelerinde alâkadar devletler tarafından elcezirede bir konferans akd ve Fasın ıslâhatına müteaalik bir kararname 7 Nisan 1906 da imza edilmişti. (Amerika hukuku düvel mecmuası (1908); ilave I, 47). 1912 de Fransa, sultanla akdettiği bir muahede ile fasın himayesini deruhte etmişse de Revue Jénérale De droite International Poblic. Paris I XIV, Doc. 17. Tancanın mahiyeti mahsusası muhafaza edilmiş ve Fransa ile İspanya tarafından Tanca için hususî bir tarzı idare kararlaşmasına aynı sene içinde muvafakat olunmuştu. O vakta kadar tatbik olunan kapitülasyon rejimi ile meclisi sıhhı beklenen faydaları temin edemediğinden 1923 haziranında alâkadar devletler terafından Londrada bir konferans toplanmıştı. 18 K. Evvel 1923 de büyük Biritanya ile Fransa tarafından imzalanan itilâfname harp zemanında Tancanın bitaraflığını ve sulh zamanında hürriyeti ticariyeden herkesin müstefid olmasını kararlaştırıyordu. Tanca ismen fas sultanının idaresi altında kalacaksa da beynelmilel bir hey'eti belediye tarafından idare edilecekti. 1906 tarihli elcezire mukavelesini imzalamış olan bütün devletler. Rusya ile almanya ve avusturya müstesna olarak sureti tesviyeyi tesdike davet edilmişlerdi; bu devletlerin son ikisi Versay (M. 96) ve senjermen — an — ley (M. 141) muahedeleri mucibince salifülbeyan mukaveleye müpteni haklarından feragat etmişlerdi. Bedihidirki hukuku düvelin bütün menafiinden istifade ettirilmiş bir devlete bu türlü tahdidat teklifi bir çok müşkilata maruz olacağı aşikârdı; bununla beraber, tatbikata ait ameli güçlüklerin de prensip cihetini müteessir etmesi de tabiidir.

Ekalliyetlerin himayesi . 1914— 18 harbinin sonunda akdedilen muahedelerde başlıca müttefik ve müşterek devletler o sırada teşekkül

edn bazı yeni devletlerle istiklâlleri şarta talikan tasdik edilmiş olan diğer bir takım devletlerin akvam cemiyeti tarafından harici kontrol altına alınmalarına lüzum görmüş ve onlardan bu yolda taahhütler istemişti. Bundan maksat mezkûr devletler ahalisinin lisan, ırk ve din farkı gözetilmeksizin can ve mallarının tamamem himayesini temin ve, bundan başka mevzuubahs memleketlerde ırk, dil ve dince ekseriyetten farklı olan bir kısım ahalinin menafiini muhafaza etmekti. Versay muahedesinde Çokoslovakya (M.86) ve Lehistan (M.93) devletleri gerek bu maksatlar için gerek Transit serbestisinin himayesi ve diğer milletlerin tüccarına hakkaniyetle muamele edilmesi hususlarında muahedelere girişmeyi taahhüt etmişlerdi. Tryanon muahedesinde (Macar sulh muahedesi) hırvat, Sloven devleti (M.44) ile Romanya (M.48)mumasil taahhütlerde bulunmuşlardı. Bu dört devlet o yolda muahedeler akdettiler. Avusturya, Macaristan ve Bulgaristan müttefik ve müşterek devletlerle aynı esaslar dahilinde muahedeler akdettiler. Bütün bu muahedeler alakadar memleketler ahalisinin hayat ve hürriyetini himaye ediyor, ve ekalliyetlerin din ve lisanının serbestliğini de temin ediyordu. Akvam meclisi azasından olan her hangi bir devlet mezkûr maddelere karşı vuku bulacak her hangi bir tecavüz hakkında meclisin nazarı dikkatini celp edecek ve bunun üzerine meclis münasip göreceği tedbire bilfiil teşebbüs edecekti. Bu maddelerden münbais itilaflar beynelmilel adalet divanı daimisine tevdi edilebilecekti. Büyük Britanya, Fransa, İtalya ve Japunya ile akdettiği 10 Ağustus 1920 tarihli muahede ile Yunanistan bütün ahalisinin hayat ve hürriyetini tamamen himaye etmeyi taahhüt etmiş, ve bu hüküm esaslı bir kanun addolunmuştu. Türkiye devleti de 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan muahedesile gayrı müslim ekalliyetlerin himayesini taahhüt etmiş ve bu husustaki muahede ahkâmının (37 — 43 üncü maddeler) beyneddüvel mahiyette bir taahhüt teşkil ettiğini ve bunun akvam cemiyetinin kefaleti altına alınmsını kabul eylemiştir. Aynı muahede ile Yunanistan kendi memleketlerinde bulunan müslüman ekalliyetler için mümasil hakları tanımıştı (45) .

1878 tarihli berlin muahedesile derpiş edilen ekalliyetler himayesi muahede ahkâmını infazla mükellef büyüyk devletler rekabetleri yüzünden tesirsiz kalmıştı. 1919 sulh muahedelerinde tatbik olunan sistemde

ekaliyetlerin himayesi beynelmilel bir taahhüt şekline konulmuş ve akvam cemiyetinin kefaleti altında bırakılmıştır [1] . Bu hükümler ancak akvam cemiyeti meclisinin ekseriyeti tarafından vukubulacak muvafakat ile tadil edilebilecektir. Kezalik, akvam cemiyeti ekalliyetlerin himayesi prensibini başka memleketlere ve bilhassa arnavutluğa, Estonya, ve Litvanyaya teşmil etmiştir. Bundan başka, yukarı silezyanın sureti taksimi hakkında Almanya ve Lehistan arasında 15 Mayıs 1922 tarihinde akdolunan muahedenin de bazı ahkâmı ekalliyetlerin himayesini temin etmiştir. Ekalliyetlerin himayesine müteallik ahkâma karşı tecavüz vukuu iddiasile akvam cemiyeti meclisine müteaddit istidalar takdim olunmuştur.

Ekalliyetlerin haklarına dair sulh muahedelerine ziyadesile sıkı ahbâm konulduğu halde, mensup oldukları devletlere olan vazifeleri hakkındaki ahkâm gayrı kâfidir, bununla beraber akvam cemiyetinin üçüncü içtimaında ırk, din yahut dil cihetile ekalliyetlere mensup kimselerin vatandaşlarile dürüst surette teşriki mesai hususunda uhdelerine düşen vazifeler ehemmiyetle nazarı dikkate alınmıştır. Şüphe edilemezki bu gün vatandaşlar hakkında seyyan muamelede bulunmak, hepsini aynı surette himaye etmek devletlerin manevî vazifelerindendir. Ancak akvam cemiyetinin himayesi altında himayei kanuniye prensibi muahedelerde bütün ahvalde tatbik edilmiş değildir. Ümit olunurki bu pirensibin kabulile akvam cemiyetinin tekeffülü altına alınması ekalliyetler hesabına vukubulmakta olan ve şimdiye kadar bunca karışıklıklara sebebiyet vermiş olan müdahalelere nihayet verecektir. [2]

Bir devletin mesuliyeti. müstakil bir cemaatın işgal etmiş olduğu kıt'a dahilinde iradesini infaz etmekteki kuvvet bizzarure bazı mukabil mesuliyetlerle tevemdir. Bir devlet yalnız kendisinin kanuna riayet etmesile iktifa etmemeli, memleketi dahilinde ğayrı kanunî ef'al vukua gelmemesi için de daima müteyakkız bulunmalı ve makul tetbirler ittihaz

---

[1] ekalliyetlere ait ahkâmın cümlesi meclis kararı mucibince akvam cemiyetinin tekeffülü altına konulmuştur.

[2] bütün bu mesele hakkında şu vesaika müracaat : İ. L. Evans, ekalliyetlerin himayesi Britanya hukuku düvel salnamesi, 1923 — 4; H. Roting, ekalliyetlerin milletler cemiyeti terafından himayesi. Amerika hukuku düvel mecmuası (1923) , XVII , 641.

etmelidir. Ecnebi milletler bir memleket dahilinde vukubulan hadiseleri devletin siyaset ve muvafakatile vaki olmuş eddetmek hakkını haizdrler; çünkü, aksi sabit olmadıkça, kontrola gayrı tabi bir devlette bütün vukuatın bizzat devlet tarafından izhar ve ika edilmiş yahut onun misaadesile vukubulmuş olduğu zan ve kubul olunur. İşte, hususî efrad tarafından diğer devletler hukukuna dokunacak ef'al vukua getirilmesi ihtimaline karşı, makul bir dairede idare kanunlarında ahkâm vaz'ı ve bu ahkâmın icra ve tatbikinde, yine makul bir dairede, itina ve şiddet ibrazı lüzumu bundan münbaistir.

İstiklâl hakkından doğan diğer bir vazife de başkaların istiklâline hürmet vazifesidir. Yukarda söylendiği gibi, harici ve dahilî icraatında kanun dairesinde tamamen serbesttir. Binaenaleyh ona müdahale haksızdır, meğerki diğerlerinin istiklâline hürmet vazifesinden akdem bazı hukuk yahut vezaif sevkile müdahale lüzumu sabit olsun.

Böyle bir hak bulunduğuna şüphe edilemez. Nizam ve intizam içinde yaşayan bir cemaatın efradı bile böyle bir hakkı haizdir; devletler bütün ahvalde kendilerini muhafaza hakkını haizdirler. Bir devletin selameti ister başka bir memleket dahilinde cereyan eden vukuatla, isterorada hazırlanan bir tecavüzle vahim ve seri bir surette tehdit altına girince, ve o memleketin hükümeti bunların önünü alamayınca yahut alamayacağını bildirince, ve lâzım gelen tedbirlere tevssül olunmadığı takdirde bu mahiyette ahval zuhuru sureti kat'iyede malûm olunca, bu şeraite muhafazayı nefis hakkını zaten hakikatte hükümsüz kalmış olan serbestii icraata hürmet vazifesine akdem addettirir; ve bu halde tehlikeye mazhar olan memleket, elinden gelse, beynelmilel vazifelerini icraya talibı itibar olur. Bu suretle akdemiyeti haiz başka bir hak yahut vazife varmıdır? bir devlet beynelmilel vazifelerini ifaya çalıştıkça yahut çalışmakta olduğunu bildirdikçe onun hakkı istiklâline akdem başka bir hak yahut vazife olup olmadığı sualine verilecek cevap çok şüphelidir, bilhassa şurası nazarı dikkate alınmalıdır ki böyle bir müdahalenin vukuunu haklı hallere hasredecek hiç bir türlü teminat olmadığı gibi müdahalenin maksadı zahiriye hasredileceğini temin edebilecek hiç bir vasıta da yoktur. Bu bahse daha sonra tekrar temas edilecektir.

Bir devet cidden mühim bir hususta hukuku düvele karşı sarahaten tecavüzde bulunduğu takdirde bu kanunsuzluğun vukuunu menetmek yahut muhtiyi cezalandırmak her hangi bir develetin salâhiyeti dahilindedir. Serbestii hareket ancak hukuku düvel dairesinde mevcuttur. Serbestii hareket hakkı buna karşı koyan devletleri himaye edemez; şu kadarki böyle devletler hareketlerinin müstelzim olacağı tedbirden fazla şiddet ve müdahalelere tabi tutulmamalıdır; kanuna karşı hareketlere karşı yalnız bir nümayiş kâfi gelebilir, ve böyle hallerde nümayişten fazla bir harekette bulunmak istiklâl hakkına tecavüz etmek demektir. Vayziyetin müstelzim olacağı hareket her ne mahiyette olursa olsun, her hangi bir devlet buna teşebbüs edebilir. Hukuku düvel teşkilâtlı ve muayyen bir otoritenin müzaheretine malik olmadığından, zabıta işi akvam cemiyetinin bu hususta kuvvetini kâfi gören her hangi bir uzvu tarafından deruhte edilebilir. Bu işi ifa edip etmemek bittabi milletlerin kendi bilecekleri bir şeydir. Kanunşiken bir devletle harbin mucip olacağı tehlike ve fedakârlıklar, kanunun intikamını almak için icabeden icraata tevessül edildiği sırada başka devletlere karşı nahoş vaziyetler ihdası ihtimalleri, ve hatta yapılacak nümayişten dolayı bilahara zuhuru melhuz tehlikeler mevzuubahs vaziyetlerde vazifelerini ifa etmeyen devletleri tebriye ettirecek şeylerdir. (Böyle bir zabıta işinin misali 1900 de Pekinde sefaretleri kurtarmak için devletlerin müştereken sevkiyatta bulundukları zaman vaki olmuştur; Çin hükümeti askerler yahut boksörler tarafından sefaretlere karşı vukubulan hücum ve tecavüzlere imazıayn etmişti).

Devletlerin ahlakî mahiyetlerinden doğrudan doğruya tevellüt eden vazifelerin yalnız birisi, hüsnüniyet vazifesidirki kanunî bir kıymet iktisap etmiş addolunabilir. Mukavelelerin bağlayıcı kuvvetini tanıyan kanun hüsnüniyeti şartı esasî addetmiştir. Bundan başka, yukarda bahsolunan kanunî prensiplerle alakası olmadığı halde mahza zaruriyatı ictimaiyeden neş'et etmiş olduğu için kanunun hududu dahiline girebilen iki vazife daha varki münhasıran manevî mahiyette olan vezaifi saireden o haysiyetle ayrılmıştır.

Milletlerin, isterlerse, başka milletlerle tesisi münasebet etmek hakkını haiz oldukları, bir devletin bu münasebetlere müsaade etmekten

külliyen imtina etmekle esaslı ve kanunî bir mecburiyeti inkâr etmiş ve hukuku düvel menafiinden el çekmiş olacağı, tecridi nefseden bir devletin kanundan hariç bir millet mevkiine düşeceği, bir memleket dahilinde kara ve deniz yollarından zararsızça istifade hakkının başka devletlerden esirgenemiyeceği ve, nihayet, havayici zaruriye ticaretinin men edilmiyeceği ekseriya söylenmiştir [1]. Bu nazariye şüphesiz şu kayıtlarla mukayyettirki devletler kendi zararlarına vaki olan münasebatı men için lüzum görecekleri bütün tedabiri ihtiyatiyi ittihaz etmek salâhiyetini haizdirler [2] ve ecnebilerin ticareti ecnebiyeyi gerek kendi tebaalarının, gerek dostları olan diğer devletlerin menafiini siyaneten bazı müelliflerin iddialarına göre bir kanun daha varki istiklâl ve tasarrut haklarına mukaddemdir, ve tecavüze uğradığı takdirde harple teyidi vacibedendir. Böyle bir hak mevcut olsaydı gerek kanun gerek tarih sahalarında derin izler bırakması lâzımgelirdi. Kanun sahasında, kara sularının ticareti bahriyeye ve nehirlerin aynı nehirler üzerinde hem hudud olan devletlere açıklığı müstesna olarak, hiç bir teamülün öyle bir

[1] Hefter, 26 ıncı ve 33 üncü fıkralar; Gerotius, De Jore belliaç pacis, kitap I, fasıl II XIII; Bluntschli, S. 26. Bu nazariye hiç olmazsa eskidir. Franciscus'a Victora (1480-1546) (Relectiones Theologie, Relcet. V Sect. III, 2) unvanlı eserinde İspanyalıların hindistana gidip orada yaşamağa hakları olduğu; çünkü bidayeti hilkattenberi herkesin istediği memlekete gidebildiği, ve yabancı bir memlekete girmeyi men etmenin harpten pek uzak olmayan şiddetli bir tedbir teşkil edeceği yolunda beyanı mütalâa etmiştir. (muvasale yolları ve transit hakkında 1923 teşrinisanisinde Cenevede toplanan ikinci umumî konferansta bir itilafname ile bir statü tanzim edilmişti; mumzi devletler yekdiğerine mensup gemiler hakkında muamelei mütesaviyede bulunmayı ve serbestii duhullerini hiç bir suretle işkâl etmemeyi taahhüt eylemişlerdi. İtilafname 14 devlet tarafından imza edilmişti (metni için cemiyeti akvam resmî curnalı, 1924, kısım II).

[2] Bir çek devletlerde yabancı serserilerin, sefil kimselerin, mücrimlerin ve memlekette bulunması arzu edilmiyen diğer şahısların memlekete girmelerini men ve bunları memleketten ihraç için az, çok şiddetli ahkâmı muhtevi kanunlar tatbik edilmektedir. Muhtelif devletlerin bu bahis hakkındaki kanunlarının hulâsası için müracaat: Miscell. Parliament papers, No. 1887. (kezalik müracaat Musgrove V. Chun Tecongloy L. R (1891) C., A. 272; mezkûr vesikada meclisi hasın adliye encümeni şayan arzu olmayan yabancıların Britanya arazisine girmek hususunda hiç bir hakki kanunî davasında bulunamayacaklarına karar vermiştir. Yabancıların duhul ve ihraçları hakkındaki İngiliz kanunu için şu vesaika müracaat: (5 Ed. VII. C.XIII, 4, 5 Go. V, C 12 , 9, 10 Go. V, C. 92).

kanuna müstenid olduğu iddia edilemez. Bu hallerin birincisinde hak hiç bir zarar ve mahzuru mucip olmayan ticareti bahriye teşebbüslerine münhasırdır, aksi takdirde bu hak derhal mürtefi olur; ikinci halde de, aşağıda görüleceği gibi mutlak bir mahiyet mevcut değildir. Tarih sahasına gelince buradaki delillerin kabiliyeti teyidiyesi daha azdır ve devletler. vaktile, ordularının başka memleketlerden zararsızca geçmsi için bir hak daiyesinde bulunmuşlardı. İstiklâl haklarını idareden pek uzak olan bu cihet çoktanberi hem o haklara. hem onlar üzerine müesses olan bitaraflık vazifelerine tabi addolunmuştur. Diğer istikametlerde ise bu hakkın faaliyetine delalet edecek hiç bir iz yoktur. Vakıa. her memleketin ticarete olan alakası tamamen tecerrüdün saik olabileceği bir takım meselelerin zuhuruna mani olmuş olabilirsede, kanunun bir hüküm ve kaidesi şekline konulmuş ve şumulü o kadar genişletilmiş bir hakkın ecnebi devletlere karşı hasmane kullanılmasına tarihte bir çok ehemmiyetli misaller görülmesi lâzımgelirdi. Kezalik devletlerin ecnebi bir memlekete firar eden cinayet müttehemlerinin muhakeme ve fiilin sübutu halinde tecziye olunmak üzere teslim edilmelerini istemek hakkına malik oldukları iddia ediliyor. Bu hususta müelliflerin fikirleri çok ayrılmış olmakla beraber, hemen hepsinde mevzuubahs hakkın mevcudiyeti aleyhinde aşikâr bir meyil görülür; elde bulunan delillerde aynı şeyi teyid ediyor. Bazan deniliyorki cinayetler, yahut hiç olmazsa en vahim cinayetler. yalnız hususî bir cemiyetin vermek istediği bir emre mugayeretten ibaret değildir; cinayetler içtimaî hayatın temellerini yıkar, bütün beşeriyete karşı bir tecüvüzdür. ve binaenaleyh bütün insanlar cinayetleri meneçalışmalıdır. Ve ekseriya deniliyorki bütün milletler cinayetlerin menide müştereken menfaatdardırlar; bir caninin kendi memleketi hududundan çıkmakla beraber muafiyete mazhar olması cinayetleri teşvik eder. Ve karşılıklı olmak üzere devletler komşuları tarafından vuku bulacak talep üzerine canileri teslim etmelidirler. Son fikirler doğrudur ancak bunları iadei mücrimin vasıtasile birleştirmek güçtür. Başka bir kimsenin menfaatı için bir fiilde bulunmak mecburiyeti ıslahatın, ıslahatı yapanlara faydalı olacağı kaziyesine iptina ettirilemez. Diğer taraftan ilk delil pek uzaklara gidebilir; ona nazaran hukuku düvelin hayatı ictimaiye esaslarına vahim surette dokunan herşeyin men'i için insanların

müştereken çalışmalarını emretmesi lâzımgelecek; halbuki hukuku dıvelin bu mahiyette hiç bir emir ve hükmü olmadığı meydandadır; ve bir hakikattirki, devletler mücrimlerin iadesini vazife addetmekten dama uzak kalmışlardır. Arada mukavele olmadıkça, mücrimler ancak cemileten teslim olunurdu. Son vakitlerde, yolculukta tahakkuk eden kolaylıklardan dulayı cenilerin cinayetleri sahnesinden kaçmaları için dıha ziyade kolaylaşmış olduğundan müçrimlerin iadesi için ehemmiyet hasıl etmiştir. Muayyen cürümlerde ve muayyen şartlar dahilinde mücrimlerin iadesi için milletler arasında hususî itilaflar akdolunmaya başlamışır. Hukuku düvel kavaidi mevzuasında iadei mücrimin vazifesinin yeri yoktur; Başka tabirlerle hukuku düvele verilen mahiyetle, iadei mücrinin vazifesi zamanımızda mevcut olamaz [1] mücrimlerin teslimi yalnız akılane bir hareket olmakla kalmaz, bu lâzımdır da; fakat mecburiyet cihetı yalnız Bluntchli tarafından beyan olunan şerait dairesinde kabul edilebilir.

10 Kânunusani 1920 de sabık imparator ikıncı vilhelmin versay muahedesinin 227 inci maddesi mucibince ve beynelmilel ahlaka ve masuniyeti muahedata karşı büyük bir tecavüzde bulunmak töhmetile teslini hakkında Hollanda nezdinde vukubulan teşebbüslerinde müttefik devletler muvaffak olamamışlardı. Bu müracaat Hollanda hükûmeti tarafından verilen cevapta sabık imparatora atfolunan tecavüzlerin siyasi mahiyette oldukları ve Hollanda ile münakit muahedelerin hic birinte bu mahiyetteki fiillerin iadei mücrimin listesine dahil bulunmadığı blrilmiştir. Mezkûr hükûmet kendi kanunlarının ve milli ananelerinin kendisine tahmil ettiği vazifeden başka bir vazife tanımamıştır. İmparator teslim edilmiş olsaydı, salifülbeyan muahede mucibince muhakemesini icap ettiren tecavüzler ceza kanununa yahut harp kanunlarına olan tecavüzler değil, ahlaka ve hüsnüniyete karşı olan tecavüzlerden olacakı.

---

[1] Leh ve aleyhte bulunan müellıflerin mütalâalarını görmek için şu eserlere müracaat: Foylix' hukuku hususiyei düvel, II bap II, fasıl IV, Von Bar Das Internaionale privatund Strafrechat hukuku hususiyei düvel ve hukuku cezaiyei düvel § 148 miteahhar müellifler arasında sir R. Fhilimore (I. §ccclXIV) , woolsey (§77). Bluntschli (§ 395). Trattato Fıore (§ 611 Di Diritto internationale poblico. oppenheim (I § 32) iadei mücriminin kanunen mecburiyetini inkâr ediyor.

(Amerika hukuku düvel jurnalı, XIV (1920). (91). Bluntschli derki ferd yalnız kendisinin faaliyeti sahasında doğru addolunan bir şey yaparda başka kimselerin kendi faaliyetleri sahasında doğru addolunan bir şeyi ihmal ederse nidayi ahlakı tamamen tatmin etmiş olmaz; Bu suretle bir hükûmette yalnız kendi kanunlarına göre hareket eder de başka devletlere muhtaç oldukları yardımı esirgeyecek olursa vazifesini o kadar az ifa etmiş sayılır.

Nezaket vazifeleri[1]: Münasebatı düveliye şekillerini tanzim eden merasim kaideleri bir çok müellifler tarafından hukuku düvele dahil addedilmiştir. Bu müelliflere nazaran devletlerin şeref duyguları ve şahsi haysiyetleri bu duyguların başka devletler tarafından da tanınmasını icap etmekle kalmayıp tanınmanın zahiri nümayişlerle gösterilmesini talep etmeyi de kanunî bir hak addettirir. İngiliz zihniyetine göre, nezaketin ve onun ifadesinden başka şey olmayan etikete riayetin kanunî bir vazife derecesine yükselmesi kolay anlaşılır şeylerden değildir. bu hususta nihayet öylenebilecek şey merasim kaidelerine karşı beynelmilel mahiyette vukubulacak riayetsizliğini tecavüz mahiyetinde bir fiil teşkil edeceğinden, ve mütecavizane bir fiilin dost milletler arasındaki münasebetlerle kabili telif olmayacagından ibarettir. Fakat bu riayetsizlik cebren tarziye talebini haklı kılamıyacağı gibi daha ileri giden tedbirlerin ittihazına da hiç mazur gösteremez; bu hususta tarziye vermekten imtina halinde yapılacak şey nezaketsziğe karşı nezaketsizlikle mukabeleden, yahut dostane münasebetlerini tahditten ibarettir.

---

[1] Beyneddüvel mahiyetteki merasim kaideleri şu hususata aittir ;

1 — Hükümdarların yekdiğerile doğrudan doğruya olan münasebetleri;

2 — Diplomasi muhaberatı :

3 — Resmi zevatın yekdigerile münasebetleri ;

4 — Bahri merasim .

Bunlar hakkında mufassal malûmat için şu eserlere müracaat :

Haffter (194 — 7 inci fıkralar) , Calvo (296-345 inci fıkralar) Klüber (Avrupanın yeni hukuku düveli, 89- 122 inci fıkralâr) , ve Sir Ernest satow (diplomasi muamelatına rehber, 22 - 88 inci fıkralar) .

No: 35

Hava ve Deniz Hukuklarının seyrine bir nazar

Mazhar Nedim göknil
Ankara Hukuk Fakültesi Profesörlerinden

Hep asrimizi yaşıyoruz. Havacılığın zamanımızda vardığı tarakki merhalelerini uzun uzun anlatacak değilim. Havacılığın inkişafında başlıca âmillerden biri olduğuna şüphe olmayan askerî tayyareciliği de bir tarafa bırakıyorum. Fakat Avrupa ve Amerika gibi kıt'aların belli başlı merkezlerni birbirine bağlayan muntazam hatlardan, = Atlantik aşırı seferlerin yüzüncüsünü belki ikmal etmiş bulunan Zeppelinlerden Hindistan, Aksayışark, kap ve sahrayıkebir ve son günlerde (Avrupa ile Amerika arasında = Deniz aşırı yolu dahi bir sipor ve rekor mevzuu olmaktan çıkarmak zamın ve imkânı hasıl olduğu için) tesisinden bahsolunan Avrupa - Amerika arası hava postalarından, hülâsa askerî havacılığın yanında ve lâakal onın kadar baş döndürücü bir hızla inkişaf eden sivil havacılığın fütuhat ve faaliyetlerinden haberdar olmayan kimse kalmadı.

Akıl ve cesaretlerile cazibe kanunlarını yenüp havaları teshir eden insanlar sayesinbe Uçaklar git gide insan eline ve iradesine mutî aletlar hıline aldı. Tam emniyeti temin ettik diyemeyiz. Amma başka hangi mekanik vasıtada bunu tam ve mutlak şekilde temin ettiğimizi iddia edebiliriz ?

Tayyerenin havalanması ve karaya inmesi el'an nazik bir ameliyedir. Makinelerde arızaların büsbütün önüne geçilemez. Fazla olarak otomobilde çok defa bir teahhur sebebi teşkil etmekle kalan motor (pan) nı — yahıt kanatların kopması gibi tabii mania ve muhataralar hava vasıtalarını da gözetleyen ezeli düşmanlardır. Tayyareler havada birbirlerile çarpışabilir. Düşen Tayyare düşmesile içindeki can ve malların ziyanına sebep olabilir, düştüğü yeri yakup yıkabilir, oradaki insanları sakatlayabilir. İşte Hukuk

âlemi için bir yığın yeni (kusur) ve (tazmin) mevzuu... mekanik ile onun doğurduğu baş döndürücü sür'atin tehlikelerini fabrikada, Gemide, Tirende ve Otomobilde hesaba katmayarak asrinin evlâdı olmak zevk ve gururunu yaşayan yirminci asır insanı Tayyare ve Balondan yılmağı aklına bile getirmiyor. Tayyarelerin adetleri ve sür'atleri her gün arttığı gibi bu vasıtayı tercih edenlerin de adetleri artıyor. Yolcu, eşya ve posta nakliyatının, sipor ve fen uçuşlarının hacmi akıllara hayret verecek derecede büyüyor. Bunlar artınca Tayyare İstasyonlarının havacılık mesleklerinin kafa ve kol işçileri bittabi mütemadiyen çoğalıyor. Amma bu suretle de karşımıza yep yeni mahiyette bir takım nakil, avarya, sigorta ve hizmet akdi münasebetleri çıkıyor.

Mamelik mefhumu içine giren bu yeni unsurun temliki, terhini veya başka aynı haklarla takyidi haczi ve zilyedliği gibi mes'elelerle beraber uçak sahiplerinin ve işleticilerinin nevi ve derecei mes'uliyetleri işini halletmek lâzım...

Bundan başka Tayyare millî hıdutları da komşu kapısı haline getirdi. Bir merhalede bir çok hudutları birden aşan Tayyarenin bu sür'at faaliyetile ne kadar kanun ihtilâflarına sebep olabileceği kolayca tasavvur olunabilir.

Hukuku hususiyeyi alâkalandıran bu mevzular havacılıkla doğan hukukî münasebetlerin ancak bir kısmını teşkil ediyor. Onun yanı başında: havaların serbestisi, altındaki devlerin hâkimiyetleri, gök yüzünün «kamusal alanlığı», hava zabitesinin tarifi gibi nazarî mes'elelerden başka, amelî olup hava seyri seferlerine taallûk eden havalanma, kara ve denize inme. hava yolları ve havada seyri seferin tanzimi, Gümrük, Posta, umumi ve hususî hava istasyonları, fenerler ve işaretler, meteoroloji, hava limanlarına giriş ve çıkış, hava nakil vasıtalarının ve havacılarının gerek can ve mallarının selâmeti ve gerekse milletin müdafaası namına muayene, mürakabe ve himayesi, hava ve havacılık suçlarının tecziyesi gibi *Âmme hukukuna* giren nice mevzular var.

Bu münasebetleri tanzim eden kavaidin bütününe (Hava hukuku) deniyor. Tâbir doğrumudur ? . . . olmadığını iddia edenler var. Almanyada nasıl (Deniz Hukukuna — seerecht ve denizde seyrisefer hukuku olan «Deniz Ticareti Hukukuna da — Schiffartrecht) deniyorsa, (Hava Hukuku-

na) da - Luftrecht) ve havada seyrisefer hukuku olacak (Hava Ticaret hukukuna da Luftfahrtrecht) deniyor. Fransızlar birincisine (Diroit Aerien) ve ikincisine (Droit Aéronotique) demek lâzım olduğunu kabul ediyorlar. Hakikaten alel'umum (Hava Hukuku)deyince içine yalnız Tayyare, Zeplin, Helikopter, Planör gibi vasıtaların seyri seferinden doğan hukukî münasebetlerden başka: telsiz, telgraf, telsiz telefon, Radyofoni, Televizyon ve Telemakanik de girebilecektir. O zaman (Droit Aéronotique) mukabili olarak (Uçak Hukuku) demek daha doğru olacaktır. Amma ne dersek diyelim tatbikat ve hayatı hakikiye sade Uçak Hukuku kaidelerini de aynı isim altında yani (Droit Aerien) diye anmakta ve bu tâbir artık münakaşa edilemeyecek derecede kökleşmiş bulunmaktadır.

*
* *

Görülüyorki Radyofoniyi, Telemakaniki ve saireyi bir tarafa bıraksak dahi Hava Hukuku, öz *iştigal mevzuu* itibarile en geniş ve zengin hukuk şubelerinden biri olmağa namzeddir. *Kaynakları* için henüz aynı şeyi söylemek belki mübalâgalı olur: fakat çok geçmeden onun da bir çok hukuk şubelerini geride bırakacağını iddia etmek için bu hukukun otuz seneye ancak sığan seyrine bir defa bakmak yeter. Artık karşımızda (belkide bir çok dinleyicilerin malûmu olan) Millî hava Code ve kanunları, sayısız havacılık nizamname ve talimatnameleri var. Şimdiden oldukca etraflı bir «Jurisprüdans» ve her gün zenginleşen bir «Doktrin» var. Bu günden beynelmilel konğra ve konfransların mesaisini tetviç eden beynelmilel mukaveleler ve bunların belirttiği kısmen beynelmilelleşmiş bir hava hukuku var.

Dinleyicilerimin sabırlarını tüketmeden bitirmek istediğim bu konferansda, mevzuu bütün teferruatile önlerine serip bir bir tetkik etmek varil olmaz. Bu iş artık bu gün Üniversitelerde başlı başına bir kürsü şekli ediyor ve teşrihi bütün bir ders senesini dolduruyor.

Maksadım hukuk severlere sadece bu yepyeni branşj hakkında yapılacak tetkikleri mümkün olduğu kadar kolaylaştıracak bir girizgâh hazırlamaktan ibarettir. Maksada varmak için Deniz Hukukunu başlıca mukayese

vasıtası olarak seçmekliğimin sebebi yalnız deniz ve hava hukuklarının iştigal ve tanzim ettikleri müessese ve münasebetlerin bazılarında şayanı dikkat bir benzerlik oluşundan ibaret değildir. Bir sebebi de, hava hukukuna müşabehet arzetmediği noktalarda bile Deniz hukukunun en elverişli ve en az yadırganacak bir mukayese zemini teşkil etmesi mümkün olduğu kanaatında bulunmaklığımdır.

Ufak bir mukayese ve bir kaç misal düşüncemi daha vuzuhla aydınlatacaktır:

1 — Bilfarz Deniz Ticareti Hukukunun en önemli şahsiyetlerinden biri şüphe yokki Kaptandır. Herkes Kaptan olamaz. Kaptan olabilmek âmme Hukukile muayyen şartlara cevap verebilmekle olur. Her memlekette bu şartlar aşağı yukarı aynıdır: kendisinden medenî ehliyetten başka, teknik bilgi ve bunu haiz olduğunu gösteren şahadetname aranır, derecesi idare edilecek Geminin ehemmiyetine göre değişir. Şahsî mes'uliyeti bilhassa iyi bir Kaptandan beklenen özeni göstermemesi halinde mevzubahas olur.

Hava Hukukunda vaziyet aynıdır. Uçaklar daha küçük iken, Pilot ve ibazen de bir makineci yetiyordu. Bu gün Büyük Uçaklara'da [Komandan] adını alan bir nevi kaptan mecburîdir. Ondan aranan teknik bilgiler ve şahadetnameler denizdeki gibi derecesine göre değişir. Yine denizde olduğu gibi Komandan hava şubesindeki tayfa ve yolcudan mürekkep cemaatin Kostaki Vayani hocanın tâbirile (zabiti muvakkatidir) Yani doğum, ölüm ve terekenin tesbitile zabıta ve saire vazifelerinde nev'ama mensup olduğu devleti temsil eder ..... Teknik otoritesi ve mes'uliyetleri hep deniz kaptanınkine benzer.

Fakat denizde kaptanın haiz olduğu disipliner otoriteden başka bir takım hukukî tasarruflara girişmek ehliyeti de vardır. Yani elinde vekâletname olmasa bile yolculuğu bitirmek için lâzım olan tamir, mübayaa, isticar, tahmil, tahliye, tahlisiye gibi ameliyelere girişmek, icabında Gemiyi ve hatta yükü karşılık göstererek istikraz etmek hakkını kanunen haizdir.

Hava hukuku, Uçak komandanına bu kadar salâhiyet vermek lüzumunu duymamıştır. Çünki denizdeki gibi günlerce haftalarca, bazen aylarca imtidat edebilecek bir sefer havacılıkda mevzuubahis değildir. Bir buçuk

iki saat zarfında buradan İstanbula giden Uçağın vaziyetini bir gündeb biten Berlin İstanbul yolculuğunu biran düşünürsek bunu heman kavrayabiliriz.

Zaten Deniz Hukukunda bile zamanımızın ileri prensipleri Gemilerin sür'ati çoğalıp, telli telsiz muhabere vesaiti tarakki ettikce denizde kaptanlara tanınan fevkalâde salâhiyetleri gitgide bertaraf etmektedirler.

*
* *

2 — Deniz hukukunda gemi aslen menkuldür. Bu bakımdan ticaret hukukunun sarih bir perensiple tearuz etmeyen noktalarda alelâde menkul muamelesine tâbi tutabilir. Fakat *Ticaret Hukukunda* Geminin çok hususi ve istisnai bir vaziyeti vardır:

a) Menkullerde Zilyedlik tasarrufa muadildir kaidesi cari olup hakk takip kabul olunmazken Gemi üzerinde alacaklıların (hak takibi) tanınmıştır

b) Gemilerin haczi ve paraya çevirilmesi gayri menkullere dair olan hükümlere göre cereyan eder.

c) Geminin temliki bir çok memleketlerde senedi resmi ile ve Limanı Reisi huzurunda yapılır. Daha liberal yerlerde tarafeyn yani (temlik eden) le (iktisap eden) in münasebetleri mevzuubahis oldukça *teslim* kâfidir. Hatta bizim hukukta olduğu gibi taraflar bunu bile hazfedebilirler. Yalınız intikali mülkiyetin üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edebilmesi için akdin Gemi sicilline tescili şarttır.

Hava hukukunda belli başlı milletlerin hukuklarına göre Uçak da aslen menkuldür. ve Ticaret Hukukunun haricinde menkul muamelesi görmesine mani yoktur. Fakat Hava Ticareti Hukukunda uçak da hakkı takibe mevzu olur, onun da haczi ve temliki tıpkı bir az evvel anlattığım deniz kaidelerine göre ceryan eder. Filvaki (Hava Sicil) leri her yerde tesis olunmuş ve Lioyd ve Feritas gibi tasnif müesseseleri, Uçak alım satımlarında da gemi işlerinde ihraz ettikleri mevki — hatta ziyadesile — almışlardır.

*
* *

3 — Hava hukukunda Uçaklar üzerinde rehin tesis olunabilir. Fakak Uçaklar menkul olmakla beraber diğer menkuller gibi " teslimi meşrut " şekilde terhin edilmezler. Zira alacaklı Uçağı nasıl muhafaza edeceğini bilemez... üstüne külfet olur. Sonra Uçak sahibi ondan mahrum olursa ne işlenip nasıl borç ödeyebilecektir?.. onun için ilk gündenberi Uçakların terhinini gayri menkullere kıyasen tanzim etmek zarureti hasıl olmuştur. Yani uçaklar esasen bir sicilli mahsusa kaydedilmek suretile nev'ama gayri menkulleştirilmiş olduklarından rehin kayıdını bu sicille geçirmek rehnin tesisine kifayet etmekte ve bu suretle «merhun», Uçak sahibinin elinde kalabilmektedir. Rehin hakkı alacaklıya *hakkı takip* ve *hakkı rüchan* bahşeder. Fakat kanunen hakkı imtiyaz sahibi olanların alacakları bu «mukaveleli ipotek» alacağından üstündür.

Deniz Hukukunda vaziyet tammaen aynıdır. Merak edip tetkike vakit ve fırsat bulabileceklere Deniz Ticareti Kanunumuzun 1447 inciden 1458 inciye kadar olan maddelerile, resmî Gazetenin 1806 ıncı sayısında çıkan (Türk Gemilerinin tescili hakkında) ki nizamnameyi okuyup, bunları Hava Hukukuna dair yeni çıkn eserlerden birile, ezcümle Marcel Le Goff'ın 900 küsur sahifelik hava hukuku eserindeki malûmat ile karşılaştırmalarını tavsiye ederim.

*
* *

Şimdi tetkikimizin esasına girişebiliriz. Her şeyden evvel Hava hukukunun hukuk âleminde mevkiini ve karekterini tayine çalışalım.

Deniz Hukukunu âmme ve hususiye ayrılığının netayicine tâbi kılmak asırlarca eslâfın aklına gelmedi. Bunu, Roma hukukundan bahseden Danjon'nın dediği gibi, ataların hukukda bölümler yapmağa bizler kadar ehemmiyet vermemiş olmasına atfetmekden ziyade münasebetlerin doğum halindeki iptidai inkişaf seyirlerinde bölüme ne imkân ne de zaruret bulunuşuna atfetmak doğru olur. Daha sonraları girişilen tasniflerde her zaman muvaffak olmuş değildir. Çünki her sahada doğan münasebetlerin nevindeki memzuç karekteri kaldırmak zordur. Bilfarz Ripert'in işaret ettiği gibi Deniz Ticareti Hukuku dediğimiz şubenin içinde temlik, terhin, haciz ve ilâh... gibi mevzular dururken onun sade Ticaret Hukukunun bir *şubesi* telâkki

edilmesine bu günde imkân varmıdır? Bir çok deniz ticareti kanunlarının halen Âmme Hukuku mevzularile iştigal etmekte olmasını bir tasadüfe atfetmek kabilmidir?

Her ne ise ... hava hukukunun menşeinde aynı hal göze çarpar. İnsanlar havacılığın doğurduğu münasebetler karşısında hemen *yeni bir hukuk* Şubesi *ihdasına koyulmadılar.* İptida bu münasebetlerin bir çoğunu *cari umumi hükümler dairesinde* tanzim eittler. İmkân kalmadığı zaman *hava* hukuku müdevvenatı *başladı.* Fakat tıpkı deniz kaidelerinin *menşeinde* olduğu gibi ilk mevzuat içinde hukuku âmme ve hususiye kaideleri *memzuç* bir haldedir.

İşte 31/5/924 tarihli Fıransız Hava kanunu, işte 1920 tarihli ve The Air Navigation acti adlî İngiliz hava kanunu ve ona müstenid kararnameler, işte 1922 tarihli Luftverkchergesetz) adlî Alman hava kanununu — Misalleri taaddüt ettirmek güç değildir. Demek oluyorki her şeyden evvel yeni doğan hava hukukunun iştigal mevzuunu havada Ticaret ve seyri seferden doğan *hukuku hususiye* münasebetlerinden ibaret farzetmek *yanlış* bir yol tutmak demek olur.

*
* *

Yeni hukuk yurulurken Polunya Kaftal'ın dileği veçhile «yepyeni ve mazi ile bütün alâkalarını kesmiş bir Hukuk şubesi» yaratılmadı. Ripert ve daha bir çok üstatlar yaşayan hukukun ve hele Deniz Ticareti Hukukunun orijinal ve hava münasebetlerine çok yerde uygun kaidelerini kıymetli bir ilham kaynağı olarak gösteriyorlardı.. onlar dinlendi. O suretteki, deniz hukukunu millî kanunlar çerçevesi içinde tetkik ederken Hukukcunun orijinal eserden ziyade «adaptasyon» mesaisile karşılaşması kabildir. Eğer hava hukukunu muayyen bir mezhep ve mektebe bağlatamayacak kadar hususiyet arzeden bir eser aranırsa daha ziyade *beynelmilel sahaya* gitmelidir. Çünki milletler arası hava hukuku, kongra ve konfranslar tarafından *telif* edilen millî hukuk akidlerinin *mutavassıt formülleri* olmuş ve tevhidi temin uğrunda yerli hukuk akidelerile olan bağlar bazen gevşetilmiş, bazen de büsbütün çözülmüştür.

Bununla beraber Millî sahadaki [Adaptasyon] faaliyetinde de *muhafazakâr bir vasıf* aramak ve millî hava kanunlarını bu sebeble *hususiyetten âri* addetmek de *abes* olur. « İleri hukuk » âleminde haklı olarak mevkiini git gide alan ve yeni umumi hükümleri ilham eden [Devletcilik] prensipleri havacılığa tatbik edilirken azmı orijinaldır ? Hava Hukukuna çok yerde örnek ittihaz olunan Deniz Hukukunun prensipleri zaten cümlemin malûmu olduğu gibi - hukukun eşi benzeri az olan pek hususi ve bazan istisnai kaidelerinden ibaret değilmidir ?

Hava hukuku, Deniz hukuku gibi *tedrici tekâmül* kaidelerine tâbi olmağa vakit ve fırsat bulmadı. Deniz hukuku müdevven kanunlardan evvel asırlarca « gayri mektup » âdetler içinde yaşamıştı. Sonra yazılı âdetler devrini açan Rodos, Oleron, Konsolato ve Hans kaideleri ortaya çıktı. Alâkadarlar asırlarca kendi göbeklerini kendileri kesmişler, kanun vaziinden müstağni kalmışlardır.

Kanun devri neden sonra 1681 tarihli Fıransız [ordonnance de la Marine]'ni ile açıldı.

Hava hukukunda tekniğin terakkisi *birden* eserini verdi. Ve kanun vazıının yeni doğan faaliyet sahasında nizam ve intizamı temin etmesi tekevvün eden münasebetleri *hemen* yoluna koyması icap etti. Havacılıkta *Yazılı hukuk Tayyare* ve *Balonlarla* bundan dolayı hemen hemen *yaşıttır.* Hava hukukunun kanunlardan evvel doğmuş bir âdeti, bir an'anesi olmamasının sebebini de burada aramalıdır.

İki hukukun tekâmül seyirleri *mebdeinde* görülen bu ayrılık *gayelerinde* yoktur. Çünki her ikisi de tevhide, hatta *beynelmilelleşmeğe doğru* gidiyor. Denize bakalım: Deniz insanları birbirlerine yaklaştıran müşterek bir havuzdur. Denizcilik Beynelmilel ve kozmopolit mahiyeti itibarile muhtelif milliyetlerin içinde yurulduğu bir münasebet ve menfaat camiasıdır. Deniz Ticareti hukukuna zamanın değişmesine rağmen *ittirad* ve *insiyak* ve mekânın değişmesine rağmen *umumiyet* ve *külliyet* gibi belli başlı vasıflarını verdiren de denizciliğin bu vaziyetidir. Binaenaleyh Deniz hukuku daha âdetler devrinde iken bile *millî hudutlara sığmadı....* Zamanımızda büsbütün beynelmilelleşmek yolunu tutmuştur. Gayem daha çok hava hukukundan bahsetmek olmasa tevhide doğru atılmış adımlar meyanında meşhur birinci ve ikinci Brüksel mukarreratını, York anvers ve Stokholm

49

kaidelerini sayar ve teşrihlerine girişirdim. Fakat vâdim Deniz Ticaeti hukukunu, sade bir rehber ve mikyas olarak kullanmak olduğu için hemen « Hava Hukukunda tevhid » hareketine geçeceğim.

*
* *

Hava hukukunda *tevhid ihtiyacı bu hukukla birlikte doğdu.* Ripert anlatır: «Voltaire kendi zamanında Fransa eyaletlerindeki âdet hukuku o kadar değişiktirki menzillerde hayvan değıştiği kadar kanun değişir dive şikâyet edermiş. O zaman hiç olmazsa mahalli teamül hukuku yanınla zamanın beynelmilel yasası olan Roma hukuku yaşıyordu. Amma bu gin Tayyareci, her milletin sıkı surette millî kanununa sarıldığı Avrupamızı lir kaç saatde dolaşıyor; ya zepline ne demeli? Hangnrına avdet edinceye kadar dünyanın her türlü hukukile karşılaşmış bulunuyor». Demek ya Faus'ın tabirile yürüyen zamana - dur ! demeli, yahut uçağa cevelân sahası olarak *dünyayı topdan* terketmeli. Demek hudutlar Uçak için geçilmez minialar olmaktan çıkmalı ve - Devlerin kendi havalarında hakkı hâkimiyetleri masun ilân edilmekle beraber - bu ileri vasıtanın seyri lehine sınırlar şiddetlerini tadil etmeli.

Demek kısaca, hava hukuku için beynelmilelleşme ihtiyacı, denizdeki bir sade *inkişaf unsuru* olmaktan çıkıyor, bir *hayat* ve *mevcudiyet* meselesi halini alıyor.

Hava hukukunda tevhid hareketi en evvel âmme hukuku sahasındı, hem de hayretbahş bir sür'atle tahakkuk etti. 1919 konferansı mukarreratında toplanan ve...

« Havai seyri seferi tanzime matuf beynelmilel mukavelename» adile anılan yeni kaidelere, gerçi henüz 29 devlet iltihak etmiş bulunuyor; amma konfransa iştirak *edenler* ve *etmiyenler* cümleten millî kanun ve nizamlarını beynelmilel prensiplere göre *tadile giriştiler.* Hatta [Convention Ibero — Américaine] ile [Panaméricaine] bile 1919 mukavelesi mukarrerıtını tekrardan başka bir şey yapmadı.

*
* *

1919 konfransı büyük harbe nihayet veren Sulh Konfransının mahsulüdür. Konfransın bütün mevzuu üzerinde yayılmaksızın belli başlı prensiplerini gözden geçirmek faideden halî değildir. ilk önce halli lâzımı gelen mes'ele *hava alanının hukukî mahiyeti* oldu. Âmmeye veya eşhasa ait bir mülkün üzerindeki *hava* tabakası *serbestmidir*? yoksa hem şahsın mülkiyet hakkı ile hem devletin hâkimiyet hakkı ile mukayyedmidir?

Fransız kanunu medenisinin 552 inci maddesi:

(Toprak mülkiyeti toprağın altile üstünün de mülkiyetini tazammun eder) demişti. İlk devrelerde, Fransada bir çifci bu maddeyi ileri sürerek toprağı üzerinde Tayyare uçmasının men'ini Mahkemeden istedi. Alman medenî kanununun 905 inci maddesi Fransız kanununun gibi bir iddiaya imkân bahşetmiyordu. Buna rağmen 1911 de (Alman mülk sahipleri birliği) maddenin tadilile mülkler üstünden uçuşların men'i hakkını istedi. Bu gün bu gibi talepler karşısında *cemiyetci zihniyetile* yetişen bizler olsa olsa tebessüm ederiz. Zaten Mahkemeler daha beynelmilel mukavele hükümlerini beklemeden ekser yerlerde mülkiyet hakkını makul haddına irca etmiş bulunuyorlar. Çünki ya kanunlar, Türk medenî kanununun ikinci maddesinin ikinci fıkrası gibi, oldukça mütekâmil bir şekil almışlar yahutda alamadıkları yarde [Jürisprudence] ve [Doktrine] işi, «*hakkın sui istimali* nazariyesile halletmiştir. Hele Le Goff gibi müelliflere göre:» malike, hakkın sui istimalini karşı koymak bile onun hava üstünde bir hakkı olmasını tanımak demek olur; halbuki malikin yapı ve ağaçlarının varabileceği noktadan ilerisine hakkı taallûk etmez».

Devletin haya alanı üzerindeki *hâkimiyet hakkı* karşısında *hava alanının serbestisi* prensibine verilecek manaya gelince: bu mes'ele 1914 harbinden evvel ezcümle Alman kabili sevk balonlarının Belçika ve Hollanda toprakları üzerinde uçmaları münasebetile mevzuubahs olmuştu. Umumi harp esnasında İsviçre hükûmeti Alman topraklarını bombardumam etmek için İsviçre üstünden geçen Fransız Uçaklarını protesto etmişti. Doktrin münakaşalarında hava alanının da *Devlet mülkiyetinde* olduğu söylendi. Fakat galip içtihat haklı olarak tebarüz ettirdiği hava alanı üzerinde mülkiyet hakkından değil hukuku âmmede hukuku hususiyede bile bahseedilemez. Hava bir «şey» değildirki hakkı mülkiyetin «mevzuunu» teşkil edebilsin. Olsa olsa toprak üzerinde mülkiyet hakkile hava alanında seyri ssefer ser-

51

bestisinin *telif* sınırlarını çizmek gerekir. Devletin de hava üzerinde ıaiz olduğ hak *mülkiyet hakkı* değil bir *hâkimiyet hakkından* ibarettir. Zananımız âmme hukuku çokdan [Domaine public] 'in, yani [Kamusal Alan]-ın manasını tayin etmiştir.

Çok yayılmadan ve Nieyameyer'in, Fauchille'in, Von Liszt' in, Struz ve Meili' nin — Doktrini işgal eden — muhtelif teorileri üzerinde durnadan hülâsa edelimki 1919 konfransı sırasında ortada iki belli başlı prensip vardı:

1 — Fransa ve Almanyada ekseriyetle temayül olunan formül: (hava alanı serbesttir. Bu serbesti yalnız altdaki devletlerin emniyet ihtiyaçlaile mukayyeddir).

2 — İngilterede temayül olunan formül: (hava alanı üzerinde devlerin hakkı hâkimiyeti mutlakdır. Ancak Uçak seyri seferi için bazı müsaadeler tanınabilir).

1919 konfransı şu neticeye vardı:

(Madde 1 — Yüksek âkid taraflar, her devletin kendi ölkesi fevkndeki hava alanı üzerinde — mutlak ve kendilerine münhasır bir hak hâkimiyeti olduğunu kabul ederler.

İşbu mukavelenin anlamına göre bir devletin ölkesi ana vatan arazsi ile müstemlekelerini ve bu arazinin kara sularını ihtiva eder.

Madde 2 — Mukavele ile muayyen kuyuda riayet olunmak şartile âkd devletlerden her biri Sulh zamanı da diğeri akid devletlerin uçaklarına ölkesi üzerinde zarar vermeden geçmek serbestisini bahşeylemeği taahhüt eder).

Görülüyorki Beynelmilel mukavele *daha çok İngiliz tezinin* tesiri altında kalmıştır. Zaten tanınan hava alanı serbestide (sulh zamanında zarar vermeden geçmek) ile mukayyet olduğua göre *harp* zamanında mer'i olmayacatır.

Sulh zamanındaki seyri sefer serbestisinden istifade için riayet olunması icap eden şartlar mukavelenin 43 maddesini işgal eder. Bunların hey'eti mecmuasına (beynelmilel seyri seferi havai Cod)u demek doğru olur. Hava alanı serbestisinden istifade etmek istiyen uçak:

a) Memnu mıntakalara riayet edecek, görülünce işaret verecek, karadan verilen işaretlere göre yolunu tebdil edecek ve — burada hava hukukunun bir hususiyetile karşılaşıyoruz — karadan emrolunan rotayı takip edecek, inmesi lâzım yahut işaret edilmişse ancak muayyen mahallere ine bilecek.

b) Her uçağın bir *milliyeti* olacak, bu milliyet uçağın tâbi bulunduğu memleketin sicilline kayıd edilmek suretile ve *Gemilerin medenî hüviyetlerini iktisap etmeleri tarzında* iktisap olunacak. Çünkü orada da evvel emirde sahiplerinin milliyeti, Uçağın ismi ve markası ve alâmeti farıkası işleri halolunacak.

c) Her gemide mecburî evrakdan madut olan *muayene* ve *mesaha şahadetnamesi* gibi her Uçakda da: Uçağın tâbi bulunduğu devlet otoritelerinde istihsal olunmuş resmi bir *seyri sefer izinnamesi* olacak. Zira Gemi gibi, Uçakda gezen ca nve malların selâmetini temin lâzım. Bundan maada havacılıkda altdaki üçüncü şahısların kafalarına ikide bir bir ocağın inmemesi lâzım.

ç) Nasıl Gemi ehemmiyet ve tekniğine uygun mertebede Kaptan ve Gemi adamlarının kumandasında olmadıkça *yolculuğa hazır* addedilemezse ve sefere çıkmazsa, Uçak da hava nizamatile muayyen hava adamları kadrosunu hamil olmadıkça almadıkça sefere çıkamayacak.

d) Dniz hukukunda Gemi ile bir millî limandan diğerine insan ve eşya nakli işi *kabotaj* kanunu adile muruf kanunla bizde ve daha bir çok yerlerde milli bayrağa hasredilmiştir. Hava hukukuda hava alanında serbestiyi tanırken milli *hava kabotajı hakkına* riayet olunmasını şart koşar. Bu bakımdan hududlar aşırı uzun hava yollarının geçeceği sahaları kabul ve tayin hakkı dahi altdaki devletindir. Bununla beraber denizde olduğu gibi hava limanlarında da serbestce girip çıkma hakkı artık yerleşmiştir.

e) Eski denizci tabirile «tahlisiye» ve bu gün « kurtarma » denilen hallerde mukavele, tamamen deniz hukukuna atıf yaptığına göre kurtarılan bir uçak için « *kurtarma* » *ücreti* ve *dava hakkı* taallûk edecekdir.

f) Devletler, Gümrük, Posta, zabıta işleri için diledikleri anlaşmayı yapmakda serbest kalacaklar fakat her halde kaçakcılığın men ve takibine müteferri hükümleri havaya da tatbik edecekler.

53

Bu tadada devam etmek mümkün. Fakat bilmemki artık faidelimidir.?

*
* *

1919 mukavelesi yalnız *Hava Hukuku âmmesinin* tevhidini temin etmekle kalmadı. Bir taraftan da kısaca C I N A diye anılan (Commision Internationale de Navigation Aérienne = Hava Seyrü seferi Beynelmilel Komisyonu) gibi *daimî bir teşekkülü* de yaratmak suretile, hem hava âmme hukuku tekâmülünü tesri, hem de uçak münakalesini teshil etti. İlâve edeyimki CINA senelerden beri rolünü hakkile ifa etti. Bu gün hava âmme hukuku alanında yüksek bir *temerküz*, *tevhid* ve hatta *teşri ve tesir* merci rolünü oynamaktadır. Çünkü mukavele, kendisine merbut protokol ve er'î mukavelâtı resmen tadil hakkını da tanımıştır.

Dinleyicilerim isterlerse bir azda :

Hava Ticareti hususî Hukuku sahasına geçelim. Hava Âmme Hukunun tevhidi daha nazik bir iş olan Husui Hava Hukukunun tevhidi işini hazırladı ve kolaylaştırdı. Fakkat profesör Ambrosini nin dediği gibi: (hukıku hususiye, âmme hukuku gibi ibdaa [improvisation] na musait olmadığından aşılacak mesafenin uzun ve yorucu olması tabii idi). Unutmamalki, Hukuku hususiye sahasında hâkim olan *an'ane pereslik* âmme hukukundakinden *daha sıkı* ve *derindir*. Bununla beraber tevhid hareketi tezbaşladı.

The Il=/ Law Association — gibi muhtelif hususî teşekküllerin def'atlaizhar ettikleri temenniler üzrine *ilk* resmi *konferans* 1925 de *Parisde* toplanarak zamanımızda halâ hukuku hususiye tevhidinin başlıca faal ve *damî teşekkülü* olan «Hava Hukuku Mutahassısları Beynelmilel teknik Komteşi»-ni seçdi işte:

I— *Hava nakliyesinin mes'uliyetine* dair olan kavaidin tevhidi yolındaki 1929 tarihli Varşova konfransı,

II— ve Uçakların sathı arzdaki *üçüncü şahıslara karşı mes'uliyeti* ile uçakların ihtiyaten haczine dair olan kavaidin tevhidi yolundaki 1930/33 Roma konfransları bu teşekkülün mahsulü himmetidir.

*
* *

Hava nakil mukavelesi ile Teyyarelerin haksız fiilleri muvacehesinde belli başlı *milli kanunların perensiplerini* ayrı ayrı tetkik edip tebarüz ettirmeğe vaktın müsait olacağını zan etmiyorum. Onun için bu meyzuu başka bir zamana bırakarak, şimdilik, *tâbi oldukları beynelmilel hukuk prensiplerini* kısaca gözden geçirmekle iktifa etmek mecburiyetündeyim. Zaten bu suretle millî kanunlarda mündemiç belli başlı prensiplerim mahiyetleri hakkında da oldukça mücmel bir fikir vermiş olacağım. Evvelâ *Varşova mukavelesini* ele alalım:

Her şeyden evvel anlatayımki Varşova kaideleri yalnız *hudut aşırı hava nakliyatı* hakkındadır. Binaenaleyh memleket dahilinde hava yolu ile yapılan nakliyat yine millî kanunlara tâbi kalmaktadır. Ancak mukavele prensipleri, bundan sonra yapılacak milli kanun tadilâtında en esaslı ilham kaynağı olacağından mütalâa edecceğimiz prensipleri yarının millî hukukları diye de dinlemek doğru olur. Mukavelenin tatbik edilebileceği nakliyat umumiyetle ücret mukabilinde *insan* ve *mal* nakliyatıdır. Mahaza bir nakliyat şirketi uçağının bedava nakli hali de mukavelenin hükümlerinden kaçmaz.

