Adliye Ceridesi

T. C.
Adliye Vekilliği tarafından her ay
neşrolunur

Yirmi Dokuzuncu Sene
12 inci Sayı

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1938

1241

İÇİNDEKİLER

No:		Sahife No:
103	Gağsıbın tazmin borcu . . . . . (*Yazan: Fuat Hulûsi DEMİRELLİ*)	1887
104	Meslek sırrı . . . . . (*Yazan: Vasfi Raşit SEVİG*)	1893
105	3. İflâs . . . . . (*Yazan: Sabri Şakir ANSAY*)	1912
106	Belçika Temyiz mahkemesi . . . . . (*Çeviren: Esat Âdil MÜSTECAPLIOĞLU*)	1931
107	Terorizmin tenkili için ihdası mutasavver beynelmilel ceza divanı ve Devletlerin beynelmilel mes'uliyeti mes'elesi. (*Çeviren: Tarık E. YENİSEY*)	1950
108	Ceza muhakemeleri usulü kanununda hürriyet ve mülkiyet ve mülkiyeti takyit eden kaideler . . . . . (*Yazan: Hamdi ÖNER*)	1971
109	Hukuku medeniyede intizamı âmme mefhumu . . . . (*Yazan: Sadık TÜZEL*)	1987
110	Kanunî mirascılıkda değişiklikler . . . . . (*Yazan: Orhan Münir ÇAĞIL*)	2013
111	Medenî kanunumuza hâkim olan ana prensipleri ve bazı mukayeseler . . . . . (*Konferans: Kâzım BERKER*)	2023
112	Kanun ve Tefsiri . . . . . (*Konferans: Sabri Şakir ANSAY*)	2036
113	Türkiyede yabancıların hukuku ve statut personnele meselelerinin tatbiki . . . . . (*Konferans: Suphi Nuri İLERİ*)	2060
	Avukatlık kanunu	2089
	1938 Yılı birinci sayıdan itibaren ceridede neşrolunan makalelerin arama cetveli	
	1938 Yılı birinci sayıdan itibaren ceridede neşroluna konferansların arama cetveli	
	1937 Temyiz kararları Ceza kısmı fihristi	
	1937 Temyiz kararları Hukuk kısmı fihristi .	

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

1242

No: 103

Gağsıbın tazmin borcu

Yazan: *Fuat Hulûsi DEMİRELLİ*

Gağsıbın borcu gasıp sebebile vaki olan zararı tazmin etmektedir. Bu borç akdiğ bir borç olmadığı için gasbedilen malın diğer kirası ile münasebeti yoktur. Kira denilen şey ancak akdiğ bir borçtur. Borçlar kanununun 205 ve 223 üncü maddeleri akdin feshi neticelerini beyan eder. Bu neticeler de akdiğ borçlardır. M. K. un 895, 907, 908 ve Borç. K. nunun 41 inci maddelerindeki tazmin borcu akdiğ borçlarla karıştırılamaz. Tazmin edilecek zarar Borçlar K. m. 42 ye göre isbat edilebildikçe takdire gidilemez.

Mülga Mecellenin 472 inci maddesinin vazğı illeti mezkûr mecellenin 86 ıncı maddesinde yazılı külliye olamaz. Çünkü kiraya hazırlanmış bir malın gasbı halinde zaman ile ücretin içtimaını mezkûr 472 inci madde kabul etmiş bulunuyordu. Mecelledeki prensipsizliklerden biri de budur. Fakat kiraya tahsis edilmiyen malın gasbından ileri gelen her türlü zararın tazmini lüzumuna mecelle kail değildi demek mecelleye karşı ilmiğ bir haksızlık olur. Çünkü hertürlü zararın tazminini hiç bir kanun mecelleden çok iltizam etmemiştir. Şayet eski tatbikattan zarar görülmüşse davacıların kendi hataları yüzünden olmuştur. Çünkü irade tahsis edilmiyen malı gasb edenden zararın tazminini istiyeceklerine ecrimisil dava etmişler, davalarını yanlış tasvir etmişler demektir.

Fakat mecelle asıl irad için tahsis edilen malı kendisinden gasb olunan mal sahibini tatmine pek elverişli değildi. Yahud tatbikat o yolda bir kifayetsizlik gösteriyordu. Meselâ ben arsamı A ya on sene müddetle kiraya veriyorum. Aramızdaki mukavele şöyle: Ben mukavele tarihinden bir ay sonra arsayı A nın emrine âmade bulunduracağım. A arsamın üzerine 100000 lira sarfile asriğ ve konforlu bir otel inşa ettirecek, on sene kullanacak, kira vermiyecek, fakat on sene sonra otel benim mülküm olacak. Taraflardan herhangi biri mukavele şartlarından birini ihlâl ederse diğerine 10000 lira tazminat verecek. G bu arsamı gasb ediyor, üzerine bir baraka, falan kuruyor. Altı ayda arsadan kendisini çıkaramıyorum. Bu yüzden A mukavelemizi fesh ediyor. Şimdi G nin gasbı yüzünden uğradı-

1243

ğım bunca zarar mukabilinde ondan alabileceğim tazminat sadece arsamın emsaline göre takdir edilecek altı aylık değer kirası mı olsun? İşte yeni Medeniğ hukukumuzun ve umduğum iyi tatbikatının mecellenin 472 inci maddesine ve eski hukukumuza, hususile bunların geçmiş tatbikatına rüchanı ve hakikî yenilik buradadır. Yoksa çok muhterem Şemseddin Temizerin (Bu yıllık Adliye ceridesinin 8 inci sayısında:) "Ahkâmı sabıka ve mecelle, kaide olarak menfaate bir kıymet vermez ve mal addetmezdi; çünkü madum idi. Kıymet verebildiği yerler istihsanî ve istisnaî idi. Buna rağmen kanunu medenî ve borçlar kanunu ise menfaat ve semerelere mühim bir mevki vermekte ve onu kıymetlendirmektedir. Borçlar K. nunun 41 inci maddesi haksız muameleden doğan her türlü zararın tazmin edileceği hükmünü mutlak olarak vez'etti. Bu zarar gerek maddeye gerek menafi ve semereye taallûk etsin hükümde müsavidir." diye ifade buyurdukları külliğ ve azîm farkın ben farkında değilim. Bir kere mecelle 405 inci maddesinde icrayi — Arapça kelimenin lûgat manası hakkında lüzumsuz ve yersiz bir malûmatfüruşluktan sonra —: «Menfaati mâlûmeyi ıvazı mâlûm mukabelesinde bey etmek» diye tarif ediyor. Menfaata bundan çok nasıl kıymet verilebilir? Halbuki borçlar kanunumuz âdiğ icarın tarifinde pek mantıkî olarak ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını ve hasılat icarını malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktitafını terk etmeyi iltizam suretinde dosdoğru tarif ediyor. Kira akdini satışla tarif gibi aykırı düşüncelere lüzum ve mahal bırakmıyor. Haksız fiillerden ileri gelen her türlü zararın tazmini bahsine gelince benim tedkiklerime göre mecelle bunda ifrata bile varmıştır. Çünkü kasıd veya kusur bile aramaksızın her türlü zararı tazmin ettiriyordu. Hatta Borç. K. 54 üncü maddesindeki: «Hakkaniyet iktıza ediyorsa» kaydını koşmaksızın «Temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ikağ ettiği zararın tamamını tazmin ettirmeğe gidiyordu.»

Gasıb babında bu günkü hukukumuzun kabul ettiği prensip pek açık olarak zararın tazmin ettirilmesidir. Prensip makul ve tabiiğ olduğu kadar katğidir. Onun için zarar mikdarının isbatı imkânda oldukça diğer kira veya diğer bir suretle takdir yoliyle tayinine kanunumuz müsaid değildir. Bu çok kere davacının lehindedir. Gasıptan zarar gelmemesi yok denecek kadar ender hallere münhasır kalır. Meselâ yanlışlıkla arkadaşımın şemsiyesini vestiyerden almış ve dalgınlıkla bir kaç gün kullanmış fakat sakatlamış olsam, bir tazmine mahkûm olmayacağımı umabilirim. Fon Tur bana bu ümidi veriyor. Rosel de buna yakın bir mütalâadadır.

« Ücretle zaman bir araya gelmez. » düsturuna kiralık malda

yançizen mecelleden ziyade yeni hukukumuz istisnasız sadık kalmıştır. İşin hakikati de şudur ki değer kira akidten yahud meselâ ticaret kanunumuzun 653 üncü maddesinde olduğu gibi şibhiakidten, bir de bize mahsus bir istisna olmak üzere metruk malları fuzuliğ işgal edenler hakkında olbaptaki hususiğ kanun hükümlerinden doğar. Yapılan zararın tazmini ise bir borçtur ki illeti kasıd veya kusur eseri olarak başkasına bir zarar vermektir. Gasıb ve tecavüzden ileri gelen zararların tazmininde Fon Turdan başka şârihlere göre kusur unsuru bile aranmaz. Diğer taraftan mal kullanma akidlerinde diğer kiranın mahiyeti malı kullanmanın bedelidir. Mal gasbından ve mala tecavüzden doğrudan doğruya doğan borç ise ancak bu kullanma illetine istinad eden zararın tazminidir. Bazı hallerde bu zararın diğer kiradan fazla olabileceğini gerek Ceridenin 6 ıncı sayısındaki etüdümde gerek bu yazımda verdiğim misaller göstermiştir sanırım. Şu halde kira mefhumile zararın tazmini mefhumu arasında eskilerin dedikleri gibi münafat vardır ve bunun için bunlar birleşemez. Meselâ metruk bir arsayı fuzuliğ olarak ekenden ecrimisilden başka bir de noksanı arz istiyemeyiz. Çünkü bunu istemek tek bir hakkı mükerrer olarak istifa talebi mahiyetinde olur. Onun için «Yedin himayesine» müteferriğ makalemin bir yerinde aynen: « Fuzuliğ olarak işgal edilen o gibi millî akarların mutad üzere kullanılmasından dolayı arza veya binaya ârız olan noktadan mütevellid bir zararın tazminini Hazine gağsıbdan istiyemez.» demiştim. Çünkü kira ile ödenen kullanma bedeli bir de zararın tazmini şeklinde ödetilirse ayni hak mükerrer olarak istifa edilmiş olur. Eğer bu böyle değil de çok saygı değer Şemseddin Temizerin buyurdukları gibi mutad haricinde olmayan kullanma karşılığı olarak değer kiradan başka bu dairede kalan kullanma yüzünden mağsuba ârız olan zarar mukabilinde ayrıca tazminat almak hakkı da Hazine için mahfuz ise metruk malların fuzuliğ işgaline mahsus kanunun sistemi yalnız Medeniğ kanun sistemine muhalif olmakla kalmayıp izahı ve hukuk nazariyelerile, hatta mütearifelerile telifi müşkül bir sistem demek olur.

Sayın Temizer gağsıbın yaptığı zararlar hakkındaki tasnifimi de kabul buyurmuyor ve böyle bir tasnife hususile zararların hükümleri itibarile kabiliyet görmüyorlar. Fakat böyle bir tasnife hususile müruru zamana müteallik hükümler itibarile zaruret bile var. Çünkü M. K. numuzun 908 inci maddesinde bir şeye suiniyetle zilyed olan kimsenin tazmine mükellef tutulduğu zararlardan mezkûr maddenin tâbirince o «şeyi haksız alıkoymuş olmasından mütevellid» zarar ile «elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereler» in tazmini ta-

245

leplerinin müruru zamanı var, fakat ağaç ve bina gibi mütemmim cüzlerin tahribinden dolayı istenen tazminat istihkak davasına ferğ olduğu takdirde ise yoktur. Ben makalemde bu farkı etraf ve ihtimallerile izah etmiştim. Sayın muarızım tabiatile o izahlarımla mukayyet değildirler. Fakat mağsubu kullanmış olmak illetine istinad ettirdikleri ve bu kullanmadan hasıl olan zarara herzaman müsavi ve semere tâbirinde de dahil olduğu fikrine iltihak ettikleri ecrimisil davası da her halde şu veya bu türlü bir müruru zamana tâbidir, halbuki şeyin gasıb zamanında bulunduğu halde iadesini imkânsız kılan o gibi tahribattan dolayı tazminat davası istihkak davasile birlikte ve şeyin istirdadından önce açılmış ise her zaman dinlenir. Demek oluyor ki birinci makalemdeki o tasnif kanuniğ hatta zaruriğ bir tasniftir (Tafsilât için Ceridenin 6 ıncı sayısındaki mezkûr makaleme müracaat buyurulması rica olunur.)

M. K. muzun 798 inci maddesinde bahsedilen semerenin hukukiğ olmayıp tabiiğ olduğu hakkındaki şârih Kürtinin ibaresini de mezkûr makalede ve şârihin kitabında herkes görebilir. Böyle önemli bir meselede İsviçre şârihleri arasında fikir ihtilâfı olsa şerhlerin birinde olsun bir işaret bulunurdu. Halbuki Rosel olsun Viland olsun böyle bir ihtilâfın mevcudiyetinden bahsetmiyorlar. Bilâkis Vilandın ayniğ haklara mahsus şerhinin fransızca tercemesinin birinci cildinin 41 inci sahifesi sonlarına doğru aynen nakil ve altında tercüme ettiğim şu ibare mevcuddur: «Le C. C. S. contrairement au B G B, (§ 99), ne range nulle part les fruits civils parmi les fruits, au sens qu'il donne à ce mot. Cf. art. 687 a l. 2 (droit du voisin aux fruits des branches qui avancent sur son fonds. 757 et 768 (intérêts et fruits), 892 al 2. et 3, 939, 940.» (İsviçre kod civili alman medeniğ kanununa (Mad. 99) muhalif olarak, hiç bir yerinde hukukiğ semereleri semere kelimesine verdiği manada semereler arasına karıştırmaz. Bak. mad. 687 fıkra 2 (komşunun arazisi üzerine uzanan dalların semerelerine olan hakkı), 892 fıkra 2 ve 3, 939, 940.) Tercememe itimad etmiyenler asla bakabilirler.

Acaba bütün bu şârihlere Sayın Temizerin temin buyurdukları gibi Fon Tur muhalif mi? Muhterem muarızımın makalelerinde işaret buyurdukları «Fon Tur - cild 1 sayfa 55 not 3» aynen şöyledir: (Ni le CO, ni le CC ne parlent des «fruits civils». Mais le CC parle souvent (art 195 III. (643, 756, 892) des «fruits naturels», ce qui ne peut se comprendre qu'en opposition à fruits civils.) Bu ibarenin tam tercemesi de şudur: (Ne Borçlar k. ne Medeniğ k. hukukiğ semeelerden bahsetmez. Fakat M. K. çok kere (ma. 195 III, 643, 756, 892) tabiiğ semerelerden bahseder. Bu tâbir ise ancak hukukiğ se-

1246

merelerin nakızı olarak anlaşılabilir.) Müellifin bu notta anlatmak istediği şey M. K. nun hukukiğ semereyi tarif etmemişse de tabiiğ semere tâbirini sık sık kullandığını ve hukukiğ semerenin ne olduğu nakızı olan tabiiğ semere tâbirine bakılarak anlaşılabileceğini beyandan ibarettir. Yoksa Bay Temizerin buyurdukları gibi kanunun tabiiğ semere demeyip mutlak olarak semere tâbirini kullandığı her yerde semere kelimesi hukukiğ semereyi de şâmil olur yolunda bir manâ F. Turun aklına gelmemiştir. Şu ibare ancak tabiiğ kaydının bulunduğu yerde hukukiğ semerenin sarahaten hariç bulunduğuna delâlet eder. Fakat bundan semerenin mutlak olarak kullanıldığı her yerde hukukiğ semere de dahil olduğunu istidlâl etmek müellifin maksadını tecavüz eden bir manâ veriş olur. F. Turun maksadı Temizerin maksadına tevafuk etseydi, böyle mühim bir meselede diğer şârihlerden ayrıldığı mutlaka müelliflerin biri tarafından bize yani okuyuculara bildirilirdi. Bunda benim şüphem yoktur. F. Turun geçenki makalemde aynen terceme edilen ve müruru zamanın 798 inci maddedeki halde ıttılâsız da cereyan edeceğine taallûk eden ibareleri zarar ve ziyan bahsinde geçmesi delâletile de anlaşılır ki yedin himayesi zımnındaki zarar tazminine de şâmildir. Çünkü tazminat bahsinde ve 60 ıncı maddenin şerhinde iadei yed müruru zamanının bir neviğ istisna teşkil ettiğini söylemenin başka türlü manâsı kalmaz. F. Tur gibi bir âlimden ise böyle manâsızlıklar memul değildir. Sayın Temizer 897 inci maddeyi makalelerine aynen almışlar. Ben de bunu tekrar yazarsam yazı beyhude yere uzar. Metine bakılsın, görülür. Fakat bu maddenin başında iddia yani ihtardan, hakkın sukutunu ve müruru zamanı gösteren asıl hüküm ve neticelerinde ise mutlak olarak davadan bahsedilmiş olduğuna nazarları celb ederim. İddia yani ihtar tabiîdir ki zararın tazminine taallûk edemez ve ihtarda zarardan bahse hacet görülemez. Malı gasba yahud tecavüze uğrayan kimsenin keyfiyete ıttılâı üzerine ilk vazifesi iddia ve ihtar dır. Neyi ihtar? Tabiîdir ki gasıbdan veya tecavüzden vazgeçilmesini. Dava bundan sonra gelir. Dava ise 896 ıncı maddenin son fıkrasında beyan edildiği üzere: «tecavüzün refğine, sebebinin menğine ve zararın tazminine dair olur.» İlk iddiada kanun zararın tazmininden bahse mahal göremezdi. Onun için bahsetmemiştir. Tabiiğ olan bu keyfiyetten sukut edecek davanın da zararın tazmini ile alâkalı olmadığı ve müruru zamana uğraması sebepleri istidlâl edilemez. Asıl sukutu beyan edilen «dava» ise 897 inci maddede mutlak olarak zikredilmiştir, yoksa sayın muarızımın buyurdukları gibi «897 inci maddede sukutu hakka ve müruruzamana uğrayacak davanın istirdad veya tecavüzün menği davası olduğu takyid ve tasrih edilmiş»

1242

değildir. Zaten davanın aslı düşer veya müruru zamana uğrarsa bir kısmı veya ferig olan cihet nasıl sukuttan yahud müruru zamandan masun ve müstesna kalır? Böyle bir şeye ihtimal verebilmek için bir kanunda böyle kaide ve nazariye hilâfı katig bir sarahat görülmek lâzımdır. Öyle bir halde bile nazariyenin ihlâl edilmiş olması hiç bir hukukçu tarafından hoş görülmez ve kanun vazının zühulüne hükmolunur. Hulâsa asıl saygı değer Temizerin bu maddeye verdikleri manâ ve müeddadır ki hiç bir şerh kitabında görülmemiştir.

Fiilin vukuu tarihinden başlatılan hukukig müruru zamanların fiilin temadisi halinde fiilin nihayet bulduğu tarihten başlatılması lüzumu İsviçre şârihleri tarafından beyan edilmemişse de böyle düşünmemize manig bir ifadeleri de yoktur. Sayın Temizer ise bu fikrimi reddettirecek sarih şerh ibareleri olduğunu beyan buyuruyorlar. Tekrar ederim ki ben böyle bir şey görmedim. Her halde muhterem üstadın tenvirlerine muhtacım.

Bu bahsin diğer kısımları için Sayın dostumun makaleleri başında görülmüş olacak olan ve ilk etüd makalemin müeddasını kısmen başka şekilde tasvir eden hulâsa ile iktifa edilmeyip imzam altındaki makalemin dikkatle ve bitarafane mütalâa ve tedkik buyurulmasını aziz okurlarımın lûtuflarından diler ve beklerim. Bahsin tenevvür etmesi için bunu zaruriğ sayar ve bunu kariğlerimin lûtuflarından umarım. Bu ümidledir ki şu cevabiğ makalemde evvelki sözlerimi tekrar etmemek ve o sözlerimin müeddasile muhterem Temizerin onları nasıl telâkki, tasvir ve hulâsa ettiklerinin takdirini her ikimizi okumak lûtfunda bulunanların takdirlerine bırakmak şıkkını ihtiyar ettim. Aziz kariği bundan ziyade sıkmak istemediğim için şimdilik bahsi bu kadarla kesiyorum.

1248

No: 104

Meslek Sırrı

TARİHÇE

Yazan: *Vasfi Raşit SEVİG*
Sivas Saylavı

Dilimizde «ser verir sır vermez» sözü meşhurdur. Bu söze tevdi edilmiş bir sırra ihanet eylemekliğin baş vermekten daha korkunç, can vermekten çok daha fena bir hal: Bir leke teşkîl edeceğine inanmış kimselerin yüksek ahlâklarının ifadesidir. Evet «ağzında bakla ıslanmayan» kimselerin zaif iradelerile tezad teşkil eden bir yüksekliğin ifadesidir.

(Ağız için bir sır saklayabilmek bir koru: kızgın bir kömür parçasını dudakları arasında tutabilmekten daha istıraplıdır) (Sokrat)

Bunun içindir ki iki dudağın arasından çıkan bir söz artık bir sır olmaktan çıkmıştır. Kimse ifşa eylemese dahi (yerin kulağı) ifşa edecektir. Kulakları tabiî eşek kulağı gibi olan hükümdarın hikâyesi meşhurdur.

Eşek kulaklarını ihtimamla takkesi içinde uzun zamanlar saklayabilmeğe muvaffak olmuş padişahın bu sırrına günün birinde berberi vâkıf olur. Sır saklamanın tahammülleri yıkan istırabı içinde kıvranan berber yere bir çukur kazup içindeki derdi gizlice tevdi eder, ve üstünü iyice örter fakat o çukurdan çok geçmeden biten bir ot hükümdarın bu sırrını ifşa eylemiştir. Rüzgârlar da onun ifşaatını dört tarafa yaymıştır.

Orta mekteplerde öğretilen bu hikâyeyi herkes bilir.

Sâdi divarın kulağı olduğunu söyler.

Ne yazıkki her sahada olduğu gibi mâzimizin bu yüksek ahlâkî sahası hakkında da karanlıklar içinde bulunuyoruz. «Ser verir sır vermez» sözünden başka tevdi edilmiş sırrın saklanması lüzumu ifade eden bir kaideye raslanmaz. Herkes, bilâistisna her şahıs meslek ve sanat endişesinden âzade bir tarzda öğrendiği sırrı saklamakla mükellef bulunduğunu öğreten bu atalar sözünden başka elimizde bir ışık yoktur.

Kanunlarımız meslek sırrı hakkındaki hükümlerini ne yazıktırki mâzimizin teammüllerinden çıkartmadı. Çünkü çıkartamazdı; O hü-

1249

kümler bize Avrupa sosyetesinin yeni esaslarını yaratmış olan Fransız büyük inkılâbının yarattığı hukukî esaslardan (İnkılâptan evvel doğrudan doğruya, İnkılâbımızdan sonra İtalyan ve Alman kaynakları vasıtasile) gelir. 1810 Fransız kanunu meslek sırrını kabul ve teyid eden hükmü mâziden alıyordu, yani meslek sırrı inkılâbın yarattığı bir esas değildi. Çünkü insanların, hayatın, hayatlarının ilk vazifelerini yerine getirebilmek için birer zarurî sırdaş vaziyetinde bulunan diğer insanlara daima müracaat eylemek mecburiyetinde bulunmaları 1789 tarihinden itibaren başlamaz.

1789 dan evvel de katolik dînine sâlik insanlar dinî zaruretlerle, yani allaha karşı yapmağa kendilerini boçrlu gördükleri ilk vazifelerlni yapabilmek için papaslara koşuyorlar ve onları zaaflarının ve kusurlarının sırdaşı kılıyorladı. 1789 dan evvel de insanlar kendi nefislerine karşı yapmağa mecbur bulundukları ilk vazifelerini ifa için ya sıhhî zaruretlerle, yani kendilerini: varlıklarını tehdid eden hastalıklardan korunmak endişesile veya adalet huzurunda müdafaalarını temin endişesile bazı meslek erbabını kendilerine mecburî sırdaş kılıyorlardı.

Meselenin Kuruluşu

Ceza hukukunun en ince ve en mühim meselelerinden biri olan meslek sırrının tetkikinde birbirinden haddizatında farklı bulunan iki hâli asla biribirine karıştırmamak lâzımgelir. Buna dikkat edilmez ise hasıl edeceği neticeler itibarile mühim olan meslek sırrı korkunç bir hal alır: Karıştırmanın doğurabileceği tehlikeler itibarile korkunç olur.

Bu hallerden birincisi hâkimin önüne davet edilmiş şahidin halidir. Hâkim şahidi hakikati tamam olarak anlatmağa davet eyler, yani gördüğünü ve işittiğini olduğu gibi tastamam ve dosdoğru anlatmaya davet eyler. Şahid içtinap eyler ve hâkimden mesleği icabı olarak kendisine tevdi edilmiş olan sırrı muhafaza eylemesine müsaade ister. Bu hâle şahadetten çekinme hakkı denir. Ve ceza muhakemeleri usulü kanunumuzun 48 inci ve 49 uncu maddelerinin mevzuunu teşkil eder. Bu hallerden ikincisi vazifesinin ifası halinde vâkıf olmuş bulunduğu sırrı hiffetle veya suiniyetle (meşrû bir sebebe müstenid olmaksızın) üçüncü şahıslara ifşa eyleyen bir meslek sahibinin halidir. Bu hâle; ceza kanunumuzun 198 inci maddesinin üç aya kadar hapis ve elli liradan az olmayan ağır para cezalarile cezalandırdığı sır ifşası suçu deniyor.

Birinci hâl muhakeme usullerine ait tedbirdir, ve şahid lehine bir imtiyaz teşkil eden haldir.

1250

İkinci hal ceza kanununa ait bir suçtur. Sırrın ifşası meslek haysiyeti nekarşı ve ferdlerin şerefleri aleyhine irtikâp edilmiş bir suçtur.

Mahiyetleri itibarile birbirinden farklı ve hedefleri itibarile birbirinden ayrılan bu iki hal ayni hükümlere tâbi olamaz. Fransız kanun ve mahkeme içtihatlarının tetkiki, bizi buna kani kılar.

*
* *

Şahadeti edaden muafiyet yani şahadetten çekinme hakkı eski Fransız mahkeme içtihadlarile tesis edilmiştir. Bidayetlerde böyle bir muafiyet akla dahi gelmemiştir. Çünkü hakikatı aramakla mükellef olan hâkimin kendisini hakikata ulaştırabilecek olan bir şeyi öğrenmekten men edilebilmesi kolay kabul edilebilecek bir şey değildi. İnsanların yukarda da arz eylediğim üzere gerek hâliklarına karşı, gerekse nefislerine karşı yapmağa mecbur oldukları ilk ve esaslı vezifeleri yapabilmek için kendilerine müracaata mecbur kaldıkları ve zarurî sırdaş vaziyetinde bulunan kimseler şahadetten imtinaa başladılar. Bildikleri şeyleri, kendilerine sır olarak tevdi edilmis bulunmalarından ifşa edemeyeceklerini ileri sürdüler. Bidayetlerede mahkemeler bu mazereti kabul eylemediler ve şahadetten imtinaa karşı mukavemet gösterdiler, sonra maznuna acıyarak kabul eylediler ve «Şahadetten muafiyet» adını taşıyan bir teamül husule geldi.

Şahadetten muafiyet ceza işlerinde tevzii adalete tabiatile bir engel teşkil edecekti; binaenaleyh bu engelin adaleti hadden aşırı mertebede ifsad eylememesi için makul hududlar içine alınması lâzım geliyordu:

1 - Şahadette bulunmaktan yalnız zarurî sırdaşlar yani muayyen kimseler muaf tutulacaktı, 2 - Şahadetten muafiyet yalnız muayyen vak'alar hakkında yani sır olarak tevdi edilmiş hususlar hakkında kabul edilecekti. 3 - Muafiyet müdafaa lehine olarak kabul edilmiş bulunmasından bu muafiyetin davasına zarar vermekte olduğunu zan eyleyen maznun muafiyeti kaldırabilecekti, bu takdirde şahid mutlaka bildiklerini söyleyecekti. Şahadetten muafiyetin bu tarzda tanzimi hususî menfaatları içtimaî zaruretler ile telif ediyor, intizamı âmmeyi hususî ihtiyaçların üstünde bulunduruyor, ve böylece şahadetten muafiyet bir müessese haline getirilmiş oluyordu.

İkinci hal, yani ceza hukuku sahasına dahil bulunan sırrın ifşası hâli eski Fransız mahkemelerinin (Parlömanlarının) nazarından kaçmıştı. Bununla beraber eski Fransız hukukunda hâkimlere, müddeiumumilere, mahkeme kâtiplerine, noterlere ve daha tâlî bir kaç

kimseye vazifelerine ait gizli şeylerin ifşasını yasak eden hüküm vardı. Vazifelerine ait gizli şeyleri ifşa edenler azil olunurdu. Fakat meslekleri itibarile başkalarının sırlarına müstevdiğ bulunan kimselerin ihtiyarî olarak yapacakları ifşaatı bir prensip suçu yapan hiç bir kanun ve nizam yoktu, yalnız bu gibilerin mensup oldukları büyük cemiyetlere girerlerken ettikleri yemin bu gibi ifşalara mâni gibi telâkki olunurdu. Hülâsa büyük inkılâptan evvel Fransız parlöman (mahkeme) içtihadları sır ifşası hakkında sakit idi. Fakat şahadetten muafiyeti kabul etmişti.

İmparatorluk vazii kanunu bunun aksini yaptı, 1808 tarihinde yapılan Fransız ceza muhakeme usulleri kanunu şahadetten imtina hakkında sakit kaldı.

Kanun şahadet hakkındaki hükümleri koyarken «her şahıs hakikatı söylemğe ve hakikatı tamam olarak söylemeğe mecburdur» demekle iktifa eyledi, meslek sahipleri hakkında hiç bir istisna kabul etmedi. 1810 tarihli ceza kanunu da sır ifşasını suç kıldı, sır ifşasında hem emniyeti suiistimal hem de hakaret mahiyeti görüyordu. Ailelerin şerefini ve mesleklerin şerefini muhafaza kasdile sır ifşasını cünha/cezalarile cezalandırdı: Doktorlar, cerralar, sıhhiye memurları, eczacılar, ebeler, alelûmum meslekleri icabı olarak başkalarının sırlarının müstevdiğ bulunan kimselerin mesleklekinin ifası sırasında kendilerine tevdi edilmiş sırları ifşa eyledikleri takdirde bir aydan altı aya kadar hapis edileceklerini emretti.

Ceza kanunu kendilerine tevdi edilmiş sırra ihanet eyleyen meslek sahiplerinden bahseylemiştir. Fakat asla bunların edayı şahadetten muaf olduklarına dair bir hüküm koymamıştır. Raportör ceza kanununun bu hükmünü izah eylerken demiştir ki: (Bu hüküm kanunlarımızda yenidir. Kibarlığın, inceliğin, zarafetin bu hükmü lüzumsuz kılmış olması çok, şayanı arzu olurdu.

Fakat meslekleri dolayısiyle sırların müstevdiğ bulunan kimselerin vazifelerini zebandırazlıklarına feda eylediklerine, en ağır sırlara karşı hiffetle hareket eylediklerine, terbiyesizce ifşalar ve iskandal teşkil eden menkıbeler ile kepazelikleri körükledikleriine ve böylece şahıslar üzerine hicap ve ailelere ıstırap ve harabiyyet saçtıklarına çok rastlanmaktadır.)

Ceza kanununun bu hükmü hâkimlerin vazifelerini ışıldattı ve onların meslek sırrında âdeta bir birine zıd iki muhtelif karekter bulunduğunu anlamalarına yardım eyledi. Hakikaten hâkim önüne çağrılmış bir şahid ile halka hitap eyleyen bir meslek adamı arasında dünyalar kadar fark vardır; ve ağır bir fark vardır: Şahit sırrını muhafaza eylemesini isteyor, meslek adamı o sırra terbiyeye ve ah-

1252

lâka uygun düşmeyen ifşalar ile ihanet eyleyor. Bir taraftan maznunun menfaatını korumak endişesile bir şahit lehine bir imtiyaz kabul ediliyor. Diğer taraftan bir suç ihdas ediliyor yani bir suçluya tatbik edilecek bir ceza konuyor. Birinci hal ceza muhakemeleri usulüne ait oluyor.

İkinci hal ceza kanununda yer alıyor. İmtiyaz ancak sayıları tahdid edilmiş kimseler lehine kabul edilebileceğinden bu sayıları mütemadiyen arttırmak doğru olmaz.

Fransız ceza muhakemeleri usulü kanunu şahitlikten çekinme hakkı hakkında sakit davranmıştır. Binaenaleyh hâkimlerin şahitlikten çekinme hakkının, bu imtiyazın kaldırılmış olduğuna hüküm etmeleri çok yerindedir. Fakat kendilerini bu imtiyazı tesise sevk eden merhamet hisleri kanunun sükûtünü imtiyazın lâğvı şeklinde tefsir eylemelerine mâni oldu; bu itibarla sükûtu zuhul ile izah eylediler ve şahadetten çekinme muafiyetini muhafaza ettiler. Fakat âmme intizamının muhafızları olmak itibarile eski hukukun disiplini dairesinde tatbik eylediler. Diğer taraftan ceza kanununun sır ifşa hakkındaki hükümlerini adliyenin dışında ve hususî hayatta yapılan ifşalar hakkında tatbik ettiler. Bundan başka zarar vermek kasdını suçun unsuru kıldılar. Bu telâkki tarzı Fransada XIX uncu asrın ortasına kadar devam eyledi.

Mezkûr asrın ikinci yarısında istenilmeyen neticeler veren bir inkilâp husule geldi şöyleki: Hekimler, ceza ve ceza muhakeme usulleri kanunlarının tedvininden biri mektup hukukun şahadetten muafiyeti tanzim eylemediğini gördüler, ve şahadete dair kanunda bulmadıkları kaideleri iki bin senelik bir yeminde aradılar. Hipokratın yemini diye bilinen bu yemin hastaların menfaatlarından ziyade hekimlik mesleğinin şerefini göz önünde tutuyor ve boş buğazlıkların önünü almak isteyordu. Namzed şu şekilde yemin ediyordu: (Mesleğimin ifası esnasında ve mesleğimin dışında hatta alelâde münasebatı hayatiyede gördüğüm ve işittiğim her şeyi sır olarak kabul edeceğim ve onu sükûta gömeceğim). Binaenaleyh hâkimler tarafından sorguya çekilen hekimler yalnız kendilerine tevdi edilmiş sırları ifşadan çekinmekle iktifa etmediler, bilâ kaydışart her gördüklerini ve işittiklerini ifşadan çekindiler. Hâkimler bu mübalâğalı iddialara mukavemet göstermeğe uğraştılar; fakat ceryana karşı koyamadılar ve binaenaleyh mukavemet eyleyemedikleri bu mübalâğalı iddiaları meşrû gösterecek bir metin aradılar. Ceza muhakeme usulleri kanununda hiç bir metne rastlayamayınca ceza kanununun 378 inci maddesine yapıştılar. Fakat denizde yılana sarılmış adamın haline benzeyen bu mantıksızlık hâkimlerin vaziyetini daha fazla

1253

güçleştirdi. Çünkü bir birinden ayrı ve başka olan iki halî bir birine karıştırmaktan bir çok vahim neticeler husule geldi:

I. Bu neticelerden biri şehadetten çekinme hakkını haiz kimselerin sayısını çoğaltmak olmuştur. Gerçektir ki ceza kanunu açıkca bir kaç meslek erbabını saydıktan sonra zımnî olarak da (kendilerine tevdi edilen sırların meslekleri icabı olarak müstevdiği bulunan kimseleri) zikrediyordu. Mahkemeler bu fıkranın genelliği ve şumulü karşısında irkildiler ve muafiyeti önüne gelene teşmil eylediler, noterleri, borsa acentelerini, hastane müdürlerini, hâkimleri, polis komiserlerini, emniyet memurlarını, maliye memurlarını, posta ve telgraf memurlarını ve meslek sırrını muhafaza ile mükellef kimselerin muavinlerini şahadetten muaf tuttular. Yalnız bu muafiyeti mübaşirlerde (Fransada noterler gibi yazıhaneleri vardır) ilmî müesseseler, profesör ve şeflerinden, veznedarlardan, vergi memurlarından öğretmenlerden, kapuculardan ve hizmetçilerden esirgediler. Halbuki sırlara hizmetçilerden daha iyi vâkıf olabilecek kimse olmadığı gibi efendilerinin sırlarını kolayca tevdi edebilecekleri kimseler de hizmetçilerdir. Binaenaleyh mahkemelerin kendilerine şahadetten çekinme hakkını tanıdıkları kimseler ile kendilerinde bu hakkı kabul eylemedikleri kimseler arasındaki taksim ve tasnif sırf keyfiydi. Bu sebepden mahkemeler bu cihetten yapılan tenkitleri durdura bilmek için bir kıstas aramağa başladılar ve şahadetten çekinme hakkının ancak büyük meslekler, yanı şerefli meslekler erbabında mevcut bulunduğunu ilân eylediler. Sözün sırası gelmişken arzedeyim ki bu kıstas bu günkü demokratik rejimde hiç bir kıymet ifade etmez. Çünkü demokratik rejimlerde her meslek şereflidir, yani çalışma her hangi şekilde tecelli ederse etsin daima şerefli kalır. Tasnif esaslı bir kıstasa istinad etmeyor, ceza kanununun mahkemeler tarafından istinad edilen (sırlara meslekleri itibarile müstevdiğ bulunanlar) diyen genel ifadesiyle uymayor. Fakat mahkemeler bu genel ibareyi tahdidettirebilecek bir çare bulmazlar ise şahadetten çekinme hakkı hemen hemen herkes için kabul edilecek ve adalet ziyaa uğrayacaktır.

Netice ceza kanununun sırrın masuniyeti aleyhindeki cürümleri cezalandıranı maddeleri hâkimin huzurunda şahadette bulunmağa çağrılan kimselere tatbik edilemiyeceğidir.

II — Sırrın masuniyeti aleyhindeki cürüm ile şahadetten çekinme hakkının bir birile karıştırılmış olmasından doğan neticelerden diğeri şahadetten çekinme hakkının açıkça yapılmış sır tevdilerine maksur kalmayup bir çok vakalara: Meslek sahibinin mesleğinin ifası esnasında hatta mesleğin icrası dışında olarak gördüğü ve işitti-

1254

ği şeylere teşmil edilmek suretile umumileştirmiş ve âdeta mutlak kılınmış olmasıdır ki bu da, adalet için ayrıca bir tehlike teşkil ediyordu.

Fransız mahkemeleri 1885 tarihine kadar sırrın bu mutlakıyetini tahdid ediyorlar ve sır masuniyeti aleyhine işlenmiş suçları cezalandırmak için ifşa eden de zarar vermek kasdını arayorlardı. Fakat 1885 de bir münakaşa koptu ve mahkemelerin içtihadlarını sarstı, şöyleki: Gazeteler ressam (Sebastien Lepage) in yüz kızartıcı bir hastalıktan ölmüş bulunduğunu yazmışlardı. Ressamı tedavi etmiş olan hekim Wattelet bir gazeteye mektup yazarak bu isnada, bu iftiraya isyan eyleyor ve ölümün hakikî sebebini ifşa ediyordu, bundan dolayı da takip ediliyor ve mahkûm oluyordu.

Artık bundan böyle de hekimin süt nineye süt verdiği çocuğun frengili olduğunu, yavrusuna süt nine tutan anneye süt ninenin gizli hastalığa tutulmuş bulunduğunu, ana ve babaya, damat olarak seçtikleri adamda ayıp hastalık bulunduğunu ifşa edebilmesine imkân kalmamıştı. Bir şişe fabrikasında şişe üfleyen bir amelenin ağzına götürmüş olduğu aleti arkadaşına da üflemesi için uzatır iken bunu gören fabrika doktorunun aleti hasta amelenin elinden birden bire almış bulunması ifşa telâkki edildi, ve mahkûm edildi. Artık sırrın muhafazası mutlak olmaktan da fazla bir şey olmuştu; ve ceza kanunundaki maddenin şahadetten çekinmeye tatbik edilmesinin tehlikelerini artırmıştı. Sırrın mutlak olması karşısında şahit şahadetde bulunmak istese dahi dinlenemezdi: Buna rağmen şahid beyanda bulunmuş ise ifadesi yok imiş gibi telâkki edilir ve hüküm asla bu şahadete istinad ettirilemezdi.

III — Ceza kanununa ait bir hükümle ceza muhakemeleri usulüne dair bir hükmün biri birile karıştırılmasından doğan üçüncü vahim netice de şahadetten çekinme hakkının esasını değiştirmek olmuştur, şöyleki: o güne kadar maznun lehine olarak kabul edilmiş olan şahadette bulunmaktan muafiyet bundan böyle yalnız meslekî şerefi koruyucu bir hal olarak kabul edilmiş bulunuyordu. Eskiden sırrın muhafazası maznunun davasına zarar verebilecek mahiyette gözükünce maznun sırdaşını sırrını muhafaza külfetinden azad ederdi, sırdaş da beyanda bulunmağa mecbur kalırdı. Bu gün maznun yalvarmasına rağmen meslek erbabı susmakta devam edebilir. Demekki sır sahibinin arzusunun şahadetten çekinme hakkını iptal eylemesi usulü kaynayup gitmişti. Bunun neticesi olarak husule gelen elemli hallerden biri olmak üzere Paris Barosu reisi «Cresson» şu vak'ayı anlatır: (bir şahıs açılmış bir mirastan bazı esham ve tahvilât çalmış olmakla itham ediliyordu. Maznun esham ve tahvilâtın

1255

kendisine ait bulunduğunu ve hatta mirasın açılmasından evvel kendisine ait olan bu kâğıtları bir dava dolayısiyle bir avukata tevdi etmiş olduğunu müdafaa zımnında dermeyan eyleyordu. Mahkemeye çağrılan avukat, müşterisi maznunun recalarına rağmen şahadetten çekiniyordu. Yine bir maznun mûrisini zehirlemiş olmakla itham edildi. Ölünün bağırsaklarında arsenik izleri de bulundu, maznunun ölünün mirasçısı sıfatile ölüyü tedavi etmiş olan hekimden ölüye arsenikli ilâçlar vermiş olduğunu söylemesini reca etti. Doktor şahadetten çekindi. Maznun ancak ölünün eski evrakı arasında bulabildiği eski bir reçete sayesinde yakasını kurtarabildi.

*
* *

Şimdiye kadar arz eylediğim tarihî izahlardan sır masuniyetinin makul hududlarını bulmak ve suiistimallerden kaçınmak lâzım olduğu meydana çıkar. Bunu anlayan Belçikalılar sır masuniyeti aleyhine işlenecek cürümler hakkındaki Fransız ceza kanununun maddesini kendi kanunlarının da maddesi yaparlar iken (bu maddenin hükümleri hâkim tarafından sorguya çekilmiş şahitler tarafından dermeyan edilemez) fıkrasını da ilâve etmişlerdir. İtalya, İngiltere, Macaristan, Şimalî Amerika ve daha bir çok memleketler kanunlarında meslek erbabının da diğer şahitler gibi hâkimin suallerine cevap vermek mecburiyetinde bulunduğunu açıkça ifade etmişlerdir. Bu memleketler şahitlikten çekinme hakkını kabul etmemişlerdir. Çünkü bu memleketler tevzii adalet gibi içtimaî istihfaza (korunmağa) esas ve hâkim olan âlî bir âmme nizamının ferdî menfaatler veya meslekî şerefler namına feda edebileceğini kabul etmemişlerdir. Meselâ Fransada olduğu gibi senede 500000 çocuk düşürmek vak'ası olacak, ve devletin tehlikeye düşmüş selâmetini koruyacak olan hâkimin de hekimlerin şahadetine müracaattan başka çaresi olmayacak, onlar da şahadetten çekinecekler. . . İşte bu memleketlerin anlayamadıkları zihniyet budur. Fransanın en büyük cezacılarından ve Fransa temyiz mahkemesinin ceza dairesi reisliğinde bulunmuş olan profesör Faustin Helie bu zihniyeti teşci ediyordu; (Şahadette bulunmak herkes için bir borçtur. Şahadette bulunmaktan muafiyet, şahadetten çekinme imtiyazı kimsede olamaz. Çünkü şahide vücud veren şahidi yaratan hâdiselerdir, yoksa kanun değildir. Şahadetten çekinme hakkını vermek bazı cinayetlerin cezalandırılmayacağını veya delilsiz cezalandırılacağını kabul eylemek olur. Adalet bir şahidin şerefi veya mevkii uğruna olarak husufe uğratılamaz. Bütün deliller kiminelinde bulunursa bulunsun hâkime aittir. Hâkim bütün

1256

delillerin sahibidir. Bütün ferdî menfaatların üstünde duran âli bir menfaat bütün delilleri aynı hükmün boyunduruğu altında tutar).

Alman ceza muhakemeleri usulü kanunu ile ondan iktibas edilmiş olan ceza muhakemeleri usulü kanunumuz bu iki zıt telâkkiler arasında ortalama bir nokta intihap eyler. Fakat ceza kanunumuzun 198 inci maddesi ile ceza muhakemeleri usulü kanunumuzun 48 inci maddesi hükümlerini bu hükümlerin istinad edebileceği düşünce ve nazariyelerden: yani sır masuniyetinin ve şahadetten çekinme haklarının istinad eyledikleri prensiplerden; sır masuniyetinin unsurlarından ve makul hududlarından; bu hududların aşılması halinde hâdis olacak fena neticelerden çıkartmağa uğraşalım.

*
* *

I — Sır masuniyetinin esası bir mukavele midir? Yoksa âmme nizamına ait bir müessese midir? Bu iki sualin cevaplarını vermeğe başlamadan evvel okuyucuların dikkatlerini dağıtmamak için tetkikten çıkacak neticeyi hülâsaten arz edeyim; Fransızlar bu iki noktai nazardan birini kabul ederler ve hatta bu iki noktai nazarı telife uğraşırlar: Yani sır masuniyetini âmme intizamının hâkim bulunduğu bir mukavele olarak kabul ederler. Fakat sır masuniyeti şahsî menfaatı korumağa muhtaç bulunmasından nisbî bir âmme nizamına dayanan sır, yüksek bir âmme intizamı karşısında silinmelidir derler; şimdi bu iki esası ayrı ayrı anlatalım:

a) Sır masuniyeti, itimadın muhafazası, boş boğazlığa karşı teminat, ahlâk, içtimaî zaruret, âmme intizamı, şahısların, şeref ve haysiyetlerine, menfaatlarine zarar verebilecek ifşalardan korunması gibi daha bir çok sebeplere de istinad ettirmiştir. Fakat bu zikre dilen sebeplerin hebsi aynı kıymeti haiz değildir. Ve kanunlarımıza temas eder cihetleri de kalmamıştır. Mayno şehrinde, İtalyada dahi vaktile sır ifşasının hakaret gibi telâkki edilmiş olduğunu ve fakat bu gün bu noktai nazarın terk edilmiş bulunduğunu kaydediyor. Buna da sebep Fransız kanununda 378 inci maddenin bulunduğu babın ünvanının «iftira, hakaret, sırların, ifşası» olmasıdır. Sırrını bir hekime, bir avukata, bir keşişe tevdi eden hasta, maznun, tövbekâr bu tevdii gayesine varmak için yapar: Yani hasta sıhhatını korumak, maznun şeref, hüriyyet veya hayatını korumak, dindar obir dünyada saadetini temin eylemek için yapar. Hastanın, maznunun, tövbekârın sırlarını dinlemeğe ve kabul eylemeğe asla mecbur bulunmayan hekimler, avukatlar, papaslar bu sırların müstevdiği [1] olmağa rıza gösteriyorlar, hatta bu sırları ken-

[1] Kanunumuzda asla tevdî tâbirine rastlanmaz.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
1257

dilerine açılan kimselerin yani hastaların, maznunların veya günahlarından pişmanlık getirmiş olanların gayelerine uygun bir surette kabul eylemeğe rıza gösteriyorlar. Demekki arada bir birine uygun iki rıza mübadelesi vardır, yani bir mukavele vardır.

Taraflardan her biri bir borç iltizam etmektedir. Ve her biri diğerine bir menfaat temin eylemektedir. Taraflardan biri muhtelif nevi ve cinsten bir mal verir diğeri de yaptığı taahhüt dairesinde, yani takip edilen gaye dolayısile tevdi edilmiş sırrı saklamak taahhüdiyle mesleğinin yardımını verir. Sırrını tevdi eden kimsenin bir ivaz vermesi mutlaka lâzım olmadığından mukavelenin de unsuru telâkki edilemez.

Bu takdirde mukavele bir tarafı borçlandıran bir mukavele olur. Mukavelede iki tarafın borçlanması ancak ücret taahhüdünde bulunmuş olmakla mümkün olur. Ucretli bir idağ iki tarafı borçlandıran bir mukaveledir. Bu arz eylediğimiz mukaveleye kimi müellifler vekâlet adını veriyorlar, kimi müellifler bir hizmet akdi diyorlar; bazıları da vedia diyorlar: «Zarurî, taaruzdan ve masun mukaddes bir vediadır» diyorlar.

Sır masuniyetini vedia mukavelesine istinad ettirmenin bir çok menfaatlerini görüyorlar. Çünkü bir çok müşkülleri hallediyor şöyleki: Mudiğ tevdi eylediği sırrın muhafazası borcundan müstevdiği kurtarabilir, ona sırrı ifşaya izin verebilir. Ve onu sırrı ifşaya muktedir kılabilir. Sırrı ifşaya izin vermekte her hangi başka bir şahsın salâhiyetli bulunmasına mani olur. Mudiğ sırrın izinsiz ifşası halinde her türlü tazminat talebinden vaz geçebilir.

Mudiğin izin vermesi halinde yani vediayı geri alması halinde mahkemeye şahid olarak çağrılmış olan müstevdiğ beyanda bulunmağa mecbur kalır.

Fakat sır yalnız mudiğin lehine olarak tevdi edilmemiştir. Ayni zamanda müstevdiğin de lehine olarak tevdi edilmiştir. Çünkü ketum davranmak büyük meslek erbabının şerefidir.

Fakat sır tevdiini, borçlar hukukunda isimleri henüz yazılmamış mukavelelerden biri olarak kabul eylemek [1] Bir menkul malın

[1] Borçlar kanunları bir mukavelenin inşası için rızaların taatisinin kâfi geleceğini söylemektedirler. Bütün mukaveleler ahlâka ve kannna aykırı olmamak şartiyle muteberdir, yani diğer tarafın taahüdünü ifa eylemiş olmasından evvel dahi ifası mecburidir; bu itibarla borçlar hukukunun isimsiz mukavelelerini Roma hukukunun daima bir malın (re) verilmiş veya bir fiilin yapılmış olmasiyle teşekkül eden isimsiz mukaveleleri ile karıştırmamak icap eder. Modern hukukta her mukavele tarafların rızalarına dayanır. Borçlar hukukunda isimleri yazılmış ve hükümleri tanzim edilmiş mukaveleler haricinde kalan ve amelî hayatın her gün bir yenisini keşf eylediği ve vazıı kanunun kaidelerini henüz ifade edemediği mukaveleler dahi borçlar huku-

1258

tevdiine müteallik olan vedia akdi olarak kabul etmekten daha isabetli olur. Yalnız bu takdirde dahi herkesin malûmatı dahilinde olan vak'alara şahadet eylemesi lüzumunu durdurtabilecek, âmme intizamına ait olan ceza kanunlarının hükümlerini tâdil ettirtebilecek bir mukaveleyi izah edebilmek kolay bir dava değildir.

Bu güçlük sır masuniyetini âmme intizamına ait bir müessese olmak üzere kabul eden bir nazariyeye vücud vermiştir.

b) Sır masuniyetini âmme intizamına ait bir müessese olarak kabul edenler bu âmme intizamının mahiyet ve şumulünü izahta güçlük çekiyorlar ve mutlakıyete kaçıyorlar.

Âmme intizamı fikrini hem meslek sırrının sahasını genişletmek hem de daraltmak gibi biri birine zıd iki gayeyi elde etmek için dermeyan eyliyorlar:

Bir taraftan sır masuniyeti umumî vifakın, ailelerin huzurunun, kanun kendilerine has karakterlerle techiz eylediği büyük meslekların şereflerinin koruyucusudur, diyorlar; diğer taraftan cemiyetin bazı hastalıklara karşı korunmasını ve mahkemede şahadette bulunmak vazifesinin muhafaza edilmesini ileri sürüyorlar. Bu iki zıd temayül ileri sürülmüş olan âmme intizamını ancak nisbî ve dahilî bir âmme intizamı olarak kabul ettirtebilir. Binaenaleyh sır ifşası suçu ancak memleket dahilinde ifşa edilmiş sırlar hakkında carî olur. Eğer ileri sürülen âmme intizamı dahilî addedilmeyipte arsıulusal bir âmme intizamı olarak kabul edilse memleket dışında tevdi edilmiş sırların, memleket dahilinde ifşası dahi suç ad edilecek ve sır ifşası suçuna lüzumsuz bir şümul verilmiş olacaktır. Binaenaleyh meslek erbabına vaki sır tevdileri ikinci derecede bir âmme intizamına dahil olur. Sır masuniyetine temel teşkil eden bu iki nazariye: Nisbî âmme intizamı nazariyesi ile nev'î şahsına mahsus bir mukavele nazariyesinin telifi suiistimallerin önüne geçecek ve bir çok menfaatler tevlid edebilecek bir mahiyet arzeder.

---

kunun umumî kısmı hükümlerine tâbidirler. Binaenaley bu kaideler "sır muhafazası„ mukavelesi hakkında dahi kabili tatbikdir.

Vediaya benzeyen bu mukavele vediadan ayrıdır, "sır muhafazası„ mukavelesini borçlar hukukunda yazılı mukavelelerden birine sokmağa uğraşmağa asla lüzum yoktur. Borçlar kanunu ismini koymadığı mukavelelerin ifasına da müsaade eylemektedir. Meslek sırrının esası sır tevdi eden ile meslek sahibi arasında ifa edilmiş bir mukaveledir. Sırrın muhafaza mecburiyetini kaldırtmak için ayni taraflar arasında birinci mukaveleden ayrı fakat ayni mahiyeti haiz ikinci bir mukavelenin ifası lâzım gelir. İki mukavele biri birinden hukukî sebep ayrılığı ile ayrılır.

1259

Gerçekdir ki ceza kanununda mukavelelerin müeyyidesini teşkil eden hükümler vardır. İcareyi, iareyi, rehni ve vediayı teyid eden emniyeti suiistimal bu nevi hükümlerdendir. Acaba sır hususunda dahi aynı iddiada bulunmak çok cüretli bir hareket mi olur? acaba tâlî bir âmme intizamına ait olması dolayısile ceza kanununun sır ifşasını cezalandıran maddesi sır muhafazası mukavelesini teyid eyliyor denemez mi?

Sır tevdi eden ile kendisine sır tevdi edilen kimselerin münasebetlerinin esasında bir mukavele mevcuttur. Fakat cemiyet kendisine korkunç bir zarara karşı muayyen bir ölçü dahilinde korumak için işe müdahele ediyor.

Cemiyetin korktuğu zarar: Kanunun teminatı altında bulunan bazı mesleklere karşı beslenmesi lâzım gelen itimadın, yapılacak ifşa ile taaddiye uğramamasıdır.

Alman düşüncelerine göre hususî hayatın hâdiselerinden olan hususî sırların masuniyeti ne mukaveleden doğar ne de âmme intizamına istinad eyler. Takibat yapılması alâkadarın şikayetine bağlı olan sır ifşası şahsî, hususî menfaata dayanır: Sır kendisine taallûk eden şahsın bunu saklamakta menfaati vardır. Almanlara göre başkasının sırrını ifşa etmek hukukî himayeye mazhar olmuş bir menfaate taadi teşkil eder. Bir kimsenin başkasının aile hayatına, hususî hayatı sahasına girmesi nasıl yasak ise o başkasının sırrını ifşa eylemesi de öylece memnudur. Sır masuniyeti aile hukukuna yakın bir mahiyeti hususiye arz eyleyor. Eğer her şahıs diğer şahsın şahsiyetine serbestce nüfuz eyleyebilse şahsiyetin inkişafı felce uğrar. Sır masuniyeti menfaati: 1 — Mektupların saklılığı denilen ve yazılmış şeylere alavechil ihtisas vukuf peyda eylemek; 2 — başkalarının aile sırlarının bazı şahıslar tarafından ifşa dilememek menfaatlarını ihtiva eyler. Başkasının endüstri ve tecim sırları gayri meşrû rekabetin tenkilinde himayesini bulur.

İtalyan ve Türk sistemleri Alman sisteminin eşidir.

Demek ki sır masuniyetinde şahsî bir menfaatı himayeden başka bir gaye gütmeyen kanunumuz meslek sırrını fransızlar kadar geniş olarak kabul edemez.

Türk kanununda sır masuniyetinin Temeli ne mukavele ne de âmme intizamıdır; sadece şahsın hukukunun himayesidir: Basit bir şahsî menfaattir. Âmme davası açmak zarar gören şahsın şikâyeti üzerine ikame edilebilir (mad. 199).

Meslek sırrı, meslek erbabı tarafından adalete karşı dermeyan edilemez. Meselâ, bir adamın emniyet sandığına saatini yatırmış olduğunu ifşa eylemekten memnu olan sandık memuru mahkemede

1260

şahit olarak dinlenir iken keyfiyeti bildirmeğe mecburdur. Yalnız avukatlar ile hekim ve ebeler adalete karşı meslek sırrını kısmen ve nisbî bir surette dermeyan edebilirler. Türk sisteminde sırrın kaldırılması da caizdir (ceza muha. usulü kan. mad. 49). Sır ifşası suçunun unsurları:

1 - Mayno'nun şerhinde hakkiyle «bu cürmün ilk şartı failin sıfatına taallûk eder» denmektedir. İş hayatında ve gündelik hayatta bir fiilin gizliliğini temin etmek bir zaruret halinde olarak kendini his ettirir.

Hatta siyasî hayatta bile reylerin gizliliği her yerde temin edilmiştir. Gizli kalması lâzım olan siyasî ve askerî sırların gizliliğini ceza kanununun 133 ve 138 inci maddeleri temin eder. Ceza kanununun 229 uncu maddesi memuriyeti sebebile kendisine tevdi kılınan veya ittilağına müsadif olan vesikalar muhteviyatını ifşa eden memurları cezalandırır.

İşlerin gizli tutulması bir teşebbüsün muvaffakıyeti için ve muvaffakıyetle ilerleyebilmesi için elzemdir. Ceza Kanununun 364 ve 365 inci maddeleri bunu temin eylemektedir. 364 üncü maddeye nazaran bir ticarethane memurunun çalıştığı ticarethaneye rakip bir ticarethaneye ifşaatta bulunması cürüm teşkil etmez. İfşaatta bulunan yalnız medenî mesuliyet ile yani tazminat ile muatap tutulur. Posta ve telgraf memurlarının sır muhafazası hakkındaki mükellefiyetleri meslek erbabının sır muhafaza eylemeleri hakkındaki mükellefiyetleri birlikte ve aynı fasılda yazılmıştır. Çünkü yukarıda da arzeylediğim üzere sır masuniyetinin temin eylediği menfaatin diğer bir cephesini teşkil eder. Posta ve telgraf memurlarının sır muhafaza eylemeleri borçları kanunîdir, bu mükellefiyeti onlara kanun tahmil eder, posta memurlarının kanunun kendilerine tahmil eylediği sır muhafazasını yerine getirip getirmediklerini mürakabe eylemek hakkı yalnız ve yalnız Müddeiumumilere aittir.

Biz burada evvelâ yalnız 198 inci maddenin unsurlarından bahseyleceğiz. Bu cürmün ilk şartı failin sıfatına taallûk eder. Binaenaleyh sır ifşası suçunun ilk unsuru kendilerini sırların zarurî ve mecburî müstediği kılacak olan (resmî mevkî ve sıfatı haiz kimseler ile (meslek ve san'at) erbabıdır. Demekki 198 inci maddede evvelâ ferdin kendilerine sır tevdi eylemeğe mecbur bulundukları memurlardan ve sonra da meslek erbabından bahsolunmaktadır. Efradın kendilerine sır tevdiine mecbur bulundukları memurların kim olduğunu anlamak için Mayno'ya göz attığımız zaman orada yalnız Müddeiumumilerin zikredilmiş olduğunu görürüz. Halbuki vazifesi itibarile Müddeiumumiden farklı olmayan müstantiğe (Sorgu hâkimlerine) beyanda

bulunan bir maznunun sır tevdi eylemekte olduğu iddia olunamaz.

Meslek ve sanat tâbirleri ise hemen hemen aynı manaya gelen ve birlikte kullanılmaları âdet hükmüne girmiş bulunan müteradif kelimelerdendir.

Fakat her halde resmî mevkiî veya sanat ve mesleği itibarile sır muhafazası ile mükellef bulunan kimselerin bizleri «kendilerinin lâzım olan yardımlarından ya vaz geçmek veya susulması lâzımgelen sırlarmızı kendilerine ifşa eylemek» mecburiyetinde bırakan kimseler olduğunda şüphe bulunmayan kimselerdir. Fransız kanunu 378 inci maddesinde yalnız meslek ve sanatları icabı olarak sırlara müstevdî bulunanlardan bahseder ve resmî mevkî ve sıfattan bahsetmez: Hekimler, cerrahlar ve diğer sıhhat memurlarile eczacılar ve ebeler ve sanat ve meslekleri icabı olarak kendilerine tevdi edilen sırların müstevdiği bulunan diğer kimseler. . . Alman kanunu 300 üncü maddesinde avueler, avukatlar, noterler, cezai mevadda müdafiler, hekimler, cerrahlar, ebeler, eczacılar ve bu gibi kimselerin muavinleri kendilerine memuriyetleri, sanat ve meslekleri icabı olarak tevdi edilmiş sırları izinsiz olarak ifşa etmiş bulunurlarsa, . . . » der. Alman ceza kanunu lâyihası (madde 354) maddeyi şu şekilde yazar:

«Tedavi eden, doğuma yardım eyleyen, eczahane işleten veya hukukî muamelelerde kendilerile istişare olunan veya tevkil edilen veyahut hukukî muamelelerin resmî şekilde ifası için memur olarak tayin edilmiş veya bilhassa müsaade edilmiş olan kimselere.

2 - Bunların meslekten olan muavinleri.

3 - Meslekten olan hasta bakıcılar meslekleri dolayısile kendilerine tevdi edilmiş veya vukuf peyda eylemiş olan hususî hayata ait sırları hususî bir salâhiyeti haiz olmaksızın ifşa ederlerse . . . . »

Bu mukayeseler yardımı ile kanunun « resmî mevkii veya sıfatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırra vâkıf olupta meşru bir sebebe müstenid olmaksızın o sırrı ifşa eder ise » cümlesinden şu manayı çıkartmaklığımız lâzımdır: Ceza kanununun 229 uncu maddesi resmî vazife sırlarını yani âmme sırlarını himaye eder. 198 inci madde ise hususî sırları, aile sırlarını himaye ediyor. bütün memurlar ve bahusus hususî hayatın sırlarının gelip döküldüğü adliyeye ve zabıtaya mensup memurlar memuriyetleri dolayısile vukuf peyda eyledikleri hususî sırları meşru bir sebebe müstenid olmaksızın ifşa eylemekten men ediliyorlar. Demekki maznun her nekadar müstantiğe sır tevdi eylemeyor ise de yine de kanun müstantiğe memuriyeti dolayısile vâkıf bulunduğu hususî sırları vazifesinin meşru kılmadığı bir tarzda ifşasına müsaade eylemiyor.

Kanunumuz memurların yani başında meslek ve sanat erbabını

1262

umumî bir tarzda zikreyliyor. Sır saklamağa mecbur tutulan bu meslek ve sanat erbabı kimlerdir? Mayno bu kimselerin bir kısmını ceza muhakeme usulü kanununun 48 inci maddesinden çıkartmaklığımızı bize tavsiye ediyor. Ceza muhakeme usulleri kanununun 448 inci maddesi ile bize ancak üç meslek erbabını saymaktadır:

I — Müdafiler bu sıfatları icabınca Hekimler ve Ebeler sanatları icabınca vâkıf oldukları sırları saklayacaklardır. Yine Mayno ceza muhakemeleri usulleri kanununda zikredilmiş olan bu meslek erbabı arasına katolik papasları ile meslekleri hasebile evlenme, hibe, vasiyet gibi mühim mevadda bir çok sırlara vâkıf olan noterleri koymak icap edeceğini hakkiyle söylemektedir.

II — İkinci unsur yine Mayno'nun ifadesile «ifşa edilen maddenin mahiyetine müteallikiir.» Yani bir sır filen ve hakikaten ifşa edilmiş olmalıdır. Sır nedir? Sır saklı tutulması lâzım olan şeydir. Sır saklanılan fiildir. Mahiyeti itibarile müstevdiğden ketümiyeti icap ettiren fiildir, saklamakta menfaat bulunan fiildir. İfşa ise sırra gerek memuriyeti icabı olarak (mesele posta memuru bulunması hasebile bir kart postalda yazılmış bir şeye) vâkıf bulunan gerek meslek ve san'atı icabı olarak vâkıf bulunan kimsenin o sırrı üçüncü bir şahsa söylemesinden ibarettir. Demekki neşrü ilân olmaksızın dahi toplu veya dağınık bir kaç kişi ile ihtilât etmeksizin dahi ifşa mevcud olabilir. Kanunumuzda sır saklamak borcunun kaynağı yalnız ve yalnız her hangi bir surette «vakıf olmak» dır. Binaenaleyh sırrını tevdi eden kimsenin karşısındakine sırrını saklamasını tenbih eylemesine lüzum yoktur.

Bizim kanunumuzun sistemine «mahiyetleri itibarile sır olan fiiller sistemi ıtlak olunur» Hâdiseyi söleyen kimsenin o hâdisenin saklı kalmasında menfaatı olmak müstevdiğin ketumiyet borcunu vücuda getirir. Hazırlık ve ilk tahkikatlar saklıdır. Bunların ifşası yasaktır. Birisi aleyhinde Müddeiumumiliğe yapılan ihbarı Müddeiumumiliğin ifşa eylemesi ve gazetelerin yazması asla caiz olmaz. İsviçre mahkemeleri Müddeiumumiliğe yapılmış ve Müddeiumumilikçe sabit olmamış bir ihbarı neşreyleyen gazeteleri mahkûm etmektedir. Avukatlar hakkında da hazırlık ve ilk tahkikat ile meşgul memurlar hakkında söylediğimizin aynını söyleyebiliriz. Avukat için mesleğinin ifası esnasında müşterisinden öğrenmiş olduğu her şey muhafaza edilmesi lâzım olan bir sırdır. Bir hekim de gerek tedvi esnasında gerek mesleğinin doğrudan doğruya ifası esnasında öğrenmiş olduğu şeyleri sır olarak saklamağa borçludur. Mahiyetleri itibarile sır olan hâdiseler sistemi «sırrın tevdii ve muhafazasının tenbihi» sistemine çok üstündür. Çünkü ikinci sistemin isbatı güçtür. Taraflardan

1263

hangisinin sözüne itibar edilecektir? Sır tevdî edenden yazılı bir beyyine istemek ise şahsiyete tecavüz olur. Avukata müşterisi tarafından söylenmiş her hâdise, hekime hastası tarafından bildirilmiş her fiil mahiyetleri itibarile bir sırdır.

Sır saklı bir fiil olunca ifşa bu saklı ve bilinmeyen fiili aşikâr ve malûm kılmak olur. Binaenaleyh zaten bilinen şeylerin söylenmesi ifşa teşkil etmez.

Mayno da «herkesin malûmu olan bir şeyden bahsetmek cürüm olmaz» diyor.

Bir hekimin hastasının herkesçe malûm olan hastalığını söylemesi bir avukatın herkesçe malûm olan bir ilâmdan bahs eylemesi, Emniyet sandığı memurunun tapu sicilline geçmiş bir ipotekten bahsetmesi cürüm değildir. Bilinecek şeylerin yani mutlaka herkesin malûmu olacak olan şeylerin de henüz kimsenin bilmediği bir zamanda ifşası cürüm teşkil edermi? Pek az zaman sonra aleniyete geçecek bir fiil mahiyeti itibarile sır bir fiil değildir.

Binaenaleyh zamanından evvel ifşası da Fransız içtihadına rağmen cürüm olmamalıdır.

III — İfşada zarar melhuz olmalıdır. Sırrın ifşasının cürüm teşkil edebilmesi için maddî veya manevî bir zarar melhuz olmalıdır. Sır masuniyeti müessesesi ferdlerin şeref ve servet ve sıhhat ve huzurlarını temin için kabul edilmiştir. İfşa ile bu menfaatlardan birinin zarara uğraması ifşa eden hakkında ceza kanununun tatbik edilmesine kâfi gelir. İfşası ferdin şeref ve haysiyetine zarar verebilecek mahiyette olan bir fiilin ifşası suçtur. İfşa edilen fiili saklamakta sır sahibinin gözettiği menfaata ifşa ile ihanette bulunmak zarar vermektir. Menfaatın maddî olmasına da lüzum yoktur. Sır sahibi, hayatında bir leke gibi telâkki eylediği fiilin saklanmasını şeref ve haysiyetini muhafaza için de isteyebilir.

Sır sahibi saklanmasını istediği fiilin ifşasının kendisini maddî veya manevî zarara sokacağını takdir eyliyor. Bütün meseleye hâkim olan ifşa ile zararın melhuz olması şartı — kasd unsurunun bulunmamasile de sır masuniyeti suçunun vücuda gelebileceğinden— büyük bir ehemmiyet arzeyler. Bu da bizi cürmün niyyet unsurunu tetkik eyler iken tekrar meseleye geri dönmeğe mecbur bırakacaktır.

IV — Sır ifşası suçunun niyyet unsuru:

Ceza hukukunun en esaslı prensibi cürümde kasdın bulunması lûzumudur. (Ceza kanunu mad. 45) Bu prensip sır ifşası suçuna tatbik edildikte vehlei ulâfa failde ifşaya varan fiili ve neticelerini irtikâp eylemek iradesi bulunmalıdır denebilir. Sırra, kanun tayin eylemediği şartlar altında vâkıf olan kimsenin saklanması lâzım olan

1264

o sırrı ifşa eder ve ifşası sır sahibinin her hangi bir menfaatına zarar verir ise suçta kasıd da mevcud olmuş bulunur.

Böylece kin ile fenalık yapmak arzusile yapılan ifşaları kanun cezalandıracağında hiç şüphe yoktur. Fena niyetle ve zevzeklikle yapılan ifşalarda kasdı cürmî vardır. Kasdı cürmî kanunun kabul eylediği istisnalardan sarfınazar her cürümde lâzımdır. Burada da lâzımdır. Fakat kasdı cürmîden ayrı bir unsur olan kasdı izrar sır ifşası suçunda lâzım mıdır?

Hiç bir kasdı izrar olmaksızın yapılan, dikkatsızlıkla yapılan ifşalar dahi cürüm müdür? Mayno şerhinde şahsen «sırrın ifşası cürmünde izrar kasdının şart olmadığı» kanaatında bulunduğunu sırrı yalnız söylemekle cürmün teşekkül edeceğini söylüyor. Mayno'dan evvel Rauter kasdı izrar unsurunun lûzumsuzluğunu ileri sürmüştür, hatta Fransız Temyiz mahkemesi 1885 tarihinde Watelet davasında Rauterin ilmî içtihadını hem de kazaî bir içtihad kılmıştı. Fransız Temyiz mahkemesinin bu içtihadı mucibince sır sahibine zarar vermeyen hatta sır sahibine faideli olan ifşalar bile mahaza söylenmiş olmalarından dolayı cürümdür. Bu içtihadın ışığı yardımile kanunun metninde mevcud olan «ifşasında zarar melhuz olan» kaydının ehemmiyetini lâyıkile anlayabilir ve Mayno'yu okur iken «yalnız söylemekle de cürüm teşekkül eder» cümlesini mutlak olarak almaktan çekinir ve bu cümleyi zarar melhuz ise kaydile takyid eylemeği unutmayız. Ve yine sırrı mahiyetleri itibarile sır olan fiiller manasında kabul eylenen Mayno'nun «çünkü madde mevzuu san'at ve meslek dolayısile sırra vâkıf olan kimselerin bunları saklamağa mecburiyetlerini göstermekte olduğundan bu mecburiyetin tazammun ettiği saklamak vazifesine muhalif hareket olunması izrar kasdına müstenid olmasa dahi sırrın ifşası cürmünü meydana getirir» cümlesini okur iken «ifşasında zarar melhuz olan sırrı saklamak vazifesine muhalif hareket olunması.» şeklinde düzeltmek lâzımgelir. Zihinde bu düzeltme cümlesi yapılmadıkça ceza muhakemeleri usulü kanununun 48 inci maddesini tatbike imkân hasıl olmaz.

Demekki ceza kanunu yalnız zarar verici ifşaları cazalandırmaktadır. Kanuna ve meseleye hâkim olan tek fikîr «ifşada zararın melhuz bulunmasıdır». Ceza kanunu zarar melhuz olmayan ifşaları cezalandırmadığı gibi sır sahibine menfaatı olan ifşaları da cezalandırmıyor. Ceza muhakemeleri usulü kanununun 48 inci maddesinin ibaresinden de bu mâna çıkmaktadır. Bir doktorun hastasının nezleli olduğunu söylemesinde hastanın ne emniyeti ne şerefi için bir zarar melhuz olamaz. Demekki her hastalık mahiyeti itibarile bir sır değildir. Bir doktorun hastasının aklen sâlim bulunduğunu söyleme-

1265

sinde hastası için zarar melhuz olmadığı gibi menfaat dahi mevcuttur. Zarar vermesi melhuz olmayan ifşalarda kasdı cürmî yoktur. Yasak olan ifşalar ahlâka mugayir ve zarar verici olan ifşalardır. Ancak zarar verici ifşalarda izrar niyyeti aranmaz,aynı zarar verici ifşalarda ifşa niyeti izrar niyetinden ayrılamaz. İlmî bir sebep ile yapılan ifşa dahi bu sebepden cezayı müstelzimdir. Çünkü bir hekimin müşahedesini ilme hizmet kasdile dahi neşretmesinde ifşa niyeti mevcuttur, neşirde gizli kalması lâzım gelen bir müşahedeyi ifşa etmek iradesi vardır. Halbuki, meselâ bir avukatın gizli bir vesikayı ihmal ile masası üstünde bırakmış olmasından ve bu ihtiyatsızlığı yüzünden sırrın fâş olması ifşa addedilmez, çünkü ifşa niyyeti yoktur.

V— Meşrû sebep olmaksızın ifşa:

İfşa meşrû bir sebebe istinad eyleyor ise zarar verici olsa dahi cürüm teşkil etmez. Demekki cezalandırılan ifşalar salâhiyetsiz olarak yapılan ifşalardır. Bu salâhiyetin ne zaman mevcud bulunduğunu yani ne zaman ifşanın meşrû bir sebebe istinad eylediğini tayine gelince iş güçleşiyor, fikir bir çok ihtilâflarla karşılaşıyor. Ceza kanununun ve bulaşık hastalıkların önüne geçmeği isteyen sıhhat kanunlarının hekim, cerrah ve ebelerle sair sıhhiye memurlarına tahmil eylediği hükûmet memurlarına haber vermeğe mecburiyeti meseleyi hal eylemeğe kâfi gelmez. Kâfi gelmeyeceğini «meşrû bir sebep tâbirinin hükümete haber verme hallerinden daha geniş bir manayı ifade eylediğini» söyleyen Mayno da kayd eyliyor.

Meşrû sebep evvelemirde mesleği şerefin meşrû müdafaasını ihtiva eyler, meslek erbabından birinin kendi meslekî şerefini müdafaa için yapacağı ifşalar muhakkak ki meşrû bir sebebe istinad eyler. Hususî veya umumî menfaatların haklı müdafaası sırrın ifşası için meşrû bir sebebtir. Elverirki temin edilecek hususî veya umumî menfaat ifşadan zarar görecek hususî menfaattan daha hafif olmasın; demekki meşrû sebep çarpışan menfaatların vicdan ve vazife ölçüsüle ölçülmesini icap ettirir. Ölüm ve doğum vakalarını ve evlenme haricindeki doğumlarda annenin adını bildirmeye mecburiyetinden başka hekimler halkın sıhhatını korumak gibi âli bir âmme menfaatı dolayısile de salgın hastalıklara tutulmuş hastaları ifşaya mecburdurlar. Ceza muhakemeleri kanunu maznunun hususî menfaatının müdafaası için hekimi, ebeyi veya müdafii ifşaya mecbur bırakıyor.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 48 inci maddesinden çıkan manaya göre hâkim müdafii bu sıfatı ile öğrendiği şeyleri ve hekim ile ebeyi sanatı icabı olarak öğrendiği şeyleri söylemeğe zorlayamaz. Fakat şahit olarak çağrılan hekim, ebe veya müdafi vicdanını

1266

yoklayarak oradan alacağı ilham ile şahadette bulunmağı faideli telâkki ederse ifşada bulunabilir ve bu ifşadan dolayı da mes'ul tutulamaz, çünkü şahit olarak çağrılmış olması ifşada bulunması için meşrû bir sebep teşkil eder. Kanun müdafileri, hekimleri ve ebeleri şahadette bulunmaktan alıkoymıyor, onlara yalnız ihtiyar veriyor.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
1267

No: 105

3. İflâs [*]

Yazan: Sabri Şakir ANSAY

Borçlu aciz haline düşer düşmez, yani yukarıdaki 1 numarada yapılan tekliflere göre borcu ödeyemiyecek vaziyete girer girmez iflâsın da bilfiil açılması umumun menfaati iktizasındandır. Bu suretle maddî ve şeklî iflâsın birbirinden iftirakına meydan verilmemiş olur. Şu halde aciz hâli mevcut olunca iflâsı resen açmak suretile işbu iktisadî lüzumu iflâsın küşadı muamelesinde nazara almak icabedermi meselesi ile karşılaşılır. Muhtelif kanunlar iflâsın resen açılmasını [89] tasrih etmişlerdir. Ve tadile mütedair eserlerde ara sıra tavsiye edilmiştir [90]. Bu fikirler ne kadar doğru olursa olsun tatbikat sahasına isali müşküldür. Filhakika inkâr edilemezki bu veçhile lüzumsuz yahut henüz vakıtsız ve binaenaleyh iktisaden haksız iflâslar ortaya çıkacaktır. Kaldıki gecikmiş bir iflâsın açılmasından mutazarrır olacaklar alacaklılar olduğundan icabeden teyakkuzu kendilerinden beklemeğe bir mani yoktur. Bu itibarla bizde dahi iflâsı resen açma usulünün kabulü hakkındaki teklifleri terviç etmemek icabedecektir [91]. Zikrolunan sebeplerden dolayı ödemeden âciz olmayan bir borçlu aleyhine iflâsın açılmasına meydan vermemek için bir iflâs sebebinin mevcudiyetini, bilhassa yalnız bir alacaklının iflâs talebinde bulunması halinde değil belki mer'î hukuk hilâfına olarak [92] borçlunun bizzat aczini beyan etmesi halinde dahi [93] hâkimin resen tedkik etmesini istemek lâzımgelir. İflâsın açılması muamelesine taallûk

[*] Geçen nüshadaki yazının altı.

[89] Fransız Ticaret kanunu madde 440. Belçika ticaret kanunu madde 440. İtalya ticaret kanunu madde 648. Bazı kanunlar Müddeiumumiye bir talep hakkı verirler. E. Jäger, iflâs kanunu madde 103 not 12.

[90] Pollak, Gutachten, sahife 46/47, borçluya karşı pek kısa bir müddet içinde muayyen bir kat'î mehil zarfında borcunu ödemeksizin müteaddit takipler yapılırsa resen iflâs açılmasını teklif eder.

[91] Fransada resen iflâs açılmasının elverişliği pek ihtilâflıdır. Lyon— Caen, cilt VII, sahife 123 ve sonrakiler, lehtedir; Thaller, cilt 1, sahifa 168 ve sonrakiler, Percerou, cilt 1, sahife 276 ve sonrakiler, aleyhtedir.