Uçakda yolcu bileti kesilmesi mecburidir. Münderecatı muayyendir. Fakat bilet,akdin teşekkülünde bir *unsur* değil sadece bir *isbat vasıtasıdır.* Bilet olmaması ne nakil mukavelesinin mevcudiyetine ne sıhhatına müessir olur.

Mal taşımalarında konşimentoya benzer üç nüshalı bir vesikaya tanzim olunurki ismine *hava nakil senedi* denir. Bir nüshası «gönderen», diğeri «gönderilen» üçüncüsü «nakliyeci» içindir. Gerek hava nakil senedinin beyyine kıymeti ve gerekse akdin taraflara verdiği haklarla yüklediği borçlar (Navlun mukavelsi) ve (konşımento) ile doğanlara benzerler. Hava nakil senedinin *tevdii,* malın nakili mülkiyet olan *teslimi* gibidir. Hava nakliyecisi yolcuya karşı uçağın kazaya uğramasile binme ve inmede olacak her türlü cismani zarardan mes'uldür. Mal ziyaı veya avaryası halinde nakliyeci gönderene karşı *malın uçak limanına vardığı andan itibaren* mes'uldur. Tıpkı deniz hukukunda olduğu gibi, mücerret hasarın vukuile nakliyeci aleyhine bir *mes'uliyet karinesi* doğar; amma, nasıl 1924 Brüksel mukavelesi deniz hukukunda Donatanın:

a) Hasarı önlemek için icap eden bütün tetbirleri aldığını.

55

b) veya bu tetbirleri mücbir sebeblerle alamadığını ısbat etmek suretile mes'uliyetten kurtulmasına, imkân bahşediyorsa, 1929 hava mukaveesi de *kusursuz nakliyecinin* mes'uliyetini aynı sebeblerle kaldırmaktadır.

Hava nakliyecisinin mes'uliyeti *mahduttur*. Burada da deniz hukukunun prensiplerini havaya tatbik edilmiş görürüz. Çünki denizde Donatınlar herkes gibi şahsî ve gayri mahdut değil, himayekâr ve deniz serveile mahdut bir mes'uliyete muhatap olurlar.

Bir fikir vermiş olmak için bazı rakkamlar ilâve edeyim: Bilfarz Hava nakliyatında tıpkı İngiliz ve Belçikalıların denizde tatbik ettikleri (Abandon) terk sisteminde olduğu gibi:

1 — Mes'uliyet beher yolcu başına 125000 fırank

2 — Mes'uliyet beher bagajın kilo başına 250 fırank (bunlar müsakillen sevkolunan eşyadır).

3 — Yolcunun yanında götürdüğü bagajlar için beher yolcuya tazninat 5000 frankdır.

Mukavelenin mes'uliyet tahdidine dair olan hükmü *âmir hükümlerdendir*. Nakliyeci *daha yüksek* bir meblâğla mes'uliyeti hududunu çizebilir. Fakat *daha aşağısı* için mukavele yapamaz. Yaparsa mukavelenin tamamı değil *yalnız bu hükmü* keenlemyekûn addolunur.

Mukavele can ve mala gelen zararlardan dolayı açılacak davaları dahi tanzim ediyor. Malın *tesellümü* ile ibra *karinesinin* yerleşmesine, zarar ve ziyanın *tesbiti* ve *mütalebesine* ve *hakkı davaya* dair *müddetler ve müruru zaman* hep deniz hukukundaki konşimento hükümlerinden mülhemdir.

*
* *

Roma konfransı mukarreratına gelince:

Bunun bilbassa uçaklar tarafından *sathı arzdaki üçüncü şahıslara* ika olunan *zararlar* ile iştigal ettiğini kayt etmişdim. Şimdi prensiplerini mümkin olduğu kadar kısaca bir tetkikden geçireceğim.

1 — *Mes'uliyetin mebnası* şudur: Uçakların Uçak ve hava yolculuğile alâkadar olmayan üçüncü şahıslara ika ettikleri zararlar her halde tazmin olunmalıdır. Yani işleticinin yahut adamlarının hile ve

kusuru nazarı itibare alınmaksızın .... sadece ortada bir zarar var ve bu zarar Uçak yüzünden olmuştur .... deye tazmin gerektir.

Brumschwik'a göre prensibi atideki mülâhazalara istinat ediyor:

a) kazanın faili ile kurbanı aynı vaziyette değildirler. Birimcisi ikincisini tehdit eden bir muhatara ihdas ediyor. Fakat ikincisi bilimukabele hiç bir suretle uçağı tehdit etmeyor ve ona zarar ika edecek mevkide değildir.

b) Kazanın kurbanı olan kimse için Uçakcının kusurunu isbat etmek hemen hemen imkânsızdır.

c) Halkı yeni yeni muhataralara ilka eden nevicat bir makine kullanılması, sahibini bu muhataralar avakibini temine icbar etmelidir.

ç) Hele Zarar gören can ve mallar sathı arzdaki eşhas mülkiyeti hudutları içinde olursa Uçakcının mes'uliyeti mülk üzerinde uçma serbestisinin ancak meşru bir tavizidir.

Görülüyorki umumi hükümler çerçevesindeki «*kusur*» nazariyelerinden haylı *farklı yeni bir telâkki* karşısında bulunuyoruz. Uçak, müccerred uçmakla muhiti için bir takım tehlikeler doğuyor. Binaenaleyh zarar gören üçüncü şahıslar muvacehesinde Uçakcının mes'uliyeti *Subjektiff* şekilde değil *Objektif* surette teemmül olunmalıdır. Fransız doktirini bunu:

(Théorie du risque crée et de la Responsabilité Objective) formülile hülâsa ediyor.

Hava hukukunun ortaya koyduğu bu *objektif mes'uliyet prensibi* Roma mukavelesini ilham etmeden evvel milli kanunlardan bir çoğunda yer bulmuştu. Bu itibarla aşağı yukarı hava münasebetlerinde beynelmilel vicdanın seyyan hükmü ve duygusu addolunabilir.

Objektif mes'uliyet ne *mücbir sebep* ne bir *üçüncü şahsın* haricen kazaya müessir olan *kusuru* gibi sebeblerle de bertaraf olmaz. Onu bertaraf edebilecek bir tek sebep vardır: oda kazaya *kurban olanın kendi kusurudur*.

Mukavelenin üçüncü maddesinde denildiği gibi (ancak kazaya uğrayanın zarara bizzat sebebiyet vermesi veya müessir olması) halindeddir ki objektif mes'uliyet bertaraf olur.

57

2 — Mes'uliyetin *hükûm* ve *şumuli* mes'elenin halli konfransda hali dağdaalı oldu. Bazıları bu sahada da mahdut mes'uliyet usulünün tabikine muhalifdiler: Mademki bigünah üçüncü şahıs lehine objektif mes'uliyet tesis edilmişti, neden bunu tam manasile tatbik etmekden ve uçakcıyı mes'uliyeti gayrı mahdude ile takip etmekden çekiniliyordu? Sonra tahdide girişince (100 liramı yoksa 1000000 mı adil mikyastır?) bu nasıl kestirilebilirdi. Amma mahdut mes'uliyet tarafdarlarının delileri çok kuvvetli idi: diyorlardıki zaten hükûmetin yardımı olmadan hiç bir yerde işlemesine imkân bulunamayan uçakcılık, gayrı mahdut mes'uliyetin akibetlerine tahammül edemez. İnsanlığın yükselmesi ve refaha kavuşması, bu nefis medeniyet aletinin teşvik ve himayesini emrede. Deniz hukukunda armatörler de buna benzer bir himaye olmadan yaşmaz addolunmayorlarmı? kaldıki mes'uliyetin tahdidi Uçakcı aleyhine yerleşen objektif yani *zahirî* ve *indî* mes'uliyet prensibinin şiddetini tadil etmezse onu müdafaa etmek güçleşir. Sabit rakkamlar uçakcının sigorta ile kendini korumasını da kolaylaştıran yegâne yoldur.

*
* *

İşte Roma kofransı bundan dolayı mahdut mes'uliyet Prensibini teyid etti. Vaktim müsait olsa idi bu tahdidinin mekanizmasını da anlatmak istedim. Mahaza dinleyicilerim bunu mukavele projesinin metnile bu babda intişar etmiş etütlerde de bulabilirler.

*
* *

3 — İstisnaî gayri mahdut mes'uliyet:

Şimdi halli lâzım gelen bir mes'ele kalıyor. Farzedelim bir uçak bir evin çatısına çarptı, ve onu, içindeki canlar ve mallarla beraber yıkdı ve yakdı. Müddeiumumi Hukuku umumiyeyi harakete getirdi. Uçakcının teknik nizamat bakımından suçlu olduğu meydana çıktı. Zarar görenler müddei şahsi olacaklar. Böyle bir halde de uçakcı mahdut mes'uliyet himayesinden istifade edecekmi? Yahut Hukuku Hususiye sahasında kalıyoruz: amma

58

Uçakcının hile veya ağır kusuru tamamen sabitdir. Böyle bir halde yine mahdut mes'uliyet perensibi cari olacakmı?

Konfrans burada haklı bir istisna kabul ediyor:

a) Birinci halde mahdut mes'uliyet himayesi kalkar. Binaenaleyh uçakçı ve tâbi olduğu müessese bütün mamelikleri üzerinden takip olunabilirler.

b) İkinci halde zarar gören muhayyerdir: Dilerse beyyine külfetini üstüre alır ve gayri mahdut mes'uliyet davası açar. Aartık o vakıt hava hukukunun *hususi* ve istisnaî hükümleri değil, *umumî Hükümler* cereyan eder.

Dilerse ve beyyine külfeti ile uğraşmak istemezse hava hukukunun hususi hükümleri dairesinde dava açar — ve bu takdirde bittabi yalnız mahdut mes'uliyet perensibi dairesinde tazmin elde eder.

*
* *

Garantiler:

Roma konfransı herkesin zihnini tırmalayan büyük bir endişeye de cevap veriyor: Bir Uçak düştüğü zaman çok defa kendinden de hayır kalmız. Uçakcının aczi yahut hile ile servetini emniyet altına alması mümkündür. Ortalığı aşırı surette muhataraya ilka ettiği için objektif mes'uliyete tâbi tuttuğumuz Uçakçıdan sonunda velev mahduden olsun bir para alamadıkdan sonra bütün bu gayret niye yarar?

İşte bu mes'eleyi hal için konfrans üç tetbir aldı:

Birincisi - Uçağın mecburi Sigortaya tâbi tutulması

İkincisi - Uçakcının tazmin akçesi karşılığı olarak berveçhi peşin bir mikdar depozito akçesi tevdi etmiş olması.

Üçüncüsü - Uçakcının aynı maksatla bir bankanın kefaletini temin etmiş olması.

Gerçi alâkadar bu üç şeklin birini tarcih hususunda muhayyerdir. Fakat Sigorta usulü oldukça sermayesinden veya kredisinden bir kısmı mühimmini muattal bırakıp depozito veya Banka teminatı şekline yanaşacak kimselerin çok olmayacağı da tabiidir.

Sistemin tam ve mükemmel olması için sigorta veya bankanın *sağlam*

59

esaslara bağlanması, bir kaza oldukça ve karşılıktan bir mikdar eksildikçe bunların *otomatik surette eski haddine iblâğı* ve nihayet sigorta tazminatile diğer karşılıklar üzerinde zarar görenler lehine bir *rüchan hakkının* tanınması lâzımdı. Bunların cümlesi mukavele ile temin ve tanzim edilmiş bulunmaktadır.

Sathı arzdaki şahıslar ve mallara ika olunacak zararlar hakkındaki Roma mukavelesi gayeyi temin ettimi? Bunu şimdiden halletmeğe imkân yok.

Mukavele henüz daha bazı mesailin hallini ilgili mahkemenin tâbi olduğu millî kanuna bırakmakdadır. Meselâ objektif mes'uliyete binaen ve şakkışefe etmeğe fırsat bulmadan ilk planda zararı tazmin eden uçakcının zararın hakiki failine *rucu hakkı* - ve *zararın takdiri*, *taraflar* ve *husumet*, *müruru zamanın inkıtaı* veya *taliki* gibi mes'eleler mukavelenamenin dışında kalmıştır. Bundan başka noksanlarda var.

a) Uçak nedir? bu tarif edilmemiştir.

b) Garantiler tam ve mükemmel değildir. Tam ve mükemmel olması için beynelmilel bir Sigorta kumpanyasının her ölkedeki hasaratı zamn olması icap eder. Halbuki mecburî Sigorta halen Uçağın tescil edildiği mahalde müesses şirketlere kalmıştır.

*
* *

Bununla beraber teslim etmek lâzımdırki Konferans Uçak işletmeke aşırı muhatara ihdas edilmesi esasına dayanan bir mes'uliyet sistemi kumak ve tazmin baliği ile riski doğuran aletin değeri arasında nisbetsizliğe meydan vermemek kaygusile bu mes'uliyeti tahdit eylemek suretile moden havacılığın hususiyetlerine en uygun bir hukuk müessesesi meydana getimiş bulunmaktadır.

*
* *

Hava hukukunda tevhid faaliyeti Uçağın süra'tine yakışacak bir hızla devam ediyor:

Çatmalara

Avaryalara ve Sigortalara.

Uçak üzerindeki imtiyaz ve aynî haklara ve daha bir çok mevzulara dair kaidelerin tevhidine matuf yeni yeni mukavele projeleri hazırlanıyor. Her şeyde olduğu gibi Hukukda « Dyamisme »... Bunu arayanlar Hava Hukukunda bol bol bulabilirler [*]

---

[*] Bu Konferans 5-12-936 gününde Ankara Halkevinde verilmiştir.

No: 36

İmtiyazla işleyen Nafia âmme hizmetleri [*]

Kanferans veren: *İbrahim Ali Erberk*
Siyasal Bilgiler okulu idare hukuku profesörü

İdare edilenin seviyesinin yükselmesi ile, hergün biraz daha çoğalan ihtiyaçlarını karşılamak için, hukuku âmme eşhası hükmiyesi, bir takım hizmetler tesis, taşkil ve işletmek vazifesi ile mükelleftir.

Bu mecburiyet bugün şumulünü büsbütün genişletmiş, bir kelime ile idare edilene ihtiyacı olan her şeyi bilâkaydüşart tedarik etmeği empoze etmişdir.

Diğer mühim hizmetlerden sarfınazar, hatta yol, şömendöfer, liman, arazi sulama ve kurutma, denize rıhtım atma su, elektirik, havagazı tiyatro hariç hukuku âmme eşhası hükmiyesi idare edilenin ihtiyacını tatmin içim, lüzumu olduğu alât, edevat ve malzemeyi tedarik ve hatta bu hizmetlerin ifasına muavenet ve icrasını teshil için nakdî mükâfat vermeği bir prensiip addetmiştir.

İşte ancak pek az kısmını saydığımız bu hizmetler, vasıf ve mahiyetleri itibarile, Nafia âmme hizmetleridir.

Bu gibi nafia âmme hizmetlerine, hukuku âmme eşhası hükmiyesinin tesis teşkil ve işletme hususlarında, teşebbüsü şahsiyi bir tarafa bırakarak müdahale edip etmemesi hakkında bazı müelliflerin, tereddüt etmislerse de, bu hizmetlerin menafii umumiyeye hâdim olması, bu gibi muazzam tesisatın hususî şahıslar tarafından yapılması imkânının zayıf bulunması, bu gibi nafia hizmetlerinin ücretsiz veyahut pek az bir ücret ile umumun istifadesine açık bulundurulması, nafia hizmetlerinde ticaret fikrinin olmaması sebepleri bu müdahaleyi muhik ve kat'î kılmıştır.

[*] Bu konferans 17 Nisan 1937 tarihinde Ankara Halkevinde verilmiştir.

62

Şu halde bu nafia âmme hizmetlerini, hukuku âmme eşahsı hükmiyesi ya doğrudan doğruya kendisi bizzat yapar, ki buna bizzat reji tarzı denir veyahut pazarlık , iltizam taahhüt şeklinde yaptırır ve nihayet imtiyaz yolu ile temin eder.

Nafia hizmetlerinde reji sistemine ancak müstacel vaziyetlerde, müracaat olunur. ve bu şeklin intac edeceği hukukî mesail mühim olamaz.

İkinci şekline gelince: Memur olmayan müteahhit ve mültezim, kendisine bir mikdar ücret temin etmek suretile hizmetin ifasını üzerine alır . Nafia hizmetlerinin icrasında en fazla tatbik edilen bu sistemi de yalnız eşya ve malzemenin değil hizmetin ifasına lüzumu olan sayüamelin ve hatta eşya ve malzeme naklinin pazarlık iltizam ve teahhütle yapıldığı vardır.

Mümeyiz vasfı, müteahhit veya mültezimin evvelden tesbit edilen bir ücret mukabilinde bunları temin etmesi keyfiyetidir.

Şu halde her hangi bir nafia âmme hizmetini iltizam veya teahhüde alan mültezim ve müteahhit arasında hiç bir fark hukuku yoktur.

Bunlar müteradif kelimelerdendir. Netekim Fransız vazıi kanunu da contractant, adjüdicataire, foürnisseür,ve marché, entretrise kelimelerinde hizmetlerin ifası ve hadiselerin neticeleri itibarile bir fark gözetmemiştir.

Pazarlık ve iltizam ve teahhüt sisteminde vukua gelebilecek ihtilâfların mercii âmme hizmetinden doğan herhangi bir ihtilâf olması itibarile, idari kaza teşkilâtına malik olan Devletlerde hiç şüphe yokdurki, Devlet şurasıdır. Yalnız bu yüksek mahkemeyi, fazla meşgul etmemek için ehemmiyetsiz olan pazarlık ve iltizam ve teahhüt ihtilâflarından bazılarını, kanun metinlerinin tayinile, vilâyet idare hey'etlerinin salâhiyetleri dairesine verilmektedir .

Bu husustaki kriteryomu kanun tesbit etmiştir. Diğer tarafdan şurası da, zikre şayandırki, asıl olmayan âmme hizmetlerinin işlemesinden tahaddüs eden ihtilâfların mercii halli de, yukarıdaki kaideye bir istisna teşkil etmek üzere, adlî mahkemelerdir.

Asıl olmayan âmme hizmetlerinin tarifini de, bu husustaki salâhiyet sahibi olan en son müellifler, hukuku âmme eşhası hükmiyyesinin, şahsı salis gibi yaptıkları tasarruflardan doğan ihtilâflar şeklinde kabul etmişlerdir.

Eski hukuk idare müelliflerinin temşik ve otorite diye yaptıkları tas-

63

nifi reddeylemişlerdir ki bu suretle tasarruflar, en modern telâkkilere göre ikiye ayrılmış oluyor. İdarî kazanın tetkik salâhiyeti haricinde kalan hâkmiyyet tasarrufları ve idarî kazanın salâhiyeti şumulüne giren otorite tasarruflarıdır.

İdarî kazası olmayan devletlerde ise, bu hususta tetkik olunacak bir hususiyet yoktur. İdare edilenlerin bir birleri aralarında zuhur eden nizalar gibi, idare eden ile idare edilen arasında tahaddüs eden ihtilâfların yegâne mercii umumî mahkemelerdir.

Şunu da ilâve etmek lâzımdırki, bazı vazıi kanunların, arzettiğim umumî kaidenin haddini aşarak idarî ihtilâfların bazılarını adlî mahkemelerin salâhiyetleri dahiline vermeleri idarî teşkilâtlarının noksanlığından ve idarî mahkemelerinin ilmî seviyelerinin zayıf olmasındandır. Otoritelerin ve binnetice kazaların tefriki nazariyesine uygun olmayan bu vaziyetin ıslah edilmesi temenni edilecek hususlardandır.

Pazarlık ve iltizam ve teahhütlerden doğan bazı ihtilâfların hakem usulile halli şekiline de, bazı memleketlerde tesadüf edilmektedir. Mahaza ihtilâf vukuunda, mahkeme kararı olmaksızın, hukuku âmme eşhası hükmiyyesi kasasından hiç bir santimin sarfedilemiyeceği düsturuna göre, bu usul ancak Devlet Şurasının tasvibine iktiran etmek şartile tatbik edilebilir.

Memleketimizdeki pazarlık, iltizam, teahhüt ihtilâfları mercilerine gelince: Memleketimizde idarî mahkemlerimizin seviyesinin en medenî memleketler Devlet Şuralarına muadil olmasına ve idarî teşkilâtımızın da noksan bulunmamasına nazaran, hukuku âmme eşhası hükmiyyelerimizin asıl âmme hizmetleri mefhumuna giren pazarlık, iltizam ve teahhütlerden doğan ihtilâflarının idarî kazamızın dairei salâhiyetine girmesi pek tabiidir. Mahkemei temyizin son içtihadı bunu temin etmiştir.

Bu şeklin vazıi kanunumuz tarafından prensibe irca edileceğinde şüphe yoktur.

Pazarlık, iltizam ve teahhütde eksiriyetle arttırma ve eksiltme mecburidir. Bu usullerin intihabında memleketin seviyesi büyük bir rol oynar, Pazarlık ehemmiyetsiz mes'elelerde ekseriyetle tatbik olunur.

Mecburî münakasada, idare en müsait şartları ve en ehven fiyatı teahhüt edene ihale etmek mecburiyetindedir. Fakat bu mecburiyetin tevlit etti-

ğı mahzurlar göz önünde tutularak, idarenin evvelden tesbit ettiği fiyatı ve keşif bedeli ile, münakasa neticesinde takarrür eden fiyat arasında ucuzluk noktasından bir fark mevcut olur ise, müteahhidin verilecek malda bir suiniyeti bulunması ihtimaline mebni, idare münakasayı ihale etmek mecburiyetinde değildir.

Pazarlık, iltizam ve teahhüdün ifasındaki esaslardan biri rakabet isede, idarenin, münakasa neticesi alınmazdan evvel bazı firmaların tekliflerini reddedebilmeğe hakkı vardır. Hatta mahdut münakasa namile bir şekil daha vardırki buda tecrübe edilmiş ve ehliyetine emin olduğu ve münakasaya iştirakde siyasî ve idarî mahzur görmediği zevatı yalnız münakasaya iştirâk ettirir. Bu usul, münakasaya iştirâk edenleri bilâhara uzaklaştırmak sisteminden daha zariftir.

Şu halde münakasa öyle bir rakabettirki, idare muayyen bir firmayı veya şahsî münakasaya iştirakden men veya neticesini red edebildiği halde ihale hususunda müteahhidi intihap edemez. Evvelce tesbit edilmiş olan fiyatdan daha aşağı olmamak üzere, en ucuz fiyat teklif eden ihale etmek zaruretindedir.

Münakasalardan da pek tabii olarak bazı ihtilâflar meydana gelir. Birinci şekline göre: İdare münakasa ilân etmek lâzım gelirken pazarlıkla satın almıştır. Bu hususta doğrudan doğruya şahsan mutazarrır olan muayyen bir şahıs mevcut olmadığından hiç kimsenin buna hakkı itirazı yoktur. Yalınız idarenin kanunsuz hareketinden dolayı mes'ul memuru hakkında takibat yapılır.

İkinci şekilde, münakasaya iştirâk edenlerden birisi münakasanın haksız yere başka birine ihale edildiğini iddia eder, münakasanın yapılmasından maksadın hazinenin istifadesini temin olduğuna göre; mutazarrır olan şahsın, idarenin hatasından dolayı, Devlet Şurasına müracaata hakkı vardır.

Üçüncü şekilde de ,münakasaya iştirâkden mahrum edilen şahsın, idarenin bu kararından dolayı, Devlet Şurasına müracaatına hakkı dergârdır.

Yalınız, Devlet şurası münakasanın haksız yere başka birine ihale edildiğini tayin ve tesbit ve yahutda münakasaya iştirâkden mahrum edilen şahsın lehinde bir karar ittihaz ederse, vaziyeti hukukiye ne olacaktır. İhale ile hakkı müktesep ihraz eden kimsenin, hukukunun iptali caizmidir.

65

Bir mukavele ancak, tarafeynin rızası ile ihale veyahut mahkeme kararı ile iptal edilebileceğine göre, netice ne olacaktır.

Yüksek mahkeme her iki vaziyette ihalenin iptaline hükmedecek olursa, yapılan kısmın, masarif ve bedeli tediye edilmekle beraber tahakkuk edecek tazminat da verilir. ve İhale müktesep bir hak olarak birinciye yaplır.

Pazarlık, iltizam ve teahhüt, hiç şüphe yokturki, taraflara bir takım hukuk ve vecibeler tahmil eder. Bu vecibeler bazan bir takım mücbbir sebepler altında tahakkuk ettirilemez. ve bu sebepler, evvelce tahminini mümkün olmayan ve men edilmesi de elden gelmeyen bir takım hadiseleerdir. Bunlar hakikaten mukavelenin infazını gayrı mümkün kılar ise, hukukku medeniye sahasındaki mukavelelerin ikalesini intaç eder, ki bu suretle veccibelerini tahakkuk ettiremiyen taraf tazminatdan kurtulur.

Burada bir sual varidihatır olabilir. Aacaba grevler esbabı mücbirredenmidir. Bazı şerait dahilinde bu suale müsbet cevap verilebilir. yalnız bu hadisede, müteahhidin, grevin önüne geçip geçmeyeceği düşünülebilir. Fakat bu vaziyetlerde amele metalibatının kanunî hukuku olup olmadığı ve makûl metalibatın müteahhit tarafından kabul edilip edilmediği, ve greve rağmen müteahhidin teahhüdatını ifa için elinden gelen her şeyi yapıp yapmadığı tetkik edilir. Diğer tarafdan greve ve neticesine idare de sebebiyet verebilir. Meselâ şimendüfer yolunu yapan bir müteahhidin ameleisi idare faaliyetde bulunan bir çeteden dolayı grev ilân eylemiş olabilir. Bu takdirde de müteahhidin ileri süreceği bu grevin, esbabı mücbireden olduğu aşikârdır. Hatta tehlikeli mıntakadan dolayı müteahhidin ameleye vereceği fazla ücretten dolayı, idaraye tazminat noktasından rucu hakkı dergârdır.

Esbabı mücbire mes'elesi müellifleri bazı tetkikata sevk etmiştir. Bunlar esbabı mücbireyi üçe irca etmişlerdir.

Birincisi tabii sebeplerden ileri gelir. (Zelzele, Tuğyan, Nehir taşmalarından) İkincisi, insanların doğrudan doğruya sebebiyet verdikleri hadiselerden tahassül eder. (Harp, ihtilâl, ihtişaş ve grev gibi) ve nihayet üçüncüsü kanun ve nizamların veya nehi ettiği saltai âmme tasarruflarından meydana gelir.

(Herhangi salâhiyetdar bir otoritenin gerek sarih ve gerek zımnî bir

kararile her hangi kanunî bir vecibenin yapılması ve yapılmaması hususudur.)

Hukuku medeniye sahasında, mukavelenin ikalesine sebebiyet veren ve tazminat esasını bertaraf eden mücbir sebeplere mukabil ve buna benzer, bir de gayrı muntazar haller nazariyesi vardır.

Fakat bu nazariye yalnız idare hukuku sahasında bir kelime ile nafia âmme hizmetlerinde tatbik edikmektedir.

Fevkalâde hadise âmme hizmeti mukavelenamesinin tanzimi esnasında cereyan etseydi, hiç şüphesizki müteahhit bu mukaveleyi akdetmezdi, hakkaniyet düsturuna istinat eden bu nazariye, mukavelenin ikalesini bertaraf eder ve fevkalâde vaziyetden mutazarrır olan müteahhidi tazminat almak suretile zarardan kurtarır, meselâ harp dolayısile, idarî mukavelenin tesbit ettiği mükellefleri, müteahhit için fevkalâde çoğaltan bir kömür alım ve satımında bu nazariyenin tatbiki her iki taraf için faideli ve elzemdir. Fevkalâde fiyat farkı nisbetini müellifler altıda bir olarak kabule ittifak etmişlerdir.

Mukavele ancak tarafeynin rızasile tadil edilebilir, esasatına muhalif olan bu nazariyeyi, medeniyeciler pek çok tenkit etmişler isede idarî mahkemeler hâkimleri, evvelce tahmin edilemeyen sebeplerden dolayı vakî olan büyük değişiklikleri nazarı dikkate almışlar ve tazmini cihetine gitmişlerdir.

İdare hâkimlerinin noktai nazarına göre, bu, alelâde şekilde bir tazminat olmayıp, mukavelename hükümlerine ilâve edilmiş olan tezayüdü fiattan mütehassıl bir tazminatdır.

Nazariyenin esbabı mucibesine gelince: (1) Umumî nafia hizmetlerinin ifa ve ikmali memleketin iktisadiyatile, ticaretile, asâyişile alâkadardır. Bu itibarla, idare müteahhidin teahhüdünün ikmaline hatta muavenet etmelidir. (2) Tazminat edinildiği zaman muhakkak mahkemenin bu tazminata hükmedeceğine kanaat getirmemelidir. Hâkim mukavelenin yapıldığı zaman tarafeynin vaziyetini, noktai nazarlarını, esbabı mücbirenin derpiş edilip edilmeyeceğini tetkik edecek ve ondan sonra hükmünü verecektir.

Umumî nafia hizmetleri mukavelelerinden mütevellit cezai hükümlere gelince: akitler için, nasıl mütekabil bir hak ve mütekabil bir vecibe var ise binnetice mütekabil bir cezaî müeyyede de vardır. Müteahhidin malî

67

istifadesine, idarenin, menfaatı umumiyesine mukabil cezalar da bulunmaldır

Mukavelenin idare tarafından ademi ifasında müteahhide mukavelenin temin ettiği iki hak vardır. biri, eğer idare, mukavelede mevcut ve olnayan bir takım metalibatta bulunacak olursa, müteahhidin tazminat taleline diğeri de mukavele ahkâmına riayet eylememesinden dolayı mukavelenin feshini istemeğe hahkı vardır.

Bilmukabele, mukavelenin müteahhit tarafından ademi ifasında. idarenin de iki hakkı vardır. Biri, teahhüdün ademi ifasından dolayı gördiğü zararın tazminini istemek, diğeri, hizmetin bütün şerait dahilinde sür'atle ifasını temin etmekdir.

Mukavelenin feshi çok mühim neticeler tevlit edebilmesi ihtimalne binaen, idarenin, fesh kararı verirken gayet tedbirli hareket etmesi lâzmdır. Zira mukavelenamenin feshini gayrı kanunî ise, idare müteahhidin naruz kaldığı zararı tediye ettikden başka, mukavelenamenin ikmalinde ede edeceği kârı da tazmin etmek mecburiyetinde kalacağı tabiidir.

Nafia âmme hizmetlerinin işlemesi tarzının üçüncüsü imtiyazdır.

Hukuku âmme, eşhası hükmiyyesi, nafia âmme hizmetlerinin işletmesni bazan imtiyaza verir. Bazı nafia âmme hizmetleri vardırki âmmenin istimaline tahsis edilmiştir. İdare, bu hizmetleri istimal edenlerden bir ücret alr. Bu sistem, tesisatı için tahsis edilen, sermayenin ya hepsinin veyahut bir kısmının istimal edenlerden tahsilini temin eder. Yani memleketin, bütün mükellefleri bu masrafı ödemeyip, yalınız istimal edenler, masrafa iştirâk etmiş olurlar. Bu suretle, nafia âmme hizmetlerinin, diğer sistemlerinde olduğu gibi müteahhit, doğrudan doğruya idareden, hizmetine mukabil br hisse, veyahut maktu bir ücret almayıp, tesisattan istifade eden halktan mürur ücreti namile bir resim alır. Bu suretle idare mürur ücretinin istifaı için müteahhide müsaade etmiş oluyor demektir.

Mahaza: mürur ücreti olan her şeyde imtiyaz yoktur. (köprüler gibi)

68

fakat imtiyazın mevcut olması için bu ücretin bulunması şarttır. Netekim her imtiyazda da âmme hizmeti mefhumu yoktur. (madenlerde olduğu gibi)

Şu hale göre, imtiyazı alanın iki taraflı rolü vardır. Birisi nafia âmme hizmeti tesisatını vücude getirmek ve buna mukabil istimal edenlerden mürur ücreti almak, diğeri bu tesisatın işlemesini temin etmek ve buna mukabil istimal resmi yani nakil ücreti almaktır.

İstimal edenlerin, bu iki ücret resmi bir arada vermeleri daha az zahmeti mucip olmak içindir.

Nafia âmme hizmetlerinin imtiyaz şeklinde işlemesinin muhassenatı meyanında, hukuku âmme eşhası hükmiyyesine mühim sermayeler vaz'ına mahal bırakmaması, tesisat masrafının bütçeden çıkmayıp, yalnız istifade edenler vasıtasile kapatılmalıdır.

Mahzurlarına gelince: Tesisat için sarfedilen mebaliğ, istifade edenlerin verecekleri lâşey kabilinden ücretler ile kapatılması çok bir zamana ihtiyaç hasıl edeceğinde, devletin uzun zamanlar için, imtiyazı alanlar ile hukukan bağlı kalması ve birde tahsil olunan ücretin tesis masrafını bazan pek ziyade tecavüz etmesidir.

Evvelce, ehemmiyetli olan nafia âmme hizmetlerinin imtiyaz ile tesisi fikri hâkim iken, son zamanlarda bu fikirden yavaş yavaş vaz geçilmiştir.

İmtiyaz mukavelenamesinin hukukî vasfı:

İmtiyaz mukavelenamesi hiç şüphe yokki, eşhası saliseye göre bir taraflı mukavelelerdendir. Bu noktada müellifler müttefikdirler. Fakat imtiyaz alan ile imtiyaz veren arasındaki hukukî vaziyet, müellifler arasında uzun müddet münakaşayı mucip olmuştur. Hukuk idare prensiplerinin henüz inkişaf bulmadığı bir zamanlarda, hukuku medeniye tesiri altında kalmış olan bazı müellifler bu mukavelenamenin hukuku hususiye sahasındaki mukavelenamelere kıyasen iki taraflı olduğunu iddia etmişlerdir.

İdare hukuku fikrinin yavaş yavaş esaslaşması, âmme hizmeti mefhumunun genişlemesi ve devlet otoritesi telâkilerinin değişmesi bazı müellifleri yeni bir prensip vaz'ına sürüklemiştir. Bir taraflı olduğunu tesbit etmişlerdir.

Bu münakaşa, oldukça uzun müddet devam etmiş, nihayet en son müellifler bu iki zıt telâkiyi, üçüncü bir sistem ile telif etmişlerdir. Netekim, bu müeliflerin noktai nazarlarına göre imtiyaz alan ile imtiyaz veren

69

arasındaki bu mukavele, imza edilinceye kadar iki taraflıdır. İmzadan evvel, mukavele tip mukavele olmasına rağmen taraflar arzularını bir birlerine bir dereceye kadar kabul ettirebilirler. Burada tarafların rızası tabii bir rol oynayabilir. Fakat imza edildikden sonra bu mukavele iki taraflığını kaybeder ve bir taraflı olur.

Binaenaleyh imtiyazı veren, hizmetin âmme hizmeti olması dolayısile ve umumun istifadesini himaye kasdile imtiyaz alan nezdinde daima müdaalede bulunabilir. Tam bir rızası olması bile imtiyazı veren bu mukavelenameyi halkın ihtiyacını karşılamak zamanın icaplarını yerine getirmek, asrın terakkiyatından idare edileni istifade ettirmek maksadile tadil edebilir.

Esasen yüksek devlet şurasının idare hukuku ilmine ve telâkklerne pek uygun olan son içtihadı da bu noktai nazarı tamamile teyit etmişir. Mukavelenamenin iki taraflı olduğu iddiası, yalınız idarî kazası olmayan ve hukuku hususiye telâkkilerine kendilerini fazlaca kaptırmış bulunan devletler mahkemelerinde dermeyan edilmektedir.

İmtiyaz alan, hukuku âmme eşhası hükmiyyesi ile teati etmiş olduğu mukavelename hükümleri dairesinde, âmme hizmetini işletir. Bu mukaveename tarafeynin hukuk ve vecibelerinin birinci menbaıdır. Fakat işletmenin muntazam ve idare edilenin tam bir şekilde ihtiyacını karşılayacak surete ceryanını temin için, şartnamede muharrer olmayan bazı mesail ve ihtilâfdan dolayı şartname ahkâmı haricindee olarak vazii kanunun, kanun ve nizam yapmak suretile, müdahalesi icap etmektedir. İşte bu kanun ve nizamlar, imtiyazın kanunî vaziyetlerini tesbit eden ikinci bir menbadır.

Hukuku âmme eşhası hükmiyyesi, şartnameler gibi bu kanun ve nizamları da, menafii umumiye lehine olarak tenzim eder.

Şu halde imtiyazları tanzim eden üç esas vardır.

(1) Mukavelename ile vaz olunan hükümler

(2) Kuvvei teşriiye tarafından vazolunan hükümler.

(3) Kuvvei icraiyye tarafından vazolunan nizamlar.

Müşkilât, mukavelename ile ihdas olunan mütekabil hukuk ve vecibelerin kanun ve nizamların tesbit ve taayyün ettiği hukuk ve vecibeler ile telifi mes'elesidir.

Kuvvei icraiye tarafından vazolunan nizamlara gelince: Bu hususa

hakkı çok vâsıdır. Bu hakkı kanundan almaktadır. Muayyen kanunlar, Devlete, zabıta hizmetlerinin tanzimi emniyet, ve asâyişin temini, tesisatının istimali, tesisatın hüsnü muhafazası hususlarında nizam yapmak hakkını verdiği gibi bilâhara bu hakkı tevsian hidematı zabıta, emniyet ve asâyiş ve tesisatın istimali ve muhafazası hususunda idarei umumiye nizamnamaleri hilâfında hareket edenleri tecziye etmek salâhiyetini de vermiştir.

Emniyet, asâyiş ve intizam âmme kelimelerinin şumulü altında ve umumun menfaatı namına, her türlü müdahalelerde bulunur. Fakat yine bu müdahale tam manasile hudutsuz değildir. Bu müdahaleyi kanunun da idarei umumiye nizamlarının ve şartnamenin çizdiği hudut sınırlandırır.

Netekim, hükûmetin, ittihaz etmiş olduğu kararın ve yahut da idarei umumiye nizamlarının çerçevesine uygun olup olmadığının tetkiki idarî mahkemelerin salâhiyeti dahilindedir. Hatta imtiyaz alan imtiyaz verenin idarî tasarrufundan dolayı, ademi salâhiyetten kanunsuzluktan, şekil noksanlığından veya salâhiyeti sayfırmakdan dolayı Devlet şurasına müracaata hakkı vardır.

Kanunun çerçevesi dahilinde tanzim edilmiş olan idarei umumiye nizamları mukavele şartnamelerine muarız bir vaziyet aldığı zaman netice ne olacaktır.

Bu hususta muhtelif sistemler mevcuttur.

(1) Hukuku âmme eşhası hükmiyyesi, kanun ve nizamların kendisine tahmil etmiş olduğu hukuk ve vazifelerden imtiyaz şartnamesile feragat etmeğe salâhiyettar değildir. Binaenaleyh kanun ve nizamlara münafi olarak imtiyaz şartnamelerine derç olunacak hükümler mülgadır. Hiç bir hukukî kıymeti yoktur.

(2) İkinci sistem birincisinin tamamile zıttıdır. Hükûmet evvelce şartname ile teessüs eden hak ve vecibeleri, diğer tarafın rıza ve muvafakti olmaksızın tadil etmeğe salâhiyettar değildir. Binaenaleyh muahharen ittihaz edeceği kararlar ile müdahalesini tevsi edemez. Bu itibarla müdahale için yapacağı idarei umumiye nizamları gayri varittir.

Bu sistem pek fena neticeler vermiştir. Zira hukuku âmme eşhası hükmiyyesinin müdahale etmemesi, iktisadî hayatdaki terakkinin imtiyaz alanlar tarafından tatbik edilememesine müncer olmuştur. Âmme hizmetleri

mülâhazasile ihdas edilen teşekküllerin âmmenin ihtiyacını bihakkın tatmin etmemesi neticesine varılmaktadır.

(3) Üçüncü sistem hukuku âmme eşhası hükmiyesi, taahhüt etmiş olduğu vecibelerin hüsnü suretle tatbiki, ifasını teahhüt ettikleri hizmetleri iyi bir şekilde icrasını teminen, bazı, idarei umumiye nizamları tanzım etmek suretile müdahale eder. Bu idarei umumiye nizamnamelerinin müdahale şekilleri, mukavelename hükümlerini tadil ediyor isede, imtiyaz alan hâlime müracaat eder. Ve işletmenin tahmil ettiği külfetin, ücret tahsilindeki ninete tekabül etmemesi yüzünden muvazenenin ihlâl edildiğini iddia ve bunun mukabilinde bir tazminat talep eder. Bu sistemin neticelerine gelince: (1) halk şartnamedeki tadilâttan istifade edecektir. (2) İşletme imtiyaz müddetinde asrın terakkilerinden mahrum kalmıyacaktır. (3) İmtiyaz sahibi de bu yeni tadilâttan maddeten mutazarrır oluyor ise zararı tazmin edilecektir

İmtiyaz cerayan etmekte iken, kuvvei icraiyyenin müdahalesine imtiyaz alanın itirazına tabii hakkı vardır. Bunu iki noktaya toplamak imkânı vardır. (1) İmtiyaz alan, şartnameden bahsetmeyip yalnız kararın kanuniyetini yani mes'elede vazifei muayyenei kanuniyenin tecavüz hadisesnin mevcut olduğunu dermeyan eder. (2) ikincisinde ise, imtiyaz alan, idarei umumiye nizamlarının kanunsuz olmadığından bahsetmeyip yalnız bunun tatbikinin şartname ahkâmına muhalif olduğunu iddia eder.

İhtilâfa vaziyet edecek olan idarî kaza, hadisede, vazifei muayyenei kanuniyenin tecavüz edildiği neticesine varırsa, ittihaz edilen idarei umumiye nizamları şeklindeki tasarrufu iptal eder. Veyahut yapılan tadilâtın kanunî olduğuna ve esasen hükûmetin müdahalesi hakkı olduğu mes'elelere ait bulunduğuna karar verir ise, tazminat mes'elesini mevzuubahs etmez. Bilâkis, Devlet şurası tetkikatında idarei umumiye nizamlarını tatbik edilmesile hakikaten imtiyaz sahibine mukavele harici bir külfet tahmil edilmiş olduğuna karar verir ise, bu takdirde hükûmetin kararını fesh etmeksizin imtiyaz sahibini tazminat almasına hükmeder. Ve bu suretle hükûmetin tanzim etmiş olduğu idarei umumiye nizamları da mer'i olur.

Bu idarî müdahalenin tatbikatı sahasında, imtiyazcının istihdam etiği memurların tedariki, disiplini, tekaüdü, mükâfatı mes'eleleri kontrol edildiği gibi imtiyazı veren, son telâkkilere göre imtiyaz alan şeriki maisi vaziyetine girmesi itibarile, bu sonuncunun malî vaziyetini her vakit kontrol etmekle mükelliftir.

Mala kontrolu icap ettiren sebeplere gelince: evvelâ, imtiyazcı ekseriyetle bir anonim şirket olmak itibarle, eşhası selâseye aksiyon ve oyniasyonlarını plase etmiştir. Saniyen amele temettüe iştirâk etmektedir. Nihayet üçüncü derecede hukuku âmme eşhası hükmiyyesi de temettüe iştirâk ediyordur. Bu malî vaziyetleri tesbit için, imtiyaz verenin, idarî müdahale ve kontroldan başka malî müdahalede bulunması ve kontrol yapması tabiidir.

Kuvvei teşriiyenin müdahalesine gelince:

İmtiyazlara kuvvei teşriiyye imtiyazdan evvel ve imtiyazdan sonra olarak müdahale eder. Müdahale imtiyazdan evvel olacak olursa tabii kuvvei teşriiyenin arzu temayülüne göre hareket etmek mecburiyetindedir. Aksi taktirde imtiyazı alamaz. Eğer bu müdahale imtiyazı müddeti zarfında vaki olacak olursa, bu takdirde müşkilât baş gösterir.

Bu müdahalenin kanuniyeti, meşruiyeti ve nihayet hukukî neticeleri tetkik olunabilir. Kuvvei teşriiye müdahalesinin kanunî olup olmaması mevzuubahs olmaz ve münakaşa edilemez. Kuvvei teşriiyeden sadır olan her tasarrufa kanunidir.

Müdahalenin meşruiyetine gelince: tabii müdahalenin meşru olması lâzımdır. Meşruiteyin derecesinde memleketlerin içtimaî ve medenî vasıfları rol oynamaktadır. Bazı defa memleketin menfaatları kuvvei teşriiyeyi bu şekilde müdahaleye sevk eder. Bazı defa da tamamile zıddı olan bir şekli müdahale hadis olur.

Bu hususta zıt iki nazariye mevcuttur:

(1) kuvvei teşriiyenin bilâkaydüşart müdahalesi esas kabul edimiştir.

(2) Şartnamenin ihdas ettiği hak ve vecibeler vazii kanunun tecavüze hakkı olmadığı nazariyesidir. Bu iki nazariyeye bir üçüncüsünü ilâve etmek lâzımdır. Bu üçüncü nazariye tabiatile ikinciden ziyade birinciye yakındır. İmtiyaz alanların her hususta ve bilhassa tarife hususundaki sui istimalleri, bu müdahaleyi mecburî kılmış ve meşruiyetini teslim ettirmiştir.

Bahusus , şartnamelerin derpiş etmediği hususlarda müdahalenin meşruiyeti gayrı kabili inkârdır. Memleketin âmme menfaatleri kuvvei teşriiyenin

79

müdahalesini meşru ve mecburî kılmaktadır. Yalınız vazii kanun şartnamenin hey'eti umumiyesindeki maksadı aslıyi değiştirmemeğe gayret etmeidir.

Memleketin menfaatlari, bu müdahaleyi mecburî kılmış ise endürüt hareket, imtiyazcı ile tazminat vermek suretile itilâf etmek veyahut tesatın sastın alınmasıdır.

Mahaza şimdiye kadar, kuvvei teşriiye müdahalesine tesadüf edilememiştir. denilebilir.

Teşrii müdahalenin hukukî neticeleri:

Kuvvei teşriyyenin ademi mes'uliyeti esası, kuvvei teşriiyenin müdahalesinin hukukî neticelerini hiçe indirmiştir. Tabiri aharla, kuvvei teşriiye müdahalesinden doğan hukukî neticeleri, hiç bir hâkim dinlemez ve bu hususta bir karar ittihaz edemez. Bu nazariye de bir evulusyon geçirmişti. Şayet kuvvei teşriiye, müdahalesinde sarahaten hukukî bir netice olmadığını tasrih edecek olur ise tabii hâkimler, bu kanunî sarahat karşısında hç bir şey yapamazlar, fakat netayici hukukiye noktasını sakit geçecek olursa hâkimler bu mes'eleyi tetkik edebilirler denilmektedir.

Hâkimler bu salâhiyetin verilmesi saltai âmmenin mes'uliyeti ihmal olduğunu nazariyesinin kabulile beraberdir.

Binaenaleyh mukavele müddeti esnasında vazii kanun umumî bir kanun ile bir müdahalede bulunacak olur ise, imtiyaz sahibinin tazminat talep etmeğe hakkı yoktur. Meselâ kazaya uğrayan amelelere patronların tazminat vermesi icap etse, patron imtiyaz esnasında derpiş edilmeyen bu hususdan dolayı vecibelerinin ziyadeleştiğini iddia ederek hükûmetten tazminat istiyemez. Zira vazii kanun aynı külfeti umumî bir kanun ile umuma teşmil etmiştir. Mes'ele memleketin içtimaî basiretine taallûk etmektedir.

Böyle olmayıpda mukavele müddeti esnasında vazii kanun hususî mahiyetde olan bir kanunla vecibeler tahmil eder ise bu takdirde imtiyaz alan hükûmetten tazminat talep edebilir. Meselâ şimendüfer imtiyazla mukaveleleri müddeti esnasında bir kanun, şimendüfer yollarının kanallara raptın mecburi kılsa, vecibenin külfet tahmil ettiği noktasından imtiyaz sahibinin mukavelede derpiş edilmeyen bu müdahalenin ifasından dolayı devletden tazminat istemeğe hakkı vardır.

İmtiyaz alanın vecibeleri :

İmtiyaz alanın vecibeleri imtiyazın neviyle değişmesine rağmen şöyle bir tasnif yapabilir. (1) imtiyaz alanın şahsiyeti: imtiayaz evvelâ şahsidir. İmtiyazcının imtiyazcısı olabilmek için imtiyaz verenin müsaadesi lâzımdır. (2) İmtiyazın icrası ve icrasından sonra tesisatın idaresi ve bakımı gelirki, imtiyazı veren, imtiyaz müddeti zarfında, şartname mucibince teftişatı yapmak hakkını haizdir. Buda sırf, imtiyaz müddetinin hitamında tesisatın mükemmel surette iadesini temin içindir.

İmtiyaz alanın hukuku buna gelince : (1) İnşaatı tesis etmek (2) sermayenin itfası için şartnamede gösterilen müddet zarfında tesisatı işletmek (3) tesisatdan şartname mucibince resim tahsil etmek (bunun azamî mikdarı şartnamede tesbit olunmuştur.)

(4) İmtiyaz alan kendisine rakabet edebilecek, aynı şekilde bir imtiyaz verilmemesini telep etmek tabii şartnamede bu cihet tesbit edilmiş ise, rakabet edebilecek ikinci bir imtiyaz verilmez. Edilmemiş ise hukuku âmme eşhası hükmiyesi muhayyerdir.

Esasen imtiyazda hukukan monopol tesisi noktai nazarı mevcut değildir. Serbest rakabet fikri mevcuttur . İmtiyaz veren imtiyaz alana rakip olmak üzere diğer bir talibe tesisat ve işletme için imtiyaz vermek hukukunu muhafaza eder. Fakat maatteessüf bazı imtiyazlar filî monopol tesis etmektedirler. Şimendüferlerde olduğu gibi rakabetin imtiyazı işletme noktasından fren vazifesini görmesi lâzımdır. Ancak rakabet olmayan imtiyazlarda, bu fren,devletin müdahalesidir . Devlet ancak müdahalesile, cemiyetin menafiini himaye etmek için fren vazifesini ifa etmektedir.

İmtiyaz verenin hakları:

İmtiyaz verenin lehine temin edilen haklar şartnamede mevadı cezaiye kısmında gösterilmiştir. Bunlardan birincisi:

Şartnamede ahkâmını ifa etmeyen imtiyaz sahibinin emvali üzerine yani tesisatı üzerine haciz konur. Haczin muhassenatından biri de, malî vaziyeti muhtel olan imtiyaz sahibinden alacaklıların da hukuku temin edilmiş olur.

İkincisi: İmtiyaz sahibinin nam ve hesabına emaneten inşaata veya tesisata devam edilir.

Üçüncüsü: İmtiyaz hukukunun sukutuna karar verilir. Bu takdirde, imti-

yaz hukukunun sukutu kararı haksız yere verilmiş ise tabii imtiyaz sahibinin itiraz hakkı vardır. Haklı olduğu tebeyyün ettiği takdirde ikinci imtiyaz sahibine lâzım gelen tazminat verilerek, birinci imtiyaz sahibi hukuku müktesebesine sahip olur. Şayet bu hukukî noktai nazar, kabul edilmeyip birinci imtiyaz sahibine yalınız tazminat verilmekle iktifa edilseydi, Devlet her istediği zaman muayyen bir sebep bularak herhangi bir imtiyaz feh eder. ve tesisatı bilâhare satın alacağı yerde satın alma fiyatından daha ehven olan tazminatla ekseriyya işin içinden kurtulmuş olurdu.

Fakat adilâne olmayan bu hareketin önüne geçmek için bu usul vaz edilmiştir.

İmtiyazı alanlar ile eşhası salisenin hukukî münasebetleri.

Tesisatı istimal etmeyen eşhası salise ile, tesisatı istimal eden eşhası salise vardır..

Birinciler, alât ve malzemeyi tedarik eden müteahhitler, tücoarlar ve bunlara mümasil şahıslardırki, imtiyaz sahibi ile olan münasebetleri umumî hükümlere ve umumî mahkemelere tâbidirler.

Mahaza, tesisatın ifası esnasında, tesisatın ifasından mutazarrır olan eşhası salisede olabilir.

Tabii, bunlar, âmme hizmetlerinin ifasından zarar görmüş olnaları itibarile vaziyeti hukukiyelerini idare mahkemelerde tesbit ettirilir. İkincilr yani tesisatı istimal eden eşhası salisedirki, bunlar da, imtiyaznamenin heyeti umumiyesi itibarile. şekil tatbikinden dolayı vukua gelecek hadiseerde (tazminat bedeli, fazla tediyat vesaire gibi) mahakimi umumiyeye müracaat iztırarındadırlar.

Bu mukaveleler sırf şahsî olmaları dolayısile ahkâmı umumiyeye tâbidir. Mukavelenin tatbikinden doğan ihtilâflar ahkâmı umumiye daireince umumî mahkemeler tarafından halledilir. Vazih olmayan maddelerin tefsiri idareye aitdir. Mes'eleyi müstahare ve juridiction des referée lar gibi.

İmtiyaz mukavelename ahkâmının ademi tatbikinden dolayı halkın imtiyaz sahibi nezdinde müracaata hakkı varmıdır.?

Bu suale müsbet cevap vermek ihtimali olamaz zira bu imtiyaz devlet ile imtiyaz alanlar arasında müna'kit bir mukaveledir.

İstimal edenler, şahsı salis vaziyetindedir. Şayet bu müracaatı kabul

etsek bir takım vahim neticeler tevlit edecektirki, buda idarenin hukukuna müdahale teşkil etmiş olacaktır.

Yalnız idare edilen, içtima haklarından matbuat hürriyetinden istifade edilerek imtiyaz sahibi tarafından yapılan âmme hizmetinin fena veya noksan olması noktasından imtiyaz verenin noktai nazarını celp edebilir.

Mahaza idare müsbet bir kararile mukavelenin halk aleyhine tadilini kabul edecek olur ise, bunlardan birinin salâhiyyettar kaza merciine imtiyaz verenin muayenei kanuniyeyi tecavüz maddsinden dolayı müracaat hakkı vardır.

Nafia âmme hizmetlerinin icrası tabiatile bazı kerre eşhası salisenin hukuku ihlâl eder ve şahsı mutazarrır eder. Bu itibarla nafia âmme hizmetleri zararları hukuku âmme eşhası hükmiyesi tarafından vücude getirilen Nafia âmme hizmetleri tesisatının eşhası salise hukukuna en şümullü manada vaki tecavüzleri ve binnetice iras ettikleri zararlar şeklinde tarif edilmiştir.

Yalınız hukuku medeniyede olduğu gibi tesisatın yanında bulunan bir şahıs kalkıp tesisatın kendisine zarar vermesinden dolayı tesisatın ortadan kaldırılmasını talep edemez. Yalınız tazminat almağa hakkı vardır. Diğer bir farkı da mutazarrır olan şahıs hukuku medeniye noktai nazarından tazminat alabilmek için diğer tarafın hatasını isbat etmeğe mecburdur. Halbuki idare de nafia âmme hizmetlerinden mutazarrır olan şahsın idarenin hiç bir hatası olmadan da tazminat istemeğe hakkı vardır.

Bu tazminatın ne dereceye kadar şümullü olduğunu iyice izah edebilmek için bir kaç misal kâfidir zannediyorum. İnhidam olmaksızın şimendöfer sarsıntısından ikamet edemiyecek derecede müteessir olmak caddeye yakın iken yapılan yeni sokaklar dolayısile caddeye uzaklaşmadan zarar görmek şereflenme veya şerefini kaybetmekten mutazarrır olmak ve yapılan tesisatda güneş ve havanın nufuzuna mani olmakdan tahassül eden zararlar görmek mevzuubahs tazminat tabii duçar olunan veya olunacak olan zararın bedelidir. Eğer zarar muvakkat yani tevali etmiyor ise tazminat bir defaya mahsustur. Aksi takdirde tazminat mütemadî olurki idarenin bunu her sene vermesi lâzımdır.

Halbuki mütemadî tazminat vermemek için ekseriyetle istimlâk şekline müracat olunur.

77

İmtiyaz müddetinin hitamı:

Tarafeynin muvafakatile satın alma olmadıkça ve muhik ve kanuni bir şekilde bir imtiyaz hukukunun sukutuna karar verilmedikçe imtiyaz sahibi şartnamede tesbit edilen müddet zarfında imtiyazını muhafaza eder ve bu hakkı baki kalır. İmtiyaz alanın vefatı ve hatta iflâsı imtiyaz müddetine tesir etmez.

Fakat olabilirki idare tesis edilen bu hizmetlerin ücret tediyesi suretile ifasına taraftar değildir. Veyahut başka bir şekilde idare etmeği kararlaştırır. Bu takdirde imtiyaz sahibi mecburen tasarrufdan mahrum bırakılarak imtiyaz veren hukuku âmme eşhası hükmiyyesi tesisatı satın almak suretile imtiyaza nihayet verir. Satın alma keyfiyeti ekseriya şartnamede tayin edilmiştir. Alel'umum satın almada tazminat ile beraber mevcut alât ve edevatın satın alınması noktaları mevcuttur. Satın alma muamelesinin hitamında tesisata ait her şey olduğu gibi imtiyaz verene rucu eder. İmtiyaz alana muvaffakiyeti hususunda tecürübe müddeti vermiş olmak için 15 sene evvel imtiyazın satın alınmıaycağı ekseriya imtiyaz mukavelenamelerinde tasrih edilir. Esbabı mücbire altında hukuku âmme eşhası hükmiyyesi imtiyazı 15 seneden evvel de satın alabilir.

Satın alma bedeli her sene mütebaki kalan imtiyaz müddetince mukassaten imtiyaz alana verilir. Senelik taksit son yedi senenin hasılatından en zayıf olan iki senelik hasılatı tenzil etmek ve mütebaki kalan beş sene hasılatının vasatisi suretile tesbit edilir. Şayet hükûmet onbeş seneden evvel satın almak arzu ederse, bu taktirde inşaat ve tesisat masarifi hakkiyesi üzerinden hesap olunur.

İmtiyaz müddeti:

İmtiyazlar ekseriyetle evvelce daimî iken, yani bir müddetle mahdut değil iken şimdi mahdut ve muayyendir. Yalınız bu müddet, imtiyaz alana sermayesini alabilecek ve kâfi mikdarda temettü temin edebilecek derecede uzun olmalıdır. Bu müddetin tabii çok uzun olması da muvafık değildir. Zira mazide imtiyaz mukavelenamesile ihdas edilmiş olan hukuk ve vecibelerin istikbalin menfaatlarını ihlâl etmemesi lâzımdır. Yani evvelden tahmin edilemeyen menfaatların imtiyaz mukavelenamesi hükümleri icabı, uzun müddet elde edilmesi doğru değildir.

78

İmtiyazı teşkil eden şeylerin tâbi oldukları hukukî rejim: İmtiyazı teşkil eden her şey devlete aittir. Bunlardan imtiyaz alanların yalınız intifaa hakları vardır. İmtiyaz harici olanlar tabii imtiyaz alana aittir ki, bunlara da imtiyazı verilmemiş kısım denir, imtiyazı verilmiş kısım: Meselâ şömendöferlerde, bütün demiryolu hattını, müştemilâtını, istasyonları, ebniyeleri rıhtımları, depoları, atelyeleri, bir kelime ile hemen hemen hatta taallûku olan her şeydir.

İmtiyazı verilmemiş kısım ise, şömendöfere taallûku olmayan şeylerdir. Meselâ merkezi idare binaları gibi:

İmtiyaz alanın arazi üzerindeki hukukî mahiyeti:

Arazi devletin emlâki milliyesinin bir kısmıdır. Binaenaleyh imtiyazda arazi hakiki bir tasarrufa mevzu olamaz. Şu halde imtiyaz alan arzın ne hakiki sahibi ve ne de intifa hakkının sahibidir. Hatta müsteciri bile değildir. İmtiyaz alanın yalınız tesisattaki menkul emvalde huhuku vardır. Mahkemeler içtihadı bu hukukun hususî bir intifa hakkı olduğu merkezindedir. Yani imtiyaz alanın hakkı, mevcudun muhafazasına nezaret etmek hakkıdır. Yani tesisatın ve tesisatda mevcut eşyaların muhafazasına nazaret hakkı bu hak hukuku ayniyeden yani male taallûk eden bir hak değildir. Zira devlet emlâki milliyesinde hukuku ayniye mevcut değildir, ve olamaz. Şu halde imtiyaz sahasını teşkil eden ve hizmetin işlemesi için lüzumu olan müştemilât bir kelime ile her şey hukuku âmme eşhası hükmiyesinin umumî emlâkindendir. Meselâ istasyonlara garlara, giden büyük caddelerin bekçilerin ikamet ettikleri binaların gar ve istasyon bahçelerin bütün Garp müellifleri ve devlet şuraları içtihatları buraların demiryolu müştemilâtı olduğundan ittifak etmişlerdir. Şu halde bunlar da emlâki milliyedendir. Atelyelerin imtiyaz müştemilâtından olup olmadıkları mes'elesine gelince: Yalnız tamirat atelyelerinin imtiyaz müştemilâtından olduğu ve binnetice emlâki milliyeden bulundukları kabul edilmiştir. İmtiyaz sahibinin yeni vagon fabrikaları imtiyaz müştemilâtından madut değildir.

İmtiyaz alanın imtiyazda mevcut alât ve edavat üzerindeki hukukunun mahiyeti.

Bu menkul emval üzerinde imtiyazı alanın hakkı tasarrufu vardır. İstediği gibi tasarruf eder. Rehin eder teahhüdünün adami ifası ha-

79

halinde rehin edilen emval furuht olunur. Mahaza haciz ve furuhut ne-elesi doğrudan doğruya imtiyazın işletmesile alâkadar olduğundan bazı memleketlerde bu noktai nazar kabul olunmamıştır. Zira bu şekil, âmme hizmetinin muntazam ve mütemadî işlemesi kaidesini ihlâl edecektir.

Nafia âmme hizmetleri imtiyazları gerek imtiyaz müddetinin hitam ermesi ve gerek imtiyaz sahibinin hukukunun ıskatı ve gerek satın alma suretlerile hukuku âmme eşhası hükmiyyesine intikal eder. İşte bu surette devlet, vilâyet veya belediye bu imtiyazları millileştirmiş bulunur.

Etanize edilen bu âmme hizmetleri imtiyazlarındaki göze çarpan barz muhassenat hatlarda tarifelerde vahdeti temin etmediği gibi bu hususarda iktisadî ve içtimaî icaplara göre tarifeleri tanzim eder. Ticaret kayrusı olmadığı için rekabetdeki müşkilâtı bertaraf eder. İmtiyazı işleten menu-lar üzerindeki Devlet otoritesi daha kuvvetlidir. Âmme hizmetlerini nur-tazam ve mütemadî ve halkın ihtiyacına tekabül edecek bir şekilde işeti. Bütün müelliflerin mahzurlar meyanında saydıkları memurların çoğalnas İşletmenin ticarî olmaması keyfiyetleri memleketi yüksek menafii ile mu-kayese edildiği zaman hiçe iner.

Netekim millileştirilen nafia âmme hizmetlerinin memleketimizdeki şle-me tarzı ve verim kabiliyetinin bu müesseselerin devlete intikalinden sınrı pek çok geniş bir sahada ve daha ucuz bir şekilde istifade etmelerin intaç etmiştir. İşte memleketin her tarafını kaplayan şimendüferler.

Bu o kadar bariz bir hakikattırki üzerinde durmak ancak bu yolu açan Büyük Atatürkümüze ve sevgili Baş vekilimize minnet ve şükranla-rımızı arzetmek için vaki olabilir.

Temenni olunurki, bütün nafia âmme hizmetleri, Devletin kontrolü al-tında değil, devletin elile ifa edilsin.

No: 37

« Eski ve yeni telâkkilere göre hükmî şahsiyet » [1]

Konferansı veren: *Cahit Oğuzoğlu*
Ankara Hukuk fakültesi medenî hukuk profesörü

Yüksek dinleyiciler:

Hukuk ilmini yayma kurumunun. belli başlı gayelerine ulaşma yolundaki çalışmalarını hepimiz şükranla takip etmekteyiz.

Kurum tarafından seri halinde verdirilmekte olan konferanslardan biri de bana verdirildiği için, Kuruma ve onun sayın başkanına. mevzua girmezden evvel teşekkürü bir borç bilirim.

Aziz dinleyicilerim:

Bu günkü konferansın mevzuu biliyorsunuzki eski ve yeni telâkkilere göre hükmî şahsiyettir. Vaktımızın darlığı, şüphe yok ki bizi bu mevzuu etraflıca izah eylemekten, incelemekten, hükmi şahsiyet meselesile tam ve noksansız olarak iştiğalden menedecekse de, hükmî şahsiyet mefhumuna taallûk eden en mühim münakaşalardan. ilmî mübahaselerden imkân nispetinde bahse çalışacağım.

Şahıs mefhumu ve şahsiyet tabiri en eski hukuk sistemlerinde yer almaktadır. Tarihe bir göz atıldığı takdirde Roma hukukunda şahıs mukabili olarak Persona kelimesinin kullanılmakta olduğu görülür. Şahıs tabiri bu gün hukukî dilde hak ve vazife hâmili — (SUJET DE DROİT) hukukî ehliyet şahsiyet tabirlerile sinonim olarak kullanılmatadır.

Şahsiyet, haklar iktisabı ve vecibeler iltizamı ehliyetini ifade eder. Hukukî manada şahsiyet veya hukukî ehliyet bilcümle hukukî eserlerde ve

[1] Bu konferans 28-3-936 Tarihinde Ankara Halkevinde verilmiştir.

yazılarda da tesadüf edileceği veçhile Sübjektif bir hakkın hamili veyahutta " hak ve vazifelerin Süjesi " olabilmek demektir.

Hulasa bu gün şahıs: Kendine has haklardan istifade eden ve borç iltizamı ehliyetini haiz olan varlıktır, Kısaca hukukun hamilidir. Her insan asri hukukta bir şahıstır. Hatta cari dilde insan kelimesile şahıs tabirinin çok dela yekdiğerinin yerine kaim olacak şekilde, müradif olarak kullanıldıklarını görürüz, biri diğerinin yerini tutmaktadır.

Bir istilâh olarak « Şahıs » tabirinin hukukî manası ise daha âm ve şamildir. İnsan haricinde bazı varlıkları mücerret bazı mevcutları da sinesinde toplar.

Biraz evvel Romada şahıs mukabili olarak « Persona » kelimesinin kullanıldığını söylemiştim. Roma hukukunda persona tabiri bütün insanları derağuş eden bir tabir olmadığı halde insanlar haricinde mücerret bazı varlıkların hak ve vazifelere ehil olabileceklerine delâlet eden bir tabirdi. Persona kelimesi şahsın tiyatro sahnesinde, bir oyunda taşıdığı maskeyi ifade ediyordu, kelimenin menşei hususî bir manada istimalini mümkün kılmaktadır, yani bu maske ile, arkasında saklı olanın, daha doğrusu artistin oynadığı rolün yekdiğerinden ayrılması lâzımgeldiğini, şahısla insan tabirlerinin tefriki icap eylediğini, bu tabirlerin hukukî manada her zaman sinonim olmadıklarını bize anlatacak mahiyettedir. İstitraden şu noktayı da söylemeliyim: Roma hukukunda tesadüf eylediğimiz şahıs mukabili olan Persona kelimesi Altheim'in iddiasına nazaran menşeini Etrüslülerin dilinde bulan bir kelimedir. Binaenaleyh eski türk diline ait bir tabir olması kuvvetle muhtemeldir.

İnsanla şahıs sinonim değildir dedik. İnsanla şahıs arasındaki fark her şeyden evvel İnsanın tabii ilimlerin konusunu, şahsın ise manevî ve sosyal ilimlerin mevzuunu teşkil etmeleri noktasında kendisini bariz surette gösterir.

Biz burada şahıs mefhumunu, ne ahlâkî ne de felsefî bir mefhum olarak tetkik ediyoruz. Bir çok hukukşinaslar bu yoldan yürüyerek yalnış neticelere vardılar. Bizim için şahıs, ancak hukukî bir mefhum olması bakımından ehemmiyeti haizdir ve bahse mevzu teşkil etmektedir.

Yaşayan, zihayat olan mevcutlar arasında yalnız insanlar şahıs olarak kabul edilmiş ve ancak onlara hukukî ehliyet tanınmıştır. Zihayatlar ara-

sında yalnız onun menfaatlarıdırki hukukan müesses nizamın iştiğal sahasına dahil olur.

Filvakı hayvanları himaye ve siyanet, onlara zulum ve işkence yapılmasının önüne geçmek için kanunlar yapılmaktadır. Fransada bu nevi kanunların en eskisi olan 1850 tarihli *Grammont* kanunu yapıldığı zaman ortaya çıkan bazı yanlış düşncelere asrî hukukta yer verilemez. Bu nevi kanunlarla hayvanlar, hukukun süjesi derecesine çıkarılmış değildirler, yalnız gayrı insanî hareketlerde bulunanların cezalandırılması, fenalık, işkence ve zulum ikaına matuf iradelerin tecziyesi göz önünde tutulmaktadır, sadece cezaî mahiyetteki bazı hükümler karşısında bulunuyoruz; kısaca bu kabil mevzuatın mevcudiyeti, zihayatlar arasında ancak ve yalınız insanın hukukun süjesi olabileceği prensibini asla haleldar eylemez.

Bu gün insanların kâffesi hukukî manada şahıstırlar ve yaşadıkları müddetçe onlardan bu vasfı reffeylemek imkânı yoktur, modern hukukta şahsiyet insandan ayrılmıyan, onunla birlikte doğan ve zeval bulan bir vasıftır. Bununla beraber medenî avrupada geçen asrın ortalarına kadar romalıların *Capitis deminutio* Fransızların *Mort Civil* dedikleri Mevtî medenî - hükmi veya medenî ölüm namile tanınmış ve hukukî şahsiyete hateme çeken bir faraziye neticesinde insan umumiyetle haklarından mahrum edilmekte idi; medenî ölüm. hukukî şahsiyeti o tadan kaldırarak içtimaî varlığı bertaraf ediyor binnetice ferd sadece fizik şahsiyetten ibaret kalıyardu, hayat ve mevcudiyetini muhafaza ve idame edebilmesi için zaruri olan bazı haklar insana bırakılmakta idi.

İnsan için bundan daha büyük ve ağır bir ceza tasavvur edilemez zannederim, cemiyet dahilinde, hemcinslerile birlikte yaşamak mecburiyetinde olan bir kısım insanların şahsiyetten mahrum edilmeleri, medeniyet ve kültür alanında ilerleyip yükselmiş milletlerin seviyesile ve bu günkü hukuk zihniyetile telif kabul etmez bir keyfiyettir. Modern hukuk prensipleri, bu gibi telâkkilere yer vermiyecek kadar ileri ve yüksek prensiplerdir, artık ferdi, hukukî şahsiyetten tecrit eden ve ona hakiki ölüm halinin tevlit eyledigi bilcümle hüküm ve neticeleri tatbik eden hükümlere tesadüf edilemez, ileri hukukta bunların yeri yoktur, bunlar bu gün hukuk tarihinin geniş yaprakları arasında kendilerine ayrılan mevkii almış bulunmaktadırlar.

Tarihin seyri takip olunduğu taktirde: eski milletlerin tarihinde tesadüf

edilen ve uzun denilecek bir zeman zarfında devam edegelen esaret müessesesi de bir kısım insanları hukukî şahsiyetten mahrum etmekte onları camid bir cisim, lalettayin bir mâl menzilesine indirmekte idi esaretin cari olduğu yerlerde ve devirlerde her insan bir şahıs bir süje değildi, esirler hukukî ehliyeti haiz bulunmıyorlardı, muasır hukukî telâkkilere göre ise her insan bir şahıs bir *personne physique*, hukukun süjesidir, mühm bir kütleyi haklardan mahrum eden esaret müessesesinden de artık maziye mâl edilmiştir enstitüsyon olarak bahsedilmektedir, medenî kanunumuz herkesin bu gün birer şahıs süje olduklarını, haklardan istifade hususunda yekdiğerine müsavi bulunduklarını umumî bir prensip olarak vazeylemiştir. İnsanlar şahıs olmakla beraber, sözlerinden de anlaşılacağı veçhile hukukun süjesi yalınız insan değildir. İnsana hukuk, hakikî şahıs ismini vediğine göre hukukun süjesi olan birde diğer kısım varlıklar hükmi veya hukukî şahıslar denebilecek diğer mücerret mevcudiyetler daha vardır.

Binaenaleyh hükmî şahsı menfi bir surette tarif edecek olursak: «hakiki şahıs insan olmayan bir süjedir» diyebiliriz.

Bu tarif şüphesizki hükmî şahsın mahiyet ve karekteri hakında bizi tenvir edememekte ve bu mücerret varlığın sahip olacağı hakların şunul ve muhtevasına dair bir fikir vermemektedir

Buna rağmen herkesin üzerinde ittifak edebileceği yeğane bir tarif olduğu için bu husustaki etüdümüzün hareket mebdei olması yerinde ve doğrudur. Bu tarif neticesi olarak çok basit bir hadisenin yani hakiki şahıslar haricinde diğer bazı mücerret varlıkların ve teşekküllerin de mevcudiyeti, bunların da cemiyet içinde müstakilen haklara sahip bulundukları irae edilmiş demektir. Bu gün gözlerimiz önünde cereyan etmekte olan bu hadisenin bize tekaddüm eden cemiyetlerde de mevcudiyetine şahid olmaktayız. Ekonomik ve sosyal zaruretleri karşılayan bu mücerret varlıklar hukuk tarihinin kaydettiği en eski hukuk sistemlerinde yer almış ve tarihin seyri içinde mütemadiyen ehemmiyeti artmıştır. Bu gün de nazariyat ve mevzuatta hususî bir mavkii vardır. Bu mücerret varlıkların tanınması ve mevcudiyeti hadisesi bazı kimselere pek garip ve anormâl bir hadise olarak görünmüştür, onlar bu hadiseyi, kanun vazıinin yoktan var eder şekilde bir iş görmüş olması suretinde anlamakta ve kanun vazılarının ise böyle bir kudrete sahip bulunmadıklarını ileri sürmektedirler.

Hakikî şahıslar haricinde mücerret bazı varlıkların, teşekküllerin vücudunu izah eylemek ve meşru göstermek hususu oldukça müşküldür. Bununla beraber münferit varlıkların birer süje olduğu fikrini izah eylemek ne derece mühim ve esaslı ise mücerret varlıklar ve teşekküller için de bu husus o derece ehemmiyetli ve esaslıdır.

Tarihe bir göz atıldığı takdirde: Mücerret varlıklara taallûk eden fikrin hakiki physipul mevcudiyetlere müteallık olan fikir kadar eski olduğu görülür. İptidai cemiyetlerde toplu bir halde bulunuş ve yaşayışın gurup hayatı ve gurup haklarının, ferdlerin haklarından ve hayatından çok daha fazla bir ehemiyete sahip bulunduğu tereddüt edilmez tarihî bir hakikattır. Tatbikî ve amelî bakımdan topluluğa, bütün guruba ve teşekküle bazı haklar atfedilmeksizin hic bir cemiyet idrâk olunamaz.

Hadisenin hukukî izahı hususunda fikir ihtilâfı mevcut olabilir. Lakin hadise o kadar umumî, cihanşumul ve daimidirki buna garip ve acip veya bir istisnaiyet izafesine imkân mevcut değildir.

Her yerde ve her zaman, en eski devirlerden bugüne kadar ferd, tek başına başaramadığı, kuvvet ve kudretinin yetmediği işleri hem cinslerile bir araya gelmek suretile yapmak yolunu tutmuş, muhtelif ferdlerin muayyen ve mühim gayelere varmak için, iradelerini, maddî ve manevî kuvvet ve kudretlerini, sermaye ve saylerini birleştirmeleri neticesinde bu mücerret varlıklar meydana gelmiştir, bunları, içtimaî zaruretlerin çocukları diye tavsif eylemek ve bu çocukların maddî birer varlık olmayup sosyal ve manevî, mücerret mevcutlardan ibraret bulunduğunu da ilâve etmek kanaatımca doğru ve yerinde olur. Her hâlde hadisenin daimiyet, umumiyet ve cihanşümullüğünde bir an dahi şüphe ve tereddüde imkân yoktur.

Hakikî şahıslar haricinde bu mücerret varlıkların hukukun süjesi olması fikrini garip ve anormâl telâkki edenlerin bu hayreti bir müphemiyetten ileri gelmektedir. Cari dilde şahıs kelimesi sadece insanı, hakikî şahsı gösterir. Şahsın umumiyetle felsefi manasıda budur. Bu sebeble hükmî şahıslar dolayısile garip ve gayrı tabii bir hadise karşısında bulunulduğu zehabı ortaya çıkmaktadır. Lâkin heman söylemek lâzımdırki hukuk ilmî için şahıs mefhumu tamamen hukukî bir mefhumdur ve böyle kalması icap eder, şahıs kelimesi biz hukukçulara göre: sadece bir hak hamilini, kendisine tanıtan sübjektif haklara ve onlar mukabilindeki vazifelere sahip

olmak ehliyetini ifade eder: Bundan ne fazla ne de noksan bir mana ve karekteri haiz değildir.

Kanun vazii hakikî şahısları hukukun süjesi yapmak için mucip sebbler bulmakta müşkülat çekmez, fakat bundan, hakikî şahıslar haricineki varlıklara süje olmak vasfını tanıyamıyacağı neticesine niçin varalım? hikmî şahsiyet meselesi tam manasile, bundan evvelki asırda üzerinde durulmuş olan bir mesledir. Ondan evvelde hukuk âleminin bu mesele ile iştiğal eylediği şüphe götürmez bir hakikattır, nazar dikkatı calip bu vaıkların bu mücerret ve sosyal mevcutların mahiyet ve karekterleri, hukukî hayattaki ehemmiyetleri ve oynadıkları mühim rol evvelce de hukuk şıasları ve hukuk âlemini işğalden geri kalmamıştır.

Roma hukukî menbaları hükmî şahıslara dair bir kısım eylediği ibi Glossateurlerde *Glossateurs* bu mevzu üzerinde durmuşlardır. Bu meele onlardan itibaren bugüne kadar tetkik, münakaşa ve müzakerelere ve bir çok yazılar yazılmasına meydan vermiş olan hukukun önemli, dikkat ve ihtimamla incelenmesi lâzımgelen enteressan bir meselesidir.

Ondokuzuncu asrın ilk yarısında bütün kuvvet ve kudretile yaşamakta olan hükmî şahsiyet nazariyesi - yani Fiksiyon teorisi, bizat, orta çağ laşlanğıçlarında yaşayan Roma ve kilise hukuku esaslarına dayanır. BütünBu söylediklerimize rağmen biz meşğul olduğumuz bu meseleyi ondokuzuncu asrın hukukî bir meselesi, geçen asırda tebellür eden bir mesele diye tavsif ve tevsim etmekten vaz geçmiyeceğiz Zira aziz dinleyicilerim. Onlokuzuncu asırdan evvel hukuk, hükmî şahıslar meselesini ne kadar incelemiş, bu mesele üzerinde ne kadar durmuş olursa olsun modern hukukun yürüdüğü yollardan tamamen ayrı yollardan yürünmüş, tamamen başka görüş zaviyelerinden hükmî şahsiyet meselesi tetkik edilmiştir. Glossateurlede nihayet Roma hukukşinasları gibi düşünüyorlardı. Roma hukukşinasları lükmî şahıslar hakkında nazariyeler vücude getirmekle meşğul olmamışar, bu nevi teşekkülleri bir emri vaki, sosyal hayatın mevludû addederek, bunlara ait olan hukukî hükümlerle bunların istifade edeceği haklar üzeriide tevekkuf eylemişlerdi, Glossateurlerde nihayet bu çirçeveden harice çıkamadılar ve hükmî şahıslara ait hakikî bir nazariyeye varamadılar. Roma hukukçuları modern manasile bir nazariye vücude getirmek hususile meşğul olmıyarak bu nevi teşekküllerin sadece mekanik faaliyetlerine mütealık

bazı esaslar koymakla iktifa ettiler. Daha Romalılar zamanında hukukun süjesi yalnız insalar olmayup, insanların mensup oldukları içtimaî guruplar, devlet, belediye, kommün, umumî veya hususî menfaatlar gayesile teşekkül eden cemiyetlerin her nevi, bilcümle mücerret varlıklarda cemiyet içinde mühim ve üstün bir rol oynamakta idiler: Romalılar için de bu varlıklar sosyal ve ekonomik bir zaruretin ifadesi olarak tecelli ve tezahur etmiş, bu ğurupların ve teşekküllerin hukukî hayata ve münasebetlere iştiraki temin olunmuş, faaliyet ve inkişafları için lâzımgelen hukukî kudret bunlara tanınmıştır.

Maddî mevcudiyeti olmıyan bu varlıklar umumiyetle insanların el ele vermesi, birleşmesile vucuda getirilmekte ve tam manasile sosyal ve ekonomik ihtiyaçları karşılamakta idiler, zamnla romada bu nevi teşekküllerin adedi fevkalâde artmıştı. Romalılar bu teşekülerin insandan ayrılmayan, insanların bulunduğu yerde bulunması icab eden varlıklar olduğunu kabulde tereddüd etmediler, bu teşekküller sayesinde insan ömrünün yetmediği, ferdî hayatın kısalığı dolayısile başarılamayan bir çok mühim işler ve teşebbüslerin içtimaî, iktisadî ve ideâl gayelerin tahakkuku ve başarılmaları mümkün oldu, ferd, kendi faliyet ve kuvvetini, benzerlerin faaliyetile birleştirerek kuvvet ve kudretini zaaftan kurtardı, bu suretle onun görecegi işlerin girişecegi teşebbüslerin semereleri de son derece artmış oldu, ferd hayatın hitamına rağmen onların üstünde ve haricindeki mücerret varlığın, teşekkülün mevcudiyeti dolayısile aynı yolda yürümeğe devam edebilen halefleri müşterek gayenin tahakkuku için çalışmak ve seleflerinin başlayarak ikmal edemedikleri işleri tamamlamak ve yeniden mühim bazı teşebbüslere girmek imkânını buldular. Sâyilerini, sermayelerini, kuvvet ve kabiliyetlerini müşterek bir gaye yolunda birleştiren ferdler, kudretinde hududsuz bir şekilde tezyit eylemiş olduklarını tecrübelerle de bizzat görmekte geçikmediler ve beşeriyet zaruri bir şekilde, ihtiyacın sevk ve tazyıkı altında asırlar ve asırlar bu yolda yürüdü terihte tesadüf edilen ve günümüzde dahi mevcut olan bu husustaki mücadeleler, bu mücerret varlıklar ve teşekküller aleyhindeki creyanlar daima daha ziyade kuvvet bulmalarını, daha mükemmel bir şekil almalarını ve adedlerinin tasavvur edilemiyecek bir tarzda durmadan artmasını intaç etti, geçen her gün bunların ekonomik ve sosyal kıymet ve ehmmiyetlerini bu alânlârda görebileceklerini önemli işleri ve temin ettikleri sonsuz fayda-

aları, insan ve sosyete hayatının bunlarsız olmıyacağını, insanlığa anlatmaktan geri kalmadı, mevcut kanaatları bir kat daha takviye eylemiş oldu.

Bugün bu varlıkların kendi mevcudiyetlerini tanıtmış ve empoze etmiş oldukları, ihmal edilmelerine imkân bulunmadığı artık münakaşa kabul etmiyen bir hakikattır. İçinde yaşanılan cemiyette nihayet muhtelif insan topluluklarının ve teşekküllerinin birleşmesinden ibarettir, bu muhtelif varlıklar muhtelif şekillerde kendilerini gösterirler, hükmî şahısları iki mühim kategoriye ayırmak ve bu surette tetkik eylemek imkânı vardır. bunlarda «âmme hukuku hükmî şahısları ve hususî hukuk hükmî şahışları» dır. Devlet, teşkilâtile ve idarî şuabatile âmme hükmî şahıslarının başında yer alır Hususî hukuk hükmî şahısları ise cemiyetler, tesisler ve diğer mütenevvi şirketlerdir, yani bunlardan bir kısım dinî, bediî, ilmî veya hayra matuf ideâl gayeerle teşekkül ederler ve bu nevi gayeler peşinde koşarlarken diğer bir kısmı muayen bir kâr temini, maddî bir menfaat elde etmek maksadile cemiyeye koyarak bir araya gelen insanlardan terkküp eder.

Hükmî şahıslar hakikî şahısların, ferdlerin bir araya gelmesile teşekkül edebilecekleri gibi, bazan ferdlerin mevcudiyetlerine, bunların bir araya gelmelerine lüzum olmadan bunlar haricinde, müstakil ve mücerret varlıkların bir süje olarak hukukta yer aldıkları görülür, bunlar muayyen servet ve mâl kütlelerinin daimi bir gayeye tahsisi neticesinde vücut bulurlar burada hükmî şahıs diye bir süje ortaya çıkaran muhtelif üyelerin birleşmesi olmayup, tahakkuk ettirilecek bir fikir varılacak bir gaye şahsiyete vücut verir, onun ruh ve esasını teşkil eder: Sosyal bir vazife görmek gayesini taşıyan bu varlıklar müessese veya tesis namını alır. İçtimaî hayatta mühim bir rol oynayan bu varlıklara hukuk bir şahsiyet tanımak iztırarndadır, bu teşekküler ve mücerrt varlıklar gerek kendilerini terkip eden ferdlerle ve gerekse üçüncü şahıslarla daimi surette münasebet ve temas halindadirler, bunlarda aynen insan gibi hukukî hayatın bilcümle münasebetlerine iştirakle iktisap ve ihzarlarda bulunurlar, devir ve ferağ ederler borçlara ve haklara sahip olurlar, aynen hakkî şahıslar gibi bir süje hukukî faaliyet ve münasebetlerin merkezidirler.

Medenî memleketler mevzuatı hükmî şahıslara hususî bir mevki ayırmak lüzumunu idrâk etmişler ve hukukî şahıslar yanında hükmî şahıslara müteallik ahkâmı da vazeylemişlerdir.

48

Muhtelif devletlerde hukukî şahısların geçirmiş oldukları tekâmül safhalarını tetkik eylediğimiz zaman, Romada olduğu gibi, bu hususta nazariyeden evvel vakalarla karşılaştığımızı görürüz. Zira hukukta müesseseleri sosyal ihtiyaçlar ve zaruretler vücuda getirir, bu müesseseler kendilerinden beklenilen pratik neticelere varmak için vücut bulurlar ve inkişaf ederler. Bunların şu veya bu nazariye ile meşru ve doğru gösterilmeleri bidayette düşünülmez. Bilâhara ve umumiyetle çok geç olarak hukukî bir müessesenin hükümleri ve neticeleri teşmil veya tahdit edilmek istenildiği zaman nazariye ortaya konulur. Yâni evvalâ netice sonra prensip: neticeden pransibe varmak, prensibi bulup çıkarmak bütün hukuk binasının esasını teşkil eder. Eski hukuk sistemlerinde ve bilhassa Roma hukukunda ve bügünün mevzuatında âmme hukuku ve hususî hukuk hükmî şahışları arasındaki farkın mevcudiyeti görülmektedir. Roma hukukunda da bu nevi teşekküller ve mücerret varlıklar onları kuranların hayatından daha uzun bir ömre maliktirler. Bir cemiyette veya cemiyeti tesis edenlerden eser kalmadığı anlarda da teşekkülün devam eylediği, azasının değişmesinden hükmî şahsın müteessir olmadığı görülmektedir. Roma hukuku da bu teşekküllere kendilerini terkip eden ferdlerden müstakil hukukî bir varlık tanımıştı, daimiyet bunlarında esaslı vasıflarından idi. Teşkilâtlı olan bu varlıklar bu bakımdan bu nevi, teşekküllerin en mükemmel ve yükseği olan, bu mücerret mevcudiyetlerin başında gelen devlete benzeyorlardıl. Devlet, kendisini terkip eden şahısların değişmesinden hiç bir suretle müteessir olmaz, müstakil ve mücerret varlığı devam eder. Roma hukukunda hükmî şahsiyet telâkkısı klâsik devirde muhakkak surette mevcut idi. Devlet hükmî şahısları Romada ilk safta yer almaktadır, *Girard* jirar: « Romalılar devlet şahsiyetini nazarî surette münakaşa etmiş görünmiyorlar, lâkin ta menşeinden beri mallara, alacak ve borçlara sahip olacağı majistra vasıtasile hukukî hayatın bilcümle muamele ve münasebetlerine ehil bulunduğu kabul edilmişti. Hatta mirâs iktisabı gibi diğer hükmî şahıslara bir çok kayıt ve şartlar altında müsade edilecek hukukî müameleleri devlet, hükmî ve hakikî şahısların takibe mecbur bulundukları eşkâl ve merasimine riayete mecbur olmaksızın yapabilirlerdi. » diyor.

59

Âmme hükmî şahısları yanında birde ferdler tarafından vücuda getirilen muhtelif teşekküller, cemiyetler, memur, papas ve esnaf teşkilâtı ve diğer sosyeteler ve kollejler mevcuttu. Ferdlerin, hakikî şahısların bir araya gelmesi neticesinde vücut bulan mücerret varlıklar latince bir tabirle *Universitates Personarum* diye anılır bunlar cumhuriyet devrinde ogust'e kadar resmî bir müsaade istihsaline lüzum olmaksızın - nizamnamelerinin verilmesi şartile - serbestçe teşekkül imkânına malik idiler: Bu suretle şahsiyet iktisap olunuyordu.

Çiçeronun konsüllüğü zamanında bu nevi cemiyetlerin adedi so derece artmış ve siyasî bir mahiyet iktisap ederek bir çok tahrikat ve kargaşalıklara merkez teşkil etmişlerdir. O zamanki iğtişaşlarda ve asayişi ihlal eyleyen hareketlerdeki fazla tesir ve rolleri bir *Senatus Consultele* ortada kaldırılmalarını intaç etti bu nevi mücerret varlıkların, teşekkülerinde evvel Senanın müsaadesini almak şartile vücut bulacakları Sezar zamanında yeniden kabul olundu. Klasik devirde, müsaade almış olan hakikî şahıslardan mürekkep teşekküller hükmî şahsiyete tamamen sahip ve hukukî bir varlık teşkil ediyordu. Muayyen ve devamlı bir gayeye bir servetin tahsis suretile vücuda gelen mücerret varlıklara mal kütlelerine latince bir tabirle « *Universitates rerum veya Bomorum* » denilmektedir, bunlar hayır müesseseleri, tesis ve vakıflarıdr. Bir hayır işinin görülmesi için yapılan teberrular ve tahsis edilen servetler Hıristiyanlık devrine kadar hukuk şahsiyetten mahrum idiler. Bu devirden itibaren muayyen gayelere tahsis edilen mallar hukukî şahsiyetten istifade eylemeğe başlamışlardır. Hıristiyanlık devrinde katolik kilisesine yapılan bir çok teberrular neticesi olarak evvela kilisenin şahsiyeti tanındı, mensuplarının haricinde ve dinî gayelere tahsis edilen servetlerin maliki olacağı ve bunlar üzerinde icap eden tasarrufları yaparak hak ve vazifelere ehliyeti kabul olundu.

Zamanla Romada bu nevi hükmî şahısların adedi arttı., Kilise haricinde bir takım manastırlara, dinî tesislere, hastahanelere, darülaceze ve diğer melcelere hükmî şahsiyet tanındı, yavaş yavaş hayırlı bir maksatla vuku bulan her nevi teberrulara şahsiyet teşmil edildi: Bu nevi varlıklar mal kütleleri her hangi resmî bir müsaadeye lüzum olmaksızın vücut bulabiliyorlardı. Savigny « *Traité de droit romain* » nam eserinde aksi fikri dermeyan etmekte, bu kabil hükmî şahısların vücut bulması için ayrı bir müsade istihsaline lüzum olduğu noktai nazarını müdafaa eylemektedir. Tetkika-

tımız Roma hukukunun ta ilk devirlerinden itibaren hükmî şahısların mevcudiyetini ve birer süje olduklarını, bu mücerret varlıkların hukukî hayatta git gide zamanın seyri içinde daha hususî ve önemi artan bir mevki işğaline başladıklarını ve bunların şahsiyet ve hukukî ehliyetini bize kâfi derecede göstermiştir.

Roma hukukundan ve Roma imparatorluğunun inkırazından itibaren orta çağa doğru ilerilediğimiz takdirde hukuk kültürünün de tedricen ortadan kalktığına ve kurunu vustanın karanlıklarının şahsiyet mefhumunu da sislere bürüdüğüne şahid oluruz. Nur ve ışıktan mahrum zulmetler içine boğulmuş olan bu devirde, hakikî şahıslar haricinde mücerret varlıkların mevcut olacağı unutulmuş, hükmî şahsiyet mefhumu nisyane karışmıştı. Hukukî şahsiyet mefhumunun yeniden canlanmasına kilise sebeb oldu. Kilise lehine vuku bulan bir çok teberrular neticesinde servetini haylıdan haylıya arttırmıştı, Mallar üzerinde tasarruflarda bulunmak için ayrı bir şahsiyete sahip olması icap ediyordu. Bu suretle kilisenin hukukî şahsiyeti yeniden ortaya çıktı. Roma hukuku hukmî şahsiyet nazariyesi üzerinde işlemediği gibi Glossateurler de nihayet kendi zamanlarında yaşayan teşekküllere Roma hukukundaki esasların tatbikile uğraştılar ve daha ileri gidemediler. Tekâmülün seyri takip edildiği zaman müteakip devirlerde yavaş yavaş ileriye doğru bazı adımların atılmakta olduğunu görüyoruz. Henüz tam manasile bir hükmî şahsiyet meselesi ortaya çıkmamış olmakla beraber bu hususta bir nazariye vücuda getirmek yolundaki çalışmalara tesadüf edilmektedir. İşte bu nazariyeyi kurmağa çalışanlar kilise hukuku ile meşğul olanlardır. İhtiyaçların aman vermiyen tazyiki altında kiliseye mensup bazı zevât, nazariyeyi işlemişler, mücerret olan teşekküllere de şahıs ismini vererek onların da hukukun hâmili olacağını ve hakikî şahıslardan ayrılmaları lüzumunu beyan etmişlerdir, bunlar, mücrret şahsiyetin mevhum ve mefruz lâkin zarurî bir şahıs olduğunu ilâveden de geri kalmamışlardır. Bu sebeble büyük hukukşinas *Gierke* nin fikrine göre hükmî şahıslara taallûk eden ilmî meselenin hakikî babası kanoni Stlerdir, bu andan itibaren hükmî şahısların mevhum ve mefruz birer varlık olduklarına dair bir doktrinin ortaya çıkmış bulunduğuna şüphe yoktur. Bu suretle ortaya çıkan bu nazariye tabiî hukuk cereyanına kadar mevcudiyetini muhafaza ve idame edebildi, tabiî hukuk cereyanının kuvvetle hakim olduğu devirde zahiren, mefruz ve mevhum şa-

hıs doktrini değişmemiş görünüyorsa da hakikatta menşe'indeki mana ve mahiyetini ve muhtevasını çoktan gaip eylemiş bulunmakta , tabir cazse katılaşmış bir vaziyettedir. Tabiî hukuk bu boş kalan kalıba ve şekle eni bir muhteva getirdi.

Mefruz ve mevhum şahıs tabiri mahfuz kalmakla beraber bu tabir,tamamen başka bir mana ifade etmekte, teşekkülün kollektif şahsiyetini ös. termekte idi. Zamanla bu husus sadece nazariyatta kalmıyarak mevzuta da girmiştir . . Onsekizinci asrın ikinci yarısında ve ondokuzuncu arın başlangıçlarında mevcut şahsiyet nazariyesi budur. Bu nazariye bir ok şahısların ancak bir şahıs ad ve bir şahıs gibi hesap edileceklerini ve bunu da bir faraziye bir fikisyon neticesi olacağını öğretir. Baba ile oul murisle varis kanunî bir fiksiyon netioesi olarak muhtelif şahıslardanterekküp eden cemiyetler, şirketler ve muhtelif teşekküllerde bir mukavele neticesi olarak tek bir şahıs gibi telâkki olunurlar, işte bu şahısları uhayyel şahıs mefruz veya mevhum şahıs diye yad etmektedirler diğercihetten bu mevhum şahıslar o suretle tahlil ediliyorki birleşmiş olan şahısları tek ve mücerret olarak ayrı ayrı ele almak suretile değil lâkin hosi birlikte yekdigerine bağlı bir kül Tek vücut halinde tecelli eylemekteirler. Bu nazariye evvelki asrın başlangıçlarında kuvvetle hâim olan bir nazariyedir, bu telâkkiye göre pek tabiî olarak her şeyden evel ve hakiki manasile şahıs insandır, onun yanında esas itibarile aynı tabiikle mevhum ve manevi şahısta tanınmaktadır.

Ondokuzuncu asır hukuk şinaslarının bir kısmı mühimminin hukkî şahsiyet nezariyesinin mebdei hareketi ancak hakikî şahısların, insanlın hukuka süje olabilecekleridir. Bu esas üzerine kurulan muhtelif sistemlerden bahsetmek ve bunların kabul edilmelerine imkân bulunmadığını, ıahiyet ve hakikat eşyaya uygun olmadıklarını göstermek lâzımdır.

(Ondokuzuncu asırdan Savigny'den itibaren hükmî şahıslar) Fictıon sistemi denilen sistem Fransada son zamanlara kadar umumiyetle kuul edilen ve bir çok hukukşinaslarca kuvvetle müdafaaya mazhar olan sistemdi. Yalnız insanlar hakikî bir şahıs oldğu için insanlardan gayrı ın varlıklara şahsiyet fikrinin tatbiki, hukukî bir faraziyeden başka surde izah edilemez, kanun vaz'ı umumî menfaat bakımından mevhum ve mefuz bir şahıs kabul etmekte ve bunu kısmen hakiki şahısların tabi oldğu

muameleye tabi tutumaktadır. Bu suretle kanun vasfı, tasavvur eyledigi bu şahıs için hakların mevcudiyetini mümkün kılarak bunları da umumî hükümleri arasına idhal eylemektedir.

Bu birinci görüş tarzında devlet fictionun hâkim ve sahbi mutlakıdır, hükmî şahsiyet şe'niyeti karşılamaktadır, bu şahsiyet kanun tarafından münasip göreceği bazı teşekküllere verilmiş hususi bir imtiyaz mahiyetindedir. Kanun vazıi, insan tarafından vücude getirilen bu mücerret varlıkların faaliyetini kolaylaştırmak icin bunlara şahsiyet tanımaktadır.

Mevhum ve muhayyel şahsiyet nazariyesi ondokuzuncu asırda hakim olan ananevi denilebilecek bir nazariyedir.

Bu Nazariyenin Almanyada muakkip ve müdafileri tarihî mektebin müessisi *Savigny, Puchta. wındseheidı* gibi tanınmış şahsiyetlerdir, Bu nazariye Fransada son zamanlara kadar hâkim bir mevki işgal eylemiştir. Bu hukukî meselenin ilmî surette tetkiki 19 uncu asırda Savigny ile başlar. Bir çok hukukşinaslar bu mcseleye başlarken tetkiklerine esas teşkil eden eserlerin başında Savigny'yi gösterirler, zira hükmî şahsiyet meselesi hukukta onunla beraber başlıyan, yürüyen ve onsuz düşünülemiyen bir meseledir, biz hukukçular hükmî şahsiyet meselesini ona medyunuz.

Tatkikatımızın mevzuu ile alaka ve münasebeti bakımından Savigny'nin eseri sadece, tabii hukukun hükmî şahıslar hakkındaki «kollektif şahsiyet» fikrine karşı Roma ve kilise hukukuna istinad eden bir aksülamel olmayup aynı zamanda eşhas bahsini umumî ve ilmî bir esasa irca eylemek suretile onun ayrı ayrı tecelli ve tezahürlerini anlamağa çalışmak için yapılan önemli bir deneme mahiyet ve karekterini de haiz bulunuyurdu. Savigny burada hukuk ilminin ehemiyetle meşgul olacağı bir meselenin mevcudiyetini kuvvetle iddia etmekte ve şahısla hukukun münasebetini tayin ve tespite çalışmaktadır. Savigny'nin bu hususta ilerisürdüğü hal suretini kabul etmek istemiyen hukukşinaslar dahî onun hükmî şasiyet meselesine muhteva ve şumul itibarile pek çok şey kazandırmış olduğunu teslime mecburdurlarr

Savigny diyurki:

(Her hukukî münasebet bir şahsın diğer bir şahısla olan alakalarından doğar. Hukukî münasebetlerin vücud bulmasına sebeb olan eşhasın mahiyet ve karakteri üzerinde durmak lâzımdır. hükmî şahsiyet meselesi do-

layısile her şeyden evvel kim Hukukun hamili; Hukukî münasebetlrin süjesi olabilir, sualine cevap vermek iktiza eder. Bu sual hakıra sahip olmak veya hukukî ehliyet meselesine taallûk eder. „ Saviny uzun bir asır zarfında üzerinde durulan ve çalışılan meseyi hukukî bir formül ve çerçeve içine alarak onu vazzettiği içinbu sahada yeni bir devir açmış olduğu gibi bilhassa meselenin halli için ürünecek yolu da göstermeğe çalıştığı, meseleye bir hal sureti bulmya bütün kuvvetile uğraştığı için de bu bakımdan yeni bir devir açmış can büyük hukukşinastır. «Savigny » hukuk her insanın sahip olduğu hüriyet olayısile mevcuttur, bu sebeble menşeinde şahsı mefhumu, süje, inan mefhumuna tekabül eder , bu iki mefhum arasında men'şe de mevcut oın ayniyet şu formülü ifadeyi mümkün kılar: İnsan ve yalınız insan hukkî ehliyete sahiptir diyor. Lâkin zahiren kat'i gibi görünen bu iddianın rkasında göründüğünden çok daha fazla şeyler saklıdır. Biz savigny'yi umumiyetle büyük tarihçi, Gayüsun eserini ve fikrini ortaya koyan, tarihî mektebin müessis ve yürtücüsü olan büyük hukukşinas olarak tanıyoruz. Bununla beraber 19 uncu asırda bu meşhur şahsiyetin şöhreti aynı zamanda Roma hukuku sahasında büyük bir otorite olması yüzünden de fevkâlade artmış bulunuyordu. Savigny'nin tarihçiliği yanında felsefi ruhla da müccehez bir varlık olduğunu unutmamak lâzımdır. Savigny tarafından ana e esas hatları çizilmiş olan tarihî mektebin proğramı tam manasile felsefiur. Hükmî şahsiyet meselesinin mevzuubahsolduğu Roma hukuku eserinde e Savigny'nin aynı zamanda bir filozof ruhile meşbu olduğunu görmekteyi.

Savigny bize, hukukun şahıslar arasındaki münasebetleri tanzim eyediğini söylemekte ve ferdi iradelere hukukun ayırdığı saha dahilinde hr hangi bir harici müdahaleden azâde olarak ferdin hareket serbestisine mlik bulunduğunu ifade etmektedir. , Savigny'nin noktai nazarına göre hukkî münasebetin mahiyeti: Ferdi iradenin hareket ve faaliyet serbestisine mlik olduğu bir saha şeklinde formüle edilmiş demektir. Ona göre: İrae nin serbestisi ve istiklâli hukuk nizamının esasını teşkil eder. Bu serbetinin hukukî bir müeyyede ile himaye ve siyaneti hukukun ruhu ve manası icabıdır. Bu sebeble hukukun süjesi olabilecek yalınız akıl ve iradeye sahip olan insandır. İrade şahsiyetin esaslı bir unsurudur. Özel hukk alanı, şahsiyetin faaliyet ve tezahürünü,muhafaza ve idamesini nihayet i-

kişafını temine yarayan bir sahadır. Hükmî şahısların bu görüş zaviyetine göre, muhayyel ve mevhum birer hukuk süjesi oldukları neticesine varmak zarureti vardır, zira sübjectif hukuk: kanunun bir iradeye tanıdığı kudretin ifadesidir. Hakikî süje ancak insandır. şahsiyeten istifade edebilmek için irade kuvveti şarttır., Lakin insanlar yanında hükmî şahısların mevcudiyeti de bir vakıadır, bunu inkâra imkân yoktur, Bu mücerret varlıklar irade ve akıldan mahrum olmakla beraber bunlara da hukukî ehliyet tanımak icabader. pozitif hukuk, hukukî ehliyeti tamamen veya kısmen insanlardan nezeylemek suretile şahıs mefhumunu daralta bileceği gibi hukukî ehliyeti insanlar haricindeki varlıklara yani hükmî şahıslara da sun'i bir surette tanıyarak şahıs mefhumuna geniş bir manada izafe etmiş olabilir, bu takdirde zaruri olan bir unsur ve şart bir faraziye ile tamamlanmış oluyor, bu faraziye de hükmî şahıslarda iradenin mevcudiyetini kabul eylemekten ibarettir, Hükmî şahıslar hakikatta ehliyeti haiz olmadıkları halde hukukî münasebet ve muameleleri kolaylaştırmak için kanun vazıı bunlara sun'i bir surette tamamen farazî olan bir şahsiyet tanımaktadır,insan kuvvet ve kudretinin münferiden başarmaktan aciz olduğu bir çok mühim teşebbüsler bu sayede başarıldığı için bu şekilde şahsiyetin tanınmasından mütevellit faydalar pek fazladır.

Nazariye, esasında hatalı olmakla beraber Savigny hükmî şahsiyeti, umumî ve nazarî bir esasa istinad ettirmeğe çalıştığı ve hükmî şahsiyet memeselesine ilmî bir karakter izafesine muvaffak olduğu için, umumiyetle kabul edilmiş ve yarım asırlık bir zaman zarfında bütün kuvvet ve ehemmiyetini muhafaza eylemiştir, *Windschid ve Puchta* da; nazariyeyi temsil eden mühim şahsiyetlerdir. Puchta' ya göre: İnsanlar yanında hukuk, mücerret ve fikrî bir takım varlıkları da şahıs olarak tanımış ve bunlara mevhum veya hükmî şahıslar demiştir. Savigny'nin şakirdi Windsched'de aynı noktai nazarı temsil eylemektedir. Ona göre: irade kudretine sahip olan varlıklar hukukun süjesidirler, bununla hukukun süjesi kim olabilir, sualinin cevabı kendiliğinden meydana çıkmış oluyor; İnsan!

Zira hukuk nizamı insanların faaliyet ve hareket sahalarını tayin ve tespit işile meşgul olduğu gibi iradeye sahip olan yalnız insan olduğu için ona da hukukî şahsiyet tanımak mecburiyetindedir, lâkin insanlar haricinde diğer bir kısım varlıkların mevcut olduğu bir vakıadır, bu varlıklara atfe-

dilecek şahsiyet, tamamen sun'i, mevhum, fikri bir ameliye neticesinde vücude getirilmiş olan bir şahsiyettir bu nevi varlıklara hükmi şahıs ismi verilmekledir.

Sayın dinleyiciler:

Windschd' de umumiyetle Savigny'nin yolunu takip eylemiş bu büyük Pandectiste Fiction nazariyesi üzerinde işleyerek onu tekemmüle doğru yürütmüştür. Lâkin fiction teorisine karşı bir aksülâmel vukuuna da intzar eylemek lâzım geliyordu. Bu Teori Almanyada kuvvetli hucumalara maruz kaldı, bu gün orada pek az müdafileri vardır. Tenkide kapusu açık olan bu nazariyenin izahı tatmin edecek bir mahiyeti haiz değildir. Hükmi şahsiyeti tamamen sun'i, sadece kanun vazii tarafından vücude getirimiş onun muhayyelesinden çıkmış mevhum bir varlık telâkki eylemek hiçte doğru değildir. Bunun en kuvvetli delili bu mücerret ve fikri varlığın kenkisini zorla kanun vazıına kabul ettirmiş varlığını empoze eylemiş olmasıdır.

Mevzuat mükemmelleşerek hukuki hayat bir millette inkişaf ettikçe hükmi şahsiyet, hakiki şahsiyet kadar elzem ve zaruri bir varlık halinde teceli ve tezahur eder. Her şeyden evvel devlet ve devletin idari şübeleri bu nokta nazarı teyid eylemektedir, devletin hükmi şahsiyeti bu telâkkinin doğmuş olduğu zamanı bulamıyacak kadar eskidir.

Hükmi şahsiyet mefhumu zamanın seyri içinde genişlemiş ve şumullenmiş, her gön yeni tatbiklere mazhar olmuştur, buda gösteriyor ki hükmi şahsiyet telâkkisi hakiki ve mübrem bir ihtiyacı karşılamaktadır. Kanun vazıinin Hayalhanesinden çıkan sun'i bir varlığın ifadesi değildir, bunla kanun vazıine kendilerini zorla bir şen'iyet olarak kabul ettiren içtimai hayatın zaruret ve tecellileridir.

Bununla Fiction teorisinin yanlışlığı iyice ortaya konulmuş oluyor. fiction nazariyesine göre hakiki hukuk süjesi yalnız insanlardır. hükmi şahıslar ise muhayyel ve mevhum süjelerden ibarettirler

Hadiselerin müşahedesi bu muhakeme tarzının şe'niyeti kurşılamadığın göstermektedir. Sadece insanların hak süjesi olmayup onlar yanında diğer bir kısım mücerret varlıkların da süje olduklarının en kvvetli delili objekti hukukun, bu mücerret varlıkların mevcudiyetini ve şahıs vasfını haiz bulunduklarını kabûle mecbur olmasıdır, Tarih te bu hakikatı teyid eylemektedir

Bazen kanun vazılaları hükmî şahsiyeti tanımak istememiş, hükmî şahısların mevcudiyetinden çekinmiş bu varlıkları bir hasım telâkki eyleyerek ortadan kaldırmak istemişlerdir.

Lâkin sosyal ve ekonomik ihtiyaç ve zaruretlerin ifadesi olan bu mevcudiyetleri mutlak surette bertaraf edememişlerdir . Tarihin muhtelif devir ve safhalarında bu zarıret kendisini hissettirmekten geri kalmamış, hükmî şahısların kuvvetlenmesinden endişeye düşenlerin aleyhdar ve hasımkâr tedbirleri de nihayet pek kısa bir zaman devam edebilmiş, sonunda yine hükmî şahsiyetin yeniden kabulü mecburiyeti duyulmuştur.

Fiction nazariyesine göre şahsiyet devletin bir imtiyaz ve atıfeti mahsusudur, Bu imtiyazı devlet muhtelif tarzlarda bahşedebilir, kanun vazıı şahsiyetin verilüp verilmeyeceği meselesini her hadisede tetkik eylemek salâhiyetini mahfuz bulundu.abileceği gibi bu salâhiyeti idarî bir otoriteye de tevdi edebilir veya muayyen bir tipe uygun ve muayyen bazı kavaide tabi olarak vücud bulan her teşekkülün ve müessesenin şahsiyete sahip olabileceğini kabul etmiş olabilir.

Lâkin şahsiyet bir imtiyaz ve atıfetten ibaret olduğu için esasında Devletin keyf ve arzusuna tabi olmak karekterini muhafaza eyler.

Fiction sisteminde hiçbir teşekkül, ve topluluk mahiyeti itibarile şahsiyete sahip olmak iddiasında bulunamaz. bir lûtuf ve atıfete muhtaçtır. Bu lûtuf ve atıfetini devlet her zaman geri alabilir. Binaenaleyh devlet umumiyetle hoş gördüğü teşekküllerden bu imtiyazı esirgemiyecek, diğerlerine ise bunu bittabi bahşetmeyecektir. Hükmî şahsiyet bu sistemde topluluk ve teşekkülü terkip eden üyelerden müstakil bir varlık halinde tecelli ve tezahür eder. Fiction sistemi poze edilen meselenin anahtarını vermekten uzaktır ve hiç bir hususun halline yaramamaktadır. Hukukun üzerinde duracagı ve tarihin seyri içinde her devirde ve her yerde görülen hadise: Malların teşekkülü ve toplulugu teşkil eden şahıslara ait olmadığı hadisesidir. Bu malların mevhum ve hayali bir şahsa ait oldugunu iddia eylemek, kimseye ait olmadıklarını ileri sürmek demektir. Hakkın mevcudiyeti ona sahip olan bir süje mevcut olmaksızın idrâk edilemez. Hakkın varlıgını hayale ve sun'i bir şahsiyetc atf ve izafe eylemek suretile izah eylemek imkânsızdır. Bununla hakikî bir sujenin mevcut olmadığı itiraf ediliyor demektir. Bu izah şekli divarda takılı olduğu tasavvur ve tahayyül edilen bir elbise

97

askısına bir şahsın şapka ve mantosunu asmasına benzer.

Fiction teorisi bazı hukukî nazariyelerin izahını kolaylaştırmakla beraber kendisi hiç bir şeyi halletmemektedir.

Fiction sistemine karşı vukubulan aksülamel süjesiz hak teorisinin ortaya çıkmasile belirmiştir. Bu teoriye göre toplulugun mallarını sahipsiz mal telâkki eylemek ve bu maller dolayısile mevzuubahsolan hakların da süjesiz olacağı neticesine varmak lâzımdır. Fiction sisteminin tevlit eylediği reaksiyon bu kadar garip ve acayip fikirlerin ortaya çıkmasına ebeb olmuştur, Fiction sistemini eyice inceleyerek bu sistemi işleyen bir kısım hukukşinaslar fictionu faidesiz diye bertaraf ederek onun arkasında saklı olanı haklı bir surette görmek istediler. Lâkin perdeyi kaldırdıkları zaman arkasında gizli duran şeyi görmesini bilemediler. Zira bunlara göre de hukukun hakikî süjesi yalınız insandı,. Selefleri gibi bu hareket mebdein bir cihetten muhafaza ederken diğer cihetten fictionu ortadan kaldırdıklar için mevzuubahsolan haklar her türlü mesnedden mahrum muallakta kalıyor, ve bir hakkın süjesiz idrâk edilemiyeceği esasından uzaklaşılıyordu. Bu sistemi Fransızlar *Le System des droits sons sujet* tesmiye etmektediler. (Böhlau) *Rechissubjektu. Personenrolle* nam eserinde: (Hükmî şahıs: hakikatta sahipsiz bir mal kütlesinden bir patrimoine dan başka bir şey değildir. Bu mal kütlesi hukukan sanki bir süjeye sahipmiş gibi muamele görmektedir, bir şahıs olmamakla beraber ona bir şahıs rolü oynatılmakadır diyor.) *Brinz* bilhassa süjesiz hak teorisinin mümessili olarak gösterilebilir. Ona göre hukukî ehliyete sahip olan yalınız insandır, Onun yanında hakikatta ikinci bir kısım şahıs (Kategorie) si mevcut değildir, bizim hükm şahıs namını verdiğimiz varlıklar hakikatta şahıs olmayup patrimoine' nin hususî bir nevidirler. prensip itibarile şahısla alakası olmıyan muayyen bir gayeye ait bir Patrimoine karşısındayız bu patrimoine'i terkip eden miller hukukun çerçevesi haricinde kalmamakla beraber sahipsiz mâllardır, Res-nullius dirler.

Ortada mevhum veya şe'ni bir şahsiyetin mevcudiyetini ispata kalkışanlar, boşuna yorulmaktadırlar. Bir mâl bir şahsa ait olabileceği gibi muayyen bir gayeye de ait olabilir, Bu gaye bu sebeble şahıs vasfını ihraz eylemiş olmaz. Hükmî şahsın mameleki hakikatta gayenin mamelekidir. *Zweckvermögen* dir. Bütün hükmî şahıslara bu nazariyeyi tatbik mümkündür. diyor :

Bu kelime oyunlarile *Brinz*, ın Fiction teorisini bertaraf eylediği aşikâr ise de meseleye bir hâl sureti bulmuş değildir. Zira bu gaye mameleki de şahıs mameleki gibi haklardan terekküp eder, biz objektif bir gaye *Patrimoir*, e fikrini bir an için benimsemiş olsak bile mamelki terkip eden hakların sujesi kimdir sualinin cevabı bulunmuş olamaz.

Bizzat *Briniz*'in de bu nokdata gözünden kaçmadı: «Hiç bir şahsa ait olmayan patrimoine' nin ,yalnız şahısların sahip olabileceği haklardan terekküp etmesine imkân yoktur» dedi. Ona göre gaye Patrimoine'nın şahıs Patrimoine' nından ayırmak ve aralarında mefhum itibarile de bir fark yapmak lâzımdır. Bu nazariye bizi malların hakiki bir mameleki bulunmadığı için bunlara devletin vazı yed edebileceğini kabul neticesine isal eylemektedir. Fiction nazariyesine yapılan itirazlardan biri de bu nazariyenin âmme huku alanına tatbiki imkânsızlıgıdır. Roma hukunda hükmî şahsiyet mefhumu sadece hususî hukuk alanında inkişaf eylemiştir. Roma hukukşinasları devletin hâkimiyet haklarına sahip olduğunu göstermek için şahıs kelimesini kullanmamışlardır. Roma hukukşinaslarına göre şahıs aile ve mamelek hakları gibi hususî hukukun tanıdığı haklara sahip olabilmek ehliyetinin ifadesidir. Devlet şahıslarının haricinde ve üstünde bir varlıktı. Muahhar devirlerde devlet hazine ve malî kudretin ifadesi olması bakımından bir şahıs suretinde telâkki edilmiş ise de ancak hususî hukuk şahıs olarak kabul edilmiştiri. = Biz bu gün hükmî şahsiyet mefhumunu hem âmme hukuku hemde hususî hukuk için müşterek umumî bir mefhum olarak anlamaktayız. Hukukun sujesi fikri her iki alanda da aynıdır, sujesiz bir hak idrâk edilemez. âmme hukuku alanında olsun, hususî hukuk alanında olsun sujeyi, bununla karışabilecek her şeyden tefrik eylemek hususu büyük bir ehemmiyet arzeder. Devlette hâkimiyet haklarile beraber bazı Patrimoine haklarına sahip bir şahıstır. Binaenaleyh hükmî şahıs tabirini sadece hususî hukuka has bir tabir addeylemek doğru degildir. Hükmî şahsiyet mefhumu hususî hukuk sahasında olduğu kadar âmme hukuku sahasının muhtaç olduğu bir mefhumdur.