[92] Leemann, sahife 132 ve sonrakiler; jäger, madde 191, not 3; Blumenstein, sahife 604; keza Avusturya hukuku, Bartsch ve Pollak, iflâs kanunu, madde 70, not 14; Rintelen, sahife 121, biraz ayrılır.

[93] Alman hukuku gibi, E. Jäger, iflâs kanunu, madde 104, not 1. Seuffert, sahife 164 ve sonrakiler; Hellmann başka fikirdedir, sahifa 426.

1268

eden daha ziyade hukukî teknik mahiyetini haiz başka bir mes'elede iflâs talebinde bulunan alacaklının alacağı hakkında kanaatbahş olmasile mi iktifa etmek yoksa bir icra senedi mi ibraz olunmak lâzımgeldiği meselesidir [94]. Alman ve, Avusturya hukuku (Alman madde 105; Avusturya madde 71) kanaatbahş derecede isbatı kâfi görürler; hâkim kanaatbahş dereceyi ciddî tutar ve mücerret iddialara bağlanmazsa bunda bir tehlike de yoktur.

II. Maddî iflâs hukukunun alacağı şekilde mühim iktisadî menfaatler mevzuubahistir. Bu yer bunun hakkında uzun izahata müsait değildir. Bu itibarla tedkike değeri olan meselelerden [95] bir ikisini ele almak kâ figelebilir.

1. Evvelemirde 197 (Türk İcra ve İflâs kanunu 184) inci madde ikinci fıkrası münakaşayı mucip görülmek lâzımdır. Bu maddeye göre iflâs kapanıncaya kadar borçluya ait olan mallar da iflâs masasına girer [96]. Tatbikat bu maddeyi müflisin sayi kazancının masaya girmeyeceği yolunda tefsir etmiştir. Çünkü borçlunun kendisinin ve ailesinin yaşama ihtiyaçlarını temin edebilecek ve ona yeni bir hayat imkânı verecek olan sayi kudretini muhafaza düşüncesi sayi ücretinin kendisine bırakılmasını icabeder [97]. Her halde müstakbel vazıı kanunun kanuna bu tarzda sarih bir hüküm koyması lâzımdır: Çünkü 197 inci madde 2-inci fıkrası dar metni itibarile iktisadî noktadan sağlam bir hüküm değildir. Burada mümkün mertebe müflisin çabukca ve iflâs alacaklılarına da yarayacak olan iktisadî varlığının iadesi menfaatine kanun bir adım daha ileri gidecek mi ve Alman hukukunda olduğu gibi (Madde 1 Fıkra 1) iflâs açıldıktan sonra vukubulan bütün mamelek iktisaplarını masadan hariç bırakacak mı diye sorulacaktır. Bu suretle muamele de basitleşmiş olurdu. Almanyada amelî tecrübelerin bunun lehinde olduğu anlaşılmaktadır ve 1 inci madde 1 inci fıkrası Alman hukukunun diğer

[94] Keza Pollak, Gutachten, sahife 50 ve sonrakiler.

[95] Pollak, Gutachten, sahife 27 ve sonrakilere bakınız. Bu müellif alacaklar mürtabit değilse takasın caiz olmamasını, müflisin karı kocasının yakın akrabasının ve hısımlarının masadan tefrik hakkının, istihkak iddia ettikleri malları kendi paralarile iktisap ettiklerini isbat edebildikleri hallere hasredilmesini, borçlunun son 14 gün içinde ödediği bütün edaların geriye verme mükellefiyetini ister.

[96] Fransız hukukunda ve ona imtisal eden kanunlarda olduğu gibi, Fransız ticaret kanunu madde 443 bakınız. Umumî hukukda mesele ihtilâflı idi. Bayer, sahifa 76 bakınız.

[97] Federal mahkeme kararı 25,1,No. 75; kezalik Fransız hukuku Percerou, cilt 1 Sahife 490 ve sonrakiler; fakat ancak haciz mümkün olmadığı takdirde; Avusturya hukuku biraz başkadır; bu hukuk ivazsız iktisabı da masadan hariç bırakırsa da bunu ve iktisabı ancak borçlunun ve ailesinin maişetine lüzumlu olan mikdar da masaya sokmaz, iflâs kanunu madde 3.

1269

iflâs kanunlarına karşı büyük bir rüçhanı olarak medhedilmektedir [98]. Bununla beraber kat'î bir hüküm, ancak tasfiyenin devam ettiği müddet esnasında (Pendente concursu) ne şumulde bir mamelek iktisabı olduğu hkkaında malûmat verebilecek olan, istatistik şahadetlerile olabilir.

2. Bir icra sisteminin iktisadî tesirleri hakkında âmil olan meselelerden biri de rüchan hakları meselesidir [99]. Her hangi bir meselede olduğundan fazla burada vazii kanunun umumî mülâhazaları önsafda bulundurması ve umumî bir mükellefiyet kaidesinin vaz'ında münferit ve konkre hukukî münasebeti mücerret surette nazara alarak bunu hareket noktası ittihaz etmekten tevekkî etmesi lâzımdır. Her nekadar rüchan haklarına dair olan mer'î hukuk tenkide az mahal verirse de meselenin hallinde düstur olan noktai nazarları, hususile her icra kanununun müzakeresinde hali hazır telâkkilerinden mülhem olarak—daha yüksek bir rasat noktasından bakıldığı takdirde, teşriî siyaseti itibarile hatalı olduğu tezahür eden—rüchan haklarının kabul edilmesi tehlikesi bulunduğundan dolayı bahis mevzuu etmek icabeder.

A. Mukaveleden mütevellit rehin hakkı noktasından—ki bu haklar da kelimenin en geniş manasında rüchan haklarına dahildir— vazii kanun Fransız hukukunun yaptığından başka türlü yaparak (Fransız kod sivili madde 2095 ve sonrakiler) [100] rehin hakkını iflâs rüçhanlılarına takdim etmekle doğru hareket etmiştir; Çünkü rehin alacaklılarının mümkün olduğu kadar teminatlı vaziyeti gayrimenkul kredisi menfaatinedir [101].

B. Maddî hukuk tarafından tanzim edilmekle beraber tesirini tamamen icrada yapan ve bundan dolayı burada bahis mevzuu edilen kanunî rehin haklarının kabulü ne dereceye kadar muhik olduğu meselesinin halli, ifa edecekleri iktisadî vaziyete bağlıdır [102]. Kanunî rehin haklarının bir müttehid esasa istinad etmediği zâhirdir. Bir kısmı meselâ komisyoncunun rehin hakkı ve nakliyecinin rehin hakkı (Borçlar kanunu 434,451 Türk Borçlar kanunu 425,442) kredi teminine ve kredi istihsaline yardım etmeleri itibarile ayni vazifeleri (Fonksion) haizdir. Bilâkis diğerlerinde bilhassa mucirin kanunî rehin hakkında ve umumi-

[98] E. Jäger, DJZ, cilt 9 sahife 908; iflâs kanunu, madde 1. not 53. Alman hukuku aleyhine Thaller, cilt 1, sahifa 367; Percerou, cilt 1, sahife 492 bakınız.

[99] Perrier'deki hukuk mukayeselerine, Les droits préférentiels dans la faillite en droit international privé, tez, Lausanne, 1906, sahife 12 ve sonrakilere; Kanton hukuku hakkında Heusler, Konkursvorrechte, bakınız.

[100] Bu manada demiryolları icra hukukunda rüchan hakkı tertibi VZEC madde 40 bakınız.

[101] Heusler, Konkursvorrechte, sahife 66-67, şu tertibi teklif ediyor: ölüm masrafları, ücretler, rehin hakları, yetim çocuklar ve dullar malları.

[102] Pollak, Gutachten, sahife 15 ve sonrakilere bakınız.

1270

yetle hapis hakkında böyle değildir; çünkü mucir ve hapis hakkı alacaklısı, gayri menkul rehin alacaklısı gibi iktisap edilecek rehin hakkını nazara alarak itibar vermemiş, bil'akis sırf şahsî krediye muvafakat etmiştir. Bunlar iflâsta tıpkı rehin hakkını haiz olanın şayanı gıpta vaziyetini alırlarsa bunun sebebi mes'ut bir tesadüfün borçlunun aktifini vaktinde onların eline düşürmesinden ibarettir. Fakat bu gösteriyor ki, bu rüchan haklarının kabulüne saik olan mesnetler zaiftir ve hapis hakkı alacaklılarını şahsî kredi vermiş olan diğer alacaklılarla müsavi tutmak daha doğru olacaktır. Alman ve Avusturya hukuku da iflâsta mucirin hapis hakkının meriyetini oldukça daraltmışlardır [103]. Hatta müellefatta bu hakkın iflâsta hiç tanınmaması tavsiye edilmiştir [104]. Diğer kredi teminine ve istihsaline yaramayan kanunî rehin haklarına gelince bunların iflâsın açılmasından önceki dört aydan daha eski doğmuş oldukları takdirde hükümsüz sayılması teklif edilmiştir [105].

Filhakika her günkü tecrübe gösteriyor ki, bir çok iflâslarda kanunî rehin hakları ile masanın büyük bir kısmı, zilyed olmak saadetine mazhar olmayan alacaklıların zararına, ilk önce alınır. Bu itibarla icra ve iflâs kanununun tadilinde medenî kanunun ve borçlar kanununun rehin hakları da bunların iflâstaki mevkileri noktasından tam bir tedkike tâbi tutulmak icabeder.

C. Asıl iflâs imtiyazlarına gelince (İcra ve İflâs kanunu madde 219, Türk icra ve iflâs kanunu madde 206) alacaklıların müsavatı prensibi icabı olarak temenni edilirdi ki, bunlar da bertaraf edilsin. Ancak hayat hiç bir vazii kanunun kendini kurtaramayacağı mülâhazalardan dolayı müsavat prensibinin ihlâlini emir eden unsurlar ihdas eder. Heusler'in [106] pek doğru olarak söylediği üzere imtiyazlı muamele, bir taraftan eğer alacaklı borçluya karşı iktisaden bir tabiiyet münasebeti içinde bulunuyor ve bundan başka alacak kendisinin en mühim bir aktifini teşkil ediyor ise, diğer taraftan alacağın teşekkülü alacaklının serbest kararına müstenid bulunmıyan hallerde zarurî ve haklı olur. Bu, kat'î surette gösterirki ücret imtiyazının, çocukların ve vesayet altında bulunanların rüchan hakkının ciddî bir sebebi vardır [107], bununla beraber bu ücret imtiyazının gerek zaman ve gerek mikdar itibarile bir tahdidi tavsiyeye

[103] Alman iflâs kanunu, madde 49 No: 2 ve bu babda E. Jäger, not 13 ve sonrakilere, Avusturya iflâs kanunu, madde 48 fıkra 4 ve bu babta Bartsch ve Pollak, not 45 bakınız.

[104] Heusler, Über die Konkursvorrechte, 1882 hukukçular içtimaına rapor, sahife 10; Pollak, Gutachten, sahife 22 ve sonrakiler.

[105] Pollak, Gutachten, sahife 27.

[106] Konkursvorrechte, sahife 21 ve sonrakiler: Referat, sahife 3 ve sonrakiler.

[107] Kasa imtiyazı (madde 219 II KL.) ve 18-Haziran-1915 tarihli Federal kanununun 13 üncü maddesi mucibince kaza sigortalarının imtiyazı hakkında da böyledir.

121

şayan olmaz mı diye tedkik edilmek lâzım gelecekdir [108]. Kadının mallarındaki imtiyaza gelince bu bapta yukarıda zikredilen sebepler ancak kısmen varit olur. Fillhakika bu, İsviçre hukukunun bir hususiyetidir [109]. Bu imtiyazın muhafazası lâzım mıdır deye bir münakaşa şu sırada faydasız görünür; çünkü İsviçre hukukunda bu rüchan bertaraf edilmesi bahis mevzuu edilmiyecek derecede kökleşmiştir. Bundan başka imtiyaz lehinde sebepler de serdolunabilir [110]. Fakat hekimlere ait imtiyaz ve cenaze masrafları hakkındaki imtiyaz için böyle sebepler varit değildir ve bundan dolayı bu rüçhan hakları yeni bir kanuna girmemelidir [111].

Her halde rüchan haklarının tevsii hakkında yapılacak teşebbüslere kat'iyetle karşı durmak icabeder [112]; çünkü böyle bir tevsî ile yalnız diğer alacaklılar ızrar edilmiş olmayıp belki rasyonel olmayan rüchan hakkını kabul etmekle, her icra kanununun yıkmağı ilk safta kendisine vazife edilmesi lâzımgelen çürük krediye de yardım edilmiş olur.

III. Yukarıdaki izahata göre kanunun tadilinde, maddî iflâs noktasından prensiplerce bir tebdilden ziyade retuş yapmak bahis mevzuu olursa şeklî iflâsın âmme menfaatinin müessir surette himayesi namına esaslı bir değişmesine ihtiyaç vardır. Mer'î olan İsviçre tasfiye usulünde (Konkursverfahren) malûm olduğu üzere alacaklılar ekseriyetine verilen yüksek bir nüfuz göze çarpar [113]. İcra ve iflâs kanunu bu noktada bütün başka kanunlardan ileri giderek kendine örnek olan kanunların koyduğu bütün ihtiyat tedbirlerini bertaraf etmiştir [114]. Hele gayri resmî if-

[108] Bu manada olan Avusturya iflâs kanununun 51 inci maddesine bakınız; bu maddeye göre imtiyazlı mikdar 2400 Krona hasredilmiştir.

[109] Buna karşı Avusturya iflâs kanununun 55-56 ıncı maddelerine bakınız, bu maddelere göre karı bütün alacaklılardan sonra gelir.

[110] Bilâhare Heusler, Referat,sahife 7 ve sonrakiler; Heusler; Das Weibergutsprivileg, Z. schw. R, n. F. cilt 1. sahife 17 ve sonrakilere bakınız.

[111] Hekimlerin imtiyazı noktasından, Heusler, Konkursvorrechte, sahife 23 ve sonrakiler, bu fikirdedir. Bundan maada Conseil des états komisyonu bu imtiyazın ilgasını talep etmişti (BBL. 1886 III, sahife 898), Pollak her iki imtiyaz aleyhindedir, Gutachten, sahife 85.

[112] Bu icra ve iflâs kanununun tanımadığı tekâlif imtiyazı (Abgabenprivilleg) hakkında da olsa caizdir. Aleyhte Heusler, Konkursvorrechte, sahife 28 ve sonrakiler; Referat, sahife 11 e bakınız. Pollak, Gutachten, sahife 84, esas itibarile imtiyazların lehinde değil ise de bunun lehindedir, çünkü imtiyaz ilga edilirse hazine vergi takiplerinde daha şiddetli hareket edecektir.

[113] Bu bapta Blumenstein, sahife 712 ve sonrakiler. Jäger 253 üncü maddə şerhi; Fiori, Die Gläubigerversammlung, tez, Bern 1904; Müller, Die Stellung der Konkursverwaltung, tez, Bern 1900 bakınız.

[114] Bilhassa Fransız hukukuna karşı; şu itibarlaki İsvirçe icra ve iflâs kanunu ne bir juj komser tayinini (Fransız ticaret kanunu 451 ve sonrakiler) ve ne de iflâs mahkemesinin tasvip hakkını (Fransız ticaret kanunu madde 487) derpiş etmemiştir (bu bapta Lyon— Caen, cilt VII, sahife 487 ve sonrakilere bakınız).

1272

lâs idaresi teşkili imkânından istifade edilir ve bu, alacaklılardan terkip edilirse hiç olmazsa tasfiyenin tatbikatta aldığı şekle nazaran alacaklılar akalliyetinin ve borçlunun menfaatine yardım eden müstakil bir organ mevcut olmayacağından âmme hukukunun muhafazasından asla bahsedilemez. Gerçi tedkik merciine bir şikâyet hakkı mevcut ise de bu tatbikatta ikinci alacaklılar toplanmasının münasip olmayan emirlerine (Verfügungen) karşı kabul edilmemek suretile zafa uğramıştır [115]. Kezalik tedkik merciinin muayyen bir sahada resen müdahale edebileceği kabul edilmektedir [116]. Fakat tecrübe göstermiştirki tedkik organlarının konkre bir tasfiye üzerinde müessiriyeti, tatbikatta kendilerinin takdir meselelerine müdahale hakkı mümkün olduğu kadar tahdit edilmek istenmesinden dolayı filen pek azdır ve vaziyet, alacaklıların masayı serbestçe tasarruf ve idare edebileceklerini zannettikleri kendilerine ait mallar gibi kullandıkları merkezindedir. Gayeye uygun olmayan bu halden umumun zararına olarak yıllardanberi ne kadar iktisadî kıymetlerin israf edildiği tabii tahmin edilemez. İstatistiklere müsteniden emîn bir surette hiç anlaşılamaz; çünkü bir ve aynı iflâs ancak bir defa tatbik mevkii bulabilir. Fakat büyük meblâğlara taallûk ettiği ciddî surette inkâr edilemiyecekdir [117]. Mesele icra muamelesinin iktisadî bir formasiyonuna göre tahakkuk ettirilecek ise alacaklıların bu günkü şekildeki muhtariyeti terk edilmek ve tasfiye usulünü temelinden yeni kurmak lâzımgelir. Şüphesiz bu işte mer'î hukuka karşı reaksiyonun, alacaklıların nüfuzunu bütün bütün ortadan kaldırmağa saik olması caiz değildir; çünkü onların tasfiyeye iştirakinden, yalnız her şeyden evvel ona alâkalı olmalarından dolayı değil, bilâkis daha başka bir sebepten, kendilerinin işlere olan hususî vukuflarından istifade etmek lüzumundan dolayı da müstağni kalınamaz. Fakat alacaklıların tasfiyedeki vaziyeti, kat'î bir âmiliyet yerine daha ziyade rey ve mütalâa ve mürakabe mahiyetinde bir faaliyet kaim olacak surette değiştirilmelidir. Bundan başka alacaklılar akalliyetinin himayesi için, meselâ alacakları bütün alacakların muayyen bir cüz'üne (meselâ $\frac{1}{4}$ baliğ olan alacaklılar, alacaklılar encümeninin bir âzasasını tayin edebilmek tarzında hükümler konulmak lâzımdır [118]. İflâs

[115] Jäger, madde 253 not 3 bu fikirde; Blumenstein, aksi fikirde, sahifa 722. Not 22.

[116] Müfredat için Blumenstein, sahifa 727-728 bakınız.

[117] Bilhassa V. Schullern — Schrattenhofen, Die Gesetzgebung über den Gläubigerkonkurs vom Standpunkte der Volkswirtschaft aus, bakınız. Österr. Ztschr. f. Volkswirtschaft, Sozialpolitik u. Verwaltung; cilt 1. sahife 420 ve sonrakiler, Pollak, Gutachten, sahifa 56 ve sonrakiler: Skede, Die Grundlagen des österr. Konkursrechtes in ihrer historischen Entwicklung, Festgabe für wach, 1914, cilt III. sahife 398 ve sonrakiler. Mer'î Avusturya hukuku için Bartsch ve Pollak, cilt 1. sahife 495 ve sonrakiler; Rintelen, sahife 54 ve sonrakiler.

[118] Avusturya iflâs kanunu gibi, madde 88.

1273

hukukunu bilmemeleri çok defa tasfiyenin lüzumsuz güçleşmesini ve süründemede kalmasını mucip olan gayri resmî iflâs idaresi kaldırılmalı ve idare iflâs dairesinin elinde temerküz ettirilmelidir [119].

Alacaklılar nüfuzunun bu kırılması ile devlet nüfuzu, her iflâs dairesinin muayyen zamanlarda (periodique) vereceği raporlar üzerine tedkik merciinin daimî mürakabesi altında bulunacak ve bu daire (muayyen bir mikdarı aşan sulhlerin akdi ve pazarlık suretile satışlar ve saire gibi) mühim tedbirleri tasvip edecek ve diğer tedbirler noktasından bir veto hakkını haiz olacak surette muvâzi (parallel) gitmek lâzımdır. Tedkik merciinin bu salâhiyetleri münferit hâdiselerde ne şekilde kullanacağı ve her iflâs için yüksekten sevk ve idare salâhiyetini haiz olmak üzere bir tetkik mercii âzasının delege edilmasi muvafık olup olmayacağı burada bir tarafa bırakılabilir; çünkü ehemmiyetli olan keyfiyet, iflâs tasfisinde âmme kuvvetine fazla bir mer'iyet temininin hallidir. Nihayet müflis bu günkü vaziyetten kurtarılmalıdır. Müflisi, mühim satış tedbirleri hakkında dinlemek, yalnız onun menfaatlerini himaye noktasından lüzumlu olmayup bil'akis müflis tasfiyede alâkadar kılınır ve meslekî vukufundan istifade edilebilirse bu, alacaklılar için de faydalı olur [120].

4. SATIŞ

İsviçre icra ve iflâs kanunu tabiî icra (Naturalvollstreckung) denilen icra prensibi üzerine müstenittir. Bir alacağın takibini isteyen kimse hakkını borçlunun mamelekindan para ile ve ancak para ile istifa edecektir [121]. Kanun bu prensibi kabul etmekle yalnız eski kanton hu-

[119] Keza Lehmann,Die Stellung der ausseramtlichen Konkursverwaltung SJZ, cilt 5, sahifa 112 ve sonrakiler. Sındık'ın vazifelerinin daimî memura tevdii hakkındaki Fransada mevcut gayretlere de bakınız. Laborderie, La masse des créanciers et le contrôle de la faillite, Rev. Géndr 34, sahifa 110 ve sonrakiler. Lyon-Caen cilt VII, sahifa 482 ve sonrakiler; Thaller, cilt II. sahifa 192 ve sonrakiler. Avusturya iflâs kanununa göre yalnız gayri resmî iflâs idaresi vardır. Avusturya iflâs kanunu madde 80 ve sonrakiler. İflâs idaresi mes'elesi hakkında Pollak', Laien als Konkursverwalter, Leipzig Z. cilt 2, sahifa 660 ve sonrakilere bakınız E. Jäger, Leipz. cilt 3. sahifa 1. ve sonrakiler.

[120] Thaller bu fikirde, cilt 1. sahifa 37/372; Avusturya iflâs kanunu madde 115 ve sonrakiler; Keza Rintelen, sahifa 92 ve sonra kiler.

Fransız hukukunda olduğu gibi iki türlü iflâs tasfiyesi (faillite et liquidation judiciaire) kabul etmek tavsiveye şayanmıdır mes'elesi fazla tedkike lüzumu olmayan bir mes'eledir; cünki liquidation judiciaire kendisine bağlanan büyük ümitler (Thaller, cilt 1. sahifa 235 ve sonrakiler) bilâfına bir şey temin etmemiştir (Lyon—Caen cilt, VIII, sahifa 450 ve sonrakiler).

[121] Yalnız icra ve iflâs kanununun 131 inci madde 1 inci fıkrası bir istisna teşkil eder, Blumenstein, sahifa 442 bakınız.

kukundan [122] değil, ecnebi icra kanunlarından [123] de ileri gitmiştir. Her halde müstakbel vazii kanun, prensip itibarile alacaklının icradan iddiasının muhtevasına göre kendisine ait olanı sırf kıymetine göre değil de tabiî halde (in natura) alması icap ettiğinde, bilhassa bir para alacağı alacaklısının bir malın havalesi suretile matlubunu istifa etmeğe mecbur olmadığında sabit kalması lâzımgelir; çünkü tabiî icra modern telâkkilere yegâne uygun olan bir icra tarzıdır [124]. Eğer bu defa bir değişiklik yapmak lâzım gelirse bu nihayet haczolunan menkullerin, cebrî devir denilen ve Almanyada büyük faydaları olduğu söylenen [125] ve hakikatte de hal icabına göre bütün alâkalıların menfaatine paraya tahvilden daha fazla yarayan, devri suretinde olabilir. Fakat haczolunan gayrimenkullerin alacaklılara devri modern mubadele münasebetlerine uymayacağından reddedilmek lâzımgelir [126].

II. Hususi icrada alacaklının alacağını alması için lüzumlu olan para, borçluya ait olan mal icra tarafından elinden alınmak ve müzayede veya pazarlıkla satılmak suretiyle temin edilir. Bu prensibin sıkı bir tatbiki, iktisadî bakımdan çok defa hiç de rasyonel değildir denebilir; çünkü bu, sırf bir kıymet intikali (Wertverschiebung, yani borçlunun mamelekinden alacaklının mamelekine kıymet nakli) yerine tam bir kıymet ihlâline sebep olabilir ve bu suretle yalnız borçlu değil, belki dolayısile bütün iktisat müteessir olur. Para alacakları hakkındaki tabiî icra sahasında icranın iktisadî bakımdan memnuniyetbahş olmayan işbu fer'i tecellileri şüphesiz hiç bir zaman bertaraf edilemez; çünkü bunlar icra

[122] Bu bapta Haab, Die historische Entwicklung der Zwangsversteigerung von Grundstücken, ZBJV, cilt 59, sahifa 457 ve sonrakiler, 521 ve sonrakiler 569 ve sonrakiler ve orada naklolunan eserler.

[123] Bilhassa Fransız usulü hukukiyesi 706 ıncı maddesine bakınız; Garsonnet, Traité de la saisie immobilière, 1891, sahifa 217; Cuche, Précis sahifa 261.

[124] Schmidt, Lehrbuch, sahifa 918 ve sonrakiler. DPR, cilt 1. sahifa 328.

[125] Alman usulü hukukiye kanunu, madde 825; bilhassa, Reichel, Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnisse, Jb. f. Dogm. cilt 53, sahife 108 ve sonrakiler; Stein Grundfrage, sahifa 72-74; keza Avusturya icra kanunu madde 280 ve bu babda Neumann, sahifa 111; bundan başka Fransız medenî kanunu, madde 2087 ve bu babda Planiol, cilt 2, sahifa 755-756.

[126] Tessin kantonunun icra ve iflâs kanununun 142 inci maddesine satılacak gayri menkulü, eğer teklif edilen en yüksek bedel muayyen asgarî bir fiyata baliğ olmazsa kantonların, muhammen kıymetin dörtte birini tenzil suretile alacaklıya ihaleye salâhiyetli olmasını mutazammın bir fıkra ilâvesi hakkındaki teklifine ve Conseil Federal'ın bu teklife karşı mukni izahatına, BBL, 1902, I, sahife 732 ve sourakiler, BBL, clit I. sahifa 550 bakınız.

1275

işinin hususî olan iktisadî mahiyetine müstenittir. Fakat bunları bir dereceye kadar tahfif edecek vasıta ve yollar vardır.

1. Müzayede suretiyle satışın çok defa gayri iktisadî bir iş olmasının birinci sebebi, alacaklar, müşterek mamelekin üzerindeki hisseler gibi bazı malların kıymetinin muayyen olmamasından ve tayin edilememesinden dolayı bu nevi satışa asla elverişli bulunmamasındandır; çünki müzayedeye girenler aldanmamak için tekliflerini fevkalâde aşağı tutarlar. Modern vazii kanun da bunu anlamış ve umumî hukuka muhalif olarak [127] alacak müzayedesini ancak son vasıta (Ultima ratio) olmak üzere tecviz etmiştir. Bununla beraber daha ileri gidilemezmi ve bazı şartlar altında alacakların hiç bir surette müzayedesini tecviz etmeyüp bil'akis başka bir paraya çevirme tarzı, yani bilhassa alacak için kâfi karşılık arz eden bir rehin verilmiş olduğu, alacağın mevzuu yıllık rantların, nafaka paralarının yahut diğer mütevali tediyelerin tahsili olduğu, alacak bir tasarruf sandığı cüzdanına müstenid bulunduğu, alacak mıkdarı kat'iyetle tayin edilmediği yahut mevcudiyeti hakkında kanaat hasıl edilemediği [128] takdirde tahsil için devir usulü intihap edilmek icap edermi diye düşünülebilir.

2. Hususî icramızın gayri iktisadîliğinin ikinci sebebi, alacaklı çok defa malların zatına ilişmeden sırf hasılattan alacağını istifa edebilir olduğu halde bu icranın, gayesine erişmek için muktazi olduğundan fazla borçlunun mamelekinin cevherine tevcih edilmiş olmasıdır.

Bu gayri iktisadilik bilhassa kanunun metnine göre velevki bir faiz alacağı takip edilsin yahut ufak bir alacak için bir gayrı menkul haczedilmiş olsun, gayrı menkulün gayri menkul olarak cebrî icraya ve satışa tabi tutulması mecburî olan gayrı menkul icraları noktasından varittir. Federal mahkeme bu hükmün gayri iktisadîliğini görmüş ve 23-Nisan-1920 tarihli gayrımenkullerin cebrî satışı hakkındaki nizamnamede [129] gayrı menkul icrasını oldukça daha makul bir şekle sokacak bir usûl koymuştur. Bu nizamname ile konulan cebrî idare, tatbik sahası müşterek mülkiyet hissesine ve birlik halindeki mamelek hisselerine teşmil edilecek olan cebrî idare hakkında ayrıca bir takibin kabulünü mutazammın [130] daha başka bir tesise muhtaçtır [131].

[127] Wetzell, System des O. Zivilprozesses 1878, sahifa 640 ve sonrakiler.

[128] Avusturya icra kanunu 319 ve 321 inci maddeleri bu mealdedir, esbabı mucibe hakkında Schauer, sahifa 108; Neumann, sahifa 150 ve sonrakilere bakınız.

[129] Bu babda Haab, ZBJV, cilt 58, sahifa 581 ve sonrakilere bakınız

[130] Bu hususta Kellerhals'in tekliflerine, Das Pfandrecht der Grundpfandgläubiger an den Miet-und Pachtzinsforderungen, 1919 sahifa 233 ve sonrakilere bakınız.

[131] Ecnebi kanunlardaki cebrî idare hakkında Alman cebrî idare kanunu madde 146 ve sonrakilere; bu hususta Wolf, Das Reichsgesetz über Zwangsversteigerung, 1909, sahife 404 ve sonrakilere; Nussbaum, sahife 208 ve sonrakilere; Hellwig-Oertmann, sahife 437 ve sonrakilere ve Avusturya icra kanunu, madde 97 ve sonrakilere, bu hususta Neumann sahife 91 ve sonrakilere bakınız.

1276

3. İcranın kıymet tahrip edici tesirlerinin bir sebebi de nihayet bunlardan başka iktisaden birbirinin mütemimi olan mallardan yalnız bazısına vaz'ıyet edilmesi ve yalnız bunların satılmasıdır. İktisaden dahil olduğu külden tefrik edilen mal hiç bir zaman hakikî kıymetine tekabül eden bir bedel temin edemez; çünki bu malın diğer mallarla irtibatına müstenid olan kıymet unsurları zayi olur. Kıymet tahribi yalnız bununla da kalmaz, bil'akis borçluya kalan mallar dahi bir kıymet ziyaına uğrar [132]. Bu itibarla yeni bir kanunda iktisaden birbirile irtibatı bulunan malların mümkün ise ancak birlikte haczedilmesine ve satılmasına dair bir hüküm bulunmak icabeder. Fakat bu prensibin tatbiki bilhassa münferit hallerde icranın büyük zararlara meydan vereceği hallerde, yani ticari teşebbüslerde zorluklar arz edecektir. Bundan dolayı Avusturya kanunu bu hususî unsurlar (Tatbestände) için sınaî teşebbüsler, fabrika müesseseleri, ticari işletmeler ve bu gibi iktisadî teşebbüsler hakkında hususî hükümler koyarak tamamen yeni bir yol açmışdır (Avusturya icra kanunu 341 ve sonrakiler) [133]. Bu hükümler, talep vukuunda bu kabil teşebbüsler hakkında cebrî idare veya alacaklılar lehine bir icar emredilebileceği merkezindedir. Cebrî idare, mahkemenin mürakabesine tâbî ve âdet veçhile teşebbüsün işletilmesini tazammun eden bütün işleri ve hukukî muameleleri icraya kanunen salâhiyetli ve hasılatı devre devre alacaklılara teslim ile mükellef bir müdürün tayin edilmesinden ibarettir. Cebrî idare gayeye uygun görünmezse üçüncü bir şahsa icar teşebbüsünde bulunulacaktır. Bununla beraber bir müzayede yapılarak en yüksek icar bedeli teklif edene icar edilecektir. Bu hususî îcra şeklinin, bir taraftan müzayedenin mucip olacağı kıymet ziyaına meydan vermemek ve diğer taraftan borçluya kendi iktisadî mevcudiyetinin istinad ettiği teşebbüsü bırakmak gibi mükerrer faydası vardır [134].

III. Şüphesiz yukarıki tekliflerin en geniş surette nazara alınması halinde dahi icra büyük bir ekseriyette, vazıyet edilmiş olan malların icraca satışına müncer olacaktır; çünki başka bir nevi satış ancak hususî icaplar altında mümkündür. Binaenaleyh tadilde ancak satışı mümkün mertebe rasyonel tarza sokmak ve bu satışın mucip olacağı zararları asgarî hadde indirmek bahis mevzuu olabilir. Bu kaziye, basma kalıp ve bu itibarla gayri iktisadî olan cebrî müzadeyi mümkün olduğu kadar

[132] Bilhassa Schullern-Schrattenhofen, sahife 431, 456 ve sonrakilere bakınız.

[133] Bu babta bilhassa Pollak, Die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehumungen. Bundan başka Neumann; sahife 108 ve sonrakiler.

[134] Bilhassa Conrad, Die Pfändungsbeschränkungen zum Schutze des schwachen Schuldners, 1906, sahife 499 ve sonrakiler, bu fikirde.

Diğer, fakat amelî noktadan tatbik kabiliyeti olmayan teklifler Schullern - Schrattenhofen'de, sahife 452 ve sonrakiler.

bertaraf etmek ve diğer taraftan satışın haricen usûl muamelesinden (Verfahrensakt) ziyade taraflar arasında bir sulh gibi tecelli edecek şekilde ticarî, ferdî bir muameleye tâbî tutulmasına müsaade eden satış tarzlarını teshil etmek suretile tahakkuk edebilir [135]. Müzayedenin önüne geçilemediği surette malın ucuz fiyatla satışına karşı bu günkü hukukun tedbirlerinden daha müessir tedbirler almak lâzımgelir.

1. a. Menkullerin satışı noktasından yukarıdaki izahatın hülâsası, pazarlık suretiyle satışın tatbik sahasını genişletmek lâzım gediği keyfiyetidir. Pazar ve borsa fiyatını haiz olan mallar hiç bir vakit müzayedeye konulmamalıdır; meğer ki muayyen bir müddet içinde pazarlık suretiyle satış yapılamasın, bununla beraber mallar icra mahallinden başka bir yerde daha kârlı surette satılabilirse bu ciheti göz önünde tutmaltdır. Daha sonra müstakbel kanun vazii tarafından müzayedeye bedel başka şekiller (Surrogaten) aramak icap edermi mes'elesiyle karşılaşılır. Meselâ haczolunan malları muhammen kıymetini muayyen miktarda tecavüz eden bir fiyatla üzerine almağa ve yapılan masrafları tahammül etmeğe hazır olduğunu müzayede zamanından (Termin) bir müddet evvel uygun bir teminat edası altında beyan eden kimseye borçlu dinlendikten sonra ve takip eden alacaklının ve alacağı kat'î surette karşılanmayan rehin alacaklısının muvafakati altında doğrudan doğruya ihalenin cevazı düşünülebilir [136].

b. Müzayede noktasından bu gün icra ve iflâs kanununun birinci müzayededе muhammen kıymet ile ihaleye müsaade etmeyen 126 (Türk icra ve iflas kanunu 115) inci maddesi hükmünün tatbikatta malın aşağı fiyatla elden çıkmasına karşı bir tedbir olmak hususunda semeresiz kaldığı ve kaideten sırf takibin uzamasına ve masrafların çoğalmasına sebep olduğu inkâr olunamaz. Bu itibar ile bu faydasız ilk müzayede ilga edilmelidir [137]. Daha sonra, yalnız mütekaddim alacaklıları himaye değil, belki kıymetinden noksan satışlara da mani olması icap eden karşılık prensibi (Deckungsprinzip), satılacak mallar üzerinde rehin yoksa kendisinden beklenen hizmeti ifa etmemektedir. Fakat rehin edilmiş menkul mallar bahis mevzuu olan hallerde dahi karşılık prensibi ancak mütekaddim bir rehin alacaklısı takipte bulunmadığı ve bundan başka karşılanması lâzım gelen rehin alacağı, malın kıymetine yakın bir mikdara eriştiği takdirde kıymetinden noksan satışa mani olur. Bu vaziyete göre münasip bir satış neticesi elde etmek için daha ileri gitmek lâzım gelmez mi? Bilhassa tahmin edilen kıymetin muayyen bir cüz'ü teklif edilmediği takdirde ihalenin

[135] Bilhassa Klein, Vorlesungen, sahife 20; Avusturya icra kanunu esbabı mucibe, Schauer sahife 106 ve sonrakiler.

[136] Avusturya icra kanunn madde 268 bakınız.

[137] Brüstlein, cilt 4, sahife 383.

1278

yapılmasına müsaade etmiyecek muhtevada bir hüküm kabul edilmek icap etmez mi? Keyfiyeti tedkike değer bir mes'eledir. Avusturya hukuku (icra kanunu madde 277) bunu yapmıştır. Ve Almanyada da böyle bir hüküm hararetle tavsiye edilmiştir [138]. Fakat her şeyden evvel müzayede muamelesini—ki mer'î kanuna müsteniden filhal de olabilir: — gayeye uygun surette mücehhez ve münasip satış mahalli temin ve satılacak malları muntazam tertip etmek ve satıştan önce müşteri olacak kimselerin görmesine açık bulundurma ve hususiyeti olan mallarda müzade ilânını, bilhassa muhtemel olan alâkadarları celbedecek tarzda yapmak suretiyle haricen daha lâyık ve ayni zamanda daha iktisadî bir şekle sokmak gerektir. Hakikatte bunlar ufak işlerden olmakla beraber daha iyi bir ihale bedeli elde etmek için ehemmiyetlerini istihfaf caiz olmayan unsurlardır [139].

2. Ayni meseleler tabiî gayrimenkul icralarında da, fakat icraya mevzu olan malların iktisadî mahiyeti icabı olarak bir az başkalıkla varittir. Her şeyden evvel burada cebrî müzayedeyi menkul icrasında mümkün olduğu veçhile geriye atmak hiç bir zaman muvafık olmaz. Bununla beraber icra ve iflâs kanunu hususî icrada müzayedeyi biricik caiz olan satış tarzı olarak nazara almakla da her halde ileri gitmektedir. Gayri menkul icrasında da pazarlık suretile satış caiz olmalıdır. Bundan şüphesiz aynî (dinglich) hak sahibi olanların himayesi için iktiza eden tedbirleri almak lâzımdır [140].

Karşılık prensibi noktasından bu prensibin, gayri menkul kıymetinden noksan satışa mani olmak için çare olmak üzere menkul icrasında olduğundan çok daha müessir olduğu göze çarpar; çünkü haciz edilen gayri menkuller ekseriya rehin de edilmişlerdir. Burada da birinci derecedeki ipotek alacaklıları takipte bulunduğu veya karşılanacak mikdarlar ancak gayrimenkul kıymetinin bir cüz'üne baliğ olduğu takdirde kar-

[138] Stein, Zivilprozess — (Gesetzesreform); sahife 88. Bu kabil hükümler muhtelif kanton hukukunda derpiş edilmişdi, v. Wyss, Z. schw. R., a. F. Cilt 7. Sahife 102. Keza şimdi Almanyada mer'î olan 8. Birinciteşrin 1914 kanununa da bakınız.

[139] Bunlar hakkında bilhassa Chemnitius'un dikkati çeker eserine, Der geringe Erlös beim Pfandverkauf, seine Ursache und die Mittel zur Abhilfe, 1915; bundan başka Stein; Klein, Vorlesungen; sahifa 25 bakınız. Böyle bir yeniliğin sanayiciler nezdinde itiraza uğrayacağı inkâr olunamaz. Muhtelif iktisadî cemiyetler tarafından 1910 yılında Reichstag'a verilen istidaya bakınız; bu istidada ezcümle iflâs aktifinin temliki ancak borçlunun merkez müessesesinde yapılması ve iflâs aktifinden pazarlık suretile satışın iflâsın açılmasından itibaren üç aydan fazla devam etmemesi talep edilmiştir. Bu hususta Kleinfeller, Kritik der neusten Vorschläge betr. die Änderung der K. O. Leipz. Z. cilt 5. Sahife 409 ve sonrakiler; Oetker, Reform der Konkursordnung, DJZ, cilt 16, sahifa 445 ve sonrakiler.

[140] Avusturya icra kanunu, madde 200; Neumann, sahifa 265; Lehmann, Zwangsversteigerung, sahife 232 ve sonrakiler.

şılık prensibi fayda vermemektedir. Bundan dolayı Avusturya hukuku mutat manada karşılık prensibini [141] kısmen ihlâl etmiştir; filhakika bu hukuka göre asgarî ihale bedeli, takip eden alacaklıların alacağına tekaddüm eden alacağın mikdarına bağlı olmayıp bilâkis objektif olarak tayin edilir ve evlerde gayrimenkul teferrüatı da dahil olduğu halde muhammen kıymetin yarısı ve arazide üçte ikisi mikdarıdır. Bununla beraber münferit bir hâdisede alacaklının talebi ile daha yüksek bir mikdarın en aşağı bir bedel olarak tesbit edilmesi caizdir [142]. Bundan başka şübhesiz karşılık prensibi bizim hukukumuza göre takip edene tekaddüm eden alacaklının alacağı yukarıda zikredilen asgarî ihale bedeli ile istifa edilmediği takdirde alacaklı hukukî vaziyetini ihlâl eden ihaleye karşı itiraz etmek hakkını kendisine veren mükellefiyetler vaziyetinin muvakkaten tesbitini talep edebilmek suretile bir rol oynayabilir [143]. Almanyada dahi bu reform çok defa münakaşa edilmiştir; fakat bunda, gayrımenkullerin kıymetinden aşağı satılmasının önüne geçmek lâzım geldiği hakkındaki iktisadî mülâhazalar ilk safta bulunmuyordu, bil'akis daha ziyade bir ipotek alacaklısının, ipoteğini sattırmaksızın gayri menkulü kıymetinden aşağıya iktisap etmesine ve fazla olarak da bütün açığı şahsî alacak olmak üzere borçluya karşı iddiaedebilmesine mani olacak vasıta ve yollar aranıyor idi. Bu halde borçluya kendisini mütalebe eden alacaklıya karşı exceptio doli kabul edilmesi [144] veya bir haksız iktisap iddiası temin edilmesi [145] veyahutta ona, arttırana karşı müzayede şeraitine uygun bir meblâğın tediyesi mukabilinde müzayede edilen gayrimenkulün terkini talep etmek hakkının verilmesi [146] tavsiye olunuyordu. Daha başkaları çareyi, sert bir kıymet tezayüdü vergisinde (Wertzuwachssteuer) [147] yahut devlet ve nahiyeye bütün cebrî müzayedelerde müddetli bir şufa hakkı verilmesinde [148] görürler. Son bir

[141] İsviçre icra ve iflâs kanun, madde 126. 127, 141,D Zv. VG. madde 44 bakınız.

[142] Avusturya icra kanunu, madde 151; Lehmann, sahifa 112 ve sonrakiler; Dersner, Der Kredit und die Liegenschaftsexekution, Grbts: Ztschr, cilt 28, sahife 699 ve sonrakiler. Hüküm fahiş gabin (Laesio enormis) fikrine müstenittir. Klein, Die österr. Zivilprozessgesetzenturürfe. Z Z P de, cilt 19, sahifa 226, N. 73.

[143] Avusturya icra kanunu, madde 164 ve sonrakiler; Lehmann, sahife 187 ve sonrakiler.

[144] Biermann, Verk. des XXX. Deutschen Juristentages, Gutachten, cilt 1. sahife 20 ve sonrakiler.

[145] Predari, sahife 50 ve sonrakiler.

[146] Oertmann, Ermässigung der persönlichen Haftung des Schuldners etc. DJZ cilt 15, sahife 929 ve sonrakiler.

[147] Rosenbaun, Zur Frage des Schuldnerschutzes gegenüber den Hypothekenausfallgläubigern, DJZ, cilt 15 sahife 1248 ve sonrakiler.

[148] Keza Bassermann-Schiffer in talebi, bu talep Reichstag tarafından 125 reye karşı 134 reyle red olunmuşdur. Schiffer, DJZ, cilt 18 sahife 613 ve sonrakilere bakınız.

1280

takım teklifler muhammen kıymetin bir cüz'ünü asgarî ihale bedeli olarak tesbit ettirmeği ister [149]; Almanyanın harp içi kanunu bir dereceye kadar bu telâkkiye iltihak etmiş ve 8-Haziran-916 tarihli nizamnamede eğer teklif edilen en yüksek bedel gayrimenkul kıymetinin dörtte üçünü bulmazsa derecede sonra gelen bir alacaklının talebi ile ihaleden imtina olunabileceğini tasrih etmiştir [150]. Müstakbel İsviçre hukuku için bir hal sureti aranmak icabederse ilk zikredilen teklifler az müessir olmaları itibarile nazara alınamazlar; çünkü iştiraki olmayan üçüncü şahıslara yapılacak kıymetten eksik bir satışa mani olamazlar; onlardan bazıları bundan başka vergi hukukuna müstenid hal suretile, gayrimenkulün müşteri tarafından tekrar satılamsını meşrut kıldığından zararda müşterekdir. Devletin ve nahiyenin şufa hakkı, bilhassa amelî müşkilâtı hasebile akamete mahkûmdur [151].

Şu halde geriye, aleyhine mevcut mülâhazalara rağmen [152] muhammen kıymetin bir cüzünü asgarî ihale bedeli olarak tesbitden başka bir şey kalmıyor [153]; bununla beraber takip eden alacaklıya tekaddüm eden ve iddiaları asgarî ihale bedelile karşılanamıyan alacaklıları himaye için karşılık prensibi bu günkü şekli ile muhafaza edilmek lâzımgelecektir. Tıpkı menkul icrasında olduğu gibi gayri menkul icrasında dahi ikinci müzayede bertaraf edilecektir. Fakat diğer taraftan muhtelif kanton hukukunda malûm olan [154] Fransız (surenchère) sisteminin [155] tekrar kabul edilmesi [156] tavsiyeye şayandır. Fransız hükûmetinin 1868 yılında senatoya takdim edilen kanun lâyihası esbabı mucibesinde yerinde olarak izah ettiği üzere elde edilen bedelin ilânı suretile müzayede (surenchère), rekabeti yeniden kızıştıracağından ve bir mala

[149] Silberschlag, Das Bedürfnis einer Reform der Subhastationsordnng, ZZP. cilt 1 sahife 423 ve sonrakiler; Giese: Eine Frage aus dem Zwangsversteigerungsrecht, DJZ, cilt 14, sahife 263 ve sonrakiler; Schneider, Ausbeutung der Gläubigerstellung, DİZ. cilt 17, sahife 1109 ve sonrakiler. System alayhine bilhassa Kleemann, Eine Frage aus dem Zwangsversteigerungsrecht DJZ, cilt 14, sahife 484 ve sonrakiler.

[150] Hypothekenverordung (RGBL, 1916, sahife 454), bu hususta Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 1922, sahifa 76.

[151 Gusinde, Kein Vorkaufsrecht bei Zwangsversteigerungen, DJZ, cilt 18 safife 958, ve sonrakilere bakınız.

[152] Bu bapta Haab, ZBJV, cilt 58, sahife 531.

[153] Şüphesiz tahmin işlerinde bu gün bizde olduğundan fazla dikkat etmek şarttır. Buna mukabil nümune ittihazına şayan olan Avusturyanın 25-Temmuz-1897 tarihli nizamnamesine bakınız.

[154] Meselâ 31-Mayıs-1847 tarihli Bern hukuk muhakeme usulü, madde 528 e bakınız.

[155] Fransız hukuk muhakeme usulü, madde 708 ve sonrakiler; Garsonnet, saisie immobilière, sahife 291 ve sonrakiler, Fransız ticaret kanunu madde 573. Lyon—Caen, cilt VIII, sahife 24 ve sonrakiler.

[156] Avusturya icra kanunu, madde 195,199 böyledir. Bu bapta Lehmann, sahi . '5ə286 ve sonrakiler.

128

sahip olmak arzusu ve onun iktisabından vazgeçmenin nedameti malın başkasının eline geçeceği görüldüğü anda uyandırılmış olacağından pek elverişlidir [157].

İCRANIN TAHDİDİ

Halli münhasıran ikisadî noktadan bahis mevzuu edilmesi lâzımgelen bir reform meselesi de haciz tahditleri meselesidir. Borçlunun çırçıplak kalıncaya kadar hacze tâbi tutulmaması kaidesi çoktan kabul edilmiş ise de icra tahditleri eskiden çok defa bir fevkalâde adalet (Jus singulare) gibi, alacaklılar tarafından borçlunun bütün mamelekine müracaat olunabileceği hakkındaki borçlar hukukunun esas prensibine muhalif olan bir hukukî lûtuf (Rechtswohltat) gibi sayılmıştır [158]. Bu hukukî lûtuf ve ihsan fikrinden sıyrılmak icabeder; çünkü bu fikir, hareket noktasını teşkil ettikçe vazıı kanunun umumî kaide koyarken alacaklı veya borçluya karşı takınacağı lütufkâr vaziyete göre konkre bir alacaklı veya borçlu münasebetinden mülhem olması ve bunun neticesi âmme menfaatının zarara uğraması tehlikesi vardır. En doğru hal sureti ancak icra tahditleri hakkındaki nizama iktisadî bilhassa içtimaî - siyasî bir vazife nazarile bakıldığı takdirde bulunmuş olur. Devlet geniş bir icra tahdidatı koymak suretile alacaklılar zararına sosyal bir politika yapmak isterse yanlış hareket etmiş olacağı iddia edilmiş ve çünkü bunun için başka vasıta ve yollar ve bilhassa daha salih takayyut tedbirleri bulunacağı söylenmiştir [159]. Bu yapılan tekliflerin amelî tatbik kabiliyeti olmamasından dolayı akametinden sarfınazar hususî hukuk ve usûl hukuku teşriinin sosyal politik vazifeleri ifa salâhiyetini reddetmek de doğru değildir; bilâkis hukukî nizam hakikaten bir sulh nizamı olmak istiyorsa her vakitten daha ziyade bu gün içtimaî bir ruh ile meş-

[157] Neumann, sahife 300 e bakınız.

Münferit usûl meselelerinin izahına burada girişilemiyecektir. Bilhassa teklif edilen yüksek bedelden mütevellit hakkın temliki caiz olmaz mı (bu babda Nussbaum, sahife 128 ve sonrakilere bakınız), arttıranın temerrüdü neticeleri, bedeli vermiyen arttırana karşı olan alacağın doğrudan doğruya alacaklılara devri tarzında tanzim edilmek icab etmez mi (DZUVG madde 118), — çünkü açıktan mesuliyet hakkındaki mer'î sistem beyi nazariyesine müsaittir (Nussbaum, sahife 186 ve sonrakilere bakınız.)-, ihzari muamelede ve paylaşma muamelelerinde şifahiliğe fazla mevki vermek lâzım gelmez mi ve saire gibi meseleler tetkik edilmek lâzım gelir.

[158] Bauer, Das Existenzminimun in Recht und Wirtschaft; Festgabe für Klein, 1914, sahife 309 ve sonrakiler. Meier, Die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung, tez, Zürich 1907, sahife 6 ve sonrakiler, Conrad, Pfändungsbeschränkungen, sahife 150 ve sonrakiler.

[159] Bu bapta Maier, sahife 153 ve sonrakilere bakınız.

1282

bu olmak lâzımdır [160]. Bundan başka haciz tahditlerini ref yahut bu tahdidleri ifratlı bir azaltma iktisadî sebeplerden dolayı dahi red edilmek lâzımgeldiğini unutmamalıdır; çünkü, bu, çürük krediye kapıyı bacayı açık bulunduracaktır [161].

II. Müstakbel kanun, prensip itibarile bu günkü ahkâmın bundan sonra da mer'î kalması noktasından hareket edince diğer taraftan da bazı muayyen malların doğrudan doğruya kabili haciz olmadığının ve diğerlerinin de mahdut surette haczedilebileceğinin kanunda birer birer sayılmasında ısrar edilecek midir, yahut borçluya kendi ve ailesinin infakı için zarurî olanın bırakılması lâzım geleceğini nâtık umumî muhtevada bir madde (Allgemeine Kompetenzwohltat) koymak mı muvafık olacağı meselesi ile karşılaşılır [162]. Bu fikir konkre bir hâdisenin icaplarını her türlü basma kalıpçılıktan âzade olarak nazara almağa müsait olduğundan dolayı cazip görünse de amelî sebeplerden dolayı red olunmalıdır. Filhakika bu fikrin tervici tatbikatın ancak bir kataloğ tanzimi suretile başarılabilmesini intaç edecek surette âmelî sahada bir hukuk emniyetsizliğini ve müsavatsızlığını tazammun edecektir. Fakat böyle bir tâdat olmaksızın işin içinden çıkılamayınca vazii kanunun netice itibarile mer'î sistemi muhafaza etmesi lâzımgelir [163].

1. Evvelemirde haczedilememek meselesinde burada 92 (Türk icra ve iflâs kanunu 82) inci maddenin numaralarını birer birer tetkik etmek ve ne dereceye kadar bir değişiklik zarurî göründüğünü araştırmak bahis mevzuu değildir. Her hald ehaczedilemiyen malların sahasını daraltmamak, bilâkis hatta genişletmek icabeder [164]. Burada iki konkre teklif yapılması mümkündür. Birisi bir kanunî hüküm mucibince borçlunun iki aylık zarurî nafaka ve mahrukat vasıtalarını mevcut değilse bu müddete ait olmak üzere bunların tedariki için lüzumu olan paranın haczi kabil olmayacak surette terk

[160] Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechtes 1889, bilhassa sahife 30; Vierhaus, Soziale und Wirtschaftilche Aufgaben der Zivilprozessgesetzgebung, Festgabe für Koch 1903.

[161] Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1897, sahife 25.

[162] Falkmann, Empfihelt sich eine grundsätzliche Vermehrung der bestehenden Beschränkung der Zwangsvollstreckung etwa in der Richtung einer allgemeinen Kompetenzwohltat, Gutachten z. XXII. Deutschen Juristentag, cilt 1. sahife 240 ve sonrakilerler. Bunsen, aynı mevzu hakkında cilt II, sahife 29 ve sonrakiler.

[163] 22 inci Alman hukukcular cemiyeti kararı da böyledir. cild IV, sahife 85 ve sonrakiler.

[164] Müfredat itibarile Conrad'ın dikkate şayan tekliflerine bakınız, sahife 509 ve sonrakiler, Alman, Fransız ve Avusturya hukuku hakkında Falkmann, Zwangsvollstreckung sahife 672 ve sonrakiler; Cuche, sahife 31 ve sonrakiler. 44 ve sonrakilere; Neumann sahife 61 ve sonrakilere bakınız

edilmesine da irdir [165]. İkinci olarak da Alman usûl kanununun 812 inci maddesindeki borçlunun alelâde ev eşyası cümlesinden olan ve ev idaresinde kullanılan malların satılması halinde elde edilecek bedelin, kıymete nazaran pek nisbetsiz bir bedel olacağı ap açık görüldüğü surette bu malların haczedilmemesine dair olan hükmün kabulü temennisidir [166]. Bu yenilik müzayede hakkında kıymetten aşağı satışlara bir had koymak kararlaştırıldığı takdirde kabul edilebilir. Filhakika daha ilk bakışta satış imkânsız göründüğü halde hacze tevessül etmek ve haciz masraflarına sebebiyet vermek düpe düz manasız bir iş olacaktır.

2. Ücret haczi hukukunun alacağı yeni şeklin büyük bir umumî ehemmiyeti vardır [167]. Mer'î sistem olduğu gibi muhafaza olunsun olunmasın henüz kazanılmamış olan ücret haczinin carî tatbikat hilâfına olarak caiz olmaması lâzım geldiği her halde şüphesizdir [168]; çünkü bu haciz modern şekilde bir borç esaretinden başka bir şey değildir. Bununla beraber revizyon yalnız buna münhasır kalamaz. Mer'î hukuk malûm olduğu üzere ücret alacaklarının ancak borçluya ve ailesine kat'î surette zarurî olmadığı takdirde haczedilebileceği esasına müstenittir. Şu halde haczi kabil mikdarın tesbiti her hâdiseye göre olacaktır. Bir az evvel umumî muhtevada bir madde «Allgemeine Kompetenz wohltat» ın kabulü leh ve aleyhinde serdedilmiş olan sebepler aynile bu sistem leh ve aleyhine de varittir. Bu tatbikat itibarile bilhassa şehirlerde ve şehir münasebetleri yaşayan yerlerde ehemmiyetsiz sayılmayan zorluklar arzeder. Filhakika tatbikatta dahi vazii kanunun tasavvur ettiği gibi, yani her bir münferit hâdise başlı başına takdir edilmek suretile hareket olunmamaktadır; çünkü muhtelif tedkik mercileri senelerce evvel çok veya az mükemmel umumî talimatlar ısdar etmiş, bunlardan ne mikdarın borçluya kalması lâzım geleceği aile münasebetlerine ve borçlunun mesleğine göre âdiyen bir fark yapılarak tesbit olunmuştur [169]. Fakat bundan müstakbel vazii kanun, mer'î sistemin tebdili

[165] Keza Meier, sahifa 161 ve sonrakiler; Klein, Vorlesungen, sahife 22. Alman hukuk muhakeme usulü kanunu madde 811 numara 2 ye de bakınız. Mer'î hukukta paranın terk edilebilmesi ihtilâflıdır, Blumenstein evet, sahife 358, Jäger hayır madde 92 n. 12, diyor.

[166] Keza Meier, Sahife 144, 160: Bu müellif daha ileri gitmek istiyor.

[167] Meselâ Zürich Kantonunda 1922 yılında 10494 hacizden 3094 ücret hacizlerine (% 16) 1923 yılında 19854 hacizden 3649 ücret hacizlerine (18,4 %) isabet etmesi bunu açıkca gösterir.

[168] Keza Blumenstein, sahife 370; Jäger, madde 93, n. 1. B. mesele hakkında VII inci hukukcular içtimaının" ileride istihkak kesbedilecek ücretin ihtiyatî haczi caiz midir ve ne dereceye kadar caizdir" mevzuuna dair olan müzakerelerine de bakınız. Guachten - Koch, cilt I, sahife 100 ve sonrakiler; Gutachten Otto, cilt 1. sahife 182 ve sonrakiler

[169] Jenny, Die Lohnpfändung, tez, Zürich 1912, sahife 100 ve sonrakilere bakınız.

1284

veya gayri kabili haciz hissenin takdiri için sabit bir ölçü temini lâzım geldiği neticesini çıkarmalıdır. Diğer muhtelif kanunlarda kabul edilmiş olan sistemlerden vaktile Almanyada carî olan camit sistem (starre System) [170] dedikleri sistem ki borçluya bırakılması lâzımgelen muayyen mikdarı umumî surette tesbitten ibarettir - her halde nazara alınamaz. Çünkü bu sistem Berlinli bir bankerle şarkî Prusyalı bir tavla uşağını aynı muameleye tâbi tutarak ne mahallî hayat şartlarını ve ne de aile vaziyetini ve ne de borçlunun meslekî vaziyetini hesaba katmaz. Ve yine muayyen bir mikdarın değil de ücretin muayyen bir hissesinin haciz edilmiyeceğini kabul eden hisse sistemi (Quotensystem) [171] de elverişli bir sistem değildir; çünkü bu sistem, en ufak ücretten bile bir hisse haczedebileceğinden, yaşamak için zarurî olan asgariyi (Existenzminimum) nazara almaz ve camit sistem gibi aile münasebetlerini nazardan hariç bırakır. Her iki sistemin zararları bunların münasip surette bir mezci yolu ile bertaraf edilir [172]. Mer'i Almam hukuku da böyle bir mezc derpiş etmiştir. Bu hukuka göre ücret muayyen bir mikdara kadar tamamen ve bundan yukarıda üçte bire kadar haczedilemez ve bu kısım, nafakası borçluya ait olan her bir şahıs için altıda bir, fakat azamî üçte bir mikdarında yükseltilir. Bu suretle fazla mikdardan her halde ve kârda bir sülüs haczolunabilecekdir [173]. Bizde de ücret haczi hukukunun tadili bu istikamette olmalıdır. Bununla beraber doğrudan doğruya hczedilemeyen mikdar mahallî münasebetlere, aile vaziyetine ve borçlunun mesleğine göre başka başka tayin edilmek suretile ince bir fark yapılmak icap eder [174]. Gerçi ne kadar farklar yapılırsa bu nizam (Ordnung)in daha komplike olacağı inkâr edilemezse de maddî noktadan memnuniyetbahş bir netice elde edildiği takdirde bu korkacak bir şey değildir [175]. Diğer taraftan haczi kabil olmayan

[170] Bilhassa Falkmann, Zwangsvollstreckung, sahife 762 ve sonrakiler,

[171] Tadil edilmiş bir hisse sistemi Fransız hukukuna esas teşkil eder. Oldukça karışık (komplizierte) hukuk (Regelung) hakkında 12-İkincikânun-1895 tarihli kanuna (bu bapta Cuche, sahife 179 ve sonrakiler, César—Bru, La saisie - arrêt des salaires, Rev. Gén, dr. cilt 20, sahife 337 ve sonrakilere bakınız. Bu kanun yerine 27-Temmuz-1921 tarihli kanun kaim olmuştur (bu babda Pabon, Traité sur la saisie - arrêt des salaires1922).

[172] Cohn, Über die Notwendigkeit der Reform des Lohnbeschlagnahmerechtes. Gruchots Beiträge, cilt 54, sahife 721 ve sonrakilere (Almanyada yeni nizam bunun tekliflerine istinat eder) bakınız.

[173] 25-Haziran-1919, 23-Birincikânun-1921, 26-Birinciteşrin-1922, 13-Birincikânun-1923, 7-İkincikânun-1924 de değiştirilen 13-Birincikânun-1917 nizamnameye bakınız. 1924 tarihli nizamnameye göre haczedilmiyen mikdar otuz altın markdır; haftada 100 altın markı aşan ücret tahdidsiz haczolunabilir.

[174] Jenny'nin fikri de bu merkezdedir, sahife 150-152, yalnız hisseyi değiştirmek suretile aile münasebetlerini nazara almak ister.

[175] İktisadî münasebetlere mümkün olduğu kadar tam bir intibak için haciz olunamıyan miktar kanunda tesbit edilmemeli, bil'akis bunun tayini bir nizamnameye bırakılmalıdır.

1285

mikdarın takdirinde başka âmiller de nazara alınmalı mıdır, bilhassa teklif olunduğu üzere borçlu tediyeye arzulu olmazsa, icra olunacak alacak alacaklının rızasına bağlı olmadığı halde tevellüt etmiş ise, yahut bir nafaka alacağı mevzuubahis olursa bu mikdarın tenzili yapılmalı mıdır diye sorulabilir [176]. Bu tekliflerin birincisi âmeli sebeplerden dolayı ve hususile ödememekle ödemeyi istememek arasında emin bir had çizmeğe hemen hemen imkân bulunamıyacağından red olunmak icabeder. İkinci teklife gelince bunun lehine hak ve nısfet mülâhazaları serd olunabilirse de bu bir tefriki meşrû kılmak için kanaatbahş derecede kâfi değildir; bundan başka aynı kuvvetle borçluya karşı varit olan adalet sebepleri yaşayabilme derecesinin (Existenzminimum) tenzili aleyhinedir. Fakat nafaka alacaklarının hususî bir hükme tâbi tutulması muhiktir; çünkü yaşayabilme derecesi borçluya nihayet kendi infak mükellefiyetlerinden dolayı is'af edilmez; bu itibarla borçlu nafaka alacaklarını tediyeden kurtulmak için buna istinat edememelidir [177]. Nihayet bu bahiste bir sual daha ortaya atılmak lâzımdır. O da ücret alacaklarına vaz'iyet hakkı, oldukça umumî olarak kabul edilmiş olan takas tahdidinden sarfınazar tamamen veya kısmen olsun temlik veya rehin de hükümsüz sayılacak surette maddî hukuk noktasından diğer bir ikmale muhtaç mıdır meselesidir. Fransız hukuku, ücret alacaklarının haczi kabil degilse temlikine müsaade etmek ve temliki kabil hissenin temliki için ayrıca şekle dair hükümler koymak suretile bunu yapmıştır [178]. Federasyon sosyal kanunları kısmen daha ileri gitmiş ve haczi kabil olmadığını beyan ettiği iddialar noktasından gerek rehni ve gerek temliki caiz görmemiştir [179]. Halbuki İcra ve İflâs kanununun 93 üncü maddesinde zikrolunan iddialar hakkında böyle bir memnuiyet yoktur. [*]

---

[176] Conrad, sahihe 473 ve sonrakiler; Jenny, sahife 152 ve sonrakiler.

[177] Yeni tatbikata: Federal mahkeme kararı, 44, III, m. 53; 45. III, n. 22, 29, bakınız.

[178] Code de trarvail'ın 62 inci maddesile 24-Temmuz-1921 tarihli kanuna bakınız.

[179] Meselâ hastalık kazaları hakkındaki kanuna, madde 96; 23-Birincikânun-1914 tarihli askerî sigorta kanununa; Federal memurların ve müstahdemlerin sigorta sandığı hakkındaki 30-Eylûl-1919 tarihli Federal kanunun 8 inci maddesine bakınız.

[*] Haal ın eseri buraya kadar aynen terceme edilmediği gibi bundan sonraki "medenî ve usûl hukuku arasında münasebet„ e dair olan kısım da alınmamıştır.

1286

No: 106

Belçika Temyiz Mahkemesi

Teşkilât — Prosedür

Yazan: Ad. BRAAS
Liyej Üniversitesi ceza hukuku Profesörü

Türkçeye Çeviren:
Esat Adil MÜSTECABLIOĞLU Baş Müddeiumumî muavini ve Edirne yeni ceza evi Müdür vekili

I — Temyiz mahkemesinin menşeleri

Temyiz mahkemesi kazai kuvvetin muamelâtı üzerinde umumî bir sansör icra eder.

Bu kazai kuvvetin muhtelif teşkilâtı üzerinde kanunun nezaret ve müşahedesini devamlı bir şekilde ikame eder. Menşeleri itibarile IX uncu Lui «Müessesatına» ve Filipin 23-Mart-1302 tarihli emirnamesine dayanır. O devirde — hâkim — hükümdar olan Kral parlâmentoların ve mahkemelerin kararlarını ibtal etmek hakkını kendine tahsis etmişti. 1667 emirnamesi mucibince temyiz «taraflar meclisi» adını taşıyan Kral Meclisinin bir seksiyonu tarafından yapılırdı.

27-Kânunuevvel ve 1-Kânunusani-1790 kanunu ile Mebuslar meclisi nezdinde bir mahkeme ihdas edildi ki, 28-Floreol-XII tarihinde temyiz mahkemesi ünvanını aldı. Bu mahkemenin âzasına 19-Mart-1810 kararnamesi ile âza — Conseiller — titri verildi.

Giron bu hususta der ki: Fransız Mebuslar Meclisinin en büyük telâkkisi bütün mahkemelerin fevkine bir tek mahkemeyi yükseltmiş olmak keyfiyetidir. Müessisan meclisi mevzuatı tevhit prensibini kabul etmişti; eserini tamamlamış olmak için, bütün mahkemeleri kanunların tefsirinde vahdete sevk eden kazai bir heyet ihdasına mecbur idi.

II — Temyiz mahkemesinin teşkilâtı

Brükselde bulunan Belçika temyiz mahkemesi bir birinci Reis, bir daire reisi ve on beş âzadan mürekkeptir.

Âzası iki daire halinde ayrılmıştır. Bunların birincisi hukuk, ikincisi ceza daireleridir [1].

[1] Temyiz mahkemesi bazı hallerde nazırları muhakeme etmek için veya mahallî mahkemenin ısrarı halinde iki daire birleşik (heyeti umumiye) halinde toplanır.

1287

Parke vazifesi bir baş Müddeiumumi (Procureur Général) ve üç baş Müddeiumumi muavini (Avocat Général) tarafından ifa olunur. Bu muavinlerden en kıdemlisi baş muavin (Premier avocat Général) ünvanını taşır.

Temyiz mahkemesinde bir baş zabıt kâtibi, iki zabıt kâtibi ve bir kitabet kalemi vardır.

III — Ana teşkilât kanununun 95 inci maddesi prensibi

Ana teşkilât kanununun 95 inci maddesi bütün Belçikada bir temyiz mahkemesi bulunabileceğini âmirdir.

Mahkemeler davaları rüyet ve hükmederler, temyiz mahkemesi karar ve hükümlere hüküm ve bunları sansür eder.

Temyiz mahkemesi bir hakkı kaza istimal etmekten ziyade bir hakkı hâkimiyet kullanır.

27-Kânunuevvel,1-Kânunusani-1790 kanununun 3 üncü maddesine istinaden kanunî eşkâlin ihlâl edilmiş olduğu bütün usûl hatalarını ve bir kanun metnine mugayeret taşıyan bütün kararları ibtal eder. Temyiz prosedürü (usulü muhakeme) Hollanda prensliğinin 15-Mart-1815 tarihli iradesi mucibince, kendisine arz edilmiş olan bozma sebeplerinin ihtiva ettiği meselei hukukiye çerçivesi haricine asla çıkamaz.

Nasıl ki «Temyizin menşe ve menbaı, gayesi ancak kanunî mevzuatın otoritesini korumaktan ibaret âlî bir tedbirdir... Bu tedbiri ancak, yanlış hükmedilmiş bir hâdise vesilesile kullanabilir .(Merlin Rep).

Temyiz mahkemesi, hakkı kazayı haiz tam bir mahkeme haline inkilâp edemez. Hiç bir suretle maddî vakıaları tashih ve tadil suretile muhakeme edemez; yukarıda işaret ettiğimiz 1815 tarihli iradenin 35 inci maddesi mucibince bu gibi vakıaları temyizi talep edilmiş olan karar ve hükümlerde sadece tebarüz ettirtir [1].

IV — Temyiz yolunun fevkalâdelik karakteri

İtiraz ve istinaf normal ve mutad birer kanun yolu oldukları halde karar ve hükümlerin temyizi fevkalâde bir kanun yolu teşkil eder.

V — Temyiz yolunun açık tutulduğu karar ve hükümler.

A — 1790 kanununun 2 inci maddesile, ceza muhakemeleri usulü kanununun 216,407,408,413 üncü maddelerine ve 4-Ağustos-1832 ve 25-Mart-1876 kanunlarına göre ancak en son kazaî merciden verilmiş olan hüküm ve kararlar temyiz olunabilir [2].

[1] Hâdisenin takdir ve telâkkisi temyiz mahkemesinin salâhiyeti haricindedir. (Belçika temyiz mahkemesi içtihadı).

[2] Belçika mevzuatına göre istinaf ve cinayet mahkemesi kararlarına „Arrét„ cünha polis mahkemesi kararlarına da „Jugement„ denir. Gerçi edebiyatı hukukiyemiz ilâm tâbirini temyiz daireleri kararlarına ve karar tâbirini de beraeti mutazammın mahkeme hükümlerine tahsis etmiş olmakla beraber biz bu farkı hüküm ve karar deye tebarüz ettirmeyi tercih ettik (Mütercim).

1288

Temyiz kabiliyetini haiz olan hüküm ve kararlar şunlardır:

1) Cinayet mahkemesi kararları;

2) İstinaf mahkemesi kararları, (gerek cünha mahkemesi hükümlerinin istinafı üzerine verilmiş veya doğrudan doğruya C. M. U. kanununun 483,479,216,407,413 üncü maddelerinin tatbikinden doğmuş olsun);

3) Askerî mahkemeleri kararları,

4) İstinaf derecesinde verilmiş olan cünha mahkemesi hükümleri (yani polis mahkemesi hükümlerine karşı cünha mahkemelerince istinafen verilmiş olan hükümleri);

B — Bazı heyeti ittihamiye kararlarına karşı 296,298 ve 408 inci maddeleri mucibince temyiz yolu açıktır.

C—Birinci derecede veya nihaî olmayan bir kaza salâhiyetile verilmiş olan kararlar itiraz ve istinaf müddetleri geçirilmiş olsa dahi kabili temyiz değildirler.

VI — Heyeti ittihamiye kararlarının temyizi

Heyeti ittihamiye kararları anprensip ihzarî mahiyetteki kararlardan maduttur. Usulün 416 ıncı maddesi bu gibi nihaî bir hüküm mahiyetinde olmayan kararlar için temyiz yolunu kapalı tutmuştur. Bununla beraber 299 uncu maddenin tayin ettiği üç hal için bu kararların temyiz kabiliyetini kabul etmiştir. Buna 416 ıncı maddenin 2 inci fıkrası salâhiyetsizlik halini de ilâve eylemiştir.

VII — .Cünha ve polis mahkemesi kararlarına karşı temyiz

I — Kabili temyiz olan karar ve hükümler.

1 — Nihaî derecedeki kararlar : Yukarıda tasrih edilmiş olduğu üzere temyiz yolu nihaî derecede verilmiş olan karar ve hükümlere tahsis edilmiştir. Temyiz ancak başka kanun yolu kalmamış olması haline münhasırdır.

2 — *Gıyabî kararlar* : Temyiz mahkemesine müracaat yolu hüküm ve kararların itiraz kabiliyetini muhafaza ettiği müddetçe açıktır. Binaenaleyh temyiz yolu ancak bu itiraz müddetinin hitamından sonra yani normal hiç bir kanunî müracaat imkânı kalmadığı anla teşekkül etmiş olur.

Ve Mart-1908 kanunu mahkûmiyet hükmünün şahsına tebliğ edilmediği hallerde maznun lehine fevkalâdeden bir itiraz müddeti kabul etmiştir; halbuki Müddeiumumi ve müdahil için bu müddet gayri mahdud değildir.

1289

Ayni kanunun 3 üncü maddesi alelitlâk tebliğ tarihinden itibaren on gün zarfında itiraz edilmediği takdirde bu on günün hitamından sonra temyiz yoluna müracaat olunamıyacağını âmirdir.

3. — İhzarî kararlar ve sorgu:

A — 416 ıncı madde mucibince ihzarî mahiyetteki kararlar ve sorgu ancak mahkemece kat'î bir hüküm veya karar verildikten sonra kabili temyizdir.

Temyiz mahkemesine göre ihzari kararlar ve sorgu tabiri umumidir, ve takibatı hitama erdirmeyen her türlü hâdise kararlara şâmildir. Yine bu veçhile müdahilin kabulüne veya mürurı zaman iddiasının reddine dair olan kararlara karşı kat'î hüküm verilmeden evvel temyiz yoluna gidilemez (Temyiz mahkemesi içtihadı).

Keza şahit istimaına müteallik bir karar kabili temyiz değildir (Temyiz mahkemesi).

B — Bununla beraber salâhiyete müteallik hallerde temyiz yoluna derhal müracaat olunabilir. Bu hususta 416 ıncı maddenin metni gayet geniştir.; Nihai derecede verilmiş olan bütün hüküm ve kararlar salâhiyet noktasından bilâ istisna ve derhal kabili temyizdir. Çünkü bunda intizamı kaza ve menfaatı umumiye mevzuubahistir.

2 — Temyiz esasları

Temyiz şu esaslara müstenittir:

A — Kanunun ihlâli: Yani bir kanun veya bir kanuna müteallik nizamî bir hükümden tegafül [1].

Temyiz yoluna gidilebilmesi için yalnız kanunun ihlâli değil, aynı zamanda usulünce neşredilmiş bir kararnamenin idarî veya beledî bir nizamnamenin ihlâli de kâfidir. Eski rejimden kalma fakat henüz meriyetten kaldırılmamış olan kanunların ihlâli de kabili temyizdir.

Fakat, bir âdet veya bir hukuk vecizesinden (Maxim de droit) tegafül veya bir nezaretin tamimini tanımamazlık temyize sebep teşkil etmez (İçtihat 1889).

B — Bir kanun hükmünün yanlış tatbiki: Yani hükmün tatbik edilen hâdiseye uygun olmayışı (tatbikte isabetsizlik).

Bu halde temyiz mahkemesi, hâdiseleri yeni baştan tetkik etmez: Temyiz olunan kararın maddî sübut delillerini olduğu gibi nazara alarak, sadece mer'î kanun hükümlerinin tatbikini kontrol eder.

C — Salâhiyette ifrata gitmek: Yahut bir hâkimin kanunun kendisine tefviz etmediği bir dairei kazayı benimsemesi (içtihat).

[1] Bu cihetten temyiz eden tarafın butlan veya hatadan zarar görmüş olması lâzımdır (İçtihat 1924)

1290

D — Vazifesizlik. Yahut maddî, şahsî veya mahal cihetlerinden başka bir kaza heyetine ait salâhiyetin gasbı.

E — kanunî eşkâlin ihlâli (aleniyet ve esbabı mucibe yokluğu, şahitlerin yeminsiz dinlenmesi ve saire . . .) mahkemelerin muamelâtı matlup eşkâle ne derece bağlı kalırsa o derece hakiki karakter taşır.

Kanunî eşkâlin yerine getirildiği kat'iyetle anlaşılamazsa bu cihet ihmâl ve ihlâl edilmiş sayılır. Bu gibi noksanlar sonradan ikmâl edilemez (Temyiz mahkemesi içtihadı). Temyiz mahkemesi bizzat kararın veya davanın hakiki dokümanlarının istilzam etmemiş olduğu bir formalitenin ikmaline mütedair temyiz edilmiş olan bilfarz, bir istinaf mahkemesi kararı, şahitlerin tabiratı kanuniyeye muvafık şekilde vaki olacak yeminlerinin zabıtlarda aynen tebarüz ettirilmemiş olmasile bozulur.

F — Hukukî bir mukavelenin ihlâli: Mahkemenin iddia makamının veya tarafların binnetice vaki taleplerini ihmâl etmesi. Keza müddei umumiliğin celp ve istimaını istediği şahıslar hakkında bir karar verilmemesi, hukukî bir mukavelenin tayin etmiş oduğu mikdardan veya talepten fazlaya hükmedilmesi.

3 — Temyiz lâyihasında esbabı mucibe

1 — Bizzat hâdise esbabı mucibe olarak kabul edilemez. Temyiz mahkemesinin hâdiseyi takdir edemiyeceğini hatırlatmaya lüzum görmiyoruz.

Temyiz lâyihasının esbabı mucibesi hem hâdise hem hukuk bakımından müşterek olursa netice yine aynıdır (İçtihat).

Vazii kanun, temyiz mahkemesini mahkemelerin maddî vakıa hatalarını tetkik ve tashih vazifesile değil, ancak ve münhasıran kanunun ihmâl ve ihlâlinin sansür etmesi vazifesi ile mükellef kılmıştır.

2 — Hukukî sebep:

A — Hukukî sebebe gelince: Temyiz edilmiş olan karar ve hükümlerin bozulmasını intaç edebileceği mahiyette olması şartile şayanı kabuldür (İçtihat 1922) [1].

B —. Mesaili hukukiyede, bu mucip sebep, şayanı kabul olması için; ihlâl edilmiş olan kanun maddesinin lâyihada işaret edilmiş bulunması lâzımdır (İçtihat 1923).

Mevaddı cezaiyede ise bilâkis temyiz mahkemesi salâhiyetine istina-

[1] Meselâ mahkemece verilmiş olan ceza suça tatbik edilen kanunda yazılı cezanın aynıdır. Şu halde hiç kimse kanun metninin iktibasında hata olabileceğini ileri sürerek karar veya hükmün ibtalini talep edemez.

129

den, bu gibi bozma sebeplerini kendiliğinden meydana çıkartır. Filhakika: cezalı kanunların tatbiki intizamı âmmedendir (İçtihad).

Yine bu veçhile temyiz mahkemesi, maznunun talebile karşılaşmaksızın kendini vazifeli gören askerî mahkemenin bir kararını kendiliğinden bozmuştur. Bundan şu netice çıkar ki; mahkûmun temyiz lâyihasında ihlâl edilmiş olan kanun metinlerinin işaret ve esbabı mucibe zikredilmiş olması mecburî değildir [1].