Hâl böyle olunca hükmî şahsiyeti, kanun vazıinin vücude getirdiği mevhum bir varlık olarak kabul etmeğe imkân kalırmı? Devleti kanun vücude getirmemiş, devlete has olan hakları kanun bahşeylememiştir, Bu haklar devletin şahsiyeti neticesi olmayup mevcudiyeti dolayısile malik olduğu haklardır. Kanun, devlet şahsiyetinin kendisinden önce var olduğunu ka-

bul ve bu şahsiyeti nizama bağlayarak tahdit eder. devlet hakkında doğru olan bu husus, şahsiyete sahip diğer topluluklar için de sahihtir . . Tarihin seyri takip edilecek olursa bu topluluklardan bir çoklarının devete tekaddüm ettikleri ve ona benzer şekilde vücut buldukları görülür. Kanun bunları da nizama bağlıyarak münasip ve faaliyetlerine bir hudut tayin eylemiştir., Devleti zaruri bir hükmî şahsiyet diye tavsif eden hukukşinalar vardır. Ezcümle Savigny bunların başında gelir. Hükmî şahsiyeti haiz arlıklardan birinin, bu suretle kanun vazıinin iradesinden gayrı bir sebeben doğmuş olması Fiction nazariyesini kıymetten düşürecek mahiyettedir. Esasen kanun vazıi bizzât yeni bir şey vücude getirmez, mevcut olaniç tiraî, sosyal münasebetleri tanzım eder. Kanun vazıi hoş görmediği münasebetlerin mevcudiyetine mani olamaz, Sadece bazı müeyyedeler tatbikini, ezcümle bunların cezaî veya idarî bazı müdahalelere tabi olacaklarını kabul edebilir. .

Lâkin mevcudiyetlerinin hiç bir suretle önüne geçemez.

Tarihe en sathî bir göz atıldığı takdirde hükmî şahısların mevcudiyetine kanun vazılerinin sed çekemedikleri hemen görülür, muayyen bir zaman için bu mücerret varlıkları tanımaktan içtinap edebilir. Hasım tekkı ederek nazarı dikkate almıyabilir. Tarihte bunun bir çok misalleri varır. Lâkin hiç bir zaman bunları mutlak surette ortadan kaldıramaz, mevcudiyetlerine ilânihaye hateme çekemez ve çekememiştir. Sosyal ve ekonomik ihtiyaçların doğurduğu mevcutlar oldukları için aleyhdar ve hasmane her türlü tedbire rağmen er geç varlıklarını hissetirmişler, bir zarureti ifade ettiklerinden dolayı içtimaî hayatta yeniden ve daha fazla bir kuvvetle yerlerini almışlardır. Tarihin verdiği bu dersi anlamıyanlara bu dersten ibret alamıyanlara maalesef tesadüf edilmektedir, ezcümle Fransada hükmî şahslara karşı inkılâp zamanında alınan hasmane vaziyet Napolyon mecellesnde de bütün kuvvetile yaşamakta ve uzun zaman mevzuat hükmî şahsiyete temastan içtinap eylemektedir, hükmî şahıslar. bu mücerret varlıklar son derece tehlikeli addedilmiş bunların mevcudiyetinden mütevellit mahzurların önüne cezrî bir surette, vücud bulmalarına tamamen mani olmak suretle geçilmek istenmiştir. Lâkin Fransada da evvelâ tatbikat ve yavaş yavaş mevzuat hükmî şahısların mevcudiyetini kabul zarureti olduğunu idrâk etiler, ve bu yolda yürümek mecburiyetinde kaldılar, hükmî şahıslara karşı

100

alınacak tetbir, onları köylerile birlikte yere devirmeye teşebbüs gibi cezri bir tedbir değil lâkin tehlike ve mahzurları önleye bilecek tedbirler olmak lâzımgelir. Eeğer hükmî şahsiyeti bir ağaca benzetecek olursak baltayı bu ağacın köküne değil, lüzumsuz ve hatta zararlı addedilen dal ve budaklarına indirmek suretile meselenin halli icabeder, aksi takdirde tutulan yolun sakatlığı çok geçmeden hakikat fenerinin ışığı altında bütün kuvvetile kendisini gösterir, şe'niyet er geç kendisini zorla kabul ettirir, Bu bakımdan tarihin verdiği dersin kıymet ve ehemmiyeti fazladır.

Hükmî şahısların fazla kuvvetlenmelerine, servetlerini hudutsuz bir şekilde tezyit ederek ekonomik bakımdan tesirlerini artırmalarına karşı bir çok itirazlar serdolunabilir., Romada adedleri son derece artmış olan cemiyetler sosyal karışıklıklar devrinde birer fitne ve fesad ocağı olmuşlar, mühim rol oynamışlar ve çiçeron 'un emrile mevcudiyetlerine hateme çekilmişti, lâkin aradan çok zaman geçmeden yine teşekküllerine müsaade olundu, yalınız bazı tedbirler ittihaz edilerek mevcut mahzurların önüne geçmiye çalışıldı. Her zaman ve her yerde alınacak bu kabil tedbirlerle tevellüt edebilecek mahzurların önüne geçmek imkânı vardı. Bu mücerret ve fikri varlıkların mevcudiyetini içtimaî hayattan silmeğe kalkışmak, içtimaî hayatı ve onun münasebetlerini bilmemek ve anlamamaktır, Böyle radikal bir hareketin aksülameli de çok kuvvetli olur.

Tissier gibi bazı hukukşinaslar devletin lüzumlu gördüğü veya bir tehlike hissettiği zaman hükmî şahısların vücudunu büsbütün ortadan kaldırabileceği zehabına kapılmışlardır, hükmî şahsiyetin sun'i ve muheyyel bir varlıktan başka bir şey olmadığını iddia eylediklerine nazaran şe'niyet ve zaruretin ifadesi olan bu varlıkların hakikî mahiyetine nufuz edememiş oldukları aşikârdır. Bununla kanun vazıinin. hükmî şahsiyet iktisap eylemek isteyen her teşekkülün şahsiyetini tanımak mecburiyetinde olduğu iddiasında değiliz, şekil bakımından hükmî şahsiyet iktisabını reddeylemek salâhiyetini her zaman haizdir. fakat er geç yine hakikatin nuru yolunu aydınlatmakta ve düşdüğü hatayı bizzat tamir ve tashihe mecbur kalmaktadır içtimaî münasebetlerin hakikî mahiyetini ve kendisinin bu münasebetlerdeki rolünü günün birinde anlamıştır. Bazan umumî intizam, ahlâk ve adab gibi mülâhazalarla, sırf inzibatî bir tedbir mahiyetinde olarak bir teşekküle hükmî şahsiyet reddedilmiş ve sosyal ve ekonomik hayatın tezahür ve te-

cellilerinden biri bu suretle darbelenmiş olabilir.

Unutmamak lâzımdır ki (devlet sadece kanun vazii olmayup) aklara sahip bir hükmî şahsiyettir; Devlet bu bakımdan ferdler arasında bu kabil teşekküllerin vücut bulmasına yardım ederek hükmî şahısların teesüsünü kolaylaştırabilir. Bütün bu tetkiklerimiz, Fiction sisteminin sakatlığını açık bir surette meydana koyduğu gibi bu sakatlığı tebarüz ettiren diyer bir nuktayada işaret etmek lâzımdır. Fiction sisteminde mevhum ve sn'i olan şahsiyet kendini terkip eden hakikî şahıslardan müstakil, onlar hariinde bir varlıktır, hukukî münasebetlerinde azası üçüncü şahıslar gibidir, azası hükmî şahıs namına hareket ederken üçüncü bir şahsı temsil etmiş addolunmak lâzımdır, Fiction sisteminin bir neticesi de hükmî şahsiytin üyelerinin rey ve müdahalesine lüzum olmaksızın ortadan kalkabileceği ve onların arzuları hilafına mevcudiyetini idame edebileceği neticesidir. İtiraf etmeliyizki bu kabil neticeler şe'niyete muğayirdir. Ve tatbikatta bir ok noktalar terk edilmiş bulunuyor. Hükmî şahsiyeti terkip eden hakikî şahıslardan tecerrüt edildiği takdirde meselenin en esaslı unsuru unutulmuş olur. Hükmî şahsiyet hakiki şahıslardan ayrı ve müs'akil olarak, hakikî şahıslara burada lâyık oldukları mevki ayrılmaksızın idrâk edilemez, Binaenaleyh üyeleri olan hakikî şahısları üçüncü şahıs suretinde telâkki etmiyen diyer bir nazariye aramak lâzımdır, izahatımız Fiction sisteminin kifayetsizliğini göstermiştir. Hükmî şahıs bir birlik ve aynı zamanda bir topluluktur, bu birlik şeklinde ortaya çıkan şahsiyetle birlikte onu vücude getiren varlıkları da icap eden kıymet ve ehemmiyetle nazar dikkate almak lâzımdır: Aksi takdirde bir çok hatalara arzu edilmiyen neticelere varılır ve yanış bir yolda yürünmüş olur.

Savigny ve şakirtlerinin hükmî şahsiyet meselesini hal için kabul eyledikleri fiction sistemi yanında *Bekker ve Îhering* meseleye baha radikal bir hal sureti bulmak için görünüşte tamamen ayrı bir yolda yürüdülür. Hering,Geist des Römischen Rechts« Roma hukukunun ruhu» nam eseinin mantıkın hukukla alâka ve münasebeti bahsinde sübjektif hak mefhumunu tayin ve tespite çalışmaktadır. Hakkın bir irade kudretinden ibaret olup olmadığı meselesine ihering kat'i bir surette menfi olarak cevap vermekte ve hükmî şahsiyet meselesini yeni bir bakımdan tetkika koyulmaktadır. İhering diyorki: Hakikatta irade ile hukuk arasındaki münasebet

şimdiye kadar söylenilenden tamamen başkadır. Hukuk irade sebebile mevcut olmayup, irade hukuk sebebile mevcuttur. İrade nazariyesi doğru olarak kabul edilseydi, İradesiz şahısların haklara sahip olmaması lâzım gelirdi, lâkin bunlarda hakların himaye ve siyanetile tatmin edilen menfaatlara malik bulunmaları hasebile haklara da sahiptirler, irade nazariyesine göre vasi olan kimse hak sahibi olmak lâzım gelir, çünki patrimoine üzerinde tasrrufta bulunan odur. Läkin ihering'e göre hak sahibi irade kuvvetine sahip bulunan değil, haklardan istifadeye salâhiyetli olandır, ihering: Haklar hukukan himaye edilen menfaatlardan ibarettir diyor. Burada ihering hükmî şahsiyet meselesine varmaktadır:«Hükmî şahista hakikî hukuk süjeleri münferit ferdlerdir, hükmî şahıs haklardan istifadeye ehil değildir, hükmî şahıs için ne bir menfaat ne de bir gaye mevzuubahs olabilir, hakikî süje hükmî şahıs olmayup onu terkip eden üyeleridir. hükmî şahıs. hakiki şahısların harici âlemle olan alâka ve münasebetlerinin tezahuruna yarayan bir şekil ve vasıtadan ibarettir » cemiyetler ele alındığı zaman bu görüş tarzını onlara tatbik eylemek imkânı vardır. Tesislere gelince ihering'e göre bu nevi hükmî sahıslarda hakikî hukuk süjeleri, lehine tesis yapılmış olan kimseler yani hastalar,-yetimler, Fakir ve zavallılar ilh... gibi tahsis edilen servetten istifade eyliyen hakikî şahıslardır. ihering« hükmî şahsın mücehhez olduğu haklara, üyelerinin sahip bulunduğu şüphesizdir.

Hühmî şahsın hakikî ve esaslı unsurlarının, hakikî şahıslar olması burada bütün münasebetlerin gayesini teşkil eder, zahiri süjenin arkasında hakikî hukuk hamili saklıdır. » diyor.

Yukarda izah ettiğimiz nazariyeden görünüşte çok uzak olan bu izah şekli hakikatta ona, bu görünüşten çok daha yakındır, ihering hukukî şahsiyeti iradeye istinad ettirmek yolunda yürümemiştir. ihering için hukuk ahlâkî olmayup iktisadî olduğu gibi hukukun gayesi de iktisadî dir, ve bundan yalınız insanlar istifade eder, hukuk süjeleri ihering'e güre de yalnız insanlardır; hükmî yaşahsiyet namına yapılacak muameleleri hakiki şahıslar yaparlar, yalınız ferdlerin iktisap eyledikleri haklar kendi zâti ve şahsî hakları olmamayup hükmî şahsiyeti vücude getiren üyelerin hey'ti mecmuasına ve umumî menafie aittir. Bu haklar müctemi, kollektif haklardır. Hakikî şahıs yanında hukuk nizamı birde hükmî şahıs tanıyorsa, bu bir şekilden, teknik

103

bir vasıtadan başka bir şey ifade etmemektedir. Bu suretle hususî hukukun normal mahiyetine bir istisna yapılmış oluyor, sureti hallin ameli cması, ve temin eylediği faideler göz önünde tutularak bir insan topluluğu sun'i bir şahsiyet ve vahdete irca ediliyor demektir, ona göre hükmî ve mücerret varlıklara şahıs mefhumunun tatbiki, tabiî bir mefhumun sun'i bir teşmilini ifade etmektedir. İhering hükmî şahsın teknik faydasını hükmî şahsiyet fikrini hatta zarurî olduğunu kabul ettiği için çok cezri bir noktai nazara saplanmış değildir. Bununla beraber İhering'inde meseleye vermek istediği ilmî sureti hal bakımından seleflerinin yolunda yürümüş olduğu ve Fiction'a vardığı aşikârdır.

Zahiri şahsiyetin arkasında hakikî şahsiyet saklıdır diyen İheringe cevap olarak görünüşte Realis olan nazariyesinin arkasında hakikatta Fiction mevhum ve hayali şahsiyet nazariyesi gizlidir demek mümkündür, bunun başka türlü olmasına da imkân yoktur. Zira yalınız insanın şahıs olarak haklardan istifade edeceği ve hukukun sujesi olacağı, onun haricinde hakikî bir hukuk hamilinin mevcut olmiyacağı ileri sürülmektedir. Bu sebeble tereddüdsüz olarak söylenebilirki hükmî şahsiyet meselesini izaha çalışan bu nazariyede muvaffak olamamış, gayeye varamamıştır. Bekker ise hukukun sujesi kim olabilir? meselesini ve hukuk hamili mefhumunu bihassa felsefi bakımdan tetkik etti ve hükmî şahsiyet nazariyesini inceledi. Bekkere göre hakkın istimali ehliyetini haktan istifade ehliyetinden ayrmak lâzımdır, bu iki ehliyet bazen bir arada bulunabilecekleri gibi bazan da ayılmış olabilirler, bir hakkı istimal ehliyeti ancak iradeye sahip olan mevcularda bulunan bir ehliyettir. Haktan istifade ehliyeti ise küçük ve deli gibi iradeye sahip olmıyanlarında malik olabilecekleri bir eheliyettir. Bkker, hayvanların ve eşyanın da doğrudan doğruya hak sujesi olmaksızın hklardan istifade edebileceklerini kabulde tereddüt etmiyor.

Bekker haklardan istifade edenler hakkında *Genisser* hakları kullanabilenler hakkında *Verfüger*, istifade ehliyeti için *Genuss* istimal ehliyeti için de *Verfügung* tabirlerini kullanmaktadırki, bu sonuncusu Almancada daa ziyade tasarruf ehliyetini ifade eder. İhering irade unsurunu hukuk mefhumundan tamamen uzaklaştırmağa çalışırken Bekker bu derece cezri hareket etmemekte irade unsurunu da nazarı itibare almaktadır. Kendi radesile ve mani sebebler mevcut olduğu takdirde bir mümessilin iradesie ha-

104

reket eyleyerek hakların istimalinde müessir ve kat'i role sahip bulunan varlık Bekker için hukuk sujesidir.

Verfüger yalnız iradeye sahip olan insan olabilir. Haklardan eşya ve hayvanlar, camit cisimler de istifade edebildiğine göre hükmî şahsiyet meselesini halletmek Bekker için büyük bir zorluk arzetmiyor, Hükmî Şahısta: İradeye sahip olan ve *Verfüger* vaziyetinde bulunan insanın arkasında hakların istimaline çok daha müessir olan *Genisser* vardır. Burada esas itibarile Verfüger'in idare ettiği bir gaye mameleki *Zweckvermögen* mevzuu bahs oluyor buna hükmî şahıs namı verilecek olursa [tamamen nazarî olan bir mefhum, mücerret bir şekil karşısında bulunuyoruz demektir. Oldukça karışık olan hükmî şahıs müessesesinin rolü ve mevkii *Verfüger ve Genisser* vasıflarının hakikî bir şahısta birleşmesi halinde şahsın haiz olacağı rol ve mevkie tekabül eder.

Bununla Bekker hükmî şahsiyet meselesini halleylediğine ve hukuk sujesi mefhumuna bir şumul ve vüs'at verdiğine kanidir, artık insanla birlikte bilcümle teşekküller ve topluluklar, müesseseler hukukun hâmili olabileceklerdir. aynı umumî prensip ve esas ve aynı çerçeve dahilinde toplanabileceklerdir. Bekker burada *Verfüger* yerine niçin *Genisser*'i hukukun hamilli olarak kabul eylediğini izah etmiş değildir.

Hukukun sujesi kimdir sualine avdet eden Bekker haktan istifade edenle hakkı istimal edenin aynı şahıs olabileceği gibi ayrı ayrı şahıslar da olabileceğini yani *Genisser le Verfüger'in* ayrılabileceğini söyledikten sonra hukuk süjeliği vasfı için istifade ve istimalden hangisinin kıstas ittihaz edileceği noktasında tereddüt ve aciz göstermektedir, bu suale herkesi tatmin edecek bir cevap bulamadığı göze çarpmaktadır. Bekker'in noktai nazarı fazla taraftar kazanamıyan bir noktai nazardır. Bekker nazariyesi dikkatle tetkik edildiği zaman Savigny'nin şahsiyet nazariyesile arasındaki irtibat ve alâka hemen meydana çıkar, Savigny'nin hukuk süjesi hakkındaki görüş tarzı o derece kuvvetli bir tesir icra etmiştirki, Bekker de bu tesirden kendisini kurtaramamış, nazariyesini kurarken Savigny'e bağlı kalmıştır. Bu sebeble *Genisser ve Verfüger* tefrikini hakkile ve kat'i bir kıstasa dayanarak tayin ve tespit edememekte bu noktada bocalamaktadır. Bekker nazariyesinin en büyük

105

kusuru bu noktada mündemiçtir. Diğer bir kısım hukukşinaslara göre hülmî şahsiyet fikrinin faydası yoktur. Bu fikir lüzumsuzdur, hukukşinaslar lüzumsuz yere hükmî şahsiyet meselesile meşgul olmakta ve ortaya bir çok karışık ve sonu gelmiyen münakaşalar ve nazariyeler atmaktadırlar, ezcümle *Vanden Heuvel* bu noktai nazarı müdafaa eylemekte ve belçıkalı hukulşinas *Laurent* bir şahsiyet vücude getiren Fiction nazariyesinin garabeini tebarüz ettirmektedir. Mevcut olmıyan bir şahsiyeti Allahtan başka kim ücude getirebilir, kim yoktan var etmek iktidarını haizdir dedikten sonra ukarıda gördüğümüz izah tarzlarının hepsini reddediyor ve diyorki, malları sahipsiz ve hakları sujesiz telâkki eylemek te doğru değildir, bu mallar ve haklar hakikî şahıslara aittir, yalnız hakikî şahıslar vardır ve hak sahibi de ancak bunlardır, hükmî şahsiyet bir görünüşten ibarettir, itinalı bir tahlil hükmî şahsiyetin hukukçuların boş ve manasız bir icadından başka bir şey olmadığını gösterir.

Diger bazı hukukşinaşlar da bu noktai nazara iştirâk etmişlerdir bunara nazaranda hükmî şahsa aid olduğu kabul edilen haklar hakikatta hakkî şahıslarındır, bunlar müşterek mamelekin hakikî sahipleridirler. Teşekküün üyeleri bir tek adam, tek bir şahıs gibidir, mameleki de teşekkülün sermayesidir. *Planiol ve Berthelemy* de hükmî şahsiyeti kollektif mumelek mefhumuna irca eylemektedirler.

Planiol'a göre mevzubahs hükmî şahıs hayalî ve mevhum bir şahıs suretinde dahi telâkki edilemeyüp bunlar eşyadan maduddırler, hükmî şahsiyet mefhumu sade, lâkin sathi bir mefhumdur, bugüne kadar fedi mülkiyet yanında iştirâk halindeki mülkiyeti gözlerden saklamağa hizmet etmiştir. Planiol doktrinine uygun olarak hükmî şahısları aşya bahsinde tetkik ve her hangi bir topluluğn mallara sahip bulunmadıkça şahsiyet ihraz edemiyeceği noktasında israr eder, ona göre şahsiyet emval ve servet kütlesinin müradifidir, hükmî şahsiyet, iştirâk halindeki mülkiyen günümüze kadar gelmiş olan hususî bir şeklinden başka bir şey olmadğı için tasavvur edilen hükmî şahsiyet mefhumunun farazi ve mevhum ir mahiyette bile mevcud olmadığını beyan etmektedir. İştirâk halindeki mlkiyetin izahı için bu kabil faraziye ve nazariyelere lüzum yoktur diyr. *Berthelemy'e* gelince, ona göre «hakikî şahıslar ya münferiden veya şayin nihayet iştirâk halinde mülkiyete sahip olabilirler» münferid mülkiyette br

şahıs müstakildir, şey üzerindeki mülkiyeti tamamen ayrıdır. Şayı veya müşterek mülkiyette şey üzerinde ki mülkiyete şahıslar yekdigerine bağlı iseler de her şahsın şâyi hissesi muayyendir. Kollektif yani itirâk halinde mülkiyette ise ferdlerin istiklâli olmadığı gibi muayyen bir hissesi de yoktur, her birinin hakkı müşterek malin tamamına sari olur, sanki bir kişi imiş gibi mallerin mülkiyeti bütün şürekâya aittir. Bu suretle teşekkülü terkip eden şahıslar haricinde yeni bir şahsiyet farz ve kabulüne lüzum kalmıyor, burada hukuk kaidelerinin böyle hususî bir vaziyete tatbik şekli izah edilmiş oluyur, Binnetice hükmî şahsiyet kollektif mamelek kaidelerini izah eden bir vasıtadan başka bir şey değildir.

Bu nazariyeler yanında birde hükmî şahsiyeti bir şe'niyet telâkki vo bu suretle izah eden görüş tarzlarına — Realite nazariyesine tesadüf edilmektedirki umumiyetle revaçta olan nazariye budur. Bu nazariyeye göre hükmî şahsı mevhum ve sun'i kanun tarafından vücude getirilmiş bir varlık telâkki etmek doğru olamaz, hükmî şahıs kendi varlığını zorla kanun vazıına kabul ettiren şe'ni bir mevcuttur. kanun vazının kabul ve tasdikinden evvel de bunların mevcudiyet ve ehliyeti vardır. Kanun bu vaziyeti tanıyarak ona kanunî vasıf izafe etmiş oluyor, tarihte olduğu kadar bugün de bir milletin hayatındaki inkişaf, hakiki şahsiyet derecesinde hükmî şahsiyeti de lüzumlu ve zaruri kılmaktadır. Hükmî şahsiyet mefhumu sosyal bir ihtiyaç ve zarureti karşılamaktadır. Kanunun bu mefhumu tahayyül etmiş olması imkânsızdır, sosyal ve ekonomik hayatın bu tecelli ve tezahurlarına opjektif hakikî şahıslar yanında hususi bir mevki ayırmak mecburiyetinde kalmıştır.

Hulasa kükmî şahıs burada sosyal hâdiselerin şe'niyetini karşılayan bir varlık olarak görünüyor, kendisine has bir hayatı mevcuttur, aynen insan gibi b'r şahıstır. Bu noktanın kabulü diğer nazariyelerdeki yanlışlığı ortaya koymaktadır. Umumiyetle « ancak ve yalınız insan hakların süjesi olabilir, zira yalınız o iradeye sahiptir » esasını gördüğümüz sistemlerin hareket mebdeini teşkil eylemiş olan bir esastır. Bir haktan istifade, muhakkak ve zaruri surette hakka sahip olanın şuurlu ve serbest bir iradeye malikiyeti şartına bağlı değildir, deliler ve küçüklerde, ve irade sahibi olmadıkları halde diğerleri gibi, haklardan istifade etmekte hukuki hayata iştirâk eylemektedirler, hatta cenin sağ doğmak şartile haklarden istifade edebilmek-

107

tedir, miras hakkı hususî bir iradeye lüzum olmaksızın iktisap olunmaktadır. Binaenaleyh süpjektif hakların zaruri surette bir iradeye dayanmalarına lüzum yoktur. Görülüyorki hak sahibi olmak için muhakkak iradeye sahip olmak lâzımdır iddiası çürütülmüştür.

Bununla, süpjektif haklarla irade arasındaki sıkı alaka ve rabıta inkâr edilmiş olmıyor.

Hakların istimali irade sahibi olmak şartile mümkündür, hakkın iktisabında ise böyle bir şarta lüzum yoktur. Süpjektif haklara insanlardan gayrı olan bir takım fikri ve mücerret varlıklarda sahip olabilirler, hakların muhakkak surette muayyen bir ferde ait olması zarureti yoktur, hakikî şahsların bir araya gelmesi ve muayyen bir gaye etrafında toplanmaları neticesinde vücut bulan topluluklar müşterek menfaatları temsil ederler, bu menfaatların himaye ve siyaneti ve bu menfaatları karşılayan hakların bu nevi teşekküllere tanınması lâzımdır. Gerek muayyen ve daimi bir gayeye tahsis edilen servetlerden ve âmme menfaati gayesile vücut bulan geniş manasile müesseseler, gerekse hakikî şahısların muayyen ve müşterek bir gaye etrafında sây ve sermayelerini maddî ve manevi kuvvetlerini birleştirmeleri neticesinde vücut bulan mücerret varlıklar lehlerine mevcut hakları bizzat istimal edemezler, çünkü her türlü zâti iradeden mahrum bulunmaktadırlar, binnetice zaruri surette bir veya bir kaç hakikî şahsını tavassutuna muhtaçdırlar, hakikî şahıslar bu mücerret ve fikri varlıkların haklarını kullanırlar, hükmî şahıs bu görüş tarzına nazaran hayalî ve mevhum bir şahıs olmadığı gibi sahipsiz mameleki veya hakikî şahısları gözlemeye hizmet eden sun'i bir perdeden de ibaret değildir. O halde hükmî şahsın şe'ni bir varlık olması şıkkı kalıyurki bugün umumiyetle kabul edilen noktai nazar budur. Burada felsefî bir mefhum değil tam manasile hukukî bir mefhum karşısındayız. Meselenin bütün ruhu; Hukukî ehliyete sahip olabilecek varlıklar kimlerdir, hukukun süjesi nedir ve kimdir? sualinin cevabında mündemiçti. Bizim meselemiz hukukî hayatın muhtelif nevi tezahurlarını umumî bir mefhuma irca eylemek gayesini takip eder, hakikî şahıslar olsun, hükmî şahıslar olsun bu iki kategoride toplanan şahıslar hukukun süjesi olabileceklermi? meselenin esas noktası siklet merkezi budur.

Hükmî şahsiyet meselesi hukukun temel ve ana mefhumlarile alakadardır. Savigny sisteminde bütün süpjektif hukuk binası olduğu gibi insan

omuzlarına istinad ettirilmektedir, hukukun süjesi insandan gayrı bir verlık olarak tecelli ettiği zaman bu sistem tarafdarları, insan nerede, insandan gayrı bir varlık şe'ni bir hukuk süjesi olamaz diye hayretlerini izhardan ve böyle lir sual iradından nefislerini menedemezler.

Almanyada profesör *Besler'in* ortaya attığı nazariyeyi Germaniste *mektebin* belli başlı mümesili *Gierke* işlemiş ve şumullendirmiştir.

Bunlar hükmî şahsın şe'niyetini ispata çalışmışlardır. Hükmî şahsiyetin şe'niyeti nazariyesi, Fiction nazariyesi tarafdarlarının yalınız hakikî şahısların süje olabileceğine dair iddialarını reddetmekte, hükmî şahsın şe'ni bir varlık olmadığı neticesinin ortadan kalkmasına çalışmaktadırlar. *Gierke'* ye göre bu kabil, teşkilâtlı mevcutların hukukan şahıs muamelesi görmeleri şe'niyetle asla tezad teşkil etmez, bilakis şe'niyeti itmam ve ikmal eder.

Sayın dieleyicilerim:

Germaniste mektebe göre her hak bir iradenin mevcudiyetine dayanır, hükmî şahıslar kendilerine has bir iradeye sahiptirler, bu irade hükmî şahsı terkip eden ferdlerin iradesinden hariç ayrı bir iradedir, bu müşterek ve maşeri irade ferdi iradelerin bir muhassalasıdır, bir kül, bir vahdettir; münferid iradelerden ayrı bir şeydir; taş, toprak, kereste, demir, keremit vesair malzemelerin birleşmesi neticesinde vücude gelen ev bu malzemeden tamamen ayrı ve bambaşka bir varlık olduğu gibi bu maşeri ve müşterek irade de onu terkip eden ferdlerin, hakikî şahıların iradesinden tamamen ayrı bambaşka bir iradedir.

Gierke ve taraftarlarına göre hükmî şahıslar yalınız fikri varlıklar olmayup aynı zamanda tasavvuru kabil şe'niyetlerdir, buradaki şe'niyet maddî ve fizik olmayup içtimaîdir; hakikî şahısla hükmi şahıs arasında bir ayniyet olmasa bile bir müşabehet vardır ve aralarında bir mukayese yapmak mümkündür. Hükmî şahıs hakiki şahıs gibi bir takım cüzü ve kısımlardan terekküp eden bir kül bir vahdet, içtimaî bir uzviyettir.

İnsanlar bazan münferiden bazan da toplu bir halde şahsiyete sahip olurlar. Pozitif hukuk şahsiyeti keyfi bir surette bahşedemiyeceği gibi alelitlak tanımaktan da içtinap edemez.

Zitelmann - hukukun hakikî süjesi insan olmayup iradedir, bir araya toplanan iradeler kendilerini terkip eden cüzülerden ayrı ve müstakil uzvi bir vahdet ve kül teşkil ederler zitelmann için şahsiyet iradeye dayanır.

109

Haurion (oriyu) hükmî sahsiyeti temsil hadisesinde ki şe'niyete istiad ettirerek bu husustaki görüş tarzını izaha çalışır. Haurion'ye göre şahsiyet bir faraziyeye değil şe'niyete dayanır.

Bir teşekkül muayyen bir zaman zarfında faaliyette bulunduktan soıra herkes nazarında bir şahsiyet olarak tecelli ve tezahur eder, binaenaleyh bunların varlığını faraziye ve hayale istinad ettirmek imkânı yaktur, varıkları tamamen şe'ni ve filidip; Bunlar bir muamelât merkezine, mallara ve müstahdemlere sahiptirler.

Sayın dinleyicilerim:

Gierke ve tarafdarlarının bu husustaki fikirlerinden ve diğer bazı naariyelerden vaktın darlığı hasebile daha fazla bahseylemek imkânı mevut değildir; Esasen bu kısımda ayrı konferanslar mevzu olmağa değer, zamanın müsaadesi nispetinde mühim gördüğüm noktalara temas eyledim.

Konferansı bitirirken, medenî kanunumuzun hükmî şahsiyete mütealik hükümlerinin vazında aceba hangi nazariye esas tutulmuştur meselesine de temas eylemek yerinde olacaktır.

Bir defa medenî kanunun bu hükümleri, hükmî şahıslara karşı çok daha müsamahakâr ve müsaadekâr davranan, Fransız hukuk doktrinine azaran çok daha liberal olan Alman hukuk doktrininin tesiri altında az edilmiş, hükmî şahısların doğumu azâmî surette ve imkân nispetinde kolylaştırılmış ve hukukî ehliyetleri de hakikî şahısların ehliyetine mümkin mertebe yaklaştırılmıştır.

Hükmî şahıslar şüphe yok ki ekonomik ve sosyal zaruretlerin mahsulüdrler. Tam manasile sosyal bir ihtiyacı karşılamaktadırlar, bunlar hakikî ve şeni bize mevcudiyetlerini kabul ettiren varlıklardır.

Medenî kanunumuz Réalité - şe'niyet - nazariyesini kabul etmiş, bunların içtimaî şe'niyetlerden ibaret bulunduğunu teslim ve itiraftan kaçınmamışr. gerek cemiyetler ve gerekse tesisler kanun vazıımıza göre filen mevcutturlr.

Bunlar ekonomik ve sosyal hayatın icablarından varlıklarını kazanmktadırlar, içtimaî ve iktisadî hayatın doğurduğu mevcutlardır, bunlar madî değil içtimaî ve şe'ni uzviyetlerdir.

İnsanın eli ayağı, gözü, kulağı ilâh, uzuvlarını teşkil ettiği gibi hükmî şahsın uzuvları da başında bulunanlar, işlerini dahilen tedvir ve kendisi

haricen temsil edenlerdir, hükmî şahıs hukukî ehliyete malik binaenaleyh insan, hakikî şahıs gibi bir hukuk süjesidir.

Mednî kanunu isviçrede hazırlayan prōfesör Eugen Huber (özen Hüber) bilhassa Almanyada revacta bulunan Realite nazariyesinin har taraflarından biri idi ve hükmî şahıslara müteallik hükümlerde bu nazariyeden ilham almak suretile hazırlanmış, hükmî şahısların doğumu ve ehliyeti ile hakikî şahısların doğum ve ehliyeti arasında mümkün mertebe yakınlık teminine çalışılmıştır. Hulasa en ileri hukuk esas ve prenslerinden ilham alan medenî kanunumuz bu hususta da diğer medenî mevzuattan çok daha ileri esas ve prensiplere dayanmakta Realite nazariyesini göz önünde tutarak hükümlerini koymuş bulunmaktadır.

No: 38

İntisap iddiasile menfaat temini

(Fransız ve İtalyan hukuku üzerinde mukayeseli etüd)

"Geçen nüshadan devam„

Çeviren;
Baha ARIKAN

Yazan: *Jean Chevallier*
Hukuk Doktoru

İkinci bölüm

İntisap iddiasile menfaat temini suçunu terkip eden unsurlar

Fransız ceza kanununun 177 inci maddesinin beşinci fıkrası, intisap iddiasile menfaat suçunu; ahar şahsa, âmme hizmetlerini ellerinde tutanlır nezdinde tavassutta bulunacağını vadederek mukabilinde bir ivaz ve yahut ivaz vadi almak diye tarif etmektedir. Şu hale göre bu suç, iki tarafın zihninde bir vecibe tevlit eden bir akit, bir mukaveleden ibarettir. Binaenaleyh bu suçu terkip eden unsurları tayin edebilmek için evvelemirde suçun mevzuunu ve ondan sonra da taraflarla, rıza mes'elesini tetkik etmek icab edecektir. Şu halde tetkikatımız, tabiatile, ikiye inkisam etmiş bulunuyor.

Birinci kısmı, intisap iddiasile menfaat temini suçunun objektif unsurları, ikinci kısmı ise bu suçun supjektif anâsırı teşkil edecektir.

Birinci kısım — Objektif unsurlar

İntisap iddiasile menfaat temini, iki taraftan her ikisinin de intifa için bir şey vermeğe mecbur oldukları bir alış verişten ibarettir. Şu halde mı-

tavassıt ile tavassutu talep eden kimsenin mükellefiyetleri mevzubahs demektir. Yani, intisap iddiasile menfaat temini suçunun mevzuunu; bir tarafta tavassut için yapılan taahhüt, diğer tarafta da tecrim edilen tavassut teşkil etmektedir.

Birinci fasıl — tavassut için verilen bedel

Bir şahsın diğer bir şahıs lehine, haiz olduğu itibarını kullanmayı vadederek veya mevcut münasebetlerinden istifade eyleyerek, âmme hizmetini ellerinde tutanlardan arzu edilen bir hükmü istihsal ettirmesi veya istihsal ettirmeğe teşebbüs etmesi, eğer istihsal olunan bu hüküm, hükmü veren makam tarafından müstahikkinden gayrisine ita olunmuş ise çirkin bir keyfiyet olarak görülebilir.

Fakat, bir çok hallere, idare makamları, dürüst bir karar ittihaz edebilmek için münevver ve tecrübedide zevatın rey ve mütalâalarına müracaat ederler.

Rica ve niyazlara dayanamayarak, âmme hizmetini gören memur nezdinde müracaat ve teşebbüsatta bulunmayı vadeden kimse takibata tâbi tutulmamalıdır. Bu hal bütün mevzuatta böyle olduğu gibi, intisap iddiasile manfaat temini mefhumunu en geniş manasile alan mevzuatta da böyledir. Bilfarz İtalyan kanunu peşin kredi «*Credit allegué*» suçunun, teşekkülünü, kredisini satan şahsın para veyahut sair menfaat istihsal etmesine vabeste kılmaktadır. Bu ivaz şartı, aynı zamanda nahak yere takibata uğramamak için de bir müeyyede hükmündedir. Meslekleri iktizası olarak büyük şahıslarla temas eden kimselerin, o zevat nezdinde nufuz sahibi bulundukların söylemek suretile temedduh etmeleri ayıp bir şeydir. Bu kabil temedduhlar ancak kaillerini gülünç mevkie düşürmekle kalarak âmme işlerini gören idare makanizmasının şeref ve haysiyetine en küçük bir nakisa bile iras edemez. Sırf bir vattien ibaret kalmayup menfaat mukabilinde girişilen vaitlerde ise vaziyet böyle değildir. Bu kabil pazarlıkların gayesi mv'ud bir iltimas, bir tavassut olduğuna göre mutavassıt, yapacağı müracaatların, lehine istihsali menfaat etmek istediği kimse kadar kendi menafiine de uygun olduğuna kanidir. Bu suretle girişilen tavassutlar, itimadı salip oldukları kadar mutavassıtın bir hak uğruna bu işe girişmeyüp, biz-

zat kendi şahsî menfaatını takip ettiği hususunda da en ufak bir üpıe tevlit edemezler. Şu halde; mutavassıtın, âmme hizmetini ellerinde bulundıranlar nezdinde yapacağı tavassut taahhüdü için talep ettiği bedel ıe olursa olsun; bu kabil alış verişleri takibata tâbi tutmak, cemiyetin ıimayesi noktasından zaruri bulunmaktadır. İşte, idare makanizmasını ıibarsızlığa düşürmek mefhumu bu kabil fiillerin takibata tâbi tutulmak suetie bir tedbir alınması lüzumunu intaç etmekte ve âmme hizmetini göre memuru hoşnud etmek veya iğfal eylemek üzere yapılan her pazarlığa ceza tehdidi heman müdahaleye girişmektedir.

Kanunun metni bu neticeyi istihsale müsaitmidir? İzahatı, birbirine yakın iki seri müşahadenin rehberliğile vermeğe çalışacak ve bu suç hakkında vazıi kanunun telekki tarzını izah için bir taraftan metindeki tâbirleri manalarını diğer taraftan da bu metnin Fransız ceza mevzuatı arasıdaki mevkiini tayine saî olacağız. İmdi, intisap iddasile menfaat temini uçunu tecziye eden metin, memurun ifsat olunması keyfiyetini cezalandırarbahse ilâve olunmuş; ve, vazıi kanun, ifsat edilmiş olan memurun hizmet mukabili almış olduğu bedel ile, intisap iddiasile menfaat temin eden şhsın aldığı ücreti ayni tabirlerle izah etmekte bulunmuştur. Kanunun, bu suç için aynı tâbirleri kullanmış olması neticesi olarak, kazaî içtihadın, ifsat edilen memur için kabul etmiş olduğu « bedel » mefhumunu; intisap iddiasile menfaat temini suçuna da teşmil etmek imkân dahiline girmekedir. 1919 tarihli kanun, « bedel » ın nevilerini sayarken 1889 tarihli kanunun 177 inci maddesindeki teklif, vait, hediye veya armağan tâbirlerinderbaşka komisyon, iskonto ve prim tâbirlerini de ilâve etmiştir. Buna rağmen, kazaî içtihat, ifsat edilen müstahdemin de almış olduğu « bedel » mefhumunu intisap iddiasile menfaat temini suçuna teşmil etmektedir.

Bu iki suçun birbirine bu kadar bariz yaklaştırılması, hiç de memnuniyete şayan değildir. Bu hal, Fransız vazii kanununda olduğu gibi, intisap iddiasile menfaat temini suçunun anlaşılmasını azamî derecede daraltmıştır. Vazıi kanun, âmme hizmetleri makanizmasını şerefsizliğe düşürecek alış verişleri cezalandıramamak suretile mezkûr müesseseyi himaye edememekte, onun rüşvet veya hatır için iş gördüğü zan ve zehabını uyandırmaktadır. O, yalnız, haiz olduğu nufuz ve intisap dolayısile irtişada bulunmak uretile kendisine menfaat temin etmek isteyen şahısla meşgul olmakta, âidi,

dolandırıcılığın ince bir şekli olan bu suça karşı himaye edememektedir. Bundan başka, kuru bir vait, maddeten ödenen para ile hemayar olarak tavassut bedelini teşkil edebilirmi? şüphesiz ki, servet iktisabını istemek bu suçun belli başlı bir vasfıdır. Aynı zamanda, suçun teşekkül edebilmesi için, esaslı şartlardan birisi de tavassut bedelinin maddî bir menfaat olarak mukaveleye girmiş olması lâzımdır. İntisap iddiasile menfaat suçunu teşkil eden « bedel » deki menfaatın mahiyetini ve kanunun 177 inci maddesinin beşinci fıkrasındaki hangi nevi « bedel » lerin memnu bulunduğu hakkındaki şartları izaha çalıştığımız zaman, kanundaki bu tarzı telâkkinin ne kakar dar bir görüş mahsulü bulunduğunu anlamış olacağız.

1 — Meşrut menfaatın mahiyeti

Kanunda kullanılan tâbirlere nazaran, intisap iddiasile menfaat temini suçunun tekemmülü için « teklif yahut vaitler » in kabul olunmuş olması « hediye veya armağanlar » ın ise tesellüm edilmiş bulunması lâzımdır.

Şüphesizdir ki, hediye ve armağan tâbirlerile işaret edilmek istenilen maddî kazançlardır. Aynen veya nakid olarak verilen hediyeler bu sınıfa ithal olunurlar. Daima, bir « şey » in verilmiş olması lâzım geldiği içindir ki, hediye veya armağan mefhumlarının anlaşılması için ciddî bir güçlük mevcut değildir.

Halbuki teklif veya vait mefhumları, bunun aksine olarak, bazı tereddütlere yol açmaktadır. Filhakika, maddeten tesellümleri hediye veya armağanı teşkil eden bütün teklif ve vaitler buraya ithal olunurlar. Yine kezalik, nakid suretinde tahakkuk edecek bil'umum malî menfaat vaitlerini, bilfarz bir mukaveleden doğacak kâr yahut temin edilecek kârlı mevkiler gibi vaitleri de bu sınıfa ithal etmelidir. Kanuna nazaran, hatıra binaen, infaz ettirilmesi âmme hizmetini ellerinde bulunduranlar nezdinde yapılacak teşebbüse bağlı bulunan bir mukaveleyi kabul etmek de, bu bedel mukabilinde yapılmış olan müracaatlara müsavidir. Zira, mukavelenin yegâne gayesi, yegâne taahhüdü tavassuttan ibaret olabildiği gibi mutavassıta başka taahhütler de tahmil edilmiş bulunabilir. Her iki halde de, gerek para ve gerekse her hangi bir şey verilmesi hususunda « bedel » i teşkil eden asıl, mutavassıtın nufuzundan ibarettir. Ve bu bedel, mutavassıta

başka taahhütler tahmil edilmiş olsa da, kıymetinden bir şey kaybetmiş dmız. Gerek para, gerekse başka bir şey verilmiş olsun mutavassıt için laina bir kazanç, bir servet iktisabı mevcut demektir. Yalnız bu, mukaveenn, mutavassıt için daima « *Fucio ut des* » ver, ki yapayım. şeklinde ecdli etmesi demek değildir.

Mutavassıt, para ve yahut başka birşey almayupta, bir hizmet ara teklifi veya buna mümasil bir teklif ile işe girişmiş olsa yani mukavele nutavassıt için « *Facio ut dse* » ver, ki yapayım şeklinde olmayupta «*Faio ut facius*» yap, ki yapayım şeklinde bulunsa; intisap iddiasile menfaat emni suçu teşekkül edermi? Bu mes'ele ile ne ilim erbabı, ne de kazaî itihat meşgul olmuş değildir. Hatta bununla, memur ve müstahdemin ifsadı, baısinde dahi meşgul olunmamıştır. Bununla beraber, bu, esaslı bir me'eledir. Para ile satılmak keyfiyeti tecziye edilmek isteniliyorsa, mamelik tezyit eden menfaatlarla da meşgul olmak iktiza eder. Bir takım hizmeterıı, intisap iddiasile menfaat temini suçunda, ceza tehdidi altında buluna tavassutun gayesi bulunduğu kabul edildiği takdirde, bu hizmetlerin para ile satın alınabileceğini de kabul etmek lâzımdır. İdare makanizmasını nufuz ve şerefi himaye edilmek istenildiği takdirde bu kabil mukaveltlerle devlet memuru nezdinde, menfaat istihsali için yapılan bil'umum teşebbsatı, istihsal olunmak istenilen menfaat, manevi bir menfaat dahi olsa, şiddetle akip etmek iktiza eder. Bu mebhasta Fransız görüşü, menfaatı para teşkil den bir alış verişe bağlanmış kalmıştır. Teklif ve vait; hediye ve armğan, bütün bunlar, para ile kabili takdir olan iktisadî faideyi haiz bir tkım maddî menfaatlardan ibarettir.

Halihazır Fransız hukukunda [1] ifsat, para ile satılmak demek olyor.

---

[1] Eski hukukta bu, daha başka bir şekilde idi (Merlin: Rep. V. Corruption p235) bu, dar bir görüştür. Hediye almaksızın ve bir vaide kapılmaksızın sırf rica ve niyzlara dayanamayan memurları da düşünmek lâzımdır. (Th. Bourgeois p. 64. garçon, code énal annoté p.177.No:2. 57,58)kendisine bir vait olmasa dahi, her hangi bir menfaat gayesile bilfarz terfi ve tefeyyüzünü başkasını memnun etmekte bulan memur; maddî bir mefaat vadi istihsal eyleyen veyahyt bir hediye alan memurdan daha az mücrimmidir? Rezalt,fiil ve harekette değil, kasıdda mündemiçtir. Ve kasdın, ne kadar gizli olursa olsun cürnyeti daha az değildir. Ceza kanununun kasdı cürümileri değil, bu kasd cürmünün tezahur den ef'âli icraiyesini tecziye etmesi dolayısile bir hediye veya sarih bir vait alınmadan ceza verilmesi imkânı olmadığı söylenebilir. Fakat bu itiraz kat'î sayılamaz. Çünkü azü

Memuru ifsat suçuna bağlı sanılan bütün cürümler, bir hizmet veya her hangi bir şeyin satılmış olması fiilinin husulile tekemmül eder. Müstahdemi ifsat suçunu teşkil eden taahhüdü tarif için kullanılan tâbirler meyanında «para kazancı» tâbiri de yer tutmaktadır. Bunun gibi, bir ecnebi tarafından vukubulan ve siyasî ifsat namını vereceğimiz fiilin önüne geçmek için de, mücrimiyeti ecnebi tarafından verilmiş olan bedelde aramak lâzımdır. Yapılmış olan teklifin intaç edilmiş olmasını ve bunun bir para kazancını temin etmesini nazara almak lâzımdır. Zira: « ifsadın en belli başlı vasfı, satılmış olmak» dan ibarettir. İntihap işlerindeki ifsatta ise kanunî tâbir istisnai olarak değişmekte ve daha şumüllü bir surette « hususî menfaatlar»ı istihdaf etmektedir. Vazii kanun, intisap iddiasile menfaat temini suçunu, ifsat etme fiiline yaklaştırmakla, para ile satılmak ef'aline sed vurmak istemiştir. İşte yalnız mameleki tezyit eden menfaatların müvellidi olan alış verişlerdirki kanunun sahai şumulü dahiline girmiş bulunmaktadırlar. Bundan, *Facio ut facias* yap,ki yapayım şeklinde bulunan kombinezonların ceza tehdidinden kurtulmuş oldukları neticesine varılmamalıdır. Her hangi bir iş için ricada bulunan şahıs tarafından yapılan vait, her hangi bir hizmetin ifasına dair olsa dahi, bu hizmet para ile kabili takdir bulunduğu hallerde, intisap iddiasile menfaat temini suçu vucut bulmuş demektir. Fakat, « teklif yahut vait» kelimelerine geniş bir mana izafesi suretile, tamamile bediî veya manevî vasfını haiz bulunan vaitlere müstenit menfaatlarla, para ile kabili takdir olmayan iyilikleri de bunların arasına sokmak, ceza kanununun 177 inci maddesi mefhumunu anlamamak demekolur.

Burada, İtalyan kanununun daha doğru bir anlayışla kaçınmış olduğu, Fransız kanununun anlayamadığı bir boşluk mevcuttur. İtalyada peşin kredi «*Crédit allegué*» suçunun gayesi, «satılmış olmak» veya «hatırı çin iş görmek» şüphelerine karşı, idare makinasını himaye etmekten ibarettir. Bunun içindir ki verilecek karar veya yapılacak muamele, pazarlık mevzuunu teşkil ettiği takdirde, mutavassıt için kararlaştırılan bedel ne olursa olsun, suç teşekkül etmiş olur. Bunu teminen 1931 tarihli ceza kanunu, geniş bir formül bulmuş, «gerek kendisine ve gerekse başkalarına para veya herhangi bir menfaat vadetmek veya almak» hususlarını ceza tehdidi çerçevesine sokmuştur. Bu metin, 1889 tarihli kanunun 204 üncü maddesinin aynı olduğu gibi, şimdiki kanunun 382 inci maddesi de müdafilerin işlemiş oldukları peşin kredi «*Crédit allegué*» suçuna ait olup aynı formülü muhtevi bulunmaktadır. Görülüyorki,« her türlü menfaat» tâbiri, geniş bir telâkkiye yol açmış bu-

---

Kanun "bir partiye hoş görünmek veyahut ona kin beslemek sebeplerile leh ve aleyhte karar veren „ devlet memurlarile hâkimleri ağır cezalarla cezalandırmaktan kendisini alamamıştır. (Garraud. T. IV. No. 1528. p. 394).

lunmaktadır. Mameleke ait bil'umum menafi bu çerçeveye dahil olduğ gibi, hediye, kredi mektubu, para, sigorta senedinin imhası, bir yerden bedava tarak istifade etmek, mamelikini tezyit eden ve fakat para ile kabili takdir olmayan menafi — vade vermek gibi —, takibatın teclili de bu çerçeveye dahil olunur. Ancak yeterki bütün bunlara mukabil bir tarafta tavassut, bir tarafta da bu tavassutu hiç olmazsa kısmen ödeyecek bir taahhüt mevcut bulunsun. Bu tarzı telâkki bu kadarla kalmamış, daha ileriye gitmiştir. Müellifler nazaran metindeki «her hangi bir menfaat» tâbirini yalnız para ile mevzubahs olan menfaatlara inhisar ettirmek doğru değildir. Zira metin, «*denara*» kelimesile bu menfaatı başlı başına mevzubahsetmiştir. Bu tbirin bütün şahsî menafia teşmil edilmiş olması lâzımdır. Her hangi bir hizmette istihdam, bir vezife tevdii, rütbe tevcihi, sırf şeref için fahriyen gördülen vazifeler de birer şahsî menfaattan ibaaret değilmidir.? Bazı müelfler, tamamile hissî veya bediî olan menfaatları bu kadrodan çıkarnaktadırlar. Bir çokları da, herhangi manevî bir menfaatın, 346 ıncı maddede yazılı «menfaat» tâbirine uygun bulunduğu fikrindeerler. Bu müellifler, samimiyeti hududu dahilinde bulunan bir şahsa yardım adeden kimsenin peşin kredi «*Crédi tallegué*» suçuyla tecziye edilmesini abul eden kazaî içtihadı tasvibetmekte, hatta, daha ileriye giderek, halkı teveccühünü kazanmak veya herhangi bir şeref hırsını tatmin etmek için tanınmış bir kimsenin nufuzundan istifade etmek suretile müdahalede ulunacağını vadeden şahsın da, peşin kredi suçuyla tecrim olunması lâzımgeldiği iddiasında bulunmaktadırlar. Bu müelliflerden bir başkası, mes'leyi daha ince bir surette düşünerek, bu kabil filü hareketlerden gerek melekî ve gerekse malî bir çok kazançlar temin edebilecek olan «siyasî bir mevki»e intihap olunmak için manevralar çeviren eşhası da bu çerçevenin dalline katmaktadır.

2 — Fransız ceza kanununun 177 inci maddesinin beşinci fıkrası, menfaat için verilen bedeli ne zaman ve hangi şartar dairesinde memnu kılmıştır?

Gaye, satılmış olmak keyfiyetinin faiilini tecziye etmek olduğuna nazaran, alınan hediye ve yahut yapılan teklifin kabili tecrim olması, bunırın

taahhüt olunan tavassut bedeli bulunmasına mütevakkıftır. Yani, aktolunan menfaat mukavelesile, fail bulunan mutavassıtın vaidi arasındaki mütekabiliyet; 177 inci maddenin beşinci fıkrsında yazılı «memnu bedel»i vücuda getirmeğe kâfi ve lüzumlu bulunmaktadır.

Lüzumlu addedilmektedir: Zira, menfaat mukavelesi mevcut olmasaydı, faiilin tavassutu vucut bulmamış olacaktı. Haiz olduğu münasebetlerden veya kendi nüfuzundan istifade ederek bir iş gören şahsın, önceden yapılmış bir mukaveleye istinad etmeksizin, yaptığı işe bir nişanei şükran olarak almış olduğu hediye veya vait, intisap iddiasile menfaat temini suçunu teşkil etmemektedir. Ceza kanunu, bir kimsenin diğer bir şahıs için yapmış olduğu rica ve tavsiyeleri tecziye etmediği gibi, başkası lehine masruf olan bu teşebbüsat neticesi tevellüt eden menfaat tecelliyatını da menetmemektedir. Kanunun menettiği husus, bu gibi teşebbüslerin, ticari alış verişlere mevzu olması keyfiyetidir.

Kâfi bulunmaktadır: Cürmün vucut bulması, ne mutavassıtın iktisabı servet etmesine, ne de mutavassıtın tavassutunu talebeden şahsın servetinin tenakus etmiş olmasına vabeste değildir. Zira, bu suç; mülkiyete karşı işlenen suçlar meyanına girmemektedir. Gaye, iktisabı servet eylemeği veya herhangi bir şey almayı menetmek değil; idare makinasını haksız şüpheler altında bulundurmak suretile zenginleşmek arzusunun önüne geçmekten ibarettir.

Vadedilmiş olan para veya sair şeylerin, bilfiil ödenmiş olup olmaması keyfiyeti, o derece haizi ehemmiyet değildir. Kezalik, suçun vucut bulması için, yapılan vaitlerin ani ve muhakkak surette infaz kabiliyeti olup olmaması keyfiyetine de ihtiyaç yoktur. Şarta ve tâlie terk edilmiş olan herhangi bir kazancın cürmiyeti, daha az değildir. Mutavassıtla tavassutu talebeden taraf, hediye ve vaitlerini; idare makinasında hile ile istihsal olunacak bulunan menfaatın husulü neticesine talik ettikleri, yahut tavassut bedelinin tavassutu isteyen tarafın tatmin edildikten sonra verilmesini meşrut kıldıklarını ve yahutta bu netice istihsal olununcaya kadar, ihtiyata riayeten, mezkûr bedeli; üçüncü bir şahsın eline tevdi eyledikleri hallerde de intisap iddiasile menfaat temini suçu mevcut demektir. Zira bu ahval, kazanç mefhumunu ortadan kaldıramadığı, gibi hadisenin muhtelif safhalarına nazaran faillerin hüsnüniyetleri hakkında da en ufak bir fikir veremektedirler.

Taahhüt olunan vadin infazı kabil olamaması, tavassutu taleedenkimsenin nufuzunu satan şahsa karşı borcunu ödeyememesi, giriştiği aahhüdün ciddî bulunmaması halleri; cürmün teşekkülüne mani keyfiyetlrden değildir. İtalyan, kazaî içtihadının geniş bir surette kabul ettiği bu prnsip, ne Fransız hukukçuları, ne de Fransız kazaî içtihadı tarafından kabuedilmiş değildir. Ancak, kullandığı « vait » tâbirile kanunun kasdetmiş olduğu gaye; bir kimsenin, hakikî surette zengin olmak arzusile hareket etmesi dahi; münferiden kazanç kasdile hareket etmiş olması keyfiyetidir.

Mutavassıtın iktisabı servet etmesi keyfiyeti elzem addolunmadığıgibi, tavassutu talebeden kimsenin servetinin tenakus etmesi keyfiyeti de irisap iddiasile menfaat temini suçunun unsurlarından değildir. İşte bu suçu diğer başka farklarla, dolandırıcılık suçundan tefrik eden noktalardanbirisi de budur. Filhakika ceza kanununun 405 inci maddesi, hileye tevssül eden şahsın, tadat olunan vasıtalardan birisile « diğer bir şahsın mamlekinin bütününü veya bir kısmını dolandırmış » olmasını şart kılmatadı. Bu fıkra, tahlile tâbi tutulduğu zaman, aldatılan şahsın, zarar ve ziyana ririftar olmadığı hallerde dolandırıcılığın mevzubahs olamayacağı neticesielde edilmiş olur. Şu halde, zarar şartı hariç olmak üzere, doladırıcılık fiili failinin, bir takım hileli ef'ale müracaat suretile kendisinin başkasında bulunan malını almış olması veya diğer bir şahsa ait blunan malı alara sahibine aide etmesi keyfiyetlerinin dolandırıcılık suçunu teşkil etmdiği neticesine varılmış olur.

Bu mülâhazatı intisap iddiasile menfaat temini suçuna tatbik imkânı mevcut değildir. Temmuz 1889 tarihli kanunda mevzubahs olan bu sçta, fail tavassut vadinde bulunurken mev'ud şeylerden hiç birisini istihsl etmemiş olsa dahi suç vucut bulmuş demektir. Zira vadolunan şeylerden hi birisinin istihsal olunamamış olması, faili; devlet memuru nezdinde nufu ve münasebetlerini istimal etmiş olmak keyfiyetinden kurtaramamaktadır. Kezalik, yapılacak şeyin, pazarlıktan evvel ve yahut sonra yapılmış olması keyfiyeti de haizi ehemmiyet değildir. Filhakika, devletçe ittihaz edilmesi matlup olan karar, taahhüde girişen tarafların veya bu taraflardan biriinin haberi olmaksızın ittihaz edilmiş olabilir. Bu hal, pazarlık mevcut olduğu takdirde, intisap iddiasile menfaat temini suçunun teşekkülüne mani addolunamaz. Şu farkla, ki, icabı halinde bu vaziyet, dolandırıcılık suçuyla tdahul edebilir.

192

İstihsal olunacak menfaatın, intisap iddiasile menfaat temin eden kimsenin şahsınamı veya başka bir kimseyemi ait olması keyfiyeti de tahlile tâbi tutulması lâzımgelen dakik bir mes'eledir.

Mes'ele, İtalyan kanunu için mevzubahs değildir. Zira o, bu mes'eleyi, ihtiva ettiği metninde halletmiş bulunmaktadır. Çünkü, onca aranılan gaye; vazifesini tavsiyesiz ifa etmez töhmetile şerefsizliğe düşürülmek istenilen idare makinasını himaye ve sahabet etmekdir. Bunun içindir ki yapılan pazarlığın gerek nufuzunu istimal eden şahsın ve gerekse ahar bir kimsenin menfaatına yapılmış olması keyfiyetinin ehemmiyeti yoktur. İşde dalavereli bir pazarlığın mevcudiyeti kâfidir. Bu esbaba binaendir ki, İtalyan kanununun 1889 tarihli kanunun 204 üncü maddesinden aynen almış bulunduğu 346 ıncı maddesi « gerek kendi şahsı ve gerekse başkası namına bir şey almak, verdirmek veya vadetmek » hususlarını cezalandırmakta ve 1931 tarihli kanunun 382 inci maddesile, ayni ahkâmı, müdafilerin işlemiş olduğu « peşin kredi » suçuna da teşmil eylemektedir.