Fakat müdahilin temyiz yoluna müracaatı halinde mesele bera kisdir: Tamamile hususî bir alâka; esbabı mucibeye istinat etmelidir [2].

3 — Bidayet mahkemelerince işlenmiş hatalardan istirhaç olunan bozma sebepleri.

A — Bu gibi hatalara daha evvelce istinaf hâkimi huzurunda muhalefet olunmamış ise şayanı kabul değildir (içtihad). Yine bu veçhile polis mahkemelerince yapılan eşkâle müteallik ihmallerin butlanı eğer işe istinaf sıfatile bakan cünha mahkemesi huzurunda dermeyan edilmemiş ise; yine keza birinci derecede cünha mahkemelerince işlenmiş şekle müteallik hatalar cünha istinaf meclisi huzurunda tebarüz ettirilmemiş ise temyiz mahkemesine bu sebeplerden temyiz talebinde bulunulamaz.

Belçika Temyiz mahkemesi yine bu hususa mütedair şu içtihatlarda bulunmuştur. Birinci derecedeki (mahkeme teşkilâtı bakımından) hâkim huzurunda bir şahide ettirilen yemine müteallik kanunî tabiratın aynen tekrarlanması; yine birinci derecedeki mahkemenin usulü dahlinide teşekkül etmemesi, temyiz talebi için sebep teşkil etmez.

B — Bununla beraber salâhiyet bakımından mevcut butlan sebebi bu hususta bir istisna teşkil etmektedir.

C — İkinci derecedeki hâkim huzurunda hiç bir itiraz ve muhalefet dermeyan edilmemiş olsa bile; eğer bu hata birinci derecedeki hâkim tarafından işlenmiş olan usûl hatasile birleşmiş ise; eğer bilfarz istinaf mahkemesinin kanaatı cünha mahkemesince usulü dahilinde dinlenmemiş olan şahitlerin ifadelerine istinad ediyorsa temyiz talebi kabul olunur.

[1] Mevadı cezaiyede, müddetinde temyiz edildiği takdirde, temyiz mahkemesi bilâ kaydüşart işi tetkike girişir ve bozma sebepleri ister. Duruşma sırasında şifahen zikr ve izah edilmemiş ister mahkûm tarafından müdafaaten dermeyan olunarak zabta geçirilmemiş olsun; esaslı veya yokluğu ibtali mucip formalitelerin nazara alınmış olup olmadığını araştırmak temyiz mahkemesinin vazifesindendir„ (temyiz mahkemesi içtihadı).

[2] Hakkı şahsî cihetinden, temyiz mahkemesi, istihdaf olunan menfaat tamamen hususî mahiyette olmakla, kendiliğinden bozma sebbplerini göstermez (içtihad). Bu halde temyiz talebini red ile iktifa eder (İçtihat).

Bununla beraber 13-Eylûl-1902 tarihli bir ilâmda redden evvel şu kayd mevcuttur: "kanunî formalitelere riayet edilmiş ve kanunun tatbikinde isabet gösterilmiş olsaydı„. . . „

1292

Bu halde temyiz talebi, hakikatte, bizzat istinaf mahkemesi kararına tevcih edilmiş demektir.

4 — Usulü hukukiye mucibince yapılan tahkikat (instruction ecrite) veya ilk tahkikat (instruction preparatoire) in hükümsüzlüğüne müteda ir bazmo sebebi:

A — Tahkikat veya ilk tahkikatın (adlî, polis, sorgu hâkimi, ara kararı meclisi, heyeti ittihamiye tarafından yapılan) butlan sebepleri mahkemenin sansürüne tâbi tutulamaz. Aksi halde tahkikatı yapan kazaî merciin istiklâli kaybolmuş olur.

Tahkikatın butlan sebepleri yine bizzat aynı kuvvei kazaiyece takdir olunabilir [1].

Heyeti ittihamiye (chambre des mises en accusation) chambre du-conseil'in kararlarını ve sorgu hâkiminin usulü muamelelerini ibtale salâhiyettardır; temyiz mahkemesi ise heyeti ittihamiyenin kararlarını bozabilir [2].

C — Hayatı kendine mal eden birinci derecedeki bir mahkeme ise butlan sebebi 25 - Nisan - 1806 tarihli kanunun 2 inci maddesine göre istinaf hâkimi huzurunda dermeyan olunabilir (içtihat) [3].

4 — Temyiz talebinde bulunabilecek olanlar

177, 216 ve 413 üncü maddeler, cünha ve kabahat işlerinde maznuna malen mes'ul sayılanlara, şahsî hak sahibi müdahile ve kararı veren mahkeme müddeiumumisine temyiz yolunu açık tutmuştur [4], [5].

Bunlara dava açmış olan idarî mercileri de dahil etmek icap eder (Gümrük, Orman daireleri gibi).

413 üncü madde beraet kararları ile mahkûmiyet hükümleri arasında bir fark gözetmemiştir. Bununla beraber «sans interet pas d'action»

[1] Chambre du conseil'in bir şekil hatasına dokunmuş olan bir ordonnansını, bilfarz bu meclisin gayri kanunî teşekkülü sebebiyle davanın şayanı kabul olamıyacağını ileri sürerek sansür etmenin mahkemelere ait olmadığına karar verildi (Temyiz mahkemesi — 1923).

[2] İlk tahkikat ve ara karar meclisinin ordonnans hataları temyiz mahkemesine doğrudan doğruya sevk edilemez, evvelemirde heyeti ittihamiyenin tetkikine tâbi tutulur (C. M. U. K. 408).

[3] Bir Jandarma kumandanı tarafından yapılmış olan keşfin kanunsuz olduğu iddiası doğrudan doğruya temyiz mahkemesine dermeyan olunamaz. (İçtihat)

[4] İstinaf esnasında taraf teşkil etmiyen bir şahsın talebi ve temyiz edilmiş olan böyle bir karar saded harici sayılır (içtihat).

[5] Anprensip, bir tarafın temyizinden yine ancak o taraf istifade eder. Temyiz mahkemesi mahkûmun temyizi ile vakıf olduğu noksan ceza hususunu ancak müddeiumumiliğin aleyhine vaki temyizi mevcut bulundukça nazara alır. Nazarî bir tarik olan Nef'ellilkanun "Cassation dans l'interet de laloi„ temyiz hali bundan hariçtir.

1293

(Bu vecize türkçede şöyle ifade olunabilir: ilgisi olmayanın hakkı davası yoktur). Kavlince hakkındaki takibat durdurulmuş olan maznunun veya kanunun tayin ettiği miktardan aşağı ceza hükmedilmiş olan şahsın temyiz talepleri şayanı kabul değildir. (İçtihad)

Müddeiumumiliğin temyiz talebi — istinaf hususatında olduğu gibi— âmme menfaatı dahilinde cereyan eder. Aynı zamanda maznun lehine bozma sebepleri dermeyan edebilir.

Şahsî hak sahiplerinin (müdahili dava) temyiz talebi ancak hususî menfaat cihetine münhasırdır [1].

5 — Temyiz şekli

Eşkâli temyiz usulün 417 inci ve müteakip maddelerile tayin olunmuştur.

Temyiz telebi mahkûm, mes'ulübilmal «Le civilement responsable» müddeiumumi, idarî merciler (Orman hazine namına) şahsî bir davacı veya müdahil (la partie civile) taraflarından kararı veren mahkeme kalemine yapılır [2].

A — Müddeiumumilik hariç, diğer taraflar kendilerini bir Avue, yahut sahibi salâhiyet bir vekil ile temsil ettirebilir. İkinci halde vekâletname temyiz talebine rabtolunur [3].

Devlet menfaatlerini temsilen mutad olarak mahkemelere çıkan ve temyiz talebinde bulunmak salâhiyetini de haiz olan avukatlar her hadisede hususî vekâletname ibrazına mecbur değildirler. (İçtihad)

Talep defteri mahsusuna kaydedilir.

1893 kanununa göre hapisane müdürleri de, mahkeme zabıt kâtipleri gibi, temyiz istidalarını kabule salâhiyetlidirler [4].

B — Maznunun temyiz talebi bir tek şekle bağlanmıştır, ki o da mahkeme kitabetine veya hapisane müdüriyetine müracaatla defteri mahsusuna talebini tescil ettirmekten ibarettir. Müddeiumumilik, hazine ve idare vekilleri ve şahsî davacı veya müdahil usulün 418 inci maddesine tevfikan üç gün içinde aleyhine temyiz olunan şahsa temyiz lâyihalarını

[1] Şahsî hak sahibinin cünha ve kabahat mevadında temyiz talebi daima şayanı kabuldür.

[2] Alelâde bir mektupla yapılacak temyiz beyanı kabul edilmez. (İçtihad).

[3] Bir Avue tarafından değil de bir avukat tarafından imzalanmış olan ve avukatın tevkile mütedair salâhiyetnameye merbut olmıyan temyiz istidası şayanı kabul değildir. (İçtihad)

[4] Belçikadaki mevzuat ve tatbikata göre "Leprévenu„ polis veya cünha mahkemesine sevk edilmiş olan şahsa, "L'inculpe„ bir cinayet işlemiş olup hakkında henüz ilk tahkikat yapılmamış olan şahsa. "L'accusé„ cinayet mahkemesine sevk edilmiş olan şahsa "Condamné„ ise alelûmum mahkûm edilmiş olan kimseye denir. (Mütercim)

1294

tebliğ ettirmeğe mecburdurlar [1].

C — Temyiz eden şahsî davacı veya müdahil temyiz istidasına hüküm veya kararın musaddak bir suretini rabtile mükelleftir. (içtihad)

D — Tatbikatta temyiz talebi esbabı mucibeli olur. Hiç olmazsa mucip sebepler telhis olunur. Bununla beraber malûmdur ki, mahkûmlar esbabı mucibe zikretmeğe mecbur olmayıp, temyiz mahkemesi ceza kanununa ve ceza muhakemeleri usulüne müteallik hataları kendiliğinden tebarüz ettirir.

Yine yukarıda işaret ettiğimiz veçhile tamamen kendi hususî menfaatlerini takip eden şahsî davacı veya müdahil temyiz taleplerini mucip sebeplere istinad ettirmeğe mecburdurlar.

2 — Esbabı mucibe lâyihası —. Hüküm veya kararı veren mahkeme kalemine müstekillen yapılmış olan temyiz beyanından sonra; maznun müdahil, Mesulübilmal ister beyanın yapıldığı sıra, ister on gün içinde ayni mahkeme kalemine temyiz sebeplerini şerh ve izah eden bir lâyiha verebilirler. (Madde: 422)

Bu lâyihalar doğrudan doğruya temyiz mahkemesine de gönderilebilir. Şahsî davacı bu takdirde ancak bir avukat delâletile temyiz mahkemesine müracaat edebilir. [2]

6 — Temyiz müddeti

1 — 373 üncü maddenin Tatbiki:

A — 216 ıncı madde bu meseleyi tanzim etmemiş olduğundan sulh ve cünhaya müteallik temyizlerde 373 üncü madde tatbik olunur. (İçtihat) [3]

B—Temyiz müddeti kanunî tatil günlerinde de cereyan eder. (İçtihad)

2 — Vicahi kararlarda:

A — Temyiz müddeti hüküm ve kararın tefhiminden itibaren üç gündür. (Madde: 373-1) gecikme ne kadar olursa olsun binnetice: 20-Kânunuevvelde tefhim edilmiş olan bir karara karşı 31-Kânunu evvelde yapılmış olan temyiz talebi kabul edilemez (İçtihad)

[1] Müddete riayetsizlik hakkın zıyaını mucip olmaz. (İçtihad) Bununla beraber müdafi müdafaasını hazırlayabilecek bir zeman ayırmak lâzımdır. Karşı tarafa tebligat yapılmadığı takdirde temyiz mahkemesi temyiz talebini kabul etmeyebilir. (içtihat)

[2] Lâyiha müddei umumiliğe duruşmadan en az sekiz gün evvel bildirilmiş olmalıdır. (İçtihad)

[3] Temyiz talebi müddetin hitamından sonra da vakî olsa, eğer gecikme bir fors majör den ileri gelmiş ise, kabul olunur.

1295

B — 409 ve 412 inci maddenin gösterdiği hallerde temyiz müddeti Müddeiumumilik ve şahsî davacı için yalnız 24 saattir. (Madde: 374) ve müttehimin cinayet mahkemesi huzurunda beraet etmesi halinden bahis olan bu iki madde hükmü temyiz mahkemesinin bir içtihadile sulh ve cünha mevadına da teşmil olunmuştur.

Fransız içtihadına göre bu müddet saat saat hesap olunur. Belçika içtihadına göre tam bir gün olarak hesablanır. Bu günün resmî tatil gününe raslamış olmasının ehemiyeti yoktur.

3 — Gıyabî kararlarda:

Temyiz müddeti yine üç gündür.

Fakat bu müddet 187 ve 208 inci madde hükümleri mucibince ancak itiraz müddetleri hitamında işlemeğe başlar. İtiraz yolu açık kaldıkça, temyiz yolu anprensip kapalıdır.

Yine bu veçhile, Müddeiumumilik, hazine ve idare vekilleri, şahsî davacı, mahkûm için tanınmış olan itiraz müddetinin hitamından itibaren tam üç gün içinde temyiz beyanında bulunabilirler [1]

VII — Temyizin infaz üzerine tesiri.

A — Temyiz mahkemesi derecatı mehakimden birini teşkil etmemesi sebebile tetkikatını da anormal ve istisnai bir usule tâbi tutar.

Anprensip, karar ve hükümlerin temyiz edilmesi infazlarına mani teşkil etmez. Bu hukuk muhakemeleri usulü kanununun bir kaidesidir.

Cezai hususlarda ise, insani ve makul telâkkilerle temyiz talebinin infazı durdurulması kabul edilmiştir. Bu usûl kabul edileli beri temyiz neticesine kadar mahkûmiyetlerin infazı tecil edilmiş olur. Meselâ temyiz talebine rağmen ölüm cezası infaz edilemez.

B — Alâkadarlara tanınmış olan temyiz müddeti de tarihi infazı mucibtir.

Usulünce yapılmamış olan temyiz talepleri dahi infazın tehirine sebep olur. (İçtihad)

VIII. — Cinayet mahkemesi kararlarına karşı temyiz.

1 — Prensip. Nihai derecede verilmiş karar.

Cinayet mahkemesi kararları — ayni zemanda bu mahkeme reislerinin beraet Ordonnansları — nihai derecede verilmiş kararlardandır. Bunlara karşı açık yegâne kanun yolu temyizdir.

[1] Beraet halinde; müddei umumilik ve şahsî davacı için temyiz müddeti yirmi dört saattir. Vicahi ve gıyabi kararlar arasında fark gözetilmez.

1296

2 — Temyiz şayanı kabul kararlar.

1 — Mahkûmiyet kararı — . 373 üncü madde temyiz yolunu dava ile bütün taraflara açık tutmuştur [1].

Müdahilin temyizi ancak nakdi tazminat cihetine inhisar ettirilmiştir.

2 — Beraet Ordonnans Jürinin verdiği «No culpabilité» kararile beraet kararı aleyhine kanun yolları kapalıdır. (Madde: 409, 350) [2].

Müddeiumumilik temyizi ancak Nef'ellilkanun mümkün olup bu da beraet eden tarafı mutazarrır edemez.

Müdahil taraf bir beraet kararı aleyhine temyiz yoluna müracaat edemez. Eğer beraet eden müttehimin mukabil talebinin fevkinde bir miktarla mahkûm edilmiş ise ancak kararın bu kısmının ibtalini isteyebilir. (Madde: 412)

3 — Ademi mesuliyet (Arrêt d'absolution) ve sukut kararı [3].

Ademi mesuliyet kararı almış olan müttehem bu karar aleyhine mucip sebebler her ne olursa olsun temyiz yoluna gidemez. (Temyiz hüküm fıkrasına müteveccih olup mucip sebeblere tevcih edilemez.) — Fransız temyiz mahkemesi içtihadı -

Müddeiumumi, eğer ademi mesuliyet kararı bir kanunun mevcut olduğu halde olmadığı sebebine istinad ettirildiği hallerde temyiz edebilir. [4].

Müdahi taraf (Beraet kararlarından olduğu gibi) ancak ve yalnız yukarıdaki zikredilen 412 inci madde hükmüne göre temyiz yoluna muracaat edebilir.

3 — Temyiz müddeti ve infaza tesiri.

1 — Mahkûmiyet ilâmı — . Temyiz müddeti ilâmın tefhiminden

[1] Cinayetin mahiyetine göre kanunda yazılı cezadan gayri bir ceza verilmiş olduğu hallerde müddei umumilik de mahkûmu müttehem (L'accuse condamne) gibi temyizi tahrik edebilir. (madde: 410-1) verilmiş olan ceza cinayetin mahiyetine göre kanunda yazılı cezanın ayni ise, hiç kimse kanun metninin iktibasında hata olabileceği iddiasile temyiz talebinde bulunamaz (411 inci madde).

[2] Kabul edilmiş umumî bir fikre göre usulün 409 uncu maddesine tevfikan cinayet mahkemesi müddei umumisi bir beraet kararı aleyhine Nefellilkanun temyiz talebinde bulunabilir. 441 inci madde mefadına göre ise bu istisnaî kanun yolu diğer mahkemeler için ancak temyiz baş müddei umumisine açık tutulmuştur.

[3] "Absolution„ tabiri Belçika ve fransız mevzuatına göre suçu işlediğine kanaat getirildiği halde bazı sebeblerle cezalandırılamama halidirki bunlarda: o suç için kanunda yazılı bir madde bulunmaması; fiilin müruru zamana veya umumî affa oğraması gibi. Bizim mevzuatımız da ikinci ve üçüncü hallerde sukut tabiri kullanıldığı için biz bu kelimeyi bir taraftan ademi mesuliyet ve bir tarafdan da asukut deye terceme ettik. (Mütercim)

[4] Absoluiton "halinde cinayet mahkemesi müddei umumisi nefellilkanun temyiz talebinde bulunamaz. 409 uncu madde bu cihetı yalnız beraet kararlarına tahsis etmiştir (İçtihad) bununla beraber adliye nazareti veya temyiz baş müddei umumisi 441 ve 442 inci maddeler mucibince bu cihetten temyiz talebinde bulunabilirler.

1299

itibaren (Tefhim günü sayılmaz) üç gündür. Temyiz ile — ve temyiz müddeti esnasında da — hükmün infazı durur.

2 — Beraet veya ademi mesuliyet ve sukut] kararları — 409 uncu madde mucibince beraet kararını nefellilkanun temyiz edebilecek olan cinayet mahkemesi müddei umumisi ve 412 inci madde mucibince temyiz yoluna gidebilme hakkı olan müdahil taraf yirmi dört saat zarfında temyiz beyanında bulunmaya mecburdurlar. Bu yirmi dört saatin kanunî tatil günlerine rastlamış olmasının ehemmiyeti yoktur. (İçtihad)

Ademi mesuliyet kararlarına karşı müddei umumilik için temyiz müddeti üç gündür.

4 — Gaiplik kararı (Arrêt Par contumace) [1]

A — . Temyiz yolu baş müddei umumiye ve tanzimat cihetinden müdahil tarafa açıktır.

B — . Müttehem ele geçtikten veya isbatı vucut ettikten sonra verilen kararın (Arrêt purgean la contumace) temyizi mutad müddete tabidir.

IX. Askerî mahkemelerin kararlarına karşı temyiz yolu.

Bu husus 29 - İkinci kânun-1849 tarihli kanunla tanzim olunmuştur. Askerî mahkemelerin kararlarına karşı temyiz umumî hükümlere göre tabidir.

Mahkûmiyet halinde temyiz yolu mahkûma, Auditeur général, ve şahsî hak sahibine açıktır. Usulü cezaiyenin 350, 409,416 ıncı maddeleri hükümleri askerî mevada da şamildir.

X — Temyiz mahkemesinde: prosedür.

1 —. Temyiz mahkemesi prosedürü ceza muhakemeleri usulü kanununun 424 üncü ve müteakip maddelerile ve 15-Mart-1815 kararnamesile tanzim olunmuştur.

Müddeiumumilik bütün işlerde alâkadar kılınmıştır.

2 — Vaz geçme:

Vaz geçeme «desistement» yapılmış olan temyiz talebinden feragat demekdir. Âmme menfaati namına hareket etmiş olan müddeiumumilik vaz geçmez. İdari makamların vekilleri (Orman hazine gibi) salâhiyetli mercilerin müsaadesile vaz geçebilirler.

[1] Belçika mevzuatına göre, yakalanmayan veya ikametgâhına ittihamname tebliğatı yapıldıktan sonra on gün zarfında isbatı vucut etmiyen yahut jüri kararını vermeden evvel firar eden müttehim hakkında verilen karara "Arrêt par coutumace„ denir. Mahkûmun ceza müruru zamanı müddetinden evvel ele geçmesi veya kendiliğinden isbatı vucut etmesile hasıl olan vaziyetten sonra evvelce verilmiş olan kararı hükümden iskat eden yeni karara ise "Arrêt purgeant la contumaca„ denir. (Mütercim)

1298

Suçlu ve şahsî hak sahibi her hasusta vaz geçmeye ehildirler. Bununla beraber temyiz mahkemesince bu hususta bir karar verilmesi lâzımdır.

Şahsî hak sahibinin veya suçlunun vaz geçmesi halinde karşı tarafa bu cihet tebliğ olunur.

3 — Temyiz ilâmı:

Temyiz mahkemesi ilâmları diğer mahkemelerinkisi gibi esbabı mucibeyi haizdir ve alenî celsede tefhim olunur.

4 — Temyiz talebinin red veya kabulü:

A — Eğer temyiz lâyihasında ileri sürülen sebepler varid görülmez ve mahkeme kendiliğinden bir bozma sebebi bulmaz ise talep red olunur.

B — Eğer bozma sebepleri varid görülür veya mahkeme kendiliğinden bozma sebebi bulursa kararı nakzeder. Bozulmuş bu karar anprensip onu vermiş olan mahkemeye muadil diğer bir mahkemeye sevk olunur [1].

C — Temyiz mahkemesi bir kararı kısmen tasdik ve kısmen de nakzedebilir.

5 — Islahan temyiz:

1 — Kararın tamamının ıslahı—Kanunun sarahaten suç saymadığı hâdiselerde, (Nulla poena sinelege) suç unsurlarının tamam bulunmadığı hâdiselerde, suçlunun lehine müruru zeman, kaziyei muhkeme, af . . gibi sukut sebeplerinin mevcut olduğu hallerde; temyiz mahkemesi kararı kat'î olarak nakzeder. Daha doğrusu cezayı resen kaldırır. Bu suretle artık bu kararın her hangi bir mahkemeye gönderilmesine lüzum kalmaz.

2 — Kararın kısmen ıslahı — temyiz edilmiş olan bir karar eğer kısmen kabili islah ise temyiz mahkemesi doğrudan doğruya bu kısmı ıslah eder. Yine bu suretle dosyanın tekrar mahkemeye tevdiine mahal kalmaz. [2]

6 — Umumî heyet halinde: ikinci temyiz

A — Eğer dava evrakının tevdi olunduğu mahkeme temyizin ileri sürdüğü bozma sebeplerini aynen kabul ve ittiba ederse, tekrar ayni sebeplere istinaden yeniden temyiz talebinde bulunulamaz.

B — Eğer evrakın tevdi olunduğu mahkeme evvelce verilmiş ve temyizce bozulmuş olan kararın ayni bir karar verir (yani eski kararda ısrar ederse) ve bu ikinci karar aleyhine evvelce dermeyan edilmiş olan ayni sebeplere istinaden yeniden temyiz talebinde bulunursa, bu halde

[1] Askerî mahkeme kararlarının bozulması halinde dosya kararı vermiş olan ayni mahkemeye iade olunur ancak davayı rüyet için yeni bir heyet teşkil olunur.

[2] Noksan veya fazla harç hükmedildiği hallerde kısmen ıslah usulünün türk temyiz mahkemesince de tatbik edilmekte olduğu malûmdur. (Mütercim)

1299

dava dosyası temyiz mahkemesi umumî heyeti tarafından tetkik olunur. [1]

Bu yeni karar umumî heyet tarafından bozulduğu takdirde mahalli mahkeme bu bozmaya aynen uymaya mecburdur.

XI — Temyiz mahkemesinin hususî vazife ve salâhiyetleri

1 — Nefellilkanun — temyiz

1 — Umumiyetle — 27-Teşrinisani-1790 kanununun 25 inci 27-Van tüz-VIII senesi kanununun 80 ve 88 inci, 4 Ağustos-1832 kanunun 29 uncu ve usulü cezaiyenin 441 ve 442 inci maddeleri Nefellilkanun temyiz usulünü tanzim etmiştir.

Bu nazarî ve doktrinal temyiz yolu prensipleri korumak ve salâhiyet ıfratını önlemek maksadile ihdas olunmuştur. Nefellilkanun temyiz tarafların menfaatlerini ihlâl etmez.

2 — Yazılı emirle bozma talebi — Pourvoi surordre formel duministre de la Justice — adliye nezareti temyiz mahkemesi baş müddeiumumiliği vasıtasile kanuna muhalif hüküm, karar ve muamelelerin ibtalini isteyebilir (Madde: 441).

Bu salâhiyet askerî ve sivil bütün mahkeme kararlarına karşı da caridir. Yazılı emir mahkeme kararlarının müstenidat ve mucip sebeplerine de tevcih edilebilir.

Baş müddeiumumilik yazılı emirler bozma talebinin muhik olup olmadığını tetkike mecburdur. Ancak nezaretce ileri sürülmuş sebeplere mukayyet olup ayrıca ilâve yapamaz. Bununla beraber yazılı emrin esbabı mucibesini tevsi ve takviye edebilir.

Yazılı emirle bir kararın ibtali münhasıran âmme menfaatini alâkadar edeceğinden suçlu aleyhine bir vaziyet ihdas etmez. Bununla beraber lehe olan neticelerinden istifade edebilir (içtihad).

İbtal, şahsî hak sahiplerinin menfaatlerine tesir etmez.

Baş müddeiumumi yazılı emri bir talepname ile ait olduğu kaleme sevk eder.

3 — 442 inci maddenin gözettiği hallerde baş müddeiumumiliğin temyizi — 441 inci madde bütün kararlara hatta istinaf mahiyetinde olanlara karşı da adliye nazırına yazılı emir vermek salâhiyetini verdiği halde 442 inci madde yalnız nihai derecede verilmiş ve ancak temyiz mahkemesince tetkiki lâzımgelen ve temyiz yoluna müracaat etmiyerek

[1] Heyeti umumiyenin tetkiki için mahkemenin doğrudan doğruya temyiz ilâmında formüle edilmiş olan hukuki teze karşı mukavemet ve ısrar göstermiş olması lâzımdır.

1300

müddeti geçirmiş oldukları karar ve hükümlere şamildir. [1] bu müddet Filhal geçmiş olmalıdır.

Bu halde temyiz mahkemesi Baş müddeiumumiliği kendiliğinden ve adliye nezaretinin emrine lüzum kalmaksızın temyiz talebinde bulunur. [2]

4 — *499 uncu maddenin gözettiği hallerde cinayet mahkemesi müdeiumumisinin temyiz talebi* — Cinayet mahkemesi müddeiumumisi Nefellilkanun ve beraet etmiş olan tarafın haklarını ihlâl etmeksizin 409 uncu maddenin gözettiği hallerde 24 saat zarfında temyiz talebinde bulunabilir.

Bunun haricinde, Temyiz mahkemesinden Nefellilkanun hukukî bir karar istemek imtiyazı yalnız temyiz mahkemesi Baş müddeiumumisine tanınmıştır.

2 — İadei muhakeme usulü

A — Mademki katileşmiş olan karar ve hükümler kanuni bir karakter taşıyordu. Şu halde hatanın da mümkün olabileceğini evvelden kabul etmiş olmak icap ederdi. Diğer taraftan Prosedürün bir çok sebeplerle teaddüd etmesi de içtinabı kabil olmıyan bir vakıa idi. Binaenaleyh iadei muhakeme usulü oldukca tahdid edilerek ihdas olundu.

Fransız müessisan meclisi, Jürinin tekrar ihdasını kâfi bir teminat sayarak af gibi iadei muhakemeyi de kaldırmıştı. Fakat bir hatayî adlî hâdisesi yüzünden bu usûl 1793 de tekrar tesis olundu.

B — Bu gün Belçikada iadei muhakeme usulü 1894 tadilâtı ile birlikte usulü cezaiyenin 443 ve müteakip maddelerile tanzim olunmuştur.

İadei muhakeme cinayet ve cünha işlerinde kabul edilebilir (İçtihad). Polis cezaları için (Yani kabahatler) cinayet ve cünha suçlarına bağlı olarak hükmedilmiş olsa bile iadei muhakeme yolu kapalıdır.

İadei muhakeme sebepleri şunlardır.

1 -) Kararlar arasındaki tenakuz ve bu tenakuz bir masumun mahkûm edilmiş olması:

Meselâ: bir tek kurşunla husule gelmiş yaraların faili olarak iki kişinin ayrı ayrı mahkûm edilmesi (İçtihad) iki kişi tarafından Belçikaya sokulmuş olan kaçak eşya dolayisile üç kişinin mahkûm edilmesi (İçtihad) bir kişi tarafından işlenmiş olan ağaç çalma suçundan dolayı iki kişinin mahkûm edilmesi (İçtihad).

2) Yalan şehadet yüzünden mahkûmiyet:

3 -) Yeni vakıalar: bu vakıaların ihtiva ettiği delillerin mahkûmun

[1] Baş müddeiumumi, kanunî müddetlerin hitamından sonra hiç bir tarafça temyiz edilmemiş olan hüküm ve kararlara karşı temyiz mahkemesine karşı talepte bulunabilir. (1832 kanununun 29 uncu. M)

[2] Taraflardan biri tarafından sevk edilmiş olan bir davanın duruşmasında; Baş müddeiumumilik "icabı hale göre„ Nefellilkanun temyiz talebinde bulunabileceği de içtihaden kabul edilmektedir.

130

masumiyetini mübeyyin olması lâzımdır.

Temyiz mahkemesi de kuvvetli bir şüphe üzerine iadei muhakeme yoluna gidilmesini emretmek salâhiyetini haizdir [1].

Mahkûmun suç işlemesine mahal verecek mahiyette ateh getirmiş olması da yeni bir vakıa teşkil eder. (İçtihad)

C — İadei muhakeme mahkûm tarafından eğer mahkûm ölmüş veya medenî haklarından mahrum veya gaip ise karısı, usul ve furuu; erkek ve kız kardeşleri tarafından talep olunabilir. Adliye nezareti her suretle iadei muhakeme talebinde bulunabilir.

D — Temyiz mahkemesi iadei muhakeme taleplerilini tanır.

Anprensip temyiz mahkemesi bu gibi talepleri bir istinaf veya cinayet mahkemesine tetkik ve intaç ettirir.

E — Eğer iadei muhakeme mahkûm lehine neticelenirse mahkûmiyet cezri bir şekilde ve hukukî neticelerile birlikte ortadan kalkar (Şahsî hak sahibi aldığı tazminatı iade eder.. [2]

3 — Merciin tayini

A—Merciin tayininden «indication dejuges veya Regmlement de juges» maksad muhtelif hâkimler veya kaza daireleri arasındaki vazife ve salâhiyet ihtilâfının temyiz mahkemesi tarafından halli: usulüdür.

Bu ise usulü cezaiyenin 525 ve müteakip maddelerile tanzim olunmuştur.

B – İhtilâf ya bir kaç hakkı kazanın ayni hâdise üzerinde salâhiyet iddiası suretile müsbet, veya salâhiyetsizlik beyanı suretile menfi olur. Her iki halde de ihtilâf adaletin tevzii bakımından zararlı olup bir otorite tarafından halli icap eder.

19 - Haziran - 1913 ilâmile temyiz mahkemesi şöyle bir hâdisedeki merci ihtilâfını hal etmiştir:

«Menin" kantonunun polis mahkemesi bir davaya suçun «Vervicu» kantonu arazisinden işlenmiş olduğunu sebep göstererek bakmamış «Wervigü» polis mahkemesi ise ayni hadiseyi, suçun Menin kantonunda işlenmiş olduğunu ileri sürerek salâhiyetsizlik iddia etmiş, binnetice bu kararlardan biri istinafca tasdik olunmak, diğeri de müddeti geçirmek suretile katileşmiştir. Nihayet dava Moorsela mahkemesine sevk olunmuşdur.

C — Derecatı mehakim arasındaki ihtilâflara pek seyrek rastlanır. Bilâkis hüküm mercilerile sorgu mercileri arasında ihtilâf pek çoktur. Meselâ cünha mahkemesi fiilin cinayet mahiyetinde olduğunu veya maznunun askerî bir sıfatı haiz bulunduğu sebeplerini ileri sürerek vazifesizlik iddia edebilir.

[1] Meşhur Dreyfüs hadisesinde Fransız temyiz mahkemesi böyle bir içtihadda bulunarak iadei muhakeme yolunu açmıştır. (Mütercim)

[2] 447 inci maddesinin 3 üncü fıkrası iadei muhakeme neticesinin ilânı ile birlikte hükûmet tarafından bir tazminatın da verilebileceğini naraza almıştır.

1302

D — Tayini merci ihtilâfının halli talebi temyiz mahkemesine karşı alâkadar olan taraflarca, maznun, müttehem, müddeiumumi ve şahsî hak sahiplerince yapılır. (Belçika ve Fransız temyiz içtihadı)

E — Temyiz mahkemesi mercii tayin eder. Bu suretle davanın sevk olunduğu mahkeme artık tekrar salâhiyetsizlik iddiasında bulunamaz.

4 — Davanın emniyeti umumiye bakımından bir mahkemeden diğer bir mahkemeye nakli:

Temyiz mahkemesi gerek emniyeti umumiye; gerek meşru bir şüphe bakımından vakî talep üzerine davanın diğer bir mahkemeye nakline salâhiyettardır.

Emniyeti umumiye sebebile nakil kararı ancak temyiz mahkemesi baş müddeiumumisinin talebi üzerine verilebilir.

Temyiz mahkemesi 1833 de müttehemlerin suç ortaklarının entrikalarile tahrik edilmiş olan bir kaza dairesine ait bir davayı daha uzak diğer bir cinayet mahkemesine nakline karar vermiştir . . . Keza düşman işgali sebebile şarkî flânder cinayet mahkemeleri salâhiyettar bulunduğu davaları 1916 da Anveres vilâyeti cinayet mahkemelerine nakledilmelerini kararlaştırmıştır.

Fransız temyiz mahkemesi de 1810 da yüksek dereceli bir memurun davasını mahallindeki nüfuzunu göz önünde tutarak diğer bir mahkemeye naklettirtmiştir.

Nakil daima ayni dereceyi haiz mahkemeye yapılır. Bu kazai salâhiyetin bir mahkemeden diğer bir mahkemeye nakli mahiyetindedir. (Ratione Loci)

5 — Davanın Meşru şüpeh üzerine diğer bir mahkemeye nakli

1 — Müstenidat ve eşkâl — usulün 542 inci maddesine göre taraflar hâkim veya mahkemenin her hangi suretle olursa olsun bitaraflığından şühpe ederlerse davanın diğer bir kâkim veya mahkemeye naklini temyiz mahkemesinden isteyebilir [1].

Bu talep bütün taraflarca, müddei umumi, şahsî hak sahibi müdahil ve maznun tarafından yapılabilir.

Temyiz mahkemesi 1833 de bizzat sulh hâkiminin de zan altında bulunduğu bir kabahat davasının diğer bir polis mahkemesine naklettmiştir. Keza 1874 de salâhiyettar mahkeme âzasının tarafgirliği şikâyeti üzerine dava diğer bir sorgu hâkimi huzuruna naklolunmuştur. 1843 de bir sahtekârlık ve kalpazanlık davası halkın heyecanı ve Jüri üzerinde yapılmış olan nüfuz ve tesirler sebebile Lüksenburg cinayet mahkemesinden Namür cinayet mahkemesine nakledilmiştir.

Şüphe üzerine yapılan nakil talepleri kat'î va kıalara vemakul sebep-

[1] Nakil talebi ilk tahkikat hakkında sorgu hâkimine karşı da yapılabilir.

lere müstenid olmalıdır [1].

2 — Meşru şüphe bakımından davanın nakli talebi ile reddi hâkim (Recusation) arasındaki fark — Hukuk muhakemeleri usulü kanununun hukuk, ticaret, ceza mahkemeleri ve disiplin heyetleri âzasına kabili tatbik olan 44,378 ve müteakip maddelerinin tanzim etmiş olduğu reddi hâkim ile şüphe üzerine yapılan nakli davayı yekdiğerine karıştırmamak lâzımdır.

Anprensip reddi hâkim bir hâkimin şahsını; nakil talebi ise bilâkis bir dairei kazayı, bir mahkemeyi istihdaf eder.

Reddi hâkim hakkındaki kararı, anprensip red olunan hâkimin mensup olduğu mahkeme verir. [2] Halbuki nakil kararı sureti katiyede temyiz mahkemesince verilir.

Reddi hâkim sebepleri tahdit edilmiştir. Meşru şüphe üzerine yapılacak nakil talebi mucip sebepleri ise bilâkis temyiz mahkemesinin takdirine bırakılmıştır.

Kendisinde reddi hâkim sebeplerinin mevcudiyetini bilen bir hâkim kendiliğinden davaya bakmaktan istinkâf edebilir. Ve davanın nakli kararı ise ancak temyiz mahkemesinin ilâmile mümkündür.

Bir mahkemenin bütün âzasının red edilmesi hali, davanın meşru şüphe üzerine nakli ile tedahül eder: Bu halde itimadsızlık hâkimin şahsına karşı değil doğrudan doğruya o dairenin hakkı kazasına karşı gösterilmiş demektir [2] [3].

6 — Hâkim aleyhine hukukî takib yolu — "Prise à Partie"

1 — Esaslar —. Hâkimlerin istiklâllerini temin, onları müdafilerin ifrat ve entrikalarından korumak, aleyhlerinde açılacak haksız davalara mani olmak maksadile vazii kanun hâkimlerin vazifelerinden mütevellit tazminat davalarını bir takım kat'î eşkâl ve şartlara bağlamıştır [4].

Uusulü hukukiyenin 505 inci ve müteakip maddeleri hâkim aleyhine vaki olacak bu gibi hukukî takibatı tanzim etmiştir. Bu maddeler oldukça mahduddur. Medenî hukukun 1382 ve 1383 üncü maddelerine

[1] Maznun ve müdahilin nakil arzuhali temyiz mahkemesi avukatlarından biri tarafından imzalanmış olmalıdır.

[2] Sorgu hâkiminin reddi de bu kabildendir.

[3] Sulh ve polis hâkimleri hakkındaki emniyetsizlikten ileri gelen red sebepleri 44 üncü madde hükümlerine tâbidir. Diğer red sebepleri hâkimin şahsı ile hakkı kazasını ayni zemanda istihdaf edeceğinden nakli dava talebi tercihan tatbik olunur.

[4] Hâkim aleyhine tazminat davaları âmme hukukuna müteallik hata ve ihmallere şamil olmıyacağı gibi vazifesinin ifasından doğan fiillere de teşmil edilemez. (şüphesiz bu arada bilfarz dayak ve yaralama gibi fiilleri hariçtir.) ancak kazai suiistimallerden ve hareketlerden veya vazifesinin icaplarını yapmamaktan doğacak zararların tazmini istenebilir.

1304

müteallik mutad dava yolları bu hususta kapalıdır [1] [2] [3].

2 — Aleyhlerine takibat yapılabilecek olanlar —. Usulü hukukiyenin 505 inci maddesinde Geçen «Hâkim — Juge» tabiri gerek Doktrin gerek Jürisprüdans bakımından umumî bir manayı haiz olup sadece mahkeme âzalarına verilmiş bir sıfat değildir [4]. Müddei umumilik ve adlî zabıta memurları da bu sınıfa dahil sayılır.

Bu sebeple, adlî zabıta memuru sıfatile bir belediye reisinin haksız fiilinden doğan zararın mutad hukuk davasile takibi caiz değildir. Yine bu veçhile bir belediye reisi muavininin ve bir kır bekçisinin vaziyeti de ayni şekilde mütalâa edilmelidir. Keza bir polis komiseri hakkında da «Prise Partie» yoluna müracaat icap eder [5].

Adlî zabıta vazifelerinden gayri diğer fiiller hukuku âmmeden sayılır. İdarî polisin fiilleri «Prise à paritie» kaidesinin tatbikini icap ettirmez [6] [7].

Eğer hâdiseye hâkim veya adlî zabıtadan biri ile birlikte gayri resmî bir şahıs da karışmış ise «Priseà partie» usulü onun hakkında da cari olur.

3 — Temyiz mahkemesinin salâhiyeti —. Evvelce mevcut olan merci ve salâhiyet farkları 25-Mart-1876 kanunile kaldırılmıştır.

Hâkimlerin vakar ve haysiyeti ve kazai fiillerden doğan ihtilâflar ehem miyetlerile mütenasip azamî bir teminata bağlanmıştır.

Bu sebeplerdirki: hâkimler aleyhine vukubulacak takibat için münhasıran temyiz mahkemesi salâhiyettar kılınmıştır.

---

[1] Hâkim aleyhine hukukî takip yolu usulü cezaiyenin, 47 inci ve müteakip maddelerinin gözettiği ceza davalarının açılmasına mani teşkil etmez.

[2] Usulü cezaiyenin bazı maddeleri (Madde 77,112,271) "Priseà partie„ yolunu açık tutmuştur.

[3] Yine usulü cezaiyenin 415 inci maddesi temyiz mahkemesile; istinaf mahkemelerini, hâkimlerin işlemiş oldukları çok ağır fiillerinden dolayı muhakeme etmekle mükellef tutmuştur.

[4] Hukuk, ticaret, ceza hâkimlerinden başka 505 inci madde, bidayet mahkemelerinde noksan âzanın icabında yerini tutan avukat ve avueler aleydinde de "Prise à Partie„ yolunu açık tutmuştur.

[5] "Prise à paritie„ kaidesi hâkimlerle beraber, ayni zemanda kazai vazifeye gerek doğrudan doğruya iştirak eden müddeiumumilere veya sorgu hâkimlerine, gerek adlî zabıta vazifesi gören memurlara veya müddeiumumiliğin yardımcısı olanlara tatbik olunur.. — Fransız temyiz mahkemesi,

[6] "Bir zabıt varakasını tasdikten imtina eden bir belediye reisi hakkında Presi à Partie kaidesi tatbik olunur.— Fransız temyiz mahkemesi.„

[7] 505 inci madde usulü cezaiye veya her hangi hususî bir kanun ile vazifelendirmiş bulunan adlî zabıta âmirleri aleyhine "Prise à Paritie„ yolunu açık tutmuştur. Adlî vazife gören Jandarma âmirleri için de böyledir. Ancak Jandarma neferleri bundan hariçtir.

1305

No: 107

Terorizmin Tenkili için İhdası Mutasavver Beynelmilel Ceza Divanı ve Devletlerin Beynelmilel Mesuliyeti Meselesi

Türkceye çeviren:
Tarik E. YENİSEY

Yazan: Hukuk Doktoru
C. EUSTATHİADES

Terorizmin tenkili meselesi şimdiye kadar bir çok Konferanslarda mevzuubahs edilmiş ve bu hususta muhtelif beynelmilel mukavele projeleri ihzar olunmuştur.

Bu nevi mukavelelerin akdi dolayısiyle ortaya atılan meseleler, bir çok bakımdan, nazarî olduğu kadar amelî faideleri dai bulunmaktadır. Biz, bu etüdümüzle, terorizmin beynelmilel tenkili davasını bütün şümulü ile tetkik edecek değiliz; meselenin ancak bir kaç cephesini gözden geçirmekle iktifa eyleyeceğiz. Ve bilhassa, Devletin beynelmilel mesuliyeti noktasından, Beynelmilel bir Ceza Divanının ihdasının haiz olduğu ehemmiyeti tebarüz ettirmeğe çalışacağız.

Cemiyeti Akvam Meclisine arzedilen beynelmilel mukavele projesinin tahliline geçmezden evvel, terorizmin beynelmilel tenkili hakkındaki projenin menşeine bir nazar atmak faideli olur.

9-Teşrinievvel-1934 de vuku bulan Marsilya suikasdını müteakib, Yugoslavya, Misakın II inci maddesine (Bend 2) istinaden, Cemiyeti Akvam Konseyine müracaat etmişti.

8-Kânunuevvel-1934 tarihli konsey içtimaında, o vakit Fransa Başvekili olan M. Laval, şöyle demişti: «Bu hususta beynelmilel yeni bir nizam kurmalı ve beynelmilel alanda, siyasî cinayetlerin tenkili sureti kat'iyede temin olunmalıdır. İşbu prensibi Cemiyete arzederken, Hükûmetimin bu mesele hakkında müsbet teklifler yapacağını bildiririm. Cemiyeti Akvam bu yolda azimle yürümelidir... Beynelmilel asâyişin müeyyidesi bu içtimada temin edilmiş olmalıdır.»

Fransa Hükûmeti, Cemiyeti Akvam kâtibi umumisine gönderdiği 9 Kânunuevvel-1934 tarihli bir mektupla, bu hususlaki müsbet tekliflerini bildirdi. Kâtibi umumî tarafından 10-Kânunuevvel de diğer cemiyet âzalarına bildirilen bu teklifler, terorizmin tenkili için akdedilecek beynelmilel mukavele esasatını, Fransa hükûmetine nazaran, teşkil etmesi lâzım gelen umumî prensiplerin bir hülâsasını ihtiva etmekte idi.

1306

Konsey'in 10- Kânunuevvel- 1934 tarihli içtimaında, İngiltere Hariciye Nazırı M. Anthony Eden, Konsey'in bir divanı Adalet olmadığını kaydettikten sonra, «adlî tahkikatı ifa için Konsey emrinde lâzım gelen vasıtaların bulunmadığını ve zaten Konsey'in rölünün Cemiyeti Akvam âzaları beyninde bulunması arzu edilen dostane münasebatın, hali ihtilâfda olan devletler arasında ihyasına yardım etmek olduğunu» beyan eylemişti. İşbu beyanatı müteakib, İngiltere Delegesinin teklif ettiği karar sureti, alâkadar taraflar da dahil olmak üzere, Konsey tarafından ittifakı âra ile kabul edildi. Kararın IV üncü bendinde şöyle denilmektedir:

«Konsey, terorist faaliyetin tenkiline müteallik hâlihâzır hukuku Düvel ahkâmının, bu hususta beynelmilel elbirliğini sureti kat'iyede temin edebilecek derecede vâzih bulunmadığını nazarı itibare alarak,

Siyasî terorizmin maksadiyle işlenen cinayet ve sarf olunan faaliyetlerin tenkili zımnında beynelmilel bir mukavele projesi hazırlamak üzere bir eksperler komitesi teşkiline,

Ve bu Komitenin onbir âzadan mürekkeb olmasına karar verir,

Ve Fransa hükûmeti tarafından yapılan tekliflerin tetkikini işbu komiteye havale ve diğer hükûmetleri de, bu hususdaki tekliflerini, tetkik edilmek üzere, Cemiyeti Akvam kâtibi Umumiliğine göndermeğe davet eyler....»

İşbu karar mucibince, terorizmin beynelmilel tenkili ve bu bapta beynelmilel elbirliği meselelerini tetkik etmek ve beynelmilel bir mukavele projesi ihzar eylemek üzere bir Komite teşkil olundu. Komite, ilk içtimaını Cenevrede aktederek (30 Nisan —8 Mayıs 1935) Fransa hükûmetinin tekliflerini ve sair hükûmetlerin mülâhazalarını tetkik ile noktai nazarını bir mazbata halinde tesbit eyledi. Mazbatanın 9 uncu maddesinde şöyle deniliyordu:

«6,7 ve 8 inci maddelerde mevzuubahs suçlar dolayısile yüksek âkit taraf mücrimi tâkib veya iade etmek hakkını haiz bulunduğu ve 2 inci maddede sözü geçen suçlar topraklarında irtikâp edildiği ahvalde, Yüksek Âkid Taraf, mücrimi bizzat muhakeme veya başka bir Devlete iade edeceği yerde, işbu Mukavelenin ikinci kısımda derpiş edilen Beynelmilel Ceza Divanına sevkeylemek hakkını haizdir».

Komite tarafından Konseye tevdi edilen 8- Mayıs- 1935 tarihli raporda, komitenin, bazı âzaların iltizam ettikleri beynelmilel tenkil Divanı hakkındaki anifüzzikir «9 uncu maddeye dair şimdilik bir karar vermemeyi muvafık gördüğü» tasrih edilmekte idi. Bu ilk içtimada Komitede, terorizmim tenkili için beynelmilel bir Divan ihdası hususunda, umumî mahiyette mü-

1302

davelei efkârda bulunulmuştur. Komitenin ikinci içtimaındadır ki (7-15 Kânunusani 1936), Fransız Hükûmetinin 9-Kânunuevvel-1934 tarihli tekliflerine istinaden, beynelmilel bir ceza Divanı kurulması hakkında bir Mukavele projesi ihzarına mütedair ahkâm tetkik edilmiştir.

Komite, terorizmin beynelmilel tenkili hakkında iki Mukavele projesi hazırlamıştır. Bunların birincisi (Terorizmin önlenmesi ve tenkiline dair Mukavele projesi) ismini taşımakta, diğeri ise, beynelmilel bir ceza Divanının ihdasına müteallik bulunmaktadır. İki Mukavele beyninde sıkı irtibat bulunması hasebiyle, asıl ikinci projeyi tetkik etmekle beraber, birincisini de göz önünde bulunduracağız.

Terorizmin beynelmilel tenkiline dair Komite tarafından tanzim edilen rapor ile Mukavele projesini, Cemiyeti Akvam Kâtibi Umumisi, noktai nazarlarını bildirmeleri zımnında, Cemiyet âzası bulunan bütün Devletlere ve diğer bir çok Devletlere göndermiştir.

*
* *

Beynelmilel ceza Divanının ihdasına mütedair Mukavele projesinin tahliline geçmezden evvel, mezkûr Divanın hususiyetlerini kısaca tesbite çalışalım:

Mukavele projesinin birinci maddesi mucibince, Divanın salâhiyeti, Komite tarafından ayni zamanda hazırlanmış olan terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavelede derpiş edilen suçlardan birini irtikâp eden kimseler hakkında mevzuubahistir.

Her biri ayrı taabiyette olmak üzere, beş âza ve beş de âza mülâziminden mürekkeb bulunan Divan, müracaat vukuunda in'ikat etmekle beraber, daimî olarak hali faaliyette sayılmaktadır. Divanın salâhiyeti, ancak Devletlerin bilriza müracaatları halinde caridir. Bu hususta, beynelmilel ceza Divanının ihdasına müteallik Mukavele projesinde şöyle denilmektedir:

"1 — Terorizmin önlenmesi ve tenkiline mütedair Mukavelenin 10 uncu maddesinde derpiş edilen ahvalde, işbu Mukaveleye dahil bulunan Yüksek taraf, mücrimi muhakeme edeceği yerde, Divana tevdi eylemek hakkını haizdir.

2 — Bundan maada, mücrimin iadesi talebinde bulunan Devlet de Mukaveleye dahil ise, Yüksek Âkit taraf mücrimi iade edeceği yerde, Divana teslim eylemek hakkını haizdir,,.

17 inci maddeye nazaran, Divan tarafından tatbik edilecek kanun, topraklarında suçun işlenmiş olduğu Devletin Ceza Kanunudur. İhtilâf halinde hangi ceza kanununun tatbik edileceğini Divan tayin eder.

Mukavele projesi, Divana havale edilen bir dava ile alâkadar bulunan bir Devletin taabiyetindeki hâkimlerin, hey'eti hâkimeye dahil bulunmaması

1308

hakkında bir kayd vazetmiş değildir. 18 inci maddede şöyle denilmektedir:

"Divan âzalarından biri, her hangi bir sebeble, bir davanın rüyetine iştirâk etmek istemiyorsa, dava Divana gelir gelmez kefiyetten Divan Reisini haberdar eder,,.

İttiham hakkı, marulârz 3 üncü maddeden istifade ederek maznunu Divana sevkeden Devlete inhisar ettirilmiş değildir. Suçun müteveccih bulunduğu Devlet veya topraklarında suç işlenmiş olan Devlet ittiham hakkını istimal etmedikleri taktirde, işbu Devlet bu hakdan istifade edebilir.

Divan, ancak huzuruna sevkedilmiş olan maznunları muhakeme edebilir ve bunları «gösterilen suçlardan başka suçlar dolayısiyle ittiham edemez» (Madde 22 ve 34).

Divan kararlarının sureti infazı ahkâmı hususiye ile tayin edilmiştir.

Nihayet, Mukavele, Cemiyeti Akvam organları tarafından hazırlanmış olmakla beraber, Cemiyet âzası bulunmayan Devletlerin de iştirakini derpiş etmektedir.

Beynelmilel Ceza Divanı, beynelmilel bir mesuliyet dolayısiyle her hangi bir Devlet hakkında mahkûmiyet kararı veremiyecek ve fakat bir Devlet tarafından Divana bilriza sevkolunan eşhası muhakeme edecektir. Binaenaleyh, Devletin cezaî mesuliyeti ve böyle bir mesuliyetin müeyyidesi olarak beynelmilel bir Divanın ihdası etrafında cereyan eden doktrinal münakaşalar, terorizmin tenkili hakkında Beynelmilel bir ceza Divanının ihdasına dair vaki olan teklif haricinde kalmaktadır.

M. Politis'in de işaret ettiği gibi, beynelmilel suçları - bu tâbiri en geniş madana alırsak - üç kategoriye ayırabiliriz:

"1 — Hali sulhde, eşhası hususiye tarafından ika olunan beynelmilel mahiyeti haiz suçlar;

2 — Hali harbde, eşhası hususiye tarafından irtikâb edilen beynelmilel mahiyeti haiz suçlar;

3 — Sulhu tehlikeye sokabilecek mahiyette olan harb suçları ve bunlara murtabıt suçlar».

İşbu tasnife nazaran beynelmilel ceza Divanının terorizm hususundaki salâhiyeti, ilk kategoriye dahil ef'ale taallûk etmektedir.

Terorizmin tenkili için beynelmilel bir ceza Divanının teşkili, müsbet hukuku Düvelde beynelmilel cezaî kaza fikrinin ilk muvaffakiyeti sayılabilir.

Mamafih, beynelmilel ceza Divanının ihdası, cemiyeti Akvamın ilk senelerinde mevzuubahs edilmiş ise de, bu fikir o zamanlar nabemevsim addolunmuş idi. Doktrinlerin tesiri ve bilhassa hadisat, mahdut bir sahaya, yani terorizmin tenkili sahasına inhisar ettirilen Beynelmilel ceza Divanı fikrini inkişaf ettirmiş ve kabili tahakkuk bir hale getirmiştir.

1920 senesinde, Beynelmilel Daimî divanı Adalet'in statüsünü tanzim

1309

etmek üzere teşkil edilmiş olan hukukşinaslar İstişari Komitesi, «Cemiyeti Akvam Asamblesi veya Konseyi tarafından tayin edilecek, beynelmilel nizamı âmmeye ve hukuku Düvele muhalif suçları rüyet etmek üzere Beynelmilel bir Adalet divanı ihdasına dair yapılan teklifin tetkiki hakkında bir temennide bulunmuştu.

Böyle bir Adalet Divanının teşkiline dair olan proje, hukukşinaslar İstişarî Komitesi âzalarının itirazlarını mucip olmaktan hâli kalmamıştı. Cemiyeti Akvam Konseyine havale olunan işbu proje orada da ikbal görmedi ve nihayet Cemiyeti Akvam Meclisi, üçüncü komisyonun raporu üzerine, meseleyi tamamen terk etti.

Cemiyeti Akvam'da müzakere edilip, mevsimsiz addedilerek red olunan Beynelmilel Ceza Divanının ihdası hakkındaki bu ilk proje ile bilâhire tanzim edilen proje arasında bir mukayese yapmak, ikincisinin, Cemiyeti Akvam huzuruna sevkedildiğinde ne dereceye kadar ikbal göreceğini tayin etmek cihetinden, faideli olur.

Hukukşinaslar Komitesi tarafından hazırlanan Beynelmilel ceza Divanı hakkındaki projede, kabilicerh dört nokta mevcuttur:

1 — Hukukşinaslar Komitesi tarafından temenni şeklinde tevdi olunan Baron Descamps projesi, ihtiva ettiği fikirler itibariyle, pek ileri gitmiştir. İşbu proje, beynelmilel mesuliyetin Devletlerin hukukî ve cezaî mesuliyetlerini aynı zaviyeden mütalâa eden hukuku Düvele dahil bir mevzu olduğunu nazarı itibarı almayarak, cezaî mesuliyet mefhumunu hukuku Düvel sahasına intikal ettiren bir fikrin tahakkukunu tazammun etmektedir. Devletlerin beynelmilel mesuliyeti ne hukukî ve ne de cezaidir; burada ancak beynelmilel mesuliyet mevzuubahs olabilir. Bu nokta üzerinde ısrara lüzum yoktur ve zaten terorizmin tenkili hakkındaki proje, Devletlerin ceza mesuliyetini kat'iyen derpiş etmiş değildir.

2 — Devletlerin cezaî mesuliyetini derpiş eden bir Kazanın doktrin noktasından kabulünü farzetsek dahi, 1920 projesinin, pek vâsî bir sahayı ihata etmek istediği cihetle, muvaffakiyetsizlikle karşılaşması mukadder idi. Beynelmilel Ceza Divanı hakkındaki ikinci proje ise, bilâkis, mahdut bir sahaya ve muayyen bir mevzua, yani terorizme taallûk etmektedir. Ve bu sebeble kabul edilmesi ihtimali ziyadedir. Zira, her şeyde olduğu gibi, bilhassa Beynelmilel meselelerde merhale ve merhale ilerlemek zarureti vardır.

3 — Diğer taraftan, 1920 senesinde, Divanın salâhiyeti dahiline giren davaların Cemiyeti Akvam Meclisi veya Konseyi tarafından işbu Divana edilmesi teklif olundu. Bu teklif, Devletlerin bugün dahi pek ehemmiyet verdikleri hâkimiyet prensibinne, haddı zatında bir tecavüz teşkil etmekte idi. Terorizmin tenkili hakkındaki Komite tarafından tanzim olunan Mukavele projesinde ise — işbu projenin hülâsasını yaparken de

1310

tasrih ettiğimiz gibi — mücrimlerin beynelmilel Ceza Divanına sevki lüzumunu Devletler bizzat tayin etmektedirler. Bu suretle mevzuubahs Divanın ihdasına mütedair Mukaveleye bir Devletin iştiraki keyfiyetinin, o Devletin hukuku hükümranisine bir tecavüz teşkil etmesine imkân kalmamaktadır. Zira, evvelemirde, Devletler böyle bir Mukaveleye vaz'ı imza etmekle, terorizm suçundan maznun kimseleri Beynelmilel Ceza Divanına sevkeylemeyi taahhüt etmiş olmamakta ve ancak, istedikleri zaman bu şekilde hareket eylemek hakkını kazanmaktadırlar; saniyen, Devlet, hukuku hükümranisinden bilriza sarfı nazar etmekle hiç bir şey kaybetmediği gibi, bilâkis, beynelmilel mesuliyetini mücip olabilecek nazik bir davadan uzak kalmak imkânını temin etmiş olacaktır. Pek mühim olan bu noktaya tekrar avdet edeceğiz.

4 — Beynelmilel Ceza Divanı ihdasına müteallik Mukavele Projesinde mevcud olmayıp, 1920 senesi projesinde bulunan diğer zayif bir noktaya geçelim: Hukukşinaslar İstişarî Komitesi projesinin 4 üncü maddesinde şöyle denilmektedir:

«Divan, suçun ehemmiyetini takdir, cezayı tesbit ve kararın infazı için lâzım gelen vesaiti tayin etmek salâhiyetini haizdir. Takib olunacak usulü muhakematı, Divan dahilî nizamnamesiyle tesbit eder».

Beynelmilel hâkime suçun ehemmiyetini takdir, cezayı tesbit ve kararların sureti infazını tayin etmek hakkını vermekle, beynelmilel Divana en vâsî salâhiyet tanınmış olmaktadır. Devletler, prensip olarak, beynelmilel bir mahkemenin kararlarını kabulde tereddüt göstermektedirler, ve şüphesizki, beynemilel hâkime salâhiyeti kâmile verildiği taktirde, bu hususta daha müteyakkız davranacaklardır. Bu sebepledirki, Hukukşinaslar Komitesi zabıtları tetkik edildiğinde, Baron Descamps'in teklifi hakkında söz alan Komite âzalarının mutasavver Diva'na tam salâhiyet verilmesi fikrine temamen muarız oldukları görülmektedir. M. Lodler bilhassa, Daimî Divanın salâhiyetini genişletmek fikrine taraftar olmakla beraber, gayrı muayyen suçlara gayrı muayyen cezalar tatbiki teklifine tamamile muhalif olduğunu beyan etmiştir.

Hukuku Ceza Beynelmilel Birliğine tevdi eylediği raporunda M. Politis de, beynelmilel bir Ceza Divanının teşkili bahsinde, böyle bir Divanın işlemesi için, "tecziye edilecek ef'al ile bunların cezaları ve bu cezaların sureti tatbiki hakkında evvelemirde bir veya birkaç Muahede akti lâzım geldiğini" kaydetmektedir.

Beynelmilel Ceza Divanının ihdasına dair olan Mukavele projesinde, bu hususat temin edilmiş bulunmaktadır. Filhakika, mevzuu bahs Mukavelenin 45 inci maddesinde (bend 2 in fine) şöyle denilmektedir:

«Cemiyeti Akvam âzası olan veya olmayan her Devletin Mukaveleyi tasdik edebilmesi, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukaveleyi

tasdik etmiş olmasına vabestedir".

Bu suretle, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavele âkitleri, Beynelmilel Ceza Divanına müteallik Mukaveleye iştirâk etmeyebildikleri halde, Devletler, Terorizme dair olan Mukaveleyi kabul etmedikce, Beynelmilel Ceza Divanı hakkındaki Mukaveleye iştirâk edemeyeceklerdir. 45 inci maddenin (bend 2) gayesi, tecziyesi icabeden ef'alin tayini salâhiyetini beynelmilel divana vermemektir; zira, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavelenin 2 ve 3 üncü maddeleri, bu ef'ali tayin etmektedir. Aynı maksad, 50 inci maddenin 2 inci bendinde de gözetilmiştir. Bu maddede şöyle denilmektedir:

«Terorizmin önlenmesi ve tenkiline dair olan Mukavelenin feshi, işbu Mukavelenin de feshini intac eder».

*
* *

Buraya kadar, mukavele projesine nazaran, Beynelmilel Ceza Divanının salâhiyet ve sureti teşekkülünün, Divanın ihdasını mümkün kılacak anasırı ihtiva eylediğini gördük. Şimdi de, beynelmile Divanın temin edeceği faideleri ve, terorizm bahsinde, beynelmilel teşriki mesainin sureti tanzimi dolayısiyle Beynelmilel Divana terettüb edecek vezaifi görelim.

Hangi hallerde ve ne şerait tahtında, Beynelmilel Divan müdahele edecektir?

Evvelâ, Beynelmilel Divana müracaat olunmaksızın, terorizm ef'alinin daha müessir bir şekilde tenkilinin ne suretle mümkün olabileceğini araştıralım. Derhal aklımıza, «aut dedere, aut punire» prensibi gelmektedir: tenkili millî mahakim vasıtasiyle ve bu mümkün olmadığı taktirde, mücrimin iadesini isteyen Devletin delâletiyle temin eylemek usulü. Her halde, beynelmilel bakımdan mühim olan nokta, mücrimin cezaya çarptırılmasıdır.

A) — İlk evvel, terorist bir suikasd işleyen mücrimin bulunduğu memleket makamatınca yapılacak tenkili görelim. Böyle bir tenkilin icrası, şu iki ahvalde mümkün değildir:

1—Mücrimin cezasız kalması, mevzuubahs Devletin salâhiyet hususunda mevcut kanunlarından tevellüd edebilir. Bizi alâkadar eden meselede, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavele projesinin 2,3,7 ve 8 inci maddeleri böyle bir ihtimali bertaraf etmektedir. Millî Ceza Kanunlarının tevhidi suretiyle, salâhiyet meselesinden doğan mücrimin cezasız kalması tehlikesinin önüne geçilmeğe çalışılmaktadır.

2 — Fakat, Devletin tenkil hareketine müteallik salâhiyet ahkâmı vazedilmiş olsa dahi, adaletin icab eden şekilde tatbik edilmemesi neticesinde, mücrimin cezasız kalması yine mümkündür. Adaletin işe vaziyet etmesi kâfi değildir; adaletin bihakkın yerine getirilmesi iktiza eder. Müc-

1312

rimleri tecziye etmek vazifesi, yalnız cezanın şekline değil, fakat aynı zamanda suç ile ceza beynindeki münasebata taallûk etmektedir. En medenî tanınan Devletlerin adlî teşkilâtlarının mükemmelliğine ve millî hâkimlere itimad gösteren ve bunların verdikleri kararları doğru ve âdilâne sayan Hukuku Düvel kavaidine rağmen, mahakimi milliyenin, ecnebî menafii mevzuubas olan davalarda, hata işlemeleri ihtimali her zaman mevcuddur. Bu gibi hallerde, adlî makamatın mensup olduğu Devlet hakkında, Devletin beynelmilel mesuliyetine müteallik Hukuku Düvel ahkâmı, tatbik edilir.

Terorist suikasdler meselesinde, suçluların ve maktul düşen kimselerin tabiiyeti dolayısiyle, davanın millî hududları aşmadığı ahvalde, bir beynelmilel tenkil teşkilâtına tabiatiyle lüzum yoktur. Millî tenkil sistemi ihtiyaca kâfi gelir.

Terorizm bahsında derpiş edilen beynelmilel elbirliği, daha sık husule geldiği ve mevzuubahs olan menfaatlar bir Devletin hududlarını aşdığı cihetle daha vahim olan suikasdlara taallûk etmektedir. Burada, mücrimlerin veya maktul düşen kimselerin tabiiyeti dolayısiyle, yabancı menfaatlar mevzuubahs olmaktadır (Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavelenin 2 ve 3 üncü maddeleri).

Şimdiye kadar elde edilen neticelere nazaran, yabancı menfaatlerin dahil bulunduğu davalarda mahakimi milliyenin her zaman bitarafane hareket ettiği maalesef iddia olunamaz. Adaletin bihakkın temini maksadiyledir ki, Beynelmilel Ceza Divanının ihdası düşünülmüştür. İşte, Beynelmilel Ceza Divanının ihdası lehinde ileri sürülen birinci mucip sebep.

Buna mukabil bazı hukukşinaslar, millî mahakimin mutlaka tarafgirlik göstereceğinin iddia edilemeyeceğini ve eğer tarafgirlik âşikâr ise, adlî makamatın mensup olduğu Devlet hakkında, beynelmilel mesuliyet ahkâmının tatbik olunabileceğini beyan etmektedirler.

İşte, Beynelmilel Ceza Divanını ihdas etmekten maksad da Devletin beynelmilel mesuliyetini vikaye eylemektir. Cemiyeti Akvam Konseyine Fransa Hükûmeti tarafından yapılan tekliflerde, bu husus bilhassa tasrih edilmiştir, ve zaten Fransız teklifatını hazırlayan hukukşinasların maksadı, terorist cürümleri rüyet edecek olan mahakimin mensup bulundukları Devletin mesuliyetini korumaktan ibaret idi. Bizi alâkadar eden mesele için, bu cihet fevkalâde ehemmiyetlidir.

Mücrimin bulunduğu memleket tarafından yapılacak tenkil hareketi hakkında nazarı itibare alacağımız iki mesele vardır:

Birincisi, Ceza Kanunlarının tevhidine dair beynelmilel bir itilâfname ile tesbit edilen salâhiyet meselesidir. Bu hususta, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavele projesi lâzım gelen ahkâmı vazetmiş bulunmaktadır. İkinci mesele de, verilecek kararların bitaraflığını temin etmek

13/3

ve diğer cihetten, Devletin beynelmilel mesuliyetini vikaye eylemek meselesidir. Burada, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavele projesi ile derpiş edilen sistem ihtiyaca tekabül etmemektedir.

B) — «Aut dedere, aut punire» prensibinin şimdi de ikinci şeklini tetkik edelim. Biliyoruz ki, mücrimin iadesi suretiyle temin edilen beynelmilel müzaheret, Kanunu Cezanın pek mahdut bir sahaya münhasır bulunmasından neş'et eden mahzurları izaleye matuftur. Halbuki, bizi alâkadar eden meselede, iadei mücrimin sistemi, birbirine zıd iki faktör dolayısiyle, muattal kalmaktadır: Bu faktörlerden birincisi, tebaanın iadeye tâbi tutulamayacağı prensibi, ikincisi de siyasî mahiyette olan suçlar için iadenin mevzuubahs edilemeyeceği prensibidir. Birinci faktör hakkında, doktrin sahesinde şiddetli itirazat vaki olduğu gibi, bazı ahvalde ve muayyen şerait altında işlenen siyasî cürüm faillerinin iade olunmaması meselesinde de, yine pek çok itirazlar yapılmıştır.

İadei mücrimin meselesini sektedar edebilecek mahiyette olan bu iki engel hakkında, Terorizmin tenkiline müteallik Mukavele ile derpiş edilen sureti halleri tetkik edelim.

1 —Tebaanın iadeye tâbi tutulmaması prensibi meselesinde mevzuubahs proje işbu prensibi reddetmekle beraber, bu suretle hareket edecek olan Devletlere mücrimleri her halde tecziye etmek mecburiyetini tahmil eylemektedir. (Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavele: Madde 7)

2 — Siyasî mücrimlerin iade olunmaması meselesinde, Mukavele projesi suçun siyasî mahiyeti hakkında hiç bir tevile mahal kalmayacak surette kat'î bir lisan kullanıyor. Projenin 9 uncu maddesinde deniyorki:

«1) İkinci ve üçüncü maddelerde derpiş edilen ef'al, Yüksek Âkit Taraflar beyninde aktedilmiş veya edilecek olan iadei mücrimin Mukavelelerinde iadeye tâbi ef'al meyanına dercedilir.

2) İadeyi, Muahede ile musarrah bulunmasına tâbi kılmayan Yüksek Âkit Taraflar, şimdiden, 2 ve 3 üncü maddelerde derpiş edilen ef'ali, aralarında iadeye tâbi ef'al olarak telâkki ederler».

Mukavele, siyasî cürümlerle siyasî terorizm ef'ali arasında bir fark gözetmemekte, yalnız 9 uncu maddesinde 2 ve 3 üncü maddelerde derpiş edilen ef'ali kaydeylemektedir. Siyasî cürümlerle terorist suikasdlar beyninde bir tasnif yapmamakla beraber, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavele projesi, terorist suikasd fail ve şeriklerinin iadeye tâbi tutulmalarını derpiş etmekle, bunları tabiatiyle siyasî mücrimlerden ayırd etmiş oluyor. Bu suretle, siyasî suçlar hakkında tanınan muafiyetlerin terorizm bahsinde dermeyanına imkân kalmamaktadır. Binaenaleyh, Mukavele projesine göre, siyasî terorizm ef'ali, iade bakımından, âdi suçlar gibi muamele görecek ve siyasî cürümlere bahşedilen muafiyetten istifade edemeyeceklerdir. Diğer taraftan, 2 ve 3 üncü maddelerde mevzuubahs ef'ali haricte irti-

1314

kâb edip memleketine dönen tebaa hakkında da, Devlet, bunları iade etmek istemediği taktirde, 7 inci madde mucibince, «suç memlekette ika edilmiş gibi hareket edecektir. Suçlu suçunu işledikten sonra tabiiyetini iktisap etmiş olsa dahi, yine bu suretle tecziye edilecektir".

Bu sözlerden, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavele projesinde derpiş edilen iadei mücrimin meselesinin iyi bir sureti halle raptedildiği anlaşılmaktadır. Teklif edilen sistem sayesinde, mevzuubahs suçların cezasız kalması ihtimali bertaraf edilmiş olmaktadır. İadei mücrimin meselesinde, Hükûmetlerin ileri sürdükleri noktai nazarlar arasında ayrılık vardır. Meselâ, Romanya Hükûmeti marulârz Mukavle projesi prensiplerini tamamen terviç ettiği helde, Felemenk Hükûmeti muhalif olduğunu bildirmiştir.

***

Anlaşıldığı üzere, Mukavele projesi, mahakimi milliyenin salâhiyetini tayin ve tesbit eden bir sistem hazırlamak suretile, Mukavelede derpiş edilen ef'alin, salâhiyettar bir merci bulunmaması veya mücrimin iade edilememesinden dolayı cezasız kalmaları ihtimalini izale etmiş bulunmaktadır. Bu sistem kabul edildiği taktirde, beynelmilel elbirliğinin tanzimine doğru büyük bir adım atılmış olacaktır. Yalnız şunu kaydedelim ki, mücrimin bulunduğn mahal mahkemesi taratından muhakeme edilmesi halinde - yukarıda gördüğümüz veçhile - mevzuubahs olan mahzurlar, mücrimin iade edildiği Devlet mahkemesinin işe vaz'iyet etmesi halinde de aynen mevcuddur. Burada da ve aynı sebeblerle, mahkemenin bitaraf olması her vakit mümkün değildir. Diğer taraftan, mücrimi taleb ve muhakeme eden Devletin beynelmilel mesuliyeti meselesi de mevzuubahs olabilir.

Dava, Mücrimin bulunduğu memleket mahkemesi veya mücrimin iadesini taleb eden Devlet mahkemesi tarafından rüyet edildiği ahvalde, bitarafene bir karar istihsali ve Devletin beynelmilel mes'uliyetinin vikayesi ancak beynelmilel bir mahkemenin müdahalesi suretile mümkündür.

İşbu mülâhazalara binaen, diyebiliriz ki, mahakimi milliye tarafından yapılacak tenkil hareketi, beynelmilel bir Divan ihdası suretiyle tamamlanmalıdır. Bu sebepledirki, Mukavele projesini hazırlayan hukukşinaslar, mahakimi milliye çerçevesi dahilinde kalmamıştırlar. Beynelmilel Ceza Divanının teşkili hakkındaki Mukavelenin 3 üncü maddesinde şöyle denilmektedir.

"1) Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavelenin 10 uncu maddesile derpiş edilen ahvalde, Yüksek âkit Taraflardan her hangi biri, mücrimi bizzat muhakeme edeceği yerde, Divana teslim etmek hakkını haizdir.

2) Bundan başka, Yüksek âkit Taraf, mücrimi, iade talebinde bulunan diğer âkit bir Devlete teslim etmektense, Divana sevk eylemek hakkına maliktir".

***

Beynelmilel Ceza Divanının hangi hallerde müdahale edeceğini tetkik ettikden sonra, böyle bir Divanın Devletlerce kabulünde ne gibi faideler melhuz olduğunu görelim.

Şimdiye kadar, Beynelmilel Ceza Divanının ihdasına itiraz vaki olmamıştır. Terorizmin beynelmilel tenkili hakkındaki Komitenin raporunda böyle bir Divanın prensibi ve lüzumu hakkında Komitede ihtilâfı efkâr bulunduğu anlaşılmakla beraber, vaki olan itirazların tafsilâtı hakkında malûmat mevcut değildir. Mahaza, Beynelmilel Ceza Divanı ihdası meselesi, son senelerde münakaşa mevzuu olmuştur. Ferdî cinayetler hakkında beynelmilel bir Mahkeme teşkiline dair doktrin sahasında şimdiye kadar yapılan itirazlar malûmumuz olduğu cihetle, bizi alâkadar eden Mukavele projesinde derpiş edilen ef'al hakkında ne gibi itirazat vaki olabileceği evvelden kestirilebilir.

Meselâ, M. de Bustamante, beynelmilel salâhiyet meselesine şu şekilde itiraz etmektedir:

«İadei mücrimin Mukavelesi mevcut olmaması hasebile, bir Devlet her hangi bir suçluyu tecziye edemiyorsa, yapılacak yegâne şey Devletlerin arasında Muahedeler akti suretile bu halin önüne geçmeleridir. Bu şekil hem basit, hem de usulü muhakemata uygundur; maznuna müdafaa imkânı ve hâkimlere de kolaylık temin etmektedir; zira, suçun işlendiği mahal hâkimine salâhiyet tanımak, ihtimal pek uzak bir yerde bulunan beynelmilel hâkime salâhiyet vermekten elbette daha muvafıktır. Ve zaten, maznunları tabiî hâkimlerine Devletin vermek istemeyip, hususî bir mahkemeye teslime muvafakat etmesi anlaşılır şey değildir.

Mevzuubahs mesele hakkında yapılan itirazlar, esas itibarile, beynelmilel elbirliğinin şümulüne taallûk etmektedir.

Terorizm hareketlerinin beynelmilel mahiyeti ve beynelmilel elbirliğinin lüzumu hakkında herkes müttefiktir. Bu hususta beyneldüvel teşriki mesaî meselesine gelince, bunun beynelmilel bir Divan ihdası suretile değil başka bir şekilde temin edilmesi de mümkündür. Yukarıda gördüğümüz veçhile, «Aut dedere aut punire» prensibinin derpiş eylediği iki şıkta da, gaye aynıdır, yani suçlunun tecziyesidir; tecziyenin, mücrimin bulunduğu memleket mahkemesi veya iade talebinde bulunan devlet mahkemesi tarafından yapılmış olması, vaziyeti değiştirmez. Burada, tecziye hakkı ancak millî mahakime tanınmıştır. İşbu sureti hallin ihtiyacı tamamen karşılayıp

1316

karşılamadığını aramak lâzımdır.

Biraz evvel gördük ki, ferdî cinayetler için beynelmilel bir mahkeme ihdasına muarız bulunanlar, beynelmilel bir akitle asıl mühim olan tecziye meselesinin hallini ve ayni zamanda mücrimlerin iadesini mütedair ahkâmın tesbitini tavsiye eylemektedirler. Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki mukavele, işbu sistem taraftarlarını tatmin edecek hükümler ihtiva etmektedir. İşbu mukavelede teklif olunan prensipler etrafında itilâf hasıl olduğu taktirde, hukuk sahasında muhakkak ki büyük bir kazanç temin edilmiş olur. Lâkin bu kazancın tam olabilmesi için, beynelmilel ceza divanına icabında müracaat hakkı tanımak suretile, millî salâhiyetler sisteminin ikmal edilmesi lâzımdır. Mevzuubahs divanın hangi hallerde müdahalesi caiz olduğunu yukarda izah ederken, böyle bir beynelmilel mahkemenin ihdasından beklenilen faideleri izah etmiştir. Bu nokta üzerinde bir az daha israr etmeyi faideli buluyoruz.

Beynelmilel divanın ihdası hakkındaki mucib sebepler üçtür.

1) — Terorist cinayetlerin beynelmilel mahiyeti.

2) — Mahkeme kararının bitaraflığını temin eylemek lüzumu.

3) — Devletin beynelmilel mesuliyetini vikaye etmek lüzumu.

Bu üç sebepden birincisi, beynelmilel divanın ihdası meselesini alâkadar ettiği gibi, millî salâhiyetlerin tanzimi için vazolunacak hükümleri de alâkalandırır. Buna binaen, asıl diğer iki sebebi ele alıp, tetkik edeceğiz.

Mahkeme kararının bitaraflığını temin eylemek meselesinde, beynelmilel elbirliğinin tanzimi hiç bir suretle haksızlığa meydan vermeyecek ve fakat suçluların mutlaka tecziyesini temin eyleyecek şekilde olmalıdır.

Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki mukavelenin, tenkilin Devlet tarafından yapılmasını derpiş eylediği ahvalde dahi, ecnebî devletler veya eşhası hususiyenin menafii mevzuubahs olduğu taktirde, mahakimi milliyenin tamamen bitarafane bir karar vereceği mutlak olarak söylenemez.