Mes'ele, Fransız hukukunda, tahlile tâbi tutulmak mecburiyetindedir. Umumiyetle memuru ifsat suçunda, memuru ifsat için kendisine verilen hediye, mükâfat veya vaidin, doğrudan doğruya memura verilmeyerek üçüncü bir şahsın tavsit edilmesi, cürmün teşekkülüne mani addolunmamaktadır. [1] Bu tarzı hal, bizim için, kabili itiraz olmadığı gibi, bunu, intisap iddiasile menfaat temini suçuna teşmil etmekte de tereddüt etmemekteyiz. Ancak, ortaya atmak istediğimiz mes'ele büsbütün başkadır. İntisap iddiasile menfaat temini suçunun, üçüncü bir şahıs elile vucut bulabilmesi için, mutavassıtın, hiç şüphesiz, verilen şeyleri bilmesi ve onları kabul etmiş olması lâzımdır. Mutavassıtın ortaye bir şahıs koyması veya üçüncü bir şahsın, mutavassıtın malûmatı tahtında, kendiliğinden bu işe girişmiş olması keyfiyeti, 177 inci maddede yazılı teklif, vait, hediye, armağan gibi şeyleri kabulden başka bir şey değildir. Burada mevzubahs edilecek mes'-

---

[1] Ancak bu üçüncü şahıs memurun şeriki cürmü olabilmesi için, kendisinde memurun işlediği suça iştirâk kasdının mevcut bulunması lâzımdır. "*Garçon. Ceza kanunu şerhi madde 177 No. 60.*"

ele, bu üçüncü şahsın ne gibi şartların husulünde, şeriki cürüm olarak, akibata tâbi tutulması lâzım geleceği keyfiyetidir. Böyle bir vaziyette taahhüt için verilen bedel, bir kısmı üçüncü şahsa verilmiş olsa dahi, esas itibarile yine mutavassıta ait bulunmaktadır. Burada, tavassut için taahhüt edilen bedelin kâmilen üçüncü şahsa verilerek mutavassıtın hiç bir şey almamış olması halini de mevzubahs etmek lâzımdır. Fransız tarzı telâkkisine ademi kifayesinin noksanı bu noktada da kendisini göstermektedir. İntisap iddiasile menfaat temini suçunun hedefi « satılmış olmak » yani failin hırs ve tamaı olduğuna nazaran, mutavassıtın hiç bir şey almamış olması farazıyesi ne suretle tahakkuk edecektir? Maamafih mutavassıtın hiç bir şey almamış olması halinde de, yapılan pazarlık, cemiyet için, o kadar çirkin veo kadar menfurdur ki mutavassıta bizzat temin edilen menfaattan farkı yoktur. Her iki halde de yapılan pazarlık, mahiyeti itibarile, efkârı âmmee devlet aleyhine ademi itimat tevlit etmekte ve onu, zımnen, haksız olarak hatır ve gönül için iş görür şüphesi altına sokmaktadır.

İkinci Fasıl — Cezalanması lâzımgelen tavassut

İntisap iddiasile menfaat temini suçunda, yalnız failin «satılmış olma» keyfi ile meşgul olduğu için ibhama düşen Fransız tarzı telâkkisinde, vaiî kanunun pazarlığa mevzu teşkil eden «bedel» i tarif için ibrazı mesai etmesi keyfiyeti tabii görülmelidir. Yalnız Fransız kanununda değil, başka kanunlarda da cürmün tekemmülü için bedelin meşrut bulunmasına nazaran, « bdel » mefhumunun tavsif edilmiş olması lâzımdır.

Bizatihi bedel, ne gayrı meşru, ne de gayrı ahlâkidir. Hediye ve mukâfat almak, vait ve tekliflerde bulunmak, haddi zatında, cezaya lâyik hareketlerden madut değildir. Ancak, yeterki bütün bunlar, ticaret kasına makrun birer külfet mukabilinde verilmiş olmasın! Şu halde, intisap iddiasile menfaat suçunun unsuru aslisini, bir bedel mukabilinde tarafı diğr için taahhüt olunan mükellefiyet teşkil etmektedir. İntisap iddiasile menfat temini suçunun vasfı mümeyyizi, bu suçu mümasili suçlardan, bilhasa memuru ifsat suçundan tefrik eden esaslı nokta da işte budur. Bu mükellfiyeti, ceza kanunu tayin ve tavsif etmemektedir. Ceza kanununun 17 inci maddesinin beşinci fıkrası, tıpkı kanunun projesinin 236 ıncı madd-

sinde kullanmış olduğu aynı tabirleri kullanmak suretile bu mükellefiyetin: «nişan, madalya, rütbe, mevki, vazife veya hizmet, devlet tarafından tevcih olunması lâzımgelen herhangi bir manfaat, mukavele, kezalik devlet tarafından aktedilen bir mukavele neticesi istihsal olunacak menafii istihsal etmek veya istihsal ettirmeğe teşebbüs etmek» gibi harekâttan ibaret bulunduğu cihetini tesbit etmektedir. İstihsal etmek veya istihsal ettirmeğe teşebbüs etmek, vermek veya yapmak demek değildir. Netekim âkidin yukarıda tadat olunan menafiden birisini vermeyi ve yapmağı taahhüt etmesi hallerinde, intisap iddiasile menfaat temini suçu mevzubahs olamaz. Burada mevzuubehs olacak keyfiyet, hale göre, memuru ifsat veya dolandırıcılık suçlarıdır. Vermek veya yapmak vadinde bulunan şahsın, vadedilen işi yapmak salâhiyetini haiz bir memur bulunması halinde memurun ifsadı suçu, iktidarı dahilinde bulunmayan bir şey yapmak veya vermeği taahhüt eden şahsın vaziyetinde ise, o şahsın mevhum bir nufuz veya kudrette bulunduğunu göstermek suretile sahte bir sıfat iktisap etmesi dolayısile, dolandırıcılık cürmü meydana gelmiş demektir. İntisap iddiasile manfaat temini suçunda ise vaziyet böyle değildir. Me'vud menfaatın hayyizi husule getirilmiş olması değil, failin sadece « istihsal etmek veya istihsal ettirmeğe teşebbüs etmesi » yani, haizi iktidar bulunan devlet memuru nezdinde, gözedilen menfaatın verilmesi ve yapılması hususunda tavassutta bulunması iktiza etmektedir. Şu halde, mevzubahs ettiğimiz suçunun çerçivesi dahiline giren hareket, nafiz sanılan bir şahsın, vesatatı bir bedel mukabilinde olarak, devlet memuru nezdinde kullanmasından ibarettir.

Bu tavassut, neden ibaret bulunmaktadır?

Bunu, gaye ve mevzuu itibarile tarif etmek mümkün olduğu gibi, tavassutun ne suretle işlendiğini göstermek suretile de tarif etmek mümkündür. Mevzu ve gayesi itibarile tarifi, Fransız kanununun metninde olduğu gibidir. İkinci tarzı tarif İtalyan tarifidir, İtalyanlar " devlet memur veya müstahdemi nezdinde haizi itibar olduğunu söylemek " veya « bu memur ve müstahdemin himayesinin satın alınabileceğini iddia etmek " suretile temeddühte bulunmayı tecziye etmektedirler. [1]

---

[1] İtalyan ceza kanunu madde: 382 ve 346. tavassutun ne suretle işlendiğini göstermek hususunda 1889 tarihli ceza kanununun tarifi daha vazih bulunmakta idi. Palremento azası veya bir devlet memuru nezdindeki nufuzu ile bunlarla mevcut münasebetlerini

İtalyan tarzı telâkkisinin yüksekliği, burada da, el ile tutulacak derecede kendisini göstermektedir. Filhakika, tavassutun mevzu ve gayesi, derecei tâliyede haizi ehemmiyettir. İşlenen fiilin nameşru oluşu, gayenin neticesi değildir. Zira, istihsal olunması arzu edilen himaye ve sahabetin lak veya nahak olması keyfiyeti haizi ehemmiyet bir keyfiyet bulunmamaktadır. Şu halde, tavassutun vasfı cürmisi, haklı dahi olsa, gayeden tevelüt etmemekte, belki, tavassutun işleniş tarzından dogmaktadır. Binaenaleyh tecrim edilen tavassutu doğru dürüst tarif edebilmek için, yalnız mevzu ve gayesini değil, aynı zamanda tavassutun ne suretle işlenmiş olduğu cihetini de tesbit etmek lâzım gelmektedir.

1 — Tavassutun mevzu ve gayesi

Bu hususta metinde mevcut malûmat kâfi bulunmamaktadır. Metin, tadat usulünü takip etmiş fakat bu tadadı tahdidî bir şekle sokamamışır. Umumi ve çok geniş bir izah şekli olan «herhangi bir menfaat» tâbirinden umumiyet manası istihraç edilmiş olsa dahi büyük bir şey ifade etmemektedir. Tavassutu talep eden şahsın istihsaletmek istediği menfaatları, kanun, hiç olmazsa tadat etmiş nakdî olan menfaatları pazarlık, kazanç, teşebbüs diye, manevi olanlarını nişan, madalya, rütbe suretle; mülkiyete dahil bulunan veya bulunmayanları ise mevki, memuriyet veya hizmet diyerek bir sıraya koymuştur. Halbuki bizatihi tavassutun ne olduğu bahsinde, « âmme otoritesi tarafından bahsolunan herhangi bir menfaat » demektedir. Her ne kadar, bu ibarenin izahında alestekiyet mevcut isele, yine, tavassutun mevzu ve gayesi hususunda iki bariz vasıf göstermektedir. Evvelâ «menfaat» ın mevcut bulunması ve bu menfaatin âmme hizmetini görenlerden istihsal edilmiş olması iktiza etmektedir. Ceza kanununun 177 inci maddesinin beşinci fıkrasında istimal edilmiş olan bu « menfaat » ve « âmme otoritesi » tâbirleri muayyen, ilmî bir kıymeti haiz olmamakta, kat'î bir şekilde izah ve tarif edilmiş bulunan hukukî tâbirata mütenazır bulunmamaktadır. Bu iki tâbirin, mevzubahs ettiğimiz metindeki manaları nedir?

---

satmak keyfiyeti cezalandırmakta olduğu gibi, bu zevat nezdindeki yapılacak müdaiale keyfiyeti ile bu zevatın himaye ve sahabetin satın alınacağının vadi zımnında intifa olunan herhangi bir bedel veya bediye hususunı da tecziye eylemekte idi.

A) Konuşma lisanında, «menfaat» kelimesinin birbirinden farklı fakat birbirine yakın iki manası vardır. Bir manaya göre «menfaat», bir iyilik yapmak hissi, kendisile bir şeyler umulan bir şahsın bir himayesi, lütfü, diger bir manaya göre de bu lütüf sayesinde istihsal olunacak faideaver kazançtan ibarettir. İtalyan kanununun; memur, hâkim, Müddiumumi, şahit, ehlihibre veya bir tercümandan, para vermek suretile intifa etmek hususundan bahsetmiş olmasına nazaran « menaatf» tâbirini birinci manada kullanmakta, Fransız ceza kanunu ise 177 inci maddesinin beşinci fıkrasında bu tâbiri, aksine olarak, müstahsil için zati bir istifade vasıtası olarak istimal etmektedir. Bu manada dahi kelime, kendisini ibhamdan kurtaramamıştır. Şu halde; «menfaat» onu temin eden kimsenin hayrihahlığına vabestedir. Yani, intifa eden şahsın talebine hacet kalmaksızın bir lütüf, ihsan kabilinden kendisine veriliyor demektir; ki vazıi kanunun maksat ve gayesi bu olmasa gerektir.

Kazai içtihat; 177 inci maddenin beşinci fıkrasındaki «menfaat» tâbirini izahta hukuk mefhumuna muhalefet göstermemiştir. Netekim ona göre, mutavassıtın tavassutu neticesi istihsal etmiş olduğu karar, tamamile kanuna ve hakka makrun buluumuş olsa dahi intisap iddiasile menfaat temini suçu mevcut bulunmaktadır.

Menfaat kelimesini, tabii manasında olduğu gibi, ondan ancak kendisini istihsal eden şahsın istifade edeceği tek taraflı bir had, subjektif bir kasd olarak telâkkiye imkân varmıdır? Bu, şüphesizki, kesretle vaki olan haldir. Bu manada; adli bir kararın istilzam ettiği bütün ahvalde, idarî bir kararın istilzam eylediği; pasaport verme, herhangi bir tard ve teb'id kararının taliki, oyun müsadesi, tabiiyet ihrazı gibi zatî istifadeyi mutazammın evsaf gösteren bazı ahvalde menfaat mevcut demektir.

İttihaz olunan kararın gayrı zati olması halinde ise, menfaat istihsal eden kimseyi doğrudan doğruya alâkadar etmesine ve onun için doğrudan doğruya faide temin eylemesine lüzum yoktur. Onu bilvasıta alâkadar edecek ahvalin mevcudiyetini kabul zarureti bulunan ahval bulunduğu gibi, menfaatı istihsal eden kimsenin menafii maddiyesinden daha ziyade, menafii mefsidetkârane ve intikam cuyanesini tatmin edebileceği ahval de mevcuttur. Ahlâkı endişe ile, idare makanizması vekarının istilzam ettirdiği bu tarzı izahat; «menfaat» kelimesinin lûgat manasından çok uzakta bulunmaktadır.

Bununla beraber, « menfaat » kelimesine kifayet edecek derecede, alestekyet bahşetmeğe de çok ihtiyaç vardır. Netekim « menfaat » tâbiri, yalnız şhî istifadeyi müstelzim bir keyfiyet olarak kabul edilmiş olsaydı dar bir telâkkiye kapılmış olunacak ve zatî istifadeden gayrı hallerde « menfaat » kullanılmış olsa dahi intisap iddiasile menfaat temini suçu vucut bulmamış olacaktı. Fransız kanununun 177 inci maddesinde olduğu gibi " menfaat " kelimesini, yalnız bir şahsın istifadesini temin eden zatî bir mefhum olarak kabul olunduğu takdirde, teşriî heyetin, menfaat için yapmış olduğu her hangi bir filü hareket bu maddenin çerçevesi dahiline girmemiş olacak ve içtinaî nizam noktasından tehlikeli, hicabaver bulunan bazı alış verişler, böylelikle, cezasız kalmış olacaklardı. Nufuzu bulunan siyasî bir şahsın, her hangi bir tüccar sendikasına veya bir sanayi gurubua, kendileri için muafiyet istihsal edeceğini yahut gümrük tarifesini yükselteceğini vadederek bunun için para alması ve neticede de cezasız kalmasını kabule imkân varmıdır? Âyan azaları ile meb'usların, 177 inci maddenin beşinci fıkrasına göre memur addedildiklerinde şüphe yoktur. Ancak memurun ifsadı bahsinde ifat, memurun ivazı alarak veya bir vadi kabul ederek vazifesi dahilinde bulunan bir işi yapup veya yapmaması halinde mevzubahs olabilir. İmdi, siyasî bir şahsiyetin, reyi zatisini ortaya koymayarak, yalnız nufuzunu istimal etnek suretile bir nazırdan, müsait bir karar veya bir kanun projesi istihsal etmesi keyfiyeti, 177 inci maddenin beşinci fıkrasındaki «menfaat» tâbirinin bu maddede kullanılan tarzına göre değil, fakat lûgat manasına göre, cezadan kurtulmaması lâzım gelen bir keyfiyet bulunmalıdır. Şu halde, vazii kanunun fikrine hürmet etmek için, kanunda yazılı « herhangi bir menfaat mukabiinde » tâbirini, yalnız menfaatı istihsal eden kimsein zatî istifadesine mevut « menfaat » ile tahdit etmeyüp devletten istihsal olunan her nevi am ve şamil tasarrufata da teşmil eylemek gerekmektedir.

B) « Âmme otoritesi » neden ne kasdedildiği cihetini de izah etnek lâzımdır. Bu tâbirin, hukuk lisanında, taayyün etmiş bir manası mevcut değildir. Otorite kelimesi, umumiyetle, tefriki kuva kaidesinden bahsolunurken, istimal olunmakta ve adlî, idarî, teşriî otoriteler denmektedir. Bu noktada da, vazii kanunun maksadı bu tâbiri geniş bir tefsire tâbi tutmak suretinde tecelli etmekte; gerek mansup bir memur tarafından ve gerekse kanunen mahdut bazı kararlar ittihazına salâhiyetli meclisler tarafından ittihaz edil-

miş olan mukarreratı sahai şumulüne almak istediği istidlâl olunmaktadır. Bu hususta misal verilmek istenilirse, şurayı devletin her hangi bir nahiyeye hibe kabul etmek salâhiyetini vermesi şurayı devlete ait bir otorite olduğu gibi, meclisi umuminin salâhiyettar belediye makamlarına, pazarlardaki oktorvaya ait talepleri kabul veya reddetmek salâhiyeti vermesi hususu da meclisi umumiye ait bir otorite olarak zikredilebilir. Otoritenin bu suretle telâkki edilmesinin de şayanı esef netayici yok değildir.

Gayesi, bir şahsın diğer bir şahıs namına müsaade veya hayrıhahlık istihsalinden ibaret bulunan bir takım alışverişleri, cezalandırmanın lüzumlu bulunduğu şüpheden vareste bir keyfiyettir. Her hangi bir teşebbüsün müdiri, herhangi bir cemiyet veya müessesenin meclisi idaresi ittihaz etmiş oldukları kararlarda lâik olandan ziyade müsaadekâr davrandıkları şahsın lehine hareket edebilirler; intizamı âmme, bu hareketten hiç bir suretle müteessir olmaz. Zarar, o teşebbüsün veya o cemiyetle o müessesenin hududu dahiline inhisar etmiş olur. Ancak, burada düşünülecek nokta, intisap iddiasile menfaat temini suçunun cezalandırılmasına sebep failin «satılmış olmak» keyfiyeti olmasına nazaran, mevzubahs müdir ile meclisi idare azaları üzerinde yapılmak istenilen nufuz tesirinin ne suretle cezadan azade bulundurulacağı keyfiyetdir. Haiz olduğu nufuz ve münasebetlerini; bir menfaat mukabilinde ortaya koyan bu şahsın hareketi de, tıpkı devlet memuru veya başka bir şahıs nezdinde haiz bulunduğu nufuzu suiistimal eden şahsın hareketi misüllü mucibi takbih olmalıdır. Noktai nazarımıza göre vaziyet hiçte böyle değildir. Bu kabil alışverişlerin cemiyet için mucibi mazarrat olması idare makinasının şerefsizliğe düşürülmek istenmesinden neş'et etmesine göre, bu ikinci haldeki tehlike o kadar fazla bulunmamaktadır. Netekim intisap iddiasile menfaat temini suçundaki ıtalyan tarzı telâkkisi bu noktada da; bu suça verilecek cezaları münhasıran âmme otoritesinden sadır olacak kararlara hasretmek suretile, Fransız telâkkisine faikiyetini göstermekte bulunmuştur. Bu tarzı telâkkiye göre, intisap iddiasile menfaat temini suçunun cezalanması için istihsal olunacak veya olunmuş olan kararın devlet otoritesinden sadır olması ve hususî müesseselerin ise,kendi kendilerine müesseselerinin şereflerini korumaları iktiza etmektedir.

« Âmme otoritesi » tâbiri esas itibarile dar bir mefhum arz etmektedir. Tâbirin lûgat manasına göre, eksperler, şahitler, juri azaları, tercümanlar

bunların haricinde kalmaktadırlar, ki bu hal, şayanı esef bir noksanlık az etmektedir. Adliye müntesiplerinin, herhangi bir vaide kanmak veya herhangi bir hediyeyi kabul etmek suretile ketmi hakikat eylemeleri, muhalifi kanun karar vermeleri keyfiyetlerinin ceza tehdidi altında bulunduğu şüphden azadedir.

Fakat; bilfarz, müdafilerin bedel mukabilinde tesire kapılarak müdfaatta bulunmaları keyfiyeti, kanunun metnine göre, tecziyeye imkân mevcut değildir. Zira, juri azasının reyini, ehlivukufun mütalâasını, şahidin şahadtini, tercümanın tercemesini « âmme otoritesi tarafından bahsolunan herhangi bir menfaat » fıkrası içerisine ithal imkânı, eksper, şahit, juri azası ve tercümanın bizzat rey sahibi bulunmamaları itibarile, mevcut değildir.

177 inc maddenin beşinci fıkrasında mevcut olan bu ademi kifayet, teessüfe şayan bir haldir. İtalyan kanunu ise böyle değildir. 382 inci maddesinde eksper, juri azası, şahit veya tercümanı bu suretle bir bedel mukabilinde nufuza kaptırmak isteyen müdafii, tecziye etmektedir. Fransız kanununun bu vaziyeti karşısında, içtihadı kazaîde, âmme otoritesi tâbirine geniş bir izah tarzı bulamamaktadır. Daimi veya muvakkat vazifelerini bu suretle suiistimal eden kimseleri iğfal edilmiş addederler. Bu maddenin çerçevesi içerisine sokmak, metni; tâbiratın muhtevi bulunduğu lûgat manası haricine çıkarmak demek olacaktır. Esasen böyle de olmuş olsa, kifayetsizlik yine kendisini göstermektedir. Zira tercüman veya bir şahit nezdinde yapılmış olan tavassutu mevzubahs bu 177 inci maddeye göre tecziye hiç bir suretle imkân mevcut bulunmamaktadır.

2 — Tavassutun işleniş tarzı

Tecrim edilen tavassutu, bu tavassutun ne suretle ika edildiğini izah suretile tarif daha muvafık olacaktır. Netekim İtalyan kanunu da bu şekli ihtiyar eylemiştir. 1931 tarihli kanunun 346 ıncı maddesi nufuzu bulundığundan bahsetmek suretile tavassutunu bir bedel mukabilinde istimal eden kimseyi cezalandırmaktadır.(1889 tarihli kanunun 204 üncü maddesi nufuz kelimesine «münasebetlerini» tâbirini de ilâve etmiş bulunmakta idi. Şu halde bir bedel mukabilinde ortaya atılan tavassutun cezalandırılabilmesi

için, iki taraf arasında sarih veya zımni bir anlaşma neticesi olarak, mutavassıtın nufuz veya münasebetlerini intifa sebebi yapmış olması gerekmektedir. Bugünkü metin, mutavassıtın devlet müstahdem veya memurina ivaz ifası suretile ondan himaye ve sahabet satın alacağını iddia eden kimseyi müşeddit bir sebeple tecziye eylemektedir. Bu, çok muvafık bir harekettir. Zira bu tarz alışveriş, kendisinden karar istihsal edilmek istenilen memurun ifsadı suçunu da meydana getirmiş bulunmaktadır. Basit bir rica ile memuriyetine ait bir vazifeyi ifa eden kimse ile hiç bir menfaatı olmaksızın bu işin yapılması için şefaatda bulunan kimsenin cezalandırılmaması keyfiyeti ne derecede mantıkî ise, netice itibarile memurun iğfal ve ıdlâline müncer olan menfaattar bir tavassutta bulunan kimsenin; intifa kastı olmaksızın, yalnız bir eyilik hissine kapılarak tavassutta bulunan ve bu hali ceza kanununun müeyyedeleri içerisine dahil bulunmayan kimse muvacehesinde; şedit bir surette teeziye olunması daha mantıkî addolunmalıdır. İdare makinesinin şeref ve nufuzunu « satılmış olarak hatır ve gönül için işgörür» isnadı altında bulunduracak olan bil'umum vakayiin teczizesi lâzım olduğuna göre, bütün bu ahkâm, kolaylıkla izah olunabilmektedir. Anlaşılıyorki, mutavassıtın, tavassutu talebeden kimse nezdinde, tavassutla devlet memurundan arzu edilen şeyi istihsal edeceği ve onun tavasautu olmaksızın bir şeyin husul bulmayacağı veya istihsal için müşkilât çekileceği zan ve zehabını tevlit etmiş olması iktiza etmektedir. Fransız ceza kanunundaki metin. bu hususta, kat'iyeti havi değildir. «İstihsal ettirmek veya istihsal ettirmeğe teşebbüs etmek» tâbiri ile şüphesizki, mutavassıtın haiz olduğu nufuzdan istifade edcrek talebetmek veya resmî bir surette müracaat etmek suretile devlet memurunden arzu ettiği şeyi koparabilmesini istihdaf etmektedir. Bütün bu ef'al, doğrudan doğruya, bilâvasıta tavassutu teşkil etmektedir.

Kanun. doğrudan doğruya olmayan bilvasıta tavassuttan da bahsetmişmidir? Bu sual, bizce tereddüdü mucip değildir. Mutavassıtın şahsen hareket edeceğini vedetmiş olduğu gibi, muayyen veya gayrı muayyen nufuzlu bir zatın tavassutu ile bu işi yapacağını da söylemiş olması ehemmiyeti haiz değildir. Ayni zamanda bütün bu tavassutların, hatta bir bedel mukabilinde dahi olsa, gayrı kanunî olması iktiza etmez. Öyle şahıslar vardırki, « âmme otoritesi » nezdinde tavassutta bulunmayı vadetmek, mes

129

lekleri iktizasındandır. Avukat ve dava vekilleri gibi. Bunların icra emiş oldukları tavassut hiç bir zaman gayrı meşru addolunamaz; bunlara bu salâhiyeti, kanun bahşetmiş ve bir intizam altına almıştır. Fakat kanundan böyle bir salâhiyet almayanlar da vardır. Meslekleri olmadığı ve kanunen kendilerine böyle bir salâhiyet tanınmadığı halde, âmme otoritesi nezdinde tavassut icrasile herhangi bir menfaat istihsal ettiren veya istihsal ettimeğe teşebbüste bulunan kimseler mevcuttur. Bilfarz, harp malûllerine mira, caat ederek, hakları olan ikramiyeyi takip ederek almak için, para mıkabilinde taahhüde girişenler gibi. Bunlar, şüphesizki intisap iddiasile menfaat temini suçunu işlememektedirler. Halbuki, malûllere verilen ikramiye, 177 inci maddenin beşinci fıkrasındaki « âmme otoritesi tarafından bahş olunan menfaat» tâbirine ithal olunabilir bir keyfiyettir. Tıpkı bunun gibi işsizlere istişare büroları tesis eden sendikalarla icar ve isticar kanunundan istifade etmek için kiracılara dava açmalarını telkin eden müesseseler de, münasebete giriştikleri eşhasa, davalarını kazanacaklarını vadettiklerihalde, ceza tehdidinden kurtulmaktadırlar. 177 inci maddenin beşinci fıkrasına göre, bütün bu eşhasın intisap iddiasile menfaat temini suçunu şlemiş oldukları ve cezadan kurtulamayacakları zannı uyanmaktadır. Çünkü 1889 tarihli kanunun « âmme otoritesi tarafından bahşolunan bir menfaat» olarak telâkki ettiği mahkeme kararı istihsal etmeği vadetmekte ve bunun için de para almış bulunmaktadırlar. İntisap iddiasile mentaat temini suçunun karekteristik vasfı, « para almak » keyfiyeti olarak telâkkî olunduğu takdirde bu cezasız kalış keyfiyetinin şekli izahı suubet kesbetmektedir. Hakikat şudur, ki tavassutun gayrı meşru vasfını onun işleniş tarzında aramak lâzımdır. İcra kılınan tavassutun âmme hizmetlerini hiç bir zanan için değiştirmemesi, ve istihsal olunacak olan menfaatın tamamile kanuni yolları takip edilmek suretile istihsal edilmesi halinde, ortada cürüm nevcut değil demektir. Bilâkis, hukuka münafi yollardan yürümek suretile, yalnız şerefli bir adamın hukuk prensiplerine riayetsizliği suretile değil, pazarlığa girişmek veya mucibi takbih bir hatırnevazlık eseri olarak, devlet memurundan, menfaat istihsali halinde, kullanılan tavassutun muvafakıyetini intaç edüp veya etmemesi ciheti haizi ehemmiyet olmaksızın, cürüm tekevvün etmiş addolunur. Zira, cürüm, idare makanizmasına karşı atemi itimat tevlit edecek olan, pazarlığın akdedilmiş olması ile vucuda gelmiş bulunmaktadır.

Tarafların gayrı meşru vasıtalar istimal etmek istemeleri keyfiyetinin, kolayca anlaşılabileceği şüpheden azadedir. Şu cihet de unutulmamalıdır, ki intisap iddiasile menfaat temini suçu ile cezalandırılabilmek için, o şahsın istimal etmek üzere vadettiği nufuz ve münasebetleri açık bir surette tasrih etmiş olmasına lüzum yoktur. İtalyan kazaî içtihadı, yalnızca, failin kendisinde bir takım nufuz mevcudiyetini uyandıracak tezahurat ile, tavassut talebinde bulunanları kendisine celp etmeği kâfi addetmekte, cürmün tasrih edilmemiş bir vait ile de tekemmül etmiş bulunduğu kanaatını izhar eylemektedir.

İntisap iddiasile menfaat temini suçunun cezadide olabilmesi için göz önünde bulundurulacak yol; temini menfaat sadadında istimal olunan vasıtaların, kendisinden istihsali menfaat olunacak memur üzerinde, dürüst olmadıkları ve gayri kanunî bulundukları hakkında bir tesir icra etmiş bulunması halidir. Yani, matlup olan fiilde, Devlet memurile bir bedel mukabilinde tavassutta bulunan şahıs arasında maddî menfaatlarla şahsî münasebetlerin, doğrudan doğruya veya bilâvasıta vasıtalık rolünü oynamış olmaları ihtimal dahilindedir. Ancak yeterki, bütün bu tavassut ef'ali, memur üzerinde bir tazyik vasıtası olarak kullanılmamış bulunsun. İşte o zamandır ki, hatta mutavassıt bu tavassuttan intifa etmiş olsa dahi, işlenen tavassut ef'aline dürüst ve meşru nazarile bakmak icap edecektir. Netekim bir avukatın, hâkimler nezdindeki kredi ve nufuzu nisbetinde galî bir ücreti vekâlet almış olması keyfiyeti, avukatın haiz olduğu meslekî şerefinin büyüklüğünü göstermekte ve hiç bir zamanda 177 inci maddenin beşinci fıkrasında zikrolunan ef'al meyanına ithal olunamamaktadır. Halbuki, bilâkis tarafların herhangi bir siyasî nufuz veya şahsî münasebetten istifade kasdettikleri ahvalde, bunun için almış oldukları meblâğ, o işin görülmesi için alınacak normal ücret nisbetinde bulunsun veya bulunmasın, bu cihet aranılmaksızın, 177 inci maddenin beşinci fıkrası sahasına dahil olmuş bulunmaktadır.

Haizi ehemmiyet olan nokta verilen bedelde değil, mukavelenin gayesinde, gayrı meşruiyetindedir. Ve işte fiilin cürmiyetini ortaya çıkaran pazarlık da budur. Bu noktada eski hukukun tahlil şekline iltihak ediyoruz. Eski hukukta, avukat ve dava vekillerinin irtikâp suçları ancak, avukatın müşterisine «hâkimin dostu olduğu için davayı kazanacağını» vadetmiş bulunması halinde kabil olmakta idi.

[Sonu gelecek sayıda]

No: 39

Türk Hukukunda Yazılı Şekil

yazan :
Dr. Hüseyin Avni Göktürk

Altıncı Sayıdan Devam

Âmaların imzaları, usulen taştik olunmadıkça veyahut imza ettikeri zaman vesikanın (senedin) muhtevasına vakıf oldukları sabit bulunmadıkça, onları ilzam etmez. »

1. Bu matte isviçre hukukunda yepyenidir. Yani 1881 tarihli İsviçre bağlamalar (vecibeler) kanunu bu mattenin şartlarını ihtiva etmeyordu. Bunun için o zaman, imzanın el ile atılıp atılmayacağı, veyahut onun yerine mekanik bir usul kullanılıp kullanılamıyacağı meselesi uzun uzadıya münakaşa [65] edilmiştir. Maamafi tatbikatta imza yerine onun yerini tutucu başka bir şey kullanmak mümkün olurdu. İsviçrenin yeni kanunu İsviçrede bu vaziyeti aydınlattığı gibi bizim hukukumuz için sarahatli bir hal tarzına imkân vedi. Yani prensip itibarile imza bağlam (=veile) üstlenenin elile atılmış olmak şarttır. Ancak istisnaendirki bunun yerine başka türlü imza atmak tarzını kabul etmiştir. Yani ticaret ve iş münasebetleri örf ve adetince el ile imza atmak yerine mihaniki bir işaretin kullanılması mümkün olan yerlerde el ile imza atmağa lüzum yoktur. Sonra böyük miktarda ortaya çıkarılacak kıymetli evrak hakkında da el ile imza yerine onun başka bir şekli ikame olunmak caizdir. Aksi taktirde insandan, fizik kuvvetinin kat kat üstünde olan bir edim ve yapım kuvveti beklemek lâzımgelirdi. Yeni İsviçre vecibeler kanununun kantonlar meclisinde müzakeresi sırasında [66] bilhassa bu son ihti-

---

[65] *Schneider*, Mat. 12 No. 4 lehtedir; *Zeeler, in Zeitschr.* d. *Bern.* ZV. 1 s. 539 ve *Corrad, in Zeithscer. J. Schweiz,* . *R2* NF s. 138, aleyhtedir.

[66] Bak: kantonlar meclisinin istenografi bülteni. 19 si 473

malin ehemmiyeti üzerinde çok ısrar edilmiştir. Yani o vakit âmaların, hususî bir şekilde himayelerine pek o kadar taraftar olunmadığı zabıtlardan istihraç olunabilir. Bilhassa, bugün, kültür memleketlerinde « Körler yazısı » [67] bilmeyen hiç bir âma olmadığı da göz önünde tutulursa İsviçre için böyle bir hususî himayenin kurulmasına lüzum olmadığı yolundaki ittia pek de haksız sayılmayabilir. Fakat, âmaların himayesine dair olan bu höküm, Türkiye için, tamamen doğrudur.

2. Mekanik bir vasıta ile imza atmak hususunda kanunumuz örf ve adete bağlanır. Bu türlü mihanikî vasıtalarla yapılan imzalardan kanunun kastı bilhassa çok miktarda ortaya çıkarılan bankonotlar, anonim ve kooperatif şirketlerin hisse senetleri ve tahvilâtı, istikraz tahvilâtı ve obligasyonlardır. Bu senetler, aynı zamanda çıkarılan ve kendi katagorileri içerisinde aynı şekil ve surette tanzim edilmiş bulunan vesikalar olup bunlar iş ve ticaret münasebetlerinde muayyen vüsat ve şumulü haizdirler. Bu türlü vesikalarda onları çıkaran ve imza edenlere hamilleri arasında hiç bir sıkı münasebet yoktur. Buradaki imzanın hakikiliği, senet üzerinde bulunup da hamilce pek de malûm olmayan ihraççıların imzasından ziyade, sureti umumiyede, taklidi mümkün olmayan modelde ve görünüşte aranmak lâzımdır. Halbuki poliçeler ve çekler, ne kadar çok yapılırsa yapılsınlar, bunlar hakkında bu türlü bir muteberiyet karinesi kabulüne imkân yoktur. Çünkü bunlar hiç bir zaman yokarda saydığımız evrak ve senedat gibi hep aynı maalde olamazlar. Hem zaten 14 üncü mattenin 2 inci fıkrası bu hususta gayet sarihtir. Oraya poliçelerin ve çeklerin giremiyeceği muhakkaktır. [68] Hem onların bizzat elden imza edilmeleri lâzımolduğunu zaten yokarda tespit eyledik.

3. Kıymetli evrakın haricinde daha şu senetlerde 2 inci fıkranın şumulüne girer: bildirğiler (anonin şirketin akitlerinin aksiyonerlere, obligasyon alacaklılarına yaptığı tebligat, ticarî mümessil tayini ihbarları, iş ve müessise talimatnameleri... ilh.) kanunen höküm ifade edici bir şekilde yapıldıkları taktirde bu fıkraya girerler. Çıraklık veya umumî iş mukaveleleri

---

[67] Kıy: *Vogel, Die Privatrechtliche Stellung der Taubstummen und Blinden*, Zürih tezi 1912, s. 21 gr.

[68] Kıy: *Bl. f. zürch. Rechtspr* 13 s. 167.

buraya giremez [69].

4. Kanunumuzun aynı mattesinin 3 üncü fıkrası âmalar için hususi bir himaye vaziyetini ihtas ediyordu, yani bu fıkra âmaları iki şık arasında muhayyer bırakıyor:

a) Onlar bizzat imzalarını atıp onu salâhiyettar makamdan tstik ettirirler [70]. Bu tastik makamı türk hukukuna göre mahkeme olmak icap eder.

b) Yahutta vesikanın muhtevasına âmanın imza zamanında vakıf bulunduğunu ispat etmek yoluyla olur.

Âma vesikanın muhtevasına imza zamanında vakıf bulunduğunu nasıl beyan edecek? İsviçre kanununun müzakeresi sırasında kantonlar meclisi, « bu beyanın resmî bir makam huzurunda yapılmasını » teklif etmişti, fakat kabul edilmemişti. Şu halde âma bir senedin imzası sırasında hiç bir resmî makamın müdahalesine hacet kalmaksızın hususî şahıslar marifetile ahi, vesikanın muhtevası hakkında malûmat almak suretile gine onlar huzurunda muhtevaya vakıf olduğunu beyan edebilir.

Hatta âmanın böyle mukavelenin muhtevasını öğrenerek imza atması şıkkı onun imzasının her hangi bir memur tarafından tastik edilmesi şıkkından kendisi için daha emniyetlidir. Çünkü birinci halde filhakika muhtevayı öğrenebildiği halde son halde « aldatılmış » olabilir. Hatta işte bunun için olacakki *Becker*, mat. 13-15 N. 9, tastik bahsında daha ileriye gederek, imza tastikile muvazzaf olan memurun vesika muhtevasını âmayabildirmesini istiyor [71]; fakat bu istek bizce asla doğru değildir. Çünki bu taktirde yazılı şekil yerine resmî şekli ikame etmiş oluyoruz.

5. Yazılı şekle riayet olunmadan yapılan mukavele, sureti umumiyde, batıl olduğu halde âmaların lehinde konulan hökümlere uymadan yalan

---

[69] *v. Tuhr*, § 30 N. 49, ve *Oser*, mat. 14 N. 3, aynı fikirdedir; halbuki *Oser* şerhinin ilk basımında başka fikirde idi.

[70] İsviçrede bu tastik keyfiyetini konfederasyon tarafından değil kantonlar tarafından tanzim edilmiş olduğundan tastiki bazı yerlerde noter, bazı yerlerde mahkeeler yapar.

[71] *Schneider*, s. 55 g.; *v. Tuhr* § 30; N. 50; *Oser* mat. 14 N. 5 hep aynı fikirdedler.

bir mukavele bizatihi batıl değildir; yalnız böyle bir mukavele âmayı ilzam etmez. Şu halde, biz burada hatta, hile, ikrah ve gabın hallerindeki kusurlu mukavelelerin vaziyetine benzer bir vaziyet karşısında bulunuyoruz [72] (mat. 21, 23, 28, 29 ve 31). Yalnız, âmalara taallûk eden fıkranın hükmü ile rızanın fesadı hakkında hükümler arasında şu fark vardır: Rızada fesat olmasına rağmen alâkadar olan kimse bir yıl içinde hakkını tanıttırmak yolunu tutmazsa mukaveleyi (akti) kabul etmiş sayılır; halbuki âmanın lehindeki bu hükme uymayan mukavele hakkında böyle bir yılın geçmesile mukavele kabul edilmiş telâkki olunamaz. Binaenaleyh âmanın dava hakkı şu şekillerde kendini gösterebilir:

a) Âma henüz borcunu ödememişse onu ödemekten her zaman imtina edebilir. Kendisinin dermeyana mezun bulunduğu bu defi yıllanmaz (=mururu zamana uğramaz).

b) Şayet şekil noksanına rağmen bir kere borcunu eda etmişse onu geri istemek hakkı alelâde yıllanma mütteti içinde yıllanırki bu da kanunumuzun 66 ıncı mattesine göre 1 veya 3 senedir.

c) Şekil noktasını tamamlamak keyfiyeti âmanın kabul ve tastikine muhtaçtır. Şu halde bütün bunlara nazaran: 14 üncü mattenin 3 üncü fıkrası tarafından konulan hükümlere uymayan bir akit tamamen batıl olmamakla beraber butlana yakın bir mahiyet arzeder. [73]

6. Bu mattenin koyduğu « bizzat imza» yani «elyazısı» şartı, mümessil yoluyla imzayı imkânsız bırakır gibi bir his oyandırıyor sanılır. Yani bu matte ile kanunumuzun temsil hakkındaki hükümleri arasında bir tezat mevcut olduğu sanılırsa da bu tezat zahiridir. Kanunun «elyazısı» demekten maksadı iradesini izhar eden kimsenin yani imzasını vermek mevkiinde bulunan kimsenin elyazısı demektir; yoksa kanunumuzun 14 üncü mattesinin, yanlış olarak dediği gibi " üzerine borç alan kimsenin„ elyazısı olmak demek değildir. Hem bu cihet İsviçre kanununun yokarda (G de) tercemesini verdiğimiz 14 üncü mattesinin birinci fıkrasından sarahatla söyleyor. Bizim mattemizin de öyle yazılması lâzımgelirdi. Çünkü bu fıkranın elimizdeki

[72] Oser'de, mat. 31 N. 3-8 de etrafıı malûmat vardır.

[73] Kıy: v. *Tuhr* § 30 N, 51.

şekline göre, hele kanunun lafzına uyulduğu taktirde temsil yoluyla ahriri mukavele yapılmasına imkân olmamak lâzımgelir.

Şu halde almanca metin sadece «imza, elyazısı olmak lâzımdır» demekle tabii mümessil ile de imza atılmak imkânını açık bırakmıştır. Bizim kanunumuzdaki bu hata, kanunumuzun tercemesinde yalnız isviçre kanununun fransızca metninin esas tutulmasından ileri geliyor. Şöyle ki: isviçre medenî kanunu (borçlar dahil) almanca olarak hazırlanmış ve yapılmıştır. Vakıa isviçrede kanunen almancadan başka onun fransızca ve italyancı metinleri de muteberdir; fakat noter bu üç metinden hiç birisinin diğeri üzerine rüçhan hakkı yoktur. Başka deyim ile: kanunun almanca metni asıl ve diğerleri terceme sayılmak kanunen memnudur. Fakat ilim, doktrin ve filiyat bakımından iş başkadır. Filvaki almanca metin asıl olduğundan ekseriya en eyi ve en doğru şekilde işlenmiş ve yazılmış olan metndir. Bilhassa fransızca [74] metinde bir takım terceme aksaklıkları göülür; İşte Fıransızca metnin bu mattesi dahi böylece, hatalı olarak terceme edilmiştir. Çünkü bu matte yalnız imzanın şekil şartından bahseder; yoksa onun kimin tarafından atılmak lâzımgeldiği meselesi buraya girmez. Çünkü bu sonuncu yazılı şeklin şartları içerisine girerki bunu zaten yokarda tetkik ve münakaşa eyledik. Şu halde, almanca «*eingenhändig*» tabirinin karşılığı olmak üzre fransızca metninin kullandığı şu « *à la main par celu qui s'oblige*» ibaresi doğru olmadığı gibi bunun türkce tercemesi dahi doğru değildir. Fransızca metnin bu hatasını *Oser*, mat. 14 N 7, tevile çalışıyor, ona göre: «qui s'oblige = borç üzerine alan» tabirinin kullanılmasının sebebi almanca metni değiştirmek olmayıp belki *signature* kelimesinin yanıbaında tekrar aynı kökten *signe* kelimesini kullanmamak içindir.

7. İmza, temsil salâhiyetini haiz olmayan yardımcı şahıslar tarafından atılamaz. Çünkü imza atmak irade beyan etmek demektir. Halbuki temsi müessesesinin esasına göre salâhiyeti olmadan hiç bir kimse diğeri adına rade acıklamasına mezun değildir; eğer açıklarsa salâhiyetsiz mümessil (fuzuli mümessil) sıfatıyla hareket etmiş olur, mat. 38. Şu halde imza, irade açıklamasında bulunan tarafından bizzat atılmak lâzımgelir. Bu, bizzat vazife

[74] Fransızca metin *Virgile Rossel* tarafından almanca aslından farnsızcaya çevrilmiştir.

üstlenen kimse olabileceği gibi onun mümessili de olabilir [75]. (Bak : yokarda rakkam 2)

8. İmza atarken yardımcı şahıslardan biri marifetile eli veya kolu sevk ve idare ettirmek de caizdir.

9. İmza makamına ikame edilen bir aletin veya bir işaretin kullanılması hususunda mümessil kullanmak zaruri değildir. Vazife üstlenen kimse bu hususta temyiz kutretini haiz olan her şahsı kullanabilir.

H. *İmzanın başka bir alâmet veya işaretle teptili.*

Yokarda G harfi altında imzanın başka bir alet vasıtasıyla atılması imkânlarından bahsetmiştik. Fakat orada daha ziyade, doğrudan doğruya el ile yazılması icap eden imzanın başka bir alet vasıtalanarak atılmasından bahsetmiştik. Daha doğrusu orada imza yerine başka bir alâmet veya işaret kullanılabilmesi imkânlarına ancak imzanın « ne suretle atılması lâzım geldiği » yönünden dokunmuştuk. Burada ise doğrudan doğruya imza makamına kaim olacak alâmet ve işaretleri tetkik edeceğiz. Bu mesele, kanunumuzun 15 inci mattesinde öngörülmüştür. Matte 15 diyorki: «İmza vazına muktedir olamayan her şahıs, imza yerine usulen tastik olunmuş ve el ile yapılmış bir alâmet vazetmeğe yahut resmî bir şahadetname kullanmağa mezundur: kambiyo poliçesine müteallik hökümler mahfuzdur [76] ». Yokarda münakaşa ettiğimiz diğer matteler gibi bu mattenin de tercemesi kusursuz değildir ve bizce daha doğru terceme şöyle olmak lâzımgelir. « İmza atmağa muktedir olamayan şahıs, imza yerine usulen tasdik edilmiş ve elle yapılmış bir işaret veyahut resmî bir şahadetname kullanabilir; poliçeye mütealik hökümler mahfuzdur.»

1. Şu halde bu matteye göre imzanın atılmasında, onu atmağa mecbur olan kimse bakımından, sübjektif imkânsızlık mevcut olmalıdır. Yani imza atacak şahıs, cahillik, malûllük sebepleriyle imza atmak matti ve sübjektif imkânlarını haiz olmamak gerektir. Halbuki bundan evvel tetkik ettiğimiz 14 üncü mattede bahis mevzu olan imzanın mekanik bir şekilde atılması

[75] FMK 13 s. 88, *Riezler* § 126, 2 c. de aynı fikirdedirler.

[76] AMK' nın da §§ 126. 129. kıyasla.

137

keyfiyetinde ise hal başka türlüdür; imza atan kimse için sübjekif bir imkânsızlık mevcut değildir, ancak objektif bir imkânsızlık, onu bu mihaniki vasıtaya müracaata zorlayor. Şu halde 15 inci mattenin imza yerine başka bir işaret veya alâmet veya vesika kullanmak hususunda verdiği imkân ancak imza atanın şahsında mevcut bir kabiliyetsizlik halinde mümkündür; yani onun ya cahil veyahut cismanî bir kusurdan dolayı imza atabilmekten memnu olması bu mattenin koyduğu şartlardandır.

Bu şartın tahakkuk edip etmediğini kim tayin edecek? Bunu taktir edecek olan makam İsviçrede noterdir [77]; bizde ise bu işi sulh lâkimi yapacaktır. Sulh hâkimi bir işaretin imza makamında kullanılmasın tastikile teyit eylemeden veyahut noter bu husustaki senedi tanzimden önce alâkadarın imzasını hakikaten atamıyacak vaziyette olduğunu tesbit edecektir. Bu hususun tesbitinden önce tastik edildiği veya senet tanzim olunduğu taktirde vaziyet nedir? Yapılan senet veya tastik edilen alet muteberdir (maamafi noteri ayrıca mesul etmek imkânsız değildir). Zira imza atmağa muktedir olmasına rağmen bu şekilde bir işaret veya bir vesika ihtas eden kimsenin bu alâmet veya vesikası muteber olmasaydı iş ve ticaret münasebetlerinde hiç bir suretle emniyet kalmazdı. [78]

2. İmza yerine bu tarzta başka bir şey ikamesi iki yolla olduğu da gine kanunumuzda sarahaten öngörülmüştür. Bu, ya el ile yapılmış ve musaddak bir işaret veya alâmet olur. Bu alâmetin şeklinin nasıl olacağı keyfiyeti kanunda tesbit edilmiş değildir. Aktin düğümlenmesi için esas olan şey, bu alâmetin vazıyla imza yerine onun konulduğunu bildirmek iradesinin zahir olmasıdır. Bundan başka imzanın yerine resmî şekilde yapılmış şahadetname dahi ikame olunabilir. Bu şeklin tastik şeklinden farkı şudur böyle bir şahadetname yalnız imzaya değil aynı zamanda irade açıklamasının bütün muhtevasına taallûk eder. Hatta resmî senetle yapılmış böyle bir şahadetname elde iken artık el ile bir işaret veya alâmet kullanmağa da mahal yoktur. Halbuki tastikli bir el işareti kullanmağa mezun olunan alvahe bu işaret veya alâmet vazife üstlenen tarafından bizzat konulmak lâzım gelir. [79]

---

[77] El işaretinin tastikinin şekli İsviçrede kantonlara bırakılmıştır. Bizde ise sulh hâkimince yapılmak lâzımgelir,

[78] Bak; *v. Tuhr* § 30 mat 52 ve *Becker* mat. 13 izah 8, aynı fikirdedirer.

[79] *Schneider* s. 57 ve *Oser*, mat. 15 N 2, aynı fikirdedirler.

3. Kanunumuzun bir cümlesi poliçeler hakkındaki hökümleri mahfuz tutuyor. 1881 tarihli İsviçre vecibeler (= bağlamlar) kanunu poliçeler hakkındaki bu kaydı ihtiraziyi ihtiva etmiyordu. Halbuki yeni İsviçre kanunu (IBK mat. 15) bu kaydı koymakla aynı kanunun 820 inci ve 838 inci mattelerini göz önünde tutuyor demektir. Filhakika bu kanunun 820 inci mattesine göre, keşidecinin imzasının yerinde bir haç işareti veya el ile yapılmış bir alâmet veya işareti ihtiva eden poliçeye müşabih senetler (IBK mat. 838) batıl sayılırlar; fakat çekler batıl sayılmamak gerektir (*Oser* mat. 15 N. 3). Bizim ticaret kanunumuzda, poliçeler hakkında, böyle bir kaydı ihtirazî yani İsviçrenin kanununun poliçeye dair 820 inci mattesinde koyduğu ve yokarda andığımız hökme müşabih bir höküm mevcut değildir. *Binaenaleyh fikrimizce türk ticaret hukukuna göre poliçelerde ve diğer emre muharrer senetlerde musaddak bir işareti veya alâmeti veyahut resmî şekilde hazırlanmış bir şahadetname kullanmak mümkün görünür.* Bu taktirde her nakadar İsviçre kanunundaki *poliçelere müteallik* kaydı ihtirazi muhik ve yerinde isede bizim kanun için bu kadyı ihtirazi hiç de lüzumlu değildir. Çünkü İsviçre kanununun bu kaydı için, ortada mahfuz bulundurulacak, o kanunun 820 inci mattesindeki höküm vardır. Halbuki bizim ticaret kanununun böyle bir hökmü mevcut olmamakla 15 inci mattedeki, poliçelere dair bu kayıt lüzumludur. Bu taktirde bu kaydın, ticaret kanununyla olan ahenk ve münasebeti göz önünde tutulmadan gelişi güzel terceme edildiğini söylemek icap ediyor.

4. Kanunumuzun 15 inci mattesinden şunu da sarahatla anlamak mümkündür. İmza yerine resmî şekilde yapılmış bir senet kullanmak süreti umumiyede yazılı şeklin yerine kaim olmaz. Çünkü bu mattenin hökmü yalnız yazılı şeklin bir unsuru olan imzanın matti haletine taallûk eden istisnaî bir tetbirdir, yoksa bizatihi yazılı şekle değil; şu halde onu yazılı şeklin yerine ikame etmeğe ve onların arasında muadelet tesisine imkân yoktur. Filvaki böyle bir resmi senet yazılı şekli içine alan yani « bilkuvve yazılı şekli » mahiyetinde olan bir şey değildir; çünkü bunda vazife üstlenenlerin imzası yoktur. [80]

---

[80] Alman medenî kanunu başka türlüdür, fık. 3 § 126; bundan başka *Oser*, mat. 11 N. 27 de kıyasla.

III. *Muayyen bir meblâğa taallûk eden beyyine meselesi.*

A. Burada hukukumuzun en mühim meselesinden birisine ilişiyoruz. Medenî kanunumuzun yazılı şekle tâbi kıldığı akitlerin haricinde beyyne külfetini tanzim maksadıyla ve bilhassa muayyen miktarın üstündeki para borçları hakkında diğer kanunlarımızda da yazılı şekil şartları mevcuttur. Ezcümle hukuk usulü muhakemeleri kanununun 288 inci mattesine gire kıymeti beş bin kuruşu geçen alacakların ancak senetle ispatı mümkündir: bu hususta başka türlü beyyine ve meselâ şahit ikamesine imkân yıktur. Üzerinde uzun müttet durmağa mecbur olduğumuz bu matteyi aynen yazalım:

« Bir hakkı ihtas, nakil ve tahvil, teçtit, ikrar, itfa ve ıskat maksadıla icra edilen bilcümle tasarrufat zamanı vukuundaki mıktar veya kıymeti beş bin kuruşu tecavuz ettiği taktirde senetle ispat olunmak lâzımdır »

Halbuki medenî kanunumuzun aslı olan isviçre medenî kanununun bu türlü takyıdatı bizzat koymadığı gibi ayrı kanun [81] kantonları böle takyidat koymaktan meneylemişti. İsviçre medenî kanununun 10 uncu mttesini teşkil eden bu matte aynen şöyledir:

« Federal kanun, bir hukuk aktinin muteberliğini hiç bir hususî şele tâbi tutmamışsa kantonlar hukukunda bu aktin ispatını her hangi bir şele tâbi tutmaz. »

Şu halde isviçre medenî kanununun şekle tâbi kıldığı akitlerin haricide başka türlü bir şekil şartı yaratmağa kantonların salâhiyeti yoktur. Buu ancak, kanunen müsait oldukça, taraflar yaratabilirler. Halbuki isviçre kanunun hazırlama çalışmaları sırasında bu matte haylı tankide oğramışt. Çünkü isviçrenin bir çok kantonlarının, bilhassa fransız ve İtalyan kantolarının temayüllerine bu matte pek uymayordu. Zira İsviçredeki lân (fransız ve italyan) katonlarda beyyine bakımından bir şekil takyidi vr-

[81] Çünkü isviçrede usulü mahkemeye dair kanunlar kurmak konfederasyonun değ kantonların salâhiyetine girer.

740

dıki fransız medeni kanununun [82] 1341-1343 üncü mattelerinden alınan bu takyide göre, 150 franktan fazla olan alacakların senetsiz isbatını kabul olunmıyordu. İşte buna tebaan isviçredeki fransız ve italyan kantonlarda para borçlarının ispatını muayyen bir miktardan iytibaren yazılı şekle tâbi tutmuşlardır. Yani 1881 tarihli isviçre vecibeler (= bağlamlar) kanunu da bu eski vaziyeti men ve takyit edecek höküm ihtiva etmiyordu. Bu kanunun hâkim olduğu zamanlarda, vakıa; kantonlar akitlerin muteberliği hakkında federal hukuka muğayır kanunlar neşretmek salâhiyetini haiz değillerdi, buna mukabil aktin ve hakların ispatını (beyyineyi) tanzim edici kanunlar neşretmek hususu, ihtilâflı da [83] olsa, onların salâhiyeti cümlesinden idi. Halbuki yeni isviçre kanunu yani medenî kanun andığımız 10 uncu mattesile bu vaziyeti tamamen değiştirdi yani kantouları,» eski hukuklarına ve örf ve adetlerine rağmen», beyyine takyidatı koymaktan menetti. [84]

Huber [84a] medeni kanunun 10 uncu mattesinin müzakeresi sırasında diyorduki:

«Beyyine, bittabi, istenildiği şekilde gösterilebilir; fakat badema kanton-

---

[82] Fransız medenî kanununun şu mattelerini kıyasla:

"Mat. 1341- kıymeti yüzelli franktan ziyade bir meblâğı tazammun eden mukaveleler ya noter huzrunda veyahat hususî senetle yapılmak lâzımdır; bu suretle yapılan senetlere karşı veya onların hilâfında hiç bir şahit kabul olunmayacagı gibi bu senetlerin yapılmasın dan evvel veya yapılmaları sırasında veyahut yapılmasından sora kıymeti yüzelli franktan aşağı olan her hangi bir kaydın dermeyan edildiği ittiası da kabul edilemez.

Ticaret kanunlarının koyduğu hökümler mahfuzdur.„

"Mat. 1342- Eğer davanın mevzuu sermayenin iadesinden maada faiz istemini de ihtiva ediyorsa her ikisinin yekûnu yüzelli frangı geçtiği taktirde dahi yokarıki kaide tatbik olunur.„

Mat. 1343- Mıktarı yüzelli frangı tecavüz eden bir dava ikame eden bir kimse ilk istemini yüzelli franktan aşağı indirse dahi şahitle isbat edemez„ kıyasla: ATK § 317.

[83] Kıy: *Zischr, für schweiz.* R2 NF.s 481 gr; de İsviçre hukukçuları cemiyetinin müzakereleri; *schneider* mat 9 N.3: FMK 16 s.581, 32 11 s 80 ve 346.

[84] Kıy: *Reichel* mat. 10 IBK; *Cmür* mat. 10 IBK: bundan başka *Huper'in* birleşik meclislerdeki sözleri, Stenog. Bült 16 s. 1038.

[84a] Kıy: *Zeitschr. für schweiz R.*2 NF.s. 481 gr.de İsviçre hukukcuları cemiyetinin müzakereleri; *Schneider* mat. 9 N.3; FMK. 16 s.581. 32 11 s. 80 ve 346.

larca muayyen şekilde bir beyyine külfeti ortaya koymak artık menmu omac lâzımdır».

Halbuki isviçre medenî kanununun hazırlanması sırasında Langeitha komisyonunun müzakeresi sırasında, lâtin kantonları memnun etmek için şöyle bir teklif yapılmıştı:

«Kıymeti 2000 isviçre frangı tecavüz eden para mukaveleleinin yazılı şekilde olması lâzımdır»; fakat bunun mübadele ve iş münasebetlerini zorlaştıracağı öne sürülerek terk edildi. Binaenaleyh isviçrede kanunun koyduğu şekiller haricinde mukavelenin ispatını şekil şartlarına tâbi tutnağı imkân yoktur.

(Bundan başka kanunun yazılı şekli, yalnız beyyine mahiyetinde omac üzere, bizzat kendisinin öngördüğü yerler çoktur, yokarda 11 D, 3 a, b, c. ye bak).