Umumiyetle denilebilir ki, gerek millî kanunlar ve gerek bir memleketin adlî makamatının tarzı hareketi dolayısiyle, tebaa ile ecnebî aynı muameleye tâbi tutulmamaktadır. Terorizm hakkında beynelmilel itilâfname ile derpiş edilen ef'ale müteallik hususata dair, mukavelede, ecanip ile tebaaların menafiini, teşriî bakımdan, müsavi addeden hükümler mevcuddur.

Her iki ahvalde de, mukavele, suçlunun veya suçtan zarar gören kimsenin tabiiyetini nazarı itibare almaksızın, Devlet tarafından işe vaziyed edileceğini tesbit etmiş bulunmaktadır. Lâkin, diğer bir etüdümüzde de izah ettiğimiz gibi, hakikatta haizi ehemmiyet olan cihet millî kanunların devlet dahilinde adlî makamat tarafından sureti tatbiki dolayısiyle filen husule gelen haksızlıklardır. Hakların himayesi hususunda, ecnebî ile tebaa arasında hiç bir fark gözetmeyen mevzuat mevcut olduğu halde bunların adlî makamat tarafından tatbiki sadedinde âşikâr haksızlıkların husule geldiği

13/8

şüphe götürmeyen bir keyfiyettir. Ve, her cihetten mükemmel bir adlî teşkilât bulunsa dahi, hâkimlerin vatan severliğine karşı hiç bir teminat mevcut değildir. Bunu bize, uzun tecrübeler göstermiştir. Ve zaten, ecnebilere karşı pek eskidenberi beslenen husumet zail olmamıştır ve milliyetçilik ceryanının alevlendiği bu günlerde, bunun zail olacağını da kimse iddia edemez.

Mevzuatı milliye vasıtasile terorizmin tenkili, çok def'a zahirîdir. Böyle bir halde, gerek mücrim ve gerek maktulün menafiinin himayesi ciddî bir surette muhataraya maruz kalabilir. Umumiyetle denilebilir ki, ecanibin alâkadar oldukları bir davada, adlî makamatın verecekleri kararın, ecnebilere karşı alelekser beslenen husumet dolayısile, tamamile bîtaraf olması şüphelidir. Hâkimler, umumiyetle ecnebilere veya muayyen bir Devlet tebaasına karşı gayrı dostane hisler besleyebilirler. Bazen de bu gayri dostane hissiyat kendiliğinden husule gelir ve meselâ hâkimler, her hangi bir vak'a dolayısile efkârı umumiyede hasıl olan husumetin tesiri altında kalabilirler. Binaenaleyh, suçlular bu suretle haksız muameleye düçar olmak tehlikesine mâruz bulunmaktadırlar; zira, inkâr edilmezki hâkimler bulundukları muhitin tesirine her ne kadar olsa tâbidirler.

İşbu mülâhazalar, ecnebileri alâkalandıran her hangi bir mesele hakkında dermeyan edilebilir. Terorizmin tenkiline müteallik mukavele ile derpiş edilen ef'al mevzuubahs olduğunda, bu mülâhazaların ehemmiyeti tabiatile tezayüd eder. Bu terorizm davasında, ecnebilerin menafii bir çok şekilde mezuubahs olabilir; zira, suikasdın hazırlandığı, icra edildiği ve mücrimlerin iltica ettikleri yerler başka başka olabileceği gibi, mücrimlerin ve maktullerin tabiiyetleri dolayısile, muhtelif devletlerin menfaatları da karşılaşabilir. Zaten, efkârı umumiyeyi müteheyyiç etmiş olan terorist bir suikasd, o vakte kadar uyuşuk bir halde bulunan hislerin tekrardan canlanmasına vesile verir. Misal zikrine girişmeyerek umumiyetle diyebiliriz ki, pek şiddetli bir karar veya iltimaslı bir beraet hükmü, bu hislerin ayaklanmasını mucip olabilir.

Demek oluyor ki, terorizm bahsinde mahakimi milliyenin, zikrettiğimiz esbap dolayısile, bir çok haksızlıklara düşmesi mümkündür. Ve diğer taraftan, her hangi bir sebeple, millî makamatın tamamen bîtaraf olmaması varidi hatırdır. Hâkimlerin, siyasî terorizm harekâtı dolayısile, tam bir hüsnüniyet göstermemeleri de melhuzdur. Terorizm, ekseri ahvalde, her hangi bir şekli Hükûmete veya bir Devletin teşkilâtı içtimaiyesine müteveccih bulunmaktadır. Muhakemenin cereyan ettiği mahalde ise efkârı umumiye, suikasdın mâtuf bulunduğu şekli Hükûmet veya teşkilâtı içtimaiye hakkında sempati veya antipati besleyebilir. Binaenaleyh, alelûmum yabancılara veya muayyen bir Devlete karşı beslenen husumetten sarfı nazar, böyle şerait tahtında verilen kararların bîtaraflığından şüphe edilse caizdir. Bura-

1318

da da, maznununa veya suçdan mutazarrır olan kimselere bahşedilen himaye, ancak zahirî olabilir.

Arzettiğimiz mülâhazalardan sonra, tamamile bîtaraf bir karar vermek suretile bütün alâkadarların menafi ve haklarını vikaye edebilecek olan beynelmilel bir mahkeme ihdasının faideleri kendiliğinden tezahür etmektedir. Beynelmilel ceza divanının, ferdin korunması lüzumunu tamamen karşılayacağı şüphesizdir.

Lâkin, Beynelmilel Divanın ihdası, yalnız ferdlerin menafiini korumak bakımından faideli değildir. Tenkil meselesinden sarfı nazar, Beynelmilel Ceza Divanının, sulha hâdim olması hasebile de rölü pek mühimdir. 9-Kânunuevvel-1934 tarihinde Fransa Hükûmeti tarafından Cemiyeti Akvam Konseyine yapılan teklifler mukaddemesinde, Beynelmilel Ceza Divanının ifa edeceği rol şu suretle hülâsa edilmekte idi: «Bu kabil suçları rüyet edecek olan mahkemelerin tâbi bulundukları Devletin mes'uliyetini berteraf etmek». Filhakika, yukarıda izah ettiğimiz şerait dahilinde, mahakimi milliye vazifesini bihakkın ifa edemezse, adlî makamatın gösterdiği tarafgirlik dolayısile, Devletin mes'uliyeti tabiatile mevzuubahs olabilir. Ecnebiler hakkında tam bir adalet dahilinde karar verilmesine dair Devletin beynelmilel mükellefiyeti, Devletin beynelmilel mesuliyeti ile müeyyiddir. Adlî makamatın kararları dolayısile, Devlete millî hududlar dahilinde mes'uliyet terettüp etmezse de, Hukuku Düvel sahasında vaziyet aynı değildir. Burada Devletin beynelmilel mesuliyeti mevzuubahistir, zira beynelmilel mesuliyet, beynelmilel vecibelere ademi riayetten tevellüd etmektedir. Ecanibin adlî sahada himayesi hakkında Hukuku Düvelce vaz edilmiş olan ahkâm dolayısile, Devletin, mahakimi milliye tarafından verilecek kararlardan mes'ul olması tabiîdir. Tatbikat bu hususta başka bir yazımızda da izah ettiğimiz gibi, sarih ve kat'î kaideler vezetmiş bulunmaktadır.

Yukarıdaki izahattan anlaşıldığı üzere, terorist cinayetlerin rüyetini deruhte eden Devlet, beynelmilel mes'uliyet iddiasile diğer Devletlerin beynelmilel bir mercie müracaatlarını mucib olacak ahval ile karşılaşmak tehlikesine mâruz bulunmaktadır. Filhakika, bu hususta yaptığımız uzun boylu tetkikat neticesinde tebeyyün etmiştir ki, Devletin beynelmilel mes'uliyeti bir ecnebi hakkında sadece gayrı kanunî takibat açmak veya haksız bir karar vermek suretile değil, fakat aynı zamanda işlenen suç ile verilen cezanın nisbetsizliği dolayısile de, mevzuubahs edilebilmektedir. Devletin beynelmilel mes'uliyeti, ecnebiye karşı işlenen suçların tenkili hakkında Devletin üzerine almış olduğu beynelmilel vazifesini görmemesinden de neş'et edebilir. Maznunu takip veya suçluyu teczive etmek Devletin vazifesidir. İşlenilen suç ile verilen ceza beyninde nisbetsizlik aşikâr ise, suçluların adilâne bir şekilde tacziyesine dair olan vazifesini, Devlet bihakkın ifa etmemiş sayılır. Mücrimler hakkında fazla müsamahakâr davranıldığı taktirde,

terorist suikasdlara mâruz kalmış olan Devlet davayı gören Devlet nezdinde derhal diplomatik teşebbüsatta bulunur. Mücrimler hakkında fazla şiddet gösterilmesi de, mücrimlerin mensup bulundukları Devletin şikâyetini mucip olabilir.

Bu suretle, terorist suikasdlar Devletler arası münasebatında bir gerginlik husulüne meydan verebilir; terorist suikasdlar ikaı suretile vaki olan tecavüz, mahallî muhakeme makamatının ihkakı hakdan imtina etmeleri halinde, bir derece daha kesbi vahamet edebilir. Böyle bir halde, Devlet hiç bir şey yapamaz, zira terorist davalarda verilecek kararlar üzerine icrayı tesir eden psikolojik faktörleri idareden âcizdir. Ve zaten, verilen kararın tamamen adilâne olduğunu kabul etsek bile, mahakimi milliyenin bu kabil davalardaki kararlarını cihan efkârı umumiyesinin şüphe ile karşılamasına Devlet mâni olamaz; bilhassa, terorizm davalarında muayyen Devlet veya muayyen rejim ve içtimaî kurum hakkında memlekette sempati veya antipati beslendiği malûm ise. Her halde, derpiş ettiğimiz meselelerde mahakimi milliyenin müdahalesi, Devletler beyninde ihtilâfata meydan verecek bir mahiyeti haizdir.

Devletler, birbirilerile olan münasebetlerinde, kuvai kazaiye şefinin beynelmilel mes'uliyeti dolayısiyle husule gelebilecek diplomatik ihtilâflardan mümkün mertebe kaçınmışlardır. Bir Devlet kuvai kazaiyesini haksızlıkla ittiham etmenin, Devletler arası münasebatı için ciddî bir tehlike teşkil edeceği tabiîdir; zira, böyle bir isnad, tamamen mustakil addedilen ve kararları adilâne sayılan makamatı istihdaf etmektedir.

Adlî kararlar dolayısiyle husule gelebilecek şiddetli ihtilâfatı düveliyeyi önlemek üzere tedabir ittihazı zarurîdir. Bunlar meyanında, ilk tedbir olarak, Devletin haricî münasebetini alâkalandıran meselelerde, adlî makamatın salâhiyetini tahdid eden ahkâmı zikredebiliriz. Muhtelif Devletlerin mevzuatı, diplomatik ihtilâflara meydan verebilecek olan meseleler müvacehesinde müteyakkız davranmak suretile, Hükûmetlerin ecnebi devletlerde olan münasebatında serbestisini temin eylemişlerdir. Meselâ, fransız kanunları mucibince, beynelmilel Mukavelâtın tefsiri hususunda hâkimin salâhiyeti tahdid edilmiştir. Hükûmet doğrudan doğruya mahkemelere direktif veremeyeceği cihetle, kuvai teşriiye, Hükûmeti diplomatik ihtilâfata sevkedebilecek mahiyette olan meselelerde, kendi salâhiyetini bizzat tahdid etmiş bulunmaktadır.

*
* *

Millî alandan, beynelmilel alana geçersek görürüzki, Hukuku Düvel, diplomatik vasıtalara müracaat için, dahilî mevzuat bakımından her türlü müracaat yollarının kapanmış olmasını şart koşmaktadır. Bundan maksat,

1320

Devletin beynelmilel mesuliyetini mümkün mertebe ihtilâf imkânlarından uzak tutmak ve böyle bir mesuliyeti mucib olabilecek sebepleri bertaraf etmekdir. Diğer cihetten, Hukuku Düvel, Devletin adlî icraatının dürüst ve âdilâne olduğu prensibini vazeylemiş ve gayrı kabili cerh delâil ibrazı şartile adlî makamat aleyhinde yapılacak isnadların kabule şayan olacağını tasrih etmekle bu kabil isnadları tahdit etmiş bulunmaktadır.

İzah ettiğimiz bütün tedbir ve hükümler, millî Adliye makamatının tarzı hareketleri dolayısile husule gelebilecek beynelmilel ihtilâfların önlenmesi için, ne büyük bir teyakkuz gösterildiğini isbat etmektedir. Kısmen millî hududlar dahilinde ve kısmen beynelmilel sahada tatbik edilegelen bu tedbir ve hükümlerin yanında, Beynelmilel Ceza Divanının ihdası tamamen müstakil ve yepyeni bir tedbir olarak tezahür etmektedir. Lâkin, bunun da gayesi aynıdır: Devletlerin beynelmilel mesuliyetini vikaye etmek ve bu suretle, terorist maksadla işlenen cinayetler hakkında tamamen bitaraf addedilmeyen mahakimi milliyenin kararları dolayısile Devletler arasında husule gelebilecek vahim ihtilâfatı önlemek.

Bazı hukukşinaslar, millî tenkil sisteminin mevzubahs cinayetleri tenkil edecek derecede kuvvetli olmadığını dermeyan ederek, davada alâkadar bulunmayan Devletlerin dahi bu suretle harbe sürüklenebileceğini beyan etmekte ve bu iddialarını misallerle teyid eylemektedirler. Millî tenkil sisteminin noksanları dolayısile, bazı Devletlerin fırsattan bilistifade harekâtı askeriyede bulunduklarını tarih göstermektedir. Lâkin, bu vak'aların istisnaî olduğu ve Terorizmin beynelmilel bir Mahkeme ihdası suretile tenkili lüzumunu isbat için, bunların ileri sürülmeyeceği beyan edilmektedir. M. Brierly'nin de, Sarayevo suikasdını ve General Telleni'nin katlini zikrederek iddia eylediği gibi, bir çok cinayetler tehlikeli bir vaziyeti siyasiye ihdas ettikleri cihetle, bizi alâkadar eden meselenin bir kül olarak beynelmilel sahada mütalâa edilmesi lâzımdır; zira, mesele cinayetler komisyonunu alâkadar eden bir adlî tahkikat muamelesinden ibaret olmayıp, pek girift siyasî bir meseledir.

Beynelmilel Divanın ihdasını mucib göstermek için, ileri sürülen bu harb tehlikesinin tahakkuku, hakikatı halde, beynelmilel münasebatta büyük bir gerginlik bulunmasına vabestedir. Mevcud olan diğer bir tehlike, ec nebî Hükûmetlerin talebi üzerine, millî tenkil harekâtının ademi kifayeti iddiasile bir meselenin diplomatik sahaya intikalidir. Binaenaleyh, harb tehlikesinden sarfı nazar, mahakimi milliyenin tarafgirliği hakkında vakî isnad, millî hassasiyeti tahrik etmek suretile, devletler arası münasebatını ihlâl edecek mahiyeti haizdir. İşte bu tehlikenin izalesi için, Beynelmilel Ceza Divanının ihdası bir zaruret halindedir.

*
* *

132

Terorizm'e dair olan Beynelmilel Mukavele, beynelmilel elbirliğini bir kaç şekilde derpiş etmektedir. Bunlar meyanında, en mühimmi olan, Beynelmilel Ceza Divanı teşkilidir. İşbu Divanın vazifesi ikidir: Terorizmi tenkil etmek ve sulha her suretle hâdim olmak. Birinci vazifesi, mücrim ve maktullerin mehafi ve hukukunu, millî mahakimin haksızlıklarına karşı vikayeden ibarettir. Haricten gelecek ittihamlara karşı mahakimi milliyeyi müdafaa ve Devletleri beynelmilel mesuliyetten vikaye etmek suretile de, Divan sulha hizmet etmiş, yani ikinci vazifesini görmüş olacaktır. Denilebilirki, beynelmilel bir Divanın ihdasında asıl gözetilen gaye, Devletler beynindeki iyi münasebatı muhafaza etmektir; zira bu suretle, mücrimlerin tecziyesi mümkün olabileceği gibi, mahâkimi milliye tarafından verilen bir karar dolayısile her hangi bir Devletin beynelmilel mesuliyeti mevzuubahs edilerek vahim ve tehlikeli vaziyetler ihdasına mani olunmuş olacaktır.

Devletin beynelmilel mesuliyeti hakkında Hukuku Düvelce derpiş edilen prosedür, diplomatik himaye sistemi ile alâkadardır. Diplomatik himaye ise, beynelmilel bir vecibenin ademi ifası neticesinde husule gelen gerginliği bertaraf edeceği yerde, çok def'a meseleyi beynelmilel bir ihtilâf mertebesine yükselterek, vaziyeti daha vahimleştirmektedir. Burada, sulh için bir tehlike mevcuddur. Profesör Scelle Lahey'de, Sulh Hukuku ahkâmı hakkında verdiği konferansda, diplomatik himayeye tanınan çok vâsi salâhiyet aleyhinde bulunmuş idi. Biz de, diğer bir yazımızla, beynelmilel sahada ferdin himayesi için işbu sistemin müessir olamadığını isbata çalışmış, Hakem ve Adlî müzaheret Mukavelelerine rağmen, mevzuubahs himayenin temin edilemediğini iddia etmiştik. Zira, Devletin beynelmilel mesuliyeti mevzuubas olduğu bir ihtilâfda, kimin haklı bulunduğunu tayin edecek olan beynelmilel bir Mahkeme olsa dahi, Hükûmetin şu veya bu tebaa hakkında müdahele etmesine karşı hiç bir vasıta mevcud değildir.

Diplomatik himaye sisteminin bu noksanına karşı iki tedbir derpiş olunmaktadır: bunlardan biri, diplomatik himayeyi şarta muallâk bir salâhiyet şekline sokmak, diğeri ise, beynelmilel mahkemelere eşhası hususiyenin kabulünü temin eylemekdir. Bu gün cari olan sistemle, terorist mücrimler lehinde Hükûmetlerin müdahelesi mümkün değildir. Mamafih, terorist cinayetler meselesinde, mevzuatı milliye dolayısile eşhası hususiyenin görecekleri zarar, Hükûmetlerin bu gibi ahvalde gösterdikleri hassasiyet dolayısile, ekseriya telâfi edilegelmekte ise de, bazı siyasî esbaba binaen, mutazarrır olan eşhasın himayesinin ihmale uğradığı da vakidir.

Bütün bu mülâhazalar, her halükârda, nazik meselelerle karşılaşmak ihtimalinin mevcud olduğunu göstermektedir: Hükûmet kendi tebaasını himeye etmek için müdahale eylemez ise, bunların menafi ve hukukunun muhataraya girmesi mümkündür; müdahele ettiği taktirde de, Hükûmetler beynindeki iyi münasebetlerin ihlâl edilmesi tehlikesi mevcutdur. Beynel-

1322

milel bir divan ihdası suretile, bu tehlikenin bertaraf edilmesi zaruridir.

*
* *

Beynelmilel Ceza Divanının temin edeceği faideleri izah ettikten sonra, işbu divanın salâhiyetine müteallik bazı meseleleri tetkik eyleyelim.

Birinci mesele, eşhası hususiyenin beynelmilel bir mahkeme huzuruna çıkmalarının ne dereceye kadar mümkün olduğunu tayin meselesidir. Doktrin sahasında, eşhası hususiyenin beynelmilel bir Mahkeme huzuruna çıkmalarına mesağ bahşedilmekte ise de, mesele henüz, müsbet Hukuku Düvel haricinde bulunmaktadır. Bu sepeble, eşhası hususiyenin Beynelmilel Ceza Divanı huzuruna çıkmalarına şimdilik imkân yoktur. Mukavele projesine nazaran Devletler prensip olarak mahakimi milliyeye hasrettikleri bir salâhiyetin icrasından, her hangi bir davada sarfı nazar etmek hakkını haizdirler. Devlet bu hakkını istimal ettiği ahvaldedir ki, maznun beynelmilel Divana tevdi edilir ve bu andan itibaren meseleye mahakimi milliye artık karışamaz. Eşhası hususiyenin beynelmilel «forum» huzuruna kabulü hakkında doktrin sahasında sarfolunan gayret, beynelmilel ceza Divanı meselelerinde semere vermemiştir. Terorist suikasdlara maruz kalan kimseler, maznun, Devlet tarafından divana teslim edilmemiş ise, doğrudan doğruya Divana müracaat etmek hakkını haiz değildirler. Ve Divan meseleye vaz'iyet ettikten sonra, ittiham hakkı da, yukarıda tasrih ettiğimiz gibi, suçun ma. tuf bulunduğu Devlet, veya topraklarında suçun işlenildiği Devlet, veyahut mücrimi Divana teslim eden Devlet tarafından istimal edilebilir. Bundan anlaşılıyorki, Beynelmilel ceza Divanının ihdası hakkındaki Mukavele projesinin esası, (indivudialiste) değil, tamamen (étatiste) dir- Mahaza, bir bakımdan, ferd Devletin vesayetinden âzade kılınmıştır. Beynelmilel ceza Divanının ihdası hakkındaki Mukavelenin 23 üncü maddesinde şöyle denilmektedir.

«Suçdan zarar gören Devlet veya her hangi bir şahıs, Divana şahsî müddei sıfatile müracaat ederek, dosyayı tetkik ve Divana bir lâyiha tevdî edebilir».

Bu suretle ferd, beynelmilel Divana müracaatla ikamei dava edemiyorsa da, meselenin bir Devlet tarafından işbu Divana sevkini müteakib, şahsî müddei sıfatile bir lâyiha tevdi edebiliyor demektir. Bu da, eşhası hususiyenin beynelmilel mahakim huzuruna kabulü yolunda oldukca mühim bir ilerleyiş ifade etmektedir.

Eşhası hususiyenin beynelmilel mahakim huzuruna kabulünü iltizam eden doktrin, kuvvetini kısmen diplomatik himaye sisteminden neş'et eden mah-

zurlardan almaktadır. Biz zannediyoruz ki, beynelmilel mes'uliyet ile, Devletin işbu mes'uliyetini mucib olan bugünkü diplomatik himaye sistemi beyninde mutlak ve zarurî bir irtibat yoktur. Devletin beynelmilel mes'uliyeti, haksız yere zarar gördüğü iddiasında bulunan kimsenin o Devlet aleyhine ikamei dava etmesiyle mevzuubahs olabilir.

Beynelmilel Ceza Divanının ihdasile, diplomatik himayeden tevellüd eden mahzurlar bertaraf edilmek istenmiştir. Lâkin bu gaye takib edilirken, Devletin beynelmilel mes'uliyetini vikaye için beynelmilel mahakim huzuruna eşhası hususiyenin kabulü derpiş edilmiş değildir. Beynelmilel ceza divanı projesini hazırlayan hukukşinaslar Devletlerin bir davayı doğrudan doğruya beynelmilel Divana sevketmeleri imkânını derpiş etmişler ve bu suretle Devletlerin beynelmilel mes'uliyetinin mevzuubahs edilmesi ikânına sed çekmişlerdir.

*
* *

Beynelmilel Ceze Divanı, Devletin Beynelmilel mes'uliyeti hakkında karar vermek salâhiyetini haiz bir merci değildir. Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki mukavelenin 2 inci ve 3 üncü maddelerinde derpiş edilen ef'al, ferdî mes'uliyeti mucib olan suçlardır ve bu mes'uliyetin evvelemirde mevzuatı milliye, saniyen suçlunun bulunduğu mahal mevzuatı ve nihayet suçluyu iade ettiren Devletin mevzuatı tarafından tecviz edilmiş olması lâzımdır. Binaenaleyh, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukavele ahkâmının tağyiri dolayısile bir Devlete terettüp edecek beynelmilel mesuliyet, temamen başka bir meseledir. Böyle bir halde, Beynelmilel Ceza Di vanının salâhiyeti mevzuubahs olmaz. Beynelmilel Mukavelâtın tağyiri halinde, Devletin Beynelmilel mes'uliyeti, diplomatik müzakerat neticesinde veya beynemilel adlî prosedür suretile tebeyyün eder. Terorizmin tenkiline mütedair mukavelât hakkında takip edilecek prosedür ise, ahkâmı hususiye ile tesbit edilmiş bulunmaktadır.

*
* *

Beynelmilel Ceza Divanına müracaattan evvel, mevzuatı dahiliye ile tesbit edilmiş olan bilûmum mahkeme meratibinden geçmek icab edermi? Bir davanın beynelmilel bir mercie sevkinden evvel, bilûmum mahkeme meratibinden geçmiş olması lüzumunu iltizam eden nazariye, adlî istiklal ile Beynelmilel teşriki mesaî lüzumunu telif etmektedir. Beynelmilel Ceza Divanının ihdasından maksat, millî mahkemeler tarafından verilen kararlar dolayısile mevzuubahs olabilecek Devletin Beynelmilel mes'uliyetini bertaraf etmek olduğuna nazaran, işbu Divana mahakimi milliye kararlarını temyiz

1324

etmek salâhiyetini tanımak caiz olamaz; zira, aksi takdirde, Devletin Beynelmilel mes'uliyeti hakkında nazik ve tehlikeli münakaşalara meydan verilmiş olur. Dahilde, istinaf ve temyiz hakkı, Devletin muhtelif adlî makamatının birbirlerine karşı besledikleri itimada müsteniddir. Beynelmilel ceza Divanının ihdasında ise, mevzuatı milliye ile Devletin Beynelmilel mükelleiyetinin te'lifi mevzuubahs değildir. Beynelmilel Ceza Divanının salâhiyeti, ancak mahakimi milliyenin salâhiyetine kaim olmak suretile ve Devletin rızasile cari olmaktadır. Beynelmilel Divanın salâhiyeti millî mahakimin adâleti bihakkın yerine getiremediği mânasını ifade etmekte değildir ve binaenaleyh, mahallî adâlete bu suretle bir tecavüz vâki olabileceği iddia edilemez; bilâkis, bu sayede, millî mahakim hakkında vâki olabilecek tarafgirlik isnadlarına sed çekilmiş olur.

*
* *

Tetkik edeceğimiz diğer bir mesele, Terorizmin beynelmilel tenkili hakkında komite tarafından teklif edilen iki mukavele beyninde ne gibi bir münasebet bulunduğudur.

Terorizmin önlenmesi ve tenkiline dair olan Mukavelenin Beynelmilel Ceza Divanı ihdasına müteallik Mukavele ile alâkası nedir? Tâbiri diğerle, Hükûmetler bu Mukavelelerden yalnız birini tasdik edebilirlermi, yoksa, iki Mukavele beyninde mevcud esaslı münasebet dolayısile, her ikisini de aynı zamanda kabul etmek mecburiyetindemidir? Komite, terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukaveleye bir nevi muhtariyet bahşetmiş, halbuki diğerinin tasdikini, birincisinin tasdik edilmiş olmasına tâbi tutmuştur. Bu hususta kabul edilen şekil kat'idir. Komite bu mesele hakkında izahat vermemekte ise de işbu şeklin ne gibi esasata müstenid olduğu aşikârdır. Filvaki, Beynelmilel Ceza Divanı, Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki sistemi temamlamaktadır. Bu sistem ise bizatihi esaslıdır. Buna mukabil, Beynelmilel Ceza Divanının ihdasına müteallik Mukavele, bir otonom tenkil sistemi tanzim etmekte değildir. Diğer taraftan, İstişarî Hukukşinaslar Komitesinin 1920 tarihli projesi ile son proje arasında yukarıda mukayese yaparken, kabili tecziye ef'alin tayini hakkını Beynelmilel Divana bırakmamak için, iki Mukavele beyninde irtibat bulunmasının zarurî olduğunu izah etmiştik.

Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki mukavelenin kabulü ise, Beynelmilel Ceza Divanına dair olan Mukavelenin tasdikine bağlı değildir. Komite, beynelmilel Ceza Divanının ihdasında faide olup olmayacağı hakkında Komite âzaları arasında zuhur etmiş olan ihtilâfı efkâr dolayısile, bu sistemi kabul etmiştir. Komitenin raporunda denildiği gibi, «böyle bir sistemle, prensip olarak veya her hangi bir sebeple bir mücrimi Beynel-

135

milel Ceza Divanına teslim etmek istemeyen Devletlere, birinci Mukaveleye iştirâk imkânı bahşedilmiş olacaktır».

Birbirini tamamlayan bu iki Mukavele projesinde mevcut ahkâmın tek bir vesika olarak tanzimi şüphesizki daha muvafık olurdu. Beynelmilel Ceza Divanının ihdasına dair Komitede zuhur eden ihtilâfı efkâra gelince, divanın salâhiyetinin kat'î olmadığı düşünülürse, bunların izalesinin de pek güç olmayacağı tezahür eder. Mevzuubahs Divana müracaatın mecburî olmadığı prensibi vaz edildikten sonra, iki Mukaveleyi birbirinden ayırmaya bir sebep kalmaz. Filhakika, mahakimi milliyenin salâhiyetine giren davaları Beynelmilel Divana sevketmek mecburiyeti mevzuubahs değildir. Derpiş edilen Beynelmilel Ceza Divanı, «*muayyen bir meselede, millî salâhiyetlerin bilriza beynelmilel bir mahkeme lehine feragetini*» istihdaf etmektedir.

Terorizmin önlenmesi ve tenkili hakkındaki Mukaveleye iltihak için, Beynelmilel Ceza Divanının ihdasına müteallik Mukavelenin tasdikini mecburî kıldığımız taktirde, âkit Devlete, hakikatı halde, her hangi nazik bir mesele dolayısile Divana müracaat etmek ihtiyarını bahşetmiş oluruz.

Beynelmilel Ceza Divanının ihdasında faide melhuz olup olmadığı hakkında Komitede cereyan eden münakaşaları muhtevi zabıtlar elimizde değildir. İşbu etüdümüzle, böyle bir Divanın kurulmasında ne gibi pratik faideler bulunduğunu izaha çalıştık. Prensip olarak mevzuubahs Divanın ihdasına muarız bulunanlar, şüphesizki Devletlerin hâkimiyetini ileri sürerler. Lâkin Beynelmilel Ceza Divanının ihdasında, devletlerin hâkimiyetine bir tecavüz görmek, hatadır. Devletin, hâkimiyet haklarından her hangi bir mesele dolayısile bilriza sarfı nazar etmesi, hâkimiyet prensibine mugayir değildir. Devlet, mes'uliyetten fariğ kalmak için, böyle hareket etmek lüzumunu hissetmiş olabilir. Devletlerin bu nokta üzerinde ciddiyetle düşünmeleri ve mevzuubahs divanın ihdasını tasdik etmeleri lâzımdır.

*
* *

Beynelmilel Ceza divanının ihdası hakkındaki projenin, pek nazik ve vahim olan devletin beynelmilel mes'uliyeti meselesine verdiği şekli hal, cidden güzel bir düşünüş mahsulüdür. Bu projenin gözettiği gaye, beynelmilel mes'uliyet meselesini mümkün mertebe bertaraf etmek suretile, hem eşhası hususiyeyi himaye ve hem de devletler arası münasebatını ihtilâflardan vikaye eylemektir.

1326

No : 108

Ceza muhakemeleri usulü kanununda Hürriyet ve mülkiyeti takyid eden kaideler

Yazan: Hamdi ÖNER
Ankara Sulh hâkimi

Ceze muhakemeleri usulü kanunu, suç faillerini meydana çıkarıp cezalandırmak vazifesile mükellef tutulan memurların bu hususta takip edecek yolları ve riayet edecekleri kaideleri gösterir.

Suçu meydana çıkarmak gayesine matuf bulunan faaliyet safhalarında suçla alâkadar olan ve olmayanların hürriyet ve mülkiyetlerini takyit zarureti hasıl olabilir. Bu takdirde hürriyet ve mülkiyetin bizzat teminatı bulunan kanun bunu kendisi ihlâl etmek mecburiyetinde kalır. Bu hususta riayet olunacak kaideler, usulün en esaslı hükümlerindendir. Bu kaideler kanunda itina ile tesbit olunmuştur.

Hürriyet, İnsanın nefsi ve serbestisi hakkında his ettiği emniyettir ki bunu kendisine kanunlar temin etmiştir.

Ceza muhakemeleri usulü kanununda hürriyeti takyit edici kaideler tevkif, muvakkat yakalama, ihzar ve arama ve hapisle şahadete tazyik ve bazı hallerde de keşif muamelelerinde ve mülkiyeti tahdit eden muameleler ise Zabıt, Müsadere ve bazı hallerde de keşifte tecelli eder.

Tevkif ve muvakkat yakalama kararı yalnız suçlular hakkında verilebildiği halde diğer muameleler alâkadar olmayanlar hakkında da kabili tatbiktir

Bütün bu muameleler cezai mahiyette olmayup işin hakikatını meydana çıkararak suçluyu cezalandırmak gayesile ittihaz olunan tedbirler mahiyetindedirler . Bu yazıda sırasile bu tedbirlerin sebep ve gayeleri izaha çalışılacaktır.

TEVKİF

Tevkif, usulün tayin ettiği zaruretler dolayısile yine usulce vaz olunan kaideler dairesinde maznunun serbestisinin tahdididir.

Tevkif Kararı, hürriyeti tahdit eden tedbirlerin en ehemmiyetlisi ve ağır olanıdır. Hapisden yalnız hukukî mahiyetile ayırt edilebilir. Bu tedbirin ağırlığı, bilhassa takibatın beraetle neticelenmesi halinde telâfisinin imkânsız bulunması göze alınarak şekil ve sebepleri kanun tarafın-

1327

dan tayin ve tahdid edilmek suretile takdire pek az yer bırakılmıştır.

Tevkifin sebeplerini ihtiva eden ceza muhakemeleri usulü kanununun 104 üncü maddesi aynı zamanda hakkında takibat yapılan kimsenin şahsî hürriyetinin de teminatı Mahiyetindedir. Mezkûr madde ile vazolunan hükümlerde iki esas göz önünde tutulmuştur.

1 — Beraet takdirinde telâfisinin gayri kabil bulunduğu düşünülerek maznun hakkında evvelemirde kuvvetli delillerin mevcudiyeti şartı konulmuştur. Madde 104 ilk fıkra.

Kuvvetli delil, takibat beraet veya mahkûmiyetle neticeleneceğine göre mevcud vaziyet maznunun beraet etmesi ihtimalini zaifletecek derecede aleyhde olması demektir. Zira ancak kuvvetli kanaat bu takdirde tahassül eder.

2 — Tevkif mahiyeti itibarile bir ceza değil ancak bir tedbirden ibarettir. Bu itibarla ittihazında kat'î zaruret ve sebepler bulunmalıdır. 104 üncü maddenin müteakip fıkraları bu sebebleri tahdidi surette tesbit etmiştir. Kabul edilen sebeplerin hepsi tahkikatın selâmetini temin gayesine matufdur, maznunun serbest bulunması tahkikatı işkâlettiği takdirde bilhassa delilleri yok etmesi veya değiştirilmesi veyahut kaçmasını gösteren haller veya vakalar bulunduğu ve yahut işlenen suçun mahiyeti itibarile âmme efkârını yetiştirmek yahut devlet ve hükûmetin kırılan nüfuzunu telâfi etmek gayelerile ancak bu tedbire tevessül olunabilir. Bu haller haricinde tevkif kararı verilemez. Ağır cezayı istilzam eden cürüm faillerile meskeni veya ikametgâhı belli olmayan veya şüpheli takımından bulunan ve yahut yabancı olupta hâkimin davetine veya verilecek hükmün infazı için geleceğinde şüphe uyandıracak ciddî sebepler bulunan maznun kaçak sayılır. Bu takdirde artık 1 inci bentde yazılı kaçma şüphesini uyandıracak vakaların tesbitine lüzum kalmaz. Ancak kuvvetli sübut vasıtalarile birlikte kanunda yazılı maznunun mutlaka tevkifini icabettirmez birinci fıkrada edebilir kaydile keyfiyet hâkimin takdirine bırakılmıştır. Unutmamalıdırki kanunlarla vazolunan ahkâm ve ihdas olunan bütün teşkilâta nihayet hürriyet ve mülkiyetin masuniyetini temin gayesi istihdaf olunmuştur. Hikmeti vazı aleyhine tesir etmemek için kanunun gösterdiği endişe yerindedir.

Kanun 115 inci maddede Hafif hapis cezasını istilzam eden suçlar da tevkif imkânlarını daraltmıştır fakat yalnız para cezasını istilzam eden fiillerde tevkif sebeplerini tayin etmemiştir. Umumî surette tevkif ve sebeplerini tayin eden 104 üncü madde mutlak olarak suçtan bahsetmiş olmasına göre yalnız para cezasını istilzam eden fiillerden dolayı da tevkife cevaz vermişse de hafif hapsi istilzam eden fiillerin nisbeten ehemmiyetsizliği göze alınarak 115 inci madde ile tevkif sebepleri daraltılmış olmasına nazaran bunlardan daha ehemmiyetsiz mahiyette bu-

1328

lunan bilhassa hafif para cezasını icabettiren fiilleri meskût bırakması faillerinin 114 üncü madde şeraiti dairesinde tevkif edilebilecekleri zehabını tevlit etmiştir. Hafif hapis cezasını istilzam eden fiillerin suçluları hakkın da hususî ahkâm vazettiği halde hafif para cezasını istilzam eden suç faillerinden bahsetmemesi bir boşluk teşkil ettiğinden bu son halde hiç olmazsa 105 inci maddenin kaideleri haricine çıkılmaması icabeder hatta yalnız malî cezayı istilzam eden suçların mahiyetleri bilhassa tevkifin mahkûmiyete mahsup suretile telâfisi imkânsızlığı da göze alınarak bu kabil fiillerde tevkif şartlarını 115 inci maddeden de dar manada anlamak icabeder.

Duruşma faslında bulunan 229 üncü madde ile kanunun ayrıca bir tevkif sebibi kabul edüp etmediği hususu tatbikatta tereddüdü mucip olmuştur. Çok serbest ve mutlak bir ifade ile yazılmış olan maddenin metni şudur. (mahkeme maznunun bizzat hazır bulunmasına, ihzar veya tevkif müzekkeresile zorla getirilmesine her vakit karar verebilir) bu ifade 114 üncü madde kayıd ve şartlarına tâbi olmayarak mahkemenin istediği zaman temamen keyfi olarak tevkif kararını vermek salâhiyetini haiz bulunduğu zehabını hasıl eder.

Ceza muhakemeleri usulü kanunu sistemi icabı olarak tevkife ait hükümleri dahi umumî hükümleri ihtiva eden birinci kitabın bir faslında ve her tahkikat safhasına kabili tatbik surette toplu olarak vazetmiştir. Kanunun tevkif faslında şahsî hürriyet için aradığı teminattan duruşma faslında feragat etmesinde bir sebep tasavvur edilemiyeceğine göre 229 uncu madde ifadesinin 114 üncü maddedeki kayıd ve şartlar haricinde anlaşılmaması lâzım geldiği kanaatindeyim. Aksi takdirde 229 uncu madde hükmünü aynı fasılda bulunan 223 üncü madde hükmü ile de telif etmek imkânsızlığı hasıl olur. Çünkü 223 üncü madde maznunun duruşmaya gelmemesi halini ancak makbul sebeplere müstenid bulunmadığı takdirde tevkif sebebi saymıştır.

229 uncu maddeyi mutlak surette yani mahkemenin bilâ kayıd ve şart tevkif kararını vermek salâhiyetini haiz manada alınırsa yalnız 104 ve 105 inci maddelerdeki tevkife ait umumî hükümleri değil ayni zamanda duruşma faslında bulunan 223 üncü maddeyi de hükümsüz bırakacak bir neticeye varılır. Her halde 223 üncü madde muayyen hadiseleri zikrettiğine göre mevzu hakkında hükmü mutlak surette caridir; maznunun duruşma icaplarına göre hazır bulundurulması ciheti de 223 üncü madde ile tanzim edildikten sonra bunun haricinde duruşmada 229 uncu maddenin artık ne gibi hallerde tatbikine lüzum hasıl olabileceği meselesi de düşünmeye değer. 229 uncu maddenin 104 ve 123 üncü madde hükümleri haricinde tatbik kabiliyetini araştırmak lâzımdır. Matlap ve metnindeki ifade maddenin maznunun zorla getirilmesini temin

1329

gayesile vazedildiğini gösterir. Binaenaleyh 45 inci maddede bazı müstacel hallerde tebligata lüzum görülmeden şahitlerin ihzar edildikleri gibi 229 uncu madde ile de duruşmanın herhangi bir safhasında suçluyu hazır bulundurmak maksadile mahkemenin tevkif kararı verebileceği temin olunmuştur.

Bu takdirde zorla getirilmesini icabettiren muamele ifa edildikten sonra maznunun tıpkı ihzar olunan şahıs gibi kendiliğinden serbest kalması icabeder, halbuki bilindiği veçhile tevkif kararı umumî surette hürriyeti devamlı olarak tahdit eder. Hükmünün geri alınması ve yahut sebeplerinin zail olması dolayısile maznunun salıverilmesi hallerinde ancak tesiri kalkar. Madde 110, 123, 126. Halbuki 229 uncu maddedeki tevkifin hükmü maznunun zorla getirilmesini icabettiren muamelenin ifasından sonra hükmünün geri alınmasına veya maznunun salıverilmesine lüzum kalmadan kendiliğinden kalkar. 229 uncu maddenin ahkâmı umumiyeye nazaran ancak bu itibarla bir istisna teşkil ettiği kabul edilirse ancak usûl hükümlerinin yekdigerlerile te'lif imkânı hasıl olur.

Suçun vehametini düşünmek vazifesi ceza kanununa terettüp eder. Tevkif ise ceza değil bir tedbir mahiyetinde olduğu için suçların mahiyet ve redaetlerine göre değil ancak tahkikatın selâmeti mülâhazasile ittihaz olunabilir. Ceza muhakemeleri usulü kanununun prensip olarak suçlunun tahkikatı işkâl etmemesi ve neticede tahakkuk edecek mesuliyetten kaçmamasını temin gayesile tevkife bizzarure cevaz vermiştir. Ağır cezayı istilzam eden suçlar, işlenen fiil itibarile değil maznunun ceza kanunundaki ağır neticesinden kaçma temayülünü beslediğini evvelden kabul edilmesi dolayısile tevkife sebep addolunmuştur. Yani bu halde dahi irtikâb olunan hadise değil irtikâbedenin etvar ve harekâtı tevkife sebep teşkil eder. Kanunumuzun me'hazında âdabı umumiye aleyhine işlenen suçlarla hükûmet veya devletin nüfuzunu kıran suçlar bizatihi fiil olarak tevkif sebebi sayılmamıştır. Bu iki sebep bazı hallerde umumî efkârın yatıştırılması ve ihlâl olunan devlet oteritesinin iadesi mülâhazalarile kanuna sonradan ilâve edilmiştir. Keza ahiren 3515 sayılı kanunla tadil edilen usulün 200 üncü maddesi, Ceza kanununun ikinci kitabının birinci babında yazılı cürümlerden ölüm ve ağır hapis cezalarını istilzam eden suçlardan zan altında bulunanlar hakkında son tahkikatın açılmasını da tevkif sebebi addetmek suretile usulün bu hususiaki temayülünü genişletmiştir. Yine suçun mahiyeti itibarile maznunun tevkifine dair ihtiyara mahal bırakmadan tevkifini emreden hususî kanunlardan bazı hükümlere tesadüf olunur. Ezcümle İrtikâp, İrtişa ve sair bazı cürümlerin takip usulüne mütedair olan 1609 sayılı kanuna göre yapılan takibat neticesinde hakkında son tahkikat açılan maznunun ayni zemanda tevkifi lâzımdır. Keza 1618 sayılı kanunun 26 ve 27 inci

1330

maddelerinde kaçakçılık yapmak üzere teşekkül vücude getirenler ve 28 inci maddesinde kaçakçılığı silâhlı olarak işleyenler ve 29 uncu maddesinde kaçakçılığı Devletin siyasî, malî ve iktisadî selâmetini bozmak maksadile yapanlar ve bu kanunun 31, 32, 33, 36, 37, 39, 40 ve 58 inci maddelerindeki suçlardan dolayı haklarında son tahkikat açılanların ayni zemanda tevkif edilecekleri 53 üncü maddesi hükmü iktizasındandır. Keza hayvan sirkatinin man'i hakkında 6-4-329 tarihli kanunun 16 ıncı maddesinde hayvan sirkatinden dolayı derdest olunan maznunlardan haklarında mucibi tevkif delâili kaviye mevcut olanların tahkikat ve muhakemeleri mevkufen icra olunur denilmesine ve bu kanunun usule müteallik bulunan işbu hükmü daha sonra meriyete girmiş olan ceza muhakemeleri usulü kanununun 422 ve müteakip maddesile ilga edilmemiş olmasına göre haklarında bu suretle takibat yapılmış olanların aleyhlerinde delâili kaviye mevcut olduğu takdirde tevkifleri zaruri bulunduğundan ayrıca usulün 104 üncü maddesinin ikinci fıkrası şeraiti aranılmaz.

Tevkifin hikmet ve gayesi itibarile usûl prensipleri göze alınmasa usule ilâve olunan hükümler ve bu mahiyette olarak hususî kanunlarda tevkife dair vaz olunan ahkâmla bir az ileri gidilmiş denilebilir. Kanunun hürriyetin tahdidine daha tahkikat safhasında cevaz verdiği şahsa ayni zaman da geniş teminat bahsetmiştir, bir defa tevkif sebeplerinin tahdidi olarak kendisi saymıştır; maznun hakkında kuvvetli sübut dellillerini şart koymuştur, bununla da ikdifa etmiyerek bunların takdirini hâkime bırakmıştır. Bu hallerin mevcudiyeti takdirinde dahi tevkif kararı verüp vermemekte hâkimi tamamen serbest bırakmıştır, en nihayet duruşma sırasında bile verilen kararı ikinci derecede tetkik ettirmek salâhiyetini vermek suretile kanunî yollara müracaat hususunda maznuna istisnai salâhiyetler tanımıştır. Madde 298

Sorgu hâkimi tarafından verilen kararın hâkim veya reisin tetkik ve tasdikine tâbi tutulmasına dair kanunumuzdaki hükümler dahi maznun için bir teminat olarak düşünülmüştür. Fakat kaydetmek lâzımdırki bir hâkim tarafından verilen kararın kabiliyeti tatbikiyesini diğer bir hakimin tasdik ve muvafakatına bağlı tutmayı hukuk prensipleri bakımından izah etmek bir az güçtür. Bu daha fazla sorgu hâkimlerimizin hali hazır vaziyetleri muvacehesinde hürriyeti şahsiyenin ehemmiyeti itibarile bizzarure istisnaî olarak kabul edilen bir haldir. Fakat tevkif edilen maznunun derhal salâhiyetli hâkim huzuruna kabil olmazsa en yakın sulh hâkimi huzuruna çıkarılması aleyhindeki isnatlardan kendisine malûmat verilmesi, ve mevkufiyetinin devamına mahal olup olmadığının muayyen mehiller içinde tetkik edilmesine hâkimin mecbur tutulması kanunun hürriyeti tahdid olunana tanıdığı esaslı teminattandır. Müker-

rir olmıyan maznun 200 üncü madde ile 104 üncü maddenin ilk fıkrasının ikinci bendi haricindeki hallerde tevkifine sebep olan endişeleri bertaraf edecek şekilde kefalet verdiği takdirde hakkındaki tevkif kararı hükmünün infazı tecil olunur.

Madde: 117. Bu da şahsî hürriyetin fuzulî olarak tahdidinin devamı önüne geçmek mülâhazasile ihdas olunan bir yoldur. Ancak kefaletle tahliye edilen maznun hakkında tevkif kararı geri alınmış veyahut tevkif sebepleri kalmaması üzerine salıverilmiş bir kimse gibi değildir; tevkif kararının hükmü baki bulunduğundan ayni karara müsteniden tekrar tevkifhaneye alınabilir madde 119 usulün 288 inci maddesinde de buna benzer bazı hükümler vardır. Ancak 104 üncü maddenin ikinci fıkrasının üçüncü bendindeki tevkif sebepleri devlet ve hükûmetin nüfuzunu kıran veya âdabı umumiye aleyhine işlenen suçlarda umumî efkârın yatıştırılması emelile vazedilmiş olmasına göre maznunun malî bir teminat mukabilinde serbest bulundurulmasına kanunun cevaz vermesi izah olunamaz.

Tevkifin şahıs hürriyetini tahdid derecesi de sebep ve gayesine göre tayin olunmuştur. Tevkifhanenin intizamını ve tevkifin gayesini ihlâl etmemek şartile mevkuf hısım ve akrabasile görüşebilir fikri ve bedeni iştigalâtına tevkifhanede de devam edebilir. Madde 107, 116.

MUVAKKAT YAKALAMA

Şeklen benzemekle beraber hukukî mahiyet itibarile tetkikten ayrılan ve hürriyeti tahdid eden bir tedbir de muvakkat yakalamadır. Tevkif kararı ancak hâkim tarafından verilebilir, fakat hâkimden karar talep ve istihsali nihayet bir usûl ve merasim meselesi olması hasebile zemana mütevakkıftır, halbuki bazı hallerde maznunun derhal el altına alınması zarureti hasıl olur, fevkalâde zaruretler muvacehesinde kanun şahsî hürriyetin hâkimin siyaneti altında bulunmasına dair tanıdığı teminattan sarfınazar etmek mecburiyetinde kaldığından müddeiumumiye, zabıta memurlarına hatta âhattan herkese maznunu yakalama salâhiyeti tanımıştır. Madde 127. Muvakkat yakalama sebepleri işlenen suçun vahametine göre değil suçun ikaı sırasında maznunun görülmesi ve ayni zamanda kaçmasının umulması veyahut hürriyetinin tayin edilmemesi gibi tahkikatın sevk ve idaresine müteallik sebeplere müstenittir. Muvakkat yakalanmada tedbirin suçlunun hal ve tavrı itibarile tahkikatın selâmeti gayesile ittihazı hususunda usûl prensiplerinde istisna kabul etmemiştir. Tevkif, kazai bir karara müstenit olması hasebile şahıs hürriyetini hukukan muvakkat yakalama ise böyle bir karara müstenit olmadığına göre hürriyeti yalnız filen tahdit eder.

Muvakkat yakalama münhasıran 127 inci maddede tarif olunan meş-

1332

hut cürüm sırasında rastlanıp firarı umulan ve yahut hüviyetinin derhal tayini mümkün olmayan maznunlar hakkında caizdir. Bu halde maznun suç uzerinde yakalandığına göre 104 üncu maddedeki kuvvetli sübut sebeplerini esasen aramaya lüzüm yoktur. Huvviyeti tayin edilmemiş olan maznunun ortadan kaybolmasının girişilecek tahkikat üzerindeki tesiri göze alınırsa muvakkat yakalamanın kabulündeki zaruret daha iyi takdir olunur. Muvakkat yakalama kazai bir karara lüzum görülmeden şahsî hürriyetin tahdidine cevaz veren bir tedbir olarak kabul edilmekle beraber yakalananın derhal hâkim huzuzuruna çıkarılarak mevcut fiili vaziyete kanunî bir mahiyet izafe edilmesini temin cihetini de kanun derpiş etmiştir.

Filhakika hâdis olan fiili vaziyetin mümkün mertebe az devam etmesi lâzımdır. Bunun için yakalanan şahsın derhal hâkim huzuruna çıkarılıp hakkında gereken tetkikat yapılarak yakalama sebepleri bu defa tevkif bakımından yani 104 üncü maddeye tevfikan takdir edilmek suretile maznunun tevkifine ve yahut salıverilmesine karar verilir madde — 128.

Şu halde muvakkat yakalama, tevkif denilen kanunî merasimin ikmali için geçmesi lâzım gelen zaman zarfında ittihaz olunan muvakkat ve fiili bir tedbirdir.

YAKALAMA MÜZEKKERESİ

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 131 ve 401 inci maddelerinde birde yaklama müzekkeresinden bahsetmiştir. Fakat yakalama müzekkeresi muvakkat yakalama veya tevkif gibi şahsî hürriyeti filen veya hukukan tahdit eden bir tedbir mahiyetinde değildir.

Bu müzekkere tevkif veya mahkûmiyet kararlarile serbestileri hukukan ve yahut muvakkat yakalama ile filen tahdid edilmişken kaçmaya muvaffak olanların tekrar ele geçirilmesini teminen zabıtaya C. M. U. Si ve istisnai hallede Hâkim tarafından yazılan bir tahrirattan ibarettir. Kuvvetini mahkûmiyet veya tevkif kararından aldığı ve kendiliğinden hürriyet aleyhine herhangi bir vaziyet ihdas edemediği için bu müzekkere daha fazla suhuleti istihdaf eden bir muameleden ibarettir. Hukukî bir nüfuzu olmayup sadece kararların tenfizine vasıtadır. Fakat ancak tevkif ile ceza hükümleri bu vasıta ile infaz olunurlar. İhzar kararları hakkında sarahat bulunmadığından bu vasıtadan istifade olunamaz. Yakalama müzekkeresinin tatbikatta hakikaten büyük faideleri görülür bilfarz hakkında tevkif kararı istihsal edilmiş bir maznunun muhtelif yerlerde bulunması ihtimali karşısında hakkında tevkif müzekkeresinin mahfuz tutularak ona müsteniden doldurulacak müteaddit yakalama müzekkere-

1333

lerinin kaçağın bulunması muhtamel yerlere tevzii büyük bir suhulet tevlit eder.

İHZAR

İhzar her hangi bir şahsın ifa olunacak muamele dolayısile Adliyeye veya diğer bir mahalle (Bilfarz keşif mahalline) rizasına bakılmakzın kuvvei cebriye ile getirilmesinden ibarettir hürriyeti tahdid eder bir tedbir olması itibarile umumî kaide olarak hâkim tarafından ittihaz olunacak karar ile yapılması lâzımdır. İhzar kararı tevkif kararı gibi şahıs hürriyetini hukukan ve filen tahdid eder bu mahiyeti itibarile tevkife benzer tevkiften ayrıldığı cihetler ise:

1 — Tevkif yalnız maznunlar hakkında verildiği halde ihzar kararı üçüncü şahıslar hakkında da verilebilir;

2 — Tevkif kararı devamlıdır tesiri hükmünün geri alınması veyahut sebeplerinin kalmaması dolayısile ancak maznunun salıverilmesi hallerinde kalkar. Halbuki ihzarın tesiri lüzum görülen muamelenin ifasını müteakip kendiliğinden kalkar.

3 — Nihayet ceza muhakemeleri usulü kanununun 45 inci maddesindeki fevkalâde hal müstesna maznundan mada şahıslar usulüne tevfikan davet edilmedikçe haklarında ihzar verilemez.

DEMİR VURMA TEDBİRİ

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 116 ıncı maddesinin ikinci fıkrası hürriyeti tahdid eden diğer bir tedbirden bahseder. Mezkûr fıkra tevfikhanede intihar veya kaçmaya teşebbüs eden veya bu hususta hazırlıkda bulunan veyahut muhiti için herhangi ciddi bir tehlike teşkil eden maznuna demir vurulabileceğine cevaz vermiştir. Denilebilirki; bu tedbir esasen hürriyeti tahdid edilmiş şahsın tahaddüs eden zaruret karşısında hürriyet hududunun daha fazla daraltılmasından ibaret bulunduğuna göre bu daha fazla tevkifhanenin dahilî emniyet ve intizamı için başvurulan bir çaredir. mahkûmlara mütedair hapisaneler nizamnamesinde buna benzer hükümler sırf ceza evinin emniyet ve intizamına matuftur. Fakat 116 ıncı maddedeki demir vurma muamelesi bir usulü muhakeme meselesidir.

Tevkif; 116 ıncı maddenin ilk fıkrasında şekli tayin edildiği gibi mevkufun bir yere konularak fikrî ve bedenî iştiğalâtına müsaade etmek mahiyetinde bir tedbirdir. Halbuki ayni maddenin ikinci fıkrası mahiyeti bambaşka ve hürriyet aleyhine daha ağır bir muameleden bahseder. Ayni zamanda bir işkence mahiyeti arzeden demir vurma muamelesi tevkifin hudutlarının daraltılmasından ibaret olmayup yeni bir vaziyet ihdas ederek hürriyeti demir bir çenber içine alan yani tamamen müstakil

1334

bir tedbirdir. Ve umumî kaide icabı olarakda ancak hâkim tarafından ittihaz olunan karara müstenit olabilir. Hapisaneler nizamnamesinde mahkûmlara mütedair hükümler ise mücrimiyeti tahakkuk etmesi hasebile infaz memuruna tevdi olunan kimsenin içinde bulunduğu bina veyahut topluluğun ihlâli halinde hakkında alınacak tedbirlerden bahseder. Fakat vaziyeti henüz muhakeme safhasında bulunan ve kaidei esasiyeye göre masumiyeti aslolan maznunun hürriyetinin tahdidi infaz meselesi olmayup usulü muhakeme meselesi olması hasebile bu hususta karar ittihazında salâhiyetinin de müddeiumumiye değil hâkime ait olması lâzımdır. Binaenaleyh 116 ıncı maddenin 2 inci fıkrasında mevzuubahis demir vurma muamelesi de ceza muhakemeleri usulü kanununun hürriyeti tahdit eden kaideleri mahiyetindedir.

ŞAHADET VE YEMİN ETMEYE TAZYİK

Bir suçun isbatı bir şahsın mahsus veya meşhut malûmatına mütevakkif olabilir. Bu kimselere usûl istilahı ile şahit denir. Şahit; davet olunduğu hâkim huzurunda usulün tayin ettiği şekilde yemin ederek bilgisini söylemeye mecburdur. Şahit yalan beyanatta bulunduğu takdirde mesuliyetinin derecesini ceza kanunu tayin temiştir Madde — 286. Yeminin yalan olması beyanatın sıhhat ve ademi sıhhatine tâbi bulunduğundan ceza kanunu yalan yere yemin hakkında ayrıca hüküm vaz'ına lüzum görmemiştir. Ceza kanununun 287 inci maddesi hukuk muhakemelerinde tarafların yekdiğerlerine veya hâkimin resen bunlara teklif ettiği yeminin mesuliyetinden bahseder.

Ceza kanunu ancak yalan şahadeti cezalandırmışdır. Fakat şahit beyanatta bulunmaktan veya yemin etmekten imtina ederse mesele ne olacakdır. Şahadetden imtina inkâr mahiyetinde değil zira inkâr da menfî bir beyandır. Bu beyanın ademi sıhhati suç teşkil etmesi hasebile ceza kanununu ilgilendirir binaenaleyh ceza muhakemeleri usulü itibarile tedbir ittihazına mahal yoktur. Usulün 63 üncü maddesinde mevzuubahs muamele ise ceza değil bir tedbirdir.

Maznunun nişanlısı, karısı ve yakın akrabalarının şahitlikten çekinme haklarını tanımak suretile muhakeme usulü hükümleri arasında insanî duygulara esasen mevki ayırmıştır. Madde 47. Bunun haricinde şahadet herkes için içtimaî ve insanî bir vazife teşkil eder. İşte bu vazifeyi kendiliğinden takdir edemeyenler hakkında ceza muhakemeleri usulü kununu bunu cebren ifa ettirmek için zecrî tedbirler almıştır. Madde — 63.

Şahit kanunî bir sebep olmaksızın şahitlikten veya yemin etmekten çekinirse bundan mutevellit masraflarla birlikte para cezasına da mahkûm olur. Para cezası infaz edilmezse usulüne tevfikan yani 46 ıncı

1335

maddeye göre hapse çevrilir. Bundan başka şahitlik veya yemin etmeye cebir için şahit dinlediği dava hakkında hüküm verilinceye kadar fakat herhalde altı ayı geçmemek üzere hapsen tazyik olunur. Maksat yemin veya şahadeti temindir. Bu gaye ile ittihaz olunan bir tedbirden ibaret bulunduğu için ahvali şahsiye üzerine tesir icra etmez. Tıpkı ihzar gibi dava ile alâkadar olmayanlar hakkında usulü muhakeme zarureti dolayısile ittihaz olunan hürriyeti tahdid edici bir tedbirdir. Ayni mahiyette bir hüküm de icra ve iflâs kanunumuzda vardır. Haczi temin gayesile icra memuru mal beyanında bulunmayan borçluyu üç ayı geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere hapsedilebilir. İcra ve iflâs K. madde-76

Hilâfına hüküm bulunmayan hallerde şahitliğe ait kaideler ehli hibre hakkında cari bulunduğuna göre ehli hibre dahi malûmatı mahsusalarının söyletilmesi veva yemine icbar edilmesi için hapsen tazyik olunabilir. Bu suretle tazyikde hürriyet aleyhine kabul olunan tedbir mahiyetindedir. Cümhuriyet müddeiumumisinin bu salâhiyeti haiz olup olmadığı ciheti meskût bırakılmıştır. Fakat 63 üncü madde umumiyetle şahitlikden bahsetmiş olmasına göre hazırlık tahkikatı safhasında bu tedbirden istifadeye mani olacak bir hal tasavvur edilemez. Ancak bu takdirde tedbirin hürriyet aleyhine müteveccih bulunması hasebile müddeiumumilikce lüzum görüldüğü takdirde C. M. U. Kanununun 155 inci maddesine tevfikan taleplerini sulh hâkimine bildirerek karar istemesi icabeder.

ARAMA

Şahsiyet ve onun tasarrufu altında bulunan mesken ve eşyanın aharin müdahelesinden masuniyeti insanın hukuku tabiiyesindendir. Muasır hukuk telâkkisi bu merkezdedir. Diğer tarafda suçluyu cezalandırmakta ayni telâkkinin neticesi olarak cemiyetin en esaslı vazifelerindendir.

Suçlunun cezalandırılması evvelâ suçun kendisine izafesine bunun içinde sübut vasıtası denilen bazı eşyanın yahut kaçak halde bulunan bizzat suçlunun elde edilmesine mûtevakkıftır.

Suçlu yahut eşya masuniyeti temin edilmiş bir mahalde bulundukları takdirde tahkikatın yürümesi ancak bunların elde edilmesine bağlı kalır. Bu takdirde takiple mükellef olanlara bunları elde etmek imkânının bahşedilmesi zarureti doğar. Bu da ancak ferdî hakkın ihlâline cevaz vermekle temin olunabilir. Bu suretle tesaddum eden hak ve vazifeyi usûl, arama kaideleri ile tanzim etmiştir. Prensip olarak hak vazifeye feda edilmiştir. Ancak bu hususda kanun hakkın ihlâl derecesini vazifenin icabettirdiği zaruret hududuna göre tayin etmekle beraber ferde bazı

1336

teminat da tanınmıştır. Arama, şahıs ve mesken gibi insan serbestisine taallûk eden masuniyetleri ihlâl etmesi hasebile hürriyeti takyit eden tedbirler meyanına girer ve emsalinde olduğu gibi kaide olarak ancak hâkim kararile yapılabilir. Aramanın mevzuu şahıs ile tasarrufu altında bulunan eşya gayesi ise maznunun yakalanması ve delillerin toplanmasıdır Madde 94. Arama, haklarında arama yapılacak şahıslara göre iki kısma ayrılır.

1 — Maznunla şerikleri veya yataklık zannı altında bulunan kimselerin üzerlerinde, evlerinde maznunun ele geçirilmesi veya sübut vasıtalarının meydana çıkarılması umulan hallerde yapılır Madde — 94.

2 — Maznun ve şeriklerile yatağından maada kimselerin üzerleri, evleri ve sair mahalleri ancak maznunun yakalanması, suçun izlerini takip ve bazı muayyen eşyanın zaptı maksadile yapılır Madde — 95.

Her ikisi arasındaki fark dikkat edilmezse nazara çarpmaz. Birinci halde umumiyetle delillerin meydana çıkmasının UMULMASI arama için kâfidir. Yani bu kabil kimselerin üzerlerinde veya eşyalarında arama yapılması takibat yapmakta olanların bunda bir faide görmelerine bağlıdır, başka bir kayıt ve şart yoktur.

İkinci halde ise aramaya tâbi tutulacak kimselere teminat olmak üzere iki kayıt konmuştur. Bunlardan birincisi aramanın ancak MUAYYEN eşyanın (bilfarz suçta kullanılan bıçak yahut gasbolunan çanta gibi belli eşyanın) elegeçirilmesi maksadile yapılabilir. İkinci şart ele geçirilmesi istenilen eşyanın aranılacak şahıs veya mahalde bulunduğunu istidlâl ettirecek VAKALARIN mevcudiyetidir. Binaenaleyh şahsî kanaatın rolü yoktur.

Ancak bu takyidat maznunun içinde tutulduğu veya takibi sırasında girdiği mahallerle emniyeti umumiye nezareti altında bulunan bir şahsın oturduğu yerler hakkında cari değildir.

Arama, yapıldığı zaman itibarile de iki kısma ayrılır.

1 — Gündüz yapılan Arama. 2 — gece yapılan arama.

Arama kaide olarak gündüz yapılır. Meşhut cürümlerle teehhüründe mazarrat umulan haller veya firar eden bir mevkuf ve mahkûmun tekrar yakalanması gibi zaruretler müstesna olmak üzere mesken, iş mahalleri ve sair kapalı yerlerde arama yapılamaz. madde — 96,97. Kanun kabahatlar hakkında gece aramaya cevaz vermemiştir. Ancak emniyeti umumiye nezareti altında bulunanlar gibi şahıs hürriyetinin tamamından istifade edemeyenler, oturdukları yerlere gece herkesin girip çıktığı mahaller, mahkûmların toplanma yerleri, gizli kumar yerleri, suç ile elde edilen eşyanın saklandığı yerler ve umumhane gibi maruf yerler bu takyidattan istifade edemezler. Maddede yalnız mahkûmlardan bahsedilmesi ve maznunların meskût bırakılması boşluktur.

332

Aramanın teminatı — Ceza muhakemeleri U. Kanunu suçlar hakkında yapılacak tahkikat münasebetile memurlara bahşettiği geniş salâhiyet müvacehesinde ferdin hürriyetini hâkimin siyanetine tevdi etmiştir. Hürriyeti takyit eden diğer tedbirler gibi arama da ancak hâkim tarafından verilen karara müsteniden yapılabilir. Haklarında arama yapılacak şahıslara tanılan en büyük teminat budur. Ancak kararın istihsali için usulen zarurî olan merasimin ifasına vaziyetin müstaceliyeti musait değilse Cumhuriyet M. Umumisile zabıta memurları dahi arama yapabilirler. madde 97.

Mesken, iş mahallerile kapalı yerler gibi ferdin harimile daha fazla yakından alâkadar yerlerin hususiyetini nazara alan kanun buralarda yapılacak aramalarda hâkim veya C.M.U. sinin hazır bulunmasını ve buna imkân hasıl olmazsa ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulması lüzumunu şart koymuştur. Fıkra — 2.

Askerî hizmetlerde bulunan yerlerde yapılacak arama hâkim veya C.M.U. sinin iştirakile askerî makamlar tarafından yapılır. Buna ait fıkradaki zabıttan maksat aramadır.

Usulün 99 uncu maddesi haklarında arama yapılacak kimselere tanılan diğer mühim bazı teminattan bahseder. Arama eldeki tahkikat kadar hakkında arama yapılan şahsı da alâkadar eder mahiyette bulunduğu için muamelenin ifası neticesinde kendisine arama sebepleri, cezalandırılması maksut fiilin mahiyetini mübeyyin bir kâğıt verilir. Bu kâğıda kanun VARAKA demiştir. Eğer şüpheyi dâi bir şey elde edilmemişse kendisine diğer bir kâğıt verilir. Kanun bu kâgada VESİKA demiştir. Varaka, maruz bulunduğu muamelenin mahiyeti ve hürriyetinin zaruret dolayısile ihlâl edildiğine dair alâkadara neticede verilen hesap mahiyetindedir. Vesika ise mumaileyhin bu muamele dolayısile şeref ve itibarı aleyhinde cemiyette hasıl olan menfî kanaatı tashih etmeyi istihdaf eden bir ilmühaber mahiyetindedir.

Eğer bazı şüpheli eşya elde edilmiş ise yine talebi üzerine bunların müfredat halinde bir defteri yapılır. Bununla da ilerde eşyanın herhangi bir suretle tebdil edilmiyeceğine dair hakkında arama yapılana kanaat bahşedilir.

Arama hakkında hususî kanunlarda hükümler: Aramayı müteallik istisnai hükümler bilhassa kaçakçılığın men ve takibine dair bulunan 1918 sayılı kanundadır. Bu kanuna göre hususî evlerle müştemilâtında arama, mahallin en büyük mülkiye memurunun yazılı iznile, bulunmadığı takdirde vekilinin ve köylerde muhtar veya ihtiyar heyetinden iki kişinin huzurile yapılabilir. Hususî evlerle müştemilâtından maada yerlerde mahallin en büyük mülkiye memuru, bilûmum gümrük ve devlet tarafından idare olunan inhisar idaresinin memurları; emniyet memurları, jandar-

1338

ma komutan ve gümrük muhafaza zabitan ve efradı tarafından izinsiz de arama yapılabilir. Madde 6,7, 8, 9, 10.

Gümrük ve sair bazı kanunlarda bu mahiyette istisnai hükümler vardır.

ZABIT

Eşya müsadereye tâbi bulunur yahut ceza davasının sübutuna vasıta teşkil ederse emniyet ve muhafaza altına alınması zarureti hasıl olur. Bu zaruret mülkiyet aleyhine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa bazı hükümlerin konulmasını icabettirmiştir.

Sübut vasıtası vazifesini görecek eşyaya mütedair Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 86 ıncı maddesi iki safha arzeder.

1 — Muhafaza veya emniyet altına alınma.

Bu eşya başkasının mülkiyetinde bulunmaz yahut maliki kendi rızasasile adliye emrine teslim ederse zabıt mualemesine lüzum kalmaz; kanunun tabirile bu takdirde eşya muhafaza veya emniyet altına alınır. Bu safha cebrî bir muameleyi tazammun etmediği için hürriyeti ihlâl eden bir mahiyet arzetmez. Fıkra - 1.

2 — Zabıt.

Zabıt muamelesi maddenin ikinci fıkrasındadır. Bu eşya üzerinde mülkiyet bulunur ve sahibi de rızasile teslimden kaçınırsa zaptolunur. Yani eşyanın muhafaza ve emniyet altına alınma keyfiyeti cebren yapılır. Binaenaleyh zabıt muamelesi mülkiyetin esaslı bir rüknü olan zilyetliğin cebren refine müncer olur.

Tesaaruf hukukunu ihlâl eden bir tedbir olması itibarile usulün malûm olan perensibine tevfikan hâkim kararile yapılır. Fakat yine müstaceliyetin icabettirdiği zaruret dolayısile C. M. U. sile zabıta memurlarının dahi zabıt muamelesini yapmalarına cevaz verilmişdir. Ancak bu takdirde zabıt muamelesinde alâkadar olan şahıs bulunmamış veya açık olarak itiraz etmiş ise yapılan muamelenin üç gün zarfında hâkimin tasdikine arzolunması icabeder. Maddede mevzuubahis itiraz bir kanunî yol olarak ihdas edilen itiraz mahiyetinde olmayıp yapılan muameleyi alâkadarın şifahen tasvibetmemesi ve muhalefette bulunmasından ibaret.

Resmî dairelerde saklı olup münderecatının ifşası memleketin selâmetine zarar verecek mahiyette olan evrak zaptolunamaz.

Hususiyetleri itibarile mektuplar hakkında kanuna ayrıca hükümler konmuştur. Mektuplar iktisadî bir kıymet ifade etmeleri itibarile değil, ferd

1339

ve aile sırlarını ihtiva etmeleri hasebile hususî ehemmiyeti haizdirler. Bu itibarla mektubun zaptı muamelesi mülkiyet aleyhine değil, muhabere ve sırrın masuniyeti aleyhine tecelli etmesi hasebile hürriyeti takyit eder. Esasen arama ile zabıt yekdiğerinin netice ve gayesini teşkil ederler.

Aramanın gayesi zabıttır. Her hangi bir eşyanın yabancı ellere geçmesi meselesinden daha fazla bir ehemmiyet arzeden mektupların açılması keyfiyeti münhasıran hâkime aittir. Kanun istisnaî hükümleri tâbi tuttuğu mektup, telgraf ve sair mersuleler gibi maznuna gönderilip postahanaden zaptı icabeden evraktır. Diğer evrakın zaptı hakkında hususî hükümler bulunmadığından 95 inci maddedeki umumî hükümler caridir.

Müsadere:

Muhakeme usulüne müteallik tedbirlerden olmaması hasebile bu yazının mevzuundan hariç ise de zabıt muamelesile olan sıkı rabıtası dolayısile tetkike değer. Müsadere zabıt muamelesile başlar (madde 86). Zabıt usule müteallik bir tedbir olup mülkiyeti yalnız tahdit eder. Hukukî tabirle ancak zilyedliği ref eder ve tedbir mahiyetinde olduğundan ara kararile ittihaz olunur. Müsadere ise ferdî mülkiyeti ref ederek eşyanın mülkiyetini devlete intikal ettiren cebrî ve ivazsız bir istimlâktir. Meseleyi halleden nihaî kararla yani ancak hükümle yapılır.

Müsaderenin mahiyeti nedir? Temyiz mahkemesi bir hâdise münasebetile.

Müsaderenin fer'î bir ceza olduğuna karar vermiştir. — Müsadere kararı, ihlâl edilmiş bir hakkın yerine getirilmesi veya yapılmış bir zararın tazmin ve telâfisi maksadına matuf olmayıp ortada tahakkuk etmiş maddî bir zarar dahi mevcut olmadığı halde doğrudan doğruya ceza mahkûmiyetinin neticesi olarak tatbik edilen fer'î bir cezadır— [1]

Müsadereye ait ana hükümler ceza kanununun 36 ıncı maddesindedir. Bilhassa maddenin ikinci fıkrasında mevzuubahis olup suç ve mahkûmiyetle hiç alâkası bulunmıyan eşya müsaderesi göz önünde bulundurulursa müsadereye cezadır denilebilir mi? Çünkü bu hallerde ortada bir suç veya suçlu bulunmadığına göre cezadan ne suretle bahsedilebilir. Ceza kanunumuz müsadereyi cezalara tahsis ettiği ikinci baba almamıştır. Bu muameleyi ceza mahkûmiyetlerinin neticesine mütedair bulunan üçüncü bapta mevzuubahis etmiştir. Fakat ceza kanunu da tertibine ve cezaları tahdiden tadat eden sarih hükümlerine muhalif olarak ceza mahkûmiyetlerinin neticelerini tayin eden bazı maddelerinde bunları ceza olarak tavsif etmiştir. Fakat ceza mahkûmiyetlerinin neticesi olan medenî ve siyasî ehliyetsizlikler ile suçluların vaziyetlerinin ağırlaştırılması ve tehzipleri değil cemiyetin muhafaza ve siyaneti istihdaf olunmuştur. Diğer tâbirle kanun bunlarla cemiyetin medenî,

[1] Üçüncü ceza dairesi sene 1938 karar 4914.

B49

siyasî, idarî bünyesi hakkında koruyucu tedbirler almıştır. Binaenaleyh tahaffuzî mahiyette bulunmaları itibarile bu tedbirler cezaî mahiyette değildirler.

Kaide olarak müsadere suç hakkında verilen mahkûmiyetle birlikte karar altına alınır, fakat hükümle birlikte böyle bir karar verilmemiş veyahut müsadere edilecek eşyanın esasen bir suçla alâka ve irtibatı bulunmamış ise müsadere kararı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 392 ve müteakip maddelerindeki hususî muhakeme usulile ittihaz olunur.

Kanunumuzun aslında birinci kısım eşya hakkında yani suçta kullanılan veya suçtan hasıl olan eşya müsaderesi için hâkime ancak salâhiyet vermiştir(Kanunumuz ise müsadere kararı verilmesi mecburiyetini hâkime tahmil etmiştir. Bunun neticesinde hususî kanunlardaki istisnaî hükümler ceza kanununun umumî hükümleri müvacehesinde manasız kalmıştır.

Meselâ, kaçakçılığı men ve takibine dair olan 1918 sayılı kanunun 12,13, 14,18 ve barut nizamnamesinin 15 inci maddesile 28-8-330 tarihli zeylinde ve uyuşturucu maddeler inhisarına ait 2253 sayılı kanunun 16 ıncı maddesinde, 1782 sayılı ölçüler kanununun 21 inci maddesinde, kabotaj kanununda, 3116 sayılı orman kanununun 107,112,131 ve sair hususî kanunlarda suçta kullanılan, suçdan husule gelen yahut taşınması, bulundurulması suç sayılan eşyanın müsaderesi mecburiyeti hakkında vazedilen hükümlerle ceza kanununun 36 ıncı maddesi hükmü fuzulî olarak tekrarlanmıştır.

KEŞİF

Ceza muhakemeleri usulü kanununda hürriyet ve mülkiyeti takyit eden kaideler meyanında keşfi de zikretmek lâzımdır, filhakika keşif muamelesi de bazı hallerde bu neticeyi tevlid eder.

Keşif icrası şahsın mülkiyet veya hürriyetini takyit zaruretini doğurabilir. Bilfarz suça mevzu teşkil eden ve yahut suça ait âsarı taşıyan insan vücudu üzerinde yahut bir meskende keşif mahiyetinde tetkikat icrasına lüzum hasıl olabilir. Ve üzerinde tetkikat yapılacak şahıs, şahıs masuniyet hukukuna müsteniden buna muvafakat etmeyebilir. Bu takdirde soydurulması ve üzerinde cebren gereken tetkikat icrasına lüzum hasıl olur ki netice hürriyetin ihlâline müncer olur.

İnsan vücudu üzerinde yapılan tetkikatın keşif veya arama mahiyetinde bulunduğunu tayin ve tefrik müşkilât arzeder. Eğer vücut üzerinde maksat her hangi bir halin tayini, meselâ ezik veya yaranın tesbiti ise muamele keşif, eğer maksat zehir, kurşun gibi vücuda yabancı bulunan maddelerin taharrisi ise arama addolunarak buna ait hükümlere göre hareket olunur.

1341

Usulün 78 inci maddesi keşfin hâkim tarafından yapılacağını tasrih etmişse de keşfe kimin karar verebileceği cihetini meskût bırakmıştır. Keşfin icrasına lüzum olup olmadığını takdir keşfin icrasına takaddüm eder. Netekim usûl aramaya karar verme ile aramanın icrasını yekdiğerinden tefrik etmiştir.

İlk ve son tahkikatlarda her muamele işe vaziyet eden hâkim tarafından karar altına alındıkdan sonra yapıldığına göre tereddüde mahal kalmaz. Fakat hazırlık tahkikatı safhasında keşfe lüzum olup olmadığı ciheti hakkında hâkimden karar istihsaline dair kanun bir mecburiyet vazetmemiştir.

Hatta zikri geçen 78 inci madde ifadesi, hazırlık tahkikatı safhasında C.M.U. sinin böyle bir karar almakdan vareste tutulduğu iddiasına mahal verecek mahiyettedir. Ve nihayet denilebilir ki hazırlık tahkikatının neticesini takdir etmek C.M.U. sine ait olduğuna göre keşif muamelesinin icrasına lüzum olup olmadığı da onun takdirine ait olmalıdır. Çünkü M.U. 163 üncü maddeye tevfikan hazırlık tahkikatı neticesinin kestirilmesinin bu muamelenin icrasına vabeste tutabilir. Fakat mevzuubahis olan hürriyet veya mülkiyetin takyididir. Emsali muamelelerde bir teminat olarak bunu hâkimin kararına bağlı tutan kanunun burada prensibinden ayrılmasını icabettirecek bir sebep yoktur. Usulde kıyas cari olduğuna göre arama hükümlerinin tatbiki lâzımdır. Yani hürriyeti takyit eden keşif muamelesinin suçlu ile şerikleri veya başkaları hakkında mesken, iş mahalli ve sair yerlerde gece veya gündüz yapılacağına göre bu mahallerin hususiyetlerine dair olan arama kaidelerine tevfikan hareket etmek lâzımdır.

Keşif muamelesi bazı hallerde mülkiyeti de takyit eder. Suç ikaına sahne olan bir fabrika veya atölyenin faaliyette bulunan aksamı üzerine parmak izleri ve keşif mahiyetinde sair bir takım tetkikat icrası fabrikanın veya atölyenin bir müddet hatta günlerce muaattal kalmasını icabettirebilir. Bu takdirde sahibinin maddî menfaatten mahrum kalmasına sebep olmak suretile zabıt muamelesinden daha ağır olarak, maliki izrar şeklinde tecelli etmiş olur. Ohalde usulün mülkiyeti takyit eden kaidelerine yani zabıt hükümlerine göre hareket edilmesi lâzımdır. Binaenaleyh sahibi rızasile atölyeyi adliyenin emrine bırakırsa gereken tetkikat yapılır, aksi takdirde hâkim kararile cebrî muameleye tevessül olunur.

Keşfe ait kararlar, ilk ve son tahkikat safhalarında salâhiyetdar hâkim tarafından ittihaz olunur, hazırlık safhasında ise usulün 155 inci maddesine tevfikan sulh hâkiminden istenmelidir.

1342

No : 109

Hukuku Medeniyede İntizamı Âmme Mefhumu

II. İntizamı Âmmenin Mahkemelerce Tayini

Yazan: Sadık TÜZEL

Burada oldukca mühim bir zorlukla karşılaşacağız. Kanunların tatbikinde mahkemelerin rolü, herşeyden önce vazii kanunca tasrih edilmeyen hallerde kaidenin ihtiyarî bir kaide gibi mi telâkki edileceğini yoksa buyurucu bir mahiyet mi arzettigini araştıracağız. Bu suretle kaidenin mahiyeti tanınarak tatbiki icap ettiği takdirde mahkemelerin mukaveleyi tahlil etmeleri ve mukavelenin hukukî kaide ile kabili telif olup olmadığını araştırmaları ve incelemeleri iktiza eder.

Bir kanunun ihtiyarî veya buyurucu mahiyetini tefrik etmekten ibaret bu birinci rolde daima, ancak mahkemelerce kanunların tatbiki, bu kanunların muhtemel tefsiri, vakıaların hukuka uygunluğu mevzuubahistir. Fakat, mehakim içtihadının başka bir rolü daha vardır: vazii kanunun sükûtu halinde intizamı âmme mefhumunu aydınlatmak, mevzuat kifayetsizliği veya noksanlığı halinde hukuk kaidesini vermektir. Halbuki biz de tam vazii kanunun herşeyi derpiş edemeyeceği ve buyurucu kanunların bütün kaideleri saymak iddiasında bulunmadığı bir mevzuun etüdüne girişmiş bulunuyoruz. Bu suretle, mahkemelerin rolü bir memlekette muayyen bir zamanda vazii kanunun sarih bir tarzda vermeğe muvaffak olamadığı bu intizamı âmme mefhumunu meydana çıkarmaktır.

Mahkemelere aid bu hak hiçbir zaman red ve inkâr edilmemiştir, çünkü bu hak nevema borçlar kanunumuzun 19 uncu maddesinde gösterilmiştir. Fransız kanunu medenisinin 6 ıncı maddesinde de «Mukavele ile intizamı âmmeyi ve adâbı umumiyeyi alâkadar eden kanunlara muhalif hareketin memnuiyeti» söylenmiştir. Şüphesiz, bazı müellifler ve hususile *Huc* bu maddede vazii kanun için intizamı âmme kaidesini bizzat vaz'etmek zaruretini görerek metni de böyle tefsir ettiler. Bu takdirde metin mukavelenin intizamı âmmeden olan veya adâbı umumiyeyi alâkadar eden müsbet bir kanuna

1343

aykırı olamayacağını tazammun edecekti [1].

Fakat metnin bu dar şekilde tefsiri doktrinin ekseriyeti tarafından kabul edilmemiştir. «İntizamı âmmeyi ve adâbı umumiyeyi alâkadar eden kanunlar» tâbiri, hukuk kaidelerinin hey'eti umumiyesini bir memlekette intizamı âmmeyi temin eden ve adâbı umumiyeyi idame ve muhafaza eden hukuk menzumesini göstermek için, fevkal'ade umumî bir tâbirdir. Bu bakımdan bir mukavelenin ne zaman kanuna aykırı addedilerek feshedilmesi veya edilmemesini söylemek mahkemelere aittir.

Halbukî bu intizamı âmme araştırmasında mahkemeler geçen yazımızda tetkik ve mütalâa ettiğimiz muhtelif teşekküllere ait kanunları tahlil etmeğe mecbur olacaklardır. Bu teşekküllerin birçoğunda kaideyi vermekle mükellef teşriî bir uzuv bulunmaması sebebiyle mukaveleleri kanuna muhalif olduğu için feshetmek suretiyle ve İntizamı Âmme mefhumunu meydana çıkarmak mahkemelere düşecekdir. Biliyoruzki burada nisbî bir mefhum, kendilerine tevdi edilen mukaveleler hakkında maehkmelerin takdirine bağlı bir mefhum mevzuubahistir. Binaenaleyh, zamana ve mekâna göre, muhite ve hatta mahkemelere göre mukavelelerin feshedilüp edilmemeleri ve bu intizamı âmme fikrinin teşmil veya tahdid edilmesine hayret etmeğe hiçbir sebep mevcud değildir.

İşaret edilmesi mühim olan nokta intizamı âmme fikrinin bir memlekette muayyen ahlakî, İktisadî ve siyasî bir telâkkiye lüzum göstermesi ve binnetice hukukun tatbikinin cemiyette muhafaza edilecek intizam hakkında mahkemelerin edinecekleri telâkkiye tâbi olmasıdır. Burada profösör *Georges Pipert* in verdiği bir kaç misali zikretmek faydadan hâli değildir.

1 — : Evvlâ siyasî teşkilâta ait umumî kaideler mevzuubahs olursa bu kaideler hemen hemen daima vazii kanun tarafından verilir. Hemen hemen daima, fakat bütün hallerde değil. Meselâ bazı âmme hizmetleri teşkilâtına muğayir mukavelelerle karşılaşıldığı zaman: Avukat, Noterler arasında veya nizam altına alınmış mesleklere mensup kimseler arasında yapılan mukavelelere rastgelindiği zaman mahkemelerin bu mukaveleleri kanunların müsbet bir metnine muhalif oldukları için değil fakat bazı Memurlar veya bazı Doktorlar, Avukatlar arasındaki bu hususî cemiyetin vazii kanun tarafından âmme hizmetinin tanzimini ihlâl edecek bir mukavele teşkil edeceği iddiasiyle feshettikleri görülmüştür. Hukukun müsbet bir kaidesi tatbik edilmeyordu, fakat muayyen siyasî bir vaziyet göz önüne alın-

[1] Yazımıza me'haz teşkil eden eserler *Adliye Ceridesinin* geçen sayısındaki etüdümüzde gösterilmişdir.

mak suretiyle mukavelenin bu vaziyete muhalif olduğu kabul ediliyordu.

Kezalik, paranın kıymetten düşmesini önlemeğe matuf kayıtlar mevzuubahs olduğu zaman bu kayıtların mevzuu sarih bir metne aykırı olmadıkları ve kanunî tedavül hakkındaki 1870 kanununun ve mecburî tedavül hakkındaki 14-Ağustos-1914 tarihli kanunun müderecatları itibariyle bu kayıtları mahkûm kılmağa kifayet etmedikleri gösterildi. Fakat mahkemeler bu kayıtlarda vazıı kanunca takip edilen maksad ve gayeye aykırı bir mukavele görmüşler ve bunları kanuna muğayir addetmişlerdir, zira bu kayıtlar vazıı kanunun memlekette istediği para intizamına muhalif bulunuyordu.

Binaenaleyh mahkemelerin hususî mukavelelere üstün olacak siyasî bir intizam fikrine sahip olmaları lâzımdır. Ferdlere bir memlekette Resmî makamların faaliyetine engel olmak ve bu suretle devlette inhilâl vukuuna kat'iyen imkân bırakılmamıştır. Binaenaleyh mevzuubahs olan devlet kanunlarının hususî iradelere üstünlüğü hakkındaki fikirdir, bu mukaveleden doğan subjektif hukuka faik objektif bir hukuk telâkkisinden ibarettir ve bu telâkki irade serbestisi ile alt üst edilmez.

Devletin faaliyet sahası genişledikce ve birçok sahalara teşmil edilip Devlet otoritesi daha kuvvetli bir hal iktisap ettikçe bizzat bu intizamı âmmenin de daha geniş bir mahiyet aldığı görülüyor. Devlet hareket ve faaliyetini menetmeğe matuf bütün mukavelelerin kanuna muğayir olduğu beyan edilir, zira siyasî intizam bu suretle ihdas edilecek ferdî intizama faik addolunur.

Fakat şurasına dikkat etmek lâzımdır ki, mahkemelerin bu intizamı âmme araştırmasında hususî mukaveleden doğan şahsî hukuku devletin Siyasî hukukuna feda etmemeleri lâzımgelir. Mahkemeler Siyasî intizamı âmme dolayısile âmme kudretlerinin hoşuna gitmeyen bütün hususî mukavelelerin batıl olacakları yolunda bir telâkki edindikleri gün hakikatta mukavele akdetmek serbestisine riayet bahanesiyle bu serbestiyi yıkmış olacaklardı.

Mukavele serbestisi devletin umumî menfaatlarına uygun olmamakla beraber, ferdlerin hususî mukavelelerinde kendilerini tatmin edecek gayeleri takip edebilmelerini tazammun eder. Devlet teşkilatını yıkmamak veya devletin esaslı gayelerini baltalamamak şartiyle hususî mukavele muteber kalır. İki telâkki arasındaki tezad aşikârdır. Burada Sovyet Rusya kanunu Sovyet Rejimi altında ferdî hukukun hududlarını tayin eden birinci maddesini hatırlatmak icap eder. Bu madde bize hakların ancak kanunca âmme menfaatına — bununla siyasî menfaat anlaşılmalıdır — muğayir olamadığı nisbette

1345

kabul edileceklerini söyler.

Bu formül *Bordeux* Üniversitesinde Profesör *Josserand* tarafından «La relativité des droits: Hakların nisbiliği» nam eserinde kabul edilmişti. Fakat formül Profesör G. Ripert'e ferdî hakları temamen inkâr eder mahiyette görülmektedir. Alacaklı ve borçlu hususî bir mukavele yaparak camia hey'eti umumiyesinden tecerrüt ettikleri ve aralarında hususî münasebetler tesis ettikleri zaman bu münasebetlerin devletin umumî menfaatlarına uygun olup olmaması o kadar haizi ehemmiyet değildir. Siyasî teşkilâta doğrudan doğruya tecavüz vaki olmadıkca bu hususî münasebetleri takbih etmeğe kimsenin hakkı yoktur.

Meselâ fertler arasında yapılan iktisadî mukavelelerde hiçbir zaman bu mukavelelerin bir memleketin umumî ekonomik menfaatlarına uygun veya aykırı olduğu araştırılmaz. Bu hususî mukaveleler devlet faaliyetini ihlâl etmedikleri müddetce temamiyle muteber sayılırlar.

Binaenaleyh muayyen siyasî bir intizamı âmme telâkkisi vardır ki bu telâkkiye göre ifrata varmamak icap eder, yoksa ferdî haklar intizamı âmme mefhumiyle temamiyle yıkılmış olur. Bu telâkki mukavele yapmak serbestisiyle devlet haklarının müdafaası arasındaki muvazeneden ibarettir ve esasen bu muvazene de sabit değildir; çünkü hâkim zamana göre az veya çok şedid hareket eder.

Paranın kıymetten düşmesini önlemeğe matuf kayıtlarda bunun mükemmel bir misali görülür. Hukukî bakımdan kat'î sebep mevcut olmamakla beraber acaba ne için bu kayıtların kanuna aykırı olduğuna hükmedilmiştir? Bu şüphesiz tehlikenin büyük olmasından ileri gelir, bu suretle Hâkimler paraya müteallik kanunların «âmme selâmetine ait kanunlar» olduğunu beyan edebildiler, ve neticede bu kanunlarla takip edilen gayeyi ihlâle matuf bütün mukaveleler batıl sayıldı.

2 — Şimdi *Aile Birliği kanunlarına* geçilirse buna benzer bir tahlil yapılabilir. Mahkemeler aile teşekkülüne veya aile âzaları arasındaki vecibelere muğayir görülen mukavelelerin kanuna aykırı olduğunu beyan ederler, böyle bir hüküm ittihaz etmek için mahkemeler hiçbir metin zikretmezler. Meselâ mahkemelere evlenme ruhunu ihlâl eder mahiyetde gördükleri için evlenme dellâllığı mukavelelerinin batıl olduğuna hükmederler. Mahkemeler ancak kazaî bir kararla bozulabilecek evlenmenin gayri kabili inhilâl olması prnsibine muhalif olarak karı ve kocanın boşanmalarını tanzim edenmukavelelerin butlanına hükmederler.

Fekat bu mukaveleleri bu suretle kanuna muhalif addetmek için

mahkemelerin aile teşkilâtı ve aile âzaları arasındaki münasebetler hakkında muayyen bir telâkkiye malik olmaları icap eder. Meselâ mahkemeler evlenme ruhu ve evlenme telâkkisine tecavüz ettiği için evlenme dellâlîlığı mukavelesini takbih ettikleri vakıt şüphesiz bunların bu tarzda hareketleri, kendilerine an'ane ve teamülün tahmil ettiği ve fekat bütün memleketlerde aynı olmayabilen muayyen bir evlenme telâkkisine sahip olmalarından ilerigelir. Böylece mahkemeler bugünkü muayyen aile teşkilâtını müdafaa ederler.

*
* *

Hatta aynı mülâhazalar *âhlaki kaideler* hakkında da ileri sürülebilir. Mahkemeler bir mukaveleyi ahlâka mugayir addettikleri zaman müdafaa ettikleri bu ahlâk telâkkisi, an'anenin verdiği ve kendilerinin bermutad daima riayet edildiğine şahit oldukları, kendi memleketlerinin ahlâk telâkkisinden ibarttir. Meselâ metreslik hayatının idamesi gayesile akdedilen mukavelelerin mahkemelerce batıl olduğuna hükmedilirse, bu kabil mukavelelerin herhangi bir kanuna aykırı olmasından ileri gelmez; mahkemeler bu hali kanunu tatbik etkmekle tavzif edildikleri memleketin ahlâkına mugayir telâkki ederler Mahkemelerce gayri ahlakî sayılan bütün mukaveleler birbiri ardınca ele alınabilir; bu mukaveleler muhakkak bir ahlâk telâkkisini tazammun ederler.

3 — Nihayet *İktisadî kaideleri* ele alırsak, ancak mahkemelerin riayet edilmesi icap eden muayyen bir iktisadî teşkilât telâkkisine sahip bulunmaları dolayısile, mukavelelerin kanuna mugayir olduklarına hükmedileceği görülecekdir. Meselâ ticaret serbestisine veya mülkiyetin devir ve ferağ edilebilmesine mugayir mukavelelerin butlanına hükmedilirse bu, iktisadî teşkilâtımızın esas olarak serbestce çalışmak hakkını kabul ve ferdî mülkiyetin devir ve ferağ edilebilmesini tanımasından ileri gelir. Binaenaleyh, burada mehakim içtihadının, kanunun bu suretle derpiş ettiği münasebetlerden ferdlere yüklettiği iktisadî münasebetler hakkında umumî bir telâkkisi vardır.

Bütün bunlar bir memlekette intizamı âmmeyi ve ferdin hareket kaidelerini teşkil eder. Mahkemeler ferdlerin bu kaidelere muhalefet etmelerine müsaade etmez. Bunun tabiî hukuk ile hiçbir iştirâk ve benzerliği yokdur. Tabiî hukuka inananlar için bu hukuk bir ideal kaideler manzumesinden ibarettir. Bazılarına göre bu ideal kaidelerin kaynaklarını inkılapdan, bazılarına göre de aklı beşerden almaları icabeder, bu kaideler vazıı kanun ve hatta hâkimlerce de riayeti mecburi birşey olacak, otoritelerini kendi cevherlerinde taşıyacak

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
1342

ve hiç olmazsa ideal bakımdan nisbî ve muvakket olmayacaklardı.

Halbuki bu intizamı âmme haddi zatında nisbî hukuktan madud müsbet bir hukuk mefhumundan ibarettir, muayyen bir memleketin muayyen bir zamandaki intizamı âmmesidir, bir memlekette takip edilen mevzu, kaidelerin hey'eti umumiyesinden istihraç olunur. Hâkimlerin hilafına hareket etmek isteyenleri cezalandırmak ve muameleyi hükümsüz addetmek suretile riayet ettirmekle tavzif edildikleri şey bu intizamdır.

Şurası aşikârdır ki; hâkimleri intizamı âmmeye riayet ettirmek hususundaki bu kuvvet ve salâhiyetine çok mühim bir itiraz serdedilmiştir. Bu itirazı *Huc* yapmıştı ve *Pılaniol* de bunu kabul etmişti. Bu hâkimin muhtemel keyfi muamelesidir. Mukavelenin kıymeti hakkında bir hüküm vermek mevzuubahistir, bu takdir hakkı sadece mukavelenin intizamı âmmeye uygun veya aykırı olduğunu söylemekten ibarettir ve bu intizamı âmmeyi tarif etmek imkânsızdır.

Şüphe yok ki burada hâkimin keyif ve hevesine bırakılmış bir şey vardır, fakat bu hâkim mukavelenin hâkimi mutlakıdır demek değildir, mukavelenin hoşuna gidüp gitmediğine göre muteber veya batıllığını hükmetmek hususunda hâkime mutlak bir kuvvet verdiğimizi tazammun etmez. Hâkim mukavelenin hangi noktalarda, hangi şekilde intizamı âmmeye uygun olmadığını te'yid etmeğe mecburdur, bu ise kendisine tevdi edilen hususî mukavele ile riayet edilmeyen kaide arasında mukayeseyi icap ettirir. Binaenaleyh, hâkim mukaveleyi feshederken kaideyi kaleme almak mecburiyetile karşılaşır ve kararını kanunî sebeplere istinad ettirmek için ihlâl edilen kaidenin ne olduğunu göstermek mecburiyeti keyfî harekete mâni olur.

Fakat burada şârihler arasında pek büyük bir görüş ayrılığı vardır. Hâkim intizamı âmmeden saydığı bir kaidenin ihlâl edildiğini kabul ettiği zaman bu kaideyi nerede aramak icap eder? Mukavelenin bu intizama aykırı olduğunu nasıl te'yid edebilir? Hâkimin kanunun intizamı âmmeden olduğunu tayin etmesi meselesinde başlıca iki telâkki mevcuttur:

1. Sosyolojik telâkki;
2. İdealist telâkki.

1 — Bazı müelliflere göre kanunun intizamı âmme mahiyetini ve mukavelenin bu intizama aykırı olduğunu tayin etmek için mukaveleyi bermutad riayet edilen intizam ile mukayese etmek kifayet eder ve bir memleketin ve bir devri mustakar âdetlerine nazaran gayri tabiî mahiyet arzeden her mukavele kanuna aykırı bir mukavele teşkil eder. Sosyolojik telâkki adını taşıyan bu telâkkiye göre intizamı âmme mevcut organizasyonu alışılmış tarzından ibarettir;

buna muhalif hareket eden kanuna aykırı bir mukavele yapar.

Profesör Demogue borçlar hukukuna dair eserinde intizamı âmmenin bu sosyolojik telâkkisini hatırlatan bir serî fermüller vermektedir. Müellif bilhassa bir memleketin mutad ahlâk ve adâbına uygun olduğu takdirde ahlâkî bir ideale mugayir olduğu için bir mukavelenin kat'îyen hükümsüz olmayacağını göstermektedir. Hâkim tarif edeceği bir ideale göre hüküm vermez, o sadece mukavelenin müteamil veya istisnaî olup olmadığını göz önünde tutmak mecburiyetindedir. Normal mukavele kanuna uygundur; istisnaî mukavele ise kanuna aykırıdır. Burada yapılması caiz olan şeyi normal şeye ve memnu olan şeyi sırf istisnaî şeye istinad ettiren ahlâkın sosyolojik telâkkisi ile karşılaşılmaktadır.

2 — *Profesör Georges Ripert* birinci telâkkinin Fransız mahkemelerince kabul edilen telâkkî olmadığı kanaatındadır. Fransız mehakim içtihadı intizamı âmme hakkında idealist bir telâkkiye sahip bulunmaktadır. Hâkim en eyi olduğuna kani'bulunduğu muayyen bir telâkkiyi müdafaa eder, bu telâkkinin yavaş yavaş sukut etmesi ve kanuna mugayir mukavelelerin teaddüt etmesi hâkim için o kadar haizi ehemmiyet değildir. Memnu şeyler adedi yapılması caiz olan kaideyi teşkil etmeğe müncer olmayup bil'akis kanuna muğayirliğin taaddüdü bununla daha fazla bir şiddetle mücadele etmek icap ettiğine bir delil teşkil edecekti.

Bu suretle mahakim içtihadı kanuna aykırı mukaveleyi men'etmek suretiyle muayyen bir telâkkiyi, müsavat ve hürriyet prensipleriyle muayyen içtimaî bir ideali müdafaa eder. Burada da mahkeme intizamı âmmeyi müdafaa eder. Hâkim şahsî mefkûresini, şahsî telâkkisini bir memleketin mefkûresini teşkil eden telâkkinin yerine koymak istediği zaman vereceği kararlar artık keyfî kararlardan başka bir şey değildir. Binaenaleyh mevzuubahs olan hâkimin mukavele hakkındaki şahsî görüşleri değil fakat muayyen bir memlekette intizamı âmme hakkında ideal telâkkilerin mahkemelerce eyice anlaşılmasıdır. İntizamı âmme hakkındaki umumî telâkkiye riayet mahkemelerdeki yerarşi ve temyiz mahkemesinin mürakabe kuvvetiyle temin olunabilir.

Netice olarak şunu söyleyebiliriz ki; intizamı âmme hakkında tam bir fikir edinmek için bu işaretle damgalanacak müsbet kanunları tahlil etmek kifayet etmez. Bazı mukaveleleri meneden sarih kanunlar haricinde bir memleket teşkilâtının esasında ve bünyesinde mevcut umumî, ahlâkî, siyasî ve iktisadî prensipler manzumesi vardır. Bir mukavele bu prensiplerden birisine tecavüz ettiği takdirde, hâkim bu mukaveleyi feshetmek hususunda mutlak bir hakkı haiz

bulunur ve yahut da hâkim mukaveleyi feshetmek suretiyle muayyen bir hukuk telâkkisini müdafaa eder.

III. Birlik veya Sendika Hukuku (*DROİT CORPORATİF*)

Muasır hukuk şârihlerinden bir kısmı kanun ile mahkeme kararlarının yanı başında intizamı âmmeden buyurucu kaideler verebilecek üçüncü bir hukuk kaynağı bulunduğunu ortaya çıkardılar ve bu hukuka «Droit Corporatif: Birlik hukuk» ismini verdiler.

Bu tez şundan ibarettir: Corporation yani sendika, cemiyet, iktisadî birlik zamanımızda hukukun yaratıcı kaynaklarından birisi olmalıdır, bu suretle sendika hukuku veya korporatif hukuku denilen bir hukuk mevcut olacaktır. Bu hukuk devlet tarafından verilen hukukun yani Siyasî hukukun haiz olduğu evsafı haiz olabilecektir ve binnetice kanundan doğan hukuk gibi fertlere yükletilecek veya yükletilebilecektir.

Hatta Lyon fakültesinde Profesör *Edouard Lambert* bu hukukun, istihfafkâr bir ifade ile eski hukuk adını verdiği hukukla büyük bir tezad teşkil edecegini beyan etmektedir.Bu Korporatif hukukun malzeme ve vasıtaları şunlardır:

Birinci unsur meslekî âdet ve teamülün yaratılmasıdır. Birlikte yaşayan, aynı ticaret veya san'atla iştigal eden fertler takip ettikleri âdetlerle mesleki alâkadar eden ve teamülden doğan bir kaideler menzumesi yaratırlar.

İkinci unsur en sarih müteamil kaidenin ifadesi ve müteamil hukuka nazaran yazılı hukuka teşbih edilebilecek tip mukaveledir. Muayyen bir zamanda daima esas tutulan bir mukavelede tatbik edilecek hukuk tesbit eder. Ticarî satışlar için her vakit esas tutulan mukavele tipleri mevcuttur. *Iziacki*'nin ipek ticareti «hakkındaki eseriyle *M. Schowb*'un „Les contrats de la London corn trade association» e dair hububat ticareti hakkındaki tezinde müellifler İpek veya hububat satışında daima ayni kaidelerin esas ittihaz edildiğini göstermektedirler. Bu takdirde taraflar kendi kaidelerinin nelerden ibaret olduğunu söylemezler, nasıl filân veya falan kanunu kabul ederlerse öylece 15. No.lu mukaveleyi veya 16 No. lu mukaveleyi kabul ederler.

Nihayet, korporatif hukukun üçüncü unsuru ihtiyarî hakem usulüdür. Fransada hakeme havale hususunda mukavelelere kayıt konmasına müsaade eden 1925 Kanunundanberi sendika odaları tarafından hakem odaları ihdas edilmiştir, hakem odalarında davalar bizzat alâkadarlar tarafından halledilmekte ve binnetice devlet hâkimleri-

1350

ne gitmemektedir ve alâkadarlar birlik hukukuna göre hüküm vermektedir.

Bu suretle alelâde hukuk haricinde bir serî kaideler yaratılmış olacak ve bu kaideler ticarî muamelelerde daima esas tutularak müteamil hukukun yanı başında kendi kaidelerine ve buyruklarına malik bulunan hususî bir hukuk halini iktisap edecekti.

Profesör *G. Ripert* Fransız kanununda bu kabil bir hukukun yaratılmasını hatırlatacak bir misal göstermektedir: Bu da kollektif iş mukavelesidir. Bu umumî iş mukavelesi İş kanununa idhal olunan 25-Mart-1919 kanuniyle tanzim edilmiştir. Bu hususî iş mukavelesinin önceden akit yoliyle tanzimidir.

Akit patron veya işçi sendikaları mümessilleri veya işçi ve patron mümessilleri tarafından yapılır ve mukavelelerin hangi şartlarla yapılacağını kararlaştırır. Umumî iş mukavelesi hususî mukavelele re üstün bir mevki işgal eder. Hususî mukavelelerin umumî mukavelelere uygun olmaları icap eder. Fransız temyiz mahkemesi 15-Şubat-1921 tarihli bir kararında kollektif mukavelelere aykırı bulunan ferdî mukavelelerin bu cihetten hükümsüz sayılacağını kararlaştırmıştır (Sirey 1922. 1.368).

Bu bir birlik hukukunun yaradılışı lehinde güzel bir delil teşkil ederler. Filhakika, eğer umumî mukavele hususî mukavele ile aynı hukukî tabiat ve mahiyette bulunsaydı umumî akde mugayir olduğu için hususî mukaveleleri feshetmeğe hiçbir sebep mevcut olmayacaktı. Ferdî mukavele akidden istihraç olunan umumî kanuna istisna teşkil edecek hususî bir kanun yaratacaktı.

Fakat eğer umumî kanun yegâne kuvvetini bir mukavelede birleşen hususî iradelerden alırsa hususî mukavelenin umumî mukaveleye aykırı hareket edebilmesi icap eder ve akidden sonra vaki olduğu için bizzarure aykırı hareket eder. İki kişi bir mukavelede daima evvelki bir mukavelede yaptıkları şeyi değiştirebilirler.

Binaenaleyh, eğer kollektif iş mukavelesi hususî iş mukavelesine hâkim bir vaziyette bulunuyorsa, bu onun tabiat ve mahiyet itibariyle hususî iş mukavelesine faik bulunmasından ve bu akde aykırı hareket eden mukavelenin intizamı âmmeye mugayir olarak feshedilmesinden ileri gelir. Şüphe yok ki burada mevzuubahs olan devlet intizamı âmmesi değil, fakat umumî mukavele ile ortaya konulan cemiyet ve birlik intizamı âmmesidir. Esasen Fransız vazıı kanunu 1919 Kanununda akdin şumulü hakkında hataya düşmeğe imkân vermeyecek tâbirler kullanmıştır. 31 inci madde «tarafların umumî mukavelenin samimî bir tarzda ifasını ihlâl edecek mahiyette her hangi bir harekette bulunmamaları icap ettiğini» söylemektedir. Bina-

enaleyh, görünüşe göre umumî mukavele ferdî iradelere üstün bir birlik hukuku yaratır ve burada hususî ekonomik bir intizamı âmme, yani korporasyon intizamı âmmesi mevcuttur.

Bu görüş tarzı haklı görülseydi, bundan umumî mukavelenin meslekte herkes için mecburî bir teamül doğuracağı neticesine varmak icap edecekti. Eğer hakikaten kollektif mukavele korporatif bir intizamı âmme kaidesi yaratmağa muvaffak olursa bu kaide yalnız birliğe iştirâk edenler arasında yapılan iş mukavelelerine değil, fakat herkes için vacibürriaye olacaktır. Eğer tanzim edilmiş meslek hukuku mevzuubahs ise hususî mukavelelerle bu hukuka tecavüz edilemeyecektir.

Vaziyeti biraz tetkik edelim. Evvelâ iş mukavelesinin, umumî mukavele ile bağlı birisi ile bu mukavele ile mukayyet olmayan üçüncü bir şahıs arasında, meselâ bir sendika işçisiyle umumî mukaveleye girmeyen bir iş sahibi arasında yapıldığı farzedilebilir. Bu iş mukavelesi umumî mukaveleye mugayir hareket eder: Bu mukavele muteber midir?

Kanunda sadece umumî mukavele şartlarını hususî mukavelelere kabili tatbik sayıldığı söylenmektedir; fakat kanun şu kaydı da ilâve etmektedir: «hilâfına şart bulunmazsa...». Binaenaleyh, kollektif mukavele sırf tefsiri bir hukuk yaratmıştır. Bu hukuk iş mukavelesine inzimam eder; fakat bu inzimam ancak hilâfına şart bulunmadığı takdirde vaki olur. Bu mukavelede taraflardan yalnız birisi bağlı bulunduğu tatdirde kollektif mukaveleye mugayir şart koymak hususunda vazii kanunca verilen sarih bir müsaadedir.

İş mukavelesi, her ne kadar kollektif mukavele ile tanzim edilen bir mesleğe mensup bulunsalar da, kollektif mukaveleye iştirâk etmeyen iki kişi tarafından yapıldığını farzedelim. Bu taktirde ve iki taraf hiçbir şey söylememiş bulunuyorlarsa umumî mukavele meslekî âdet ve teamülü yaratır mahiyette telâkki edilebilir. Fakat bu hususta artık hiç bir karine mevcut değildir ve esasen hâkimlerin her vakit yapabilecekleri gibi tarafların iradesini tefsir etmek suretiyle sükût etmek umumî mukaveleyi kabul etmek istediklerini isbat etmek icap eder. Fakat bu halde de umumî mukaveleye mecburî sayılabilecek bir teamül yaratmaz.

Böylece, eğer kollektif mukavele bir teamül yaratırsa bu meslekî mahiyette bir teamülden yani sadece iki tarafca zımnen kabul edilmiş sayıldıkları için Ticaret kanununun muteber saydığı âdetlerden başka bir şey değildir. Bu mecburî kanundan tamamiyle başka, sadece tarafların iradesinin tefsiri mahiyette bir şey olup taraflar için tamamiyle ihtiyaridir ve taraflar hilâfına mukaveleyi bertaraf edebilirler.

1052

Bu sebepten kollektif mukavelenin mecburî âdet yaratmadığı neticesine varılır. Fransız temyiz mahkemesi bunu sarih bir şekilde 22-Şubat-1926 tarihli hukuk dairesi kararıyle kararlaştırdı (Dallos H. 1926. 221). Bordeau'da yapılan bir anlaşma işten çıkarıldıkları takdirde işçilere ne şartlar dahilinde tazminat verileceğini tasrih ediyordu. Mahkeme kararı bu anlaşmanın kanun kuvvetini haiz bir adet husule getirdiğini tesbit etmiştir. Temyiz mahkemesi bu kararı bozdu, çünkü hüküm tarafların akde iştirâk ettiğini ve buna muvafakat ettiğini zikretmiyordu. Akde iştirâk etmeyen kimselere akdi tatbik etmek suretiyle Fransız Kanunu Medenisinin 1134 üncü maddesi iblâl edilmiş bulunuyordu.

Esasen, hiç bir otorite birlik kaidelerini mecburî kılamayacaktı. Bazen işçi ve iş sahipleri arasındaki ihtilâfları halle salâhiyetli *Conseil de Prud'hommes* lar bu kaideleri mecburî kılmak istediler. Fransız Temyiz mahkemesi (İstida dairesi, 19-Haziran-1929 Gazette de Palais-6-8-1929) istikbalde patronlara olduğu kadar işçilere de kabili tatbik olduğunu beyan etmek suretiyle ihbar müddeti (délai-congé) âdetini tesbit etmiş olan *Tourcoing* Prüdom heyetinin bir kararını bozmuştu. Temyiz mahkemesi hükmü salâhiyeti tecavüz noktasından bozdu. Mevzuubahs heyetin nizamnameye müstenid bir kararla istikbalde mecburî bir mahiyet alacak bir ihbar müddeti teamülünü tayin etmek salâhiyeti yoktur.

Böylece korporatif bir otoritenin herkes için mecburî bir hal iktisap edecek bir intizamı âmme kaidesi, meslekî bir teamül yaratabileceğini söylemek doğru değildir. Bununla beraber kabul etmek lâzımgelir ki ihbar müddeti hakkındaki 19-Temmuz-1929 tarihli bir kanunda buna doğru bir cereyan bâriz şekilde göze çarpmaktadır. Bu kanun işçileri umumî mukavele veya örfü âdetle verilen ihbar müddetinden mahrum edecek mukaveleleri hükümsüz addetmektedir. Her ne kadar kanunî metinde intizamı âmmeden olduğuna dair bir beyan mevcut olmasına rağmen kanun istisnai hiç bir mahiyet arzetmez. Esasen bu kanunda haizi ehemmiyet olan şey ihbar müddetinin asgarî haddini bizzat tesbit edecek yerde, kanunun ihbar müddeti olarak umumî mukaveleler veya örfü âdet tarafından verilen müddeti tayin etmesidir. Binaenaleyh kollektif mukavele mecburî kaideyi değil (çünkü mecburiyet kanundan tahassül etmektedir) fakat mecburî kaidenin muhtevasını yaratmağa muvaffak oluyor. Temyiz mahkemesi hukuk dairesi (Dallos H. 1929, 588, 1929.11,4) bu âdet ve teamülle bu kollektif mukavelenin buyurucu mahiyetini kabul etmiştir.

Binaenaleyh hiç olmazsa bu gün için kollektif mukavele akdi çerçeveden çıkmıyor ve tesiri bakımından alâkadarların iştiraki ile izah

353

edilebiliyorsa, belki de bir birlik tarafından yapılan umumî mukavelenin herkes için mecburî bir teamül yarattığı bir istikbal derpiş edilebilir. 1928 Kanununda görülen şey de budur: birliğin umumî mukavelesi ihbar müddetini tesbit eder ve bu ihbar müddeti umumî mukaveleye iştirâk eden ve etmeyen herkes için mecburidir.

Bazı müellifler birlik mümessilleri tarafından bu mecburî umumî mukaveleyi medhetmişlerdir. M. Fourgeaud tarafından «Du Code individualiste au droit syndical: Ferdiyetçi kanundan birlik hukukuna» isimli eserinde izah edilen tez budur. Müellif istikbal hakkında kehanette bulunurken yakın addettiği bir istikbalde üç nevi hukuk teessüs edeceğini zannetmektedir:

1 — Ferdî hukuk ismini verdiği hususî hayatı tanzim eden hukuk;

2 — Elyevm mevcut ve milletin siyasî teşkilâtını, devletin faaliyet uzuvlarını ve tarzlarını tanzim eden âmme hukuku;

3 — Ferdî hukukla âmme hukuku arasında sendika hukuku adı verilecek ve meslekî faaliyeti tanzim edecek mutavassıt bir hukuk. Bu suretle muâsır hayatta her fert aynı zamanda devlet tebaası, bir meslek âzası ve hususî bir şahıs olmakla, nazarı itibara alındığı zaviyeye göre üç nevi hukuk kabili tatbik olacaktı: Âmme hukuku, sendika hukuku, Ferdî hukuk.

Halbuki hali hazırda bu sandika hukuku hususî mukavelelerin arzu ve hevesine tabî'dir, rekabet ve ferdî mukaveleler oyunundan ibarettir. Fakat meslek hakikaten teşkilâtlandırıldığı zaman nasıl bugün fertlerin siyasî kaideleri aykırı hareket etmeleri caiz değilse artık meslekî kaidelere aykırı hareket etmelerine de müsaade edilmeyecektir. Umumî intizamı âmmenin yanı başında meslekî bir intizamı âmme yer alacaktır.

M. Fourgeaud'un yukarıda ismi geçen kitabı hususî bir mesele hakkında yazılmıştı. «L' Ami du peuple» isminde on santime satılan ve Paris matbuatı sendikasının ve bütün gazete bayileri sendikaları birlik ve federasyonlarının bu fiyat maliyet fiyatından aşağı olduğu için dört ve daha fazla yapraklı bir gazete satış fiyatını temsil edebilecek bir fiyat olarak kabul etmedikleri bir gazetenin satışı mevzuubahstı. Mesele mahkemeye düştü. *Seine* mahkemesinde görülen bu davada profesyonel sendikaya iştirâk etmeyen sanayi erbabının bu profesyonel sendika tarafından tesis edilen nizamnameye riayet etmemekte serbest olduğu ve umumî ticaret serbestisi prensibine istinaden arzu ettiği fiyata gazetesini satmakta serbest olup olmadığını bilmek mevzuubahs idi. Seine mahkemesine tevdi olunan mesele pek muğlâktı. Çünkü bunda federasyonlara iştirâk meselesiyle haksız

1354

rekabet meselesi bir araya gelmişti.

Fakat *Fourgeaud* hakkında karar ittihaz edecekleri mes'elenin alelâde bir mesele, basit, maddî bir hâdise olmadığını ve hakikatte iki tezden birini yani endividüalizm tezi ile sendikalizim tezinden birini kabul edeceklerini hâkimlere hatırlatmaktan geri kalmıyor. Eğer hâkimler bir kimseye serbestce icrayı ticaret hakkını tanırlarsa bu takdirde mukavele serbestisi hukukuna, Napolyon kodunun temsil ettiği fazla ferdiyetçi ve istimalden düşen şu köhne hukuka tâbi olmuş bulunacaklardır. Bilâkis, bir ferdin meslek, örf ve âdetlerine tâbi olduğunu ve reyine bakılmaksızın sırf icrayı meslek etmesi dolayısiyle meslek âzası bulunduğunu kabul ettikleri takdirde, hâkimler istikbal için yeni bir hukuk telâkkisi yaratmış, mecburî bir birlik hukukunun mevcudiyetini kabul etmiş olacaklardır.

Bu tez *Duguit*'nin «İçtimaî hukuk, Ferdî hukuk, ve Devletdeki istihaleler» hakkındaki daha eski yazılarına iltihak etmektedir. *Duguit* bu eserinin 50 inci sahifesinde şunu yazıyor: «Yakın bir istikbalde idare edenler gitdikçe daha az kanun yapacaklardır, zira ferdlerin ve birliklerin münasebetleri mukavelevî nizamnamelerin, iki ve daha ziyade birliklerin anlaşmasından doğan nizamnamelerle idare edileceklerdir; idare edenler ancak bunlara bir müeyyide temin etmek, bunları kontrol ve mürakabe etmek için müdahale etmeğe mecbur kalacaklardır.»

Duguit ismi geçen eserde istikbalde Devlet hukukunun yanıbaşında ve nev'ema ferdî hukukun üstünde korporatif bir hukukun yaradılışını tahmin ediyordu.

Profesör *Gerges Ripert* burada mühim bir tezad ve tehlike görmektedir. Şu bakımdan bir mübayenet mevcuttur. *Duguit* devletin ancak bu birlik nizamnamelerini mürakabe, kontrol ve müeyyide altına almak hususunda müdahale etmesi lüzumuna işaret etmektedir. Filhakika, şurası aşikâdır ki siyasî kuvvete birlik hukukunu kontrol veya mürakabeyi kabul hakkı tanındığı taktirde artık mecburî olan Birlik hukuku değil fakat devletin koyduğu kaide; ne şekilde birlik nizamnamesini esas tutmak lâzım geldiğini söyleyen siyasî kaidedir.

Korporatif bir hukukun ihdasına varılmak istenirse bir tek iktisadî parlâmentoya değil, fakat her mesleğin kendi kaidelerini yapan küçük bir çok parlâmentolara lüzum his edilecekdi. Bu taktirde hakikaten Devlet hukukundan ayrı korporatif bir hukuk meydana gelmiş olacakdır.

/353

Fakat, bu şekle varıdığı taktirde pek mühim bir tehlike baş gösterir: Devletin inhilâli . . . *Devtet umumî menfaatların birleşmesi, şahsî menfaatlara karşı intizamı âmmenin müdafaasıdır. Halbuki meslekî menfaat, meslekî intizamın şahsî menfaatlar kitlesinden ayrı olduğu muhakkak bir şey değildir.*

Hakikatta, tecrübe iyice isbat etmişdir ki bir mesele hakkında sendika mümessillerinin fikir ve mütalâalarına müracaat edildiği zaman, bunların göz önünde tuttuğu şey millî ve umumî menfaat yerine şahsî menfaatlar kitlesinin müdafaasıdır. Bir Devletde kuvvetli birliklerin ve cemiyetlerin meydana gelmesi bu Devlet hükümranlığının inhilâli demekdir.

Birlik hukukunun bu kabil bir tarifi isbat ediyor ki bu günkü cemiyetimizden pek farklı bir cemiyet hukuku olacakdı. Bugün Devletin korporatif hukuku tanzim etmek hakkını bizzat birliklere bırakmakdan daha ziyade patron veya işçi birliklerinin fazla kuvvet peyda etmelerine karşı kendini korumasına ihtiyaç vardır.

Binaenaleyh, Profesör *G.Ripert'in* kanaatına göre *Ed.Lanbert* tarafından birlik hukukunun yaradılışı adı altında müdafaa edilen tez siyasî bakımdan pek ileri gitmekde ve bu günkü teşkilâttan bambaşka bir cemiyet teşkilâtını isthdaf etmektedir.

ZAMAN BAKIMINDAN KANUNLAR İHTİLÂFI

Bu kısımda intizamı âmmenin nisbiliği hakkında yeni bir fikrin ortaya çıkdığı görülecekdir: zaman bakımından nisbilik. Çok def'a haksız olarak kanunların makabline şumûlü adı verilen bu mesele daima münakaşa edilen halli müşkil bir meseledir. Bu mesele hakkında Lyon Hukuk Fakültesinde profesör Roubier tarafından "zaman bakımından kanunlar ihtilâfı» başlıklı bir eser neşredilmişdir. *Roubier* müteakip kanunlar ihtilâfının halli için, mekân bakımından kanunlar ihtilâfı hakkında mevcut kaidelerden istifade etmektedir.

Mesele iki muhtelif şekilde ileri sürülebilir, iki veçhe arzeder ve iki çeşit ihtilâf vardır. İlk önce kanunî şekilde yapılmış ve yapıldığı gün hiç bir intizamı âmme kaidesine çarpmayan bir mukavele şıkkını ele alalım. Mukavelenin sıhhat ve mer'iyeti meselesi mukavelenin yapıldığı gün ileri sürüldüğü taktirde, hiç şüphesiz, mukavele muhakkak muteber olacakdı. Fakat, bu mukavelenin teşekkülüne muahhar olarak ve icra ve ifa safhasında mevzuubahis mukaveleye benzer mukaveleleri batıl addeden veya sadece intizamı âmmeden kanun gibi sayılan ve evvelce yapılan mukavele ile gayri kabili telif bulunan bir kanun çıkar.

1356

Bu taktirde ortaya çıkacak mesele şundan ibaret olacakdır: Kanundan mukaddem ve in'ikadı gününde muteber olan bu mukavelenin ifası istenildiği taktirde ifa talebi kendilerine tevdi edilen hâkimler icra yoluyla mukavelenin butlanı ileri sürüldüğü zaman bunu red edebilecekler mi? Yahut da iki tarafdan biri daha evvel harekete geçerek takibat yoluyla henüz ifa edilmemiş mukavelenin intizamı âmmeye muhalif olması dolayısiyle butlanını talep edebilecek midir? Yeni kanun bu eski mukaveleyi, yapıldığı anda muteber fakat hali hazırda intizamı âmme esasına mugayir bir hal iktisabeden bu mukaveleyi tedvir edebilir mi?

Bunun tamamiyle aksi ikinci mesele: Mukavele in'ikat ettiği anda intizamı âmme esasına uygun değildi ve iki taraf bu mukaveleyi akdetmek suretiyle haklarında kabili tatbik tefsirî mahiyetdeki kanunu ihlâl ettiler. Taraflar hemen mukavelenin butlanını istemiş olsalardı buna karar verileceğine hiç şüphe yoktu. Fakat mukaveleye muahhar olarak evvelce kanuna aykırı olan şeyi kanuna uygun addeden yeni bir kaide ortaya çıkar. Mukavelenin sıhhatına muhalif bulunan intizamı âmme kaidesi ifa edilir ve ortadan kalkar, intizamı âmme mefhumu değişir. Yeni kanunun hükmü altında eski kanun zamanında batıl addedilen fakat şimdi artık ayni intizamı âmme telâkkisi taşınmadığından muteber bir hal iktisap eder görünen mukavelenin infazı talep edilebilir mi?

Bu iki sual birbirinin zıddıdır, fakat aynı meseleyi ileri sürmektedir: sıhhat ve meriyet bakımından mukaveleye yeni kanunu mu yoksa eski kanunu mu tatbik etmek icap eder? Bu, *kanunların makable şumulü* hakkında umumî büyük meselenin hususî bir veçhesidir.

Bunu halletmek için işe akdedilen mukavelenin tamamiyle ifası halini bir tarafa bırakmakla başlamak lâzımdır. Mukavele iki tarafın ivazlarının icrası ile tamamiyle ifa edilmiş bulunuyorsa artık mukavele hayatı mevcut değildir. Alacaklı ile borçlu arasında kurulan bu küçük birlik infisah etmiştir. Bundan böyle hiç bir mahkeme huzurunda mukavelenin icra ve ifası istenilmeycektir. Binaenaleyh bunun hükümsüzlüğünü iddia ve müdafaa etmek için dava yoliyle evvelce infaz edilmiş mukavelenin butlanını ve maziye rücu' ederek evvelce yapılan ivazların iadesini istemek iktiza edecekti. Hiç kimse buna imkân bulunmasına ihtimal vermez. Mukavelenin bütün neticeleri tekemmül ettikten sonra maziye dönerek bu netayiçten evvelce husule gelenleri yıkılmaz ve ifa edilen ivazların iadesi emredilemez. Zira bunu emretmek hakikaten kanunun makable şumulü olduğunu söylemekle bir olurdu. Geçmiş hâdiseleri,ifa edilmiş vakıaları bu hâdiselere avdet etmek ve bunlara yeni bir mâma vermek için

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ele aldığı taktirde kanunun makable şümulü vardır.

Binaenaleyh kanunun makabline şâmil olduğunu söyleyecek vazıı kanunun sarih bir hükmü bulunması iktiza edecekti. Bu hüküm teessüfe şayan bir hüküm teşkil edecekti. Çünkü böyle bir hüküm akdedilmiş mukavelelerin sıhhat ve mer'iyetini münakaşa mevkiine koyacak ve iki tarafı yapacakları muamelât için kanunda bulmaları lâzımgelen emniyetten mahrum edecekti. İki kişi mukavele yaptıkları zaman muamelâtın esas ve şekillerine müteallik şartlar hakkında mer'î kanunlara itimat ederler. Bu kanunların tadilâtının bu iki kişinin mukaveleleri üzerinde bir tesir yapabilmesi icap eder.

Bununla beraber şu ciheti nazarı itibare almak lâzımdır ki tefsirî mahiyetteki kanunlar tabiatları itibariyle makabline şâmil kanunlardır. Bu makabline şâmil olmayan hakikî bir istisna teşkil etmez, çünkü tefsiri mahiyetteki kanun sadece eski kanunun mânasını tasrih eder ve tatbik edilen kanun eski kanundur. Fakat tefsir kanuna verilmesi mutad cari mânayı değiştirirse, yeni tefsir maskelenmiş bir tadildir. Bu taktirde, evvelce yapılmış mukavelelerin butlanını intaç edebilecek tefsiri mahiyette bir kanun kabul etmek pek vahim mahzurlar arzedecekti. Vazıı kanun bu kabil tefsirî kanunlar kabul ettiği zaman bunu daima mukavelelerin sıhhat ve mer'iyeti istikametinde yapmıştır. Binaenaleyh tamamiyle ifa edilen mukaveleleri bir tarafa bırakarak ifa edilmekte olan mukaveleleri ve bilhassa müteakip ivazları istilzam eden mukaveleleri ele alacağız. Bu mukaveleler birçok seneler sürebilecek bir hayatı haiz bulunurlar. Bunlar tek bir kanunun hükmü altına konabilecek tedbir icrayı tazammun etmeyip muhtelif kanunların hükmü altına konabilecek bir serî icrayı tazammun ederler. Mukavelenin akdi ile ifası arasında, filân kaidenin intizamı âmmeden olduğunu beyan etmek veya intizamı âmmeden bir kaideyi ortadan kaldırmak için araya yeni bir kanun girer: yeni kanun mu yoksa eski kanun mu tatbik edilecektir?

Bu hususta kat'î bir hüküm vermek için evvelâ yeni bir kanun çıktığı zaman evvelce yapılmış mukavelelere riayet hakkında umumî bir prensip mevcut olup olmadığını araştırmak icap eder. Bunu müteakip intizamı âmmeden bir kaide mevzuubahs olduğu taktirde bu umumî prensibin bir icrayı tazammun edip etmediği araştırılacaktır.

*
* *

1. MUKAVELELERE TATBİK EDİLECEK KANUNUN TAYİNİ.

Evvelâ hukuku medeniyeciler tarafından kaleme alındığı şekilde umumî prensip gözden geçirilecektir. Bu prensip şundan ibarettir:

1358

yeni bir kanun, eski kanunun hükmü altında akdedilen mukaveleler üzerinde hiçbir tesir husule getirmemelidir. Bu *Tempus regit actum* kaidesinin tatbikidir. Akdin yapıldığı sırada mer'î kanun bu akdin esas ve şekle müteallik şartlarını tayin eder. Fakat akdin neticelerini de akdin yapıldığı sırada mer'î kanun tayin eder, çünkü bu neticeler iki tarafın izhar olunan iradelerine tâbi bulunur ve mukavelenin in'ikadından neş'et eder ve kanun mukavele hakkında faideler vazettiği zaman mukavelenin istikbaldeki bütün tesirlerine de şâmil bulunur. Binaenaleyh kanun değiştiği zaman mukavele muteber kalır ve eski kanunla derpiş edilen neticelerini husule getirmekte devam eder.

Doğrusunu söylemek lâzımgelirse bu prensip müşkülâtsız vücut bulmamıştır. Almanyada oldukça mühim bir muvaffakiyet kazanan eski bir doktrin kanunî neticeler ile hâkimin müdahalesinden doğan neticelere göre bir tefrik yapmağa temayül gösteriyordu. Kanunun doğrudan doğruya neticeleri bahis mevzuu olursa bu neticelerin eski kanunla derpiş edilen neticeler olduğu kabul ediliyordu, fakat bazı neticeleri husule getirmek için adaletin tavassut ve müdahalesine ihtiyaç görülürse bilâkis hâkimin bu müdahalesinin yeni kanunla tayin edildiği kabul ediliyordu. Meselâ gabin dolayısiyle satışın feshi meselesini ele alalım. Bu kaidenin mevcut olmadığını ve mukavelenin gabin sebebiyle feshi kabul etmeyen eski kanunun hükmü altında yapıldığını farzedelim. Alman doktrinine göre yeni bir kanun gabin sebebiyle feshi kabul etseydi bu kanun eski mukaveleye tatbik edilecekti, çünkü feshe hâkim karar verecektir ve hâkimin salâhiyetlerini tayin etmek için dava tarihi nazarı itibare alınır. Buna mukabil eğer akdin kanunî neticeleri mevzuubahs olsaydı, bu neticeler mer'î olmakta devam edecekti.

Savigny hâkimin müdahale etmesi veya etmemesi ile tahaddüs etmelerine göre mukavele neticelerinin tefrik edilemeyeceğini pek alâ gösterdi. Aynı umumî kaide tatbik edilir: Kaidenin bu müdahaleye tâbi olmaması icabeder.

*
* *

Savigny'nin bu tenkidindenberi bu tefrik tarzı terkedildi. Başka bir tarz düşünüldü: Bilhassa *Blondeau* mukavelenin *neticeleri* ile *ârızi neticeleri* arasında bir tefrik yapıyordu. Neticeler mukavelenin tabiî ve zarurî neticeleridir. Bu neticeler mukavelenin akdedildiği anda mer'î kanunla tayin edilirler. Ârızi neticeler ise husûl bulmaması muhtemel bulunan ve fakat mukaveleye muahhar bir hâdisenin vukuiyle husûl bulan neticelerdir. Bu taktirde bu muahhar hâdise yeni kanunun hükmü altında husûl bulduğu zaman tatbik edilecek kanun

1359

yeni kanundur. Meselâ mahsulü tahrip eden bir âfet vukuu halinde çiftlik icarının indirilmesi gibi. Yeni kanunun hükmü altında mukaveleye muahhar bir hâdise vukua gelmiştir. Neticelerinin neler olduğunu yeni kanunun söylemesi icap eder.

Bu tefrik tarzı da *Savigny* tarafından eserinin sekizinci cildinde tenkid edilmiştir. Şârihler netice ile ârızi neticelerin neden ibaret olduğunu göstermek hususunda kat'iyen anlaşamamışlardır. Meselâ, iki taraftan birinin ademi ifası halinde fesih hakkı mukavelenin şüphe götürmez bir neticesidir. Bununla beraber, fesih hakkının açılması için taraflardan biri için vecibenin ifasına muahhar bir hâdise lâzımdır.

Hukukda irade muhtariyeti kat'î bir şekilde hüküm sürdüğü devrede bu nazariye de bazı neticelerin taraflarca derpiş edildiği ve bazılarının edilmediği fikrinde mübalâğa edildiği görülmektedir. Göz önüne alınan neticeler taraflarca zımnen kabul edilmiş eski kanunun hükmü altında kalacaktı ve derpiş edilmeyen neticeler yeni kanunun şumulü dahiline girecekti. Fakat bu nazariye terkedilmiş bir doktrindir.

Teşekkül eden doktrin mukavelenin sıhhat ve mer'iyetiyle neticeleri arasında hiçbir tefrik yapmaksızın yeni kanunun mevcut mukavelelere riayet etmesi lüzumundan ibarettir. Eski kanun, yeni kanunun hükmü altında kendisinin mer'î bulunduğu sırada yapılan mukaveleleri tedvir etmekte devam eder. İşte kabul edilen prensip budur. Bu kanunun makabline şumulü meselesiyle iştigal eden bütün hukuku medeniyecilerce kabul edilmiştir.

Fakat şimdi ne sebepten ve nasıl oluyor da bu mukavelenin neticesi yeni kanun dokunmadan husule gelmekte devam ediyor, bunu araştırmak lâzımdır. Yeni neşredilen kanun eskisini değiştirir. Mademki eski kanunun yerine kaim oluyor yeni kanun eskisinden daha iyi addolunur. Bir kanunun âni neticesi demek bu kanunun hemen neşrinden itibaren tatbik edilmesi demektir. Binaenaleyh eğer yeni bir kanun bir mukaveleye bağlı neticeleri tadil ederse ne için bu yeni kanun henüz ifa edilmemiş bir mukavelenin neticelerine derhal tatbik edilmez? Eski bir kanunun mer'iyeti sırasında bir mukavele akdedildi, yeni kanun satışın neticelerini ve meselâ satıcının teminatını gösterir. Yeni kanun eski kanundan doğacak neticeleri değiştirdiği halde acaba ne için satışın neticelerini değiştirmeyecekti? Bir mukavelenin in'ikadına bağlı bulunan bu neticeler artık mevcut bulunmayan bir kanundan neş'et ediyordu, nasıl oluyorda bu kanun borçlu ve alacaklının ihtiyaçları için yaşamakta devam ediyor ve kanun sıfatiyle ilga edilen bu kanun mukavele sıfatiyle el'an yaşıyor.

1360

İşte hakkında müteaddid izahlarda bulunulan mesele. İntizamı âmmenin mevkiini anlamak için bunları incelemek lâzımgelir:

1. inci izah tarzı: mukavelenin kanuna tefevvuku,
2. inci izah tarzı: müktesep haklarla alelâde ihtimallerin tefriki,
3. üncü izah tarzı: kanunî ve ferdî vaziyetlerin tefriki.

*
* *

1. İleri sürülen birinci nazariye *profesör Henri Capitant* tarafından «İntroduction à l'étude du droit civil :Hukuku medeniye etündüne giriş» isimli eserinde hulâsa edilmişti. Bu *mukavelenin kanun üzerindeki tefevvuku fikrinden* ibarettir. Fransız kanunu medenisinin 1134 üncü maddesi «mukaveleler bunları yapanlar için kanunların yerini tutar» demektir. Mukavele kanunu bertaraf ediyor, kanunî münasebetler yerine akdî münasebetler konuluyor. Bir mukavele usûl ve nizama uygun bir şekilde eski kanun mer'î bulunduğu sırada akdedildiği takdirde bu mukavele alacaklı ile borçlu arasında hukukî münasebetler doğurur, ve bu münasebetler kanundan doğan münasebetler değil, fakat iki tarafca istenen münasebetlerdir. İki taraf eski kanun hükümlerini benimsemişler ve bunu nev'ema kendilerine hususî kanun ittihaz etmişlerdi. Yeni bir kanun eski bir kanunu tadil ettiği zaman yeni kanun alacaklı ile borçlu arasındaki bu hususî münasebetlere hiçbir gûnâ tecavüzde bulunamaz; çünkü bu münasebet kat'iyen eski kanundan ileri gelmiyordu. Kanunun ilgası mukavelenin hayatına dokunmaz, zira mukavele kanuna tâbi olmadan yaşıyordu; denebilir ki mukavele kanunun üstünde yaşıyordu. Kanun *lex generalis* dir ve *lex specialis* olan mukaveleyi ihlâl edemez.

Şüphesiz, âkidlerin mukavele yapmak suretiyle herşeyi göz önüne aldıkları iddia olunamaz. Meselâ, iki kişi bir satış mukavelesi imza ettikleri vakit, bu şahıslar muhakkak mer'î kanunun mukaveleye atfettiği bütün neticeleri derpiş etmezler. Teminat, gabin v.s. . . hakkındaki kaideleri pek az satıcı ve alıcılar etraflı bir şekilde bilirler. Onların bu kaideleri bilip bilmemeleri okadar haizi ehemmiyet değildir; hatta bilmeseler bile bunları kendilerine mal ederler. Bir kanunun hükmü altında yapılan mukaveleler kanun muhtevasını mukavele muhtevası içine geçirir. Bu kanun tefsirî veya mütemmim bir mahiyyetde bulunur. İki kişi bir kanunun hükmü altında bir satış mukavelesi akdettikleri zaman, satış hakkındaki bütün kanunî hükümler akdî kaideler halini iktisap ederler.

Binaenaleyh, bilâhare bu kanunî kaideler tadil edilirse bunlar akdî kaideler sıfatiyle değil, fakat kanunî kaideler sıfatiyle tadil edi-

136

lir. İşte mukavelenin tatbik edilmesinde devam bundan ileri gelir. Evlenme rejimi iyi bir misal teşkil eder. İki şahıs kanunu medenice derpiş edilen bir rejimi kabul ederek evlendikleri takdirde, bunlar bu rejimin bütün kaidelerini bilmezler. Bununla beraber bu rejimi mukavelelerine sokarlar. Hatta bunlar kanunî rejim altında evlenseler bile, bu rejimi bertaraf edebilecekleri halde bertaraf etmedikleri için zımnen kabul ederler. Bu sebepten eğer daha sonra yeni bir kanun bu rejimi değiştirirse yeni kanun kendilerine tatbik edilmeyecekdir. Şayet mal ayrılığı rejimi kanunî rejim olarak kabul edilse idi — Fransada mal ayrılığı bizde olduğu gibi kanunî rejim değildir ve Fransada bu rejimin kabulü istenilmişdi — kabul edilecek bu kanundan evvel evlenenler kabul ettikleri evlenme rejimi altında yaşamakda devam edeceklerdi.

Binaenaleyh, mukavele tarafları kanunun haricine koymak ve binnetice onları yeni kanunun tecavüzlerinden kurtarmakla kanundan üstündür.

Bu birinci nazariye hakkında profesör Georges Ripert şu mütalâyı yürütmektedir: Bu nazariye şüphesiz iradenin muhtariyeti nazarivesi ile bir yakınlık arzeder. İki nazariye tamamiyle birbirinin aynı prensiplerdir: serbest irade kendi kanununu yapar, binaenaleyh, umumî kanun yani Devlet kanunu akdî kanunu ihlâl etmez. Bunun neticesi bütün kanunî kaidelerin akdî kaideler halini iktisap etmelerini isteyen mefruz iradenin bu kanunî fiksiyonu kabul edilmiş addolunur. Bunda muhakkak zımnî mukavele fikri ile irade karinesi suiistimal edilmektedir.

Hususiyle bu görüş ve izah tarzı sırf tefsirî hükümler mevzuu bahis olmayıp buyurucu hükümler mevzuu bahis olduğu bütün hallerde eski kanunun cari olmakda devam etmesini izah edemezler. İrade serbestisi mutlak hâkimiyeti haiz değildir. Taraflar mukavelelerine herhangi bir kaideyi tatbik edemezler; intizamı âmmeden sayılan bütün buyurucu kaidelere riayet etmekle mükellefdirler ve taraflar intizamı âmme kaidelerini kabul etmezler denemez. Bu mecburî mahiyeti bildikleri içindir ki taraflar bu kaideler hilâfına harekete teşebbüs etmezler.

Fakat bu buyurucu kaideler tadil edildiği zaman, eğer bu kaideler mukavelenin in'ikadı sırasında tarafları ilzam ediyorduysa, niçin mukavelenin infazı ve icrası gününde kendilerini ilzam etmeyecekdi? kaide buyurucu olmakla hususî iradeyi bertaraf eder, mademki irade kanunu tatbik etmek hususunda olduğu kadar onu teşdid etmek husunda da acizdir, eski kanunun bekası iradenin tezahürü şeklinde haklı gösterilemez, yahut da müteakip iki intizam mevcuttur demek

1362

lâzımgelirdi ki bu gayrı kabili kabul karışıklıklar doğururdu.

Bundan dolayı, eski kanun yaşamak da devam eder denildiği zaman arzu edilen bazı neticelerin nasıl kanuna uygun kaldıkları pekalâ izah edilebilecektir; şukadar ki eski kanunla yeni kanunun bu neticelerin kanuna uygun olduklarına beyan etmeleri şartdır. Bu ise bizi mevzu dışına çıkarır.

2 . *Klasik Fransız Nazariyesi* adı verilebilecek ikinci bir nazariye ***müktesep haklarla alelâde ihtimalleri*** tefrik etmekten ibarettir. Fransız mahkeme kararlarında yer bulan nazariye bu nazariyedir, çünkü bütün fransız mahkemeleri yeni kanunun ne için tatbik edilmediğini izah etmek istedikleri zaman «müktesep hak vardır " derler. Bu *Aubry ve Rau* tarafından kabul edilen nazariyedir; Fransız mehakim içtihadı formüllerini bu müelliflerden almıştır ve daima „müktesep hakların çiynenmesiyle hakiki bir makable şumûl vakıasiyle karşılaşacağı için yeni kanunun eski kanun hükmü altında iktisap eden haklara tecavüzde bulunmağa hakkı yokutur» denilmektedir.

Halbuki pek umumî olan ve ***müktesep haklar nazariyesinin*** mukavelelere pek mükemmel tatbik edildiği söylenmekdedir. Müktesep haklar mukavelelerden doğar, mukavelenin in'ikadı günü borçlu alacaklıya karşı taahhüde giriştiği için akitten doğan haklar müktesep hakların hakiki tipini teşkil eder; alacaklının mukaveleden doğan ve hiçbir suretle mahrum edilemiyeceği hakları vardır, bunlar müktesep haklardır. Eğer yeni kanun her ne hususta olursa olsun alacaklının haklarını tadil etseydi bu kanun makabline şamil bir kanun olacaktı, zira akidden doğan hak evvelce eski kanunla taiyn edilmiştir ve yeni kanunun eski kanun üzerinde nüfuzu yoktur.

Müktesep hakları alelâde ihtimallerden ayırd etmenin ne kadar müşkil olduğu malûmdur. Her ne kadar bu zorluğun burada mevcut olmadığı ileri sürülmüşse de diğer meş'elelerde olduğu gibi burada da aynı müşkilât ortaya çıkar, zira herşeyden önce her mukavelenin değişmez ve kat'i müktesep haklar doğurduğu doğru değildir. Bir mukaveleden doğan fakat ibtali kabil olan haklar hakkında ne diyelim? Kanun tarafından ihdas edilen bir iptal sebebi bu hakları ortadan kaldırırmı yoksa kaldırmazmı? Bir mukaveleden doğan şarta muallâk bir hak, alacak hakkı hususunda vecibe eski kanunun mer'iyeti zamanında doğmakla beraber şartın yeni kanunun hükmü altında husule gelmesi halinde kabul edilecek sureti hal ne olacaktı? Hak şartın vukuundan evvelmi iktisap edilmişti? Hususiyle eski kanunun hükmü altında batıl olan mukaveleler hakkında ne denilecekti? Burada müktesep haklardan bahsedilemez.

Yeni kanun mukaveleyi muteber kılar. Bu taktirde ancak mu-

1363

kavelenin butlanı ile müktesep haktan bahsedilebilir; doğacak olan hak mukavelenin mevcut olmadığını kabul ettirmek hakkından ibaret olacaktı.

Hakikatta her hak müktesebtir ve hukuk kelimesine ilâve edilen bu müktesep sıfatı tabirin muhtevasına hiçbir şey ilâve etmez. Müktesep olmayan hukuk tasavvur edilemez. Bazı müellifler ve bilhassa *Huc* istilâhlarda mübayenet görerek beyhude yere bu kelimeleri değiştirmeğe ve *menfaatları haklara* karşılık göstermeğe çalıştılar. Bunlar daima kelime oyunlarından başka birşey değildir. Hukuku hukuk olmayan şeyden ayırt etmek icap eder. Esasen mahakim içtihadında müktesep hukukun tarifi araştırılırsa şu tariften başka bir tarife tesadüf edilmez: «müktesep hukuk yeni kanunun dokunmadığı hukuktur». Burada fasid bir daire ile, hiçbir hal sureti vermeyen dile kolay gelen bir tabirle karşılaşıyoruz.

Esasen ne için yeni kanunun kanunî olan bütün vaziyetlere tecavüz edebileceğini ve ne için mukaveleden doğacak hakları ihlâl edemeyeceğini söylemek icap edecekti. Eğer müktesep haktan bahsedilirse daha fazla riayete lâyık olan hak kanun mucibince iktisap edilen haktır, çünkü bu hak şahsî emeller için imal edilmemiş ve daimî ve kanunî kaide esası üzerine iktisap edilmiştir. Kanunî hak akdi hakdan pek daha çok hürmete lâyık olacakdı. Bununla beraber, kanunî bir vaziyet mevzuubahs olunca yeni kanunun mer'iyetde bulunan kaideler yerine başka kaideler koyabileceği söylenmekte tereddüt edilmez. O halde ne için akitten doğan hak bu inhidamdan yakasını kurtaracak ve ne için kanunî haklardan daha kuvvetli telâkki edilecekti? Bu klâsik nazariye tarafından hiçbir zaman halledilmeyen bir meseledir.

*
* *

3. Akidden doğan hakka bu tefevvuku veren hukuk kaynağı değildir. Bu sebepten bu hakkın evsafını araştırmak icap eder. *Kanunî vaziyetlerle hukukî vaziyetleri tefrikden ibaret üçüncü bir nazariye* muvacehesinde bulunuyoruz. Bu nazariye *Duguit* tarafından Hukuku Esasiye kitabında serd ve mütalâa olunan ve profösor *Gaston jèze* taratından âmme hukuku üzerine yazdığı muhtelif eserlerde ele alınan nazariyedir.

Ferdî vaziyet iradenin tezahüründen doğar, müstakar kanunî vaziyet ise vazii kanunun iradesinden tahassül eder. Bu iki vaziyet arasında farkları ihdas eden kaynak değildir, zira görünüşde kanunî kaynak akdî kaynakdan daha fazla hürmete şayan olacakdı. Farkı

1364

doğuran vaziyetin tabiatı ve mahiyetidir. Kanunî vaziyet müstekar ve daimîdir ve bu vaziyete ferd kendi iradesile dokunamaz ve onu değişdiremez, ondan vazgeçemez, vaziyet kendine tâbi değildir, ancak kanuna tâbidir.

Fakat, eğer kanunî vaziyet kanuna tâbi bulunuyorsa, aynı zamanda siyasî kuvvetin kabul etmekde mahzur görmediği bütün yeni kanunlara da tâbi bulunur. Yeni kanunlar derhal tatbik edilecek ve mevcut kanunî vaziyetleri neşir ve isdarları gününden itibaren tadil edeceklerdir, çünkü bu sadece aynı vaziyette bulunan herkesin vaziyetinin tadilidir. Umumiyetle kaide hiçbir haksızlığa meydan vermeden kaidenin herkese derhal tatbik edileceğini izah eder.

Buna mukabil umumiyetle iradenin beyanından doğan ferdî vaziyet iki kimseyi cemiyetten ayrı bir yere koyar. Bu takdirde kanunî bir kaide ferdî bir vaziyete kat'iyen dokunamaz. Çünkü kanun ancak doğurabileceği şeyi değişdirebilir; kanun ferdî vaziyeti yaratmaz, o halde niçin evvelce yaratılmış ferdî vaziyet üzerinde nüfuzunu kullansın?

Doğrusunu söylemek icap ederse müstakar kanunî vaziyet ile ferdî vaziyet arasındaki tefrik kanunî vaziyet ile akdî vaziyet arasındaki farka irca olunabilir, çünkü ferdî vaziyet bir mukaveleden ve münhasıran bir mukaveleden doğar. Filhakika, tatbiki iradenin beyanını istilzam eden kanunlar vardır. Meselâ: evlenme, evlât edinme, tabiî bir çocuğun tanınması müessesenin esasında iradenin beyanını tazammun ederler. Yeni kanun bu vaziyetler üzerine müessir olur; evlenmenin neticelerini tadil edecek yeni kanun kanundan evvel evlenmiş kimselere tatbik edilecekdi.

Fakat buna mukabil akdî vaziyetleri bir tarafa bırakmak lâzımdır. Akdî vaziyetlere dokunulamaz, çünkü burada hakların şümulü münhasıran iradenin beyanına tâbi bulunur. Evvelki misalde iradenin beyanı kaidenin tatbikına yol açar, fakat ferdi kanunî kaidenin tatbikına tâbi tutmaz. Bil'akis mukavelede hak ve vecibelerin şumulünü bizzat irade tayin eder. Fertlerin ne noktaya kadar borçlandıklarını, ne dereceye kadar alacaklı veya borçlu olduklarını tayin eden irade vakıası sırf fikrî bir ameliyedir.

Bu suretle iki kişi bir mukavele yapmakla ikisine ve yalnız kendilerine kabili tatbik küçük bir kanun yaparlar. Bunlar başkalarının vaziyetini idare etmek iddiasında bulunmazlar, münhasıran kendi hususî münasebetlerini tanzim etmek iddiasındadırlar. Eğer daha sonra yeni bir kanunun umumî vaziyeti değiştirdiği farz olunursa bunu bu suretle yaratılan bu ferdî vaziyet üzerinde ne tesir görülebilir? Kanun bir mukaveleyi değiştiremez, çünkü kanun ve mukavele

1365

temamiyle farklı bir mahiyet arzederler. Mukaveleyi üstün kanuna irca edecek yerde nazariye şimdi pek açık bir şekilde kanun ve mukaveleyi tefrik ediyor: kanun müstekar umumî vaziyeti ihdas eder, mukavele ise ancak ferdî vaziyet yaratır. İşte kanunî vaziyetlerle akdî vaziyetlerin tabiatlarındaki farka müstenid nazariye bundan ibarettir, bununla beraber bu nazariyeye itirazlarda bulunulmuştur. Profesör G. Ripert bu itiraz ve tenkitleri şöyle hulâsa etmektedir:

Evvelâ bu nazariye, mukavelede kanunun tefevvuku bulunmayan bir vaziyetin arzuya bağlı ve keyfî bir yaradılışı mevcut bulunduğunu kabul etmek suretiyle, biraz mübalâğa etmektedir. Mukavele herşeyden müstağni ve kendi kendine kifayet etseydi bu fikir doğru olacaktı, fakat mukavele taraflara kâfi gelmez. Umumiyetle mukavele kanunla ikmal edilmelidir ve bir satış mukavelesi yapan taraflar umumî satış kaidelerinin hükmü altına girerler. Taraflar belki bu kaideleri bertaraf edebilirlerdi, fakat hakikatta bunları bertaraf etmemişlerdir ve binnetice taraflar umumî kanunun hükmü altına girmek istediklerini beyan etmişlerdir. Eğer umumî kanun değişirse ne için tarafların kendi kanunları da değişmesin?

Bu nazariye de tarafların kendi ferdî vaziyetlerini tamamiyle tanzim ettikleri farzediliyor, bu ise doğru değildir, çünkü çok defa bunlar münhasıran umumî kaideleri kabul etmişlerdir.

Diğer tarafatan bu kendine hususî bir kaide tesis etmek hürriyeti tam değildir. Ve bu da buyurucu kaidelerin mevcudiyetinden ileri gelir; iki taraf mukavele yaptıkları sırada pek âlâ intizamı âmme kaidelerine riayet etmekle mükelleftirler. Bu intizamı âmme kaideleri değiştikleri taktirde taraflar ne için yeni intizamı âmme kaidelerine riayet etmeğe mecbur olmasınlar ?

Başka tâbirle mukaveleden doğan bir tanzim, herşeye rağmen kanunî bir nizam mevcuttur. En etraflı ve mufassal mukavelede bile bütün neticeleri ve tatbik edilecek bütün kaideleri göz önüne almak imkânsızdır. Taraflar bir mukavele yaptıkları zaman yine umumî kaidelerin şumulü dahiline girerler, bu takdirde bu kanunlar değiştiği halde ne için tarafların yeni kanunların hüküm ve şumulü altına konulmadıkları söylenmiyor.

Roubier makable ademi şumûl nazariyesini bırakıldığı noktadan alarak oldukça mahirane ve üstadane bir tarzda ferdî vaziyete niçin riayet edilmesi icap ettiğini izah etmiştir. *Dugait* 'nin ferdî vaziyet ile kanunî vaziyet hakkında söylediği şey doğrudur. Söylemesini unuttuğu şey niçin ferdî vaziyetin riayete hakkı olduğudur. İşte *Roubier* 'e göre oldukça kuvvetli ve cazip bir izah tarzı:

Yeni kanun ânî neticeler tevlit eder, çünkü bunun bir memlekette

1366

hukukî vahdeti tesis etmesi lâzımdır. Vazii kanun kanunu verdiği zaman herkesin derhal bu kanuna uyması icap eder, çünkü bir kısım kimselerin eski kanun hükmü altında ve bazı kimselerin de yeni kanun hükmü altında kalmaları doğru olmaz. Hukukun vahdeti bir kanunun diğer bir kanunun yerine hemen ikame edilmesini icap ettirir.

Binaenaleyh, arzuya şayan şey yeni kanunun bütün eski haklara derhal tatbik edilmesidir. Yalnız bu netice ancak vaziyetlerin yeknasaklığı temin edilmek istenen, vazii kanunun herkesin aynı kaide altında yaşamasını faydalı bulduğu yerde şayanı arzudur. Bu taktirde eski kanunun tatbikını kabul etmek müsamaha edilemez bir ikilik yaratacakdı. Fakat vazii kanun bilâkis hukukî tenevvüün yeknesaklıktan daha iyi olacağına kanî bulunursa eski kanunun mer'î olmakta devam etmemesine hiçbir sebep yoktur.

Acaba ne zaman vazii kanun tenevvüü vahdet tercih eder? Bütün hal ve vaziyetlere ve herkese muvafık bir kaideyi bizzat vermek imkânsızlığiyle karşılaştığı ve fertlere tercih ettikleri kanunu bizzat yapmak ihtimamını tevdi etmeyi tercih ettiği bütün meselelerde, yani mukavele işlerinde vazii kanun tenevvüü vahdete tercih eder. Servetin istihsal, tedavül ve istihlâki hakkında kaideler vaz etmekten çekinmek suretiyle vazii kanun kaide yapma işini hususî şahısların kendilerine bırakır. Bu taktirde sadece bu kaideleri müşterek bir kanuna irca etmemekle kalmaz fakat bu eşhasa her türlü serbestiyi vermekle beraber kendilerini bütün münasebetlerini sayısız bir şekilde tehalüf ettirmeğe davet eder. Borçlar kanunu baştan başa fertler için, kendi münasebetlerine verebilecekleri muhtelif şekiller hakkında, bir rehberden başka bir şey değildir. Bu suretle hiçbir borçlu diğer bir borçlu ile aynı şartlara tâbi bulunmaz.

O halde mukaveleler eski kanun zamanında yapıldıkları takdirde bu eski kanunun yeni kanunun hükmü altında tatbik edilmekte devam etmesinin ne ehemmiyeti vardır? Ortada mevcut çeşitlere bir çeşidin daha ilâvesinden başka bir değişiklik gürülmiyecektir. Daima Fransız kanunu medenisinin evlenme rejimi hakkındaki 1390 ıncı maddesi misal olarak zikredilmektedir. Bu madde Fransada kanunu medenide vahdet temin etmek maksadiyle eski bir örf ve âdet metninin alınmasını men etmişti. Fakat bütün şârihler müttefikan ilâve ederler: tarafların, eski bir örf ve âdetin bütün hükümlerini birer birer almak isterlerse, buna pek âlâ hakları vardır. Farzedelim ki bu suretle bir evlenme mukavelesi eski bir örf ve âdetin bütün hükümlerini almış bulunsun. Bu evleme mukavelesi yeni bir rejim doğuracaktır, fakat taraflara arzu ettikleri bütün evlenme rejimlerini tasavvur et-

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
1362

mek menedilmemiştir; eski rejimler pek âlâ akdî rejim olarak baki kalabilirler. Buradaki tehalüf hiçbir suretle büyük bir tehalüf teşkil etmez.

Binaenaleh, eski kanunla derpiş edilen neticeleriyle mukavelelerı idame etmek, eski kanunu idame etmek sadece şu fikrin neticesidir: yeni kanunun ânî tesiri ancak vahdet vücuda getirmek mevzuubahs oldukta husule gelir.

Fakat profesör *Roubier* tarafından izah ve tafsil edilen bu nazariye pek büyük bir itiraz ve tenkide mâruz kalır: öyle haller vardır ki hatta mukaveleye müteallik hususatta vazıı kanun derhal hukuk vahdeti vücuda getirmek ister, vazıı kanun buyurucu bir hüküm verdiği, takip edilmesini istediği kaidenin ne olduğunu gösterdiği zaman keyfiyet böyledir. Vazıı kanun tarafların intihap hakkını tahdid eder ve bu suretle vahdet vücuda getirmeği arzu ettiği anlaşılır.

Roubier buna cevap veriyor: İntizamı âmmeden olan kanunlar ancak bir tek netice tevlit ederler: bu da tarafların intihap hakkını tahdit etmekten ibarettir; binaenalyh bu kanunlar mukavelenin in'ikat ettiği anda tatbik edilirler. Filhakika bu anda tarafların bazı kaidelere riayet etmeleri icabeder ve taraflardan daha fazla birşey de beklenmez. Neticede, eğer intizamı âmme telâkkisi değişirse taraflardan yeni kaideye riayet etmeleri istenmez, zira artık bunu yapmağa imkân yoktur. Bunların intihabı mukavelenin yapıldığı sırada kat'î şekilde tezahür etmiştir. Bu andan itibaren istikbal için mukavelenin neticesi taayyün etmiştir. Netice: yeni intizamı âmme kaidesini değil fakat eski intizamı âmme kaidesini tatbik etmek icap eder.