İsviçrenin federal hususiyetinin bir iycabı olan bu 10 uncu mattsini terceme etmeye, tabiî, lüzüm görmeyen kanun kurucumuz mezuu para olan mukavelerde muayyen bir yazılı şekil şartı ve hattı koymayı düşünmüş olmakla, filhakika bu kaydı hukuk usul malıkemelerinin 288 inci mattesine koymuştur. Bu matteye göre mevzuu para olan ve kıymeti 5 bin kuruşu geçen mukavelelerin şahitle ispatı muteber değildir. Bu hüküm kanun tekniği bakımından usul kanununda bulunmak doğrudur. Mamafi medenî kanunumuzun 6 ıncı ve 7 inci matteleri ve belki de kanun tekniğine riayete pekde lüzüm görmeden, beyyineye dair bazı hukuk usulleri umumî prensipleri koyduklarından, yukarda andığımız 288 inci matenin hökmünün oraya derci de mümkün olabilirdi. Her neise, bu mattenin koyduğu hökmün, hukuk felsefesi bakımından bizim memleketimizin şartlrına ve ihtiyaçlarına uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu suretle ne kadar çok düzme davaların önüne geçilmiş oluyor. Vakıa bu hal tarzı eski hukkumuzun [85] hökümlerine uygun değildir; ama memleketin içtimai ve alâkî şartları göz önünde tutulursa doğru olarak konulmuş bir prensip teikki edilmek gerektir.

---

[85] Kıy: Mecelle mat. 1695: Bir kimse diğer bir kimseden alacak dava etikte şahitler eğer ol kimsenin müddeiye ol miktar deyni olduğuna şahadet etseler kifayetder.

Fakat hasmı halâ deynin bakasından sual edipte şahitler halâ bakasını bilmeyizleseler şahadetleri rettolunur.

B. Burada kanunun, mukavelelerdeki şekil serbestliğine koyduğu takyitlerin hususî bir halini tetkik edeceğiz. Kanunun yazılı şekilde yapılmasını emrettiği mukavelelerin mevzuu para olduğu takdirde elli liradan daha yüksek mebaliği tazammun eden mukavelelerin, hukuk usulü muhakemeleri kanununun 288 inci mattesine tevfikan, yazılı şekilde yapılması lâzımgeldiğini yukarda A da gördük.

Bundan başka 1 sonteşrin 1928 tarihli ve 1353 numaralı Türk harfleri kanunu şekil serbestliğine, tabii kendi gayesi bakımından, yeni bir takyit vazeylemiş gibi görünüyor; daha doğrusu böyle olduğu tatbikatça öne sürüldü.

1. Şuhalde, burada, bu andıgmız türk harfleri kanununa rağmen yazılı şekle tâbi bir mukavelenin eski arap harflerile yazılması takdirinde muteber olup olmadığını araştıracağız. Bu meseleyi burada ortaya koymaklığımızın sebebi tatbikatça bunun ileriye sürülmüş olmasıdır. Şöyleki: Bolu asliye hukuk mahkemesi 8-2-931 tarihli ve 53 numaralı bir [86] kararında yeni harflerin kabulünden sonra eski harflerle yazılmış bir senedi aynen şu esbabı mucibe ile hükümsüz sayarak davayı retteylemiştir, yani esbabı mucibesinde «mübrez senet 1353 numaralı kanun veçhile memnuiyeti kanuniyeden sonra yapılmış ve kanunu mezkûrun 4 üncü mattesi sarahat dairesinde senedin metni kabul edilmeyip ancak A ya aidiyeti beyan olunan yeni harflerle yazılı imza hakkında tatbikat yapılarak mevzu imzanın mütteaaleyhe aidiyeti anlaşılmamış ve mütteaaleyhe yemin de ettirilmemiş olduğundan davanın rettine» karar verildigi söyleniyor. Müttei tarafından bu karar temyiz edilmekle temyiz mahkemesinin ticaret dairesi 4-1-932 tarihli ve 13-1739 numaralı kararındaki [97] şu esbabı mucibe ile Bolu asliye hukuk mahkemesinin yukarıda anılı kararını nakzediyor ve: « ..... 3-1-1928 tarihli ve 1353 numaralı kanun hökümleri lâyıkıyle tetkik ve teemmül edilerek ona göre karar verilmesi icap ederken bizzühul (!) yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz olduğundan hökmün hukuk usulü muhakemleri kanununun 428 inci maddesine tevfikan » bozulduğu söylenmektedir. Maamafi Bolu hukuk mahkemei temyizin bu esbabı muci-

[86] Bu karar neşrolunmamıştır,

[87] Bu karar neşrolunmamıştır,

besini haklı veya haksız kâfi görmeyerek eski kararında israr ediyor. Bu sefer temyiz makemesi Hukuk heyeti umumiyesi 22.6.1932 tarihli ve 4-36 numaralı kararıyla Bolu mahkemesinin eski karara da ısrarını tazammun eden ikinci kararın aynen şu esbabı mucibe ile bozup iade ediyor yani « 1353 numaralı kanun hökümlerine nazaran *bozma kararı varit olup uymak lâzımken gayrı kanunî bazı mütalâat serdiyle israr edilmesi kanuna muhalif olduğundan son hökmün dahi* bozulmasına» gibi bir esbabı mucibe ile tekrar nakzediyor.

2. Hukuk meselesinin tatbikat bakımından nasıl meydana çıkabileceğni bu misali tetkik vesilesile görecek ve böyle bir hal karşısında nasıl bir neticeye varılabileceğini matti hukuk sistemi bakımında araştıracağz:

Yokarıki kararların ve onların dayandığı esbabı mucibenin kıymetlerini ölçmezden önce yazılı şekil kanunlarımıza göre para senetlerindeki kıymet ve hökmünü tesbit eyliyelim.

Filhakika bir çok hallerde yazılı şekle riayetsizlik, şüphe halinde, mukavelenin hökümsüzlüğü ile neticelenir. [88] Maamafi yazılı şekle riayet etmeden yapılan akitlerde başkaca daha zayıflamış hökümler de mevcut olabilir: kanunumuzun bu kabil hal tarzları öngördüğü yerleri ve halleri ile yokarda tetkik ettik. [89]

Bunlardan başka kanun, yazılı şekil daima mukavelenin (akdin doğşunun unsuru mahiyetinde değil bazen de yalnız beyyine mahiyetinde telâki eyler.

Filhakika bağlamlar (vecibeler) kanunumuzun 271 inci mattesi mucibice hasılat iycarında yazılı olarak yapılması lâzımgelen liste ancak beyyine mahiyetindedir. Bundan başka demir yollarıyla eşya naklinde doldurula nakliye ilmühaberinin, her türlü nakliyat sırasında alınan makbuzların, ticaret kanununun 890 ıncı mattesine göre doldurulan nakliye senedinin, insan nakliyatı sırasında kesilen biletlerin, ticaret kanununun 966 ıncı mattesine göre sigorta olunan kimseye verilen sigorta poliçesinin ve nihayet ticarat âleminde yazılması adet olan mektupların, teyit mektuplarının, veskaların, tezkerelerin ve doldurulan makbuzların yazılmalarında ve yapı-

[88] Bak: yokarda 11 D 1.

[89] Bak: 11 D 2.

malarında sebep ve hikmet yalnız beyyine vasıtasını teminden ibarettir [90]. Yani bunlara riayet olunmadığı takdirde bu senetlerin ve vesikaların tevsik eylediği akitler batıl olmaz.

Bu riayetsizlik olsa olsa bir hakkın takibi imkânını, başka deyim ile ihkakını, ya tamamen men eder veyahut zor bir hale koyar. Binaenaleyh eğer yazılı şekil beyyineyi temin maksadıyla kurulmuşsa kanunumuzun 11 inci mattesinin ikinci fıkrasının hökmüne rağmen mukavelenin mevzuunu başka vesaitle isbat etmek imkânsız değildir.

Bundan başka yazılı şekle tâbi bir mukavelenin muayyen bir tarzda veya muayyen bir dil veya usul ile yazılması kanunen şart koşulmamıştır. Böyle bir mukavelenin bizzat alâkadarlar tarafından yazılması kabil olacağı gibi başkaları tarafından yazılması ve hatta makinede yazılması, istenografi ile yazılması ve nihayet bastırılması da mümkündür [91].

Sonra, kanun yazılı vesikanın muhakkak millî dil ve harflerde yazılmasını şart koşmayor. Binaenaleyh Türkiyede yazılı şekilde bir mukavele akt eden tarafların yabancı bir dil kullanması ve yabancı bir yazı ihtiyar eylemesi, hatta gizli bir dil kullanması da mümkündür; fakat tarafların bu yazıları ve dilleri anlaya bilmeleri tabiî şarttır. Şimdiye kadar verdiğimiz izahattan şu perensipleri çıkarabiliriz.

a) Yazılı şekle tâbi olan, yokarda bahis mevzuu ettiğimiz eski harflerle yani arap harflerile yazılı senette, kanunun ruhuna göre, ancak beyyineyi temin edici mahiyet görmek lâzımdır. Yani para borçlarına taallûk eden senetlerde yazılı şeklin büründüğü alet ve vasıta yani yazı muteberiyetin unsuru değil, alacağın ispatının unsurudur. Binaenaleyh yazılı şeklin şartlarına uymasa bile borcu iptale lüzum yoktur; onu başka türlü ispat eylemek mümkün olduğu takdirde hâkim bu imkânı tanımak mecburiyetindedir.

b) Yazılı şekilde yapılması lâzımgelen senette yalnız lâtin esasından çıkan türk harfleri değil aynı zamanda eski arap harflari veyahut başka her hangi bir harf veya dil veya istenografi kullanmak senedin muteberiyetini ihlâl etmez, hatta bu dil veya harflerin gizli veya bilmecemsi dahi olması mümkündür.

---

[90] Bak: 11 D 3 a, b, c.

[91] Bak: *Oser* mat. 31 N. 1.

3. Medenî kanunumuzun şekil bakımından koyduğu hökümlerden ıkardığımız bu ana prensipler hususî hukukumuzun diğer kanunlarile de gerek zımnen ve gerek sarahaten teyit edilmiş bulunmaktadır. Filhakika ticaret kanunumuzun 527 inci mattesine göre poliçe ile bağlanmak yazılı şekle tâbi bir mukaveledir; aynı matteye göre poliçenin türkçeden gayrı bir lisanla ve binnetice, yeni türk harfleri kanununa rağmen, türk harflemden gayrı bir alfabe harflerile yazılması mümkündür. Meselâ Rus veya Çin harfleri ile yazılmış bir poliçe türk hukukuna göre muteberdir. Çünkü burada yazılı şeklin gayesi ve hökmü münhasıran beyyine vasıtasını temin eylemektir.

Aynı kanunun 604 üncü mattesine göre de: emre muharrer senet türkçe veya her hangi bir lisanla ve binnetice başka bir harfle yazılabilir.

Vakıa, ticaret kanunumuzun 608 inci mattesi çeklerin türkçeden gayrı bir dilde yazılabilmesinden bahsetmeyor. Fakat bunun mümkün olduğunu kıyas yoluyla, kabul eylemek tabiidir. Bundan başka hukuk usulü muhakemeleri kanununun 325 inci mattesi, tercemesi iliştirili olmak şartıyla her ecnebî dilde yazılmış senetleri ve vasikaları muteber sayıyor. Tatbıatta yabancı dilde yazılmış senetlerin mahkemelere her gün ibraz edilmekte olduğunu her kes bilir. Şu halde bütün bunlar beyyine mahiyetinde olmak üzere kanunca öngörülmüştür; binaenaleye yazılı şeklin yapılmasında kullanılması zaruri olan bir vasıta (meselâ: muayyen bir alfabe, bir dil ve üslup veya usul) mevcut değildir; yeterki kullanılan vasıta taraflarca anlaşılacak mahiyette olsun. Kendisinin bilmediğ bir vasıtanın kullanması yolu ile yapılmış olan bir senet karşısında kalan hâkimin isteyebileceği yegâne şey o senedin veya vesikanın tercemesidir.

Bundan başka yazılı şekle uymadan yapılan mukavelelerde şaye bu şekil yalnız beyyine vasıtası mahiyetinde ise şekil eksikliği akti ptal etmez; hakkın ispatı için başka türlü beyyine vasıtaları ortaya getirmek mümkündür. Filhakika yazılı şekilde yapılan bir kefalette senedin yitmesi veya başka suretle telef olması taktirinde müttei, senedin yazılı şekle uygun bir şekilde vaktile yapılmış olduğunu şahitle [92] isbat edebilir. Bir alacak senedinin yitmesi halinde de hal böyle olduğu gibi yazılı şeklin şartlarına uygun olmayan, meselâ imzası eksik bulunan bir alacak senedine

[92] *Oser* de, mat 11 N. 37, aynı fikirdedir.

dayanarak hak ittia eden kimsenin, senedin muteber olmasına rağmen başka türlü ispat vasıtaları kullanmasını kabul etmek lâzımdır. Meselâ: eğer iki tarafın veya taraflardan birinin kabul ve iytimada şayan defterlerinden, hesap puslalarından ve diğer iş münasebetlerinden yazılı şekilde yapılması lâzımgelen senedin muhtevasını açıkça istihraç etmek mümkün olursa bunu hâkimin kabul etmesi lâzımgelir fikrindeyiz. Hem zaten bu türlü beyyinelerin ibrazı gayet güçtür. Fakat buna rağmen iytimada şayan bir şekilde ibraz olundukları taktirde kabul etmekte terettüde mahal yoktur.

4. Ticaret kanunumuzun ticaret defterleri ve ticaret akitlerinin sübut sebebleri bakımından koyduğu hökümler de, beyyine vasıtası olan yazılı şekil hakkında şimdiye kadar söylediklerimizi teyit eder mahiyettedir.

Hukuk usul mahkemeleri kanununun 291 inci mattesi, ticari muamelelerin ispat vasıtaları hakkında ticaret kanununun hökümlerini mahfuz bulunduruyor.

a) Ticaret kanununun bu husustaki hökümlerini tetkikten önce ticarî akit ile medeni akit hakkında bir kaç esaslı noktanın tesbitini zaruri görüyoruz.

Bu gün hukuk doğmatiğinin vardığı son araştırmalara göre akitleri ticari ve gayri ticari diye ikiye ayırmanın kıymeti çok azalmıştır, ve hatta bazı memleketlerde tamamen ehemmiyetini gaybetmişdir. [93] filhakika İsviçrede artık böyle bir ayırma yapılmayor. Onun içindirki İsviçrede ayrıca bir ticaret kanunu mevcut değildir; İsviçre borçlar kanunu ticaret kısmını da içine alır. Filhakika bir muamelenin ticari olup olmadığını tayin etmek hemen imkânsız gibidir. Vakıa ticaret kanunumuzun 15 inci mattesi ticarî muameleleri tarif ediyor: «Tacir olan ve olmayan eşhasın emvali menkuleyi ahare bey veya iycar niyetile iştira etmeleri ve bu niyetle iştira edilen emvali menkuleyi halile veya şekli ahara kalbettikten sonra bey veya iycar eylemeleri muamelâtı tüccariyden maduttur». [94] Demek oluyorki bu matteye göre bir atkin ticari olup olmamasında esas olan bilhassa akit-

[93] Bu hususlarda Oser tarafından İsviçre borçlar kanunu üzerine yazılan şerhte bol malûmat vardır. Tercemesine başladığımız bu şehrin ilk fasikülü İsviçre Bağlamalar (Borçlar) kanunu şerhi, Dr. Hugo Oser — Dr. H. Avni Göktürk. 1935. 224 sayfalık bir cilt halinde çıkmıştır.

[94] Gayrı menkul üzerine ticaret muameleleri mattenin hökmü içine girmez demektir.

147

lerin niyetleridir? Tabiî bu gayet sakat bir kriteriumdur. Bundan başa ticaret kanunumuz bir takım muameleleri ticarî saymıştır (matte: 16-25) Bunu yaparken tuttuğu esaslar çok kez sağlam ve münakaşasız görüşlere dyanmaz. Mamafi bu meseleyi burada tetkik etmek mevzumuza girmez. Bütün bu meseleleri burada bahis mevzuu edişimizin sebebi şudur: ticarî deilen akitler hakkında yazılı şeklin beyyine mahiyeti daha barizdir ve ticar olmayan akitlerdeki yazılı şeklin beyyinelik mahiyetini teyit eder görünmektdir.

b) Ticaret kanuunumuzun 81-87 inci matteleri ticaret defterlerinin beyine kuvvetini tanzim eder. Yani bu defterler tüccarlar arasında hasıl olan htilâflarda, muayyen bazı şarait dairesinde, esbabı sübutiye mukabilinde kbul olunmak lâzımdır. Filhakika kanunun koyduğu şartlara uygun olarak eya olmayarak tutulan ticaret defterlerinin münderecatı sahibi ve halefleri teyhinde delil teşkil eder (TTK mat. 82). Sonra, kanuna uygun şekilde tutulan ticaret defterleri sahibi lehinde delil teşkil eder (TTK mat. 83). Binaenaleyh yazılı şekle tâbi medenî bir mukavele, noksanından dolayı mutoer sayılmasa bile bu mukavelenin mevzuunun ticaret defterleri kayıtlamın yardımıyla ispat edilebilirse hâkim davayı ret etmemek mecburiyetindedir.

Bundan başka ticaret kanunumuzun 664 üncü mattesi şöyle diyor: "Kanuen bir aktin inşası için bir şekli mahsusa riayet etmek lâzımgeldiği veya trafeyn bir aktin inikadını mukavelename tanzimi gibi bazı merasimin ifasna talik ettiği halde şekli mezkûra riayet veya merasimi muayyene ifa edilmedikçe akit inikat etmez.

Tarafeyn bir mukavelename tazimini kararlaştırdıkları surette akit inikadını mukavelenamenin tanzimine talik etmiş attolunurlar.

Şukadarki mukavelename tanzim edilmediği halde dahi akti tarafeyin münakit attettiği sabit olursa mukavelenamenin tanzim edilmemiş olmsı aktin münakit attedilmemesine sebep teşkil etmez. "

Bu mattenin son fıkrası aynı mattenin ikinci fıkrasınadan daha şamil bir şekilde anlaşılmak lâzımdır. Bu son fıkraya göre gerek kanunen ve gerekse tarfların iradesile muayyen bir şekle tâbi tutulması lâzımgelen bir mukavele u şekle riayet olunmadan muteber attolunabilir; şu şartlaki tarafların bu nukveleyi, şekilsizce de olsa, akteylemiş bulundukları ispat edilebilsin. Görülyorki şekle tâbi olmakla beraber şekilsiz olarak yapılan bir mukavelei

ticaret kanunu bile batıl attemiyor. Malûmdurki ticaret muameleleri, prensip iytibariyle, medenî hukuk münasebetlerinden daha ziyade şekillere ve formalitelere ihtiyaç gösteren bir alandır, halbuki sırf beyyine mahiyetini haiz olan şekle riayetsizlik orada aktin butlanını intaç etmeyince medenî hukuk akitlerinde daha önce intaç etmemek gerektir.

Gine ticaret kanunumuzun 680 inci mattesine hâkim, ticaret kanununda hilâfına bir höküm mevcut olmazsa, ticaret meselelerinde de " kavanini umumiyenin kabul etmiş olduğu esbabı hökümden başka mütteabihin miktarı ne olursa olsun şahadet ve karain ve emarattan mutahassıl kanaate binaen hökmedebilir. » Bu hökmün taşıp geldiği görüş tarzı beyyine mahiyetindeki şekil hakkında da doğrudur.

5. Şimdi de, Bolu asliye hukuk mahkemesince yazılı şeklin bir unsuru olmak üzere telâkki edilen 1 sonteşrin 1928 tarihli ve 1353 numaralı «Türk harfleri kanunu» nun hökümlerini tetkik edelim:

Bu kanunun, anılan mahkemece, öne sürülen 4 üncü mattesi şöyledir:

« Halk tarafından vaki müracaatlardan eski arap harflerile yazılı olanlarının kabulü 929 haziranın birinci gününe kadar caizdir. 928 senesi kânunuevvelinin iptidasından iytibaren türkçe hususî veya resmî levha, tabelâ, ilân, reklâm ve sinama yazıları ile kezalik türkçe hususî, resmî bilcümle mevkut, gayrı mevkut gazete, risale ve mecmuaların türk harfleri ile basılması mecburidir. „

a) Bu mattenin metnindeki sarahate göre ancak « halk tarafından vaki müracaatler " yeni türk harfleri ile yazılmak mecburidir. Yani istidalar, müracaatlar.... ilh mattede gösterilen tarihten iytibaren " türk harfleri ile » yazılmak lâzımdır. Şu halde bir hakkın ihkakı için dava ikame eden kimse her ne kadar ıstidasını yeni harflerle yazmak mecburiyetinde isede istediği hakkın sübutuna medar olabilecek vesaiki başka herhangi bir dil veya yazıda yazılmış olarak sunmasında mani yoktur. Bu matte bunu kat'iyen men edici mahiyette görünmemektedir. Vakıa " Türk harfleri kanunu » kamu nizamını alâkadar eden ve zorlayıcı hükümler kuran bir kanundur. Ve onun maksadı mümkün olduğu kadar eski arap harflerinin kullanılmasını tahdit ve yeni türk harflerinin az zamanda yapılmasını temindir. *Fakat bir hâkim huzurunda bir hakkına ispatına yarayacak ve her hangi bir*

alfabe ile yazılmış sübut vasıtaları ibrazında kanunun düzenini zararlandıracak bir cihet görülmez.

Hâkim bir hadiseyi hal ederken her hangi bir kanunun muayyen bir maltesine takılıp kalmaktan ziyade medenî kanunumuzun ve hatta hususî hukukumuzun koyduğu ve halle muhtaç mesele ile alâkadar görülebilen bütün prensipleri, ve normları göz önünde tutmak mecburiyetindedir; ancak bu şekildedirki kanunu yanlış anlamak ve yanlış tatbik eylemek tehliksinden kendisini kurtarabilir. Zaten hukuk tahsilinde gayede bu hukuk melekesini vermekten ibaret değilmidir?

b) Bolu hukuku hâkiminin kararında başka bir cihet daha yanlıştır O, senedin metnini yazılı şeklin bir unsuru sanıyor. Halbuki yazılı şeklin unuru metin değil imza olduğunu biz yokarda [95] uzun uzadıya izah eyldik. O, halde hâkimimiz beyaza imzaya [96] ne deyecek?

Şu halde bahıs mevzuumuz olan senedin imzası yeni harflerle yzılmışsa bu bakımdan da yazılı şekil şartlarına mugayir bir cihet göremeyiuz.

Tabii, Bolu mahkemesinin karındaki «İmza tatbiki» mselesi mezuumuza giremediği için ona ilişmeyoruz.

6. Bolu asliye hukuk mahkemesi tarafından verilen ve yokarda tenklini yaptığmız kararı bozarken temyiz mahkemesi ticaret dairesi bozma esabı mucibesi olarak: Bolu hukuk mahkemesince verilen kararda « 3-1928 *tarih ve 1353 numaralı kanun hökümlerinin lâyıkıyla tetkik ve temül edilmediğini»* söylemekle iktifa ediyor. Bolu mahkemesinin eski kararıda ısrar eylemesi üzerine temyiz mahkemesi hey'eti umumiyesi gine bozma esbabı mucibesi olarak şunu diyor: « *1353 numaralı kanun hökürlerine nazaran bozma kararı varit olup uymak lâzım iken gıyrı kanunî (?) bazı mütalâat serdiyle ısrar edilmesi kanuna muhalif olu-ğundan»* bozulmuştur.

Temyiz mahkemesi kararları esbabı mucibeli olmak zaruretindedir snırız. En yüksek mahkememizden, hiç olmazsa böyle mühim meseleler hk-

---

[95] Bak: yokarda 11 F.

[96] Bak: yokarda 11 F 3.

kında umumi içtihatlar ve prensipler kuracak olan «prensip kararları» [97] (= *arreis de principe*) yani ilimli, metotlu ve *esbabı mucibeli* kararlar beklemeyip de kimden bekliyeceğiz?

---

[97]Bütün hâkimlerimizin ve hukukçularımızın dikkat görümlerine şunu koymak mecburiyetindeyiz: federal mahkemenin umumi ve şamil kaideler koyan ve otoriteli esbabı mucibeyi ihtiva eden 124 de yakın "Perensip kurucu kararı„ Prof. Bay Esat Arsebük tarafından böyük bir salâhiyetle ve akıcı bir uslubla dilimize çevrilmiş ve hapsi *Atliye Ceridesinde* neşrolunmuştur. Yabancı dil bilmeyen hâkimlerimize ne büyük bir hizmettir. Ve orada. yüksek bir mahkeme tarafından verilen kararların nasıl esbabımucibelerle mücehhez olması lâzım geldiğine dair ne güzel misaller vardır?

152

115. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D

Ceza kanununun 33 üncü maddesi hükmünün içtimadan sonra tayyün eden cezaya şamil edilmesi yolsuzdur.

Bir kastı cürminin ef'ali icraiyesinden olarak kanunun bir maddesi ahkâmını cefeatla ihlâl etmek suretile (220) lira 11 kuruşu ihtilâsen ve (2510) lira 38 kuruşu adiyen zimmetine geçirmekten suçlu Yusuf Cemil oğlu Tortum posta ve telgraf sabık müdürü Muzmerin ceza kanununun 203.202.80. 70.31 ve 33 üncü maddelerine tevfikan altı sene iki ya yirmi gün ağır hapse konulmasına ve ölünceye kadar âmme hizmetlerinden memnuiyetine ve cezası içinde kanunî mahcuriyet hâlinde bulundurulmasına ve (220) lira ağır para cezası alınmasına ve zimmetine geçirdiği 2730 lira 49 kuruşun kendisinden alınarak posta ve telgraf idaresine verilmesine dair Erzurum ağır ceza mahkemesinden verilen 8-7-935 tarihli hüküm suçlu ile davacı hazine vekili taraflarından temyizen tetkiki istida kılınmasına ve davacı hazine vekili canibinden para depo ve suçlu tarafından yokluk kâğıdı ita edilmesine mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Hükmedilen tazminattan nispî harç alınacagının kararda yazılmaması yolsuzsada aleyhe temyiz edilmediğinden bozmaya sebep tutulmamıştır;

Dava evrakı ve zabıtname mündericatına ve duruşmada toplanup karar yerinde gösterilen sübut sebeblerine ve bütün tahkikat safhalarında gerek adiyen ve gerek ihtilâsen zimmete geçirilen paraların zabıt varakalarında gösterilen şekillerde zimmete geçtiğini suçlunun ikrar ve itiraf eylemiş bulunmasına göre suçlunun itirazlarile tebliğnamenin birinci bendinde yazılı mütalâa yerinde görülmemişsede;

753

1 — Müdahil vekili tarafından istenilen faizin lâzım gelip gelmeyeceği hakkında bir karar verilmemesi ve vekâlet ücretinin hükümde meskût bırakılması.

2 — 74 üncü madde hükmü gözetilmeyerek 33 üncü maddenin içtimadan sonra taayyün eden cezaya teşmil edilmesi.

Yolsuz olduğundan hükmün bu sebeblerden ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve dosyanın yerine ve depo parasının iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına bozmada söz birliğile ve başka sebeb ilâvesine mahâl olmadıgına çoğunlukla 5-6-935 tarihinde karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 1286. Karar No: 944. Tebliğname: 2844

---

116. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Geceleyin kapı kırmak suretile eve girerek karısının ırzına tecavüze başlayan şahsın öldürülmesi işinde müdafaai meşrua bulunduğu halde bu halin haksız tahrik olarak kabulü yolsuzdur.

Haksız tahrikin husule getirdiği ağır ve şedit elemin tesiri altında Fâmili kasten öldürmekten suçlu Osman oğlu Sadığın ceza kanununun 48. 51.31.20 inci maddelerine tevfikan üç sene dokuz ay hapse konulmasna ve üç ay âmme hizmetlerinden memnuiyetine dair İstanbul ağır ceza mahkemesinden verilen 21-5-935 tarihli hükmün temyizen tetkiki suçlu tzrarından istida ve yokluk kâğıdı ita edilerek dava evrakı C. Başmuddeiumuniliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine göndeilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Ölen Kâmilin geceleyin kapısını kırmak suretile suçlunun evîne girmiş ve tecavüze de başlamış ve baldızı olan suçlunun karısına göz koymuş olmasına ve suçlunun don gömlek yatağından kalkarak bu hâl ile kendi hariminde ve evi içinde Kâmili öldürdüğü taspit edildiğine ve suçlunun ve karısı ile kain validesinin ifadelerine göre fiilin 49 uncn madde dairesinde kabulüne mani sebeblerin izahsız bırkılmış olması.

Yolsuz ve temyiz itirazları bu sebeblerle yerinde görüldüğündn tasdika mütedair tebliğnamenin reddile hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve dosyanın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak tarftan alınmasına 6-6-936 tarihinde söz birliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 954. Karar No: 948. Tebliğname: 2225.

---

117 T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Suç unsurlarının tekdiri Şiddet sebebi olarak kabulü ile suçluya Verilen cezanın arttırılması yolsuzdur.

Dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi Mhmedi tabanca ile yaralayarak ölümüne sebebiyet vermekten suçlu Ahmet kızı Satı ve tabancasını silâh kullanmasını bilmeyen Satıya vermekten ouçlu Rıza oğlu Mehmedin bilmuhakeme fiillerinin sübutuna ve her ikisi hakkında şiddet sebebinin vücudunna mebni ceza kanununun 455-1. 550-1 inci maddelerine tevfikan Satının üç sene hapis ve 50 lira ağır para cezası ve Mehmedin onbeş lira hafif para cezası ile mahkûmiyetlerine ve bu para cezalarını vermedikleri veya veremedikleri takdirde her ikisi haklarında 19 uncu madde ahkâmının tatbikına ve Satıdan 2800 ve Mehmetten 400 kuruş ilâm harcı alınmasına

154

dair Ankara ağır ceza mahkemesinden verilen 11-7-935 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğinden istida edilerek dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okundu.

Suçlulardan Mehmet hakkındaki sevk mahiyetine ve hakkında verilen hükme nazaran temyiz kabiliyeti olmadığından mahalli C. Müddeiumumiliğinin temyiz istidasında Mehmede taallûk eden talebinin bu sebebten reddile Satıya ait hükme hasren temyiz tetkiaktı yapılmasına karar verilerek gereği konuşuldu ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Suçlu Satının fiilinde kastın bulunmadığı sebeblerile izah ve iddia makamından gösterilen deliller mahkemece takdir edilmiş olduğuna göre hâdisenin kasten yapıldığına dokunan itirazlar yerinde değilsede;

1 — Tatbik olunan 455 inci maddede suç unsuru olarak gösterilen tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve nizamata riayetsizlik gibi esaslardan birinin mevcudiyeti hâlinde mezkûr maddenin hâdiseye imkânı tatbikinin tahakkuk edeceğine ve bu fiilde Satının kabul suretine nazaran anlaşılan dikkatsizlik ve tedbirsizliğin Mehmedin ölümünü husule getirmiş bulunduğuna göre fiilin yapılış tarzında veya hâdisenin tezahür eden neticesi itibarile bizzatihi fiile mülâbis olması lâzım gelen ahvalden hiç biri zikir edilmeyerek yalnız dikkatsizlik ve tidbirsizlikten bilbahs suçun tekevvünü için muktazi anasırın şiddet sebebi olarak kabul ve bundan dolayı cezanın çoğaltımaması.

2 — Verilen cezaya göre harcın eksik hükmedilmesi:

Yolsuz ve itirazlarla tebliğnamedeki mütalâa bu sebeblerle yerinde görüldüğünden hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve dosyanın yerine gönderilmesine bozmada söz birliği ve başka sebeb ilâvesine mahâl olmadığına çoğunlukla 11-6-936 tarihinde karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 1267. Karar No: 961. Tebliğname No: 281.

186

118. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Bir kimsenin kaçırmak veya ırzına geçilmek için öldürülmesi halinde suçlunun kasdettiği kaçırma ve ırza geçmek cürümlerinin işlenmesine imkân bulunmadığından suçluya 450 inci maddenin 7 inci bendi hükmüne göre ceza verilmesi yolsuzdur.

Cezayı azaltıcı takdiri esbabın vücudile beraber Emineyi kaçırmak için öldürmekten suçlu Abidin oğlu Ismailin ceza kanununun 450.7.59.31-inci maddelerine tevfikan yirmi dört sene ağır hapse konulmasına ve müebbeden hidematı âmmeden memnuiyetine ve 33 üncü madde mucibince hâli mahcuriyette bulundurulmasına ve 300 lira tazminat alınmasna dair Amasya ağır ceza mahkemesinden verilen 10-6-935 tarihli hüküm resen temyize tabi olduğu gibi temyizen tetkiki suçlu tarafından da istida edilerek dava avrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava evrakı ve zabıtname mündericatına ve duruşmada toplanup karar yerinde gösterilen sübut sebeblerine ve Emineyi kaçırma sırasında muhalefet eden âmme şahitlerine karşı salladığı kama ile Emineyi yaralamış olduğuna mütedair suçlunun ifadesine göre sübuta dokunan itirazlar yerinde değilsede;

1 — Suçlu Ismailin Emineyi öldürdükten sonra kaçırma veya ırza geçme gibi hâdisede kast olunan neticelerin tahakkukuna imkân bulunamayacağı göz önünde tutularak suçun tatbik olunan yedinci bent hükümlerine tetabuk edip etmediği düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi

Yolsuz ve tebliğnemede ileri sürülen mütalâa bu sebeble yerinde görüldüğünden hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve dosyanın yerine iadesine ve 500 ku-

ruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 26-6-936 tarihinde oy birliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 1397. Karar No: 1006. tebliğname: 349.

---

119. T. TEMYİZ MAHKMESİ I. C. D.

Zimmetten mahkûm olan Şahsın hükümden evvel başka bir zimmet suçunu dah işlediği hükümden sonra anlaşıldığı takdirde evvelce verilen cezanın 80 inci madde ile arttırılması ile iktifa edilmesi icap eder. Müstakillen ceza verilmesi yolsuzdur.

Kanunun bir maddesi hükmünü defeatla ihlâl etmek suretile 52 ıra 94 kuruşu adiyen zimmetine geçirmekten suçlu Zarif oğlu Tercan kazası eski maliye tahsildarı Salimin ceza kanununun 202-80 inci maddelerine tevfikan üç ay onbeş gün hepse konulmasına ve yedi ay memuriyetten mahrumiyetine ve zimmetine geçirdiği 52 lira 94 kuruşun kendisine ödettirilmesine dair Erzurum ağır ceza mahkemesinden verilen 15-4-935 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğinden istida edilerek dava evrakı C. Baş Müddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci cza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşulduve aşağıdaki karar tespit edildi.

203 üncü maddedeki suç unsuru varken 202 inci maddenin tatbiki doğru olmadığı gibi harç tarifesi kanununun 67 inci maddesi mucibince nispî harç dahi hükmolunmak lâzım gelirsede tebliğnamede de gösterildiği üzre C. Müddeiumumiliğinin temyizi suçlunun lehine olduğundan bu cihetler sçlun unaleyhine olarak bozma sebebi sayılmamıştır. ancak;

1 — Evvelce zimmetten dolayı hüküm verilmiş ve fakat 80 inci made tatbi kedilmemiş olmasına ve mahkemenin kabulüne göre o hükümden v-

vel işlenmiş olan diğer zimmet suçları için ayrıca ceza tayin edilmeyerek evvelki hüküm ile tayin edilmiş olan cezanın 80 inci madde ile arttırılması lâzım gelirken bu cihetin düşünülmemiş olması.

2 — Hüküm fıkrasında tevkif tarihinin suçlu aleyhine olarak yanlış gösterilmesi.

Yolsuz ve temyiz itirazlarile tebliğnamedeki mütalâa bu sebeblerle yerinde olduğundan hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 26-6-936 tarihinde sözbirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 785. Karar No: 990. Tebliğname No: 1865.

---

120. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Suçlunun müeccel mahkûmiyetinin ceza tahdidinde nazara alınmaması yolsuzdur.

Bir kastı cürminin ef'ali icraiyesinden olarak kanunun bir maddesi ahkâmını defe'atla ihlâl etmek suretile ceza evi pullarını ve icra harçlarını ve resmi tahsilleri usul ve kanun dairesinde kısmen tahsil etmemek ve kısmen noksan tahsil etmek ve kısmen de noksan pul yapıştırarak hazineyi izrar eylemek ve ayrıca icra ve iflâs kanununun 78 inci maddesine aykırı olarak ödeme emri tarihini tetkik ve yeniden ödeme emri tebliğ etmemek suretile vazifesini ihmal eylemek ve memuriyetine ait vasıtaları istimal ile kullanılmış pulları tekrar kullanmaktan suçlu Ahmet oğlu Gerze sabık icra memuru Akif Durgut Alpaslanın ceza kanununun 230-80-229-281-69-76 ıncı maddelerine tevfikan bir ay yedi gün hapse konulmasına ve 31 lira ağır cezayı nakdî alınmasına ve üç ay onbeş gün memuriyetten mahrumi-

yetine ve zimmet ve ihtilâstan beraetine dair Sinob ağır ceza mahkemesinden verilen 8-6-936 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğinden istida edilerek dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tespit edildi.

934-360 ve 934-156 No. lu dosyalarda icra resmi tahsili mukabilinde yapıştırılmış olan pulların başka dosyalardan kaldırılıp bu evraka yapıştırıldığı ve binaenaleyh müstamel pul kullanılarak bedellerinin zimmete geçirildiği hakkında maddî hiç bir delil elde edilemediği ve müdafaanın ilaksi sabit olmadığı icin hâdisenin mahiyeti mahkemece mevcut delillere göre takdir kılınmış ve 931 - 191 dosyada Alaçam icrasından gönderilen 22 lira 91 kurnşun 22 günlük bir gecikme ile deftere kaydedilmesi sebbi hakkında suçlu tarafından ileri sürülen müdafaanın hilâfı anlaşılamamış ve 934-360 No. lu izalei şuyu dosyasında Nazlı ve Ummahan ile borçlu Ali arasında haricen vakı anlaşmaya binaen bunların icra zaptına parayı kazeylediklerini beyan ve bu suretle yazılan şerhi teyit ve tastik eylemiş olmalarında vazifeyi sui istimal mahiyeti görülmediğine müteallik mahkeme kararı mucip sebeblere dayanmış ve bir kastı cürminin ef'ali icraiyesinden olarak kanunun bir maddesinin defeatla ihlâl edilmesi şeklinde tebrüz eden suçun mahiyetine uyğun bir tarzda 80 inci maddenin tatbiki suretile verilen asıl cezanın artırılmış olması kanun hükümlerine mutabık bulunmuş olduğundan mahalli müddeiumumiliğinin bu noktalara matuf itirazlarile tebliğnamenin 3 üncü bendinde yazılı mütalâa varid görülmemiş ve 329 uncu madde No. sunun 229 olarak gösterilmesi de esasa müessir bulunmamış olduğundan bozmaya sebep sayılmamıştır. ancak;

1 — 935-123 No. lu dosyada borçludan tahsil edilen 62 lira 7 kuruştan 58 lira 77 kuruşu ziraat bankasına teslim edilip geriye kalan 40 kuruş resmi tahsil mukabilinde pul ilsak edilmemek suretile suçlunun zimmetine geçirdiği ve 935 - 464 ve 934 - 385 ve 934 - 158 No. lu dosylarda da sırasile 179, 1052 ve 114 kuruş resmî tahsilin zimmette kaldı suçlunun açık ikrarı ve işin cereyan şeklini izah eden ehli vukuf raporu ve tetkik edilen dosyalar muhteviyatile tahakkuk etmiş ve mukabilinde pul ilsakı suretile devlet hazinesine ödenmesi lâzım gelen paranın pul yapıştırılmayarak suçlunun zimmetine geçmesi bu vasıftaki suçun tekevvün unsr

No

larını ihtiva eden mahiyeti itibarile nazara alınmasını müstelzim bulunmuş iken bu muamelelerin ihmal şeklinde kabul olunması.

2 — Suçlunun silâh atmaktan müeccel iki günlük hapis mahkûmiyetinin ceza tahdidinde nazara alınmamış olması

3 — 230 uncu maddenin son fıkrasındaki sarahat göz önünde tutularak mutehakkik zararların suçluya ödettirilmesine karar verilmek icap eder iken bu cihetin düşünülmemiş olması.

4 — Suçlu ayrı ayrı muamele ve dosyalarda kullanılmış pul yapıştırmak suretile mahkemece kabul ve tavsif edilen tarzda müteaddit suç işlemişken kanunî sebebler derpiş edilmeyerek bunların müstakilen bir suç mahiyetinde telâkki edilmesi.

5 — Suçluya müsnet fiillerin mahiyeten ihmâl suçunu teşkil etmiş olduğu esas itibarile kabul edilmiş ve bunlardan bir kısmı için 230 uncu maddenin 2 inci fıkrası ve 80 inci madde hükümleri tatbik kılınmış olduğu halde diger bir kısmı hakkında da mezkûr maddenin birinci fıkrasına tevfikan ayrıca ceza tahdit edilmiş olması.

6 — Müstamel pul yapıştırmak suretinde tecelli eden hâdisenin 329 uncu maddeye tetabuku veçhinin ve 281 inci maddenin de ayrıca tatbiki sebebinin izahsız bırakılması.

Yolsuz olduğundan hükmün bu sebeblerden ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 23-9-936 tarihinde söz birliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 4669. Karar No: 1468. Tepliğname: 2182.

---

121. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I.C. D.

2330 No. lu kanunun 2inci maddesi mucibince affa tabi tutulan bir fiilden dolayı suçluya harç hüküm edilemez.

---

tetbirsizlik ve nizamata riayetsizlik neticesi olarak amele Faruk v Hüseyinin ölümlerine sebebiyet vermekten suçlu Frederik oğlu mühendi Covenin ceza kanununun 455 inci maddesine tevfikan iki sene hapsie ve 200 lira ağır para cezası alınmasına ve 2800 kuruş duruşma harcını tahsiline ve 2330 No.lu af kanununun 2 inci maddesi mucibince yukarı yazılı cezanın infazına mahal olmadığına dair Eskişehir ağır ceza mahemesinden bozma üzerine verilen 15 Nisan 935 tarihli hükmün temyize tetkiki suçlu tarafından istida ve para depo edilerek dava evrakı C.Bamüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşaşdaki karar tespit edildi:

Hükmedilen cezanın 2330 No.lu kanunun 2 inci maddesi mucibince affa tabi tutulmasına ve mezkûr madde hükmü umumî af mahiyetindı bulunmsına göre suçluya harç hükmedilmesi yolsuz olduğundan hükmü yalınız bu noktadan ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci madesi mucibince bozulmasına ve dosyanın yerine ve depo parasının sahibine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 9-10-936 tarihinde söz birliğile karar verildi .

Temyiz Mehkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 691. Karar No: 1551. Tebliğname:1680.

162

122. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Suçluların aleyhlerindeki delillerin müdafaa şahidlerine tercih edilmesi cihetinin karar yerinde etraflıca izah edilmesi lâzımdır.

Adlî vazifelerini yaptıkları sırada müstakil faili belli olmaksızın Mustafayı döverek failin fiilinden evvel mevcut olup failce bilinemeyen ahvalin birleşmesi suretile ölümüne sebebiyet vermekten suçlu Osman oğlu Diyarıbekir merkez jandarma karakol kumandanı Baş çavuş Neşet ve Sadun oğlu jandarma suvari onbaşısı Kâmilin ceza kanununun 452-3-463-251 inci maddelerine tevfikan ikişer sene altışar ay ağır hapse konulmalarına dair Diyarıbekir ağır ceza mahkemesinden verilen 13-11-935 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğile suçlular tarafından istida kılınmasına ve suçlular para depo ve duruşma dahi talep eylemelerine mebni dava evrakı C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle ceza muhakemeleri usulü kanununun 318 inci maddesi mucibince 936 senesi teşrinievvelinin 6 ıncı Salı duruşma günü tayin edilerek gayrı mevkuf bulunan suçlularla vekillerine tebliğat ifası için C. Başmüddeiumumiliğine müzekkere yazılmıştı.

O gün hâkimler hey'eti dairei mahsusada toplandı. C. Başmüddeiumumiliği muavinlerinden Nazif ve gayrı mevkuf bulunan suçlu Neşet ve Kâmil ile dosyada mevcut vekâletnameye müsteniden gelen bunlardan Neşetin vekili avukat Hayrullah huzurlarile celse açıldı.

Temyiz istidalarının müddetinde verildiği ve kanunda gösterilen şartların yapıldığı ve duruşma isteğinin yolunda olduğu anlaşılmakla vekil Hayrullah ve suçlularla muavinin muvafık görülen talep ve mütalâaları veçhile duruşmalı Temyiz tetkikatı yapılmasına söz birliğile verilen karar anlatıldıktan sonra işin izahına dair olan raportör âza Akil aksöz imzalı rapor okundu.

Raportör âza Akil aksöz; Rapora ilâve edilecek başka bir cihet olmadığını beyan eyledi.

Vekil Hayrullah; dosyadaki Temyiz lâyihası mündericatını tezihan müdafaatta bulunarak müvekkiline ait hükmün bozulmasını istedi.

Suçlu Neşet ve Kâmil dahi temyiz lâyihası mündericatını tekrar ederek haklarındaki hükmün bozulmasını istediler.

Muavin Nazif: 251 inci madde ile asıl cezaya fazla ceza ilâve edlmesi yolsuz olduğundan hükmün bozulması talebinde bulundu:

Son sözleri sorulan vekil ve suçlular: Müdafaa ve izahlarından başka bir deyecekleri olmadığını söylemelerile duruşmanın bittiği ve vaktın darlığına mebni işin müzakeresile karar ittihaz ve tefhiminin 7-10-936 taihine bırakılmasına söz birliğile karar verildiği anlatıldı.

O gün hâkimler hey'eti dairei mahsusada toplandı. Bütün dava evrakı okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1 — Suçluların memurin muhakematı hakkındaki kanuna tabi olduklarına dair dosyada bulunan 10-10-935 tarihli dilekçeleri mahkemede bulunarak o gün ne gibi bir vazife ve hangi makamın emrile Hondoslu köüne gittikleri tespit edilmek ve ona göre vazife hakkında bir karar vermek lâzım gelirken bu cihetin araştırılmamış olması.

2 — Suçluların aleyhlerindeki delillerin müdafaa şahidlerine tercih edilmesi veçhinin karar yerinde etrafile izâh edilmemesi.

3 — 251 inci madde ile ceza arttırılırken yanlış hesap ve fazla ceza tayin edilmesi.

Yolsuz ve temyiz itirazlarile ceza müddetine ilişen müavinin mütaâsı bu sebeblerle yerinde görüldügünden hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 307.308.321 inci maddelerine tevfikan bozulmasına ve evrakın yerine ve depo edilen paraların sahiplerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 7-10-936 tarihinde sübirliğile karar verilerek C. Başmüddeiumumiliği muavinlerinden Nazif ve uçlularla vekil İ.Hakkı huzurlarile usulen tefhim edildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 2177 Karar No: 1534. Tebliğnrme: 194..

164

123. T. TEMYİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Tazminatta nispî harç alınmak lâzım gelir.

Esbabı muhaffifei takdiriyenin vücudile beraber müstakil faili gayrı muayyen surette Hasanı kasten öldürmekten suçlu Mehmet oğlu Emin ve kardeşi Ahmet ve ölümle neticelenen işbu kavkaya dahil olmaktan suçlu Ali oğlu Abdi ve maktule el uzatmaktan suçlu Halil oğlu Kanberin ceza kanununun 448. 463.59.464. ve 31 inci maddelerine tevfikan Emin ile Ahmedin beşer sene ağır hapse konulmalarına ve müddeti mahkûmiyetlerine muadil hidemati âmmeden memnuiyetlerine ve kanberin bir sene ve Abdinin üç ay hapislerine ve diger suçlu Mehmet oğlu Ali ve Abdi karısı Fatma ve Ali karısı Zehra ve Mehmet çavuş karısı Fatmanın beraetlerine dair Kırklareli ağır ceza mahkemesinden verilen 19-9-933 tarihli hükmün C. Müddeiumumiliğinin temyizine binaen bittetkik.

1 — Dosya içinde bulunan doktor raporunda ölüdeki yara ve kedemeler gösterilmekle beraber ölümün nezf ve terdidi cümcümeden vuku bulduğu zikredilmesine ve gösterilen âsar ile neticenin bir birine uymamakta olduğu ve çünki dimağda bir yara ve berenin raporda tespit edilmemiş olmasına göre terdidi cümcüme tabirinden ne murad edildiği lâyikile anlaşılmayacak derecede mübhemiyet irae etmesine binaen doktorun celbine kat'î yaralarla göğüsteki kedemelerin hangilerinin ölümü intaç ettiği ve hakikî ölüm sebebinin izah ettirilmesi icap ederken noksan olan rapora müsteniden müstakil faili gayrı muayyen olarak suçlulara hüküm verilmesi.

2 — Suçlulardan Kanberle Abdinin ölüye el uzattıkları hakkındaki kat'î delillerin gösterilmemesi.

3 — Abdinin hüküm yerinde 65 yaşını ikmâl etmiş olduğu dosyadaki nufus kaydından anlaşılmış iken ceza tayininde bu cihetin nazara alınmaması.

165

Yolsuz olduğundan bahsile bozulmasına 24-10-934 tarihinde karar verilerek tanzim kılınan aynı tarihli 2993-3096 No. lu ilâm ile mahallin gönderilmesile yapılan duruşma sonunda şuçlulardan Mehmet çavuş oğlu Emin ile kardeşi Ahmedin Esbabı muhaffifei takdiriyenin vücudile beraber Hasanı müstakil faili belli olmayacak surette kasten öldürdüklerinin sübutuna mebni ceza kanununun 448.463.59 ve 2330 No. lu af kanununun 3 üncü maddelerine tevfikan ikişer sene ağır hapse konulmalarına ve 300 lira tazminat alınarak ölenin veresesine verilmesine ve diğer suçlu Ali oğlu Abainin katle iştirâk ve müzaheretten beraetine dair mezkûr mahkemeden sadır olan 20-4- 935 tarihli hükmün ve kararın temyizen tetkiki C. Müddeumumiliğinden istida edilerek dava dosyası C. Başmüddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okurlu:

Evvelce müttehaz 19 Eylül 933 tarihli hüküm fıkrasında beraeterine karar verilmiş olan Mehmet oğlu Ali ve Abdi karısı Fatma ve Ali karısı Zehra ve Mehmet çavuş karısı Fatma haklarında 3096 karar No. lı 24-Teşrinievvel 934 tarihli temyiz ilâmında bir şey denilmemiş olduğundan bunlar aleyhinde mahalli müddeiumumiliği tarafından vaki temyizi dava ile birlikte bu kere müttehaz karar aleyhine vaki temyiz talebi tetkik ederek gereği konuşuldu ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Hüküm fıkralarında gösterilen mucip sebeblere ve mahkemenin takdir hakkına karşı iki Fatmalar ile Ali ve Zehra ve Abdinin beraetleri alehine ileri sürülen itirazlar yerinde görülmediği gibi suçun işleniş tarzına ve mevcut delillere nazaran da vasfa ait temyiz itirazları varit bulunmamış iede;

1 — Suçlulardan Ahmet ve Eminden tahsiline karar verilmiş olan 300 lira tazminattan 2503 No. lu harç tarifesi kanununun 67 inci meddesi göz önünde tutularak nispî harç alınmak lâzım gelirken bu cihetin kaarda meskût bırakılması.

Yolsuz olduğundan son hökmün yalnız bu noktadan ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın mahalline gönderilmesine 7-10-936 tarihinde sözbirliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 1011. Karar No: 1536. Tebliğname 2344.

---

124. T. TEMYİZ MAHKEMESİ. I. C. D.

Vekâet icrası için nispi harç tayini yolsuzdur.

Fatmanın rizası hilâfına evine girerek zorla kaçırmaktan suçlu İbrahim oğlu Süleyman ve Mehmet oğlu Hasan ve Mezburenin kaçırılmasında merkumlara müzaherette bulunmaktan suçlu Ahmet oğlu Muhtar Mustafa ve kardeşi Mehmet ve Aziz oğlu Deli Mehmedin ceza kanununun 64.431.193. 56.65 inci maddelerine tevfikan bunlardan Süleymanın bir sene on beş gün ve Hasanın on ay on iki gün ve diğerlerinin altışar ay hapse konulmalarına ve 100 lira zararı manevî ile 25 lira ücreti vekâletin cümlesinden alınarak davacıya verilmesine ve zararı manevî ile ücreti vekâletin nispi harcı olan 250 kuruşun tahsiline dair Afyonkarahisar ağır ceza mahkemesinden verilen 30-9-935 tarihli hükmün temyizen tetkiki suçlular taraflarından istida kılınmasına ve suçlulardan Ahmet oğlu Mehmet ile İbrahim oğlu Süleyman yokluk kâğıdı ita ve diğerleri para depo etmelerine mebni dava evraki C. Baş Müddeiumumiliğinden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Duruşma zabıtnamesine ve toplanan delillere ve mahkemenin takdir hakkına karşı suçluların sübuta ilişen itirazları yerinde olmadığından reddine ve ancak; vekâlet ücreti için nispi harç hükmolunması doğru olmadığından nispi harçtan elli kuruşu kaldırılmak suretile mucip sebeplere dayanan ve ceza tatbikı da kanuna uyğun olan hükmün tebliğname gibi tasdikina ve paylaştırılarak tahsiline ve depo edilen paraların irat kaydına 16-10-936 tarihinde söz birliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 1731. Karar No: 1596. Tepliğname: 3660.

162

125. T. TEYMİZ MAHKEMESİ I. C. D.

Bariz bir surette meşhut olan tahrifatta sahtekârlık suçunu teşkil eden unsurlar mevcut değildir.

Resmî varakada tahrifat yapmak suretile sahtekârlıktan suçlu Alioğlu Alinin ceza kanununun 342 inci maddesi mücibince bir sene ağır apse konulmasına dair karaman ağır ceza mahkemesinden verilen 29-4-935 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğile suçlu tarafından itiraz kılınmasına ve suçlu yokluk kâğıdı ita eylemesine mebni dava evrakı C. Baş Müddeiumumiliginden tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşulup ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Suçlu Ali tarafından üzerinde tahrifat yapıldığı iddia olunan makbzun altında yazı ile yalınız on kuruşun tahsil edildiği icra dairesinin şerhiden anlaşılmakta ve kırmızı mürekkeple rakam hanesine yazılan yüz rakamının asıl makbuzda tahrif yapılmak için yazıldığı ve şu suretle yapılan ilâvenin pek bariz bir tarzda meşhut bulunduğu taayyün etmesine göre hâdisede sahtekârlık suçunu terkip eden unsurların mevcut olup olmadığı tetki ve münakaşa edilmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi.

Yolsuz ve itirazlar bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün ceza muhakemeleri usülü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve dosyanın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde hasıl çıkacak taraftan alınmasına 9-10-936 tarihinde söz birliğile karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi. Esas No: 1000. Karar No: 1561. Tepliğname: 081.

168

Temyiz eden: Halise

Temyiz talebinin müddeti içinde vuku bulduğu görülüp kabulü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dusyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Maarif müdürlüğünden gelen cevapta yaşı itibarile Safiyenin mektebe alınamıyacağı bildirilmiş ve binaenaleyh çocuğun anasından alınarak Yakubun nezareti altına Zehranın nezdinde yerleştirilmesi için sebep tahakkuk etmemiş olduğu halde kanunu medeninin 273 üncü maddesi hükmüne tevfikan yerleştirilmeye karar verilmesi muhalif ve itirazlar bu sebeble varit olduğundan mümeyyezünbih hükmün nakzına ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 17 Teşrinievvel 936 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi. Esas No: 3291. Karar No: 4276.

---

116. T. TEMYİZ MAHKEMESİ II. H. D.

---

1 — Baba çocuğunu infakla mükelleftir.

2 — Nafaka takdirinde çocuğun yaşının ve es'arın ve babasının kazancı mikdarına düşünülmemesi muhalifi kanundur.

M. — *Hasan Hüseyin kızı Zehra*

M. A. — *Hulûsi oğlu Cevat*

[Mahkemesi; Niğde Asliye Hukuk Mahkemesi. Karar Tarihi: 10 - 1-936 Karar No: 1]

Dava: Kocası müddaaleyh çocuğile kendisini evinden kovmuş ikir babası yanında zarurette kalmış olduğundan bahsile çocuğile birlikte nafaka takdiri istenilmiştir,

Karar: Müddaaleyhin kazancı yevmiye bir lira olduğu ehli vukfun beyanile anlaşılmış ve davacının kendisine nafaka takdirinden sarfı nzar etmiş olmasına ve mumaileyhin çocuğuna bakmadığı anlaşılmasına mbni bir yaşında bulunan küçük Yüksel için de günde yarım liradan ayda 15 lira nafaka takdirile müddaaleyhten tahsiline karar verilmiştir.

Temyiz eden: Cevat.

Temyiz istidanamesinin müddeti içinde ita ve kaydedilmiş olduğu görülüp kabülü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup işanlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Müddaaleyhin çocuğuna bakmadığı ve yevmiye bir lira kazancı olduğu anlaşılmış ve kanunen baba çocuğunu infakla mükellef bulunmuş onasına nazaran bu hususlara matuf itirazlar varit değilse de es'ara ve çocuğun yaşına ve müddaaleyhin kazancı mikdarına nazaran ayda 15 lira nfa-

ka takdiri fahiş olup olmadığı düşünülmeksizin günde elli kuruş nafaka takdir ve hükmedilmesi muhalifi kanun ve temyiz itirazları bu cihetle varit oldığundan mümeyyezünbih hükmün Nakzına ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 17 Teşrinievvel 936 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi İkinci hukuk deiresi. Esas No: 3230. Karar No: 4277.

171

HUKUK
ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

173

117. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. H. D.

Kaçak diye müsadere edilen krestelerin kaçak oldukları hakkında sulh ceza mahuemesinde dava ikame edildiği beyan ve iddia edilmesine göre keyfiyetin ceza mahkemesinden sorulmaması ve dinlenmeleri talep olunan zabıt varakası mümzilerinin dinlenmemeleri nak-zı müstelzimdir.

M. — *Yusuf oğlu Süleyman ve İbrahim*

M. A. — *Orman idarsi*

[Mahkemesi: Adana Sulh. Karar tarihi: 21-3-936]

Dava: Keresteci İbodan satın aldıkları seksen sekiz adet kütük keresteler kaçak diyerek müsadere edildiğinden iadesine karar verilmesi talebine dairdir.

Karar: Müddeilerin müddeabih keresteleri keresteci İbodan satın aldıkları şahadetle sabit olduğundan idareden istirdadile müddeilere teslimine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddaaleyh.

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

1 — Kerestelerin kaçak olduğuna dair sulh ceza mahkemesinde dava ikame edilmiş olduğunu hazine vekili beyan ve iddia eylemiş olmasına nazaran böyle bir dava ikame edilüp edilmediğinin ve edilmiş ise karara raptolunup olunmadığının ve neye karar verildiğinin ceza mahkemesinden sorulmaksızın muhakemeye devam edilmiş olması.

2 — Zabıt varakasında imzası bulunan orman mühendisi ile muavini-

175

nin ve iki jandarmanın talep veçhile celp ve istimaı lâzım gelirken edilmemiş olması.

3 — Müddeilerin keresteleri magazadan aldıklarına dair fatura veya sair delil aranılmaksızın muhakemenin intacile yazılı olduğu üzre karar verilmesi kanuna uyğun değildir. Bozulmasına 28-4-936 Tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 4648. Karar No: 3744.

---

118. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. H. D.