İşte mukavelelerin neticesi hakkında izah edilen başlıca nazariyeler. Bu nazariyelerin hepsi de hakikatta ne suretle bir mukavelenin, hatta yeni kanunun hükmü altında eski kanunla tedvir edilmekte devam ettiğini izah ederler. Kanunların makabline şumulü hakkındaki bu nazariyeler malûm olduktan sonra gelecek yazımızda yeni kanun intizamı âmmeden bir kaide olduğu taktirde tahaddüs edecek vaziyeti göreceğiz.

1368

No: 110

Alman hukuku akademisince:

Alman kanunu Medenisinde yapılması teklif edilen değişikliklerden:

Kanunî mirascılıktaki değişiklikler

Yazan: Dr. Orhan Münir ÇAĞIL
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi asistanlarından

Almanya'da millî sosyalistlik henüz yeni teessüs ettiği sıralarda belki bir çok kimseler, bu değişikliğin sırf tarzı hükûmete inhisar ettiğine veya edeceğine, kimisi de satıhda kalıp derinlere gitmek istediğini göstermeyeceğine kail bulunuyordu. Fakat çok geçmeden, memleketin dahilî ve haricî siyasetine hâkim olmakla işe başlayan bu cereyanın, Almanya'da yeni bir «dünya ve hayat görüşüne» yol açdığı müşahade edildi.

Bu yeni hayat telâkkisi, gayet tabiî olarak, memleketin kültür (fikir, ahlâk, cemiyet, hukuk, siyaset, ilâh...) sahalarında eskidenberi yerleşmiş olan kıymetleri ve prensipleri kökünden söküp attı ve yerlerine yenilerini ikame etti. Bu inkilâp ve onu takip eden icraatın başlangıçtan (1933) bu güne kadar geçirdiği muhtelif ve alâkabahş tekevvün ve inkişaf safhaları tetkike şayan olmakla beraber mevzuumuzun çerçevesi dışında kaldığından; hulâsaten bile olsa, temas imkânını görmüyoruz.

Esasen, Almanya'da 1933 senesinde kuvveden fiile çıkarılan ve millî sosyalistlik namı verilen «Dünya ve hayat görüşü» inkilâbının Almanya'da doğurduğu tesirat ve tegayyürat sadece kuru bir blânço halinde tâdat edilemeyip aynı zamanda tenkidî mahiyette tetkik ve tetebbu edilmek icap edeceğine göre bu işin bir iki satırla ve lâalettayin bir makale ile başarılamayacağı bedihîdir. Binaenaleyh yazımın başlığından da anlaşıldığı üzere, biz burada nazarlarımızı ancak, son zamanlarda, millî sosyalist fikirlerden mülhem olarak, Alman miras hukukunda da yapılması teklif edilen bazı değişikliklere çevirmekle iktifa edeceğiz: Millî sosyalistlerin, Almanya'da mevkii iktidara gelmelerile başlayan yeniliklerin; bir kül olarak bütün hukuk sahasını ve dolayısile hukuku medeniyeyi de dairei şumulüne alınması kadar tabiî bir şey olamazdı. Fakat mezkûr değişikliklerin muayyen bir plân dahilinde ve tedricî olarak yapıldığı nazarı itibare alınacak olursa, bu gün Almanya'da hâlen mer'î bir çok kanun ve nizamların

1369

ancak zamanla kalkacağı veya yeni zihniyete uydurulacağı, yeni bir intikal devresinin zarurî olduğu anlaşılır. İşte bu yazımızda tetkik etmek istediğimiz (Kanunî mirascılıktaki değişiklikler) dahi Alman millî sosyalist inkilâbının, kültür sahasında tedricî olarak yapılması icabeden değişikliklerinden biridir.

Bu değişiklikler, (Alman hukuku akademisi miras hukuku komisyonunun) bir muhtırasında teklif ve mütalâa edilmiş ve bu muhtıra esas ittihaz edilerek bilâhare mezkûr akademi tarafından çıkarılan «Zeitschrift der akdemie für Deutsches Recht» namındaki mecmuada (beşinci yıl, sayı 15, 15-7-1937 sahife: 497—499) ayni akademi âzalarından bay «Dr. W. Vogels» tarafından ayrıca nazarı tetkikten geçirilmiştir. Makale sahibi bay «Dr. Vogels» muhtırada mevzuubahs noktaları kısaca tebarüz ettirip komisyonun, kanunî mirascılık bahsinde yapılmasını teklif ettiği değişikliği tasvip ediyor. Biz de mezkûr makaledeki izahata istinaden «Alman miras hukukunda kanunî mirascılık» ahkâmının müstakbel şekli hakkında yapılan teklifleri gözden geçirmeğe çalışacağız:

Muharrir, «kanunî mirascılığın yeniden tanzimine mütedair ilk (ihzarî) çalışmalar» başlıklı yazısında küçük bir mukaddemeden sonra muhtıranın üç nokta halinde tetkik ve mütalâa ettiği bahislere temas ediyor.

Makale sahibi, mukaddemede ezcümle, «millî sosyalistlerin mevkii iktidara gelmelerindenberi başlayan, tekmil Alman hukukunun yenilenmesi, ıslah ve tecdidi, hareketinin, Alman Medenî kanununun miras hukuku kısmının önünde durup kalmasına, yani ilerlememesine, imkâm olmadığı kaydını işaret ettikten sonra gerçi Alman kanunu medenisinin beşinci kısmının, teessüsü zamanında fevkalâde ehemmiyeti haiz bir başarı ve büyük bir ileril eme ifade ettiğini; fakat onun da liberalizm devrinin bir mahsulü olduğunu ilâve ediyor ve sözlerine devam ederek, müsteşar bay «Schlegelberger» in 25-İkincikânun-1937 tarihinde «Heidelberg» şehrinde irad ettiği nutukta söylediği gibi, artık mer'î Alman kanunu medenisile vedalaşmaya hazırlanmak icabettiğini, ve fakat değiştirilmesi lâzım gelen ahkâmı hususiyenin kapladığı saha karşısında Alman kanunu medenisinin ancak tedricen ve büyük bir dikkat ve itina ile tebdil ve ıslahı zarurî olduğu cihetlerini tebarüz ettiriyor».

Bay «Dr. W. Vogels» Avusturyanın «Reich (Rayh)» ile tekrar birleşmesi tarihinden itibaren Avusturya hukukunun da, Alman hukukunun tecdid ve ıslahı bahsında geniş mikyasta nazarı itibara alınacağını zikretmektedir.

Mumaileyhin yukarıda tesbit ettiğimiz fikir ve mütalâaları, bu gün Alman millî sosyalist hukukcularının umumiyetle iştirâk ettikleri bir noktai nazardır; daha doğrusu Alman hukukunun tecdid ve ıslahında takip edilen programın esaslarındandır.

1370

Makale sahibi, bu umumî mülâhazalardan sonra Alman hukuku Akademisinin bir çok komisyonlarının, Alman Medeni hukukunun tecdidine matuf ihzarî çalışmalarla meşgul olduklarını ve bu cümleden olarak miras hukuku komisyonunun geçen senenin sonlarına doğru «vasiyetname» ahkâmına mütedair ilk muhtırasını neşrettiğini zikrederek mezkûr komisyonun hali hazırda miras hukukunun diğer sahalarına müteallik müzakerelerini bitirdiğini ve geçenlerde intişar etmiş bulunan yeni bir etüdünde bu müzakereler hakkında malûmat verildiğini kaydediyor. Mevzuubahs etüd, Alman hukuku Akademisi miras hukuku komisyonunun, kanunî mirascılık bahsine müteallik ve komisyon reisi Bay porf. Dr. «Lauge» tarafından hazırlanmış bulunan, ikinci muhtırasıdır [*]. Şimdi, bu ikinci muhtırada nazarı tetkikten geçirilen noktaları birer birer mütalâa edelim:

Kanunî mirascılık bahsinde komisyonun tebdil ve tecdide muhtaç ettiği ahkâm üç nokta halinde tebarüz ettirilmiştir.

«Kanunî mirascılık, gayri meşrû çocuğun miras hukukundaki kanunî mevkii, mahfuz hisseye müteallik ahkâm».

I — (Kanunî mirascılık) da göze çarpan değişiklikler:

1) Mirasa müstahak hısımlar sahasının tahdidi,

2) Miras bırakandan evvelce, yani sağlığında, alınan şeylerin mahsubu,

3) Karı kocanın miras hakkı,

II — (Gayri meşrû çocuğun miras hukukundaki mevkii) ne gelince, bu da üç kısma ayrılarak mütalâa edilmiştir:

1) Tesbit edilen babanın ölümünde çocuğun mütalebeleri,

2) Ev birliğine dahil çocuk,

3) Nişanlılık esnasında doğan çocuk,

III — Mahfuz hisse ahkâmı.

1) Birinci nokta, mahfuz hissenin şimdiye kadar olduğu gibi, yine sadece borç doğuran bir talep hakkı halinde mi kalması, yoksa bir (zarurî miras hakkı) na tahvili mi muvafık olacağı merkezindedir.

2) Bundan maada mahfuz hisse bahsinde «kıymet değişmeleri» nin nazarı ihtibare alınması icabettiği,

3) Mahfuz hissenin nez'i,

4) Mezkûr hissenin iyi maksatla tahdidi.

Cihetleri de komisyonun tetkikine mevzu teşkil etmiş bulunan noktalardandır.

---

[*] Bu muhtıra "Thübnigen„ de "Mohr„ neşriyat evi tarafından kitap halinde satılığa çıkarılmıştır.

132

I — KANUNÎ MİRASCILIK

1) Mirasa müstahak hısımlar sahasının tahdidi:

Malûm olduğu üzere gerek Alman Kanunu Medenisi, gerek Avusturya Kanunu Medenisi kanunî mirascılığı parantel sistemine göre tanzim etmişlerdir [*].

Hısımlığın yakınlığı esasına müstenid olan bu sisteme göre, miras bırakana daha yakın hısımlar mevcut oldukça daha uzak hısımlar mirasa dahil olmazlar. Binaenaleyh bu sisteme göre varisler, miras bırakanın en yakın hısımlarından başlamak şartile müteaddit sınıflara ayrılırlar. Bu usule nazaran:

Birinci sınıf varisleri, miras bırakanın füruu ikinci sınıf varisleri; miras bırakanın anası babası ve onların füruu; üçüncü sınıf varisleri, miras bırakanın büyük ana ve büyük babası ve onların füruu: İlâh .... teşkil eder.

Bay «Dr. Vogels» makalesinde, Alman hukuku akademisi mirasi hukuku komisyonunun dahi esas itibarile bu sureti tesviyeyi kabul ettiğini, maamafih el'an mer'î Alman kanunu Medenisinin, parantel sistemi fikrinin tatbikinde pek fazla ileri giderek dördüncü, beşinci ve müteakip parantellere dahil hısımları da mirasa müstahak addettiğini ve hatta her hangi bir hudut tasrih etmeksizin, daha yakın hısımların bulunması halinde, en uzak hısımların bile kanunî mirascılık hakkından istifadelerini mümkün kılabilecek bir vaziyet ihdas ettiğini (§§ 1924-1926; 1928-1929) zikrettikten sonra mirasa müstehak olanları teşkil edenlerin sahasını bu derece genişletmenin hiç bir veçhile muhik olmadığı kanaatında bulunup bu kanaatını şu sebeplere istinat ettiriyor. «Ancak büyük ana ve büyük babanın ana ve babaları veyahut onların ana ve babalariyle yekdiğerine bağlı bulunan kimseler, artık birbirlerini ne tanırlar, ne de birbirlerile tanışırlar; ve kendilerini akraba hissetmezler.

Onları, miras bırakanla bağlayan bağ, kanunî bir miras hakkına esas teşkil etmeğe yaramayacak derecede gevşektir».

İşte bu mülâhazalara istinaden miras hukuku komisyonu hısımlığa müstenid kanunî mirascılık hakkının üçüncü parantelle, yani büyük ana ve büyük baba ve onların füruu ile, nihayet bulmasını, ve binaenaleyh ilk üç parantele dahil varislerden hiç kimse kalmamış ise devletin mirascı olmasını teklif ediyor.

Bittabiî miras bırakanın, vasiyetname veya miras mukavelesi tarikiyle başka bir mirascı tayin etmek hakkı mahfuzdur.

Görülüyor ki Devlet ne zarurî bir mirascı, ne de mahfuz hisseye sahip bir kimse mevkiine düşürülmek istenmemiştir. Esasen Devlet Almanya'da mirascı hukuka nazaran terekedeki hissesini miras vergisi namile tahtı za-

[*] Bizde de aynı sistem carîdir.

1372

mana almış bulunuyor. Onun için komisyonun fikrince, yukarıda da işaret edildiği, Devlet, ancak ilk üç parantele dahil mirascılardan hiç kimse kalmamışsa ve miras bırakan başka bir mirascı ikame etmemişse varis mevkiini ihraz etmelidir.

2) Evelce alınan şeylerin mahsubu:

Makale sahibi el'an Alman kanunu Medenisinin (2050) inci maddesinin bazen haksız vaziyetlere yol açtığından bahsederek komisyonun, bu cihetin de tadil edilmesi lüzumuna mütedair fikrini tasvip ediyor:

Filvaki kanunî mirascı sıfatile mirasa sahip olan füru, Alman kanunu Medenisinin (2050) inci maddesi mucibince, miras bırakandan, sağlığında teçhizat olarak almış bulundukları şeyleri, terekenin aralarında taksimi sırasında, mahsup etmekle mükellefdirler. (fıkra 1).

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise tahsil veya her hangi bir meslekte ihtisas kesbetmek için yapılan masrafların, mutlak surette olmayıp bazı muayyen şerait tahtında mahsup edileceğinden bahsediyor. Bu fıkra ahkâmına göre bir meslekte yetişmek için sarfedilmesi lâzım gelen paralar veya bu maksatla yapılan diğer masraflar, ancak miras bırakanın malî vaziyetile mütenasip dereceyi aşdığı nisbette mahsup edilmek icabeder.

Makale muharriri bu ikinci fıkrada zikredilen sureti tesviyenin bazen gayri âdil bir vaziyetin husulüne sebebiyet verileceğini söyleyerek bir misal getiriyor:

«İlk çocuğun tahsil ve terbiyesi malî vaziyete uygun nisbet dahilinde yapılmış olduğu halde bilâhare malî kudretin sarsılması veya aileye bakanın ölümü ile diğer çocuklara matluba muvafık bir tahsil yaptırmak imkânı artık münselipse, haksız bir vaziyet doğurabilir.»

Muharrir bu misali zikrettikten sonra komisyonun, hiç olmazsa (2050 inci maddenin ikinci fıkrasındaki noksanlardan doğabilecek bu gibi mahzurları nazırı itibare alarak) miras bırakanın, bütün çocuklarının tahsilleri bitmeden önce ölmesinden mütevellit bir vaziyet karşısında bir sureti tesviye bulmuş olmak için, «sarfedildikleri zaman miras bırakanın vaziyeti maliyesile mütenasip bulunmuş olsalar bile» yapılan tahsil masraflarının yine mahsuba tâbi tutulmaları icabettiği şeklinde bir çare teklif ettiğini ilâve ediyor.

3) Karı kocanın miras hakkı:

Alman kanunu medenisinin mer'i ahkâmına göre miras bırakanın sağ kalan karı veya kocanın birinci parantele dahil hısımlar yanında kanunî mirascı olarak mirasın dörtte birine sahip olur. (§ 1931, fıkra 1, kaziye: 1)

Maamafih mevzuubahs dörtte bir hissenin bir çok ahvalde sağ kalan karı veya kocanın menfaatlarının teminine kifayet etmemesi yüzünden ekseriya vasiyetname tarikiyle sağ kalan karı veya kocadan biri yegâne varis veyahut hiç olmazsa tekmil tereke için (ön varis) ikame edilmektedir. İşte bu sebebe binaen miras hukuku komisyonu sağ kalan karı veya kocanın

1027

miras hissesini dörtte birden ikide bire çıkarmayı teklif ediyor.

Maamafih komisyon, bu taktirde sağ kalan karı veya kocanın, bu mameleki aileden uzaklaştırmasına — ki böyle bir tehlike meselâ sağ kalanın tekrar evlenmesile vücut bulabilir — mani olmak maksadile sağ kalan karı veya kocanın kabulü teklif edilen bu miras hissesine tam (kanunî) varis olarak değil, bilâkis sadece ön varis olarak sahip olması ve çocukların da (arka varis) olmaları muvafık olacağı fikrini ileri sürüyor. Diğer taraftan komisyon arka varislik [*] müessesesinin ön varis hakkında tevlit ettiği

[*] Alman kanunu medenisinde 2100 ve müteakip maddelerde (bir arka varis ikamesi) başlığı altında izah edilen müessesenin esasını Roma hukukundaki (Chubstitutio fideicommissaria) müessesesinde aramak icap eder.

Yekdiğerini takip ve istihlâf etmek üzere birden ziyade kimselerin bir ve aynı mirasa sahip olabilmeleri yani bir ve aynı miras için birden ziyade kimselerin yekdiğerini istihlâf suretiyle varis ikame edilmeleri usulü Roma miras hukukunda cari "semel beres, semper beres„ prensibine aykırı düşmekle beraber hayatın ihtiyaçları karşısında bir çarei hal bulmak zarureti zahiren mezkûr prensibe muhalif olmayan, fakat hakikatte netice itibarile onun istihlâf ettiği gayeden uzaklaşan "substitutio fideicommissaria„ müessesesini meydana getirmiştir.

Bu usule göre ilk önce varis tayin edilen kimse (Heres fiduciarius) hukukan hakiki varis addedilip bunu takip ve istihlâf edecek olan (Heres fideicommissarius) sadece, lehine vasiyette bulunulmuş bir kimse mevkii verilmiştir.

Bu suretle Roma hukukundaki bu müessesei hukukiye kısmen miras, kısmen vasiyet şekillerinde tecelli ettiğinden iki muhtelif manzara arzetmektedir.

Alman kanunu medenisindeki (Arka mirasçılık) müessesesi bu usulü sadeleştirerek kabul etmiştir. Bu kanunun ahkâmına göre bir kimse (Ön varis) muayyen bir tarihe veya hâdisenin vukuuna (şartın husulüne) şüphe halinde ölümüne, kadar (§ 2106) mirasçı olduktan sonra, varis olabilir. (Roma miras hukukundaki arka varis — Fideicommissarius dahi ayni kayda tâbi idi).

Görülüyor ki burada arka varis "heres fideicommissarius„ gibi sadece lehinde vasiyette bulunulan bir kimse mevkiinde olmayıp ön varis gibi hakikaten varistir.

Arka varis, yukarıda işaret edildiği gibi, miras bırakanın ölümü ile değil ancak arka varislik şeraitinin tahakkuku ile mirasa nail olur. Maamafih (Arka varis) miras bırakanın ölümü ile kabili tavarüz (bir intizar hakkı) iktisap eder. (§ 2108)

İntizar hakkına istinaden, ön varis, mirasın, arka varis lehine muhafazası mülâhazasiyle, miras üzerinde serbestçe tasarruf hususunda tahdidata tâbi olup (meselâ, gayri menkullerle gayri menkullere müteallik haklar üzerinde tasarruf ve ivazsız tasarruflara serbestçe mezun değildir.) Arka variste mirasın tahtı emniyette olunmasına matuf tedbirler ittihazına salâhiyettardır.

(§§ 2113 ve müteakip, §§ 2121 ve müteakibe müracaat).

Maamafih miras bırakan, ön varisi mirasa müteallik tasarruf ve idareyi tahdit eden ahkâmdan halâs edebilir. Bu da arka varis ancak mirasa istihkak kesbettiği (yeni ön varisin yerine arka varis geçtiği).

Tarihte miras'tan mütebaki kalan şeylerin vasiyet edilmesi ile mümkündür. (§2136 ve müteakip) (fideicommissariumeius, super futurumu erit.)

Bu takdirde ön varis tekmil tereke üzerinde, bittabî hile suretiyle ve arka varisi mütezarrır etmek kasdiyle yapılan tasarruflar müstesna, dilediği gibi tasarruf eder.

Miras bırakanın ön varisinin tâbi olduğu tahdidatı kaldırmasile mezkûr varisin kazandığı hareket serbestisinden başka arka varis umumiyetle ön varise, usulüne uygun bir idarenin icap ettirdiği tedbirlerin alınmasına müsaade etmek mecburiyetindedir (§ 2120).

1374

tahdidatın bazen mühim müşkilâta yol açtığını göz önünde tutarak, hasıl olan zorlukların tadili zımnında, tereke işlerine bakan hâkimin, lüzumu halinde,

1) Arka varislerin, sebepsiz olarak, ön varisin tasarruflarına muvafakat etmedikleri ahvalde müdahale ederek, onun bizzat mezun kılabilmesini,

2) Muhtacı muavenet olan ön varise, terekeye dahil eşyayı satabilmesi ve satış bedelini arka varislere karşı her hangi bir tazmin mükellefiyeti altına girmeksizin kendi ihtiyaçlarına sarf edebilmesi hakkında salâhiyet verebilmesini,

Pişi mülâhazaya alıyor.

Yukardaki izahatımız, sağ kalan karı veya koca ile birinci parantele dahil mirascıların birbirlerine karşı vaziyetlerinin ne şekilde tanzimi icabedeceğinden bahistir.

Şimdiki sağ kalan karı veya koca ile ikinci parantele dahil mirascıların veyahut büyük ana, büyük babanın yekdiğerine karşı vaziyetlerini tetkik edeceğiz.

1) Birinci parantele dahil mirascılardan hiç kimse kalmamışsa,o vakıt mer'î ahkâma göre sağ kalan karı veya koca ikinci parantele dahil mirascıların veya büyük ana ve büyük babanın yanında mirasın yarısına tam varis (Kanunî varis) olarak—§1931, fıkra 1, kaziye 1—yani arka varislik müessesesinin icabettirdiği takyidata mâruz kalmaksızın sahip olur.

2) 1931 inci maddenin ikinci fıkrası mucibince, şayet miras bırakanın ne birinci veya ikinci parantele dahil mirascıları ne de büyük ana ve büyük babası kalmamışsa, o vakit sağ kalan karı veya koca mirasın tamamına sahip olur.

Miras hukuku komisyonu, yukarıda zikrettiğimiz şu sureti tesviyenin esas itibarile muhafazasına taraftar olmakla beraber, ancak hayatta bulunan büyük ana, büyük babaya karşı, sağ kalan karı veya kocanın mevkiinin, mirasın tamamına sahip olması şeklinde düzeltilmesi gibi bir teklifte bulunuyor.

Fakat bu takdirde de bu imtiyazın, muhtacı muavenet bulunmaları halinde miras bırakanın büyük ana ve büyük babasına karşı, sağ kalan karı veya kocanın nafaka temini ile mükellef olması şeklinde tekrar tahdit edilmesini istiyor.

II — GAYRI MEŞRÛ ÇOCUĞUN MİRAS HUKUKUNDAKİ MEVKİİ.

1) Tesbit edilen babanın ölümündeki mütalebeler.

Alman kanunu medenisinin «1589 uncu maddesinin 2 inci fıkrasına göre gayri meşrû çocukla babası arasında hısımlık yoktur.

Binaenaleyh gayri meşrû çocuk babasının terekesine karşı ne miras hakkına, ne de mahfuz hisseye sahip değildir.

1325

Miras hukuku komisyonu, babası resmen tesbit edilmiş bulunan gayri meşrû çocuğun miras hukukundaki mevkiinin, muayyen bir nisbet dahilinde düzeltilmesini istiyor:

«Eğer baba ne zevce, ne de meşrû çocuk bırakmadan ölürse, yani sadece ikinci ve üçüncü parantelden varisler varsa, o vakit çocuğun terekeye karşı, tereke kıymetinin dörtte biri nisbetinde bir «para isteme» hakkına nail olması münasiptir.»

Eğer hiç bir kanunî veyahut ölüme bağlı bir tasarrufla ikame edilmiş her hangi bir varis yoksa, o vakit gayri meşrû çocuk devletten önce kanunî mirascı olmalıdır.

2) Ev birliğine dahil çocuk.

Komisyona göre, tesbit edilen baba, çocuğu evine almış ve vesayet mahkemesinin kararile çocuğa velî tayin edilmişse o vakit çocuk babasına karşı, tıpkı meşrû bir çocuk gibi, miras hakkını haiz olmalıdır.

3) Nişanlılık esnasında doğan çocuk.

Komisyonun fikrince, nişanlılık esnasında ana rahmine düşen veya doğan gayri meşrû çocuğa da, şayet nışanlılardan birinin ölmesile evlenme akdi yapılmamışsa ev birliğine dahil çocuğun istifade ettiği imtiyaz tanınmalıdır.

III. MAHFUZ HİSSE

1) Zarurî mirascılık veyahut sadece bir borç tesis eden talep hakkı:

Miras hukuku komisyonu, mahfuz hisseye istihkak kesbetmiş olan kimseye, bir talep hakkı yerine hakikî bir «Zarurî miras hakkı» verilmek muvafık olup olmayacağı cihetini itinayı mahsus ile tetkik etmiştir. Talep hakkına mukabil (Miras hakkı) nın, mahfuz hisseye sahip olan kimseye, terekeye dahil mallar [*] üzerinde odğrudan doğruya bir hisse temin ettiği malûmdur.

Maamafih komisyon, zarurî mirascılık usulünün, terekenin idaresi ve ondan kıymetini elde edecek şekilde istifade (yani ekseriya nakde tahvil suretile terekenin bir başkasına terki) veyahut iktisadî maksadlara tahsis edilmiş bulunan şeylerin dahi muhafaza ve idamesi hususunu hadden fazla zorlaştıracağından korkduğu için «mahfuz hisseye sahip olan kimsenin sadece bir borç doğuran para isteme hakkı» usulünü esas itibarile ibka etmeği düşünmekle beraber, onun tereke işlerine bakan mahkemeye müracaat ederek terekeye dahil eşyadan bazılarının, hususî sebeplerden dolayı ve mahfuz hisseye mahsuben kendisine terkedilmesini istemek salâhiyetini haiz olmasını münasip görmektedir.

Berakis varisin de terekeye bakan hâkimin izin ve müsaadesile, mah-

[*] Meselâ gayri menkuller, aile hatıraları addedilen eşya gibi şeyler.

1376

fuz hisseye sahip olan kimseyi, lüzumu olduğu nisbetinde, terekeye dahil eşya ile tatmin etmek hakkını haiz olması teklif edilmektedir.

2) Kıymet değişmelerinin nazarı itibare alınması.

Alman kanunu medenisinin mer'î ahkâmına göre:

a) Mahfuz hisseye istihkak kesbetmiş olan kimse, kanunî miras hissesinin kıymetinin yarısını isteyebilir. (§ 2303, Kaziye: 2)

b) Kıymetin tesbit ve hesabında mirasın açılması zamanı nazarı itibare alınır. (§ 2311, fıkra 1, Kaziye 1)

Bu usulün; mirasın açılmasından sonra kıymette vuku bulan ehemmiyetli bir tenezzül karşısında, varis hakkında gayri âdil bir vaziyetin husulüne sebep olabileceği mülâhazasına binaen komisyon, bu takdirde terekeye bakan mahkemenin, uzun bir nisbet dahilinde mahfuz hisse talebini tahdit etmesini tavsiye etmektedir.

3) Mahfuz hissenin nez'i.

Alman kanunu medenisinin (2333) üncü maddesinde miras bırakanın, mahfuz hisseyi hangi sebepler tahtında nez'edebileceği sayılmıştır.

5-11-937 tarihli kanun, bu madde ahkâmını aşarak, şayet fürudan biri ahkâmı kanuniyeye muhalif olarak, bir Yahudi veyahut bir Yahudi melezi ile evlenirse, mahfuz hissenin nez'edilebileceğini tasrih etmektedir.

Komisyon ise bir adım daha ileri giderek, mahfuz hisseye hak kazanmış olan kimse, devlete düşman bir zihniyet taşıyorsa, mahfuz hissenin bilâistisna nez'edilmesi icabedeceği caiz olduğu fikrindedir.

4) Mahfuz hissenin iyi maksatla tahdidi.

Fürudan her hangi biri israf ve sefahate mail ise veyahut hadden fazla borçlanmışsa, o vakit miras bırakan bir «vasiyeti tenfiz memuru» tayin (§2338, fıkra 1. Kaziye 2) veyahut bir (arka varis) ikame etmek suretile (§ 2338, fıkra 1) tahdid edilir.

Komisyon bu hükmün muhafazasını zarurî addetmekle beraber terekeye bakan hâkime, mezkûr tahdidatı, vaz edilmelerini âmir sebeplerin — mirasın açılmasından sonra ortadan kalkması halinde, bertaraf etmek salâhiyetinin verilmesi fikrini ortaya koyuyor. Şu yukarıdaki izahatımızdan anlaşıldığı veçhile Alman hukuk akademisi miras hukuku komisyonu miras hukukunun ıslahı meselesile esaslı ve ciddî surette meşgul olmaktadır [*]. Komisyonun mesai ve teklifleri Almanya'da ve bilhassa millî sosyalist muhitlerde gerek şekil, gerek muhteva itibarile mükemmel diye tavsif edilmekte olup bu meyanda bir çok mühim ve çetin noktaların tenvir edildiği ve miras hukukunun müstakbel yeni şekil üzerinden kıymetli tetkiklerde bulunularak yeni yeni fikirler ortaya atıldığı bilhassa tebarüz ettirilmekte ve bundan dolayı da sevinç izhar edilmektedir.

[*] Misal olarak 31-7-938 tarihli "vasiyetname tanzimi ve miras mukavelesine„ mütedair kanunlar 6-7-938 tarihli evlenme ve boşanma kanunları zikredilebilir.

Fakat fikrimce izhar edilen sevinçlerin yerinde olup olmadığı, ancak komisyonca şimdiye kadar yapılan ve bilâhare yapılacak olan tekliflerin kabul edilip pratik hayata tatbikinden sonra anlaşılabilcektir.

1378

No : 111

Medenî kanunumuza hâkim Olan ana prensipler ve bazı mukayeseler

Konferans veren: Kâzım BERKER
Temyiz mahkemesi ticaret D. Reisi

Adlî inkilâbımızın yarattığı eserlerin en mühimlerinden biri de Türk medenî kanunudur. Bu kanun, kültür seviyesi yüksek sayılan yabancı memleketler kanunları arasında yep yeni ve muâsır hukuk ilim ve tekniği esaslarına en ziyade uygun olan bir kanundur. Bu neticeyi on iki sene devam eden tatbikattan elde ettiğim kanaata dayanarak ilân etmeği bir ilim ve vicdan borcu telâkki ederim. Kanunun maddeleri okunduğu zaman uzun uzadıya tetkikler ve tahliller yapmağa lüzum hasıl olmaksızın, kullanılan lisanda zerafeti, metinlerde ahengi, tâbir ve ıstılahlarda ittiradı temin için değerli emekler sarfedilmiş olduğu görülür.

Medenî kanunumuzun farik ve mümeyyiz vasıflarından biri demokratik olmasıdır.

Bu perensibin kanuna girmesinde onun ihzarı ve ikmali için kabul ve tatbik edilmiş olan metod âmil olmuştur. Bu kanun projesi İsviçrenin en tanınmış ve kudretli hukuk âlimlerinden biri tarafından ihzar edildikten sonra umumun tetkik nazarına ve münakaşasına arzedilmiştir. Teşriî hey'etlerle, matbuat, hukuk müntesipleri, siyasî, sınaî, ticarî cemiyetler ve hatta en basit ferdler de dahil olmak üzere bütün ahali sınıfları bu proje ile meşgul olarak yardım ve müzaheretlerini esirgememişlerdir, Diğer taraftan kanunda lüzumsuz tafsilâttan ve imkân nisbetinde mücerredattan içtinap olunmak, münakkah bir lisan kullanmak esaslı meselelerin hükümleri doğrudan doğruya gösterilmek, tertip ve tasnifde mantıkî bir hareket tarzı ihtiyar edilmek suretlerile kanunun halkçı seciye ve vasıfları tebarüz ettirilmiştir.

Medenî kanunumuzun dikkate şayan farikalarından biri de lâik olmasıdır.

Türk inkilâbının esaslı umdelerinden birini teşkil eden bu nokta üzerinde bir az tevakkuf etmek ve kısa bir tarihçe yapmak çok enteresan olacaktır.

Medenî kanunun mer'iyete girmesinden evvel (mecellei ahkâmı adliye) namile bir kanun tatbik edilmekte idi. 1851 maddeden ibaret olan bu ka-

1379

nun 8 Muharrem-1286 tarihinde yazılmağa başlanmış ve 26-Şaban-1293 tarihinde ikmal edilerek mer'iyet mevkiine vaz olunmuştur. Mecellenin kaidesi ve ana hatları dîndir. Mecellenin birinci maddesinde fıkıh ilmi tarif ediliyor ve bu maddenin şerhinde de; fıkıh meselelerinin kısmen ahiret işlerine kısmen dünya işlerine taallûk ettiği gösterildikten sonra dinî akideler cephesinden dünya işlerinden sayılan izdivaç, mütekabil yardım, iştirakten bahsolunarak münakahat ve muamelât ve ukubat hakkında muteber fıkıh kitaplarından hükümler cem ve telfik edilmek suretile mecellenin telif edildiği beyan olunuyor ki bununla mecelle hükümlerinin dinî esas ve kaidelerden istihraç olunduğu açıkca anlaşılıyor. Halbuki beşer hayatı her gün tahavvüllere uğramakta ve yeni yeni ihtiyaçlar baş göstermektedir. Bu değişiklikleri ve yenilikleri karşılayabilmek için kanun vazının dinî kayıtlarla bağlı olmaması ve serbest bulunması lâzımdır. Kanunlarını dinî esaslardan ilham alarak tanzim eden devletler pek uzun sürmiyecek olan bir zaman zarfında ellerinde bulunan kanunlarla memleket ve milletin ihtiyaçlarını tatmin edemiyecek bir hale gelirler. Dinî kaideler tegayyür kabul edemediği için çaresizlik içinde çırpınarak yerlerinde saymağa mecbur kalırlar. Hayat ise yürümekte devam eder. Beşerî ihtiyaçlar medeniyet seviyesinin yükselmesile artar. Bu hal karşısında dinî kaidelere müstenid olan kanunlar tatbik kabiliyetlerini gün geçtikçe kaybederler, ve nihayet kuru, ölü kelimelerden ibaret kalırlar. Değişmemek değişememek dînin şiarından ve değişmek de beşer için mev'ud ve mukadder bir akibet olduğundan dînin sadece bir vicdan işi olarak kalması muâsır medeniyet esaslarından ve bu medeniyeti eski medeniyetten ayıran mühim farikalardan biridir. İptidaî devirlere bağlı kalmak istemeyen ileri hamlelerle en yüksek medeniyet seviyesine bir an evvel varmak gayesini takip eden lâik Türkiye Cumhuriyeti İsviçre medenî kanunundan iktibas edilmiş olan Türk medenî kanununu tatbik sahasına vaz etmekle çok canlı bir eser vücuda getirmiş ve Türk adaletini yepyeni esaslara istinad ettirmiştir. Bu kanun hayatın ihtiyaçlarından doğan halkın seciye ve kabiliyetine intibak eden ve dinî hiç bir kaide ile bağlı olmayan lâik bir kanundur.

Muâsır medeniyeti kayıtsız, şartsız bütün umdelerile kabul etmeği şiar ittihaz etmiş ve Atatürk gibi eşsiz bir önderin sevk ve işaretile hayret verici inkilâplar yaratmış ve başarmış olan Türk milleti daha ziyade kurunu vustai zihniyetle kaleme alınmış olan dinî müdevvenat ve müessesatın memlekette devam ve bekasına göz yumamazdı. Netekim dîn işlerini devlet işlerinden ayırmak suretile millî ve iktisadî birliğin esaslarını kurduğu gibi medenî kanunu kabul ve neşretmekle bu vahdeti bir kat daha kuvvetlendirdi.

Medenî kanunumuz, hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkime örf ve âdete göre örf ve âdet yok ise kendisi kanun vazii olsaydı

1300

bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hüküm salâhiyetini vermiş ve bu salâhiyeti istimal ederken, hâkimin ilmî içtihatlardan, kazaî kararlardan istifade edebileceğini kabul etmiştir. Bu esası koymakla kanun vazii çok ihtiyatlı hareket etmiş; metinlerin sarahat ve dalâletile kanunun lâfız ve ruhile ve kıyas tarikile halledilemiyen hukukî meselelerin halli çarelerini göstermiştir.

Hakkında kanunî hüküm bulunmayan meseleye dair bir kaide ittihazı lüzum ve zarureti hasıl olursa bu gibi boşluklar mümaselet, mukayese suretile telâfi edilir.

Örf ve âdet devletin zımnî muvafakatile hukukan mecburî bir şekil alan ve hakikî ihtiyaca tekabül eden aynı kaidenin daimî ve muttarit bir tarzda tatbik edilmesinden husule gelen bir müessese olmak itibarile kanunun ne ibaresi ne de ruh ve manası hadisenin halline kâfi gelmediği takdirde ihtilâfın halli için bu müesseseye müracaat olunur. Bu yolda tevalî edecek tatbikat ile vücut bulacak olan örfî hukukun da medenî kanunumuzun boşluklarını itmama şüphesiz yardımı olur. Örf ve âdet olmayan hallerde hâkim akıl ve muhakemesine, tecrübe ve melekesine, vicdanî ve ilmî kanaatine dayanarak hükmünü verir. Yalnız hâkimin önünde açık bulundurulmuş olan bu kapı ona indî ve keyfî hüküm vermek kudretini bahşetmiş değildir. O hâdisenin mahiyetine göre hukukî kaidelere hak ve nasafete uygun bir hal sureti bulacaktır. Hükmünü bir kanuna istinat ettirerek değil, tessüs etmesi icabeden hukuka göre verecek ve bu vazifeyi ifa ederken mevcut nizamî hukuk çerçivesi içinde kanun vazii vazifesini görürcesine adilâne ve akilâne hükümleri bizzat kendisi ihdas edecektir. O ilmin neşvünema bulduğu, hâkimlerin vicdan ve akidelerinin aydınlandığı müşterek bir hazine olan kıymetli eserler ve içtihatlardan ilham alacaktır.

Hâkim bir fikri veya bir hal tarzını kuvvetlendirmek için müracaat edeceği ilmî eserlerinin mazhar olduğu tasvip ve itimat derecesini dikkat nazarına almalı ve bu fikir ve hal tarzının umumen ve müttefikan kabul olunduğu için mi, yoksa mucip sebeplerinin isabet ve selâbetinden dolayı mı doğru olduğunu araşdırmalıdır.

Örf ve âdetin tatbiki gerekli olan ballerde, carî örf ve âdeti meydana koymak müdevven hukuka müracaat etmekten daha zordur. Örf ve âdete dayanmak istiyenler bunun mevcudiyetini hâkim huzurunda isbata kalkışırken pek ihtiyatlı hareket etmek mecburiyetinde kalırlar, zira örf ve âdetle teessüs eden hukuku ihlâl etmek temyiz tetkikatı sırasında bir bozma sebebi teşkil edebilir.

Hakkında örf ve âdet olmayan bir hâdisede hâkimin vaz'edeceği kaide o hâdisede hüküm ve kıymet ifade eder. Bu sebeple hâkim kanunun kendisine verdiği bu salâhiyeti suiistimal etmeyerek tıpkı bir kanun vazii

imiş gibi âfakî hakikatın tetkikinden çıkan illet ve sebepleri kendisine rehber ittihaz eylemelidir.

Medenî kanunumuzun esas umdelerinden biri de herkesi haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükellef tutması ve bir hakkın sırf gayri ızrar eden suiistimalini himaye etmesidir.

Kanun vazii bu umdeyi kabul etmekle, ahlâk ve hayat üzerindeki nüfuz ve tesirini artırmak âmme intizamı ve ahlâkî faziletler mülâhazalarının ferdî faaliyette tatbik edilmesini istemiştir. Medenî ve ticarî muamelelerde doğrulukla hareketi tavsiye ve ilham eden bu normun tatbikında keyfî takdirlerden sakınmak ve bilhassa kendi kusurile zarar gören kimseyi kusurunun doğurduğu neticelerden istifade ettirmemek lâzımdır. Hâkim tedkik sahasına arzedilen bütün meselelerde hüsnüniyet kaidesinin ihlâl edilmemesine son derece dikkat ve itina etmelidir. Muhik olmayan fiillerden doğan münasebetlerde bile bu kaideden inhiraf etmemelidir.

Roma kanun vaziları, hakkını istimal eden kimse başkasını ızrar etmez derlerdi. Onların haklarını kullandıklarından dolayı her türlü iddia ve mütalebeye karşı masun bulundururlardı. Zamanımızda bazı Fransız hukuk âlimleri (suiistimalin başladığı yerde hakkın sakit olacağı) nazariyesini ileri sürdükleri gibi, bazıları da bu kaideye muhalif bir tezi müdafaa etmektedirler. Alman medenî kanununda da bu hakkın istimali zarar ikaından başka bir maksada matuf olmadığı surette meşrû addedilmemiştir. [Hakkın suiistimalini menfi surette tarif edenler de vardır. Bunlar; bir fiil ki onu ika' edene takvimi kabil ve meşrû bir menfaat temin etmeksizin başkasına zarar verirse o fiil hakkın suiistimali demektir derler.

Bir akit yaparken âkitlerin her noktayı ve bütün ihtimalleri ihata ederek birer birer münakaşa ve tesbit edemedikleri tatbikat sahasında sık sık tesadüf edilegelen misallerle sabit olduğu gibi işlerin icabı da bazen bu türlü hareketi lüzumlu kılmaktadır. Onlar daha ziyade kendilerine akit sırasında esaslı ve mübrem görünen cihetler üzerinde anlaşmakla ve bağlanmakla ittifak ederler. Bu âdeta itiyat hükmüne girmiş bir haldir. Vaziyet bu merkezde olunca her hangi bir akit zımnında borç tekabbül etmiş olan kimsenin karşı tarafın elde etmiş olduğu hakkı halisane niyetlerle ve ahlâkî kaidelere uygun bir şekilde kullanacağına hükmedebilmesine kanun müsait olmalıdır. İşte medenî kanunumuzun temas ettiği hükümleri bu endişeyi karşılamaktadır. İsviçre medenî kanununun 1900 senesinde hazırlanmış olan projesinde bu prensip yalnız mülkiyet hakkı için kabul edilmişdi. Fakat federal meclisinin projesinde bütün medenî haklara teşmil olunmuştur. Projenin aldığı bu şekle karşı Marten, Kordes ve Hober şiddetli itirazlarda bulundukları halde millet meclisinde son şekil tasvip ve kabul olunmuştur.

Kanunumuzun ibaresi enfüsî bir unsuru değil (suiistimal niyeti) fakat kanunun himayesine lâyık bir menfaatin takip edildiğini izhar etmeksizin

hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak hakkı istimalinin afakî bir unsurudur. Bu çok esaslı bir noktadır. Bu kaide mucibince ne hakkını istimal etmek iddiasında bulunanın ne de zarar gördüğünü ileri sürenin mülâhazalarına iltifat olunamaz. Aşağıdaki şartlar tahakkuk ettiği takdirde hakkın aşikâr bir surette suiistimali vardır denilebilir.

1 — Izrar hadisesi hariçde enfüsî bir hakkın kullanılması yüzünden zuhur etmemesi.

2 — Bu hakkın istimali başkasının maddî veya manevî bir zararını müstelzim olmaması.

3 — Hak kullanılması hak sahibine kanunun himayesine lâyık bir menfaat temin etmemesi.

4 — Bu üç şartın mevcudiyeti ve içtima etmiş bulunduğu nefsî hâdiseden ve anın zahirî delillerinden istidlâl olunmalıdır. Suiistimalin bitaraf ve müdrik herkesin nazarında mütebariz bir şekilde olması lâzımdır. Davacı ayrıca hakkın suiistimalinden zarar gördüğünü isbata mecbur tutulmak icabeder. Zira zarar vukubulmadığı surette hakkın suiistimal edilmiş olması dava hakkı bahşedemez. Kanun ancak bu vaziyette hakkını suiistimal edeni mahkûm eder. Görülüyorki kanun vazıı kabul etmiş olduğu bu esas prensip ile de adlî ve kazaî kuvvete büyük bir iktidar tefviz etmiş oluyor. Hiç şüphe yok ki bu salâhiyetin istimalinde hissi selimin, ihtiyatın büyük rolleri olacaktır. Bu gibi esaslar olur olmaz hâdiselerde tatbik edilirse iyilikten ziyade fenalıklar yaratır.

Medenî kanunumuzun kabul etmiş olduğu dikkate şayan normlarından biri de hâkimin takdirine büyük bir mevki vermesidir. Yalnız kanun vazıı takdir hakkı verdiği ve hâkimi halin icabına ve yahut muhik sebeplere nazaran, hüküm vermekle mükellef tutduğu hususlarda ona hak ve nasafetle hükmetmeği tavsiye etmiştir. Yani kanunî salâhiyeti bu derece tevsi ve kendine bu derece emniyet edilmiş olan hâkim takdir hakkını istimal ederken, keyfî bir surette hüküm vermekten kat'iyyen çekinecektir. Kanunun takdir salâhiyeti verdiği hâdiselerde bu salâhiyeti büyük bir itina ile kullanacaktır. Kanun vazıı böyle bir hükmü kabul etmekle hâkimlerin yüksek ehliyetlerine baha biçilmez seciyelerine güvenmiştir. Bu güveni haklı gösterecek kudret ve kabiliyeti izhar etmek bütün Cumhuriyet hâkimlerinin en esaslı vazifelerinden biridir. Geçen senelerin tatbikatı hâkimlerimizin gösterilen bu itimada lâyık olduklarını isbat etmiştir.

Kendisine arz olunan delilleri muayyen formüller dahilinde tetkike ve ona göre bu delillere kıymet vererek sübut derecelerini tayine mecbur olan bir hâkim bazen öyle elîm vaziyetlerle karşılaşır ki haksızlığına tam bir kanaat getirmiş olacağı işlerde bile şekillere bağlı olduğundan dolayı âdil ve hakkaniyete aykırı hükümler vermeğe mecbur kalır. Adaletin tevziini bir takım mazbut hükümlere tâbi tutmak (arbitraire) i önlemeğe yarayacak

1383

en mühim tedbirlerden biri sayılırsa da; hâkimi lüzumundan fazla kayıtlarla bağlamakta hakikî adaletin tatbikına engel ihdas etmek demektir. Medenî muamelelerin bu derece inkişaf ve nezaket peyda ettiği ve insan zekâsının bu derece yükselişler kaydettiği bir devirde en ileri kanunlarla bile hakkı batıldan, haklıyı haksızdan ayırt etmek esasen çok müşkil bir vazife iken bir de hâkimi otomatik bir tarzda muayyen formüllere tâbi olarak kaza vazifesini görmeğe mecbur tutmak hata ihtimallerini çoğaltmak ve ahlâkî hukuk mefhumunu baltalamaktır.

Medenî kanunumuzun 150 inci maddesine göre; boşanma ve ayrılık davalarında hâkim aşağıdaki kaidelere riayetle mükelleftir.

1 — Hâkim; boşanma veya ayrılık için sebep gösterilen hâdiseleri mevcudiyetlerine vicdanen kanî olmadıkça sabit addedemez.

2 — Bu hâdiseler hakkında gerek re'sen gerek tarafeynin talebi ile yemin teklif olunamıyacağı yemin makamına kaim beyanatta bulunulması dahi istenilemez.

3 — Tarafların bu bapta sebkedecek her türlü ikrarları hâkimi takyit etmez.

4 — Hâkim delilleri serbestçe takdir eder.

5 — Boşanma veya ayrılığın fer'î hükümlerine dair iki taraf arasında atfedilen mukavelât hâkimin tasdikına iktiran etmedikçe muteber olmaz.

Bu kaidelerden birincisile üçüncüsü ve dördüncüsü hakkında bir az izahat vermek faideden halî olmıyacaktır.

Birinci kaideye göre hâkim boşanma veya ayrılık için sebep gösterilen hâdise hakkında delil mevcut ise bu hadiseyi sabit addeder. Yoksa yalnız vicdanî kanaat kâfi değildir. Boşanma hâkkındaki müddeaların yalnız afakî bakımdan esaslı olduğu hakkında tahassül eden kanaat kâfi değildir. Hâkim enfüsî noktai nazardan da iddiaların muhik olduğuna kanaat getirdikten sonra hükmünü vermelidir.

Üçüncü kaide sırf karı koca arasında hileli bir ittibara rizayı tarafeyn ile gizli boşanmaya mani olmak için vaz edilmiştir. Hiç şüphe yok ki tarafların isticvap sırasındaki beyanları başka delillerin mevcudiyeti halinde hâkimin kanaatı üzerinde tesirini gösterir. Ancak bu beyanlar başlı başına boşanma veya ayrılık kararı vermek için kâfi sebeplerden sayılamaz.

Dördüncü kaidenin hâdiselere tatbiki bizi boşanma ve ayrılık davalarında kanun vazıının delilleri takdir hususunda hâkime vermiş olduğu salâhiyetin şumûl ve derecesini ölçmeğe sevk edeceğinden oldukça enteresan neticeler verecektir. Şiddetli bir geçimsizlik sebebine istinat eden bir boşanma davasını ele alalım. Dava ikamesine haklı olan taraf iddiasını isbat için delillerini ikame ediyor. Diğer taraf da davayı çürütmek için kanunun kendisine bahşettiği bütün salâhiyetleri istimalden geri kalmıyor. İki tarafın iddia ve müdafaalarını dinleyen ve gösterdikleri delilleri tetkik eden hâkim takdir hakkını istimal ederken, birinci kaidenin izahı sırasında

1384

tayin olunan esaslara göre elde edeceği kanaata dayanarak hüküm verecektir. Binaenaleyh davacı fazla olarak usulen sabit olan geçimsizliğin (müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip mahiyette olduğunu) isbata mecbur tutulacaktır. Beyyineler bilhassa ruhî ve manevî bir mahiyette olacaktır. Hâkim hâdiseler karşısında hayat hakkındaki bilgi ve tecrübelerine ve hukukî vicdanına müracaat edecektir. Hâkim evlilik rabıtasının devamı veya bu rabıtanın boşanma kararı ile fekki halinde karı koca ile çocukların vaziyetlerinde hasıl olacak tebeddülleri ve bütün ihtimalleri uzun uzadıya düşünüp mukayese ettikten sonra elde edeceği kanaata göre kararını verecektir. Aile hayatının hususiyet ve mahremiyeti her kesin malûmudur. Böyle hususiyet ve mahremiyete taallûk eden işlerde kat'î ve itimada şayan şahadetler ekseriya mevcut değildir. Karı koca arasındaki ihtilâfların, hatta şiddetli münakaşa ve mücadelelerin bile ağyardan gizli tutulduğu bir çok misallerle anlaşılmıştır. Bunda karı kocanın ahlâkî ve içtimaî seviyelerinin dahli olduğu gibi, yabancılara güvensizlik, dedi kodu ve ıskandalden kaçınma, barışarak sakin bir aile hayatının avdet etmesi ihtimalleri de tesirini göstermekten halî kalmamaktadır. Karı koca arasındaki şiddetli geçimsizliğin zahire çıkabilmesi iki tarafta da artık ümidin sönmesine sabır ve tahammülün tükenmiş olmasına ve en zayıf bir salâh ihtimalinin de ortadan kalkmış bulunmasına bağlıdır. Ancak bu vaziyettedir ki geçimsizliğin hariçden şahitleri olabilir.

Diğer tarafdan bazı ahvalde karı kocadan biri diğerinden daha ziyade nefsine hâkim ve mahir olur. O hâdiseleri öyle tertip ve ihzar ederki kendi kusurlarını kurnazca gizleyerek diğerinin hiddetini tahrik ve tedbirsizliğini davet eder. İşte bu hususlarda hâkim kendi kuvvet ve kudrteinin fevkinde bir vazife ile karşılanmaktadır.

Kabahatsız karı kocanın müşterek hayata tahammül edememesi için kendisinden müşterek hayata devam etmesinin makul ve mantıkî bir surette talep edilememesi kâfidir. Gerek boşanma gerek ayrılık hâdiselerin zarurî kıldığı fenalıklardır. Boşanmaya veya ayrılığa hükmetmek şıklarından birini seçmek vaziyetile karşılaşan hâkim içtimaî hayat, hukukî ahlâk ve kanunun emri bakımlarından hangisini daha muvafık görürse ona hükmeder. Hâkim burada da şahidin adedile ve şahadetin simaa müstenit olup olmamasile, şahitlerin bilgisine dayanan beyanının muteber bulunup bulunmamasiyle, şahadet ederken şahadet ederim sözünü sarf edip etmemesile ve bazı kanunların kabul ettikleri diğer şekillerle mukayyet değildir. Yalnız hukuk usulü muhakemeleri kanununun delillerin hüküm ve kuvveti hakkında mevcut kaidelerini nazara almağa mecburdur.

Halbuki mülga mecellenin meriyeti zamanında, şahidin meşhudünlehi bizzat muayene etmiş olup da olveçhile şahadet eylemesi lâzımdı. Sima ile yani halkdan işittim diye şahadet eylemesi caiz değildi. Bunun bazı istisnaları vardı.

1385

Şahit şahadet ederim demeyerek yalnız filân hususu böyle bilirim demiş olması şahadet mahiyetinde sayılmazdı. Fakat bu sözü söyledikten sonra hâkim ona böyle şahadet edermisin diye sorması üzerine o da evet böyle şahadet ederim derse şahadet etmiş olurdu.

Lehine ve aleyhine şahadet olunanlarla şahadetin mevzuunu teşkil eden şey hazır iseler şahitten şahadet ederken üçüne de işaret etmesi ve lehe ve aleyhe şahadet edilenlerin baba ve dedelerinin isimlerini söylemesi lâzım gelmezdi. Amme kaybolan müvekkile yahut ölüye dair olan şahadette şahidin anların baba ve dedelerinin isimlerini zikretmesi lâzım gelirdi. Yalnız meşhur ve maruf olan bir kimse ise şahidin anın yalnız isim ve şöhretini söylemesi kâfi gelirdi.

Şahadette nisap aranırdı. Şahadetin nisabı iki er yahut bir er ile iki kadındı. Fakat erkeklerin ittılaı mümkün olmayan yerlerde yalnız kadınların şahadetleri kabul olunurdu.

Kanunî beyyine nazariyesi namile yad edilen bu usûl evvelce Fransada da cari idi. O zaman delil, muayyen bazı şartların birleşmesile hasıl olurdu. Bu usulde hâkimin fikir ve kanaatının rolü yoktu. Meselâ: hâkim üzerinde nekadar derin tesir bırakmış olursa olsun tek bir şahidin şahadeti tam bir delil sayılamazdı. Fakat iki şahit şahadet ettikleri hususda birleşdikleri takdirde hâkimin vicdanını şüpheler sarmış olsa bile kanun delili tekemmül etmiş addederdi. Bu gün Fransada da delilleri takdir hususunda hâkime oldukça vâsî salâhiyet verilmiştir. Fransız hâkimi de eski kayıtlardan kurtulmuştur. O yalnız davada tarafların ileri sürdükleri vakıalara merbut kalmak şartile samimî kanaatına göre kararını verebilmektedir. Şu hale göre hâkim meselâ dostluk münasebetleri dolayısile kendisine taraflar canibinden arz edilmemiş olan ve hükme esas ittihazına salih bulunan bir hâdiseye haricen muttali olsa bile böyle bir vakıaya müsteniden karar ittihaz edemez.

Bir de kanunun tayin ettiği şekillere göre isbat edilmemiş olan vakıaları hüküm sebebi ittihaz ve başka bir muhakeme usulü kabul ederek kararını veremez. Ve nihayet kanunun hal tarzını gösterdiği ve hâkimin kanaatına yer bırakmadığı bir nokta kalıyor ki o da taraflardan birinin diğerine davanın esasını halle medar olacak yemin teklif etmesi halidir. Bu takdirde ihtilâfın halli münhasıran yeminin kabul ve icrasına veya reddine mütevakkıf olur. Hâkim yemini icra edene hak vermeğe ve yemini kabul etmeyerek red edeni haksız çıkarmağa mecburdur. Hâkimin kanaatı bu suretle hasıl olacak neticelere uygun olmasa bile o başka türlü hareket etmekten menedilmiştir.

Görülüyor ki mecelleyi tatbik ile mükellef olan hâkimlerin şahadeti davanın sübut delili addedebilmeleri için şahadetin yukarda saydığım ve saymağa lüzum görmediğim şartları cami olup olmadığını araşdırmaları icap

1386

ediyordu. Hlabuki bu gün medenî kanunun yukarda kısaca izah ettiğim hükümlerine göre hâkim şekle ait bu gibi kayıtlarla bağlı olmıyarak tam bir serbesti ile delilleri takdir salâhiyetini haiz bulunmaktadır.

Medenî kanunumuza hâkim olan prensiplerden biri de ferdî hürriyete riayet ve hukukî müsavatı teyit eden prensiptir. Her şahıs medenî haklardan istifade eder. Kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmak da müsavidir. Kanunumuz velâdet veya cinsiyet imtiyazı tanımaz. Hatta onu nehyeder. Bilkuvve medenî ehliyet bakımından hiç bir kimse arasında fark gözetmez. Herkesi aynı salâhiyetle mücehhez olarak kanunî hayata kabul eder. Bu kaidenin kanunda misallerine çok tesadüf edilir.

Kanunen boşanmayı icabettiren sebeplerden biri tahakkuk ettiği surette karı da koca gibi boşanma davasında bulunabilir. Boşanma veya ayrılık vukuunda hâkim tarafından velâyet hakkının kullanılmamasına ve ana, baba ile çocuklar arasındaki şahsî münasebetlere dair lüzum görülen tedbirler ittihaz olunduktan sonra kendisine çocuk tevdi edilmemiş olan kadının kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirâk ile mükelleftir.

Koca birliğin reisi addedilirse de evin intihabı karıya aittir.

Evin daimî ihtiyaçları için koca gibi kadın dahi birliği temsil hakkını haizdir.

Karı kocasının sarahaten veya zımnen men'i hilâfına olarak kendisinin bir iş veya bir san'at ile iştigal etmesinin aile birliğinin menfaatı icabı olduğunu isbat ederse hâkimden izin alabilir.

Karı koca mallarının idaresi hususunda hangi usûl kabul edilmiş olursa olsun karı husumet ehliyetini haizdir.

Karı borcunu ödemekten âciz kalan kocası veya kendisi tarafından aile masrafları için edilen borçlardan mes'uldür.

Koca, karının münasip bir derecede aile masraflarına iştirakini isteyebilir.

Evlilik devam ettiği müddetçe karı ve koca velâyeti beraberce istimal ederler.

Ehil olmak ve vesayete mâni sebepler olmamak şartile hâkim tarafından kadın da vasî tayin olunabilir.

Medenî kanun ayni derecedeki mirascılar arasında ve erkeklik lehinde hiç bir imtiyaz tanımayarak müsavatı tesis etmiştir.

Şahsî müsavata, malî müsavata aykırı hükümler ve bilhassa erkeklikten mütevellit imtiyazlar kaldırılmıştır. Medenî kanunun tedvininden evvel carî hükümlere göre mirasdan hisse iktisabında kızla erkek arasında bir çok farklar vardı. İntikal eden mülk, nakit ve menkulât ise erkeğin alacağı

1307

iki hisseye mukabil kadına bir hisse verilirdi. Yalnız arazi ve intikal kanunları icabınca arazide musakkafat ve müstegallâtı vakfiyede hüküm değişirdi.

Boşama hakkı doğrudan doğruya kocaya ait idi. Karısından bıkmış olan veya her hangi bir sebepten dolayı karısına karşı bir infial duyan koca iki şahit huzurunda ağzından çıkacak bir kaç kelime ile karısını boşayabilirdi.

Medenî kanunumuzun kabul ettiği ana prensiplerden birisi de; evlilik bağının sırf karı kocanın ihtiyarile çözülmesine müsaade etmemesi ve bu hususda hâkimin kararını şart kılmasıdır. Nişan rabıtasına bile büyük bir ehemmiyet veren kanun vazii evlilik bağına şüphesiz daha büyük bir mevki verecekti.

Filvaki evlenme nekadar eski bir müessese ise boşanma da okadar eskidir. Bunun zaten başka türlü olmasına imkân yoktur. Boşanma Yahudilerde, Romalılarda, Cermenlerde olduğu gibi islâm dînini kabul etmiş olan kavimlerde de mevcut idi. Eski devirlerde hemen umumiyet itibarile boşanma yalnız kocaya tanınmış bir hak suretinde tecelli etmekde idi. Sonraları bu hak karıya da teşmil edilmişdir.

Hristiyan dîninin pişvaları evliliğin zeval bulmaz ve infisah kabul etmez bir bağ olması esasını Roma hukukuna sokmağa savaştıkları zaman ciddî mukavemetlere mâruz kalmışlardı. Bir aralık imparator Kostantin tarafından men ve Justiyen tarafından kısmen ilga olunan boşanma müessesesi barbarların istilâsından sonra tekrar vücut bulup dokuzuncu asırda kapitülerlerin boşanmayı kat'î surette reddettiklerini görüyoruz. Fransada boşanma ancak 1792 tarihinde kabul olunabildi.

Siyasî ve ahlâkî mülâhazalar muâsır devletlerin ekserisinde evlenme akdinin infisah kabul edemiyeceği yolundaki esasın terkini ve yerine buna zıt olan kaidenin ikamesini lûzumlu kılmıştır. Filhakika boşanma bir çok zaruretlerin doğurduğu bir neticedir. Mutlaka içtimaî düzeni bozan bir şey sayılmaz. Karı Koca mizaçlarının biribirine uymaması müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesi, evlilik bağını derin bir surette haleldar eden hallerin zuhuru boşanmayı intaç etmelidir. Fakat mücerret tarafların rızalarile boşanmanın kabulü bir çok mahzurlar tevlit edebilir. Karı Kocadan birinin diğeri üzerinde her hangi bir şekilde icra edeceği tesir ile zâhiri anlaşma olabilir. Halbuki taraflar arasında hakikatte samimî bir irade birliği yoktur. İşte çok tehlikeli olan bu gibi ihtimalleri önlemek için kanun vazıının kabul etmiş olduğu umde içtimaî hayat düzenini koruyan ve sağlamlaştıran esaslı umdelerden biri sayılabilir.

Medenî kanunumuz bu noktadan da eski hükümlerden ayrılmaktadır.

Mülkiyet hakkını âmme menfaati ve komşu hakkı mülâhazalarile takyit etmek prensibi de medenî kanunumuzun ehemmiyetle kaydettiği esaslardan biridir. Bunlardan bazılarını sayıyorum. Bir gayri menkulün hissedarları

1388

onun şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanunî şuf'a hakkını haizdir.

Bir kimse mülkini kullanırken hele sınai işler yaparken komşusuna zarar verecek her türlü taşkınlıklardan çekinmeye mecburdur. Hususile zarar veren ve gayri menkulün mevki ve mahiyetine ve mahallî örfe göre komşu arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan gürültüler ve sarsıntılar yapmak ve duman ve kurum ve rahatsızlık veren sair toz, buğu, koku çıkartmak menedilmiştir. Bir mülk sahibi hafriyat ve inşaatta bulunurken komşusunu, arsasına zarar vererek veya zarara mâruz bırakarak veya üzerlerindeki binaları tehlikeye koyarak, ızrar edemez.

Bir mülk sahibi bahçesine dikmiş olduğu ağaç dallarının ve köklerinin komşusunun mülkine geçip zarar vermesinden mes'ul tutulmuştur.

Bir gayri menkul sahibi üst tarafta gayri menkulde kendi kendine akan suları hususile kar, yağmur ve tutulmamış kaynak sularını kendi mülküne kabule mecburdur. Komşuların hiç biri diğerinin zararına bu cereyana mani olamaz.

Bir gayri menkulün aşağısında bulunan diğer gayri menkule akan ve ona lâzım olan suyu yukarıki gayri menkul sahibi kendisine lâzım olan dereceden ziyade mülkünde tutamaz.

Gayri menkul sahipleri yapılacak zarar tamamile ve peşin tazmin olunmak şartile mülkünün altından veya üstünden su yolu ve gaz ve elektrik boruları geçirilmesine, bunların başka yerden geçirilmeleri imkânsız olup veya çok fazla masrafı mucip bulunur ise, müsaade etmeğe mecburdur.

Umumî yola çıkmak için kâfi bir yolu bulunmayan gayri menkul sahibi tam bir ivaz mukabilinde komşularından kendisine geçmek için münasip bir yerin terkini talep edebilir.

Kendisine hiç bir faidesi olmayan yahut kıymetleri ile gayri mütenasip bir faidesi olan kaynak ve çeşme yahut ırmak sahibi âmmenin menfaati için diğer kaynak ve çeşmelere su tedariki ve suya müteallik sair teşebbüsler için tam bir tazminat mukabilinde kendi kaynak ve çeşmesini veya ırmağını terke mecburdur.

Âmmenin menfaati için bir kaynağın havalisinde bulunan arazinin, aynağı telvisten men'i zımnında, lüzumu derecede istimlâki talep olunabilir.

Görülüyor ki misallerini yukarıda zikrettiğim hallerde şahsın hakları bazen gayrin haklarile ve bazen de âmme menfaatleriyle karşılaşdığından dolayı takyit edilmiş bulunmaktadır. Ve bunda da zaruret ve menfaat vardır. Hukuk insanın ferdî olsun içtimaî olsun haricî faaliyetini icra etmek hususunda haiz olduğu salâhiyetlerle tâbi olduğu kayıtların ötünü demektir. Bir kimsenin haiz olduğu hakkın şumûl ve vüs'ati

1389

başkalarının haiz oldukları hakların hudut ve şumûlile mahdut olmak pek tabiî ve adilâne bir esasdır. Başkalarının haklarını hiçe sayan hukuk zulmü ifade eden bir müesseseden başka bir şey olamaz. Âmme menfaatlerinin bahis mevzuu olduğu yerlerde hususî menfaatlerin en az zarar verebilecek şekil ve surette ihmal edilmesi de çok lûzumlu bir zarurettir. Ancak şahsî haklara kayıtlar koyarken başkalarının haklarına bir tecavüz teşkil etmedikçe veya içtimaî hayatın icaplarına aykırı olmadıkça bu hakları tahdit ve takyit etmemek daima göz önünde tutulacak önemli bir noktadır.

İşte Medenî kanunumuz bütün bu esasları nazara almış ve ancak kat'î zaruretlerin icabettirdiği kayıtları koymakla iktifa etmiştir.

Medenî kanunumuz bazı hallerde sulh için tavassut salâhiyetinin tevsiile hâkimlerde hakkaniyet kaidelerine tevfikan kendilerine arzolunan ihtilâfları halle imkân vermek suretile liberal bir norm kabul etmişdir.

Hâkime verilen bu salâhiyetin kullanılması tarzlarından bazılarına terk hâdisesinde ve ayrılığa hükümde tesadüf olunur. Karı kocadan biri evlenmenin kendisine yüklettiği vazifeleri yapmamak maksadile diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekde bulunmuş ise, diğeri boşanma davasında bulunabilir. Davaya hakkı olan tarafın talebile hâkim, diğer tarafa bir ay zarfında evine avdet etmesini ihtar eder. İşte kazaî mahiyette olan bu ihtar terk edene yaptığı hareketten nedamet ederek aile yuvasına avdet ve evliliğin kendisine tahmil ettiği vazifeleri yapmak imkânını verdiği cihetle, bir nevi uzlaşmaya zemin teşkil etmektedir.

Boşanma sebeplerinden biri sabit olunca hâkim, ya boşanmaya veya ayrılığa hükmedecektir. Görülüyor ki, hâkim bu hususda alâkalının talebile mukayyet değildir. Hâkim karı kocanın barışmaları ihtimali bulunduğuna kanaat hasıl ederse, boşamaya değil ayrılğa hükmeder. Bir seneden üç seneye kadar devam edecek olan ayrılık müddeti zarfında karı koca birbirlerile barışarak müşterek hayatın yeniden tesisini arzu ederlerse hâkime müracaatla bu taleplerini bildirirler, aksi takdirde tefrik kendiliğinden nihayet bulur.

Medenî kanunumuzun hususiyetlerinden biri de nesebin tashihi hakkında gayet hürriyetperverane hükümler kabul etmesi ve nesebi sahip olan ve olmayan hısımlar arasında hemen tam sayılacak derecede bir mümaselet gözetmesidir. Bu zihniyette kanunu mefkûreleştirmek, ahlâkileştirmek temayülünün yarattığı yüksek ve ileri bir zihniyettir.

Bu kaidenin tatbik şekillerini aşağıdaki misallerde görürüz.

Evlilik haricinden doğan çocukların nesebi, ana, babanın birbirlerile evlenmesile kendiliğinden sahih olur. Birbirlerile evlenmeyi vadedipte birinin vefatı veya evlenme ehliyetinin zevali sebebile evlenemeyen ana babadan doğan çocukların nesebi, diğerinin talebi veya çocuğun müracaatı

1390

üzerine hâkim tarafından tashih olunur.

Nesebi tashih edilen çocuk, ana babasına ve onların hısımlarına karşı aynile nesebi sahih olan çocuğun hukukunu haizdir. Nesebi tashih olunan füruu dahi tashihden müstefit olur. Yani o da nesebi sahih olan çocuk gibi babasının ismini taşır. Ve onun vatandaşlık haklarına ve kanunun saydığı diğer haklara malik olur.

Fransada nesebin tashihi çocuğun ana rahmine düşdüğü güne kadar makabline şamil addedilmez. Ve yalnız evlenme tarihinden itibaren hüküm ifade edebilir. Kanunumuza ve nesebin tashihi için kabul ettiğimiz iki şekle göre doğum zamanına kadar makabiline şâmil bir hüküm kabul edilmek mümkündür. Nespleri tashih edilen çoçuklar evlenme devam ettiği zamanda doğmuş farzolunurlar.

Alman medenî kanunu nesebin tashihi hükümlerini çocuğun bütün füruuna teşmil eylediği halde, bil'akis babasının hısımlarına teşmil etmemiştir. Kanunumuz ise, tashihi çocuğun babasının hısımlarına da teşmil etmek suretile daha ahrarane ve çocuğun bütün füruunu teşmil etmemek suretile de daha kıskanç davranmıştır.

Evlenme ile nesebin tashihi kaidesi hemen bütün medenî devletlerde kabul edilmiştir. İskoçya hariç olmak üzere yalnız İngiltere ve medenî kanunun mer'iyete girmesinden evvel Türkiye bunun istisnalarını teşkil ederler.

Bizde evvelce carî esaslara göre evlilik haricinde doğan çoçukların nesebi ana, babanın bir birlerile evlenmesile sahih olamazdı. O gayri meşrû bir velet addolunurdu. Bu kirli damgayı taşıyan çocukların da içtimaî hayatta yeri yokdu. Herkes tarafından hakir görülen bu zavallı ve bigünah mahlûk âdeta insandan başka bir mahlûk sayılır ve cemiyet harici addolunurdu. Ancak zina ikrar edilmemek şartile baba, çocuk benimdir derse nesep sabit olurdu.

Kanun vazıımız insanların za'fı yüzünden husule gelen hataların tamir kabul etmediği esasını vaz etmekten ve bu yüzden masumları cezalandırmaktan sakınmak suretile yüksek insanî gayelere erişmek istemiştir.

Bu izahatımla medenî kanunumuza hâkim olan normların başlıcalarını teşrih ettiğimi sanıyorum.

139

No: 112

Kanun ve tefsiri [*]

Konferansı veren: Sabri Şakir ANSAY
Ankara Hukuk fakültesinde Profesör

Muhterem bayanlar, baylar;

Söze başlamadan önce bana burada söz söylemek fırsatını veren hukuk ilmini yayma kurumuna ve huzurlarile beni taltif eden sizlere teşekkür ederim.

İntihap etmiş olduğum kanun ve tefsiri mevzuu, ehemmiyetli olduğu kadar herkesi, yalnız kanun vazıını, hâkimi, hukukçuyu değil, hayat münasebetlerine karışan, kısaca kanuna tâbi olan her şahsı ve bütün cemiyeti alâkalandıran bir mevzudur. Bu ehemmiyetinden dolayı bir çok mütefekkirler ve bahusus hemen hemen her hukukçu bu bahse temas etmiş, temas etmek mecburiyetinde kalmıştır. Burada bile üzerinde en çok durulan mevzu zannediyorum ki bu olmuştur. Geçen ve daha önceki yıllarda İstanbul hukuk fakültesinin pek kıymetli profesörlerinden Hirsch ve Schwarz ve yine muhterem meslekdaşlarımızdan Osman Nuri bu mevzua dolayısiyle veya doğrudan doğruya temas buyurmuşlardır.

Filhakika asırlarca başka istikametlere müteveccih olan istidlâl ve istinbat metotlarımızı [1] yeni hayatımız ve yeni kanunlarımız icabı ola-

[*] Bu konferans 19-3-938 de Ankara halkevinde verilmiş ve notlar tabi da ilâve edilmişdir.

[1] Eski hukukda müfessirin ve hâkimin vaziyetini şu parçalar belâgatla gösterir sanırım:

" Şerîeti islâmiye gibi içtihada büyük bir ehemmiyet veren bir şeriatta babı içtihadın insidadına dair bir delili şerînin vücndu *gayri* mutasavver bulunduğu halde Çin şeriatında mevcut olan insidadı babı içtihad akidesi her nasılsa ehli islâm arasın da sokulmuş ve hiç bir esası şer'iye müstenit olmayan bu fikri sakim âlemi slâm üzerinde meş'um bir tesir hasıl eylemiştir. İşte bu gün Avrupa medeniyetine ikarşı âlemi islâmın düçar olduğu hali tevekkuf ve tedenninin mühim âmillerinden biri bu olmuştur.

Bu fikri sakimin ehliislâm içine nasıl nüfuz ettiğini bir kaç kelime ile izah edelim. Balâda zikri geçen dört imam ehli islâmın hüsnü zannına nail ve kabülü ammeye mazhar olduklarından ve sair müçtehidînin etba ve mukallidîni dahi munkariz olduğundan her yerde taklit ve tebeiyet bu dört mezhebe münhasır kalmış idi.

Sonrları emri içtihad zaten suubetli olduktan başka esası ve mebnası olan ulûm ve fununda mukavelât ve ıstılahat teşettüt ve tekessür ettiğinden içtihaddaki müşkilât tezayüt etti. Ümemi islâmiye dahi hiç bir vakit dahilî ve haricî müşkilâttan va-

1392

rak istihlâf eden bu günün tefsir metotlarını biz hassaten ve her halde büyük bir alâka ve ihtiyaç ile tetebbu etmek, bilmek mecburiyetindeyiz. Yeni müesseselerimizi ve yeni kanunlarımızı anlamak ve yaşatmak bu metotlarla kabil olacak, onların daima ilerleyen içtimaî hayatımıza intibakı sağlam metotlarla mümkün olabilecektir. Bu ihtiyaç ile beraber garpde bu hususda mikdarları sayılamayacak derecede çok olan yazıları, eserleri de düşünerek ben bu mevzuu tekrarlanmış zait bir zemin saymadım.

Umumiyetle kanuna karşı iki telâkki görülmekdedir: biri pesitivist (müsbet), öbürü kritik (tenkidî) telekki.

Birinci telekki, bir cemiyetin hukukunu teknik surette şekillenmiş bir nizam içine sokmak bir vazıı kanun için mümkün olduğu kanaatına istinat eder. Bu telekki hâkimin kanuna sıkı ve dar tabiiyetini devletin teşri monopoluna müstenit kanun mutlakiyetini ifade eder. Kanun mutlak bir iktidardan sadır olduğundan emrîdir; bu itibarla kanunu tatbik eden hâkim için de bir emirdir. Hukukun menbaı kanun vazıının iradesidir; bu irade kanunî metinlerde sarih veya zımnî olarak bulunmakdadır; çünkü kanun koyan bütün neticelerin, hükümlerin bu formüllerden zor ile, sıkı bir mantık kaidesi ile çıkarılmasını arzu etmiş farzolunur. Kanunun boşluğu yokdur; vazıı kanun küllî bir kudretle herşeyi evvelden görmüş ve tanzim etmiştir. Hiç bir hukukî mesele yok-

---

reste kalmadığından islâm merakizi medeniyeti birer birer muntafi ve silsilei ilim munkati oldu.

Bittabi içtihadı na ehle ve rey ve dini mevsuk ve mutemet olmayan ricale isnattan korkulur oldu. Bu sebepten nâs babı içtihadı seddettiler ve ulema dahi içtihatta izhar aciz ile nâsı bu dört mezhepden birine taklide sevk eylediler. Mezahibi muhtelifeyi yekdiğerlerine mezcetmek dahi dini mel'abe haline getirmek demek olacağından bu mezahibi erbaayı bir birine karıştırmakdan da halkı men eylediler.

Bundan sonra eimmenin içtihad etmiş oldkaları usulü rivayatı sahihai muttasıla ile zabt ve tashih ederek onların mezahibini nakil ve rivayet etmekden ve her mukallit taklit ettiği imamın mezhebi ile amel ve ana hasrı tebaiyet eylemekden başka bir yol kalmadı. Elyevm fıkhın bundan başka bir manası yokdur."

Mahmut Esat, tarihi ilmi hukuk, 1331, sahife 232, 233.

" Binaenalazalik ihtilâfattan ârî ve yalnız akvâli muhtâreyi havi olmak üzere muamelâtı fıkha dair sehlülme'hez bir kitap yapılsa herkes kolaylıkla mütalâa ederek muamelâtını ana tatbik ....."

" Elhasıl bu mecellelerde mezhebi hanefînin haricine çıkılmayıp mevadı mündericesinin ekseri, elhaleti hazihi fetvahanede muteber ve mamulün bih olduğu cihetle ....."

Mecelle cemiyeti mazbatasından

" Buradaki gaipten maksut mefkut mu,yoksa 799 uncu maddedeki gaipte olduğu gibi mesafei seferde bulunan kimse mi, yoksa alelitlak müstevdaın mukim bulunduduğu beldede ikamet etmeyip diğer bir belde ve kasabada iskân eyleyen kimse mi ? bu meseleye destres olamadığım cihetle taharriye muhtaçtır„

Ali Haydar. 786 ıncı madde şerhi.

dur ki kanun ona cevap vermiş olmasın. Hukuk ilminin ve hukukçunun vazifesi ve yegâne vazifesi kanunun manasını: kanun vazıının iradesini araştırmakdır; neticenin âdilâne ve gayeye uygun, hayata elverişli olduğu meselesi bunların vazifesi değildir. Hukukçuluk politika olmadığından hâkim bu kabil mülâhazaları kanun vazıına, parlementoya bırakmakla mükelleftir. Bu çığırı ifade için mefhum Jurisprudence'ı (La juri sprudence de Concepts) terkip (Construction), yahut parağraf içtihadı gibi tabirler kullanılmıştır [2].

Kod sivilin icazına ve hâkimin takdirine yer vermiş olmasına rağmen Fransada L'école de l'excgêse denilen mektebin mümessilleri, şerhciler, parağraf mensupları [3] bu telekkiye, bu metoda bağlanmışlar ve bu telekkiyi şu klasik tabirlerle: Medenî hukuk değil; ancak medenî kanun vardır. Herşey kanundur; kanundan başka hiç bir şey yokdur. Yalnız bir hukuk mevcuttur; o da müsbet hukukdur, yani kanun vazıının ilân ettiği kanunlardır, sözleri ile ifade etmişlerdir [4].