Devlet Şurası kararı mahakimi takyit edemez. Böyle bir karara istinaden mahkenenin vazifesi haricinde olan bir davanın rüyetine devam edilmesi kanuna uygun değilkir.

M. — *Damad oğlu Haçir.*

M. A. — *Hazine.*

[Mahkemesi: Boğazlıyan sulh. Karar tarihi: 24-3-936]

Dava: Babası Artine aid olup 338 senesine kadar ektikten sonra namına intikal muamelesi yapılmadığından dolayı elinden alınarak muhacilere verilen iki kıt'a tarla için idare heyetince takdir edilüp tahsilini teşebbüs edilen ikiyüz otuz beş lira ecri mısil hakkında muarazadan meni talebine dairdir.

Karar: Devlet şûrası kararı sarahatına nazaran hazinenin muarazasını men'ine ve istirdadı talep edilen ikibin yüz on kuruş hakkında dava mes

buk olmadığından reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Hazine.

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

Devlet şurası kararı mahakimi takyit etmiyeceğine ve davanın şekline ve hadise zamanına ve heyeti idarece takdir edilen ecri mislin tahsili emval kanununa tevfikan tahsiline devam edilmesi noktasından men'i müdahale iddia edilmekte olmasına nazaran 2004 Numralı icra iflâs kanununun muvakkat maddesinin 6 ıncı fıkrası mucebince dahi davanın rüyeti mahkemenin vazifesinden hariç olduğu halde bazı mütalâat serdile ve devlet şurası kararının mefhumu muhalifinden bahsile muhakemenin rüyetine devam edilmesi ve yazılı olduğu üzere karar verilmesi Kanuna uyğun değildir. Bozulmasına 29-4-936 Tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 4620. Karar No: 3811.

---

119. T. TEMYİZ MAHKEMSİ III. H. D.

Senet ve vesaik ibraz edilemediği ve kanunen de şahid dinlenmesine cevaz olmadığı surette meselenin yeminle halli lâzımdır.

M. — *Müftü oğlu Mustafa.*

M. A. — *Mustafa karısı Fatma.*

[Mahkemesi: Safranbolu sulh. Kararın Tarihi: 10-4-936]

Dava: Karısı Zehranın murisi Mehmedin müddaaleyhe borcu olan

altıyüz kırk liraya mukabil ölü Mehmedin ev hissesini almak üzere müddaaleyhe ikiyüz altmış lira verdiği halde karısı Zehra takriri vermediğinden mezkûr meblâğın tahsili talebine dairdir.

Karar: Müddei iddiasını müspit senet ve makbuz ibraz edemedği ve hadisede şahid istimaı da caiz olmadığından davanın reddine karar verimiştir.

Temyiz eden: Müddei.

Müddeinin müddaaleyhe bir yemin teklifine hakkı varken bu cihet düşünülmeksizin yazılı olduğu üzre karar verilmesi kanuna uyğun dğildir. Bozulmasına 30-4-936 Tarihinde birlikte karar verildi.

. Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 4755. Karar No: 382.

---

120. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. H. D.

Şahadet kâfi görülmdiği surette mesele yeminle haledilmelidir.

M. — *Abbas oğlu Ahmet çavuş.*

M. A — *Abdi oğlu Hüseyin.*

[Mahkemesi: Ergani Osmaniyesi sulh. Karar Tarihi: 14-4-936]

Dava: Senetle alacağı olan madenî bin yüz kırk kuruşun tutar ollan yirmi yedi buçuk liranın tahsili talebine dairdir.

Karar: Yeminle sabit olduğundan müddeabihin tahsiline kararverilmiştir.

178

Temyiz eden: Müddaaleyh.

Müddei tarafından ikame edilen şahidler para alınıp verilirken görmediklerini söylemelerine ve haricen ikrara şahadet eylemelerine ve işbu şahadet kanunen muteber olmamasına göre borcu olmadığına dair müddaaleyhe yemin tevcih ve bittalep icra edilmek lâzım gelirken makûsen müddeiye yemin tevcihile yazılı olduğu üzre karar verilmesi kanuna uygun değildir. Bozulmasına 21-5-936 tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 5598. Karar No: 4569.

---

121. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. H. D.

Alım ve satımda âkid olan şuf'a davalarında fariğ ve mefruğünleyhin bedeli şuf'anın tapu kaydında yazılı mikdardan fazla olduğuna dair şahid ikameleri kanuna uymaz ve şahidleri dinlenemez.

M. — *Ali karısı Şerife.*

M. A. — *Muallim Ali Riza.*

[Mahkemesi: Sivas Sulh. Karar Tarihi: 25-3-936.]

Dava: Şayian mutasarrıf oldukları tarlanın hissedarlarından Hasanın müddaaleyhe yüz seksen liraya sattığı hisseye hakkı şuf'a talebine dairdir.

Karar: Feragın yüz seksen lira olmayup üçyüz lira olduğu satıcı Hasanın şahadetile anlaşıldığından ve müddeinin de hakkı şuf'ası sabit olmakla üçyüz lirayı itası halinde kaydın müddei namına tashihine karar verilmiştir.

179

Temyiz eden: Müddei.

Bedeli ferağın tapu sicillinde ve kaydında yüz seksen lira olarak yazılı olmasına göre işbu kayda müsteniden yüz seksen lira ile müddeinin hakkı şuf'asına hükmedilmek lâzım gelirken kaydı resmî hilâfına müddeaaeyhin fariğinin şahid sıfatile dinlenmesi ve bedelinin üçyüz lira olarak kabu edilmiş olması kanuna uygun değildir. Bozulmasına 22-5-936 Tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 3811. Karar No: 463.

---

122. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III H. D.

Men'i müdahale davalarında kıymete itiraz vukuunda tapu kaydındaki mikdar esas tutulamaz. Usulün 2 inci maddesindeki sarahata göre dava zamanındaki kıymetinvukuf ehli marifetile takdir ve tespiti lâzımdır.

M. — *Yusuf ve saire.*

M. A. — *Behçet karısı Firdevs.*

[Mahkemesi: Elâziz sulh. Karar Tarihi: 23-3-936]

Dava: Murisleri namına kayıtlı ikiyüz elli lira kıymetli tarlaya müdahalenin men'i talebine dairdir.

Karar: Tapu kaydındaki kıymete göre vazife noktasından davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddeiler.

180

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

Müddeabihin kıymetine müddaaleyh tarafından itiraz edilmekte olmasına göre dava zamanındaki müddeilere ait tarla ve hisselerin kıymetleri usulen tahkik edilerek vazife meselesi ana göre teemmül edilmek lâzım gelirken tapu kaydına istinaden vazifesizlik hakkında yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna uygun değildir. Bozulmasına ve ciheti saire hakkında şimdiden bir şey demeğe mahal olmadığına 22-5-936 Tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 5602. Karar No: 4637,

---

123. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. H. D.

Sulh mahkemelerine ait davalara müteallik temyiz kararları kanunen Tashihi karara tabi değildir.

M. — *Posta memuru Hüseyin Remzi.*

M. A. — *Posta telgraf idaresi.*

[Mahkemesi: Muğla sulh. Karar Tarihi: 30-11-935 .]

Açık maaşı yedi aylık tutarı olan ikiyüz altı lira elli kuruşun tahsiline ve temyizen tasdikına dair sudur eden 31-12-935 tarih ve 13240-10723 sayılı ilâma karşı posta ve telgraf idaresi tarafından tashihi karar talebinde bulunulmuştur.

161

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 438 inci maddesinin sonfıkrası sarahatına göre sulh mahkemelerine ait davalara müteallik temyiz kararları tashihi karara tabi olmadığından müstedi posta idaresinin tashih karar talebinin Reddine 22-5-936 Tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 5703. Karar No: 4602.

---

124. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. H. D.

Gayrı menkulün tapuda kaydı olmadığı surette hakkı zilyedliğin tahkiki lâzımdır.

M. — *Bekir kızı Emine.*

M. A. — *Abdi oğlu Necip.*

[Mahkemesi: Çal sulh. Karar Tarihi: 5-5-936.]

Dava: Murisinden kalan gayrı müseccel bir dönüm tarlasına vali müdahalenin men'i talebine dairdir.

Karar: Müddei tasarrufuna dair bir vesika ibraz edememiş olduğından davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei

Tapudan taraflar ve mürisleri namına bir kayıt olup olmadığı sorulmak ve olmadığı takdirde zilyedi hakikı tahkiki edilmek lâzım gelirken edilmeksizin yazılı oldğu üzere karar verilmesi kanuna uygun değildi. Bozulmasına 22-5-936 Tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 5691. Karar No: 4624.

182

125. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. H. D.

Mikdarı her ne olursa olsun senede raptı müteamil olmayan muameleler ve alış verişde şahid istimaına cevaz vardır.

M. — *Mustafa oğlu İbrahim.*

M. A. — *Uzun Ömer oğlu Mehmet.*

[Mahkemesi: Bilecik Sulh. Karar Tarihi: 27-1-936]

Dava: Asker olmazdan evvel satmış olduğu beygirle ödünç olarak verdiği paradan cem'an alacağı olan altmış liranın tahsili talebine dairdir.

Karar: Beygir bedeli elli iki liranın senede raptı ve senetle ispatı lâzım gelüp müddeinin senedi olmamasından buna ait davanın reddine ve şahadete binaen ödünç olarak verdiği sekiz liranın tahsiline karar verilmiştir.

Temyiz dden: Müddei.

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

1 — Müddei tarafından hayvan alış verişi hakkında ikame edilen şahidler davaya uygun şahadette bulundukları halde hukuk usulü muhakemeleri kanununun 293 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası nazarı dikkate alınmaksızın olbabtaki şahadet kabul edilmeyerek dava senede müstenid olmadığından elli iki lira hakkındaki iddianın reddedilmiş olması.

2 — Müddeinin bu babta müddaaleyhe bir yemin teklifine hakkı olduğunun dahi düşünülmemesi Kanuna uygun degildir. Bozulmasına 23-5-936 Tarihinde birlikte karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 2513. Karar No: 4741.

183

126. T. TEMYİZ MAHKEMESİ III. H. D.

1 — Gayrı menkulün haricen alım ve satımı muteber degildir.

2 — Haricen satın alınan gayrı menkul müddeinin yedinde olduğundan bahsile mezkûr gayrı menkulün haricen verilen bedelinin iadesi hakkında ki davanın usulen rüyet edilmemesi kanuna muhaliftir.

M. — *Molla Ali zade mustafa,*

M. A. — *Müteveffa emine mirasçıları oğlu haci Ömer ve kızı Ayşe.*

[Mahkemesi: çine sulh. Karar Tarihi: 20-2- 936]

Dava: Murislerinden satın aldığı iki yüz sak zeytin ağaçlarının ferağını vermeden vefat etmiş olmasından dolayı müddaaleyhlerin feraa icbarı veyahut verdiği üç yüz liranın tahsili talebine dairdir.

Karar: Davacının mezkûr zeytinlikten yedinin nez'i halinde dvaya salâhiyeti olacağından davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei.

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

Gayrı menkulün haricen alım ve satımı kanunen muteber olmamsına ve müddeinin yedinde bulunduğu söylenen gayrı menkulü diğer trafın her zaman istirdat ve talebi davaya hakkı mahfuz bulunmasına göre müddeinin işbu bedelin tahsili hakkındaki iddiasının usulen rüyet ve intaı ile kanunî bir karara bağlanması icabederken yazılı olduğu üzre karar verilmesi. Kanuna uyğun değildir. Bozulmasına birlikte karar verildi. 9-(936

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesi. Esas No: 6414. Karar No: 530.

184

1935

TEMYİZ KARARLARI

FİHRİSTİ

186

KISALTMALAR

Es. No.	=	Esas numarası
K. No.	=	Karar numarası
K. T.	=	Karar tarihi
S.	=	Sayı
Sc.	=	Ceza kararlarına ait sahife numarası
Sh.	=	Hukuk kararlarına ait sahife numarası
T. C. K.	=	Türk ceza kanunu
C. U. M. K.	=	Ceza usulü muhakemeleri kanunu
M. K.	=	Medenî kanun
H. U. M. K.	=	Hukuk usulü muhakemeleri kanunu
B. K.	=	Borçlar kanunu
T. K.	=	Ticaret kanunu
İc İf. K.	=	İcra İflâs kanunu
Mad.	=	Madde
f.	=	Fıkra

187

188

HUKUK KARARLARI

I — Tevhidi içtihat umumî heyet kararları
II — Hukuk umumî heyet kararları
III — Birinci daire kararları
IV — İkinci daire kararları
V — Üçüncü daire kararları
VI — Dördüncü daire kararları
VII — Ticaret kararları
VIII — İcra ve İflâs kararları

789

750

I

Tevhidi İçtihat Kararları

E

EVLENMEDE FEVKALÂDE VE MÜHİM SEBEP:

K. M. 88 inci maddesinin istisnaî fıkrasında yazılı fevkalâde hal ve mühim sebep tayin ve tahsis edilmeyerek mutlak bırakılmış ve bu itlâkı takyit edecek bir kayıt ve karine bulunmamış olmasına göre keyfiyetin hâkim tarafından takdiri icap edüp mühim sebebin haml bulunması haline inhisarı muvafık değildir.

Es. No:103 K. No: 15 Kt. 7-6-935 (S: 20 Sh: 209)

M. K. Mad: 88

N

NAFAKA DAVALARINDA SALÂHİYET:

H.U.M. kanununun 500 üncü maddesinde yazılı aile birliğinin korunmasına matuf umumî hükümlere tevfikan salâhiyet aranılması meselenin gereklendirdiği sür'at ve suhulete kanunun istihdaf eylediği amaç ve ereğe münafi olacağından ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi bu kabil tedbir dileklerinde de salâhiyet mevzuubahsolamaz.

Es. No: 92 K. No: 10 Kt. 7-6-935 (S: 20 Sh: 211)

H. U. M. K. Mad: 500

191

T

TEMYİZ MÜDDETİNİN BAŞLANGICI:

H.U.M.Kanununun 392 inci maddesine tevfikan mahkeme ilâmları resim ve harcı istifa ve mahkeme mühüriyle tesik olunduktan sonra taraflara verilmek ve temyiz müddet de bu tarihten hesap edilmek lâzım olup harç ve damga pulları ilsak ettirilmek üzere ilâm nüshalarının taraflardan birine verilmesi temyiz müddeti hakkında esas olamaz.

Es. No: 35-89 K. No: 21 Kt. 26-5-935 (S: 20 Sh: 210)

H. U. M. K. Mad: 392

V

VAKIF MALLARIN HACZİ:

Vakıf mallarının devlet malları addedilemeyeceği aşikâr iside medenî K.meriyete vazından evvel vücuda getirilen vakıflar hakkında esasatı sabıkanın tatbiki lâzım gelmesine ve bu esaslar icabınca borçtan dolayı vakıf malların haciz ve füruhtu vakıf mevzu ve mefhumuna muhalif ve münafi olacağı cihetle caiz olmamasına binaen her hangi bir vakıftan alacaklı olan kimse alacağını irat ve hasılatı vakıftan istifa edebilir.

Es. No: 78 K. No: 6 Kt. 26-5-934 (S: 20 Sh: 209)

İc. İf. K. Mad: 32

392

UMUMİ HEYET KARARLARI

A

1 — AKİTLERDE BUTLAN SEBEP:

Farığın hini fereğda makul surette hareket iktidarından mahrum olduğunu Etibba raporile isbata kat'i lüzum yoksada şahadeti vakıa takrir anında akıl zayıflığını tesbite gayrı kâfidir.

Es. No: 1-94-15 K. No: 8 Kt. 16-1-935 (S: 17 Sh: 143)

H. U. M. K. Mad: 72. M. K. Mad:

2 — AKRABALAR ARASINDA ŞAHADET:

Müddeabihin kıymeti 500 kuruşu tecavüz etse dahi H. U. M. K. 293 üncü maddesine tevfikan kardeş ve usul ve füru gibi akraba arasında geçen muamelelerde şahit istimâl edilebilir.

Es. No: 393-15 K. No: 7 Kt. 16-1-935 (S: 20 Sh: 213)

H. U. M. K. Mad: 293

3 — AYRILIK TALEBİ:

Davadan fazlaya hükmolunamaz. Binaenale yhayrılık talebi halinde boşanmağa hüküm vermek caiz degildir.

Es. No: 2-55-2 K. No: 2 Kt. 16-1-935 (S: 19 Sh: 178)

M. K. Mad: 138

793

B

1 — BAŞKASININ ARSASINA BİNA İNŞASI:

Noter senedine müstenit olup kanunen muteber olnayan arazi alım satımının bina inşası hususunda hüsnü niyet iddiasına medarı istinat olmaz.

Es. No: 1-50 K. No: 54 Kt. 23-10-935 (S: 15 Sh: 97)

M. K. Mad: 2. 3. 923. 924

2 — BOŞANMA:

I — Taraflar arasında geçimsizliği mucip sebep ve hadiseler beyan ve tesbit edilmeksizin mücerret geçimsizliğin vukuuna şahadet boşanma hükmüne medar olamaz.

Es. No: 2-74-19 K. No: 14 Kt. 17-4-935 (S: 20 Sh: 221)

M. K. Mad: 134

II — Terk sebebile boşanma davalarında evvel enirde medeni kanunun 132 inci maddesi hükümleri dairesinde terkin büyük sebeplere müstenit olmadığının tahkiki ve muayyen müddetin geçmesi lâzımdır.

Es. No: 2-40 K. No: 44 Kt. 20-11-936 (S: 24 Sh: 340)

M. K. Mad: 132

C

CEZA VE MEDENİ HUKUK MÜNASEBATI:

Hukuk hâkimi ceza hâkiminin kararile bağlı olmadığından ceza davasında dinlenen şahitlerin ifadelerine karşı vuku bulacak müdafaaların tetkik ve tahkiki lâzımdır.

Es. No: 3-170-1 K. No: 78 Kt. 18-9-935 (S: 18 Sh: 159)

B. K. Mad: 53 H. U. M. K. Mad: 388

D

1 — DEMİR YOLLARI İDARESİNCE EŞYA NAKLİ:

Demir yolu idaresine teslim edilen eşyanın ziyaa uğratılmasından dolayı açılan davalar hakkında T. K. 931 inci maddesi son fıkrası sarahatı veçhile demir yolları nizamnamesi ahkâmı caridir. B. K. 446 ıncı maddesinin son fıkrasında da bu misillû vesaiti nakliye hakkında hususî hükümlerin baki bulunduğu tasrih edilmiştir.

Es No: 33 K. No: 27 Kt. 5-6-935 (S: 21 Sh: 257)

T. K. Mad: 931 B. K. Mad: 446

2 — DEVLET ORMANLARINDAN AĞAÇ KAT'I:

Mukavelename ile devlet ormanlarından muayyen müddet zarfında katedeceği ağaçları umumî harp neticesi olarak kesdirememiş ve ait olduğu makamca da bu mühlet harbın hitamına kadar temdit edilmiş olduğuna göre Orman idaresinin mukavelenameyi feshetmesi ve katiyatı meneylemesi yolsuzdur.

Es. No: T-53 K: No: Kt. 18-10-935 (S: 16 Sh: 123)

H. U. M. K. Mad: 144

3 — DİKİLEN AĞAÇLARIN KAL'İ:

Senetle alınan bağ hükmen istirdat edildikte müddei bağ çubuklarının haricî şiraya müsteniden ve hüsnüniyetle dikdiği takdirde çıbıkların kıymetlerini talep ve tazmine haklı olduğundan davanın reddine veya çıbıkların kal' ine karar vermek yolsuzdur.

Es.No: 3—112 K.No: 139 Kt. 27-11-935 (S:18 Sh: 145)

M. K. Mad: 655, 648, 649

M

1 — ECRİ MİSİL:

I — Tarla kirası davasında hakiki zilyedin tayini için müddeialeyhlerin de gösterecekleri delillerin dinlenmesi ve ecri mislin ehlivukuf marifetile tayini lâzımdır.

Es. No: K.No: Kt. 16-10-935 (S: 16: Sh: 113)

H. U. M K. Mad: 27

II — Davacının M. Kanununun meriyetinden evvel ailesi itibarile emsali ücretle çalışır kesandan olup olmadığın ve mezkûr kanunu medeniden sonraki hizmeti için de imanı manfaat icap edipe tmeyeceğinin tahkiki lâzımdır.

Es. No: 4-35-1 K.No: 1 Kt. 16-1-935 (S:17 Sh: 135)

2 — EHLİ VUKUF BEYANATI:

Yekdiğerine mübayin ifadelerde bulunan ehli vukufu ifadeleri makbul değildir. Yeniden ve başka kimselerden ayin edilecek ehli vukuf marifetile keşif ve tatbikatın yapması lâzımdır.

Es. No: 1—49 K. No: 53 Kt. 23-10-935 (S: 15 Sh: 99)

H. U. M. K. Mad: 284,286

H

1 — HACZİN REF'İ TALEBİ:

Kocasının borcundan dolayı haczolunan eşyayı hacidem hayli zaman evvel kocasının kendisine sattığını Noter senedile ve dinleteceği şahitlerle isbat edeceğini beyan ettiği

halde dinlenecek şahitlerin şahadetine göre karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 3-6-188 K. No: 5 Kt. 16-1-935 (S:17 Sh: 142)

H.U.M.K. Mad: 244

2 — HASIM İRAESİ :

Tescil davalarında hasım gösterilmesi lâzım geldiğine dair. bir kanunî kayıt mevcut değildir.

Es. No: 1-81 - 8 Kt. 6-2-935 (S: 19 Sh: 180)

M.K. Mad: 639

3 — HARİK ZEDELİK VESİKASI:

Tescile esas olan kaymakamlığın kararı vilâyetçe ortadan kaldırılmış olmasına ve müddeialeyhin 1771 numaralı kanunun 5 inci maddesinin tefsiri kanunisinin birinci fırası, ikinci fıkradaki şart ile takyit edilmesine ve ikinci fıkra sarahatı dairesinde ise müddeialeyhin harikzedelik vesikasını bu kanundan evvel hükûmete verdiği tahakkuk etmemiş bulunmasına nazaran nakız ilâmına uymak lâzım ve ısrar kanuna aykırıdır.

Es. No:1 - 48 K.No: 52 Kt. 23-1-935 (S:16 Sh: 118)

H.U.M.K. Mad: 244

4 — HİSSEİ VERASET:

Müteveffanın verasetinin davacılara inhisar ettiğine müddeialeyh tarafından itiraz edilmekle beraber mumaileyh müteveffanın iki oğlu olduğu nufus kayıtlarından anlaşılmış olmasına mebni usulen merciinden sadır olmuş veraset senedi istihsali ve ibrazı lâzımdır.

Es. No: 396 K. No: 124 Kt. 20-11-935 (S:24 Sh: 339)

197

I

1 — İDDİANIN BİR KISMININ ATİYE TALİKİ:

Müddeinin bazı iddiaları atiye bırakılıp tecdit ve takip etmemesi halinde ileride ayrıca dava vukuunda icabna bakılmak üzere işbu iddianın reddine karar vermek lâzmdr.

Es. No: 3-135 K.No: 133 Kt. 27-11-935 (S: 18 Sh: 152)
H. U. M. K. Mad: 72,75,178

2 — İKRAR:

senetli alacaklardan senet muhteviyatını ve senet zirindeki mühürü müddeialeyh vekilinin tevilen değil saraıata kabul ve ikrar etmesi şarttır.

Es.No: 3-133 K.No: 131 Kt. 27-11-935 (S:18 Sh: 154)
H. U. M. K. Mad. 277,298

3 — İKRARDAN RUCU:

İcra takibatında tarafların sulh ve ikrarları muteber olup bu ikrardan rucu edilemez. Fakat İcra zabıtlarında ikrarın tevsiki lâzımdır.

Es.No: 4-33 K.No: 32 Kt. 20-11-935 (S:18 Sh: 147)
H. U. M. K. Mad: 236

4 — İLÂNEN TEBLİĞ:

Bir gayrı menkulün tescili talebini havi davalarda medenî kanunun 639 uncu maddesinden ve diğer mevad ve mevzuatı kanuniyeden hazinenin behemehal hasım olarak celp ve davetine dair bir işaret ve sarahat yoktur. İlânın vaki tebligat üzerine hazine canibinden müracaat mümkündür.

Es.No: 1-81-8 K.No: 13 Kt. 6-2-935 (S: 20 Sh: 218)
M. K. Mad: 639

5 — İNTİFA HAKKI:

I — Müddeialeyh karye muhtarının dinlettiği şahitler münazaalı sudan muayyen zamanlarda kendi karyesinin de intifa ettiğine şahadet eylemiş ve keşif raporları da bu ciheti teyit eder mahiyette bulunmuş iken müdahalenin menine karar verilmesi yolsuzdur.

Es No: 1 - 51 K.No: 55 Kt. 23-10-935 (S: 16 Sh: 114)

H. U. M. K: Mad: 240

II — Münaziünfih yayla kadimdenberi davacı köylülere metrük olup intifa ettikleri ve müddeialeyh köy ahalisinin bir alâkası bulunmadığı şahadet ve ehlivukufun beyan ve iddialarile tahakkuk etmesine ve bu gibi tapuda mukayyet olmayan yerlere müteallik iddiaların şahitle isbatına cevaz varken bu yoldaki itirazlar varit değildir.

Es. No: 1-59 K. No: 59 Kt. 18-12-935 (S: 18 Sh: 155)

6 — İSLÂH:

Müddeinin esnayı muhakemede aynı hudut dahilinde bulunan mahallin halen arsa olduğunu beyan eylemesi mevzuu davayı tepdil ve tağyir mahiyetinde değildir. Davanın usulen rüyet ve intacı lâzımdır.

Es. No: 3-109 K. No: 110 Kt. 6-11-935 (S: 16 Sh: 116)

H. U. M. K.. Mad: 240

7 — İSTİRDAT TALEBİ, ŞAHİT İSTİMA'I:

Dava müddeialeyhin babasına borcu olan parayı davacı haricen ödediği halde icraen tekrar tahsil edilmiş olduğundan istirdadı talebinden ibaret olmasına göre şahit istimaı caiz değildir.

Es. No: 3-91 K. No: 90 Kt. 25-9-936 (S: 14 Sh: 83)

H. U. M. K. Mad: 288

K

1 — KEŞİF:

Münaziünfih mahal müddeinin ibraz ettiği tapu huduu dahilinde olduğu keşfen tahakkuk etmesine ve bu keşfi ki tarafın da kabul eylemiş bulunduklarına nazaran ısrar ararı yolsuzdur.

E. No: 3-152 K. No: 147 Kt. 25-12-935 (S: 16 Sh: 122)

H. U. M. K. Mad: 275.284

2 — KREDİ HESABI:

Muayyen mikdar meblâğın müddeinin iştirâk ettiği orca mahsup edildiği anlaşılmış olmasına ve bu hususta muvakatı olmadığına dair de usulen davasını isbat edememesie ve teklifi üzerine banka mümessillerinin yemin etmesinegöre bu husustaki temyiz itirazları varit değildir.

Es. No: T-56 K: No: 48 Kt. 20-11- 935 (S: 18 Sh: 150)

3 — KONTURATO CEZAYI NAKDİSİ:

I — İcar ve akar nizamnamesinin 29 uncu maddesinegöre konturato cezayı nakdisi alınmadan muhakemeye dvam edilmesi ve müddeialeyhin teslimatının ne mikdar olduğnun tayini için kira müddetinin başlangıç ve sonunun thkik edilmemesi yolsuzdur.

Es. No: 3-119 K: No: 125 Kt. 20-11-935 (S: 18 Sh: 146)

İcar ve akar nizamnamesi Mad: 24 B. K. Mad: 248, 257

II — İcar ve akar nizamnamesinin 24 üncü maddeinin ahkâmı İcra ve İflâs kanununun 368 inci maddesile nilğa olmadığı cihetle temyiz mecur davalarında konturato czayı nakdisi alınmadan muhakemeye devam olunması gayrı caidir.

Es. No: 3-223-4 K: No: 40 Kt. 10-4-935 (S: 20 Sh: 220)

İcra akar nızamnamesi Mad: 24

200

M

1 — MAHCUZA İSTİHKAK İDDİASI:

Müddeabih eşyanın davacıya aidiyeti ve zilyed bulunduğu noter senedile sabit olmakla borçluya ait olduğu hakkındaki iddianın isbatı lâzımgelir.

Es. No: 3-66 K. No: 96 Kt. 9-10-935 (S: 13 Sh: 65)

M. K. Mad: 686

2 — MECURUN TAHLİYESİ:

Davacı babasına ait haneyi kiraya verdiğini ve akdi nefsine izafe edip bilâhara iki oda daha ilâvesile kirayı tezyit ettiğini ve müddeialeyhima tarafından da işgal ve intifa edildiğini iddia etmiş ve müddeialeyhima dahi mezkûr hanenin müsteciri kendisi olduğunu ikrar ve icar konturatosunu ibraz eylemiş olmasına nazaran ibraz edilen tapu senedinin mecur haneye taallûku olmadığından bahisle bozma kararına karşı ısrar yolsuzdur.

Es. No: 3-146 K. No: 14 Kt. 25-12-935 (S: 16 Sh: 120)

H. U. M. K. Mad: 6-428

3 — MÜDAHALENİN MEN'İ:

I — Müdahalenin men'i davasının muhakemesi sırasında müddeialeyhin müddei tarafından ibraz olunan kaydın dava olunan mahalle uygun olmadığı beyanile keşif ve tatbikat icrası talebinin kabulü lâzımdır.

Es. No: 1-76-3 K. No: 2 Kt. 16-1-935 (S: 17 Sh: 138)

H. U. M. K: Mad. 275, 276

II — Hem hudut olan tarlalarda taraflar ve fariğlerinin kadimen zilyed ve mutasarrıf oldukları mahallerde müdahale ve teca-

vüz iddiasının kadim vaziyeti bilir ehli vukufla tesbiti lâzım gelirken müceerret tapu sicilli kaydına istinat eden ehli vukuf raporunu hükme esas tutmak yolsuzdur.

Es. No: 3-137 K. No: 135 Kt. 27-11-935 (S: 18 Sh: 148

H. U. M. K. M. K. Mad: 275, 278

III — Tapuda bir gayrı menkulün hududu (müceerret alan gayrı menkuldür) şeklinde yazıldığı takdirde ikinci gayrı menkulün birinci gayrı menkule müdahalesi; mahallen yapılacak keşif ve mesahanın tapuya mutabık olup olmamasile anlaşılır.

Es. No: 3 — 127 K. No: 127 Kt. 20-11-935 (S: 18 Sh: 158)

H. U. M. K. M. K. Mad: 280

IV — Hisselerin tefrik ve tayin edilmeyerek bir kül halnde tasarruf olunan müşterek mülkün her cüz'ünde hakkı bulunan şeriklerden birinin şahsı ahar tarafından vuku bulan müdahalenin men'i hakkında ikame ettiği dava ve men'i müdahalesine dair istihsal olunan hüküm diğer şeriklernde menfaatına uygun olması itibarile medeni kanunun 625 inci maddesi muktezasınca bu şerik temsil salâhiyetini haizlir.

Es. No: 3-203-21 K. No: 34 Kt. 13-3-935 (S: 20 Sh: 214)

M. K. Mad: 625

4 — MÜRURU ZAMAN:

I — B. K. 21 inci maddesinde ıvazlar arasında açık nisbetsizlik ve mürakabe halinde ve tecrübesizlikten istiade hususları filhakika bir senelik müruru zamana tabi iseda akıl hastalığıyle malûliyetten dolayı akdin feshinde adi müruru zaman ahkâmı caridir.

Es. No: 1-103 K. No: 26 Kt. 3-4-935 (S: 20 Sh: 217)

B. K. Mad: 21

II — haricen satılmış olan bağın müddei yedinden ne vakit nez edildiği ve müddeiye dava hakkının ne vakit geldi-

ği tahkik edilerek müruru zaman hakkında ana göre bir karar verilmesi lâzımdır.

Es. No: 3-139 K.No: 137 Kt. 27-11-935 (S: 24 Sh: 338)

B..K: Mad: 66

P

POLİÇENİN KISMEN CİROSU:

Ticaret kanununun 537 inci maddesi mucibince bir poliçenin kısmen cirosu batıl isede maddei mezkûrenin müddeti içinde kısmen vaki tediyeden sonra mütebaki alacağı muhtevi senelerin cirosuna şumulü yoktur.

Es. No: 53-17 K.No: 15 Kt. 27-2-935 (S: 20 Sh: 211)

T. K. Mad: 557

S

1 — SATIŞA MEZUNİYET:

Müşterisi olmayan bir malın satışına mezuniyet itası hakkındaki davanın temyiz kabiliyeti yoktur.

Es. No: 26 K.No: 38 Kt. 9-10-935 (S: 13 Sh: 66)

T. K. Mad: 712

2 — SENEDE MERBUT İDDİALAR:

Senede merbut olan her nevi iddialara karşı dermeyan - olunacak müdafaalar ile senedin tanziminden evvel veya tanzimi sırasında veya sonra bunun hüküm ve kuvvetini tenkis edebilecek tasarrufa ve beyanat (5000) kuruştan az bir medlâğa dahi taalûk etse şahitle isbat olunamayacağt H.U.

207

M.K. 293 maddesinde musarrahtır.

Es. No: 1-75-2 K. No: 1 Kt. 16-1-935 (S: 17 Sh: 137)

H. U. M. K: Mad. 290, 292

3 —SİCİLLİ NUFUSDAKİ KAYDIN TERKİNİ:

Sicilli nufusdaki kaydın terkini davasına karşı müdei-aleyh medenî kanunun meriyetinden evvel nikâh akdinin vukuunu iddia etmiş olmasına mebni usulen bu noktahakkında muhakeme icrasile tebeyyün edecek hale gör bir karar verilmesi lâzımdır.

Es. No: 2 37 K. No: 40 Kt. 16-10-935 (S:16 Sh: 125)

H. U. M. K: Mad. 428-6

4 — SULHDAN RÜCU:

Hâkim huzurunda vaki ve imza ile tevsik edilmiş suldan rücu kanunen caiz değildir.

Es. No: 3-218-36 K. No: 32 Kt. 27-2-935 (S: 20 Sh: 216

H. U. M. K. Mad. 236

Ş

1 — ŞAHADETTE HÂKİMİN TAKDİR HAKKI:

Hâkimin takdir hakkı şahadetin davaya mutabkatı hahde mevzuubahsolur.

Es. No: T. 47-11 K. No: 12 Kt. 20-2-935 (S: 20 Sh: 212

H. U. M. K: Mad. 240

2 — ŞUE'A HAKKI:

Ahar bir kimseye meşfu evvelce az bir bedelle satılmışen şefilik hakkını istimale mani olmak kasdile bilâhare fzla

bedelle yapılan satış yolsuzdur.

Es.No: 1-57 K.No: 58 Kt. 18-12-935 (S: 18 Sh:156)

H. U. M. K: Mad. 293,240

3 — ŞUYUUN İZALESİ TALEBİ:

I — Müddeabih gayrı menkulün vakıf olduğunu tarafların murisi mahkeme huzurunda ikrar etmiş ve o suretle tescil vuku bulmuş olmasına göre ısrar kararı yolsuzdur.

Es.No: R.36 K. No: 46 Kt. 9-10-935 (S: 14 Sh:84)

H. U. M. K: Mad. 236

II — Muhakeme masraflarının hüküm fıkrasında gösterilmemesi ve avukat ücretinin tayininde avukatlar kanununun 10 uncu maddesinin nazara alınmaması nakzı muciptir.

Es.No: 3-89 K.No: 88 Kt. 25-9-935 (S: 14 Sh:87)

H. U. M. K: Mad. 426. avukatlık K: Mad. 10

T

1 — TAHLİYE DAVASI:

Fuzulen işgale müteallik olup kıymeti sulh mahkemelerinin vazifesi haricinde kalan tahliye davalarının rüyeti sulh hâkimlerinin vazifesinden hariçtir.

Es. No: 3-143 K.No: 94 Kt. 25-9-935 (S: 14 Sh:81)

H. U. M. K: Mad. 8

2 — TAPU SENEDİ:

1293 tarihinden evvele ait tapu senetlerinin ve kuyudatının elyevm hükûmet yedinde bulunan araziye karşı müessir olup ziraatla meşgul olanların halen ziraat etmekte oldukları ve 1330 senesi ibtidasinda dahi vaziülyed bulundukları

araziye karşı hukukî kıymetleri olamayacağı 427 numaralı kanunun birinci ve beşinci maddeleri iktizasındandır.

Es.No: 3-116 K.No: 118 Kt. 6-11-935 (S: 24 Sh: 311)

474 No: K. Mad: 1

3 — TASARRUF VESİKASI:

Bir kimseye tasarruf vesikası verildiği takdirde bu vesika iptal edilmeden veya gayrı menkul hazineye devredlmeden mezkûr gayrı menkulün bilmüzayede ahara satılması yosuzdur.

Es. No: 3-112 K.No: 113 Kt. 6-11-935 (S:15 Sh: 101)

Ü

ÜCRET TALEBİ, BEYYİNE:

Dinlenen şahitler davacının müddeaaleyhin teyzesi nezdinde 10 sene hizmet etmiş olduğunu söylemelerine göre müddet hakkında şahadet olmadığı mütalâasile yemin tevcihine karar itası kanuna muhaliftir.

Es. No: 3-93 K.No: 92 Kt. 25-9-935 (S: 14 Sh:82)

H. U. M. K. Mad: 428-6

V

1 — VASİYETNAMENİN İPTALİ:

Vasiyetten rücuu mutazammın olan murisi müteveffaya isnat olunan senedin sulh hâkimliğince terekeye vaziyed ounduğu sırada zuhuru muahharan metrükat meyanına ithal edildiği hakkındaki iddianın tetkik ve tahkikine kanunî bir mani yoktur.

Es. No: 2-58-5 K. No: 5 Kt. 16-1-935 (S: 17 Sh: 141)

H. U. M. k, Mad: 239

206

2 — VAZİFE :

I — Davacının şehiden vefatına nufus memuru huzurile hüküm verilmiş ve milli müdafaa vekâleti tarafından da iptali hakkında usulen dava açılmamış olduğu halde tekrar ikinci defa davanın rüyeti gayrı caiz ve maaşa istihkakın hüküm altına alınması da vazife haricindedir.

Es. No: 2-53 K. No: 53 Kt. 18-12-935 (S: 16 Sh: 119)

H. U. M. K: Mad. 295

II — Müddeialeyhlerin murisine emaneten verilen 100 adet madenî liranın iade ve teslimi talep edilmesine göre davanın rüyeti sulh mahkemesinin vazifesi dahilindedir.

Es. No: 3-130 K. No: 129 Kt. 27-11-935 (S:24 Sh. 337)

H. U. M. K: Mad. 8 muaddel

Y

1 — YAŞ TAKDİRİ:

Şahadet ve raporla davacının yaşının böyüklüğü sabit olduğu takdirde şahadet ve rapuru teyit edecek vücuda malik olmadığından ve tashihi sindeki maksadının evlenmeye matuf bulunduğundan bahisle karar itası kanuna muhaliftir.

Es. No: 2-56-3 K. No: 3 Kt. 16-1-935 (S: 19 Sh: 177)

2 — YAŞ TASHİHİ:

Şahitlerin şahadeti ve çifte ettibba tarafından bilmuayene esbabı fenniyesi gösterilmek suretile verilen rapor münderecatı iddiaya uygun bulunduğu hakkındaki dairei hususiyenin nakız sebebi tashihi sin davasının istimali kabul edilerek deliller ikame edilmesine göre varit ve iptali lâzımdır.

Es. No: 2-56-3 K. No: 3 Kt. 16-1-935 (S: 17 Sh: 140)

H. U. M. K: Mad. 428-6

3 — YAŞ TAYİNİ:

Zahiri hal ile bir iki yaş farkını kat'i surette tayin etmek mümkün değildir. Sicil kaydının doğru olduğunu ve şahitleri dinleteceğini ifade eden müddeialeyhlerin göstereeği şahitlerin dinlenmesi ve tahkikatın tamiki lâzım olup rporun kat'i olduğundan ve saireden bahisle ısraren krar vermek nakzı muciptir.

Es.No: 2-46 K.No: 43 Kt. 6-11-935 (S: 16 Sh:115)

M. K: Mad. 6

Z

ZİLYEDLİK:

Tapuda müseccel olan bir gayrı menkule zilyedlik bir gna hüküm ifade etmez.

Es. No: 3-225-43 K. No: 42 Kt. 17-4-935 (S: 20 Sh:222)

H. U. M: K: Mad: 287, M. K: Mad. 633

206

HUKUK
BİRİNCİ DAİRE KARARLARI

207

210

III

Birinci Daire Kararları

A

1 — ACİZ VESİKASI:

Borçlunun maaşı olması, borcunu edaya kâfi menkul ve gayrı menkul malı olmadığı suretinde aciz vesikası verilmesine mani teşkil etmez.

Es. No: 1420 K. No: 981 Kt. 30-4-935 (S: 20 Sh: 223)

İc. İf. K: Madı. 143

2 — AKDİN İPTALİ DAVASI:

Akdin iptali davasının rüyeti; borçlunun borcunu ödemeden aciz olduğuna dair icra memuru tarafından verilecek olan muvakkat veya kati aciz vesikasının alacaklının mahkemeye ibrazına mütevakkıftır.

Es. No: 642 K.No: 446 Kt.21-2-935 (S: 19 Sh: 183)

İc. İf. K: Mad. 277-1

B

1 — BASİT USULÜ MUHAKEME:

Davanın rüyeti sulh mahkemesinin vazifesi haricinde olduğuna karar verildikten sonra davacının asliye mahkemesine

VII

arzuhal ile dava ikame etmesi lâzımdır. Mahkemece e davanın basit usulü muhakemeye tabi olup olmayacağınagöre müteallik olduğu mevaddı kanuniye hükümlerine tefikan sair muamelelerin ifasından sonra muhakeme icrası iktizæder.

Es. No:1084 K. No: 684 Kt. 26-3-936 (S: 24 Sh: 348)

H. U. M. K: Mad. 193

2 — BAŞKASININ ARSASINA BİNA İNŞASI:

Mülkiyetinde olmayan arsa üzerine bina yaptıran kimse üsnü niyet iddiasında bulunamayacağından değeri mukabinde arsanın kendisine temliki hakkındaki iddiası kanunen şyanı kabul değildir. Binanın kal'i fahiş zararı müeddi olduğu takdirde kal edilmeyüp davacıdan binanın en az kıyıetini istemeğe müddeialeyhin hakkı olduğu gibi kal'i fahiş zararı müeddi olsun olmasın binanın enkazını söküp götürmeye de salâhiyetlidir.

Es. No: 751 K. No: 501 Kt. 28-2-935 (S: 19 Sh. 184)

M. K: Mad. 3.648.649

G

1 — GAİPLİĞİN İSBATI:

Davacının köyde olmadığı köy muhtarı tarafından rısmî mühürle şerh verilmiş olduğu halde aynı zamanda köyde bulunduğuna dair şahit istima olunması yolsuzdur.

Es. No: 756 K. No:548 Kt. 4-3-935 (S: 24 Sh. 356)

M. K: Mad. 16

2 — GAİPLİK KARARI:

Gıyap kararına vuku bulan itiraz üzerinde mahkemenin

212

takdir hakkı vardır.

Es. No: 4329 K. No: 2400 Kt. 30-11-935 (S: 24 Sh: 353)

H. U. M. K: Mad. 350

3 — GAYRİ MENKUL İKTİSABI:

Bir kimsenin uhdesinde tapuca mukayyet olan gayrı menkulü diğer bir şahsın işgali müruru zaman haddine baliğ olsa bile şağil mücerret bu sebepten iktisap iddiasında bulunamaz.

Es No: 2205 K. No: 1688 Kı. 13-9- 935 (S: 13 Sh. 70)

M. K: Mad. 638,639

H

1 — HİBEDEN RÜCU:

Vahibin müteallikatından bir kız ile evlenmek şartile malını bir şahsa hibe etmesi mükellefiyeti kaydı ile vuku bulmuş bir hibedir. Vahip tayin edeceği münasip bir mehil içinde bu mükellefiyeti ifa etmesi için evvelemirde mevhubünlehe ihtar yapması lâzımdır. Bu ihtar üzerine mevhubünleh muayyen mehil içinde mükellefiyetini haklı bir sebep olmaksızın ifa etmezse. Vahip borçlar kanununun 244 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası mucibince hibeden rücu davası ikame edebilir.

Es. No: 43 K. No: 39 Kt. 13-1-935 (S: 13 Sh: 67)

B. K: Mad. 106-244

2 — HUSUMET:

Tefviz ve tapuca namına tescil edilmiş olan tarla içindeki damın dahi mumaileyh uhdesine tescili hakkında ikame olunan davada husumet tapu dairesine izafetle maliiye hazinsine

müteveccihdir.

Es· No: 806 K. No: 490 Kt. 26-2-935 (S: 24 Sh: 345)

M. K. Mad. 618

3— HÜKÜM FIKRASININ MUHTEVİYATI:

Hüküm fıkrası davayı rüyet eden mahkeme ile hâkimin ismini iki tarafın isim, şöhret, sanaat ve ikametlerini ve tarafların iddia ve müdafaalarının hülâsalarını ihtiva etmesi ve dava olunan şeyin nev'i, cinsi, mevkii, hududu ve evsafının da cami olması lâzımdır.

Es. No: 1736 K. No: 1290 Kt. 3-6- 935 (S: 24 Sh: 346)

H. U. M. K. Mad: 388

İ

1 — İKTİSAP MÜRURU ZAMINI:

İktisap müruru zamanı için medenî kanunun meriyete vaz'ı tarihinden itibaren cereyana başlayacağına göre mezkûr kanunun meriyetinden evvel güzeran eden müddetin mahsubu suretile bu müddetin tekemmülü hakkındaki iddia varit değildir.

Es. No: 2232 K. No: 1567 Kt. 8-7-935 (S: 13 Sh: 69)

1515 Sayılı K. M. K. Mad. 639

2 — İSTİKTAP: (Münker imzanın tatbikine esas olabilecek.)

Resmî bir senet veya mahkeme huzurunda davacının el yazısile yazılmış yazı ve imzası mevcut olmadığı takdirde kendisi ehlihibre tarafından istiktap edilerek münker imzanın tatbikile mutabakat ve ademi mutabakatı hakkında kati bir rapor verilmesi icap eder.

Es. No: 4314 K. No: 2370 Kt. 30-12-935 (S: 16 Sh: 127)

H. U. M. K: Mad. 309

3 — İSTİRDAT DAVASI:

Haksız olarak alınan bir paranın istirdadı davasının mercii rüyet ve tetkiki asliye mahkemelerine ait olup istirdadı talep olunan paranın mücerret tahsili emval kanununa tevfikan tahsil edilmiş olması davanın mercii rüyetini tebdil edemez.

Es. No: 1017 K. No: 939 Kt. 27-4-935 (S: 21 Sh: 226)

İc. İf. K: Mad. 72

K

1 — KABİLİ TAKSİM OLMAYAN BORÇLAR:

Borçlar kanununun 69 uncu maddesinde (Borç kabili taksim değilse borçluların her biri tamamını vermekle mükelleftir.) denildiğine göre borç kabili taksim ise borçluların adedine göre her birine isabet eden nisbet mikdarınca mes'ul olmaları lâzımdır.

Es. No: 4267 K. No: 2340 Kt. 24-12-935 (S: 16 Sh: 128)

B. K: Mad. 69

2 — KAYDI HAYAT ŞARTİLE HİBE:

Ölünceye kadar bakıp beslemek şartile vuku bulan hibe irs mukavelenamesi mahiyetinde değildir.

Es.No: 1879 K. No: 1376 Kt. 17-6-935 (S: 22 Sh: 274)

M. K: Mad: 633-634

3 — KİMSEYE AİT OLMAYAN SULARDAN İSTİFADE:

Kaynak gibi bir arzın mütemmim cüz'ü ve bir kimsenin mülkü olmayan sulardan mücavir tarla sahipleri arkları vasıtasile istifade edebilir. Bu arazi sahiplerinden birinin

arkının mukaddem olması ona bir hakkı temellük bahetmez.

Es. No: 2054 K. No: 1440 Kt. 20-6-935 (S: 21 Sh: 26)

M. K. Mad: 641

M

1 — MAHKEMEYE GELMEMEK:

Müddeialeyhin mahkemeye gelememesi memur olmsı hasebile mezuniyet istihsal edememesinden ileri geldiinden bahsile dermeyan eyleyeceği itirazın takdiri mahkmeye aittir.

Es.No: 4329 K. No: 2400 Kt. 30-12-935 (Ş: 15 Şh: 102)

H. U. M. K. Mad: 401, 402, 9, 187, 434. 350

2 — MÜDAHALENİN MEN'İ:

I — Mahkemeye gelmeyen davacının gıyabında ve diğer tarafın talebile davanın rüyet ve hükme raptı icap eerken mücerret davacı gelmediği için davanın reddine kara itası yolsuzdur.

Es. No: 2306 K. No: 1686 Kt. 20-9-935 (S: 14 Sh: 89)

H. U. M. K: Mad. 408

II — Davacının su bendini bozarak müddeialeyhlern değirmenlerine su akıtıldığı iddiasında; tarafların değrmenlerine ne mikdar su aktığının ve vaziyeti sabıkaları ki taraftan sorularak taraflar arasında ihtilâf hasıl olduğu takdirde iki taraf şahitlerinin şahadetleri takdir olunarak kanaatbahş şahadete müsteniden hüküm itası icap eder.

Es. No: 1494 K. No: 1055 Kt. 7-5-935 (Ş: 24 Şh: 355)

H. U. M. K. Mad: 276

3 — MÜRUR HAKKI:

Mürur hakkı iddiası ehlivukufun malûmatına müraaatla

halledilecek suçlardan olmayıp bu iddianın sair kanunî deliller ile isbatı icap eder.

Es.No: 1357 K.No: 973 Kt. 29-4-935 (S: 21 Sh: 225)

M. K: Mad. 6,672

4 — MÜRURU ZAMAN

Borçlunun hali hayatında kendine bakmamasından dolayı B.Kanununun 518 inci maddesinin bir senelik müruru zamana dair olan hükmü kabili tatbik olmadığından ve borçlunun vefatından sonra veresesi tarafından bakıma imtina edildiği takdirde alacaklı akdi feshetmeğe ve verese aleyhine dava açmağa salâhiyetlidir.

Es.No: 620 K.No: 419 Kt. 19-2-935 (S: 24 Sh: 342)

B. K: Mad. 517

S

1 — SALÂHİYET:

I — Cebrî müzayede suretile ve icra marifetile vuku bulan ihalelerin feshi şikâyet yoliyle icra tetkik merciinden istenebileceği İcra ve İflâs kanununun 134 üncü maddesindle musarrah blunmasınagöre bu kabil ihalelere ait davaların mahkemelerde rüvet ve karara raptı kanuna muhaliftir.

Es. No: 1958 K. No: 1443 Kt. 20-6-935 (S: 22 Sh: 273)

İc. İf. K: Mad. 134

II — Münazaalı mahallin Amasya kazası dahilinde olduğu müddeialeyhlerin ibraz ettikleri müteaddit tapu senet ve kayıtları münderecatından anlaşılmakta ve bunllara istinaden salâhiyetsizlik itirazı dermeyan edilmekte ve Merzifon kazası dahilinde bulunduğu da tapu dairesinin cevaplarından anlaşılamamış olmasına göre ehlivukuf marifetille bu sene-

117

din tamamen veya kısmen münazaalı yere mütabık olduğu anlaşılırsa iddianın H.U.M.K. 3 üncü maddesi nazara alınarak reddi aksi takdirde davacının dinleteceği şahitlerin dinlenerek tebeyyün edecek hale göre hüküm itası iktiza eder.

Es.No: 388 K.No: 260 Kt. 4-2-935 (S: 24 Sh: 349)

H. U. M. K: Mad. 3

2 — SALÂHİYETLİ MAHKEMEYİ TAYİN:

İntizamı âmme esasına binaen tayin edilmemiş olan hallerde iki taraf bir veya müteaddit muayyen hususa müteallik ihtilâfların salâhiyettar olmayan mahal mahkemesinde görülmesini kararlaştırabilirler. Davacının dilediği mahkemeye müracaatta serbest olduğuna dair kayıt muayyen mahkemeyi göstermemesi itibarile intizamı âmme noktasından şayanı kabul değildir

Es. No: 4054 K.No: 2374 Kt. 30-12-935 (S:15 Sh: 101)

H. U. M. K: Mad. 22

Ş

1 — ŞUYUUN İZALESİ:

Bir gayrı menkulün mahkeme kararile şuyuunun izalesi zımnında vuku bulan müzayede ve ihalesi cebri müzayedelerdendir.

Es.No: 9 K.No: 439 Kt.21-2-935 (S: 19 Sh: 185)

M. K: Mad. 633. B. K: Mad. 225

2 — ŞUF'A HAKKI:

Şuf'a davası ikame edildikten sonra 2550 liraya satın aldığı meşfu hisseyi müddeialeyhlerden oğluna 9600 liraya ferağ etmesi kendine karşı davacıyı şuf'a hakkını istimalden

menetmek ve oğlu hakkında dava ikamesi halinde fazla para kazandırıp dolayısile kendi istifadesine hizmet etmek ahlâk ve hüsnüniyet kaidelerine münafidir.

Es. No: 283 K.No: 259 Kt. 3-2-935 (S: 24 Sh: 343)

M. K: Mad. 2

T

1 — TAPU KAYDININ İPTALİ:

Adiyen iskâna tahsis edilen yerlere ait tapuların iptali için komisyonca da mahkemeye müracaat edilmesine dair olan kararı vuku bulan tahsisin ref'ini mutazammındır. Tapuların iptali hakkında verilen karar usul ve kanuna muvafıktır.

Es. No: 1548 K. No: 1150 Kt. 16-5-935 (S: 24 Sh: 351)

H. U. M. K: Mad. 186

2 — TAPU SENETLERİNDE SAHTELİK İDDİASI:

Şekli resmiyi haiz olup sahteliği iddia ve isbat edilmemiş olan tapu senedinin kadastro umum müdürlüğünce mukayyet olmaması hükümsüz ve sahte olduğuna kanunî delil teşkil etmez.

Es. No: 203 K. No: 15 Kt. 13-6-935 (S: 21 Sh: 259)

M. K: Mad: 7 H. U. M. K: Mad. 288

3 — TEVLİYET, SALÂHİYET İTİRAZI:

Salâhiyet itirazının esasa girişilmezden evvel dermeyanı lâzımgelir.

Es. No: 2221 K.No: 1646 Kt. 10-9-935 (S: 14 Sh: 88)

H. U. M. K: Mad. 187-2 188

V

1 — VAKIFDAN RÜCU:

Malını vakfeden kimse o mal üzerinde mülkiyet haklarını kullanamaz. Vakıf, vakıfdan rücu edemez.

Es. No: 1246 K. No: 947 Kt. 28-4-935 (S: 20 Sh: 224)

2 — VEKİLE TEBLİĞAT:

Vekile tebliğat icrası yazıhanesinde tesadüf olunmasile meşrût olup mubaşir yazıhanesinde vekile tesadüf edenediği cihetle o yazıhanede bulunan vekilin kâtibine evrakı tebliğ etmesi caizdir.

Es. No: 4333 K. No: 2362 Kt. 30-12-935 (S: 17 Sh: 129

H. U. M. K: Mad. 127

3 — VAZİFE:

Davayı rüyete vazifedar olmayan sulh mahkemesinde yapılan keşfin asliye mahkemesince hükme esas ittihazına kanunî cevaz yoktur.

Es. No: 1162 K. No: 846 Kt. 14-4-935 (S: 21 Sh: 228)

H. U. M. K.; Mad. 363, 364

HUKUK
İKİNCİ DAİRE KARARLARI

211

202

IV

İkinci Daire Kararları

A

AYRILIK KARARI; NAFAKA:

Mahkemece ayrılık kararı verilmiş olmasına göre talep veçhile tarafların vaziyeti tetkik edilerek zarurete düşeceği anlaşılan karıya kocanın gelirile mütenasip nafakanın takdiri lâzımgelir.

Es. No: 2569 K. No: 2675 Kt. 7-11-935 (S: 14 Sh: 90)

M. K: Mad. 161

B

BOŞANMA:

I — Müddeialeyhin sirkatten dolayı sekiz sene mahkûmiyeti anlaşılmasına göre boşanma talebinin kabulü lâzımdır.

Es. No: 2324 K. No: 2603 Kt. 31-10-935 (S: 13 Sh: 72)

M. K: Mad. 131

II — Tedbir olarak nafaka takdiri için ayrı yaşamakta haklı olmak kâfi olup boşanma davasının ikamesi meşrût değildir.

Es. No: 1008 K. No: 1137 Kt 22-4-935 (S: 21 Sh: 234)

M. K: Mad. 161

III — Karı koca arasında şiddetli geçimsizlik olup bu geçimsizliğe ihtiyatsız hareketlerile müddeialeyhanın sebebiyet verdiği anlaşılmış ve çoçukların babası yanında bırakılması muvafık görülmüştür. Gerek şahadetin ve gerek boşama halinde çocukların velâyetinin ana babadan hangisi tarafından istimal edilmesi muvafık olacağının takdiri mahkemeye aittir.

Es. No: 2581 K. No: 2613 Kt. 31-10-935 (S: 24 Sh: 361)

M. K: Mad. 131

IV — Müddeialeyha davacının talâk iddiasını inkâr etmiş isede kanunu medeninin meriyetinden evvel vefat edin kocanın imama yazdığı mektupla mezbureyi tatlik ettiğni mumaileyhin şahadeti ve hariciye vekâleti vasıtasile yapılan tahkikatla tahakkuk eylemiş ve H. U. M. K. 240 ıncı maddesi mucibince delillerin takdiri mahkemeye mevdu bulunmasına mebni bu yolda itirazlar varit değildir.

Es. No: 2582 K. No: 2617 Kt. 31-10-936 (S: 24 Sh. 36)

H. U. M. K: Mad. 240

V — Müddeialeyhe bilmuhakeme ihtar yapıldığı halde kocalık vazifesini ifa etmemiş olduğu gibi başka bir kadın alarak onunla yaşadığı sabit olmuş ve hissei iştirâk olarak hükmolunan nafaka tarzı takdir edilmiş ve mahaza kız'ara nazaran meblâğı mezkûr istisgar edilecek mikdarda bulunmamış olduğundan bu yoldaki itirazlar varit değildir.

Es. No: 2314 K. No: 1615 Kt. 31-10-936 (S: 24 Sh. 362)

M. K: Mad. 132

C

CEZAYI NAKDI:

İnkâr edilen imzanın müddeialeyhe aidiyeti tatbikat le ta-

hakkuk etmediğinden cezayı nakdî hükmedilmesi yolsuzdur.

Es. No: 4188 K.No: 3179 Kt. 6-11-935 (S: 19 Sh: 186)

H. U. M. K: Mad. 291,313

Ç

ÇOCUĞUN TANINMASI:

Davacı kadın ile müteveffa erkek arasında nikâh nevcut olmadığından çocuğun gayrı meşru münasebetten husule geldiği ikrar ve şahadetle tahakkuk etmiş ve çocuk erkeğin diğer bir kadınla evli olduğu sırada doğmuş olduğu cihetle ahkâmı sabıka ve hazıraya göre çocuğun tanınmasına imkân yoktur.

Es. No: 2212 K. No: 2713 Kt. 8-11-935 (S: 24 Sh 359)

M. K: Mad. 296

E

1 — EVLENME SIRASINDA KOCANIN PARA TAAHHÜDÜ:

Kocanın karısına evlenme sırasında elbise ve mefruşat gibi masarifa medar olmak üzere muayyen bir mikdar para vermeği taahhüdü muteberdir. Evlenme cüzdanındaki meşruhatın bulunması ve şahitlerin de bu yolda şahadet etmesi ve bu tahhüdün gayrı muhik olduğunun iddia edilmemesi ve esasen bu taahhüdün de adabı umumiyeye muhalif olmaması mezkûr taahhüdün itibarını teyit eder.

Es. No: 2607 K. No: 3295 Kt. 12-12-935 (S: 15 Sh: 104)

M. K: Mad. 170-176

2 — EVLENME TARİHİNİN TASHİH TALEBİ:

İbraz olunan izinnamenin evlenmenin akdinden sonra alın-

mış olması ihtimaline binaen karının dahi mahkeneye celbile ona göre meselenin tahkik ve davanın hükme raptı icap eder.

Es. No: 2307 K. No: 2582 Kt. 28-10-935 (S: 14 Sh: 91)

H. U. M. K: Mad. 73

3 — EVLENMEYE İZİN TALEBI:

Davacının Bikrini izale eden derviş ile evlenmesi derviş cezadan kurtarmaktan başka bir faide temin edemeyeceği mahkemece yapılan tahkikattan anlaşılmış olmakla hadisenin fevkalâde ahvalden addine mesağ yoktur.

Es. No: 2463 K. No: 2654 Kt. 5-11-935 (S: 13 Sh: 72)

M. K: Mad. 88

G

1 — GAİPLİK·

Mukaddema gaipliğe hüküm almış olması şehiden vefatı iddia ve isbata mani teşkil etmez.

Es. No: 1541 K. No: 1733 Kt. 21-6-935 (S: 22 Sh: 280)

M. K: Mad. 30-31

2 — GAYRI MENKUL MUBADELESİNDE VELİNİN SALÂHİYETİ

Medenî kanunun 268 inci maddesi ve 542 sayılı tefsiri kanunî mucibince veliler tahtı velâyetlerinde bulunan çocukların gayrı menkullerini mubadelede hâkimin iznine muhtaç değildirler.

Es. No: 1412 K. No: 1126 Kt. 22-4-935 (S: 21 Sh: 233)

M. K: Mad. 268. ve 542 No: tefsir.

3 — GAYRI MENKULÜN TAKSİMİ:

Haricen gayrı menkule ait yapılan taksim muamelesi kanu-

nen muteber değildir.

Es. No: 2420 K. No: 2714 Kt. 8-11-935 (S: 24 Sh: 358)

M. K: Mad. 910

H

HİSSEİ İRSİYE TALEBİ :

Hissei irsiye talebinde; verasette ihtilâf bulunmamasına göre usulen muhakeme icrasile tebeyyün edecek hale göre karar verilmesi icap eder.

Es. No: 2408 K. No: 1679 Kt. 7-11-934 (S: 24 Sh: 357)

H. U. K: Mad. 428

K

KARININ AYRI YAŞAMAK HAKKI:

Müddeialeyhe mühlet verildiği halde müstakil ev tedarik etmemesi ve karısı davacıya bakmayacağını ve ayrılacağını beyanla kocalık vazifesini ifadan imtina eylemiş olması halinde karı ayrı yaşamak hakkına malikdir.

Es. No: 204 K. No: 567 Kt. 28-2-935 (S: 21 Sh: 229)

M. K: Mad. 161

M

1 — MAHCURİYET HALİNDE NAFAKA MÜKELLEFİYETİ:

Mücerret mahcuriyet medenî kanunun 315 inci maddesinde muharrer vecibelerden vareste kılamaz.

Es. No: 1969 K. No: 1716 Kt. 20-6-935 (S: 22 Sh: 278)

M. K; Mad. 315

2 — MAHFUZ HİSSE:

Ölüm tarihile dava tarihi arasında bir sene müddet geçmemiş ve tenkisi talep olunan tasarrufların bilâ bedel mahfuz hisse kaidelerini bertaraf etmek maksadile yapıldıı şahadet ve delâili saire ile tahakkuk eylemiş ve HU.M.K. 240 ıncı maddesi mucibince delillerin takdiri malkemeye mevdu bulunmuş olmasına mebni bu yoldaki itirazlar varit değildir. Medeni kanunun 454,455 inci maddelerine evfikan müteveffanın hini vefatında bıraktığı menkul ve gayrı menkul bil'umum mallar tesbit ve kıymetleri tayin ve bundan düyun ve masarif tenzil olunduktan sonra mezkûr tasarruflarla mahfuz hisseye tecavüz edilip edilmediği edilmiş isemikdarı hesap ve tecavüz olunan mıkdarın nakden müddeialeyhlerden tahsiline hükmolunmak lâzımdır.

Es. No: 1583 K. No: 2402 Kt. 7-10-935 (S: 23 Sh: 305)

M. K: Mad. 454,455

3 — MERCİ :

Ahkâmı şahsiyeye taallûku olmayan malûliyet iddiasının tetkiki mahakimi adiyenin vazifesi haricindedir.

Es. No: 1517 K. No: 1723 Kt. 20-6-935 (S: 22 Sh: 282)

H. U. M. K: Mad. 7

4 — MİHİR BORÇLARI :

Ahkâmı sabıka zimmete terettüp eden mihir borçları medenî kanunun meriyetinden sonra vaki boşanma halinde dahi lâzimülifadır.

Es. No: 1000 K. No: 1166 Kt. 28-4-935 (S: 21 Sh: 232)

H. U. M. K: Mad. 239

5 — MÜŞTEREK MÜLKÜN VERGİ BORCU:

Müşterek mülkün vergi borcundan dolayı şeriklerin müteselsilen mesul olacakları hakkında kanunî bir hüküm mevcut

değildir.

Es. No: 1946 K. No: 563 Kt. 26-2-935 (S: 19 Sh: 190)

N

1 — NİŞANDA HUSUMET:

Nişan bozmadan mütevellit tazminat davalarında husumet nişanlılara teveccüh eder.

Es. No: 266 K. No: 571 Kt. 28-2-935 (S: 21 Sh: 231)

M. K: Mad. 84

2 — NIŞANIN BOZULMASI HALİNDE MASRAF VE EŞYALARIN İADESİ:

Bozulan nişanda iadesi istenilen eşyanın nişan hediyesimi yoksa hibemi olduğunun tetkiki lâzımdır.

Es. No: 2263 K. No: 2451 Kt. 12-11-935 (S: 19 Sh: 191)

H. U. M. K: Mad. 217

3 — NUFUSDA KAYIT TASHİHİ:

Kayıt tashihine müteallik olan davalar nufus kanununun 11 inci maddesine tevfikan nufus memurunun aleyhine açılmak lazımdır. Mezkûr kanunun 11 inci maddesinde gösterilen ve müruru zamana esas olan cüzdanlar umumi tahrir üzerine verilen cüzdanlar olup adiyen yapılan kayıt üzerine verilen cüzdanlar müruru zamana esas olamaz.

Es. No: 1751 K. No: 1757 Kt. 24-6-935 (S: 22 Sh: 277)

Nufus K: Mad. 11

S

SULH TEŞEBBÜSÜNDE HÂKİMİN TAKDİR HAKKI:

Sulh teşebbüsünden istisna edilip edilmemelk keyfiyetinin

takdiri hakime aittir.

Es. No: 1344 K. No: 1634 Kt. 11-6-935 (S: 22 Sh: 275)

H. U. M. K: Mad 496

Ş

1 — ŞAHİTLER LİSTESİ:

Hukuk U. M. K. 274 üncü maddesi mucibince ikinci bir listenin kabulile birinci listede gösterilen şahitlerden başkasının dinlenmesi caiz değildir.

Es. No: 3965 K. No: 220 Kt. 26-1-935 (S: 21 Sh: 235)

H. U. M. K: Mad. 274

2 ŞEHİTLİK HALİNİN TAHKİKİ:

Şehitlik davalarında gerek şahitlerin ve gerek şehidin ahvali askeriyeleri mensup oldukları askerlik şubesinden sorularak şahitlerin iddia olunan tarihte şehit ile beraber askerde bulunup bulunmadıkları hususunun tahkiki icap eder.

Es. No: 1598 K. No: 1781 Kt. 25-6-935 (S: 22 Sh: 281)

H. U. M K: Mad. 6-428-6

T

1 — TALAKIN İSBATI:

Medenî kanunun meriyetinden evvel tatlik keyfiyeti tescil edilmemiş olması hasebile bu halin mevcudiyetinin isbatı lâzımdır.

Es. No: 1932 K. No: 2364 Kt. 3-10-935 (S: 19 Sh: 187)

H. U. M. K: Mad: 240

2 — TEMYİZ İSTİDASI:

Evrak meyanında temyiz istidasına tesadüf edilmediği takdirde evrakın mahalline iadesi lâzımdır.

Es. No: 1778 K. No: 2034 Kt. 16-7-935 (S: 19 Sh: 188)

3 — TERKDE İHTAR TALEBİ:

Terkden dolayı ihtar talebinde bulunan davacının karısı için müstakil ev tedarik etmesi ve bu evin iskâne elverişli ve tefriş edilmiş bulunması lâzım gelip bu hususun keşfen tesbiti icip eder.

Es. No: 163 K. No: 590 Kt. 3-3-935 (S: 21 Sh: 230)

H. U. M. K: Mad. 363, 364

Y

YAŞ TASHİHİ:

I — 930 yılının eylülünde doğup kânunu sanisinde sicilli nufusa kaydedilen bir kimsenin kaydının 332 yılı üzerinden tashihi davası resmî kayıtla doğru bulunmamakdadır. Zira bir kimsenin doğmadan nufusa kaydettirilmesi müsteb'attır.

Es. No: 2861 K. No: 2866 Kt. 20-11-935 (S: 15 Sh: 103)

Nufus K: Madl. 11

II — Yaşını tashih ettirmek isteyen şahsın göstereceği şahitleri dinlemeyip sırf rapora istiant etmek tahkikat noksanlığı bakımından yolsuzdur.

Es. No: 1954 K. No: 2008 Kt. 15-7-935 (S: 19 Sh: 189)

H. U. M. K: Madl. 239

231

222

HUKUK
ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

V

Üçüncü Daire Kararları

A

ALACAK TBİRİ:

İnkâr edilen senetteki imza hakkında hukuk U. M. K. 309 uncu maddesinin sarahatı dairesinde muamele yapılır. Ödeme emri mikyası tatbik evrakdan değildir.

Es. No: 12385 K. No: 9948 Kt. 5-12-935 (S: 15 Sh: 107)

H. U. M. K : Mad. 308. 309, 288,297

B

BAŞKASININ ARSASINA BİNA İNŞASI:

Tapuca müseccel gayrı menkuller üzerine bina inşasında hüsnü niyet mutasavver değrldir.

Es. No: 257 K. No: 500 Kt. 13-1-934 (S: 13 Sh: 75)

M. K: Mad. 648

E

ECRİ MİSİL:

Gayrı menkulde hissedar olan müddei aleyhin müddeiyi in-

tifadan men edip etmediğinin tahkiki lâzım gelir.

Es. No: 12903 K. No: 10460 Kt. 21-12-935 (S: 15 Sh: 106)

H. U. M. K: Mad. 363, 364, 276

M

MÜDAHALENİN MEN'İ:

Tapu senedinde yazılı dönüm mikdarile keşif esnasında zuhur eden fazla dönümden dolayı davanın reddi lâzım gelmeyip tapuya muvafık olup olmadığı tesbit edilerek neticeye göre karar verilmesi icap eder.

Es. No: 13997 K. No: 11123 Kt. 21-11-934 (S: 13 Sh: 74)

S

1 — SATIŞA ITTILA - ŞUF'A HAKKINDA:

Hissenin beyi ve şirası keyfiyeti şuf'a davacısına usulü dairesinde ihbar edilmemiş olmasına göre bey'e ittılâ hakkında şahit dinlenmesine kanunî bir mani yoktur.

Es. No: 12205 K. No: 9897 Kt. 3-12-935 (S: 17 Sh: 130)

2 — SEMENİN İADESİ TALEBİ:

Gayrı menkulün haricen taksimi ve onun zımnındaki tarihhüdat kanunen muteber değildir.

Es. No: 13764 K. No: 11101 Kt. 20-11-934 (S: 13 Sh: 74)

T

1 — TAHLİYE VE BEDELİ İCAR:

Konturato olmayan ve konturatoya müstenit olup da bede-

diye konturat pulu yapıştırılmamışsa konturato pulu cezayı nakdisi alınmadıkça dava dinlenmez.

Es. No: 12527 K. No: 10131 Kt. 10-12-935 (S: 15 Sh: 108)

H. U. M. K: Mad. 75-2,344. İcarı akar nizamnamesi

2 — TAKSİM VE ŞUYUUN İZALESİ:

İki keşif arasındaki mübayenet halledilmeden yapılan taksim doğru olmaz. Taksime tarafların da muvafakatı olup olmadığının gösterilmesi lâzımdır.

Es. No: 12641 K. No: 10186 Kt. 12-12-935 (S: 15 Sh: 105)

H. U. M. K: Mad. 363 - 366, 569

228

HUKUK
DÖRDÜNCÜ DAİRE KARARLARI

240

VI

Dördüncü Daire Kararları

A

1 — AKDİN FESHİ SEBEBİ - GABİN:

Gabin sebebile akdin feshi için ıvazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunması ve bu akdin mutazarrır olan tarafın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden veyahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş olması ve bu sebeplerin akdin feshini isteyen tarafı aldatmağa amil olduğunun subutu meşruttur

Es. No: 2349 K.No: 1907 Kt. 15-10-935 (S: 23 Sc: 325)

B. K: Mad. 21

2 — ALACAK TABİRİ — HİZMET MUKAVELELERİNDE:

Borçlar kanununun 132 inci maddesinin 4 üncü fıkrasındaki (Alacak) tabiri mutlak olmasına göre bu madde istihdam olunan kimsenin istihdam eden kimse zimmetindeki bütün alacaklarına şamildir.

Es. No: 2914 K. No: 1589 Kt. 15-7-934 (S: 22 Sc: 284)

B. K: Mad. 132

B

BORÇTAN KURTULMA DAVASI:

Borçtan kurtulma taleb eden davacının icra tetkik merciine

741

vakı itirazının katiyen refine karar vermiş olması halinde davacı mumaileyh borçtan kurtulma davasını ikame edemeyüp neticede borçlu olmadığı bir şeyi ödemek mecburiyetinde kalırsa istirdat davası açabilir.

Es. No: 1807 K. No: 1385 Kt. 25-6-935 (S: 23 Sc: 324)

Ic. ve. İf. K: Mad. 72

D

1 — DAMGA PARA CEZALARI:

Tazminat kabilinden olan damga para cezaları af kanununun şumulüne dahil ve affa tabi mevedden digildir.

Es No: 1792 K. No: 1299 Kt. 17-6-935 (S: 23 Sc: 319)

B. K. Mad: 41

2 — DAMGA RESMİNDE MUAFİYET VESİKASI:

Teşviki senayı kanununun bahşettiği muafiyetten müstefit olan şirketlerin tezyidi sermaye suretile çıkaracaklar ıhisse senetleri ve tahvilleri damga resminden muafiyetini temin için İktisad Vekâletinden getireçekleri muafiyet vesikasının varidatı mahsusa müdürlüğüne ibrazı müddetle mukayyet degildir.

Es. No: 374 K. No: 593 Kt. 31-3-935 (S: 22 Sc: 288)

damga K: Mad. 25,27

3 — DEVLET ALACAKLARI:

Devletin bir akitten veya haksız bir fiilden doğan alacakları hakkında İcra İflâs kanunu hükümleri caridir. Bu gibi alacakların tahsil emval kanununa tevfikan tahsil ve istifası caiz degildir.

Es. No: 1484 K. No: 1508 Kt. 9-7-935 (S: 23 Sc: 316)

İc. İf. K: Mad. 47

242

E

1 — ECRİ MİSİL TAYİNİNDE SALÂHİYET:

İdare heyetlerinin haksız işgal olunan milli emlâk için ecri misil takdiri salâhiyeti İcra ve İflâs kanununun 47 inci maddesile kaldırılmıştır.

Es. No: 2833 K. No: 2038 Kt. 31-10-935 (S: 21 Sc: 262)

İc. İf. K: Mad. 47

2 — ECRİ MİSİL — MÜRURU ZAMAN:

Mubadil mucirlere tefviz ve bilahıra istirdat olunan gayrı menkul malların işgal ve intifa zamanları için idare meclislerince ecri misil takdiri lüzumu 488 numaralı kanunun iktizasındandır. Bu kabil davalar; On senelik müruru zamana tabidir.

Es. No: 308 K. No: 320 Kt. 25-2-935 (S: 19 Sc: 195)

488 Numaralı K: Mad. 4

H

HACİZ VAZ'INDA TETKİK MERCİİ:

Konulan haczin cevaz ve ademi cevazına mütedair itirazların tetkiki, haczi koyan icra dairesinin mensub bulunduğu tetkik merciine aiddir. İstinabe olunan icra dairesinin bağlı bulunduğu tetkik mercii ancak artırma ve ihaleye mütedair ihtilafların halline salâhiyettardır.

Es. No: 874-103 Kt. 31-1-935 (S: 21 Sc: 236)

İc. İf. K: Mad. 4

I

1 — İBTİDAÎ İTİRAZ:

Mütekabil davanın kabule şayan olmadığı iddiası iptidaî itirazlar cümlesindendir. Bu hususta müddeinin itirazı sebketmeden mahkeme resen (Müddeti geçtikten sonra açıldı) di yemütekabil davayı reddedemez.

Es. No: 2289 K. No: 1823 Kt. 10 10-935 (S: 23 Sc: 310)

H. U. M. K: Mad. 187-8

2 — İHALENİN FESHİ:

Açık arttırma neticesi bir gayrı menkulü satın alan kimse taksitleri vaktında ödemediğinden dolayı ihalenin feshi halinde medenî kanunun 907 inci maddesine tevfikan yaptığı faydalı ve zaruri masrafların iadesini talebe hakkı vardır. Davacının 2 inci arttırmada başkasına ihale edilmiş bu gayrı menkulü devren alması mezkûr hakkını istimale mani değildir.

Es. No: 330 K. No: 110 Kt. 31-1-935 (S: 21 Sc: 237)

M. K: Mad. 907

3 — İHBAR MÜDDETİ:

Borçlar kanununun 254 üncü maddesi mücibince gayrı menkulün yeni maliki, ihbar caiz olan miada kadar kira akdına riayetle mükellef olduğu için bu müddetin kira karşılığı mücire aiddir.

Es. No: L60 K. No: 167 Kt. 9-2-935 (S: 19 Sc: 194)

B. K: Mad. 254

4 — İHBAR - KİRA AKDİNDE:

Sıhhı sebeplere mebni mecurun tahliyesi halinde kira akdinin

feshi için ihbar mecburiyeti yoktur.

Es. No: 863 K. No: 777 Kt. 22-4-935 (S: 22 Sc: 293)

B. K: Mad. 252

M

1 — MUBAYİN İLÂMLAR - İADEİ MUHAKEME:

Yekdigerine mubayin olarak sudur eden ilâmların iadei muhakemeyi mucib olabilmesi için bu ilâmların aynı mahkemeden veya oderecede diger bir mahkemeden verilmiş olması şarttır. İcra tetkik mercii kararının asliye mahkemesinden verilen ilâm hükmü hilafında olması iadei mahkemeyi müstelzim sebeblerden degildir.

Es. No: 60 K. No: 571 Kt. 30-3-935 (S: 22 Sc: 291)

H. U. M. K: Mad. 455-10

2 — MERCİ:

Şehit maaşı tahsisinden mütevellit ihtilafların halli idarî mercie aiddir. Mahkeme bakamaz.

Es. No: 475 K. No: 115 Kt. 31-1-935 (S: 22 Sc: 287)

H. U. M. K: Mad. 7

3 — MUCİRİN HAPİS HAKKININ ŞUMULÜ:

Mucirin hapis hakkı, müstecire ait olmadığını bilmedikçe yahut bilmesi iktiza etmedikçe kiralanan yer dahilindeki menkul eşyayada şamildir.

Es. No: 2882 K. No: 2106 Kt. 7-11-935 (S: 23 Sc: 327)

B. K: Mad. 268

4 — MÜRURU ZAMAN:

I — Noter senedi ile satılıp ferağı yapılmayan gayrı men-

kul bedellerinin istirdadı davasında müruruzaman, ferağ ve teferruğdan imtina olunduğu tarihten başlar.

Es.No:223 K.No: 171 Kt. 9-2-935 (S:19 Sc:192)

H. U. M. K: Mad. 217

II — İdarî makamlara vakı muracaat, müruru zamanı kesen sebeplerden degildir.

Es. No: 312 K. No:112 Kt. 31-1-935 (S:19 Sc:196)

B. K: Mad. 66

III — Cezanın af ile düşmesi cezayı müstelzim fiilden doğan zarar ziyan davasında ceza müruru zamanının tatbikina mani teşkil etmez.

Es. No:2472 K.No:1884 Kt.14-10-935 (S:22 Sc:285)

B. K: Mad. 60

IV — Damga resminin tabi olduğu müruru zaman hakkında hususî kanunda sarahat olmadığı için bu babta umumî müruru zaman hükümleri cryan eder.

Es. No:2037 K.No:1807 Kt.30-9-935 (S:23 Sc:309)

B. K: Mad. 60

V — Cezaî bir fiilden neşet eden zarar ve ziyan davalarına ceza müruru zamanı tatbik edileceğini gösteren borçlar kanununun 60 ıncı maddesinin 2 inci fıkrası failler hakkında olup malen mesuliyet hakkındaki dava mezkûr maddenin 1 inci fıkrası mücibince bir senelik müruru zamana tabidir. Mezkûr kanunun 45 inci maddesine tevfikan maddî tazminat hükmedilebilmesi için mirasçıların murisin yardımına muhtaç olduklarının tetkik ve tesbit edilmesi lazımdır.

Es.No:1661 K.No:1372 Kt.25-6-935 (S:23 Sc:321)

B. K: Mad. 45, 60

VI — Taraflar arasında icar mukavelesi olmadığı hallerde taleb edilecek kira bedelleri hakkında borçlar kanununun 126 ın-

cı maddesindeki 5 senelik müruru zaman hükmü değil 10 senelik müruru zaman ahkâmı tatbik olunur.

Es. No: 1491 K. No: 1400 Kt. 26-6-935 (S: 23 Sc: 323)

B. K: Mad· 126

R

RUCU HAKKI:

Müteselsil borçlulardan birinin alacaklıya ödediği şey ile diger borçlulara rucuu, borçluların her biri yekdigerine karşıda borçun mecmuundan mesul olmayı taahhüt ve iltizam etmiş olmasına bağlıdır. Aksi takdirde hissesinden fazla alacaklıya yaptığı tediyeden her birinin hissesile rucu edebilir. Mecmuu ile rucua hakkı yoktur.

Es. No: 1952 K. No: 1488 Kt 9-7-935 (S: 23 Sc: 312)

B. K: Mad. 141

S

1 — SALÂHİYET:

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 15 inci maddesi hükmünün vekille müvekkil arasında tahaddüs edecek vekâlet ücreti ihtilaflarına şumulü yoktur.

Es. No: 1971 K. No: 1344 Kt. 24-6-935 (S: 23 Sc: 318)

H U. M. K: Mad. 15

2 — SENEDLERİN TASDİKİ:

Şehirlerde ihtiyar heyetleri lagvedilerek vazifeleri belediyelere verilmiş olduğu cihetle senedlerin belediye reisleri

tarafından tasdiki muteberdir.

Es. No: 1039 K. No: 1509 Kt. 9-7-936 (S: 23 Sc: 307)

H. U. M. K: Mad. 297

T

1 — TAHLİYE TALEBİ:

Haksız işgal olunan müşterek gayrı menkulün tahliyesini hissedarlardan her biri isteyebilir.

Es. Ne: 1244 K. No: 1036 Kt. 18-6-935 (S: 22 Sc: 283)

M. K: Mad. 623

2 — TAYYARE PİYANGO BİLETİ ALUP SATMAK:

Tayyare piyango biletleri alup satmak ticari muamelelerden madut degildir. Zira bu muamele tayyereciliğin teraklı ve inkişafına hizmet için ihdas edilmiştir.

Es. No: 1856 K. No: 646 Kt. 6-4-935 (S: 22 Sc: 290)

H. U. M. K: Mad. 25

3 — TAZMİNAT DAVASI:

Memurların memuriyet vazifelerini suiistimal etmek suretile husulüne sebebiyet verdikleri zararın tazmini davası hıkuku şahsiye cümlesinden olduğu için affa tabi degildir.

Es. No: 2368 K. No: 1847 Kt. 8-10-935 (S: 23 Sc: 317)

B. K: Mad. 41

V

VAZİFE:

1 — Şuyuun izalesine müteallık hükümlerin icrası sulh -

hâkiminin vazifesi cümlesinden olduğu cihetle mahkemece esas deva ile birlikte vekil için takdir ve hükmolunan ücretten başka icra dairesince ücret takdirine cevaz yoktur.

Es. No: 2076 K. No: 1591 Kt. 15-7-935 (S: 23 Sc: 308)

H. U. K: Mad. 569

II — Boşanmadan mütevellit yoksulluk nafaka davasının tetkiki asliye mahkemesine aiddir.

Es. No: 3430 K. No: 1865 Kt. 9-10-935 (S: 23 Sc: 310)

M. K: Mad. 144

250

TİCARET DAİRESİ KARARLARI

251

252

VII

Ticaret Kararları

A

1 — AKDİN GAYRI MUAYYEN MÜDDETLE TEMDİDİ:

Akdin gayrı muayyen bir müddetle temdidedildiği hallerde borçlar kanununun 262 inci maddesi mucibince altı aylık bir müddetin geçmesi için üç ay evvel ihbarın yapılması lâzımdır. Açılan tahliye davası üzerine dava arzuhalının müddeialeyhe tebliği tarihinden hüküm tarihine kadar kanunî müddet geçtiğinden bahsile karar verilmesi yolsuzdur

Es. No: 35-1317 K. No: 1934 Kt. 28-6-935 (S: 21 Sh: 265)

B. K: Mad. 262

2 — ALACAK:

İddianın müstenidi olan senet zirindeki imzanın murislerine ait olduğu ancak muhakeme neticesinde anlaşılmış bulunmasına göre diğer tarafın icra tazminatı ve nakdî ceza ile mahkûm edilmesi yalsuzdur.

Es. No: 3651 K. No: 463 Kt. 19-2-932 (S: 14 Sh: 95)

H. U. M. K: Mad. 422. İc. İf. K: Mad. 67

B

1 — BEYYİNE KÜLFETİ:

Hesabı kabul etmemekten maksat müddeabihin inkârmıdır

yoksa tediye ettiğinden dolayı borcu olmadığını beyanını ibaaettir? Bu husus hakkında müddeialeyhten kat'i cevap alındıktan sonra icap eden tarafa beyyine ve yemin tevcihi icap eder.

Es. No: 34-1564 K. No: 3026 Kt. 1-11-935 (S: 24 Sh: 363)

H. U. M. K: Mad. 241

2 — BORÇLUNUN TAHLİFİ:

Hadise ticari muameleden doğmuş olmasına göre şahitle isbatı caizdir.

Es. No: 1385 K. No: 2835 Kt 7-10-935 (S: 13 Sh: 80)

H. U. M. K: Mad. 291.326, T. K: Mad. 680

G

GAYRI MENKUL SATIŞI:

Müşterinin semeni temamen ifa etmeden evvel mebi'e malik olamayacağı hakkındaki şart muteberdir. Ancak muamelenin muteber olması için noterden tasdik ve sicilli mahsusına kaydedilmiş olması ve medeni kanunun 469 ve borçlar K. 223 üncü maddelerinin nazara alınması lâzımdır.

Es. No: 34-341 K.No: 3055 Kt. 1-11-935 (S: 24 Sh: 364)

B. K: Mad. 223

H

HUSUMET :

Müddeialeyhlerin davada alakaları olmadığı cihetle anlaşada husumet müteveccih olacağından ve senede karşı şahit

istimaı kanunen caiz olmaması itibarile karabetten bahsile iddiaları hakkında şahit istimaına cevaz bulunduğuna dair ileri sürülen itirazlar varit değildir.

Es. No: 935-588 K.No: 2085 Kt. 18-7-935 (S: 19 Sh: 200)

H. U. M K: Mad. 339, 340

İ

1 — İHTİYATİ HACİZ:

Hukuk U.M.kanununun 4 üncü babı ile 4-Mayıs-929 tarih ve 1424 numaralı kanuna muhalif olan ihtiyati hacze dair hükümlerinin mülga olduğu nazara alınmaksızın ve halen meri İcra ve İflâs kanununun 261 inci maddesile 89 ve 65 inci maddeleri ahkâmı tetkik ve teemmül edilmeksizin açılan davanın kabulile bu yolda karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 935-1541 K.No: 3220 Kt. 26-11-935 (S: 19 Sh: 199)

İc. İf. K: Mad. 65, 89, 261

2 — IKRAR:

I — Kanunî tebliğat üzerine müddeialeyhin mahkemeye gelmemesi vakıaları mukir addine sebep teşkil etmez. Bu itibarla mübrez senet hakkında alel'usul tahkikat icrası lâzım gelir.

Es. No: 933-3121 K.No: 279 Kt. 29-1-935 (S: 19 Sh: 205)

H. U. M. K: Mad. 239

II — Gıyap kararının tebliği üzerine müddeialeyhin mahkemeye gelmemesi vakıaları mukir addine kanunî bir sebep teşkil etmez.

Es.No: 33-3507 K.No: 918 Kt. 2-4-935 (S:21 Sh: 241)

H. U. M. K: Mad. 308, 309

299

III — Mücerret müddeialeyhin haricen vuku bulan ikrarına şahadet hüküm medarına ittihaz edilmesi doğru değildir. Gıyap kararının tebliği üzerine müddeialeyhin mahkemeye gelmemesi vakıaları mukir addine sebeb teşkil etmez.

Es. No: 33-4430 K. No: 1955 Kt. 27-6-935 (S: 21 Sh: 266

H. U. M. K: Mad. 236

K

1 — KAT'İ REFİ:

Tetkik merçiince itirazın kat'î olarak ref'ine karar verilmesi icraî tatbikat noktasından haizi tesir olup ikame olunan dava istimaına mani olamaz.

Es. No: 2900 K. No: 352 Kt. 10-2- 35 (S: 19 Sh: 203)

İc. İf. K: Mad. 69

2 — KOCANIN TEMSİL SALÂHİYETİ:

Mal ayrılığında kocanın karıyı temsile salâhiyeti olmadığı ve müddei vekâletnamede ibraz eylemediği halde anın huzurile muhakeme icra ve hüküm ittihazı yolsuzdur.

Es. No: 34-111 K. No: 2111 Kt. 22-7-935 (S: 22 Sh: 295

H. U. M. K: Mad. 59

M

1 — MUKAVELENİN MAHALLİ İCRASININ TAHKİKİ:

Ticaret kanununun 656 ıncı maddesine tevfikan mukavelenin mahalli icrası hakkında tahkikat ve tetkikat icra olunmaksızın salâhiyetsizlik kararı ile davanın reddedilmesi ka-

nun amuhalifdir.

Es. No: 34-264 K. No: 2185 Kt. 25-7-935 (S: 22 Sh: 294)

T. K: Mad. 656

2 — MÜRURU ZAMAN:

Emre muharrer senedin mümzisi aleyhine dava açılmış olmasına göre ticaret kanununun 606 ve 607 inci maddelerile 597 inci maddesinin birinci fıkrası mucibince üç senelik müruru zaman ahkâmı caridir.

Es. No: 34-1448 K. No: 1860 Kt. 10-10-935 (S: 23 Sh: 330)

T. K: Mad. 597, 606, 607

3 — MÜZAHARETİ ADLİYE TALEBİ:

Müzahareti adliye talebinin ademi kabulüne dair verilen kararlar kat'idir.

Es. No: 34-121 K. No: 2119 Kt. 23-7-935 (S: 22 Sh: 297)

H. U. M. K: Mad. 290, 414

4 — MÜZAYEDE İLE İHALE:

Müzayede ile ihaleden mütevellit davalarda müddeialeyhin mukavelename tanziminden imtina eylediği ve teslim eylediği kömür bedelini haksız olarak irat kaydedildiği hakkındaki iddiasının tetkiki ve araştırılması lâzımdır.

Es. No: 34-631 K. No: 132 Kt. 16-12-935 (S: 15 Sh: 111)

H. U.M. K: Mad. 218, 221, müzayede ve ihale K: Mad. 13

5 — MÜZAYEDEYE HİLE KARIŞTIRMAK:

Müzayedeye hile karıştırdığı anlaşılsa dahi müddei Orman idaresinin ihale bedelinden fazlasını zarar ziyan olarak mütalebeye hakkı ytokur. Teklif mektubunda yazılı fiyatın müşevveş yazılmış olması ve verilen fiyatın ne olduğunun tahakkuk etmemiş olması cihetile mukavelenin feshi ve müd-

dei tarafından vuku bulan zarar ziyan davasının ridd lâzımdır.

Es. No: 935-1796 K. No: 3434 Kt. 21-12-935 (S: 15 Sh: 110)

H. U. M. K: Mad. 240

R

RÜCU HAKKI:

Alacaklıların imzalarını havi meşruhat müddeialeyhe müessir bulunmamasına ve şu hale göre parayı ödemiş olan müddeinin ancak hissesile müddeialeyhe rücu edebileceğine mebni müddeialeyhin teslimat hakkında def'i tetkik ve müddeinin hukukî vaziyeti teemmül edilerek hasıl olacak neticeye göre bir karar verilmesi lâzımdır.

Es. No: 35-2576 K. No: 3439 Kt. 21-12-935 (S: 17 Sh: 131)

H. U. M K: Mad. 239

S

1 — SENEDİN BORÇLUYA İADESİ:

Senedin borçluya iadesi hilâfı sabit oluncaya kadar borcun ödendiğine kanunî bir karine teşkil eder. İdare defterinde borcun tesviye edildiğine dair bir kayıt bulunmaması borcun ödenmediğini isbata kâfi değildir.

Es. No: 33-3141 K. No: 408 Kt. 14-2-935 (S: 19 Sh: 204)

H. U. M. K: Mad. 289

2 — SIRA CETVELİNE İTİRAZ:

Sıra cetveine itiraz İcra ve İflâs kanununun 235 inci madde-

sinin son fıkrası mucibince şikâyet yoliyle tetkik merciine yapılması lâzım geldiği cihetle maddei mezkûre hükmü nazara alınmaksızın hukuk mahkemesince davanın rüyeti ve karara bağlanması kanuna muhalifdir.

Es. No: 35-1385 K.No: 1933 Kt. 28-6-935 (S: 21 Sh: 264)

İc. İf. K: Mad. 235

Ş

1 — ŞAHADET :

Senede müstenit olmadığı cihetle tetkik olunan musaddak yevmiye defterinde yazılı mebaliğin müddeinin emrile şerikine verildiği hakkındaki def'in şahitle isbatına ticaret kanununun 680 inci maddesi müsaittir.

Es.No: 34-1157 K. No: 2906 Kt. 17-10-935 (S: 23 Sh:329)

T. K: Mad. 680

2 — ŞAHADETİN ADEMİ KABULÜ:

Şahadetin ademi kabulü sebepleri zabıtnamede gösterilmeksizin meselenin yeminle halli cihetine gidilmesi yolsuzdur.

Es.No: 934-3860 K.No: 3495 Kt. 23-12-935 (S: 17 Sh: 130)

H. U. M. K. Mad. 428-6

T

1 — TASFİYE TALEBİ:

Davacıların şirketin feshini talebe ve müddeaaleyhin münfesih şirketin tasfiyesini istemeye hakları vardır.

Es. No: 2078 K.No: 2879 Kt. 12-10-935 (S:13 Sh: 76)

B. K.Mad. 535, 540

295

2 — TAZMİNATIN TENZİLİ:

Ticaret kanununun 647 inci maddesi taraflarca kabul edilmiş olan tazminat mikdarının tenziline mani bulunluğu halde borçlar kanunu hükümlerine tevfikan tazminatın tenzili cihetine gidilmesi yolsuzdur.

Es.No: 33-3166 K.No: 41-1 Kt. 14-2-935 (S: 19 Sh: 202)

T. K: Mad. 647

3 — TAZMINAT TALEBİ, MURURU ZAMAN:

Kömürlerin satılması için mahkemeye vuku bulan müracaat mururu zamanı kesen sebeplerden bulunmamasına nebni mururu zamanın tahakkuku hakkındaki karar kanuna muva-

Es. No: K.No: Kt. 9-3-935 (S: 14 Sh: 96)

H. U. M. K: Mad. 57

4 — TEMERRÜT TARİHİ:

İddianın tavzihi, defter muamelâtı günü gününe ihtiva etmiyorsa kanaatın temini zımnında mütemmim yemin icrası ve micerret makbuz tarihini değil temerrüt tarihi faize esas tutumak lâzımdır.

Es.No: 34-2437 K.No: 2691 Kt. 16-9-935 (S:19 Sh: 198)

T. K: Mad. 86

5 — TİCARI SATIŞ:

Semen nakit olmadığı takdirde ticaret kanununun 699 ncu maddesi hükmüne göre ticarî satış ahkâmının tatbiki yolsuzdur.

Es. No: 33-4129 K.No: 1215 Kt. 29-4-935 (S: 21 Sh: 242)

T. K: Mad.699

6 — TİCARET DEFTERİ:

I — Müddeialeyhin tacir olduğu tesbit edilmeksizin mülde-

inin ibraz eylemiş olduğu ticaret defterinin hükme medar ittihazı yolsuz olmakla beraber bu defterin ticaret kanununun medarı hüküm ittihazına salih olarak kabul etmiş olduğu kanunî defterlerden bulunup bulunmadığının da düşünülmemesi kezalik yolsuzdur.

Es. No: 935-3085 K.No: 3480 Kt. 30-12-935 (S:15 Sh:109)

T. K: Mad. 9, 10, 66 ve sonraki maddeler.

II — Kanunî defterlerden olmayan ve usulen musaddak bulunmayan defter münderecatı medarı hüküm ittihazına salih değildir.

Es. No: 933-4003 K.No: 928 Kt. 3-4-935 (S: 21 Sh: 239)

H. U. M. K: Mad. 291

961

262

İCRA İFLÂS DAİRESİ KARARLARI

763

İcra İflâs Kararları

B

BORÇ ÖDEMEDE HACİZ HALİNİN TAYİNİ:

Şikâyetcinin borç ödemeden aczine dair vesika ibraz etmekle beraber İcra ve İflâs kanununun 338 inci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı suç unsurlarının mevcudiyetini şikâyetnamesinde izah etmesi ve dinlenen şahitlerin de bu hususda şahadette bulunmaları lâzımdır. Aksi takdirde şikâyetcinin mahkûmiyeti cihetine gidilmsi ve hapsin hafif kaydile takyit edilmemesi usul ve kanuna mugayirdir.

Es. No: 4135 K. No: 4575 Kt. 5-11-935 (S: 21 Sh: 249)

İc. İf. K: Mad. 338

E

1 ECRİ MİSİL:

İcra dairesince ecri misil haczedilemez. Çünkü ecri misillin tekdiri mahkemeye aittir.

Es. No: 443 K. No: 430 Kt. 2-2-935 (S: 19 Sh: 208)

İc. İf. K: Mad. 68-69

2 — EMRE MUHARRER SENETLERDE MÜRURUZAMAN:

Senet emre muharrer olup vade tarihinden itibaren takip

talebi zamanına kadar ticaret kanununda muayyen olan müruru zaman müddeti geçmiş ve ondan sonra ikrarl müruru zamanın kat'î mümkün bulunmamış olmasına göre alacaklı dilediği takdirde esas mahkemesine müracaatla dav açmakta muhtar olmak üzere itirazın ref'i talebinin reddi lazımgelir.

Es. No: 18 K. No: 2 Kt. 3-1-935 (S: 21 Sh: 245)

İc. İf. K: Mad. 68

F

FAİZ HESABI:

Mübrez vesikalarda faiz mukavelesi mevcut olmamasına göre faizin takip tarihinden itibaren yüzde beş olarak hesap edilmesi lâzım gelirken yüzde on iki faiz talebi üzerinden itirazın ref'i cihetine gidilmesi yolsuzdur.

Es. No: 160 K. No: 127 Kt. 15-1-935 (S: 21 Sh: 269

İc. İf. K: Mad. 68

G

GIYAP KARARI:

Tebliğ olunan gıyap kararı üzerine müddeaaleyh vekili mahkemeye gelerek müvekkilinden izahat almak üzere mehil verilmesini istemiş ve mahkemece bu talep kabul edilerek muhakeme başka bir güne bırakılmasına göre hükmün medarı reddedildikten sonra bir karar verilmesi iktiza eder

Es. No: 34-1447 K. No: 2892 Kt. 14-10-935 (S: 23 Sh 328)

H. U. M. K: Mad. 402

266

H

1 — HACİZDEN BORÇLUNUN TERCİH HAKKI:

İcra ve İflâs kanununun 82 inci maddesinin 5 inci bendinde borçlunun üçten ziyade koyunu haczedilmesi takdirinde matuf olarak bunlardan borçlunun tercih eylediği süt veren üçünün haczi caiz olmadığı beyan edilmesi borçlunun bu tercih hakkını kulanabilmesi içindir. Halbuki borçlunun ikiden başka koyunu olmamasına göre haciz zamanında süt vermemekte olması sebebine istinaden haczinin caiz görülmesi mezkûr 5 numaralı bendin ibaresine yanlış mana verilmektedir.

Es. No: 3087 K. No: 2908 Kt. 24-6-935 (S: 22 Sh: 304)

İc. İf. K: Mad. 82 F. 5

2 — HACZİN FEKKİ — MİRASIN BORCA GARKI:

Şikâyetçi ölen kocasının mirasını kanunî müddet içinde reddetmemiş ve terekenin borca müstağrak olmasından dolayı mirasın reddedilmiş hükmünde olduğuna dair bir karar da getirmemiş olmasına göre haczin fekkine karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 1675 K.No: 1578 Kt. 11-4-935 (S: 13 Sh: 77)

M. K: Mad. 549, 545, İc. İf. K: Mad. 82

İ

İCRANIN DURDURULMASI:

1 — Şikâyetinin tetkik merciince karar verilmedikçe icrayı durduramayacağı İcra ve İflâs kanununun 22 inci maddesinde açık olarak yazılıdır.

Es. No: 2702 K. No: 2544 Kt. 3-6-935 (S: 23 Sh: 331)

İc. İf. K: Mad. 22

267

II — Ödeme emrine karşı müddeti içinde yapılan itiraz İcra ve İflâs kanununun 66 ıncı maddesinde yazılı olduğu üzere takibi durdurur. Ancak 68 inci madde mucibince itirazın ref'i alacaklı tarafından istenildiği takdirde bu talep üzerine iki taraf 70 inci madde mucibince çağrılarak iş hakkında karara verilir.

Es. No: 2730 K. No: 2541 Kt. 3-6-935 (S: 24 Sh: 365)

İc. İf. K: Mad. 66, 68, 70

2 — İDARE MECLİSİ KARARLARININ MAHİYETİ:

İcrası istenen idare meclisi kararının ilâm hükmünde icra kabiliyetine haiz olduğuna dair kanunî bir hüküm mevcut olmadığı hatta orman kanunu ile talimatnamesinde de bu esası tanıyan bir madde yoktur.

Es. No: 278 K. No: 325 Kt. 27-1-935 (S: 21 Sh: 267)

İc. İf. K: Mad. 33

3 — İFLÂS İDARESİ:

İflâs idaresi azası hiç bir tarafın müvekkili olmayıp İcra ve İflâs kanununun 223 üncü maddesi mucibince alacaklıların intıhabile tasfiye işini gören kimselerdir.

Es. No: 469 K. No: 466 Kt. 3-2-935 (S: 17 Sh: 134)

İc. İf. K: Mad. 4

4 — İHALENİN FESHİ TALEBİ:

İhalenin feshi talebi şikâyet müddeti içinde yapılmamak suretile satışa zımni rıza gösterilmiş olduğu ve şikâyet için mevzu müddet âmme intizamı mülâhazasına müstenit olduğundan bu cihetin nazara alınmaması yolsuzdur.

Es. No: 2898 K. No: 2719 Kt. 13-6-935 (S: 21 Sh. 246)

İc. İf. K: Mad. 16

5 — İKRAR — KİRA MUKAVELELERİNDE :

I — Kira mukavelenameleri borç ikrarını havi olmayıp iki

taraflı taahhütleri ihtiva etmesine göre bir kira mukavelenamesinin noterlikçe resen tanzim edilmiş olması buna İcra ve İflâs kanununun 38 inci maddesi mucibince ilâm hüküm ve mahiyetini veremez.

Es. No: 5665 K. No: 5423 Kt 17-12-935 (S: 21 Sh: 252)

İc. İf. K: Mad. 38

11 — Borçlu tarafından vesika olmak üzere ibraz edilen zarf üzerindeki yazılı zarf içindeki paranın alacaklı tarafından alındığına dairdir. Alacaklı bu yazısını ve altındaki imzayı ikrar etmiş sayılır.

Es. No: 5002 K. No: 4953 Kt 25-11-935 (S: 21 Sh: 254)

B. K: Mad. 88

6 — İLÂMA MÜSTENİT TAKİP:

Kira bedeli para olarak tayin edilmeyip mısır diye kararlaşdırılmış olmasına göre İcra ve İflâs kanununun ilâmsız takip hakkındaki 42 inci maddesinin çerçevesi haricinde olduğu ve mısır olarak tayin edilen kira bedelinin veya değeri olan paranın tahsili ilâmsız yapılamaz.

Es. No: 2818 K. No: 2631 Kt 7-6-935 (S: 23 Sh: 336)

İe. İf. K: Mad. 42

7 İPOTEKLİ GAYRI MENKULÜN SATIŞI:

İpotek senedinde vade 2280 numaralı kanunun meriyetinden sonra olmak üzere alacaklı ve borçlunun ittifakile tesbit edilmiş olmasına göre bu gibi hallerde mezkûr kanunun hükmü tatbik edilemez.

Es. No: 2304 K. No: 2967 Kt. 27-6-935 (S: 23 Sh: 332)

K

1 — KIYMET TAKDİRİ-MAHCUZ MALLARDAN:

Mahcuz için kıymet takdiri icra memurluğunun intihap edeceği ehlivukuf marifetile yapılabilirse de gayrı menkulün

haczi caiz olup olmadığı noktasına müteallik ihtilafın halli için yapılacak keşiflerde ehli vukuf Hukuk U. M. kanununun hükümlerine tevfikan taraflara intihap ettirmek ve ancak mümkün olmadığı takdirde bizzat tetkik mercii vazifesini ifa eden Hâkim tarafından tayin olunmak ve keşif gününden alacaklıya malûmat verilmek lâzımdır.

Es. No: 355 K. No: 370 Kt. 29-1-935 (S: 19 Sh: 205)

H U. M. K: Mad. 275

2 — KONTURATO MÜDDETİ:

Konturato müddetinin hitamından sonrası için konturato şerhinde yazılı ücretin lüzum ve ademi lüzumu esas mahkemesince muhakemeye tabidir.

Es. No: 9 K. No: 1 Kt. 3-1-935 (S: 21 Sh: 248)

M

1 — MECURUN TAHLİYESI:

İlâmsız, icra marifetile tahliye. Takibin istinat ettiği kira mukavelenamesinde yazılı müddet bittikten bir ay zarfında istenmek lâzım gelir.

Es. No: K. No: Kt. 31-3-932 (S: 13 Sh: 79)

2 — MESKEN TABİRİ- KAYITSIZ HANELER:

Tapu kaydı bulunmayan hanenin meskeniyetinden bahsetmek caiz olmadığı halde tescil edilmemiş bir hakkın birçluya sükna ihtiyacını temin edip etmeyeceğinin düşünülnesi yolsuzdur.

Es. No: 696 K. No: 666 Kt. 16-2-935 (S: 22 Sh: 296)

M. K: Mad. 918

3 — MÜHİM İDARİ TASARRUFLAR:

Müşterek gayrı menkulde mühim idarî tasarruflardan olan kiraya verilmek hususu o müşterek mülkün yarısından fazlasına malik olan ve adet itibarile de ekseriyet teşkil eden hissedarların reyleri bir araya gelmedikçe yapılamayacağı medenî kanunun 624 üncü maddesinde yazılı bulunmasına göre şeriklerden yalınız birinin kendi hissesini kiraya vermesi mezkûr madde hükümlerine uygun değildir.

Es. No: 3225 K. No: 2972 Kt. 27-6-935 (S: 23 Sh: 333)

M. K: Mad. 624

N

1 — NAFAKANIN İNFAZI:

Borçlunun evvelce mahkûm olduğu bir gün hafif hapis cezasının infaz tarihinin kat'i surette tahkik ve tesbit olunması ve o tarihten sonra ilam hükmünce işlemiş ve verilmiş bir nafakanın mevcudiyeti lazımdır.

Es. No: 4362 K. No: 4901 Kt. 22-11-935 (S: 21 Sh: 253)

İc. İf. K: Mad. 344

2 — NAFAKANIN KALDIRILMASI DAVASI:

Alacaklının ceza talebile vuku bulan şikâyetinden evvel nafakanın kaldırılması hakkında borçlu tarafından dava açıldığı takdirde borçlu hakkında İcra ve İflâs kanununun 344 üncü maddesi hükmünün tatbiki mezkûr maddenin son fıkrası mucibince mezkûr davaya müteallik mahkemenin neticesine bırakılmak lâzımdır.

Es. No: 443-6 K. No: 49 Kt. 25-11-935 (S: 21 Sh: 268)

İc. İf. K: Mad. 344

3 — NAFAKANIN ÖDENMESİ:

İcra ve İflâs kanununun 344 üncü maddesi mucibince bir kerre mahkûm edilmiş olan kimse hakkında mazkûr madde hükmünün yeniden tatbik edilebilmesi, evvelce hükmedilen cezanın infazından sonra nafaka işlemiş ve ödenmemiş olduğunun subutune bağlıdır.

Es. No: 4819 K. No: 5339 Kt. 13-12-935 (S: 2, Sh:271)

İc. İf. K: Mad. 344

4 — NAFAKANIN TENZİLİ DAVASI:

Nafakanın ödenmesi şartlarını ihlâlden sonra açılacak nafaka tanzili davası İcra İflâs kanununun 344 üncü maddesinin son fıkrası hükmünün tatbikine mani değildir.

Es. No: 4424 K. No: 4992 Kt. 26-11-935 (S: 21 Sh: 243)

İc. İf. K: Mad. 344

5 — NOTER SENEDİNİN İLÂMMAHİYETİ:

İcra ve İflâs kanununun 38 inci maddesinde ilâm hüküm ve mahiyetinde tutulan Noter senetleri salâhiyet dairesinde tanzim edilen ve mücerret borç ikrarını havi olan senetlerdir. Noter huzurunda gayrı menkul satışı muteber olmadığından bu hususda Noterin tanzim ettiği senet ilâm hükmünde tutulamaz.

Es. No: 5125 K. No: 4891 Kt. 22-11-935 (S: 21 Sh: 256)

İc İf. K: Mad. 26-38

Ö

1 — ÖDEME EMRİNDE FAİZİN TASRİHİ:

Ödeme emrinde gösterilen faiz mikdarının ne suretle hesap edildiğinin, hesabın kanuna uygun olup olmadığının kararda

tetkik ve tasrihi lâzımdır.

Es. No: 5352 K. No: 5147 Kt. 3-12-935 (S: 21 Sh: 240)

İc. İf. K: Mad. 50

2 — ÖDEME EMRİNE İTİRAZ:

İcra ve İflâs kanununun 168 inci maddesinin birinci fıkrasında ödeme emrine karşı itirazın istida ile yapılması hususu gösterilmemiştir. Ancak ödeme emrinde itiraz ve mal beyanı müddetlerinin beş gün olduğu beyanile iktifa olunmuştur. Mezkûr son fıkranın atıfda bulunduğu 58 ve 60 ıncı maddelerde itirazın istida ile yapılması lüzumuna dair bir hüküm yoktur.

Es. No: 5138 K. No: 4989 Kt. 26-11-935 (S: 21 Sh: 244)

İc. İf. K: Mad. 168

R

REHNİN PARAYA ÇEVRİLMESİ:

İcra ve İflâs kanununun mal beyanına müteallik 74 üncü ve müteakip maddeleri hükümleri rehnin paraya çevrilmesile yapılan takiplerde cereyan etmeyip haciz yolile yapılan takiplere münhasırdır. Rehnin paraya çevrilmesi talebi üzerine yapılacak ödeme emirleri mal beyanına daveti ihtiva etmeyip mezkûr kanunun 146 ıncı maddesinde yazılı kayıt ve şartlara göre tanzim edilir.

Es. No: 4817 K.No: 5327 Kt. 12-12-935 (S: 21 Sh: 250)

İc. İf. K: Mad. 74

S

1 — SALÂHİYET:

1 — İcradaki inkârdan dolayı tazminata hükmedilmesi hukuk

merciinin vazifesinden hariç olup dava halinde esas nahkemesince hükmedilmesi icap eder.

Es. No: 5235 K.No: 5043 Kt. 28-11-935 (S: 22 Sh: 298)

İc. İf. K: Mad. 67

II — Burçlunun mallarına ihtiyatî haciz koydurmuş olan alacaklı hadisede İcra ve İflâs kanununun 264 üncü naddesinde yazılı yollardan birini tercihi ile haczin tasdiki için mahkemeye dava açtığı temyiz edilen kararda gösterilnesine ve takibin mesnedini teşkil eden senetten sonra içüncü şahıs hakkı taalluk ettirilerek yapılmış başka bir senedin mevcudiyeti de bu hususa dair iki taraf arasındaki iltilâfın esas mahkemesince hallini icap ettirmesine ve alacaklı mezkûr 264 üncü madde mücibince tercih ettiği dava yolunda devam etmekte muhtardır.

Es. No: 3188 K.No: 2985 Kt. 27-6-935 (S: 22 Sh:302)

İc. İf. K: Mad. 26

III — İtirazın ref'i istenmiş ve takip emre muharrer senet yolile yapılmış olmasına göre bu talep hakkındaki tetkikat icra ve İflâs kanununun 172 inci maddesi mucibince icaret işlerini rüyetle mükellef mahkemenin vazifesi dahilindedir.

Es. No: 262 K. No: 2537 Kt. 3-6-935 (S: 23 Sh: 335)

İc. İf. K: Mad. 172

IV — Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 419 uncu maddesinde birden ziyade mahkûmlârın muhakeme masraımdan müteselsilen mesul tutulabilecekleri göslerilmiştir. Bunı takdir edecek makam icra dairesi olmayıp hükmü veren mahkemedir.

Es. No: 3139 K. No: 3036 Kt. 29-6-935 (S: 24 Sh: 367)

H. U. M. K: Mad. 419

2 — SENETLERDE PARMAK İŞARETİ:

İkrar edilen parmak işaretinin imza hükmünde tutulmas icap

ederken itirazın ref'i talebinin reddine karar verilmesi yolsuzdur.

Es. No: 564 K. No: 545 Kt. 9-2-935 (S: 19 Sh: 206)

H. U. M. K: Mad. 236

3 — SENETLERDE ŞART:

Takibin müstenidi olan senet şarta bağlı olduğu ve şartın tahakkuk edip etmediği cihetinin halli esas mahkemesince rüyet edilmek lâzımdır

Es. No: 57 K. No: 61 Kt. 12-1-935 (S: 19 Sh: 207)

İc. İf. K: Mad. 68. 69

Ş

1 — ŞİKÂYET:

Evlilik birliğinin siyaneti için verilen ilâmın suduru tarihinden sonra iki taraf evlilik birliğine avdet etmiş ve bir müddet bir arada yaşamış bulunmalarına göre yeniden bir ilâm alınmadıkça evvelki ilâmın hükmüne istinaden nafaka isten meyeceği halde evvelki ilâm tarihinden itibaren icranın devamı lâzım geleceği mütalâasile şikâyetin reddine karar vermek yolsuzdur.

Es. No: 1132 K. No: 1032 Kt. 9-3-935 (S: 17 Sh: 133)

M. K: Mad. 161

2 — ŞİRKET ALEYHİNDE TAKİBAT:

Şirket aleyhinde alacaklı aciz vesikası istihsal etmiş ve borç mikdarının ayda muayyen bir kısmını vermek suretile tesviyesini teklif etmesi de şirkitin aciz halinde bulunduğunu bir kat daha teyit etmiş olmasına ve şu halde şirket aleyhine yapılan takibattan alacaklının istihsal etmekte haklı olduğu semere hasıl olmamış ve ticaret kanununun 75 inci maddesinde şeriklerin şahsına takipleri için mevzu olan

şart usulen tahakkuk etmiş bulunmasına göre bu yodaki itirazlar yolsuzdur.

Es. No: 2745 K. No: 2549 Kt. 3-6-935 (S: 22 Sh: 299)

T. K: Mad. 75

3 — ŞUYUUN İZALESİ:

Şuyuun izalesi için yapılan satışlarda esasen İcra ve İflâs kanununun 129 uncu maddesinin 2 inci fıkrası hükmünü tatbika imkân ve mahal yokdur.

Es. No: 366 K. No: 346 Kt. 21-1-935 (S: 17 Sh: 132)

İc. İf. K: Mad. 82

T

TEMYİZ KABİLİYETİ:

Takip muamelelerinin yapılamayacağı halleri beyan ede 51 den 56 ıncı maddeye kadar olan maddelere temas edem merci kararlarının temyiz edilebileceği kabul edilmemştir. İcra ve İflâs kanununda ise asıl olan merci kararlarının kat"i liği olup temyiz edilebilecek kararlar ait oldukları maddelerde açık olarak göstrilenlerden ibarettir.

Es. No: 2653 K: No: 2612 Kt. 6-6-935 (S: 22 Sh: 300)

İc. İf. K: Mad. 4, 82, 92

V

VESAYET HALİNİN TAYİNİ:

Vasinin o sıfatla aldığı bir paranın kendisinde yine o sıfatla aranması icap edip buda vesayetin devamı zamanına munhasırdır.

Es. No: 613 K. No: 600 Kt. 11-2-935 (S: 21 Sh: 270)

Maddeleri Arama Cetveli

KANUNLAR

A

[Artvin, Ardahan, Kars vilâyetlerile Kulp ve Iğdır Kazaları ve Hopa Kazasının Kemalpaşa Nahiyesindeki Arazide hakkı tasarrufa ait kanun 474]

Madde : 1 Sayı : 24 Sayfa : 351

B

	Madde	Sayı	Sayfa
Borçlar Kanunu:	11	23	319
	21	20	217
	21	23	325
	41	23	317
	45,60	23	321
	53 H. U.M.K. mad: 388	18	159
	60	22	285
	60	23	309
	66	19	196
	66	24	338
	69	16	128
	88	21	254

229

	Madde		Sayı	Sayfa
H. U. M. Kanunu:	240		20	212
	240		24	361
	241		24	363
	244		16	118
	244		16	123
	244		17	142
	274		21	235
	275		16	113
	275,284		16	122
	275,276		17	138
	275		19	205
	276		24	355
	277,298		18	154
	284,286		15	09
	287	Medeni K. mad: 633	20	222
	288		14	53
	289		19	204
	290,292		17	37
	290-414		22	97
	291-326	Ticaret K. mad: 680	13	50
	291-313		19	86
	291		21	39
	293-240		18	56
	293		20	13
	295		16	19
	297		23	07
	308-309-288-297		15	07

200

281

İ

282

M

287

784

286

NİZAMNAMELER

İcar ve Akar nizamnamesi

Mad: 24 B. K. Mad: 248,257 Sayı 18 S. h. 146
» 24 » 20 » 220

287