Umumiyetle liberalizmin telekkisi olan bu noktai nazar, bu kanun mutlakiyeti yeni bir şey değildir. Bilâkis düşmanı bulunduğu mutlakiyetin, devlet mutlakiyetinin ona bir mirası olmuştur. Ve filhakika mutlakiyet idarelerinde kanun vazıı, bizzat hükümdar idi ve onun arzu ve emirleri kanun idi [5]. Hâkim ancak hükümdarın kanun halinde vücut bulmuş iradesinin bir tenfiz memuru idi. Tefsir dediğimiz şey, bizzat hükümdarın ne kasdettiğini, ne arzu ettiğini araştırmakdan ibaretti. Hâkim için kanunu tefsir salâhiyeti yokdu. Ona böyle bir salâhiyet verilse kendisi kanun vazıı olacakdı. Kanunun ruhunu tetkik mevzuu yapmak tehlikeli bir şey sayılırdı. Bütün Avrupa dillerine çevrilmiş olan cinayet ve cezalar hakkındaki eserinde İtalyalı Filozof Beccaria, «hatta ilim tehlikelidir; kanunları bir ilim mevzuu olmayan milletler bahtiyar milletlerdir.» demişti.

Liberlizmin dayandığı kuvvetlerin tefriki nazariyesi mucibince bütün hukuku halk eden ancak kanun vazııdır Kaza, kanunun münferit hâdiselere tatbikinden, ve mücerret evamirin konkre bir hayat münasebetinde konkre bir iddiaya nakli ve tahvilinden ibaretdir. Hâkim kanunun mücerret halde emrettiği şeyi müşahhas olarak ifade eder. Montesquieu'nun

[2] v. Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, sahife 27; Hedemann, Einführung in die Rechtswssenschaft, § 20 IX 3.

[3] Claude du pasquier, Modernisme judiciaire et jurisprudence Suisse, 1929 ,sahife 6. Profesör Egger'in İstanbulda ve Ankarada verdiği konferanslar 1938, sahife 7.

[4] Prusya kanunu ile Napolyonun medenî kanunu arasında büyük bir tezat vardır. Fransız medenî kanunu 19 uncu asırda uzun zaman metinciler, positivistler elinde kalmıştır. Osman Nuri, Konferans, sahife 11-14 bakınız.

[5] L'état c' est moi. Si veut le roi,si veut la loi.

1394

tabirile hâkim, kanunu telâffuz eden ağızdan başka bir şey değildir. Hukuk yaratmak, hâkimin salâhiyeti dahilinde olamaz. Hâkim böyle yaptığı takdirde teşri kuvvetine ait bir işe müdahale etmiş olur. Esas teşkilât kanununa tevfikan vücuda getirilmiş olan mektup kanun hâkimin resmî faaliyetinin yegâne rehberi, düsturudur.

İşte bu suretle hükümdarın mutlakiyetine karşı müdafaa sadedinde kanunun hudutsuz iktidarı ikame edilmek istenmişdi.

Denebilir ki mutlak surette kanuna bağlı bir kazada hâkimin mesaisi mühim surette kolaylaşmış olacakdır: kanun vazii herşeyi düşünmüştür; hâkim kanun haricinde bir mülâhazaya müftekir olmayacakdır; hâkimin yanılması ve indi hareketi oldukça bertaraf edilecektir; açık yazılmış bir kanunda liyakatsız bir hâkim dahi emin bir istikamet bulur.

Fakat bu faydalar hakikatde mevcut olsalar dahi böyle bir metodda daha galip mahzurlar ve mazarratlar görülmüştür: Bu usulde hâkimin vazifesi sırf tatbikçi bir makine haline giriyordu. Neticenin haklı, nisfete uygun olması değil, belki sırf kanuna uygunluğu aranıyordu. Bu suretle kaza mücerret bir dimağ mesaisi içinde donup kalmak, kalp ve ruh işe mahvolmak tehlikesine maruz kalıyor, şekilcilik ve iskolâstik içinde körleşip katılaşmağa mahkûm oluyordu. Surî terkipler, süslü ve fakat kuru mantık kıyasları, semereli neticelerden daha muteber sayılıyordu. Bizim eski tabirimizce faideye değil, kaideye kıymet veriliyordu. Bütün bunlar, hâkimin karakteri, onun şahsiyeti ve hâkimliği hakkında ağır bir tehlike teşkil ediyordu. «Mümkün olduğu kadar mufassal» Kasuistik bir kanuna korkakça tebaiyet kanunu tatbik edecek olanların hukukî hissiyatını körleşdirmeğe sebep olur. Hâkim kararının ancak ishiraç suretile kanundan alınabilir olduğuna inanır ve bununla iktifa eder ve iktifaya mecbur olursa o hâkim kararının derunen de meşruiyeti meselesinde kendi vicdanı huzurunda mes'ul olabilmek hissini gaip eder. Adalet işinde ise bu ince hissin, hukukî hissin imhası kadar fena tehlikeli bir şey yokdur.

Her tazyika karşı doğrudan doğruya olamasa bile dolambaçlı yollarda mukabil hamlelerin vukuu tabiîdir. Her şeyi muhit, ratıp ve yabis her şeyin kendinde bulunduğunu iddia eden ve hayatın enginliğini ve zenginliğini inkâr eden sıkı bir teşrie, kanun telekkisine karşı da böyle bir aksülâmel olmuştur. Biz burada eski fıkıh nizamımızda ibtidaî, çirkin bir şekil alan şer'î hileleri en yakın malûm ve maruf misal olarak hatırlayabiliriz [6].

1861 yılında Baviyera mahkemesinde söyle bir karar verilmişdi: bir

[6] Mahmut Esat, Tarihi ilmi hukuk, sahife 225,232,233; Sabri Şakir Ansay, Ankara hukuk fakültesi talebe cemiyeti tarafından çıkarılan hukuk mecmuası 1933, sayı 1, sahife 22-26

1395

lokomatif kıvılcımından bir yangın çıkarak zarar olmuş idi. Şimenöfer memurlarının bunda bir kusuru olmamakla beraber mutazarrıra bir tazminat verilmesi de adil ve nisfat icablarından görülüyordu. Fakat o vakıt henüz bu yolda bir mes'uliyet için kanunî hüküm olmadığından ve tazminat yalnız zararı ika eden kimsenin kusuru halinde tanındığından Baviyera hâkimi şimendüfer işlemenin haddi zatinde bir kusur olduğunu beyan ederek zararı tazmin cihetine gitmiş idi [6*].

Artık 19 uncu asır sonlarına doğru, metin ile sıkı tesbitin ve metne bağlılığın bir hareketsizlik meydana getirdiği, bu da hukukî şuurun ebedî canlılığına karşı bir tenakuz teşkil ettiği her kanunun ancak kendi görüş alanına girebilen şeyleri tanzim edebileceği ve bu görüş dairesinin de bir sınırı olmak zarurî bulunduğu, hâkimin hukukî normları takdir ve bunların muhtevasını, şumulünü mülâhaza etmesi lâzım geldiği anlaşıldı.

Serbest hukuk mektebinin mübeşşirlerinden ve zaman itibarile birincisi sayılabilen İhering, bilhassa jurisprudence da hezil ve cid adlı eserinde (1885) mefhum içtihadı ile bir çok alaylar etti [7].

Daha sonra Fransada Jeny, profesör Salcilles'in mukaddemesini havi (Méthode d'interpretation et source en droit positif) adlı meşhur kitabile (1899) ve Lambert, la fonct ion du droitcivil comparé) ismindeki eserile (1903) müsbet hukukun aleyhdarlığını yapdılar ve hukukî fikrin yeni istikametini gösterdiler [8].

Jeny'nin eseri Fransız medenî kanununun tefsir tarihini dört devrede mütalâa eden profesör Gaudemet'nin söylediği üzere [9] Fransada

[6*] Reichel, Gesetz u. Richterspruch, sahife 19; v. Turh, iradenin medenî hukukdaki ehemmiyeti, terceme, Sabri Ş. Ansay, Adliye Ceridesi 1938, sayı 9, sahife 1285. Hedemann sahife 195 ve sonrakilere bakınız.

[7] Yhering, Scherz und Ernst in der yurisprudenz, Im yuristischen Begriffswimmel, sahife 248 ve sonrakiler. Brütt Die Kunst der Rechtsanendung, sahife 73 ve sonrakiler, sahife 87 ve sonrakiler.

[8] Saleilles ve Lambert denebilirki Jeny'den daha ileri gitmişlerdir. Bu ilk iki hukukşinasa göre hukuk kaidesi cemiyet gibi aynı zamanda tekâmül mecburiyetindedir. Hatta bu kaide kanunî (teşrîî) formül içine alınsa bile böyledir. Tefsir, metnin ilk ve hakikî manası yerine hali hazırın ihtiyaçlarına uygun yeni bir mana ikame etmelidir; yani bu iki âlimin metodu hukuk kaidesinin Jeny'nin metodu gibi yalnız kanunî bir metnin fıkdanı halinde değil de bütün hallerde hayat muktezalarına adapte edilmesine müsaade eder. Mösyo Saleilles diyor ki: Bu metodda her şey, hukukun yegâne yaşayan menbaı gibi değil de hukuka mahkemeler huzurunda bir nevi pasaport hizmeti görecek ilmî ve hukukî bir çerçive gibi sayılan mektup kanununa irca olunur. Preface, sahife XIX sonu.

[9] Eugéne Gaudemet, l'inteprétation du code civil en France dépuis 1804, 1935, sahife 7.

Bu eser merhum âlimin 1923 de Bâl darülfünunda verdiği 4 konferansdan mürekkeptir. Devrelerden birincisi l'éxégèse mektep veya doktrini (1804-1838), ikincisi

1396

cod civilin tefsir merhalelerinden dördüncü devreyi, yani ilmî mektebi (L'école scientifique) açıyordu [10]. Bu suretle artık san'at, san'at içindir şeklindeki bedîî akideyi adeta tanzir eden hukuk hukuk içindir telakkisi mağlup oluyor; kuru mefhumlar, fikirler yerine kıymetler, takdirler kaim oluyordu. Nasıl ki bir makine maddî surette bir maksada hâdimliği temsil ediyorsa hukukun da faydaları noktai nazarından tetkik edilmesi lâzım geldiği kabul ediliyordu. Bu inkilâptan bahseden Gaston Morin'in kanun ve mukavele adlı eserinde [11] dediği gibi hiç bir şey kanunun tefsirî metodunda husule gelen tekâmül kadar karekteristik olmamıştır. Bu hareket yine onun tabirince vakıaların coda karşı bir isyanı olmuştur [12].

Bu sahada en cesur ve ileri adımı, on dört yıl sonra Türkiye medenî kanununa numune teşkil edecek olan İsviçre medenî kanunu atdı. Bununla — Profesör Tuor'un sözlerinden [13] istifade ile söyleyeceğim — büyük bir hukuk binasının geniş salonlarına isal eden aydınlık bir methalin vakur ve ihtişamlı sütunları gibi bütün dünyanın hayretin mucip olan maddeleri ve hassaten birinci maddeyi kasddediyorum.

Medenî kanunumuzun birinci maddesi mucibince hâkim, kanunu metni veya ruhu ile temas ettiği her hukukî meseleye tatbik edecektir. Kanunun isteyerek veya istemiyerek bir boşluk arzettiği yerde örf ve âdet hukukuna ve böyle bir örf ve âdet hukuku yoksa hâkim vazii kanun olsaydı, nasıl bir kaide vaz eder idise ona göre o meseleyi halledecek ve gerek tefsirde ve gerek boşluğu doldurma da nazariyelerden, yani ilimden, içtihatlardan yani kazaî kararlardan istifade edecektir. Bu formül kanunun ratıp ve yabis her şeyi muhit olduğu akidesini yıkan ve aynı zamanda kanunsuz hissî içtihada (La jurisprudence de sentiment) da meydan vermeyen bir formüldür. Muhafazakâr görünmekle beraber çok tekâmülcü bir formüldür.

Gerek teşkilâtı esasiye kanunumuzdan (Madde 8, 54) ve gerek medenî kanunumuzun ve ticaret kanunumuzun birinci maddelerinden anlaşıldığı üzere hâkim kanuna bağlıdır. Filhakika bu günkü devletimiz bir kanunî devlettir. Hâkimin kanuna bağlılığı bir umumî medeniyet ve kültür şuurunun icabıdır. Kanuna itimat etmek isteyen kimse, hâkimin ka-

klasik mektep (1838-1880), üçüncüsü bu mektep ile bundan sonraki mektep arasında intikal mektebi ve nihayet 1900 den itibaren muâsır ilmî mektep. Andreas B. Schwarz, Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande, sahife 434-436 ya bakınız.

[10] Bu tabiri isabetli bulmayanlar vardır: Claude du Pasquier, Introductian à la Théorie génerale et à la philosophie du droit, 1937, sahife 198, Not 3.

[11] Laloi et le contrat, 1927, sahife 25

[12] Gaston Morin, la révolte des faits contre la code, 1920

[13] P. Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, sahife 26.

1392

nuna sadakatine de itimat edebilmelidir ve etmek zaruretindedir. İçtimaî, ticarî, iktisadî hayat bununla kaimdir. Hukukun umumca muta olması için mümkün mertebe ona ittıla yolu açık olmalıdır; bu da mektup hukuk ile, kanun ile hasıl olur. Ve yine hukukun daha başka bir gayesi de müsavattır; bu da umumî kaidenin herkes için mer'î olacak, herkes için âyan olacak şekilde vazedilmiş olması ile en isabetli bir surette temin edilir. Hukukun daha başka bir şartı da vahdettir, bu vahdetde mektup kanun ile daha iyi surette elde edilebilir. Nihayet hâkimin kanuna sadakatı, hukukdaşların hürriyetinin zımanıdır; yalnız teşkilâtı esasiye kanunu değil, her kanun bir (magna charta libertatum) dır. Hukukdaşlar ferdin keyif ve hevesine değil muayyen, müşahedesi kabil, malûm ve kontrolu mümkün kaidelere göre hareket eden bir kazaya tâbi olmak icap eder. Bu da kanunuların tatbiki ile olur.

Bir mücerret kaidede mündemiç hal suretini bir hususî konkre hâdise üzerine nakletmek bir kaideyi tatbik etmektir. Bu tatbik mücerretten konkreye, umumdan hususa intikaldir. Kısaca Dèduction denilen talildir. Bunun için sade bir mantık ameliyesi kâfi gelebilir. Bu Syllogisme, Almanların Subsomption dedikleri muameledir ki kaziyecilikden, konkre hâdiseyi kaidenin hükmü altına koymakdan ibarettir.

Fakat hukukî kaidelerin mücerretliği hasebile hayatın konkre hadiselerine tatbiki böyle göründüğü gibi basit değildir. Onların hakikî manasını anlamak zarureti vardır. Bir hâdisenin hukukî vakıalarla ayniyetini ve kanunun şumulünü kat'iyetle tayin etmek lâzım gelecektir. Bu da ancak kanunun, hukukî kaidenin serbest bir tefsiri yoliyle olur. Bu tefsir kanunun tatbiki ameliyesine tekaddüm eder. Ve çok nazik bir sa'ye ihtiyaç gösterir [14].

Bu sa' yin usullerini kanun bizzat göstermemiştir. Esas itibarile hâkime bırakılmıştır. Hâkim bunu ilim vasıtasiyle yapacatır. Çünkü umumî tefsir kaideleri kanunda yazılı olsalardı onlar da bizzat tefsire muhtaç olmakdan kurtulamazlardı.

Kanunun tefsiri, kanun hükümlerinin tam ve kat'i bir manayı haiz olduğu faraziyesine müstenit bir tefsir olmayacaktır; bilâkis kanunun ekseriya muhtelif manalara müsait olduğunu ve yalnız mümkün olan manaları izhar etmek değil; belki onlar arasında bir intihapda da bulunmak vazifesi karşısında bulunduğunu müfessirin unutmaması lâzımdır. Bu itibarla tefsirin vazifesi, hukukî kaideden mümkün olan en iyi, en kıymetli fikri elde etmekden ibarettir. Bu fikir ancak kaidenin tanzim ettiği ihtilâf hakkında en adilâne hal suretini veren mana olabilir. Hâkim hâdiseye onun hususiyeti içinde en iyi ve âdil olan hal suretini seçmek mec-

[14] Claud du Pasquier, introduction à lathéorie génèrale et à la philosophie du droit § 141,193.

398

buriyetindedir. Bununla beraber tatbik edilecek kaidenin bütün kanun ile ve bütün hukukî nizam ile irtibatını da nazara alacaktır.

Hâkim kanunun manasını bulmak için kanunu lafzile mi veya ruhile mi tefsir edecektir? kanun vazıının tarihî iradesi, yani mazideki arzusu esas tutulursa veya esas tutulması lâzım gelirse hâkimin kanunu metni ile mi yoksa ruhile mi tefsir edeceği meselesi bahis mevzuu olmaz. Filhakika tarihen emri vaki olan şey esas oldukça hâkimin ibareye müstenit veya rasyonel bir tefsir arasında bir intihap ve ihtiyarı olamaz. Çünkü bu esasa göre zaten tefsire meydan ve mahal verilmemektedir. Yalnız kanun vazıının istediği şey mer'î olacaktır. Kanun vazıının ne istediği ise biraz sonra tekrar edileceği üzere bir tarihî meseledir; tefsir meselesi değildir.

Fakat tarihî tefsir kabul edilmeyince hâkimin metin ile mi yoksa mana ile mi hüküm edeceği suali ortaya çıkar.

Açık bir metinde tefsire mahal yokdur denebilir. Fakat hemen ilâve etmek lâzımdır ki metnin bizatihi müstakil bir mevcudiyeti yokdur. Metin hukukî fikrin isabetli bir ifadesi olabilir; bununla beraber dar veya geniş olabilir. Meselâ çocuklar tabiri torunlara da şâmil olabilir.

Medenî kanunumuz birinci maddesinde kanunun lâfzile, olmazsa ruhile temas ettiği meselelerde mer'î olduğunu söylüyor. Bu hüküm kakanunun lâfzile olmazsa ruhile tefsir olunacağ, yani lafzile iktifa edilebileceği ve ruhile tefsirden müstağni kalınabileceği yolunda anlaşılmamalıdır. Saksonya medenî kanununun 22 inci maddesinde şöyle deniyordu: Kanunlar metnine göre ve eğer metinde tereddüt mevcut ise kanun vazıının diğer suretle anlaşılcak olan kasdına göre tefsir edilmek lâzımdır. Fakat tekrar edebiliriz ki kelimesiz bir mana ve manasız bir kelime yoktur. Kelime tefsirde sarfınazar olunamayan bir vasıtadan ibarettir; mananın bir vasıtasıdır. Tefsirin mahiyeti ve gayesi kanunun manasını bulmakdır. Bu manayı bulmak için metin gerçi zaruridir; fakat başlı başına ve kendi kendine kâfi değildir. Metin tefsir için bir hareket noktası teşkil eder; fakat nihaî nokta olamaz.

Bazı hukuk eserlerinde sarf ve mantık itibarile tefsir diye bir tefrik yapılmakdadır. Fakat birçok kıymetli hukuk âlimleri ve hususile hukuk felsefesi âlimi Stammler gramatikal tefsir ve mantikî tefsir suretinde bir tefrikin isabetli olmadığını söylerler [15]. Kelime ve fikir bir kalıpda birleşmiştir. İfade edilen bir sözü anlamak için kelimeye istinat eden kimse hakikatte yine bir fikre dayanır. Gramer mucibince yani dil kaideleri dairesinde şu veya bu söze o sözü söyleyenin fikrinden tefrik edilebilecek surette muayyen ve katî bir mana atfolunamaz.

[15] Stammler, Der Richter, 1925, sahife 37; Theorie der Rechtswissenschaft, 1923, sahife 365,366- Schwarz, medenî hukuk dersleri 1, sahife 53,

1399

Yine hukukcu ve felsefe âlimi profesör Reichel diyor ki: her günkü hayatımızda bir insanın sözünü nasıl ki yalnız başına ona karşı senet ittihaz edemiyorsak kaza sahasında kanunun metni de o suretle yalnız başına bir hüküm ifade etmez. Lisan tetkikatı ve hususile psikolojik kelime tetkikatı göstermiştir ki haddi zatında ve bizatihi bir kelime manası mevcut olmayıp kelimeler bukalemun gibi kullanıldıkları muhit ve münasebetlere göre değişir. Bu itibarla bir kelimenin manasını araşdırırken daima muhite, münasebete, terafuk ettiği jestlere ve daha bir çok hallere ve keyfiyetlere bakılır. Kelimenin manasını telâffuz olunmayan tayin eder.

Filhakika kanun bir musiki eseri de değildir. Musiki seslerden güzellik halketmek içindir; fakat vazii kanunun teganni etmek veya sırf muayyen kelimeleri telâffuz, tekrar ettirmek gibi bir gaye ve vazifesi yokdur. Kanunun sözleri kasdedilmiş, arzu edilmiş bir kaideyi ifade içindir [16] .

Tefsirde esas olan manayı bulmak için şu suretle hareket edilir. Kanunun ibare ve metinlerinden bir vasıta olmak üzere evvelâ kanunun gayesini anlamamız, bu gayeden tekrar gerisin geriye gayeye vusûl için salıih olan vasıtayı elde etmemiz lâzımdır. Bu suretle elde edilen vasıta bize kanunun manasını verebilir. Başka ifade ile her kanun tefsiri vasıtadan gayeyi istintaç suretile ve fakat böylece bulunan gayeden tekrar istinbat ile mürtebit ve mümteziç olarak elde edilir.

Bir emir, metne göre zahiren açık ve vazıh olsa da onu, bu sarahat hilâfına tefsire mecbur olabiliriz, sözlerimi şu basit misallerle daha iyi izah edebileceğimi sanıyorum:

Meselâ kızılayın bahçesi methalinde (bahçeye köpek sokmak memnudur) levhasını görüyoruz. Köpeğin ne olduğunu hepimiz biliriz. Bununla beraber memnuiyet bu sarih metne göre tefsir edilse şüphesiz gülünç bir mana elde edilir. Bahçeye koyun, hatta kurt, ayı sokmak caiz görülecektir. Halbuki maksut olan asla bu değildir.

Ve yine bir kimse kışa doğru tutduğu hizmetçisine diğer talimatları arasında «her gün sobamı yakacaksın» diye emir verse bununla ne kasdetmiştir diye kendi kendimize sormamız lâzımdır. Bu gaye düşüncesi bizi emir verenin üşümemek istediği neticesine isal eder. Gaye bu olunca bu gaye için her gün sobayı yakmak lâzım mıdır diye yine kendi kendimize sorarız. Bunun cevabı havanın sıcak olmadığı günlerde sobayı yakınızdan ibaret olacaktır.

Hulâsa bir emrin manası bilfiil söylenen kelimelerle değil, belki makul bir adamın söylediği sözlerden anlaşılan gayesini gayeye muta-

[16] H. Reichel, Gesetz und Richterspruch.

1408

bık emir vermek suretile temin etmek isteseydi doğru surette nasıl söylemesi lâzım gelir idise o sözlerle tayin olunur.

Sübjektif noktai nazara, tarihî tefsire göre kanunun gayesi biraz evvel arzetdiğim üzere kanun vazının istihdaf ettiği, kasdettiği, onunla elde etmek istediği şeydir. Bu noktai nazar 19 uncu asırda da mer'î olmuştur. Fransada Exégése mektep bu gayeyi kanunu meydana getiren vazıı kanunun iradesinden ibaret atdetmişti (C'est la volonté du législateur qui Constitue la loi). Fakat bu nazariye bu gün bir kaç noktadan mecruh ve malûl sayılır. Kanunun neşir ve ilânı ile riayeti mecburî olan şey, ancak metnî ile istinbat edilebilen fikirlerdir. Kanun ısdar edilmekle tarihî vazıı kanunun iradesinden ayrılır. Kanundaki irade muhtevası ancak bizzat kendisi için mevcudur. Kanun, kanunun ihzarında âmil olmuş olan şahısların iradelerinden ayrılmış, objektifleşmiştir. Tarihî tefsir metodoloji noktasından hukuk sahasına yakışmayan bir tefsirdir. Kanun tefsirinin gayesi, maziye bakarak tarihî bir hakikat ortaya koymak değil, bilâkis bir müstakbel amelî hareket hakkında bir istikamet taharrisidir. Hukuk sahasında bir tefsir, belki de epi zaman önce ölmüş olan kanun müellifinin iradesini ortaya koyma halinde değil, bilâkis makûl bir neticeye isal etmesi halinde doğrudur.

Kanun vazının iradesi, nihayet kanun vazına tesadüfen iştirâk etmiş olan münferit şahısların iradeleri ve bu iradelerin bir ekseriyeti olabilir. Kanunun tatbikine hizmet edecek olan tefsir ise onun biricik manasını elde etmeğe mecburdur. Hatta yalnız bir şahıs tarafından kaleme alınmış olsa bile, meselâ Eugen Huber'in İsviçre medenî kanunu veya Franz Klein'in Avusturya hukuk muhakeme usulü kanunu onların müellifleri olan bu zatlar kanunu kaleme alırlarken ne düşünmüş olurlarsa olsunlar kaza sahasında mülzim olmamakda müsavidir. Kanunun müellifi kanunun vazıı değildir. Kanun umumun, devletin iradesidir [17]. Projeler, esbabı mucibe lâyihaları müzakere zabıtnameleri hâkim için kanunun gayesini, manasını tayin eden mülzim vesikalardan sayılmaz. Kanunun bir maddesini tefsir için büyük millet meclisi âzalarının o kanunu kabul ederken ne düşündükleri ve ne kasdettikleri hakkında kat'î bir delil olarak dinlenmesi ne kadar doğru görülmezse bu zabıtlar ve saireye bağlanmak da o kadar yanlışdır denebilir.

Kanun koyan her nesle kendi lisanile hitap eder ve bu itibarla onlar için anlaşılacak manada tefsir olunmak lâzımdır. Kanun bu nesiller için de ilk muhatapları için olduğu gibi aynı canlı bir kuvveti haizdir.

Sübjektif tesfir siyasî ve âmme hukukumuz noktai nazarından da doğru değildir. Böyle bir tesfir mutlakiyet devirlerine ait olabilir, yakı-

[17] Keza Radbruch, Rechtsphilosophie. Sahife 111.

şabilir. O zamanlarda tefsir, kanun vazii olan hükümdarın, şariin şahsî arzusu ve iradesi demekdi. Bu arzu nasıl izhar olunmuş ise o suretle kanun idi. Halkçı bir cumhuriyette böyle bir tefsir doğru bir mana ifade etmez. Kanun bizi takyid ediyorsa sebebi bu gün onun arkasında bir âmme iradesinin bulunmasıdır. Türkiye cumhuriyeti hâkimi, hükmünü millet namına vermektedir.

Burada bir noktaya temas etmek isterim. Bu da kanuna yazılacak bir esbabı mucibe lâyihasının teşriî meclisce kabul edilmesi suretile hâkim için bir tefsir rehberi yapılması keyfiyetidir. Bunu bahis mevzuu edişim bilhassa bu gün mer'î olan icra ve iflâs kanunumuzun büyük millet meclisi müzakereleri sırasında bu yolda bir arzu ve fikir izhar edilmiş olmasındandır. Bununla asıl vazii kanunun kanun fıkralarından ne kasdettiğini bildirmeğe hizmet edilecekdi; fakat böyle bir lâyiha büyük millet meclisinin tasvibine iktiran etseydi ve ilân edilseydi bizzat kanun olurdu. Bu suretle kanun vazii aynı mevzu için iki şekilde ve iki türlü kanun çıkarmış olurdu; biri asıl kanun o biri onun manasını veren şerh kanunu. Büyük millet meclisinin gerçi kanunların münferit hükümleri hakkında tefsirleri vardır. Otantik (authentipue) tefsir denilen bu tefsirler Reisicumhurun tasdikine iktiran etmemekle [18] beraber umumiyetle kabul edildiği üzere yine bir kanundur. Ancak tefsirde sarahaten hilâfı beyan edilmedikçe makabline şâmil sayılmaktadır. Esbabı mucibe lâyihası asıl kanunla birlikte aynı tarihte kanuniyet iktisap edince hâkimin bunlardan hangisini tatbik edeceği meselesi ortaya çıkar. Esbabı mucibe lâyihasının sırf ilmî bir kıymeti olacaksa ona kanuniyet şekli vermeğe lüzum yoktur. Tatbikatta böyle bir vaziyette, hususile esbabı mucibe kanunu asıl kanuna karşı aykırılıklar arz ve ihtiva ettiği surette [19] tereddüt ve ihtilâflar daha çok olacaktır. Esas kanunda boşluk ve eksiklik ne kadar mutasavvur ve mümkün ise bu esbabı mucibe kanunun da aynı hal varittir ve nihayet hâkim bu esbabı mucibe kanununu da tefsir etmek ve fakak her halde daha yorucu bir surette tefsir etmek mecburiyetinde kalacaktır.

Fakat bütün bunlarla kanun malzemesinin hiçliğini ima ve ifade veya hukukun tarihinin hukuku anlamakdaki lüzum ve faidesini inkâr etmiş olmamalıyım. Bu malzeme kıymetli hükümleri, takdirleri ihtiva edebilir; teşrii mesaiyi gösterdiklerinden kanunu tenkidî metotla tefsir edecek o-

[18] Yani Teşkilâtı esasiye kanunumuzdaki tabirile neşir ve ilân edilmek üzere Reisicumhura arz edilmemekle.

[19] İcra ve iflâs kanunu esbabı mucibe lâyihasında olduğu gibi. Bunlardan bazıları hukuk icra usulleri adlı kitabımda gösterilmiştir, sahife 29 not 3 ve sahife 55, 56 bakınız.

1402

lan hâkime kıymetli izahat verebilir. Hâkim vazii kanunun mesâisini devam ettirmekle mükellef olduğundan bu ihzarî mesâi onun için kıymetli olabilir. Şu halde bu malzemeye kanuna vukuf menbaları olarak bakılabilir. Bunlar ne kadar müdekkikane ve ciddiyetle hazırlanmış iseler, bunları okumak o kadar alâkalı ve faydalı olur. Vakıfâne yazıldıkları nisbetde kıymetleri artar; fakat nüfuzları ve ilzam kuvvetleri nihayet ilmî eserlerden ve şerhlerden daha yüksek değildir.

Alman medenî kanununun intişarından sonraki ilk yıllarda tefsir—bilhassa şerhlerde—sıkı bir surette kanunun ihzarî malzemesine teveccüh etmişti. Bu malzemede hukukî kaidenin en yakın izahı, misalleri ve diğer kaidelerle irtibatı hakkındaki noktai nazarlar aranıyordu. Fakat ilk on yıl geçmekle nazarî tetkikler ve bilhassa birçok mahkeme kararları tefsirin merkezi sikletini değiştirdi; kanun daha iyi tanınınca bu malzeme geri çekilmğe mecbur oldu ve otoritesini kaybetti.

Şunu da ilâve edelim ki Türk hâkimi, Türk medenî kanununun hükümleri İsviçre medenî kanununun hükümlerine harfi harfine uygun olsa dahi kendi medenî kanununu ancak onun gayesine ve Türk milletinin içtimaî, iktisadî, siyasî hayatına uygun surette tefsir edebilecektir. İsviçre medenî kanunu veya bizim gibi o kanunu iktibas etmiş olan lichtenstein prensliğinin medenî kanunu ve onların şerhleri ve mahkeme içtihatları imlî noktadan birer eser olmakdan başka kıymeti haiz değildirler [20].

Tenkidî metot denilen metotda hâkim elindeki hukukî kaideyi kıymetlendirmeğe, tenkidî surette tartmağa ve bundan sonra hüküm vermeğe mecburdur. Hâkim mefhum içtihadı denilen kelime oyunlarına düşmekden, amelî hayattan uzak sırf zihnî mantık ameliyelerinden, veya diyalektik metot denilen mantıkî kıyas usullerile istidlâlden uzak kalmak mecburiyetindedir. Hukukî düşünce, hukuk şuurunun hükümran olduğu bir fikirdir. Bu düşünce ancak tatbikî ve amelî aklın, takdirli ve tenkidli bir hükmün faaliyeti olabilir. Hatta hukuk, hakikatte tenkitten başka bir şey değildir diyenler olmuştur.

Hâkim bu tenkidî metotla kanunun genişlemeye müsait ve elâstikî mefhumlar kullandığı yerlerde, meselâ yakın akraba, iş sahibi gibi tabirlerde mefhumları inkişaf ettireceği gibi bir tabirin hukukî teknik manada mı yoksa iktisadî manada mı anlaşılması lâzım geldiğini tayin

[20] Schwarz, yabancı bir hukukun alınması ve benimsenmesi, siyasal bilgiler, ikinciteşrin 1935, sayı 56, sahife 13 sonu. Reichel gesetz und Richterspruch, sahife 65 baş tarafı.

1409

edecektir. Mefhumların tevsiî veya tahdidî bir tefsiri mi yapılmak lâzım geldiği bu metotla anlaşılır [21]. Hukukî kaidenin vakıalara basma kalıp mihanikî surette tatbiki her halde merduddur. Hatta istisnaî hükümler denilen hükümler bile mutlak surette tahdidî olarak alınmayacak, belki tenkidî surette kıymetleri düşünülerek tefsir edilecektir [22].

Kanunun metin ve ruhuna göre bir hüküm istinbat edilemediği takdirde kanunda bir boşluk var demektir. Kanun ya muayyen bir hal hakkında hiç bir hukukî kaideyi ihtiva etmez; burada bir boşluk olabilir; fakat bu, menfi bir hal suretini de tazammun edebilir. Veya kanun metne göre halledilecek hâdiseye temas eden bir hükmü ihtiva eder de hâkim bu normun hâdiseye ancak metne göre temas ettiğini, fakat ruh ve gayesine göre temas etmediğini beyan eder, yani bu kaidenin tatbikini reddederek bir boşluk tesbit eder.

Hâkim kanunda boşluk tesbit edince hâdiseyi âdet hukukuna göre halleder. Âdet hukukunda bir norm bulamazsa kendisi vazıı kanun olarak nasıl bir kaide koyması icap eder idise o kaideye göre hüküm eder [23].

Medenî kanunun formülünden anlaşıldığı üzere hâkim, boşluğu doldururken hukukî nizamın müşterek işinde kanun vazıının yardımcısıdır. Hâkim hâdiseyi tipik hale koymağa ve onu esasından halletmeğe mecburdur. Hâkim, hâdiseye hakkını vermek mecburiyetinde olduğu gibi o hâdisenin müsbet hukuk nizamının aykırı düşmesi caiz olmayan bütünü dahilindeki mevkiini de tayin ve tanzim etmekle mükelleftir; yani hâkim burada da iki prensibe riayet edecektir; adalet prensibi, nizam prensibi: Hâkim nısfatı göz önünde tutarken hukukî emniyeti de unutmamalı ve muhafaza etmelidir.

---

[21] Medenî kanunun 485 inci maddesi vasiyetnamenin hâkim veya Notere mutlak suerette tevdiini tasrih ettiği halde bunu temyiz mahkememiz pek doğru olarak tevdi olunmamanın vasiyetnamenin hükümsüzlüğünü mucip olmayacağı yolunda kabul etmiştir, Adliye ceridesi 1937, sayı 6 sahife 173 numara 103 bakınız.

[22] Egger 1 inci madde şerhi not 19. Şekle ait hükümlerin dahi daima pek dar bir tefsirine lüzum yokdur. Meselâ kefaletin sıhhatı, kefilin mes'ul olacağı muayyen mikdarın gösterilmesine mütevakkıfdır. Fakat asıl borç muayyen mikdarda olursa kefalet de ona atfedildikten sonra ayrıca bir mesuliyet haddinin gösterilmesine hacet kalmayacaktır; Çünki bu, asıl borcun mikdarından anlaşılmaktadır: v. Tuhr, kefalet hukuku hakkında mülâhazalar, terceme, Sabri Şakir Ansay, adliye ceridesi 1937, sayı 2, sahife 148.

[23] Zannolunduğuna göre İsviçre medenî kanununun müellifi Eugen Huber bu son formülü Aristo nun etik indeki sözlerden mülhem olarak tertip etmiştir, Schwarz, medenî hukuk dersleri 1. sahife 55; yabancı hukukun alınması ve benimsenmesi, siyasal bilgiler, ikinci teşrin 1935, sayı 56, sahife 11; Tuor, sahife 35 not 13.

G. Del Vecchio, Leçons de philosophie du droit, sahife 34; Reichel, Zu den Einleitung des Schw. Zivilgesezbuches, sahife 337 (57).

Kanun vazii çok defa bizzat, muayyen münasebetleri başka unsurlar için koyduğu kaidelere tâbi kılar. Meselâ borçlar kanununun 217,284 ve 313 üncü maddelerinde, icra ve iflâs kanununun 50 inci maddesinde, sarih surette kıyasdan bahsedilmemekle beraber bilhassa medenî kanunun 5 inci maddesinde olduğu gibi. Bu kaideler öteki münasebetler hakkında tevafuk ettikleri surette ve nisbette tatbik olunacaktır. Bu, kanunun emrettiği kıyas suretile hükümdür. Kanunda tasrih edilmediği halde hâkim de kıyas suretile bir hâdiseyi metni itibarile temas etmeyen başka bir kaideye tevfikan halledebilir ki asıl kıyas budur.

Kıyas (temsil =L'analogie, Die Anlehnung) bir kanunî hükmü kanunda tanzim edilmemiş olan bir unsura, bir A kaidesini doğrudan doğruya kabili tatbik olmadığı bir B vakıası üzerine nakletmekden ibarettir; daha doğrusu bir kaideyi aynı hal tarzını muhik gösterecek surette onunla müşabehet arzeden bir hâdiseye tatbik etmekdir. Kıyas, kanunî unsurdan ayrı düşen vakıanın kanunun tanzim ettiği hâdise ile, bahis mevzuu olan hukukî müesseselerin bir birile müşabehet ve karabetine değil kıymetçe müsaviliğine illetçe birliğine istinat eder. Kanunen tanzim edilmiş olanla haddi zatında o hukukî kaide altına girmeyen unsurlar arasında kıymetçe bir ayrılık varsa kıyasa gidilemeyip mefhumu muhalif ile istidlâl denilen aksini istidlâl lâzım gelir.

Bir veya bir kaç muayyen haller için konulan hükmün başka benzer unsurlar için dahi cari olamayacağı hakkında yapılan istidlâle, aksini istidlâl, mefhumî muhalif ile istidlâl (Argumentum e Contrario, Umkehrschluss) derler. Bu itibarla mefhumi muhalif ile istidlâl bir kaidenin kıyas suretile tevsii ve tatbiki kabil olmadığını ifade eder.

Kanunun bir hali hasseten söylememiş olması, bir hâdise hakkında kanunda bir hüküm bulunmaması, mutlaka kanunun boşluğunu ifade edecek surette bir yanılmaya veya atlamaya atfedilemez; bu sükût söylenmemiş olan unsuru kanunda mevcut hükme tâbi tutmamak maksadile olabilir.

Bir kanunî hükmün teşmil ve tevsi suretile tatbiki mi icap ettiği, yoksa o kaidenin hilâf bir delil mi ihtiva eylediği meselesi, mühim ve ihtilâfları mucip olmuş bir meseledir [24].

Her halde bunları anlamak nihayet kanunu tefsir ile olabilir. Hâkim önündeki metni, onun diğer hükümlerle irtibatını, neticenin makullüğünü ve gayeye uygunluğunu, faydalılığını ve semereliliğini gözeterek ve

[24] v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, cilt 1, sahife 48. v. Tuhr diyorki: kanun bir takım muayyen halleri birer birer tasrih etmiş ve meselâ mahfuz hisseden ve mirasdan mahrumiyet sebeplerini saymış ise bu mikdar katî ve nihaî mahiyette olacağından kıyasen tevsiine cevaz yokdur (Not 160).Kiyas hakkında Rossel, türkce terceme 1 inci cild, sahife 94 bakınız.

1405

bahis mevzuu olan unsur ânatının hukukî kıymetlerini muvazene ederek bunu anlaması ve bulması lâzımdır [25].

Vazıı kanun, bazı hallerde koyduğu kaideye bizzat kendisi «eğer, şukadar ki» gibi sözler ilâve eder. Fakat çok defa da bunu yapmaz. Koy-

[25] Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarrufda bu iş dolayısiyle vuku bulan zararlardan, lehine iş yapılan kimsenin mesuliyeti, kusur ile meşrut değildir (Borçar kanunu madde 413). Vekâlette vekâletin icrası sırasında vukubulan zararlardan müekkilin mesuliyeti kusurlu olmadığını isbat ederse mürtefidir (Borçlar kanunu madde 394). İsviçrede Federal mahkeme kararlarında vekâletin ücretsiz olması halinde vaziyet vekâleti olmadan tasarrufda olduğu gibi hayırhahane ve diğarkâmane bir iş tahammülünden ibaret olduğundan vekâlete kıyasen ve medenî kanunun 1 inci maddesine istinaden müekkilin kusuru olmasa dahi zarardan mes'ul tutulacağı kabul edilmiştir (1922 de verilen ilk karar adliye ceridesinin 1929 yılı 78-79 sayısında tarafımdan tercüme edilmiştir; 2-Nisan-1935 de verilen başka bir karar Claud du pasquier nin Introduction à la théorie et à la philosophie du Droit sinda (tap 1937) sahife 223 (XXXVI) de hülâsa edilmiştir).

Bu karardan kanunun hükümleri arasındaki irtibattan anlaşılan tenakuzları ve mana mübayenetlerini tashihe hâkimin salâhiyeti olduğu da görülmektedir. Bizim temyiz mahkemesinin ihale kararına karşı şikâyet müddetinin ihale tarihinden başlayacağı tasrih edilmesine rağmen (madde 134) mezkûr kanunun 16 ıncı maddesinde olduğu gibi esas itibariyle şikâyeti mucip muameleye vukuf tarihinden başlayacağına dair verdiği tevhidî içtihad kararı da bu hususda bir misal olarak verilebilir; aşağıda 46 numaralı nota bakınız. v. Tuhr, iradenin medenî hukukdaki ehemmiyeti, terceme, Sabri Şakir Ansay, Adliye ceridesi 1938, sayı 9, sahife 1284 bakınız.

Hukuk muhakeme usulünün hâhimin memnuiyeti bahsinde kocanın karısının davasında bulunmayacağı yazılmış ve fakat karının kocasının davasında bulunamayacağı yazılmamış olmasından (madde 28 Numara 2) karının kocanın davasında memnu olmadığı hiç bir zaman isditlâl edilemez (Reichel sahife 104. bakınız).

Ve yine medenî kanunun mirascı nasp olunanların mirascılık sıfatları hakkında ellerine resmî bir vesika verilmesini hâkimden isteyebileceklerini tasrih etmesine rağmen kanunî mirascılara da böyle bir vesika verilebileceğinde tereddüt etmemek lâzel gelir (Galip Gültekin, veraset vesikası, İstanbul Hukuk fakültesi mecmuası, 1937, sayı 11, sahife 318. Bakınız).

Federal mahkeme, Büyük ananın ve büyük babanın torunlarile münasabeti, onları ziyareti ve onların kendilerine verilmesi hakkındaki iddiaları üzerine İsviçre kanununun tarihçesini ve civar memleketlerin hukukunu ve kanun malzemelerini ve hukukî eserleri, ilmî noktai nazarları tetkik, mütalâa ve mukayese ve muvazene ederek ve çocuk üzerinde bunların da böyle bir hakkı kabul edilse her iki tarafdaki ikişer büyük babalarla ana ve baba-yani belki de altı kişi-arasında sık sık dolaşacak ve alınıp verilecek olan çocuğun bedenî, fikrî ve maddî, manevî inkişafının büyük zararlara ve fenalıklara maruz kalacağını düşünerek mefhumi muhalif yolu ile bu hakkın yalnız ana babaya ait olduğu ve büyük ana ve büyük babaya böyle bir hak tanınamayacağını tesbit etmiştir (24-Şubat-928 tarihli olan bu karar yine vaktile tarafımdan tercüme edilerek adliye ceridesinde basılmıştır).

Yine federal mahkeme, mümessilin bizzat kendisile akit yapmasını, yani meselâ müekkilin malını kendine satmasını batıl saymıştır. Bu kararda, kanunun gayelerini ve ilmî nazariyeleri ve borçlar kanunu 436 (bizim 427) inci maddesi mefhumi muhalifini gözönünde tutarak vekilin kendi kendile akit yapmasının bir kaç müstesna hal-

1406

duğu kaidenin istisnalarını tayin etmez. Bu takdirde bu vazifeyi hâkim ifa ile mükellef olur. Hâkim, doğru olan kaideyi ve doğru olan istisnayı tatbike mecburdur. Tahdidî, tevsiî tefsir yollarile bunu yapar ve bu suretle hususî normlar, kaideler teşkil eder. Bunların teşkili kanunun ikmaline ve inşaatının tamamlanmasına yarar [26].

Bazı hallerde kıyas [27] cihetine gidilemez. Bir kaidenin münferiden ikameli suretile bir kanunî normun teşkil de bahis mevzuu olamaz. Bilâkis burada müstakillen doldurulmağa muhtaç bir boşluk ile karşılaşılabilir [28]. Bu doldurmaya münferit, müstakil bir kaide vaz'ı suretile

lerden maadasında caiz olamayacağı neticesine varılmıştır.

Ticaret kanunumuzun 330 uncu maddesi mucibince âzaların yekdiğerlerine niyabeten rey vermeleri caiz değildir. Bu metne istinat ile hariçten bir kimsenin âzaya niyabetle rey vermesi caizdir denebilecekdir. Fakat büyük millet meclisi pek haklı olarak hariçten bir kimsenin tevkili hiç bir suretle caiz olmayacağını söylemiştir (Tefsir numarası 428, tarihi 19-Mayıs-928, büyük millet meclisi kavanin mecmuası, cilt 6, sahife 466).

[26] Borçlar kanunu 117 inci maddesi mucibince borçlunun kusuru olmadığı halde borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur. Binaenaleyh kusuru olmayan bir para borçlusunun da borcundan kurtulması icap ederdi. Halbuki bu kaidenin tatbik sahası tahdit edilmiştir. Para borçlusu kusuru olmadığı halde borcunu ödeyemese dahi 117 inci maddeye rağmen borcundan kurtulamaz. Ve yine meselâ mebiğ yanarsa bayiin o mebiğ üzerindeki bir sigorta mukavelesinden mütevellit alacağının asıl borcun halefi ve bedeli olarak edası mukabilinde bayi borcundan kurtulabilir (Fransız medenî kanunu 1303; Alman medenî kanunu 281; v.Tuhr § 71 I 2; Oser m. 119 şerhi, not 14; H.Titze, Richteramt und Vertragsinhalt, sahife 6.

İsviçre mahkemeleri, Amerikada yerleşmiş olan bir İsviçrelinin mirasına vaz'iyed için gaipliğe karar itasında hususî halleri nazara alarak medenî kanunun 526 ıncı maddesindeki teminat müddetini uzatmıştır.

Bunlar diyalektik usûl ile değil, bilâkis kaideye kıymetini vererek takdir suretile ve ihtiyaca uygunluğu ve semereliliği nazara alınarak, hususî norm teşkili yolu ile ve umumî kaidenin meriyet sahası tayin edilerek tefsir yolu ile olmuştur.

Medenî kanunun 242, 245 inci maddeleri mucibince bir çocuğun nesebinin reddi kocaya veya çocukla beraber mirasçı veya çocuk sebebi ile mirasdan marhum olanlara aittir. Bizzat çocuğa nesebi ret hakkı tanınmamıştır. Federal mahkeme de iki muhtelif kararında çocuğun kendi nesebinin sıhhatını reddetmek salâhiyetini mutlak surette kabul etmemiştir. Bununla beraber son zamanlarda Zürih temyiz mahkemesi pek hususî bir hali nazara alarak çocuğun da nesebi reddetmek hakkını haiz olabileceğini beyan etmiştir. Bu baptaki karar ve kararın tahlili adliye ceridesinin Nisan-1934 tarihli nüshasında (Sahife 3588-3591) tarafımdan tercüme edilen yazıda münderiçtir.

[27] Kıyası, kanunî kıyas (Gesetzesanalogie) ve hukukî kıyas (Rechtsanalogie) diye bir tefrika tâbi tutarlar. Fakat bu tenkit edilmişdir: hakikî kıyas ancak kanunun ve örf ve âdet hukukunun kıyasıdır; hukukî kıyas denilen şey bir kıyas değil, belki hakikî hukuka tevfikan hükümdür; Eger 1 inci madde şerhi, not 39 ile Reichel sahife 61, 62 ye bakınız.

[28] Tefsir ile kıyası birbirinden ayıran hukukculara (Gesetz. u. R. Reichel,

1407

veya bütün normların heyeti mecuasını inkişaf ettirmek suretile olur [29].

Hâkim burada artık doğrudan doğruya kanuna tâbi değilse de evvel ve âhir hukuk teşkilinde esas olan vicdanî yüksek kanunlara tâbidir [30]. Medenî kanunun 4 üncü maddesinde kabul edilmiş olan takdir salâhiyeti hâkime müstakillen kaide teşkili için büyük bir saha vermiştir. Medenî kanunun 23,24 üncü maddeleri, borçlar kanununun 19 ve 20 inci maddeleri de böyledir. Müstakillen kaide teşkili hususunda en mühim yardımcı vasıta «işin mahiyeti» ni mütalâa, mülâhazadır. Dernburg'un dediği gibi hayat münasebetleri kendi ölçü ve nizamlarını bizatihi hâmildirler.

Filhakika hâkim müstakillen bir boşluğu doldururken her şeyden önce objektif bir hukukî kaide aramağa mecburdur. Sırf zevke, şahsî görüşe, meyil ve nefrete, sübjektif hisse göre hüküm vermesi caiz değildir. Hâkim, vazii kanunun hareket tarzını örnek ittihaz edecektir. Akıllı ve âdil bir vazii kanun, keyfe, tesadüfe yahut sırf hisse göre hareket etmeyip umumî, objektif saiklerden ilham alır. Bu gibi saikler konacak kaidenin adalete, nisfata, içtimaî hayata uygunluğu, işin mahiyeti alâkadarların menfaatlarının muvazenesi, âmmenin iyiliği hukukun emniyeti, amelî hayatın, itibarın icapları ve sağlamlığı, halkın veya alâkalı muhitin kanaatı, konacak kaidenin aykırı olmaması lâzım gelen bütün hukuk nizamının obir muhtevaları gibi hususlardır.

Hâkim, gerek tefsirinde ve gerek yeni bir hukuk buluşunda ilmî eserlerden ve kazaî kararlardan istifade eder; daha doğrusu hâkimin bunların yerine haha iyisini ikame edemedikçe ve bunlar hâkimin objektif, ciddî, vicdanî tetkikine mukavemet edecek kuvvetten mahrum bu-

---

sahife 103 ve Einleitungsartikel, sahife 61) karşı kanunun serbest hukuk taharrisi ile doldurulmasını, mevcut hukukî kaidelerin yeni hallere kıyas suretile tatbikını, natemam formüle edilmiş hükümlerin ikmalini ve muhtelif manalara müsait surette formule edilmiş hükümlerin tefsir ve tayinini bir ve aynı faaliyetin, hakikî hukuk taharrisi keyfiyetinin muhtelif kademeleri sayanlar vardır, Die Lücken des gesetzes und die gesetzesauslegung, Walter Bruckhardt, 1925, sahife 82, not 3.

[29] İsviçre medenî kanunu da bizim medenî kanunumuz gibi ölüyü gömme masraflarını kimin ödeyeceğine dair bir hüküm ihtiva etmez. Federal mahkeme, kazaî hukukdan olmak üzere kanunun bu boşluğunu şöyle doldurmuştur: bu masraflar, esas itibarile ölenin terekesinden ödenecektir; fakat ölenin hiç bir malı yoksa ona karşı infaka borçlu olan kimseler (yani karı, koca, cocuklar, ana, baba) tarafından verilmek lâzım gelir.

[30] Eugen Huber diyorki: büyük fikirler ve umumî prensipler ve hakikatlar şuurlu ve belki de şuursuz olarak, bilerek veya bilmiyerek bizim hukukî kanaatlarımızın, hukuk vicdanımızın temelini teşkil ederler (Des grands idées, des pirincipes généraux forment, peut-être à notre insu, la base de notre conscience du droit), İsviçre medenî kanununun avant prajet esbabı mucibesi, birinci cilt, sahife 8

148

lunmadıkça onlardan inhiraf etmesi doğru olmaz [31].

Demek oluyorki bunlar mücerrep olmalıdırlar. Filhakika İsviçre medenî kanununun Almanca metninde görülen hâkimin an'aneden istifade edeceği hakındaki söz, Türk medenî kanununa boş yere girmemiş değildir [32]. Türk hukukçusu ve hâkimi hiç bir vakıt unutmamak mecburiyetindedir ki «Cümhuriyet Türkiyesinde eski kavaidi hayat, eski hukuk yerine yeni kavaidi hayat ve yeni hukukun kaim olmuş bulunması gayri kabili tereddüt bir emri vakidir.» Atatürkün daha 1925 de bizzat ilân buyurdukları bu hakikatleri medenî kanun birinci maddesinde tekrar etmişdir. Teşkilâtı esasiye kanunu mucibince de inkılâpçı olan Türkiye Cümhuriyeti hükûmetinde köhne ve mülga an'anelerin yeri kalmamıştır.

Medenî kanunumuzun bilhassa 1 inci madde 3 üncü fıkrası hukukî nazariyelerin hukuku tatbik edenlere karşı bir şey ifade etmeyeceği ve bir şey vermeyeceği hakkında her hangi bir zehap ve hayali sarih surette men ve reddeder. Hâkim vazifesinin ve şahsiyetinin ehemmiyet ve ciddiyeti namına da hukuk ilminin nazariyelerinden kendisini müstağni kılamaz. Şu muhakkaktır ki ilimsiz hukuk teşekkül edemez ve hukukun tatbikinden semereler alınamaz ve bu tatbikatın netice ve semereleri bilinemez;

Ecnebi mahkemelerinin kararlarında hukukî, ilmî mülâhaza ve mütalâalara mükim bir yer verilmesi ve böyle eserlere atıflarda bulunulması ve bunların sağlam ve zengin esbabı mucibeye iktiran ettirilmesi alâkadarlara emniyet ve kanaat vermekde ve bizzat o mahkemelere büyük bir kıymet ve hürmet kazandırmakdadır. Hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 388 inci maddesi 5 inci numarası ve 439 uncu maddesile 440 ıncı madde birinci numarası da hükümlerin esbabı mucibeli olması lüzumunu tasrih etmektedir [33]. Bu nunla beraber hâkimin hükmünü esbabı mucibe namile nazariyata boğulmuş ve akademik malûmata bürünmüş bir makale haline sokması da doğru bir şey değildir.

Hukuk muhakeme usulleri kanunu mucibince de hâkimin ecnebi hukuku ile teması zaruretinden sarfınazar Türkiyenin bu günkü hukuku

[31] Egger, Schveizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, sahife 24. Rossel: "elles sont le trésor commun où s'alimente la sicience et le commun foyer où s'éclaire ia religion du prétoir„ cild 1 § 53, sahife 61 (terceme 1 inci cilt, sahife 97).

[32] Schwarz, medenî hukuk dersleri 1, sahife 72 sonu; Sabri Şakir Ansay, hukuk gazetesi 4-Şubat-936, Numara 12 sahife 4 bakınız.

[33] Vaktile yazılmış türkçe bir eserde bir hâkimin hükümlerini tefhim ederken evvelâ önündeki kürsü üzerinde bulunan kanuna işaret ederek "bundaki maddei kanuniyeye„ ve sonra da elini başına götürerek "ve buradaki esbabı mucibeye tevfikan„ dediğini ve hükümlerini bu suretle esbabı mucibeye iktiran ettirmiş olduğu zannında bulunduğunu okumuşdum.

409

İsviçre, Alman ve Fransız hukukundan birçok iktibaslarda bulunmuş olmasına, yani mevzuatımızda bilfiil bir hukuk mukayesesi tatbik edilmiş bulunmasına göre tatbik edeceği hukuk hakkında şuurlu olmak isteyen hâkim, bilhassa bu kukukiyata kendisini yabancı sayamaz. Hukuku ve hukukumuzu anlayabilmek için mukayesei hukuk Türk hâkimine büyük yardımlar edecektir.

Nasyonal sosyalist Almanyasının bir hukuk akademisi içtimaında değerli âlim profesör Heymann diyor ki: Bir hukuk ilmi esas itibarile bütün milletlerin ve her zamanın hukukunun ilmi olarak mümkündür. Nasılki Fransa için bir nebatat, yalnız Almanya için bir çoğrafya, yalnız Avrupa hakkında bir tarih bilgisi ve yalnız bir lisan için bir lisan tetkikatı da yoktur. Bir memleket, bir sayin merkezini teşkil edebilir; fakat her ilim mahiyeti icabı beşerin vukuf kudretinin yetişebildiği nisbette her şeyi muhit olacaktır.

Profesör Egger'in dediği gibi hukukî teşrih, tıbbî teşrihden daha az müşkilât arzetmez. Ancak hayat münasetlerini bilen kimse, kanunî hükümlerin takip ettiğe gayeleri anlayabilir ve ancak o kimse o hükümleri tenkidî surette takdir ve şumullerini ihata ve ancak o, hukukun tekâmülü işinde muvaffakiyetli bir hizmet ifa edebilir. Bunun için hâkimin para, kredi, sigorta münasebetlerinin modern inkişaflarını, iktisadî cereyanları bilmesi de lâzım gelecektir [35].

Medenî kanunun bahsettiği kazaî kararlar, bilhassa temyiz mahkemesinin kararlarıdır. Bu kararlar ne kadar sağlam esbabı mucibeye ve objektif mesnetlere istinat ederse ilmî otorite ve kıymetleri o kadar kuvvetli olur. Hukukun emniyeti ve istikrarı noktasından da buna zaruret vardır. Bunun için temyiz mahkemesi içtihatlarının iyice tartılmış ve bizzat yüksek mahkemeyi de ikna etmiş ve taallûk ettiği hâdisenin hususiyetini, karekterini teşhis ve tebarüz ettirir surette tezahür etmiş, dairelerce verilen emsal kararlarını göz önünde tutmuş olmaları lâzımdır. Aksi takdirde hukukda bir muayyeniyet elde edilemez; hukuk iptidaîleşir ve bir dedikodudan ibaret kalır; tatbikat tesadüfî olur; bu suretle lüzumsuz davalar çoğalır ve neticede bizzat temyiz mahkemesinin işleri artacağı gibi mümasil hâdiseler hakkındaki kararlar arasında sık sık başkalıklar görü-

[34] Zeitschrift der Akademie für Dentsches Recht, Nisan-1935, nüsha 4. Schwarz, Medenî hukuk dersleri 1, sahife 92,93 bakınız. E. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, bilhassa sahife 8-11 ve sahife 23 sonuna bakınız.

[35] Sabri Şâkir Ansay, Hukuk muhakeme usulleri, sahife 70 baş tarafa bakınız. Eugen Ehrlich, die bewährte Lehre und Überlieferung, Schw. Y. Z. 15-İkincikânun-1920, sahife 226. Egger, Schw. R. und Rechtswissenschaft, 41,42. İbrahim Fazıl, İktisad, 1 inci cild. 1928, sahife 21,22. W. Röpke, yücel dergisi, Nisan 1936, sahife 27 bakınız.

1410

lür; hukukda vâhdet, emniyet ve istikrar sarsılır [36]. Temiz mahkemesinin baş vazifesi ise şüphesiz bu vahdeti, emniyeti ve istikrarı başarmakdır.

Mahkemeyi temyiz kararlarının gerek avukatlar ve gerek hükme memur hâkimler üzerinde hukukî terbiye noktasından da büyük bir rolü vardır. Yüksek mahkeme kararları ilmî muhtevadan mahrum olursa avukat ve hâkim derhal bu yolu tutacak ve tetebbudan ve ilimden uzaklaşarak hukuka karşı laübaliliğe düşecektir. Bu,şüphesiz o memleketin ilim ve hukuk âleminde umumî bir inhitata sebep olur.

Temyiz mahkemesinin hiç olmazsa tevhidi içtihad kararları ve heyeti umumiye kararları ilmî, hukukî esbabı mucibeye istinat etmelidir. Böyle olmazsa kanun ve hukuk ilmi ile tatbikat arasında bir ahenk, münasebet tesis edilmez. Hâkim ile hukuk ve hukukcu bir birinin temamen yabancısı olur ve bir birinin dilinden anlyamaz hale gelir [37].

Bu vasile ile son günlerde temyiz mahkememizi meşgul eden bir meseleyide bahis mevzuu etmeliyim:

Temyiz mahkemesi velevki içtihadı tevhid suretile olsun verdiği bir karardan mühim ve ciddî sebepler altında rücu edebilir. İçtihadı tevhit kararlarının hususî dairelerce muta olması fikrimce o kararı veren aynı umumî heyetin içtihadını kuvvetli esbabı mucibe altında değiştirmesine mani değildir. Temyiz teşkilâtına dair kanunda (1321 numaralı kanunun 8 inci maddesi) yazılı olan bu mutaiyet, ingiliz hukukunda olduğu gibi bir bağlılık ifade etmez [38]. En sağlam hukuku bulmak ve hayatı takip etmek vaziyet ve mecburiyetinde olan temyiz mahkememiz daha iyi hal suretleri elde ettikçe eskisi yerine bunu ikame edebilir ve etmelidir. Aksi telekki yanlış bir içtihat karşısında kanunu ihmal demek olur [39] .

---

[36] Karl Schmidt, Gesetz und urteil; Reichel, gesetz und Richterspruch; Eugen Ehrlich, Bewährte Lehre und Überliefermg. Burada Kant in şu meşhur sözünü hatırlamak lâzımdır:

"Handle so, dass die Maxime deiner Handlung ein allgmeines gesetz verden Könne„.

[37] Meselâ temyiz mahkemesinin ikrar hakkındaki 9-4-932 tarihli ve 2072 numaralı tevhidi içtihad kararı ile (Sabri Şakir Ansay, hukuk gazetesi, 4-Şubat-936, sahife 6) hukuk heyeti umumiyesinin kanunu medeninin 150 inci madde 5 inci numarası hakkındaki 26-5-937 tarih ve 2/12 esas 28 numaralı kararına bakınız. Bu kararlar hiç bir kauunî, hukukî, ilmî mesnede istinat ettirilmemiş ve her hangi bir okuyucuyu tatmin ve iknadan mahrum bırakılmıştır.

[38] Schwarz, İngiliz hukuku ve kontinental hukuk, Ankarada verilen konferans, hukuk fakültesi mecmuası, 1937, sayı 10.

[39] Ya kanun mer'idir, ya içtihat. İçtihat ile takarrur eden yanlış hir tatbikatın önüne şüphesiz yeni sarih bir kanun ile veya teşrîî bir tefsir ile geçilebilir. Fakat mesbuk içtihadı ortaya koyan merci yanlış içtihadından dönebilir ve dönme-

Avrupa temyiz mahkemeleri arasında yüksek mevki alan İsviçre temyiz mahkemesinin esbak reisi Stoss, Federal mahkemenin 50 inci yıl dönümü münasebeti ile irat ettiği nutukda (1925): Biz bir çok ve neşredilmiş bazı kararlarımızın zafını itiraf ederiz. Biz her türlü tenkitleri ve tenvirleri memnuniyetle karşılarız. En yüksek mahkeme kararlarına karşı tenkit dahi temenniye şayandır. Bu, adaletin ve bizzat federal mahkemenin menfaatınadır. Bu tenkit, bu yüksek mahkemeyi yeni bir hukukî hâdisede evvelki hukuk telekkisini yeniden gözden geçirmeğe ve tashihe vesile verir, demiştir. Profesör Egger bunun için «yegâne doğru görüş budur. Tenkide karşı münfail olan bir yüksek mahkeme bunun zararlı neticelerini bizzat çekmeğe mecburdur» der.

Maruzatımı hulâsa ederek diyeceğim ki hukukî normlar bir nazariye hatırı için konulmuş değillerdir. Ve yine hukuk kaideleri tabiat kanunları gibi olanın kanunları (Seinsgesetze) değil, bilâkis olması gereğenin kanunları (Sollensgesetze) dir [40]. Kanunun gayesi, cemiyet hayatının ve münasebetlerinin nizamıdır. Hukuk kaideleri beşerin muayyen bir hareketine müteveccihdir, matuftur. Bu normlar bir hareketi tasvip ve teshil ve men ederler. Bu suretle insanın hareketi hukuk tarafından ahlâk, âdet tarafından olduğu gibi takdir olunur. Bu ittibarla hukuk kaideleri kıymet hükümlerine müstenittir. Müfessir hukuk kaidelerini nısfat ve adalete, hakiki hukuk mefhumuna ve içtimaî mefkûreye uygun surette tefsir edecektir [41].

Kelime ve mefhum hukukçu için lâzımdır. Ve yine hukukçu mantıkdan da müstağni değildir; fakat hukukçu bir riyaziyeci gibi hareket edemez; elindeki kelimeleri, mefhumları riyaziyecinin rakkamları gibi kullanamaz.

Hâkim, kelimeden manayı araşdırır; mefhumları takdir eder; onlara kıymet verir ve en iyi manayı seçer. Hakim, hüküm işinde fena, çürük bir mantıkla iktifa edemez. Ona sağlam bir mantık lâzımdır. Aksi takdirde iskolastik kazaya, paragraf, mefhum içtihadı denilen yola gidilmiş, düşülmüş olur.

---

lidir. Bunun için kanun vazını sık sık harekete getirmeğe mahal yokdur. Hatta mesbuk hükme bağlılık hâkimin kanuna bağlılığı ile bir tenakuz teşkil edeceği söylenebilecekdir. Halife ömere isnat olunan İskenderiyye kütüphanesinin yakılması rivayetinde olduğu gibi içtihat ya kanuna uygundur, ya aykırıdır; uygun ise zaittir, aykırı ise merduttur.

[40] Richard Honig, hukuk başlangıcı ve tarihi, Türkçeye çeviren M. Yavuz, sahife 14-16: hukuk felsefesi, Türkçeye çeviren M. Yavuz, sahife 34 ve N 1. İbrahim Fazıl, İktisat, cild 1, sahife 14 bakınız.

[41] Stammler, Lehrbuch § 129. G. Del Wecchio, Leçons de philosophie du droit, sahife 194. Fuad Hulûsî Demirelli, şuurun kiymeti. fikir hurriyeti ve yaşayan hukuk, Adliye Ceridesi 1938 ssyı 1 ve 2, bilhassa sahife 11, 3 bakınız.

1412

Bütün bu sebeplerden dolayı hâkimin hükmü, tabiî surette bir enfüsî boya ile boyanacaktır; yani hakimin şahsiyetinin kaza işinde büyük bir rolü vardır. Her halde kanunların kıymeti, hâkimlerin değeri ile ölçülür sözü büyük bir hakikatı ihtiva eder.

Filhakika hukukun tatbiki bir sanattır denebilir ve böyle de denilmiştir. Nasıl bir sanatkâr yalnız kendi malzemesini değil, belki tekniği, aletlerinin sanat veçhile istimalini de istihkar ve istihfaf edemezse hâkim de aynı suretle kanun maddelerinden başka hukukun tatbikine ait sağlam metoda da sahip olmağa çalışmak mecburiyetindedir [42].

Hâkimin faaliyetinde bir sanat unsuru vardır. Bu faaliyet bilginin ve yapabilmenin, ilim ve sanatın kendine mahsus bir imtizacıdır. Ancak kuvvetli, metîn ve zengin bir şahiyyeti olan kimse iyi bir hâkim olabilir.

Görülüyor ki hâkimin hukukî kaideleri kıymetlendirme ve takdir etme salâhiyeti ince ve nazik bir iştir. Her halde hâkim mutlak surette serbest değildir. Kanun hilâfına hüküm veremez, bilerek ondan yüz çeviremez. Kanunsuz kaza hissî bir kaza olur ve bu da kolayca zulme varabilir. Hâkim, hususî bir şahıs değil, bir devlet organıdır; umumî hukuk nizamının emir ve hizmetinde bulunmakdadır. Hukukdaşlar ona karşı objektif takdir düsturlarına göre hüküm verecektir diye itimat etmekdedir. Hakim de bu tasavvurun füsunundan kendisini kurtaramaz. O da bilir ki adaletin tevzii ve hukukî emniyet ancak bu suretle mümkün olur.

Hâkim işin mahiyeti, ahlâkî mükellefiyet, hale münasiplik, hukuk fikri, hukuk şuuru, adalet, hakikî hukuk, hüsnü niyet gibi umumî esasları ve yine teşkilâtı esasiye kanunumuza giren devletçilik gibi umdeleri kanunun tefsiri için hattı hareket ittihaz ederse de bunlar hâkime kayıtsız, mutlak bir takdir için verilmiş birer açık mektup, doğrudan doğrya kanunun yerini almış mefhumlar değil, belki kanunun boşluklarını doldurmak için istinat notları teşkil ederler. Hâkim kıyas ve istisnaî kaideler teşkil etmek suretile kanunun metni ve en yakın manası üstüne çıkarsa da bunlar kaideyi ıslah suretile teyit ve kanunu ikmal etmekden başka bir şey değildir. Fakat hâkim meselâ bir müruru zamana veya şekil hakkındaki ahkâma istinadı hüsnü niyete muhalif olduğundan bahsile hükümsüz sayamaz. Nüfusun teksiri millî gayelere uygun olmakla beraber iki evliliği terviç edemez. Evlenmenin teshili Türkiye Cumhuriyeti hükümetinin esaslı temennilerindendir diyerek nişanlılar arasında bir evlenmeğe icbar davasını dinleyemez [43].

[42] Germann, grundzüge der gesetzesauslegung. Zeitschrift für schveizersiches Recht 43, sahife 215.

[43] Schwarz, yabancı bir hukukun alınması ve benimsenmesi, Siyasal bilgiler, ikinci teşrin 1935, sayı 56, sahife 11; Sabri Şakir Ansay, hukuk gazetesi, 4-Şubat-936,

1413

Bununla beraber kanuna itaat bizzat kanunu istihfafa ve hukukun otoritesini imhaya mal ve bedel olmamalıdır. Hukukî kaide açıkdan açığa haksızlığile beraber o kaideye göre verilecek hühümde her hangi himayeye lâyik bir menfaat tamamen mefkud olur, kanun daha iptidadan bir mana ifade etmez, veya kanunun manası bütün bütün abes hale inkilâp eder ve hal ve vaziyetin inkişafı neticesi olarak tamamen faydasız ve gayesiz kalırsa hâkimin o kanunu tatbik etmesi sobanın yakılması emrini alan hizmetçinin yaz ortasında bu emri yerine getirmesi, muayyen bir mevkii topa tutmak üzere kumandanından bir emir alan askerin o mevkii vatandaş taburları tarafından işgal edildiğini gördüğü halde ateşde devam etmesi gibi olacaktır. Yetişmiş bir kimseyi emzik sütü ile beslemekde devam ölümü intaç eder [44].

Bu mülâhazalarla Alman, Fransız, İsviçre hukukunda olduğu gibi hâkimin her halde kanunun tahrir yanlışlıklarını tashih salâhiyetini haiz olduğunu kabul etmek lâzımdır. Ve yine hâkim kanunun umumî muhtevasından ve hükümleirin umumî irtibat ve ahenginden anlaşılan mana tenakuzlarını düzeltebilir [45].

Sözlerimi müsaadenizle Cumhuriyet Halk Partisi pek muhterem sekreterinin en yeni bir nutkundan [46] istiane ederek bitireceğim:

Numara 12 sahife 4. Son zamanlarda bir hâkim, medenî kanunun 310 uncu maddesini, bir türk kızının evlenme vaadi olmaksızın münasebatı cinsiyede bulunmayacağı esbabı mucibesile böyle bir vaadi tahkika lüzum görmeyerek ihmal etmiş ve müddeaaleyhin babalığına hükmetmiştir. Bu hissî kazaya bir misal olabilir; kanunun sarih hükmüne ve hakikî hayata uygun değildir. Böyle bir telâkki karşısında meselâ bütün bir ceza kanununu da tanımamak lâzım gelecektir. Almanyada bir, müddeaaleyhin avukatı, müvekkilinin çoçuğu tarafından yaralanan bir çocuğun babasının açdığı tazminat davasına karşı mahkemeden bu davanın reddini istemiş ve müdafaası sadedinde esbabı mucibe olarak nasıyonal sosyalist hükûmetince evlenme ve nufusun teksiri matlup oldnğundan müvekkili mahkûm edilirse çocuklarının fiillerinden dolayı tazminat vermek korkusile kimsenin evlenmeyeceğini ve çocuk yetişdirmeyeceğini söylemiştir.

[44] Hans Reichel, Einleitungsartikeln des schwcizerişchen Zivılgesetzbuches, sahife 53; Gesetz und Richterspruch, sahife 139 ve sonrakiler, 151, 152; Egger, 1 inci madde şerhi, Not, 43

[45] Hâkim meselâ ticaret kanununun 345 inci maddesindeki haciz sözünün hacir olduğunda şüphe olmadığından ve başka bir çok maddelerde de iflâs ve hacirden bahseldildiğinden teşrî yolunda bir tashih beklemeğe hiç mahal olmaksızın bunu bizzat doğrultabilir; medenî kanunun 553 üncü maddesinin tekrarı gibi yanlış bir tab'a uğrayan 552 inci maddesi, 554 üncü maddedeki tasfiye hükmüne ve kanunun diğer hükümlerile olan irtibatına göre tasfiye hakkında bir hüküm olarak tashih olunmak icap eder; Borçlar kanununun 188 inci maddesi hakkında Sabri Şakir Ansay, Hukuk gazetesi 4- Şubat-936, sahife 4,5 ve yukarıda not 25 bakınız. Keza icra ve iflâs kanunu 180-183 üncu maddelerile 220 inci maddesine bakınız,

[46] Bu yıl halk evlerinin yıl dönümü münasebetile söyledikleri nutukdan.

1/4/4

Hiç şüphe edemeyiz ki yeni kurulan devlet için yeni nizam ve müesseseler lâzımdır. Bu devlet ve memleketin benliğini ve kudretini israf veya ihmal eden eski ve yabancı muzır müesseseler ve fikirler kaldırılmıştır. Atatürkün açdığı, nurlu ve mes'ud yolda yürümiye kendi vicdanımıza, milletimize ve vatanımıza karşı söz vermiş bulunuyoruz. Hepimiz büyük kütlerinin bir vazifesini üzerimize almış adamlarız. Milletin reel ihtiyaçlarını ve menfaatlarını koruyucu mütekâmil bir hukukun yaşamasını temin vazifesi vazıı kanun ile birlikde hakukçulara bilhassa kaza sahasında faaliyette bulunanlara müteveccihtir (47). Bu bir saatlık toplantı bu vazifenin ehemmiyetini tebarüz ettirmek yolunda sarfedilen mesaiye bir şeyler katabilmiş ise kendimi bahtiyar sayarım.

---

[47] Eugen Ehrlich, die Bwährte Lehre und Überlieferung, Schw.Y. Z. 15 İkinci kânun 1920, sahife 226.

145

No: 113

Türkiyede Yabancıların Hukuku ve Statut Personnele Meselelerinin Tatbiki. [*]

I

TEŞEKKÜR

Konferans veren: Suphi Nuri İLERİ
Yüksek Ticaret Mektebi Profesörlerinden

Muhterem dinleyicilerim;

Evvelâ bana bugün huzurunuzda bu konferansı vermek fırsatını veren türk hukuk kurumuna ve beni dinlemek lûtfunda bulunduğunuzdan dolayı hepinize teşekkürlerimi takdim ederim.

Sonra da bu konferansı verebilmekliğim için derslerinden ve eserlerinden istifade ettiğim ve isimlerini birer birer iftiharla sayacağım Devletler hususî hukuku üstatlarına hürmetlerimi sunarım:

Merhum hocalarım Eriğ ağası zade Hasan Sırrı beyin, Louis Renauld ve A. Pillet'nin aziz nam ve hatıralarını yadettikten sonra Muammer Raşit Seviğ, Nusret, Mustafa Reşid Belgesay, Abdülhak Kemal Yürük, Kemalettin Birsen gibi türk profesörlerine vücuda getirdikleri kıymetli eserler ve yetiştirdikleri binlerce talebe için şükranlarımı arzeylerim.

Ezcümle hastalığı zamanında uzun müddet İstanbul Hukuk fakültesiyle Yüksek iktisat ve ticaret mektebindeki kürsüsünü ve dersini bana vekâleten veren ve (Yasaların çatışması) namındaki eserimi vücuda getirmeğe, genç üstad Abdülhak Kemal Yürükle beraber, imkân veren büyük arkadaşım Muammer Raşit Seviğe karşı duyduğum minttarlığı memnuniyetle tekrar eylerim. [1]

---

[*] Bu Konferans 22-1-938 de Ankara Halkevinde verilmiştir.

[1] Hasan Sırrı Bey — Hukuku Hususiyei Düvel
Muammer Raşit — Hukuku Hususiyei Düvel
„ „ — Devletler Hususî Hukuku (Birinci Cild)
Abdülhak Kemal Yürük — Devletler Hususî Hukuku (Dört cild)
Kemal Birsen — Devletler Hususî hukuku (Birinci Cild)
Mustafa Reşid Belgesay — Tabiiyet Hukuku ve Hukuk mecmuası
Ahmed Şükrü Esmer — Siyasal Tarih

1416

II

BAŞLANGIÇ

Türkiyede yabancıların malik oldukları hukukun neden ibaret olduğunu ve bunun bir kısmı olan (Statut Personnel) meselesinin nasıl tatbik edildiğini izah etmezden evvel, A. — Yabancı kimdir? B. — Hukuk ne demektir? C. — Kanun ile muahedenin farkı varmı dır? üç suale cevap vermeliyim:

A. — Yabancı kimdir?

Yabancı Türk vatandaşı olmayandır. 1928 de mer'iyete giren Türk vatandaşlığı kanunu kimlerin Türk olduğunu veya olabileceğini tayin ediyor. Türk anadan doğan veya babadan olan Türktür. Türkiyede yabancılardan doğanlar eğer Türkiyede oturuyorlarsa Türk olabilirler, telsik kaidesi ile Türkiyede doğmamış olan yabancılar bile Türk olabilirler, muhaceret ile, mübadeleye tâbi olmakla, veya ilhaklardan sonra hıyar hakkını kullanarak Türk olunur.

Türk olanlar Türk kanunlarının temin ettiği bütün haklara maliktirler, Türk olanların iki mukaddes vazifesi vardır: Sadakat ve Askerlik. Bizim kanunumuza göre Türk vatandaşı olmayanlar ise bizim nazarımızda yabancıdırlar. Fakat yabancılar bir türlü değildir, bir kaç çeşit yabancıya rast gelinmektedir. Meselâ, muayyen bir devletin tebeası veya vatandaşı var, İngiliz veya Fransız vatandaş veya tebeası gibi; hiç bir devlete bağlı olmayan ve vatanı bulunmayanlar var, Heimatloslar gibi; aynı zamanda bir kaç Devletin kendilerini tebeadan telâkki ve iddia ettikleri kimseler var; henüz hıyar hakkını kullanmamış olanlar var; himaye veya manda altında bulunanlar var; Milletler Cemiyetinin himayesindekiler var, v.s. . . .

İşte bütün bu yabancılara ayni surette muamele etmek kabil değildir. Her birine ayrı bir muamele edilecektir. Ezcümle bir kimseyi hem Türkiye ve hem de yabancı bir Devlet vatandaş addedecek

---

Reşat Ekrem — Osmanlı muahedeleri ve Lozan 1923-1300
Ali Reşad ve Macar İskender — Kapitülasyonlar tercümesi
Engelhard — Türkiye ve tanzimat (Ali Reşad tarafından tercüme edilmiştir.)
Suphi Nuri İleri — Hususî Haklar
" " " — Yasaların Çatışması
" " " — Sevr ve Lozan
" " " — Günün Hukukî ve içtimaî meseleleri
" " " — Güçler Arası Hukuku
" " " — Le régime representatif en Turquie

1618

olursa bizim için yapılacak tek bir iş var, o da onu Türk olarak kabul etmektir. Yabancılara Türk kanunları, ve muahedeleri, karşılıklı olarak, bir çok haklar vermişlerdir.

Her Devlet kendi mülkünde oturan insanların kimlerden mürekkep olduğunu, tebea veya yabancı mı olduklarını bilmek ister. Çünkü hiç bir Devlet herkese ayni hukuku veremez ve herkesden de aynı vazifeyi bekliyemez. Meselâ, Sadakat ve Askerlik yalnız yurtdaşların borcudur, bu mukaddes vazifeler yabancılardan istenemez. Hasılı tâbiiyet ferdleri muayyen bir Devlete siyasî ve hukukî bağlarla bağlar. Yabancılar bu tâbiiyyet bağlarının dışındadır. Her ne kadar yabancılar bahsında yabancı hükmî şahısları var ise de ben bu gün burada yalnız ferdlerden bahsedeceğim.

B — Hukuk ne demektir?

Bu sualin doğru bir cevabı şimdiye kadar bulunup verilmemiştir. Hukuk var mı, varsa neden ibarettir? Bir hukuk mu var, bir çok mu? Hukuk tabiî midir, İdealmidir? Akıl ve mantıkdan mı gelir, yoksa realiteden mi doğar? Hukuk ferdinmi eseridir, cemiyetin mi, yoksa devletin mi? Hukukun ahlâkla farkı var mı ve münasebetleri nedir? Hukukun müeyyidesi meselesi ne demektir? Hasılı hukuk kuvvetin mi eseridir, menfaatın mı, yoksa tarafların rızasının mı?

C — Kanun ile muahedenin farkı var mıdır?

Kanun hukuku tayin ve tesbit eden vasıtadır, hukuk ise kanunun verdiği salâhiyettir (Ihering).

Kanun emir ve nehi eden veya müsaade eyleyen ve herkesin itaat etmesi lâzım olan içtimaî kuvvet tarafından konan kaidedir. (Beudent) Kanun umumî bir kaidedir, hususî hâdise için olmayıp hallettiği aynı mahiyette bulunan bütün hâdiseler içindir. (Planiol)

Hasılı kanun her vakıt kendisine itaat ve riayet emreden bir müeyyide kuvveti ile birlikte vücuda getirilir, kanunî teşrî kuvveti meydana koyar ve kaza ve icra kuvvetleri de tatbik eyler.

Esas teşkilât kanunu M. 5 "teşrî salâhiyeti ve icra kudreti Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder."

Muahede ise arsıulusal kanunudur; muahede ulusal kanuna rağmen mer'îdir; muahede kanun değildir, mahiyetçe kanundan üstündür; muahede iki veya daha ziyade milletleri birbirine bağlayan bir muameledir, kanun ise bir taraflıdır; bir kanunun bir muahedeyi tadil edeceğini iddia etmek iki taraflı bir akitte taraflarından birinin istediği gibi hükümleri değiştirebilmesi hakkını tanımak demektir. (Pillet).

1418

Kanun ile muahede hükümleri arasında taarruz olursa muahede üstündür; muahede âkitlerden maadasına şâmil değildir, fakat en ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesini kabul etmek, muahedeyi âkit olmayanların kabul etmesi için açık bırakmak, âkit memleketlerde sadır olanların tenfizi maksut ise, yabacıların da orada bir ilâm alabileceği için, âkit olmayanlara da şâmil olabileceğini kabul etmektir (Weiss).

Esas teşkilât kanunu M: 26 «Büyük Millet Meclisi Devletlerle muahede ve sulh akdi gibi vazifeleri bizzat kendi ifa eder.»

Hasılı Büyük Millet Meclisi bir muahede aktettikten sonra onun hükümlerine muhalif bir kanun vazetmekten çekinmelidir, aksi takdirde hem o yeni kanunu tatbik edecek olan türk hâkim ve memurları müşkül mevkide kalır, hem de bundan müteessir olan yabancı, mensup olduğu Devlete şikâyet edebileceğinden, ihtilâf da Lahi adalet divanına kadar gider ve orada bizim murahhaslarımızın hukukî müdafaaları müşkülleşir [1].

III

TARİHÇE

Türkiyede yabancıların malik oldukları hukukun bu günkü vaziyetini tetkik etmezden evvel biraz da maziden bahsetmek zarureti var. Gerek islâmiyette ve gerek Osmanlı devrinde (Uhudu atika) denilen (kapitülasyon) lardan kısaca bahsettikten sonra Devletin hâki-

[1] Doçent doktor Orhan Arsal, İstanbul (Baro) mecmuasının 9 uncu sayısında (Dahilî hukukta muahede kanun mudur?) adlı makalesinde bilâkis şu mütalâada bulunuyor :

1- "Türk sisteminde muahede ve kanun ayrı ayrı hukuk sahalarına ait bulundukları için muahede hiç bir zaman esas teşkilâttan üstün olamaz.

2- Muahede âdi kanunlardan üstün değildir. Sonraki bir muahede millî kanunu tadil edemez.

3- Kabul edilmiş bir muahede âdi kanunla bir ayarda değildir. Bu itibarla (Lex Posterior) kaidesini ancak kanun lehine tatbik mümkündür.

4- Kabul edilmiş bir muahede kanundan aşağı bir derecedir. Binaenaleyh sonraki kanun önceki muahedeyi tadil hatta tamamen feshedebilir. Fakat diğer tarafın rızası olmadan yapılan fesih uluslararası bir suç teşkil eder. Ve bu hareketin mes'uliyeti Devlete teveccüh eyler.

Demek oluyor ki Devlet kabul ettiği muahedelere göre kanunlarını tadil eylemeğe mecburdur. Millî kanunla taarruz halinde muahedenin tatbik edilmemesinden doğacak mesuliyetde ona racidir; yoksa millî kanunu tatbika mecbur olan hâkime değil„.

1619

miyet, istiklâl ve şerefini sarsan bu belâlardan Koca Reşit paşadanberi Babıâlinin kurtulmak için ne gibi teşebbüslerde bulunduğunu ve ne dereceye kadar muvaffak olduğunu arzeyleyeceğim:

1 — İslâmiyette

İslâmiyeti kabul etmezden evvel ecdadımızın yabancılara nasıl muamele edip onlara ne gibi haklar tanıdığını bize öğretmelerini erbabına bırakıyorum. İslâm olduktan sonra Türkler yabancılara aynı ile İslam devletlerinin yani Arapların yaptıkları muameleleri ve verdikleri hakları temadî ettirdiler. Çünkü Osmanlı Türkleri maalesef sonuna kadar yani, ta Atatürk devrine hadar, İslâm ve Arap tesiri altında kalanak kendi benliklerinden bile vazgeçmişlerdi.

İslâmiyette yabancılara edilen muamele şu idi: Evvelâ müslim olmayanların memleketleri fetholunduğu vakıt halk İslâmiyeti kabul etmeğe davet edilirdi. Bu davete icabet etmeyenler ise (cizye) vermekle mükellef tutulurlardı. (Cizye) nisbî bir vergidir. Bunu verenler (zimmî) olurlardı. Bu gibi (zımmîler) müslimlerin malik oldukları haklara malik idiler. Tabiî siyasî haklardan yalnız müslimerden istifade ederdi. Fakat bir de fetih olunan yerlerin halkından olmayan ve sırf ticaret veya seyahat maksadiyle gelen asıl yabancılar da vardı. Bunlara (müstemin) denirdi. (Müstemin) gayrin dârına (âman) ile giren kimsedir. Hatta bu tabir yabancı memleketlere giden müslimlere de şâmildir. (Müstemin) bir seneden fazla kalırsa (cizye) vermeğe mecbur tutulup ve artık (zimmî) olur, ve bir daha kendi memleketine gidemezdi. (Müstemin) harice mal çıkaramazdı. Toprak satın alsa haraç verirdi.

(Zımmîlerin) konsolosu veya o ayarda bir hâkimin bulunmadığı gibi hukuk, ticaret ve ceza davalarında müslimlerin tâbi olduğu kazadan başka bir kazaya da bağlı oldukları görülmemiştr. Onların müslimlerden ayrı yeri yalnız dinlerinin ve mezheplerinin icabı olan muamelelerdir. İslâmların (Kapitülasyon) imtiyazları vermelerinin bir çok sebeblerinden biri de şeriat hükümlerine göre muvakkat bir mahiyeti olan (müsteminlik) müddetinin hitamında ya memleketi terke ve yahud (zımmî) liği kabule müncer olan neticesinden bu mümtaz yabancıları korumaktır.

Hasılı İslâmiyet yerli ile ecnebiyi pek iyi ayırmış ve her birinin hakkını ve vazifesini tayin eylemişti. Burada bir yandan din gayreti yani herkesi islâm etmek arzusu ve öbür yandan da hazineye varidat bulmak kaygusunu görüyoruz.

1420

2 — Konsolosluk müessesesi

Bir yandan islâmiyetin yabancılara iyi muamele etmesi, öbür yandan da Ehlisalip muharebeleri Şark ile Garp arasında ki ticarî münasebetleri meydane getirmiş oldu. Fakat yabancıların miktarı arttıkça mensup oldukları Devletler, bunları başı boş bırakmak istemediklerinden ve himaye etmeği kendilerine bir hak ve bir vazife bildiklerinden, konsoloslar gönderdiler. İslâm memleketleri bu konsolosları kabul edip yabancıların hukukî ve ticarî vaziyetlerini arsıulusal bir şekilde tanzim etmekte faide buldular.

İşte yabancılara (Kapitülasyon) denilen hukukî, ticarî ve malî imtiyazlar bahşolunması bu suretle ortaya çıkmıştır. Hatta şarkın hristiyan kralları bile Avrupalı yabancılara bu gibi imtiyazlar vererek hristiyanlar arasında da bir çeşit (Kapitülasyon) lar vücuda getirmişlerdi.

3 — Osmanlılar saltanatında

Osmanlılar fethettikleri yerlerde gerek Bizanslılardan kalma ve gerek İslâm hükûmetleri tarafından verilmiş bir takım imtiyazlar yani (Kapitülasyon) lar buldular. Ezcümle Fatih İstanbulu aldığı vakıt Cenevizlilerden yardım gördüğü için bunlara Bizanslıların vermiş oldukları imtiyazların bir kısmını tanıdı. Fatihden sonra gelen padişahlar da cülûslarında bu (Kapitülasyon) ları tecdit ve hatta takviye ettiler.

Vakıa bize İstanbulu ve hatta bütün Rumelini verdiği için Fatih büyük bir padişahtır. Fakat Fatih İstanbulu aldığı zaman kurduğu muazzam Osmanlı İmparatorluğunu da kundaklamış bulunyordu. Çünkü İstanbula girer girmez bir yandan Rum Ortodoks Patrikhanesine verdiği fermanlarla hâkimiyet ve saltanatın bir kısmını mağlup ettiği hristiyanlara verdiği gibi öbür yandan da Cenevizlilere verilen ferman ile yine hâkimiyet ve saltanatın bir kısmını daha yabancılara kaptırmış bulunuyordu.

Patrikhane böyle hristiyan ortodokslar için kanun vaz etmek ve bunların dinî, hukukî, fikrî, sıhhî, idarî, adlî, malî işlerine bakmak için Fatihden izin, imtiyaz, vekâlet almış bulnuyordu. Yani patrik patişahın hristiyan tebaasının dinî, dünyevî, maddî ve manevî âmiri ve sahibi olmuştu. Hristiyanların islâmlardan nüfusça az olmadığı düşünülürse Fatihin yarı kudret ve kuvvetini patriğe bahşetmiş olduğu görülür. Patrikhanenin bu lûtfa karşı asırlarca nasıl hareket ettiğini ve başımıza ne kadar büyük bir belâ kesildiğini hepimiz biliriz. Patrikhane ferman ve imtiyazları gibi yabancılara verilen (Kapi-

1621

tülasyon) lar da aynı ile asırlardanberi başımıza bin bir belâ getirmekten geri kalmamışlardır. Fatih yabancılara hukukî, cezaî, adlî, malî, ticarî, bir çok imtiyazlar vererek ve konsolosları adeta memleketin idaresine teşrik eyleyerek Osmanlı Devletini ta ilk zamanlardanberi felce uğratmış oldu.

Hasılı Fatihin eseri tetkik ve tenkit edilirken bîtaraf olmak için sevap hanesine İstanbul ve Rumelinin fethini ve günah hanesine de patrikhane fermanları ile yabancılar (Kapitülasyon) larını koymak icap eder.

Fatihden sonra gelen padişahların cülûslarında eski (Kapitülasyon) ları tecdit ve takviye ettiklerini söylemiştim. Fakat doğrudan doğruya yabancılara (Kapitülasyon) veren padişah Kanunîdir. 1535 de Kanunî Fransız kralı Birinci Fransuvaya ilk Osmanlı (Kapitülasyon) unu vermiştir. Ondan sonra da gerek Fransuvaya ve gerek başka memleketlere bir çok (Kapitülasyon) lar verildi. Hatta (Kapitülasyon) u olmayan memleketlerin şubeleri de imtiyazlı memleketlerden birinin konsolosunun himayesine girerek Türk hâkimiyet ve saltanatının nüfuzundan kurtulmuş oluyordu. Son (Kapitülasyon) 1740 da Birinci Mahmut tarafından 15 inci Lui'ye verildi. Bundan sonra muahedeler yani iki taraflı akitler başlıyor. Nihayet (Kapitülasyon) ların ticarî hükümlerini biraz tahfif eden ticaret muhadeleri devri geliyor. 1838 de Fransa ile ilk ticaret muahedesini akdettik.

4. — Kapitülasyonlarda ne gibi hükümler var?

Burada bütün (Kapitülasyon) ların hükümlerini birer birer sayıp bildirmek kabil olamıyacağından bir misal olmak üzere 1535 de verilen ilk (Kapitülasyon) un hulâsasını hatırlatıyorum:

(Fransız tebaasının Osmanlı ülkesinde men olmayan her türlü eşyayı satmak, almak, değiştirmek, ve karadan ve denizden nakil ve sevk edecekleri emtia ve eşyadan dolayı mahallî tebaadan fazla rüsum veya başkaca bir vergi veya angarya yapmasına mecbur edilmiyeceklerini mutazammın olmak üzere ticarî münasebetlere müteallik maddelerden başka Osmanlı memalikinde ikamet ve seyahat eden Frasızların şahsî ve dinî hürriyetlerine ve Fransız kralının Osmanlı ülkesinde konsolos bulundurmasına dair maddeleri ve Fransızlar arasında çıkacak ihtilâf ve davaların konsoloslar tarafından görülmesi ve Osmanlı tebaası ile Fransızlar arasındaki ihtilâfların tercüman huzuru ile hal edilmesi ve senede itibar olunması gibi imtiyazları ihtiva etmekte idi). Profesör Muammer Raşit Seviğ ilk (Kapitülasyon) u böylece hulâsa ettikten sonra şu mütalâada bulunuyor:

1422

(O zaman memleketimizde Fransızların az miktarda bulunması ve bulunanların da seçme olması, diğer taraftan Osmanlı Devletinin en parlak ve en kuvvetli bir devri bulunması ve bu imtiyazların muvakkat bir zaman için verilmiş olması ve esasen bu hususta örnek ve teamül de mevcut bulunması dolayısı ile (Kapitülasyon) mahzuru pek de his edilmiyordu. Bu mesele hukukun şahsîliği sistemine bağlı bulunmaktadır.)

Bildiğiniz gibi (Kapitülasyon) lar hem ikamet ve hem de ticaret muahedeleri mahiyetinde olduklarından bu iki vasfı ayrı ayrı incelememiz lâzımdır:

A — İkamet muahedesi olmak itibarı ile yabancıların seyrüsefer serbestiliğini, ikamet hakkını, şahıs ve mallarının himayesini, mezhebî hürriyetlerini temin eden hükümleri ihtiva ettikten başka inzibat işlerini zorlaştıracak tarzda muafiyetleri, imtiyazları, idarî ve kazaî hususiyet ve istisnaları ve bir çok vergilerden muafiyetleri tazammun etmekte idi. Yabancılar bu istisnaî vaziyeti suitefsir ederek bir nevi (hariç ez memleket) imtiyazı mahiyetinde tutmuşlar ise de bu tamamiyle yanlıştır. Bununla beraber fiiliyatta (hariç ez memleket) imtiyazları cari imiş gibi hareket edildiğinden suiistimaller mütemadiyen artmış ve hatta tahammül edilemez bir hale gelmiştir.

İkamet muahedeleri âdi mahiyettedir. Yabancılar elçi ve konsoloslarını nüfuz ve inzibatı altında olduktan başka hukuk ve ceza davalarında ekseri hallerde mahallî mahkemelerin kazasına tâbi bulunmamakta idi. Konsoloshane mahkemeleri mahallî kazayı istihlâf ederek tebaalarına müteallik bir takım davaları rüyetle iştigal ederdi. Hatta Türk mahkemelerinin salâhiyeti dahiline giren davalarda tercüman huzuru şart olduğundan tercüman bulunmaksızın dava rüyet edilemezdi. Bir de Türk mahkemelerinden sadır olan ilâmların icrası yine konsolosların lûtfuna kalıyordu. Bir memleketin kaza hakkı ve ilâmların icrası hâkimiyetin icap ve tezahürlerinden olduğuna göre o memlekette ki yabancı makamlara terkedilemez iken konsoloslara bu gibi salâhiyetlerin tanınması, mülkî hâkimiyete mügayyir bir hareket, elhasıl hükûmet içinde hükûmet demek oluyordu.

B — Ticaret muahedesi olmak itibarı ile de (Kapitülasyon) ların gayri tabiîliği ortaya çıkmaktadır. Bu imtiyazların ticarî ve iktisadî hükümleri ağır olmakla kalmıyor, aynı zamanda iktisat kaidelerine aykırı da bulunuyordu. Bu yüzden memleketin iktisadî inkişafı sekteye uğruyor ve Devlet makinesi adeta işliyemeyecek bir hale geliyordu.

Babıâli her ne zaman ıslahata girişecek olsa her hangi bir taraf-

1423

tan bu (kapitülasyon) ların engelleri ile karşılaşırdı. Koca Reşit paşa zamanında başlayan ıslahata (Kapitülasyon) ların vergiler ile gümrük resmine müteallik maddelerinin mani olduğu görülerek ticarî hükümlerin tadili için hemen müzakerelere girişildi. 1838 de akdedilen ticaret muahedeleri ile (Kapitülasyon) ların ticarî hükümleri bir dereceye kadar ıslah edildi. 1861 den itibaren akdedilen ikinci ticaret muahedeleri vaziyeti daha makul ve ilmî bir hale getirdi. İkinci ticaret muahedelerinin müddetinin sonunda Devletimizin menfaatlerine uygun muahedeler akdi için teşebbüslerimiz netice vermemiştir.

Bildiğiniz gibi (Kapitülasyon) lardan yalnız yabancı Devletler tebeası, onların mahmileri de istifade ederlerdi. Derece derece himaye görenler vardı. Bunların bir kısmı da Osmanlı tebaası idi.

Hasılı bu yabancı imtiyazları koca Osmanlı Devletini Avrupalıların bir yarım müstemlekesi haline getirmiş, Türklerin hakkını yemiş, Devletin nüfuzunu kırmış ve yabancıları memleketimizde aleyhimizde olarak zengin ve mes'ut etmiştir.

5. — Babıâlinin teşebbüsleri

Fatihin, Selimin, Kanunînin, parlak devirleri geçip Osmanlı Devleti zaaf ve harabeye yüz tuttuğu zaman Avrupanın büyük Devletleri kuvvetlenmişlerdi. Türkiyede de imtiyazları sayesinde yabancıların mikdarı artmış bulnuyordu. Bu lûtuf yabancılara verilen imtiyazlar, fahiş bir surette suiistimal edildiğinden Babıâli vaziyeti ıslah ve Devletin hukukunu muhafaza etmek için Avrupalılar ile müzakerelere girişip bin bir zorluklar ile uğraşıyorlardı. Avrupalılar bir taraftan Osmanlılara ıslahat yapmalarını tavsiye ettikleri gibi, öbür taraftan da, bu ıslahata başlıca engel olan (Kapitülasyon) ların ıslahına bir türlü razı olmayarak suiniyetlerini açıkça gösteriyorlardı. (Kapitülasyon) ların ezcümle siyasî ve adlî hükümlerine el sürmek mümkün olmadığından yalnız ticarî kısmı tadil edilmekle iktifa edildi. Vakıa ticarî muahedelerin (Kapitülasyon)lardan ayrılması ve mahdud müddetli muahedelere mevzu teşkil etmesi bunları tadile elverişli bir hale getirmiş olmakla bir terakki sayılabilir.

Kırım muharebesinden sonra Paris muahedesi müzakere edilirken (1856) Osmanlı devleti ilk defa olarak Avrupa Devletleri cemiyetine girmiş ve Avrupa âmme hukukundan istifadeye başlamış olduğundan murahhaslarımız artık (Kapitülasyon) ların kaldırılmasını konferansa teklif etmişlerdi. Fakat Âli paşa buna muvaffak olamayınca mazarratlarının tahfifine çalıştı. Birinci ticaret muahedelerinin müddeti bitince, 1861 den itibaren, ikinci ticaret muahedelerinin akdine baş-

1424

landı. Her ne kadar birincileri (Kapitülasyon) lara nisbetle daha müreccah ise de yine tamamile iktisadî ve malî kaidelere uygun değillerdi. Bu yenilerde uygunsuzluklar kaldırıldı. Evvelkilerde ihraç rüsumu daha fazla idi. Bunu düzeltmek için yüzde bire indirilinceye kadar her sene yüzde bir tenzil edilmek sureti ile yüzde sekiz olmak üzere kabul edildi. Az olan ithal resmi de yüzde sekize çıkarıldı.

(Kapitülasyon) ların mazarratlarını tahfif için alınan tedbirler arasında 1869 da tabiiyet kanunu ile yabancı konsolosları nizamnamesi ve konsolosluklar ile hayır ve mezhep müesseselerinin gümrük resimlerinden istisnasına dair nizamnameler kabul edildi. İstimlâk hakkına gelince (Kapitülasyon) ların inzibata taallûk eden bir kısmı yabancılara gayri menkul tasarruf hakkının verilmesi mukabilinde tadil edildi. (Kapitülasyon) larda yabancılara bir çok haklar tanınmış olduğu halde gayri menkule tasarruf hakkı bahşedilmemişti. Bunun üzerine yabancılar bir takım muvazaalara başlamışlardı. 1855 ıslahat fermanlarının devlet kanunlarına ve zabıtai belediye nizamnamelerine riayet etmek üzere Osmanlı hükûmeti ile yabancı Devletler arasında yapılacak sureti tanzimden sonra yabancıya dahi emlâk tasarruf hakkı verileceği vadedilmişdi. 7-safer - 1284 (1867) de istimlâk, emlâk nizamnamesi tanzim edildi. Bundan istifade etmek için merbut protokolün imza edilmesi şart koşuluyordu. Bu protokolün ez cümle yabancıların meşhut cürüm halinde meskenlerine ne suretle girileceğine dair hükümler vardır.

Gayri menkule tasarruf hakkı yalnız fertlere tanınmış olduğundan yabancı hükmî şahıslar hariç bırakılmıştı.

Adlî teşkilâta gelince, 1839 da ilk ticaret nezareti tesis edildi. 1840 da ilk ticaret mahkemesi kuruldu. 1850 de ilk ticaret kanunu vazedildi. 1860 ta ticaret mahkemeleri teşkilât kanunu neşrolundu.

Evvelce kadılar ve İstanbulda Divânı hümayun bu işlere bakardı. Yeni ticaret mahkemelerinde yabancı âza bulunacağına dair kanunda hiç bir sarahat yokken her nasılsa, ve gümrüklerde toplanan ticaret heyetlerinde bulunmasına binaen, taamül oldu.

1870 te bir ticaret mahkemesi muhtelif davalara baktı. Yabancı âza davada alâkadar olan yabancıların adedine ve tabiîyetine göre değişirdi. Mahkemede bir de tercüman bulunurdu. Fakat tebaasının davasını kaybedeceğini anladıktan sonra bir daha tercüman görünmüyordu. Bu suretle yabancıların aleyhinde karar vermek fiilen kabil değildi. Bu muhtelit mahkemelerin kararları istinaf ve temyiz edilemezdi.

İşte biz Paris kongresinde (kapitülasyon) lardan kurtulmak isterken başımıza sonradan ıslahat bahanesiyle muhtelit mahkemeleri,

1625

yabancı âzaları ve konsolos tercümanları belâsını hep birden çıkmış bulundu. Bir de yabancılardan pantant ve damga vergileri almağa kalkıştığı vakıt tabii Bâbıâli büyük Devletlerin muhalefetine uğradı.

1830 da Yunanistan teşekkül ettikten ve 1878 de Romanya kurulduktan sonra (kapitülasyon) lardan hemen diğer Devletler gibi onlar da istifade ettiler. Fakat yeni teşekkül eden Sırbıstan ile Karadağa bu imtiyazlardan istifade etmek hakkı verilmedi. Bununla beraber Karadağlıları Rusya himaye ettiği gibi Sırpları da her Devlet ferden himaye eyledi.

Bosna — Hersekte 1878 de kısmen ve 1908 de tamamen imtiyazlar kaldırıldı. Bulgaristan 1878 den sonra zımnen kaldırıldı. İngiliz- ler Kıbrısta 1878 de kaldırdılar.

Bâbıâli (kapitülasyon) ların tamamiyle kaldırılması için Meşrutiyetten sonra bir takım vaidler almıştı. Ezcümle 1909 da Bosna Hersekin ilhakından sonra Auvusturya — Macaristan başkaları vazgeçerse ben de kabul ederim diye vadetmişti.

1911 de Tarablusgarbın ilhakından dolayı İtalyadan aynı veçhile vaid alındı. 1913 te Fransa da böyle bir vaidde bulundu.

Brezilya, Meksika, Arjantin ile aktedilen konsolosluk mukavelelerinde Devletler umumî hukuku prensipleri kabul edildi.

1914 te harbı umumiye girmemiz için Almanya da şarta taliken kabul etmişti. 1917 ve 1918 de Brest-Litovsk muahedesini Ruslar ile beraber Almanlar, Avusturyalılar ve Macarlar kabul ettiler.

IV

MUVAKKAT KANUN — LOZAN MUAHEDESİ — SAİR İKAMET VE TİCARET MUKAVELELERİ

A — Muvakkat kanun (1330)

Umumî harbı fırsat bilen Osmanlı hükûmeti kendiliğinden ve bir taraflı olarak (Kapitülasyon) ları lâğvederek bundan böyle yabancılara Devletler hukuku kaidelerine göre muamele edeceğini ilan ile 23-Şubat-1330 (1915) de buna dair bir muvakkat kanun vazetti. Fakat Bâbıâlinin bu hareketi evvelâ baş müttefikimiz olan Almanyanın protestosu ile karşılandı. İşte Türkiyede bulunan yabancıların hukuk ve vazifeleri hakkındaki bu kanun ile yine yabancıların seyahat ve ikametleri hakkındaki 2-Mart-1331 tarihli kanun yeni Türk Devlet-

1426

ler hususî hukuku ve kanunlar ihtilâfı sisteminin esasını teşkil etmektedir. [*]

Her ne kadar Sevr muahedesi bu muvakkat kanunumuzu tanımadı ve kemakân (kapitülâsyon) ları ibka ve hatta teşdit etti ise de biz de bir türlü bu Sevr muahedesini kabul etmediğimiz için bu 1330 muvakkat kanununu tatbikten geri durmadık. Hatta 1923 de Lozanda akdettiğimiz sulh muahedesi ile buna bağlı olan ikamet ve salâhiyeti adliye mukavelesinde bu muvakkat kanunun hükümlerini esas ittihaz ettik.

Türkiyede gerek ikamet eden ve gerek seyyahlar gibi gelip geçen bütün yabancılar esas itibariyle bu muvakkat kanuna göre muamele görecek ve hak iddia eyleyecektir. Bu kanun Devletler hukuku prensiplerine göre tanzim edilmiştir, ve ezcümle mütekabiliyet esasını kabul ediyor.

Yalnız mühim bir mesele var; her ne kadar 1330 dan sonra akdettiğimiz bir takım muahedelerde biz bu muvakkat kanunun esaslarına sadık kaldık ise de, yine bazı Devletler ile akdettiğimiz bir takım muahedelerde kendi doktrinimizi terk ederek öbür tarafın prensiplerini kabul ettik. Binaenaleyh bu gün Türkiyenin Devletler hususî hukuku esaslarını yalnız bu 1330 muvakkat kanunu tayin ediyor demek de pek doğru olamaz.

B — Lozan mukavelesine bağlı ikamet ve adlî salâhiyet mukavelesi 1923.

İstiklâl harbinde Türk ordularının kazandığı muazzam zaferlerden sonra akıbet Lozanda hem Yunanistan, hem de umumî harbin sair büyük düşmanları ile 1923 de akdine muvaffak olduğumuz sulh muahedesine bağlı ve yedi sene müddetli ikamet ve adlî salâhiyet mukavelesinde tabiî yalnız âkid Devletlerin tebealarına, mütekabili-

[*] Hükûmet o sırada yabancılara müteallik şu kanun ve talimatnameleri de neşretmişti:

Yabancı postaları hakkında talimat; Konsolosların temettü vergisine; yabancıların yol bedeline ve diğer vasıtalı vergilere ve belediye resimlerine bağlı olacaklarına dair kararlar.

Kapitülâsyonlara göre siyasî memur ve yabancı müesseselere mahsus ve şimdiye kadar gümrük resminden istisna edilmiş olan mevad ve eşyanın gümrük resmine bağlı tutulması hakkında karar; madenlere ve sanaiye dair talimatname; yabancıların temettü vergisine tâbi tutulmaları hakkında kanun; Osmanlılar ile yabancılar arasında mütekevvin olup 18-Eylûl-1330 da derdesti rüyet olan davalarda takip edilecek muhakeme usulüne dair kanun; yabancı anonim ve sermayesi sehimlere taksim olunmuş şirketler ile yabancı sigorta şirketleri hakkında kanun; sanayii teşvik kanunundan yabancıların istifade edemiyeceğine dair 14-Mart-1331 kanunu; gümrük resmi tadili hakkında kanun; Yabancıların seyahat ve ikametleri hakkında kanun; pasaport kanunu v. s.

1427

yet şartı ile, Türkiyede edilecek muameleler ve tanınacak haklar hakkında esaslı hükümler vardır.

1330 muvakkat kanununun yabancılara tanıdığı haklardan hemen farksızdır. Göze çarpan en mühim fark 1330 da yabancıları (hal ve ehliyet) meselelerinde müslim ve gayri müslim diye ikiye ayırıp müslimlere Osmanlı kanunlarının yani şeri şerifin ve gayri müslimlere de kendi millî kanunlarının tatbik edilmesi keyfiyeti idi. Fakat Türkiye Cumhuriyeti din ile dünya işlerini birbirinden ayırıp Lâikliği kabul ettiğinden artık kanun ve muahedelerimizde bu din farkı gözetilmez oldu. Şunu da söyliyeyim ki 1330 muvakkat kanunu lâğvedilinceye kadar baki kalacağı halde, 1923 de Lozanda akdedilen ikamet ve adlî salâhiyet mukavelesi yedi sene müddetle mer'î olacaktı. Bu müddet bittiğinden hükûmetimiz Lozan âkidleri ile ayrı ayrı ve yeniden ikamet ve adlî salâhiyet mukaveleleri akdetti.

Bu suretle tabiatı ile her yeni mukavelede diğerlerinde olmayan bazı farklar görülmektedir. Ezcümle C fıkrasında göreceğimiz gibi bazı Devletler ile hatta 1330 muvakkat kanununun esaslarına bile sadık kalınmayarak âkidlerin noktai nazar ve doktrinini kabule her neden ise razı olduk.

C — Sair Muahedeler:

Her ne kadar muvakkat kanunumuz Türkiyenin Devletler hususî hukuku yani kanunlar ihtilâfı sistemini (Yabancılar Türk kanun ve mahkemelerine bağlıdır; ancak yalnız Statü personel davalarında Türk mahkemeleri eğer alâkadar yabancıları Türk mahkemesinin salâhiyetini kabul ettiklerini istida ile yazılı olarak beyan ederlerse kendi millî kanunlarını tatbik edeceklerdir.) diye tayin etmiş ise de biz, söylediğim gibi, her vakıt bu esasa sadık kalmadık, yani kendisi ile muahede akdettiğimiz her Devletin kendi sistemini kabul ettik.

Binaenaleyh Türkiyede bugün her yabancıya tatbik edilen bir tek Türk Devletler hususî hukuk sistemi mevcut olmayıp belki dört muhtelif sistem vardır.

1. — Türk mahkemelerinin salâhiyetini kabul eden muahedeler:

Almanya	1925	İkamet	muahedesi	M.	13
Çekoslovakya	1928	»	»	»	6
Arnavutluk	1929	»	»	»	9
Estonya	1929	»	»	»	7
İsviçre	1930	»	»	»	6
Yunan	1931	»	»	»	8

Bu muahedeler ile karşılıklı olarak Türk mahkemeleri âkid Devletler tebeasının Statü personnel davalarına bakmak salâhiyetine malik-

1428

dirler. Fakat nazariyat bu merkezde ise tatbikatta hâdiseler başka bir şekle giriyor. Meselâ, Yunanistanda sulh teşebbüsü papasların elindedir. Orada bir Türk burada bir Yunanlı ne yapacaktır? Acaba bu sulh teşebbüsü asıl mıdır, yoksa şekil midir? Bundan (vasıf) ihtilâfları çıkar. İşte mütekabiliyet şartının burada mâması ve hükmü kalmıyor. Çünkü tatbikatta imkânsızlıklar var, ve yasalar çatışıyor.

2 – Türk mahkemelerinin salâhiyeti şart ile kabul eden muahedeler: Şimalî Amerikanın birleşmiş Devletleri ile Lozanda 1923 de akdolunan ikamet ve ticaret ve konsolosluk muahedesi (M. 8) tahrirî rıza beyanını şart koşuyor.

Lozan muahedesine bağlı ikamet va adlî salâhiyet mukavelesi (M. 16) de tahrirî rıza beyanı şartını kabul etmiştir.

3— Karışık salâhiyet:

İtalya ile 1929 da akdettiğimiz konsolosluk mukavelesi (M. 20) mütekabilen konsoloslara vesayet ve kayyumluk salâhiyeti veriyor. (M. 21 F. II) Miras hakkı ve menkul terekenin taksimi işlerinde müteveffanın millî kanunlarına ve mahkemeleriyle resmî makamlarına salâhiyet veriliyor. Ve mütekabilen alâkadar makamların verecekleri kararların diğer tarafta makbul olacağını kabul ediyor.

4— Türk mahkemesinin salâhiyetini kabul etmeyen muahedeler:

Lehistan	1924	ikamet muahedesi	M. 12
Avusturya	1924	» »	M. 10
Bulgaristan	1925	» »	M. 10
Macaristan	1925	» »	M. 9

Bu dört muahede karşılıklı olarak Statüt personel davalarına bakılmayacağını tasrih etmektedirler.

YABANCILARIN HAKLARI

A — Siyasî Haklar:

Memurluk, askerlik, seçmek, seçilmek gibi yalnız tebeaya mahsus haklardan tabiatı ile yabancılar istifade edemezler.

Muvakkat kanun (M. 1): «Türkiyede bulunan yabancılar Kanunu Esasî ile sair kanunların Türklere bahşettiği siyasî ve beledî haklardan istifade edemezler.»

Lozan ikamet mukavelesi (M. 6): «Türkiyede diğer âkid Devletler tebeası askerlik hizmetine müteallik kanunlara tâbi olmayacaklardır. Bunlar askerlik hizmeti yerine kaim olan her nevi hizmet ve mecburiyet veya tekellüfden muaf olacaklardır.»

B — Âmme Hakları:

Bunlar hürriyetlerdir ve yabancılara da tanınmıştır. Hürriyet

1429

umumiyet itibarı ile herkesin cismanî, fikrî, ahlâkî faaliyetini istimal ve inkişaf ettirmesidir. Fakat başkalarının hürriyetine mânî olmamak ve intizamı âmmeye karşı gelmemek şarttır.

Devletler hukukuna göre yabancılara âmme hakları tanımak bir mecburiyettir; dahilî hâkimiyet suiistimal edilerek yabancıya bu hakların tanınmaması doğru olamaz; fakat yabancılar da bulundukları yerin hususî menfaatlerini ızrar etmemekle mükelleftir; muhakkak yabancılara asgarî bir hak tanınmalıdır (Pillet).

Yabancıların şahıslarında onların mensup oldukları Devletlerin hukukuna riayet fikri vardır (Despagnet).

Tabiiyet mefhumundan hariç olarak insanın hayatının, hürriyetinin, sıhhatının, sainin, ailesinin, fikrî ve manevî inkişafının hürmet ve himayeye mazhar olması lâzımdır (Politis).

Bir milletin hasta, dilenci ve tenbeller gibi sosyal döküntülerinin kabulü bir mecburiyet teşkil etmez; yabancıların bir memlekette uzun müddet yerleşmeleri tehlikelidir (Lerebours - Pigeonniere).

Hasılı insanî, iktisadî, ticarî, içtimaî ve siyasî telâkkiler ve Devletlerin mütekabil menfaat ve münasebetleri yabancılar için bir takım hakların ve hürriyetlerin tanınmasını emreder.

Zaten tek başına bir Devlet tesavvur edilemez; bir Devlet teşekkül edince mutlaka diğer Devletler ile münasebete girmek ve onlar tarafından tanınmak mecburiyetindedir. İşte, eski bir Devlet tarafından tanınmak yeni tanınan Devlete bir takım mecburiyetler verir; iki Devlet birbirini tanırlar ise tabiatı ile birbirinin Sefir ve Konsoloslarını kabul edecekleri gibi tebealarını da kabul etmekle mükelleftirler, tabii bu kabulün şartları ve şekilleri vardır, fakat yabancıyı kabul etmek vazifesi Devletin tanınma hakkının bir neticesidir.

Her ne kadar 1330 muvakkat kanunu, doğrudan doğruya yabancıların âmme haklarından istifadesi için bir kaide koymamış ise de (Bazı âmme haklarının müktesep olduğu takdirde tanınacağı) tasrih edilmiştir. Bu muvakkat kanun, muvakkat maddesi ile, yabancıların sâi âmel hürriyetini tahdid etmiştir (M. 2).

Yabancıların şahıslarını, meskenlerini, mallarını, ırz ve namuslarını, Türk ceza kanunlarının himayesi altına koyduğu gibi (M. 3) mahkemelere serbestçe müracat hakkını tanımıştır. Muvakkat maddede tahdit edilenlerden maada âmme haklarından istifade edileceği işaret edilmiştir.

Bir de yabancıların Türkiyede ikamet ve seyahatlerine müteallik kanun var bu da âmme hukukuna dairdir, yani Türk kanunları yabancıların âmme haklarını pek âlâ kabul ve temin etmiş bulunuyor.

İkamet ve seyyahat hakkı: Askerî ve dinî mıntıkalar gibi memnu

1430

olmayan yerlerde yabancılar ikamet ve seyahat ederler. Memleketin emniyetine ve âsayişine müteallik kanunlara yabancıların itaat etmeleri şarttır. Bunun için bazı inzibatî kayıtlar var, meselâ; pasaport ve ikamet vasikası gibi.

Girmesi caiz olmayan yerler; dilenci, serseri, tart edilenler, şüpheli olanlar; müsadei mahsusa almadan çıkanlar, iskat edilener, mukabelei bilmisle tâbi olanlar, sıhhî tedbirlere mâruz olanlar, bulaşık hastalıklılar, fahişeler ve kadınları fuhşa teşvik edenler, parası olmayanlar tabiatiyle Türkiyeye giremezler. Bir de fevkalâde hallerde bütün memlekete veya bir kısmına yabancı sokulmaz; bununla beraber diplomat ve konsoloslar, mütehassıslar, davetliler ve misafirler ve hatta gezmek ve eğlenmek için gelen seyyahlar hakkında âzamî müsaade ve müsamaha edilir.

Lozan ikamet mukavelesi (M. 1) mütekabiliyeti kabui ediyor (M. 2). Yabancılar memleketin kanunlarına ve nizamlarına riayet etmek şartı ile Türkiyeye gelebilirler diyor. Diğer ikamet muahedemizde de aynı hükümler vardır. Yani kanunlarımızla yabancılara biz âmme haklarını verdik. Fakat acaba bu mutlak ve mütekabiliyetsiz midir?

Profesör Muammer Raşid Seviğ «kanundan istifade edebilmek için bizimle muahede akdetmiş Devlet tebeası olmak şarttır;» diyor. Fakat bana kalırsa kendisi ile muahedemiz olmayan Devletin tebeası da memleketimizin 1330 muvakkat kanun ile âmme haklarından tamamiyle istifade eder.

Şahsî Hürriyet ve masuniyet: Türk kanunları ile yabancıların şahsî hürriyet ve masuniyeti emindir; kanunsuz kimse takip, tevkif, ve hapis edilemez.

Muvakkat kanun (M. 2): «Memleketin emniyet ve asâyişe taallûk eden bütün kanun ve nizamlar Türkiyede bulunan yabancılar hakkında dahi mer'îdir».

Şahsî hürriyet ve masuniyette Türkler ile yabancılar arasında iki fark vardır: Tard ve teb'it ve iadei mücrimin.

Hatta (Kapitülasyon) larda bile bizim bu hakkımız vardır. [1]

[1] Vatandaşlık kanunu (M. II): "Türk vatandaşlığına kabul edilmiş olan sabık yabancılardan: a— Türk Cumhuriyetinin dahilî ve haricî emniyetine mugayir fiil ve hareketlere taaddi edenler, b— Askerlik hakkındaki kanunların emrettiğt mükellefiyetleri ifa etmeyenler icra vekilleri heyeti kararıyle Türk vatandaşlığından iskat edilebilirler.„

Bu madde pek garibtir. Bir yandan yurdlaştırılma, yani yeni tabiiyet iktisabı, telsik veya ilhak yoliyle Türkiye tâbiiyetine almış olduğumuz yabancılara seçmek ve seçilmek, askerlik, memurluk gibi her türlü siyasî„hukuku M. 3-5-6-9-10-11„ hep birden veriyoruz. Öbür yandan da suçlarını gördüğümüzde hemen yurttaşlığımızdan çıkarmak salâhiyetini hükûmete bırakıyoruz. Fakat siyasî haklarda müsavi olan aslî

Biz bunu idareten yaparız, İngilterede ise mahkeme kararı ile olur. Bu muameleler ferdîdir, yoksa öyle toplu olarak bir çok yabancılara birden tatbik edilemez. Bir de cezası çektirildikten sonra yabancı tard ve teb'it ettirilmelidir. İdarî ve siyasî sebepler bulunur ve Devletin âmme intizam ve menfaati de icap ederse ancak böyle bir karar verilebilir.

Lozan ikamet mukavelesi (M. 7) tard ve teb'it hakkını sıhhî ve insanî bir surette hareket etmek ve müçtemian olmayıp ferden olmak şartiyle kabul ediyor.

İade mücrimine gelince, bildiğiniz gibi, iki Devlet arasında buna dair bir mukavele bulunmak, cürüm siyasî olmamak, kanunumuzda aynî ceza bulunmak ve ezcümle vatandaşlarımıza taallûk etmemek şartile bir yabancı suçlu iade edilebilir.

Ceza kanunumuz, (M. 9) «yabancı olduğuna ve suçunun âdi suçtan bulunduğuna asliye mahkemesinde karar verilen kimsenin iadesi talebi hükûmetçe kabul olunabilir.» O kimsenin hakkında tevkif müzekkeresi de verilebilir.

İtalya ile 1926 da, Bulgaristan ile 1929 da, Almanya ile 1930 da, Çekoslovakya ile 1930 da, Irak ile 1932 de, Macaristan ile 1932 de, İsviçre ile 1933 de, Amerika ile 1933 de iadei mücrimin mukaveleleri akdettik.

Mesken masuniyeti -Esas teşkilât kanunu (M. 71): «Can, mal, ırz, mesken, her türlü taarruzdan masundur.»

Ceza kanununun 193 ve 194 üncü maddeleri de bu mesken masuniyetini temin etmektedir.

Muvakkat kanun (M. 2) emniyet ve âsayişe dair kanunların yabancılar hakkında da mer'iyetini âmir olduğundan ceza kanununun mesken masuniyetini kâfil olan bu maddeleri yabancıların meskenini emniyet altına almış oluyor. Yerli ve yabancı arasında fark yoktur.

(Kapitülasyon) larda mesken masuniyeti hakkında bir dokuz saatlik mesafe meselesi varsa da burada ondan bahsetmeyeceğim.

Eskiden yabancıların meskeni (kapitülasyon) larla masundu. Bugün ise Türk kanunlariyle.

Vicdan ve âyin hürriyeti: Resmî din islâm olduğu zaman bile biz bu hürriyeti zaten kabul etmişdik. (kapitülasyon) larda da vardı.

Esas teşkilât kanunumuz (M. 75): «Hiç bir kimse mensup olduğu din, mezhep, tarikat ve felsefî içtihadından dolayı muahaze edilemez; âsayiş, umumî âdabı muaşeret ve kanunlara mugayir olmamak

---

ve müktes vatandaş cezada da müsavi tutulmalıdır.

Suphi Nuri İleri - Yurddaşlıktan çıkarılmak ve bunun hükümleri (Baro) Mecmuası - Sayı 10 - 1937

1432

üzere her türlü âyinler serbesttir.»

Ceza kanunu (M. 175): «Herkim Devletçe tanınmış olan dinlerden birini tahkir maksadiyle dinî işlerin yahud ibadet ve âyin icrasını men veya ihlâl ederse bir aydan altı aya kadar hapis olunur ve 30 liradan 200 liraya kadar ağır para cezası alınır.»

Dinlere ve mezarlara hürmetsizlik edenler için (M. 177-178).

Matbuat hürriyeti: Esas teşkilât kanunumuz, (M. 7) Türklerin tabiî haklarından olmak üzere «vicdan, tefekkür, kelâm ve neşir» haklarını sayıyor ise de matbuat meselesinde yabancıların vaziyeti büsbütün başkadır.

Muvakkat kanun evvelâ yabancılara bu meselede bir müktesep hak tanıyor.

Matbuat kanunu (1931) gazete ve mecmua sahipleri Türk vatandaşı olacak ve yabancılar tarafından bir gazete veya mecmua neşri hükûmetin müsaadesine mütevakkıf bulunacak ve her halde yazı işlerinde mes'ul olan zat Türk olacak.

İçtima ve cemiyet hakkı: İçtima hakkı siyasî mahiyette olduğundan yabancılara verilmemiştir. Cemiyet teşkili hakkında siyasî mahiyet olmamak ve cemiyetler kanununa rivayet şarttır.

Okuma ve okutma hakkı: Herkes Türk mekteplerinde okumak hakkına maliktir. Tabii bundan askerî mektepleri hariç tutmalıdır. Okutmak hakkına gelince (kapitülasyon) larda bunun âzamî dereceye vardığı ve hatta suiistimal olunduğu malûmdur. (Fransızlar Midilli meselesinde 1913 protokolu ile her türlü yabancı mekteplerini bize tasdik ettirmişlerdi.)

Muvakkat kanun müktesep hakkı Türk kanunlarına riayet şartiyle kabul etmiştir. Fakat yeniden yabancıların mektep açmalarına müsaade edilmektedir. Burada fertlerle cemiyetleri, yani papasları, birbirinden ayırmak lâzımdır. Talimatname fertlere hak veriyor ise de cemiyetlere vermiyor. Mevcud yabancı mekteplerinde Türk dili, tarihi ve coğrafyası okutulmak mecburiyeti vardır.

Bunun için Lozan konferansında âkit Devletlere bir mektup göndermiştik.

Yabancıların yapabilecekleri işler: Yabancıya memlekete girmesi ve yerleşmesi hakkı verildikten sonra tabiatiyle çalışıp hayatını kazanması hak kının da verilmesi mecburîdir. Yabancıya asgarî bir sayü amel sahası bırakılmazsa, açlık her türlü fenalığı yaptıracağından memleketin emniyet ve âsayişi tehlikeye konmuş olur. Muvakkat kanunun muvakkat maddesi: Avukat, doktor, eczacı, mühendis, muallim ve saireye bir müktesep hak tanınmış olduğu gibi Lozan muahedesi de böyle bir müktesep hakkı kabul etti. 1340 avukatlık, 1926 kabotaj,

1433

1927 eczaneler, 1927 hasta bakıcılar, 1929 borsa mübaayacılığı, 1932 küçük san'atlar kanunları ile bu meslekler Türklere hasredilmiştir.

Yabancıların yapamıyacakları meslekler arasında şunların da bulunduğunu küçük san'atlar kanunu tasrih etmektedir:

Ayak satıcılığı, çalgıcılık, fotoğrafçılık, berberlik, mürettiptik, simsarlık, elbise, kasket ve kundura imalciliği, Devlet inhisarlarına bağlı maddelerin satıcılığı, seyyahlara tercümanlık ve rehberlik, inşaat, demir ve ahşap sanayii işçileri, umumî nakliye, su, tenvir, teshi n ve muhabere işleri, karada tahmil ve tahliye, şoförlük, muavinlik, amelelik, bekçilik, kapıcılık, odabaşlık, otel, han, hamam, kahvehane, gazino, dansing, barlarda kadın ve erkek hizmetçiliği, bar oyuncu ve şarkıçılığı, baytarlık ve kimyagerlik.

Yabancıların müsaade ile yapabilecekleri meslekler: Tayyare makinistliği, pilotluk, Devlet veya belediyelere bağlı tesislerin hizmetleri ve heyeti vekilenin vereceği müsaadelerle sair işler. Bununla mukabelei bilmisil kanununa yabancılara kanunlarımızın verdiği hakların bir kısmı geri alınabilir.

(Tabii sefarethaneler hizmetleri müstesnadır.)

1927 Teşviki sanayi kanunu muafiyetlerinden istifade etmek için müdür ve mütehasısslardan maada müsdahtemlerin Türk olacağı tasrih edilmiştir.

Mahkemelere müracaat hakkı: Muvakkat kanun (M.3):

«Mevaddı hukukiye ve ticariyede yabancılar Türk mahkemelerinin her türlü nevi ve derecelerine müracaat ve Türk tebeası gibi haklarını müdafaa edebilirler. Ancak Türkiyede kâfi mikdar mülk sahibi olmayan ecnebi tebeaları tarafından Türkler aleyhine müddei sıfatiyle ikame olunacak veyahut duhûl fiddava yolu ile müşareket edilecek davaların rü'yet edilmesi için evvelemirde dava masrafları ile zarar ve ziyanına mukabil mahkemece tesbit edilecek mikdarda teminat akçesi veya kefalet ita olunması mecburîdir. Şu kadarki mütekabil muamele şartiyle bu mecburiyet kalkabilir.»

Bu teminat yani (caution judicatum solvi) yalnız yabancılardan değil hatta bazı meselelerde Türklerden de istenebilir. Meselâ, ihtiyatî hacizlerde, temyizlerde, mes'ul muhasipliklerde olduğu gibi.

Yabancıların verecekleri bu teminattan hususî mukaveleler ile mütekabilen vaz geçilebilir. Netekim:

1926 da İtalya, 1929 da Almanya, 1930 da Avusturya, 1930 da Çekoslovakya, 1931 de İngiltere, 1932 de Macaristan, 1933 de İsviçre ile bu gibi mukaveleler aktettik.

Adlî yardımdan istifade etmek için de yabancı Devletlerle bir takım muahedelerimiz vardır.

1434

Vergiler: müsavat ve mütekabiliyet esası kabul edilmiştir.

Muvakkat kanun (M. 5): «Mevzu kanunlara tevkikan Türklere tarh ve istifa olunan rüsum ve tekâlüfe yabancı tebea dahi aynı şart ve derecede tâbidirler.»

Lozan ikamet mukavelesi (M.8-10-11) de ayni veçile vergi mükellefiyetlerinde yabancıları tebeaya temsil ediyor.

İstimval ve istimlâk: Lozan ikamet mukavelesi (M.6) «Türkiyede diğer âkit Devletler tebeası askerî hizmete müteallik kanunlara tâbi olmayacaklardır. Bunlar askerî hizmetler yerine kaim olan her nevi hizmet ve mecburiyet veya tekâlüften muaf olacaklardır. Âmme menfaatına müstenit olduğu kanunen mütehakkak bir sebep bulunmadıkça ve kendilerine evvelce tazminat verilmedikçe mezkûr tebeanın malları istimlâk olunamayacak veya velev muvakkat olsun bunlar mallarında intifa haklarından mahrum edilemeyeceklerdir. Evvelce ilân edilmedikçe hiç bir istimlâk muamelesi yapılamıyacaktır.

Mecburî istikraz: Lozan ikamet mukavelesi (M.12): «Türkiyede teessüs eyleyen veya faaliyet icra eden diğer âkit Devletler tebeasına veya bunların Türkiye toprakları üzerindeki mallarına, haklarına ve menfaatlarına ve mezkûr Devletlerden birinin kanun mucibince teşekkül etmiş olup Türkiyede teessüs veya faaliyet icra eden şirketlere, filiyatlara ve şubelerere veya acentelere hatta harp halinde bir gûna mecburî istikraz tahmil olunmayacak ve servetlerinden ifrazen sair istisnaî mehuzatta bulunulmayacakdır.»

Mahallî tebeaya tahmil edilecek olan askerî ve mülkî istimval ve istimlâklerden başkasına yabancıların hiç bir veçhile tâbi olmayacaklarına dair şu muahedeler akdolunmuştur;

1929	Romanya	Ticaret	ve	seyrü	sefain:
1929	Estonya	»	»	»	»
1930	Danimarka	»	»	»	»
1930	İngiltere	»	»	»	»

C — Hususî haklar:

Devletler yabancılara şu dört sistemden biriyle hususî haklar tanırlar:

1 — Siyasî veya akdî mütekabiliyet (Fransa Code Civil M. II, biraz sert idi, çünkü yabancıları ikiye ayırıyordu).

2 — Kanunî veya filî mütekabiliyet (Avusturya medenî kanunu M.33)

1485

3 — Hiç bir sisteme evvelden bağlanmaksızın menfaatın icabı derecesinde yabancılara haklar tanımak (bu anglo-sakson sistemi istikrarsız olup daima yabancı tebeadan aşağı tutmaktadır).

4 — Tebeaya temsil, mütekabiliyetsizlik olarak (İtalyan medenî kanunu M.3)

Bizde muvakkat kanun (M.I) «Yabancılar Devletin kanun ve nizamları ile tebeaya hasredilmeyen hususî haklarden istifade ederler.» Gerek Lozan ikamet mukavelesinin ve gerek ondan sonra akdettiğimiz ikamet mukavelelerinde hep mütekabiliyet şartı vardır.

1929 Finlandiya ticaret ve seyrü sefain
1930 Danimarka » » » » ve ikamet
1930 İngiltere » » » »

Bu muahedelerdeki kayıdlara göre muvakkat kanunumuzun birinci maddesinin manasının değişmekte olduğunu Profesör Muammer Raşit Seviğ kitabında şöylece izah ediyor: Bazı malî hakları biz mütekabiliyet şartiyle âkit Devletler tebeasına tanıdık. Onların haricindeki hususî hakları da kanun ve nizamlar ile tebeaya hasredilmemiş ise orada fark gözetmeksizin bütün yabancıların istifadesine açık bulundurduk. Tebeaya münhasır olanlar ise muahedeler ile tesbit edildiği üzere âkit Devletler tebeasına da bahsolunmaz. Şu halde hususî haklar yabancıların bunlardan istifadesi itibariyle ayrılmış olduğunu görüyoruz:

1 — Sırf vatandaşlara hasredilenler.

2 — Mütekabiliyet şartiyle âkit Devletler tebeasına teşmil edilenler.

3 — Muahedesiz de yabancıların müstefit olabileceği haklar.

Yabancıların hususî haklardan ne dereceye kadar istifade edebileceklerini tayin etmek için hususî hakları taksimatı itibariyle tetkik etmeliyiz. Hususî haklar ya aile hukukuna veya malî haklara taallûk eder:

1 — *Aile hukuku* : Aile teşkili içtimaî bir zarurettir. Bunu medenî kanunlar intizam altına almışlardır. Aile hukukunda nişanlanma, evlenme, ayrılma, boşanma, ehliyet, karı koca münasebetleri, velâyet, vesayet, neseb vesaireye taallûk eden bütün meseleler mevcuttur.

Aile hukuku yalnız tebeaya hasredilmiş değildir. Yabancılar da bundan istifade edebilir.

2 — ***Malî haklar***: Şahısların eşya ile olan münasebetlerini tanzim eder, buna patrimuan yani mamelek hakkı derler. Malî haklar ya doğrudan doğruya malın aynına taallûk eder ki bu takdirde aynî haklar namını alır, yahud başka bir şahıs vasıtasile mala taallûk eder.

1436

Bunun için de bu kısma şahsî haklar veya borçlar denir. Bu üçüncü kısımda fikrî haklar denilen ve insanın kendinin ve sâyinin mahsulü olan şeylere müteallik bulunan malî haklardır.

a — *Aynî haklar:* Mülkiyetin aynî kayıdları irtifak hakkı gibi ve şahsî kayıdları intifa ve sükna hakları gibi ve aynı teminat ve gayri menkul rehni ve ipotek gibi şeylerdir.

Yabancılara eskiden menkul mallara malikiyet hakkı verildiği halde kolaylıkla gayri menkullere mülkiyet hakkı verilmiyordu.

Safer 1284 de istimlâk protokol ve kanunu ile yabancılara da gayri menkullara tasarruf hakkı verildi. İstimlâk kanunu yabancılar ile yerlileri bir tutuyordu; yalnız Hicazda yabancıların bu hakkı yoktu.

Bir de tâbiiyetten iskat edilenlerin Türkiyede istimlâk hakkı olmadığından bu gibiler yeni iktisap ettikleri Devletlerin tebeasının protokol ile haiz oldukları bu hakdan istifade edemezlerdir.

Bir istimlâk hakkında yerli ile yabancı aynı haklara ve vazifelere malik idiler, ve ezcümle yabancılar emlâkin tasarruf ve iştigal ve kazanç ve iştigalâtı hakkında halen cari olan ve istikbalde cereyan edecek olan zabıta ve belediye kanun ve nizamlarına tâbi olacaklar, her türlü devlet vergi ve resimlerini verecekler ve Türk mahkeme ve kanunlarına tâbi bulunacaklardır.

Âmme menfaatı için istimlâk edilmek lâzım gelse yerliler gibi muamele göreceklerdi.

Hasılı yerli gibi yabancı da mülkünü satar, bağışlar, kiralar, iare, rehin ve vasiyet edebilir. Eğer arazi mîrî ise yalnız istimal ve intifa hakkı olurdu.

Sonradan gayri menkullerin tasarrufu hakkında bir kanun neşredilerek yerliler gibi yabancılar da aynı muameleye tâbi tutuldular. Lozan ikamet mukavelesi (M. 3) «Türkiye diğer âkid Devletler tebeasının mahallî kanun ve nizamlara göre her türlü menkul ve gayri menkul malları ihraza, tasarrufa, devre ve ferağa hakları vardır.

Mezkûr tebea bilhassa beyi, mubabele, hibe, vasiyet ile veyahut diğer her suretle mezkûr mallara tasarruf edebilecekleri gibi kanun mucibince verasetleri ile veya hibe veyahut vasiyet sureti ile mezkûr mallara malik olabileceklerdir.»

Fakat bildiğiniz gibi (M. I) de mütekabiliyet esası konulduğundan âkit Devletlerden biri gerek kanunları iktizasınca ve gerek diğer bir suretle bu hükümlerden birisi için mütekabil muamele yapmasından imtina ederse onun tebeasının Türkiyede aynı hükümde istifade edemiyeceği beyan edildiğinden büsbütün yeni bir sistem kabul edilmiş oldu. Bu sistem ondan sonra akdedilen bütün muahedelerde kabul olundu.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
1437

Bir de mukabelei bilmisil kanunumuz var.

(1927) bu kanunda «İdarî kararlar veya fevkalâde veya istisnaî kanunlar ile Türkiye tebeasının mülkiyet hakkını kısmen veyahut tamamen tahdit eden devletlerin Türkiyedeki tebeasının mülkiyet hakkının dahi icra vekilleri heyeti kararı ile hükûmet tarafından kısmen veya tamamen tahdit ve menkul ve gayri menkullerine vaziyet olunur ve bu gibi vaziyed edilen malların varidatı icabında tasfiyelerinden mütevellit hasılatı vesikalara istinaden isbat edecekleri zarar nisbetinde zarar gören Türk tebeasına tevzi olunur. » denilmektedir.

Aynî haklardan bir kısmı tebeaya hasredilmiştir. Meselâ Köy kanunu (M. 87) « Türk vatandaşlarından maadasının köylerde arazi ve emlâk alması memnudur. » Bir de Türk vapurlarının tasarrufu deniz ticaret kanununa göre (M. 1459) Türklere münhasırdır.

b. — *Borçlar* — Akidden doğan borçlar bir aynî hakkın iktisabını tazammun ediyorsa hak sahibinin yerli veya yabancı olduğuna göre hüküm değişir. Haksız bir fiilden doğan borçlar ile haksız bir muamele ile mal iktisabından doğan borçlar da âmme intizamı mevzuubahis olduğundan yabancıların bu yoldaki haklardan istifadesi tabiî olur.

c — *Fikrî haklar* — Edebî ve sanayî mülkiyeti yani telif hakkı ve ihtira beratı ve alâmeti farika kanunları ile tanınmıştır.

Ediplere, san'atkârlara, muhterilere, zekâ ve çalışmalarının mahsulü üzerinde kanunların tanıdığı bu gibi haklar aynî haklardan ve borçlardan farklıdır. Yani bir şahsî borç ve hak değildir. Çünkü iki şahış arasında doğrudan doğruya bir münasebet tesis ederek birini diğerine karşı bir taahhüdün ifası ile mükellef kılmıyor.

Aynî hak da değildir, çünkü telif hakkı mülkiyet sayılmaz. Gerçi bir müellifin telif ettiği eserin ilk nüshası üzerinde veya muhterinin vücuda getirdiği şey üzerinde veyahut ressamın veyahut heykeltraşın maharetinin mahsulü olan levha veya heykel üzerinde bir mülkiyet hakkı vardır. Fakat fikrî haklardan maksat bu değildir. Bunların vücüda getirdikleri ilk eserler kendi ellerinde mahfuz kaldıkca fikrî haklarından bahis olunamaz. Ancak âmmenin gözü önüne konduktan sonra sahiplerinin fikrî hakları nazarı itibara alınır.

Elhasıl neşir ve tamim lâzımdır. İşte bu takdirde umumîleşen, intişar eden eserler hakkında kanunların bahşettikleri haklar mülkiyet hakkının esasî vasıflarını haiz olmazlar.

Türkiyede yabancıların fikrî haklarından istifadeye salâhiyetleri var mıdır?

1320 telif hakkı kanunu yabancılardan bahsetmiyor, fakat bu

1438

hak Türklere münhasır değildir. Eser burada vücuda gelmiş veya tescil edilmiş ise hakka maliktir:

Lozan Ticaret mukavelesi (M. 14) bu merkezdedir. 1928 de Fransa ve 1930 da Almanya ile akdedilen ticaret muahedelerinde Türkiyenin uluslararası telif hakkı mukavelelerine iştirâk ve riayet edeceği ve yalnız daha iki sene serbest tercümeye hakkı olduğu tasrih edilmişftir.

Hasılı bu telif ve tercüme haklarından başka bir de ihtira beratları ile alâmeti farikalara, ticarî ünvanlara, sanayide kullanılan resim ve modellere vesaireye dair kanunî ve ahdi mevzuatım daha vardır ve yabancıların da bu gibi hakları Türkiyede temin edilmiştir. Muvakkat kanun (M. 3) ve Lozan ticaret mukavelesi (M. 14).

1929 Fransa ticaret ve seyrisefain

1929 Romanya » » ve ikamet

1930 İngiltere » »

Ve nihayet 1930 da beynelmilel bürolara girmemiz için hükûmete mezuniyet veren bir kanunumuz vardır.

VI

STATUT PERSONNEL

Mevzuumun son nazarî bahsi yabancıların hal ve ehliyet meselelerine dairdir. Ondan sonra bu meselelerin tatbikatından çıkan vaziyetleri arz eyliyerek sözüme nihayet vereceğim.

Eski zamanlarda Statut'cü ulemaya göre (Statut personnel) ve (Statut réel) diye şahsî ve mülkî olarak iki türlü statut vardı. (Gbossateurs) ile (Postglossateurs) ler ve ezcümle İtalyan, Fransız, Holanda, Alman ve İngiliz mekteplerinde bu meseleler ile uğraşıp dururlardı; fakat burada onlardan bahsetmiyeceğiz.

Bu gün (Statut Personnel) tâbiri ile yalnız şahsın hukukî vaziyetini tayin eden ve ezcümle hal ve ehliyete müteallik olan hükümler kasdolunmaktadır. [1]

[1] Hal ve ehliyet aynı kanuna tâbidir. Cermenler şahısları kendi millî kanunlarına tâbi tuttuklarından kanunların şahsîliği sistemi meydana çıktı. Derebeylikte ise ikametgâh kanunu esas ittihaz edildiğinden kanunların mülkîliği sistemi müdafaa edildi. Fakat ikametgâh mefhumu da aslî ve fiiliye ayrıldığından bir çok ihtilâfları mucip oldu. Bu gün millî kanun galebe ve taammüm etti. Müelliflerin bir takımı Savigny ile beraber milliyet taraftarıdırlar. Tâbiiyetin isbatı kolaydır, ikametgâhın ise güçtür, çünkü meskenile ikametgâhı birbirinden ayırmak lâzımdır. Meselâ, İsviçre, Fransa, Türkiye gibi Devletler bir ikametgâh tanıdıkları halde Almanya bir kaç ikametgâh kabul ediyor.

Millî kanuna tâbiiyet bir zaruret ve mecburiyettir. İkametgâh ise istiklâl irade ile ve menfaata göre intihap olunur.

Millî kanun taraftarları (1866 İtalyan medenî kanunu ve 1880 Oksford içtima-

1639

Hâl — Şahsın hukuku vasıflarına denir. Hâl her ferdin cemiyette tutduğu yerdir. Erkek veya kadın, yerli veya yabancı, mahcur veya gayri mahcur, meşrû veya gayri meşrû, küçük veya reşit olmakla hâl değişir. Hâl sahibinin iddia ve inkâr diye iki hakkı vardır.

Ehliyet — Ekseriya halin neticesi olup hukukî tasarruflarda bulunmak, haklara malik olmak ve hakları kullanmak, borçlu olmak kudretini tazammun eder. Yani hukuken evvelâ hak sahibi olunur, sonra da hakkını kullanmak salâhiyeti iktisabedilir. Kanunu medenî (M.8, 9, 10, 11, 14, 15, 16) [1].

Her ne kadar 1330 muvakkat kanunu kanunlar ihtilâfından bir sistem halinde bahsetmiş ise de bu kanundaki kaideler yalnız memleketimizde bulunan yabancıları alâkadar ettiğinden bütün kanun ve ihtilâflarını halledemez. Bildiğiniz gibi kanunlar ihtilâfı yalnız yabancıların dava mahallindeki muameleleri yüzünden çıkmaz. Bunların başka memleketlerdeki muamelelerinden de doğabilir, muvakkat kanunda ise bu hallerin hepsine şâmil kaideler yoktur.

Bir de meselâ ticaret kanununda kanunlar ihtilâfı bahsinde umumî bir hüküm var. Ehliyeti millî kanuna tâbi tutuyor.

Sonra poliçede (M.559) atfı kabul ediyor. Bundan başka (Locus regit actum) kaidesine göre yapılan akitlerin şekillerini kabul eden muameleler var. [2]

ında devletler hukuku cemiyeti kararı " Anglo — saksonlar hariç„) hal ve ehliyet millî kanuna tâbi olduğundan tâbiiyetin tebdili bir kimseyi ehliyetten kasıriyete veya kasıriyetten ehliyete geçirebilir.

Ehliyetin bir müktesep hak olduğu da iddia olunuyor; fakat yeni bir kanun sinni rüşdü artırarak ehliyeti ziyaa uğratabilir.

Bir de tâbiiyetin tebeddülü tarihinden muteber olup makabline şâmil olamaz; evvelki millî kanunun hükmü dairesinde yapılan hususlarda müktesep hak vardır. Ondan sonraki ehliyetsizlik ise sonraki muamelelerde nazarı itibare alınır. Keza hileli tâbiiyet değiştirmenin hal ve ehliyete tesiri olamıyacağını hatırlamalıdır.

Muammer Raşit Seviğ — Devletler hususî hukuku (birinci cild 1937).

Abdülhak Kemal Yürük — Devletler hususî hukuku (4 üncü cild 1937)

---

[1] Türkiyede reşit 18, İsviçrede 20, Fransa, İtalya, Portekiz, Rusya, Almanya Meksika, Romanya, İsveç, Norveç, Yunan, Lüksemburg, Brezilya, İngiltere, Amerika-Luviziyana 21, Arjantin 22, F elemenk,—İspanya 23, Avusturya- Macaristan 24, Danimarka 25 tir.

Türkiyede yabancının sinni rüştü millî kanuna tâbidir. Yalnız vatandaşlık kanunumuzda bir istisna vardır.

[2] İşte Devletler hususî hukuku sistemimiz bütün bunlardan mürekkebtir. Mevzuatımızın hulâsası şu olabilir:

1 — Statut personnel meselelerinde intizamı âmmeye muhalif olmamak şartiyle alâkadar yabancıların millî kanunları mer'îdir.

2 — Miras ve vasiyette menkul mallar millî kanuna ve gayri menkuller bulundukları yerin kanununa tâbidirler.

1440

«Nesep, evlâd edinme gibi aile hukukuna ve rüşd, izin, hacir ve vesayet gibi ehliyete ve menkul mallara ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan davaların Türk mahkemelerinde görülebilmesi tarafların rızalariyle müracaatına veya türklerin alâkadar bulunmasına veyahud Türk mahkemelerinde derdesti rüyet davalara ait olmasına bağlıdır, ve bu suretle Devletin intizamı âmmesine mugayir olmamak şartiyle alâkadarların mensup oldukları hükûmetler kanunlarına ve kanunların ihtilâfı halinde Devletler hususî hukuku kaidelerine göre muamele olunur.» Yukarıda söylediğim gibi Türkiye Cumhuriyeti din ve Devlet işlerini ayırıp lâyikliği kabul ettikten sonra bu maddede görülen müslim ve gayri müslim farkı artık tamamiyle ortadan kalkmış bulunuyor. Bu maddenin hükümlerine benzer bir de Lozan ikamet mukavelesinin şu hükmü vardır. (M. 16): «Türkiye ile âkit Devletler arasında mukarrerdir ki şahsî hükümlere ait maddelerden yani nikâh, karı kocanın mallarının iştiraki, boşanma, ayrılık, cihaz, babalık, velâyet, evlât edinme, şahsî ehliyet, rüşt, vesayet, kayyumluk, hacir meselelerinde ve menkul mallara dair maddelerde vasiyet veya tevarüs ve yahud terekenin taksim ve tasfiyesi meselelerinde ve her türlü aile hukuku meselelerinde mezkûr Devletlerin Türkiyede oturan veya orada bulunan şubesine karşı ancak şahsî hükümleri mevzuubahs olan tarafın tâbi olduğu memlekette kurulan millî mahkemeler veya diğer millî makamlar salâhiyettar olacaktır. Birinci fıkra hükmünden müstesna olarak şayet davada alâkadar tarafların hepsi Türkiye mahkemelerinin kazasını tahriren razı olurlarsa, bu mahkemeler, tarafların millî kanunları mucibince karar vermek üzere birinci fıkrada yazılı meseleler hakkında dahi salâhiyettar olabileceklerdir.»

İşte bu suretle kanunlar ihtilâfı sistemi yani Devletler hususî hukuku kaidesi evvelâ Türkiyedeki yabancıları bir prensip olarak her hususta Türk kanun ve mahkemelerine tâbi tuttuğu halde istisna olarak yalnız (Statut personnel) meselelerinde yani hal ve ehliyet işlerinde eğer taraflar yazılı olarak Türk mahkemelerinin salâhiyetini

3 — Nikâh ve mukaveleleri millî kanuna tâbidir.

4 — Emniyet ve asâyişi, vergileri ve intizamı âmmeyi alâkadar meseleler mahallî kanuna tâbidir.

5 — Alelûmum gayri menkuller yerli kanuna tâbidir.

6 — İntizamı âmmeye muhalif olmamak üzere irade istiklâline itibar vardır.

7 — Locus regit actum kaidesine intizamı âmmeye muhalif olmamak üzere itibar vardır.

8 — Poliçe ve ticarî senedler için arsıulusal müşterek hükümler vardır.

9 — Bazı meselelerde (caution judicatum solvi) yani kefalet akçesi istenir ve bazılarından bundan karşılıklı olarak vazgeçilir.

1641

kabul ederlerse, Türk mahkemeleri kendilerine o yabancıları kendi millî kanunlarını tatbik eyleyecektir. Fakat bu prensibimize muhalif olarak elimizde, bildiğiniz gibi, Avusturya, Lehistan, Macaristan ve Bulgaristan ile akdolunmuş dört ikamet ve adlî salâhiyet muahedesi olduğu gibi hukuk muhakeme usulü kanunumuzun (M.76) muahedelerimize muhalif ve münafi bir muhalif hükmü vardır.

Şu dört muahede karşılıklı olarak âkit Devletler tebeasının (Statut personnel) davalarına mahallî mahkemelerinin bakmağa salâhiyettar olmadıkları tasrih edilmiştir.

Yani ne bir Türk Avusturyada, Lehistanda, Macaristanda ve Bulgaristanda meselâ boşanabilir ve ne de bu memleketler tebeası bizde boşanabilir. Buna karşı usulün şu (M.76) sı varken akdettiğimiz her türlü muahede hükümleri boşa çıkar. Zaten akdettiğimiz muahedelerin (Statut porsonnel) edair olan hükümlerini hiçe sayan yine usulün şu (M.540) si de kanunlar ihtilâflarını çoğaltıp ortada bir Türk Devletler hususî hukuku doktrini bırakmamaktadır.

(M 76): «Hâkim resen Türk kanunları mucibince hüküm verir. Bir yabancı hukukunun tatbiki lâzım olan yerlerde buna istinad eden o taraf o kanun hükmünü isbatile mükellefdir. İsbat olunmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur.»

(M.540): «Asliye mahkemesi tenfiz kararını ancak kanaatı dairesinde verir. Şu kadar ki aşağıdakı hallerde talebi reddetmeğe mecburdur: ..... 4 - İlâmın ahkâmı şahsiyeye veya aile hukukuna ait bir davaya mütedair bulunması.»

VII

TATBİKAT ve NETİCE

Muhterem dinleyicilerim,

Buraya kadar sizi tarihî malûmat ve kanunî ve ahdî hükümlerle bir hayli yordum. Bu külfetinize mukabil bir takım yazılı ve müsbet hukukî meseleleri hatırlamış oldunuz.

Türkiyede dün de bu gün de yabancıların hukukunu temin eder bir çok kanunî ve ahdî hükümlerin mevcut olduğu bilindikten sonra akla şu sual gelir :

Acaba fiilen tatbikatta bu gün Türkiyede yabancıların şu (Statut personnel) meselelerinde hakları cidden ve tamamen temin edilmiş midir, yoksa şu millî kanunlarının tatbik olunacağı prensibi acaba kendilerinin aleyhinde mi neticeleniyor?

Nazarî bir hukukçu kanun ve muahedeler ile yabancının (Statut personnel) meselelerinde hukuku temin edilmiştir, diye cevap vere-

bilirse de her gün tatbikatla uğraşan, avukatlık eden bir meslekdaş her halde bütün bu kanunî ve ahdî teminatların yabancının hukukunu hakkı ile müdafaa etmediğini iddia edebilir.

Sabrınızı tüketmemek üzere size bu iddiamı isbat ve (Statut porsonnel) istisnasının mazarratını göstermek üzere bir kaç misal arz eyliyerek sözümü keseceğim :

1.— İtalyada Katolikler için boşanma hakkı hemen yok gibidir, pek müşkildir, iki İtalyan bir Türk mahkemesine gidip yazı ile o mahkemenin salâhiyetini kabul ediyorlar ve boşanmak istiyorlar. Türk hâkimi millî kanunlarınızı getiriniz diyor, fakat millî kanunlarının boşanmaya müsait olmadığını bildikleri için bu İtalyanlar tekrar mahkemeye gelerek millî kanunumuzu bulamadık, isbat edemeyeceğiz fakat böyle bir halde sizin mahkeme usulü kanunuzun (76) ıncı maddesi var, bize Türk kanununu tatbik ediniz diyorlar. Türk hâkimi de bu maddeyi tatbikle o İtalyanları boşuyor.

Burada Türk hâkimi ne muvakkat kanuna ve ne de Lozan muahedesinin ikamet mukavelesine riayet etti, fakat yine müsterihtir, çünkü yeni bir Türk kanununu yani (76) ıncı maddeyi tatbik etti. Bu boşanma kararı bütün dünyada muteberdir, fakat yalnız İtalyada değil, o İtalyan ikinci bir karı alsa İtalyada zanî addedilir ve mirası ilk karısına kalır.

2 . — İki Lehli, Türk mahkemesine, Türk hâkiminin huzuruna gelip boşanmak isterlerse, Türk — Leh mukavelesinin salâhiyet vermemesine—rağmen yine Türk hâkimi onları bu (76) ıncı maddeye göre boşar, ve bunun da İtalyanın misalinde ki netice ve akibetleri olabilir.

3.— Dinî nikâha tâbi bir memleket ahalisinden olan meselâ, bir Sırplı veya Yunanlı karı koca gelip boşanmak istese Türk Sulh Hâkimi onlara sulh teşebbüsünün akîm kaldığına dair kolaylıkla bir vesika verir, ve sonra da Asliye mahkemesi onları pekalâ millî kanunlarına göre boşar. Fakat o boşama kararı her yerde muteber olduğu halde Sırbistanda ve Yunanistanda hükümsüzdür; çünkü sulh teşebbüsünün bir papas tarafından yapılması lâzımdır.

Bizde ise intizamı âmmemiz papasın böyle işlere karıştırılmasına müsait değildir. Ve çünkü bizim hâkim o Sırp ve Yunanlının millî kanununu yani medenî kanununu tatbik etmiştir, fakat papasın sulh teşebbüsünü yapacağını başka bir kanun emir ediyordu.

Türk hâkimi ise yalnız yabancının medenî kanunu tatbik edeceği kanaatında idi, ve yabancının bütün kanunlarını tatbika hiç bir mecburiyet görmemişti.

4.— Bir İngiliz karısından boşanmak istiyor, fakat karısı böyle bir tahrirî beyan vermediğinden Türk hâkimi davalarına bakamıyor,

1463

ve onlar da Türkiyede bir türlü boşanamıyorlar.

5. — Bir Fransız, Fransız mahkemelerinden (Statut personnel) e dair bir ilâm alıyor, ve onu Türkiyede infaz ettirmek istiyor.

Muahedeler buna müsaittir, fakat usulün (540) ıncı maddesi böyle bir yabancı ilâmının icrasına manidir; Şu halde muahedeye ve ilâma rağmen o Fransız ihkakı hak edemiyecektir.

Bu misaller çoğaltılabilir, fakat burada duralım, demek oluyor ki (Yabancılar Türkiyede Statut Personnel meselelerinde millî kanunlarına tâbidirler) demek, veyahut mütekabiliyet usulü ile Türkler âkid memleketlerin mahkemelerine ve âkid memleketler tebeası da Türk mahkemelerine müracaat edebilir, diye iddia etmek tatbikatta hiç bir mana ifade etmez. (Statut Personnel) e dair yabancı ilâmlarının Türkiyede tatbik edileceğine dair muahede yapmak da fiiliyatta neticesiz kalır.

Çünkü millî kanun imtiyazını (76) ıncı madde sıfıra müncer ettiği gibi yabancı mahkemelerinden alınan (Statut personnel) e ait ilâmların da burada icrasına (540) ıncı madde manidi. Âkidlerin ve vazıı kanunun maksadı ne idi? Yabancıların Türkiyede, Türklerin de yabancı memleketlerinde hukukunu temin değil mi ? Türklerin de yabancı memleketlerinde...

Fakat işte tatbikatta bu hukuk temin edilmeseydi. Çünkü evvelâ şu (Statut personnel) de millî kanunu tatbik etmek demek alâkadarların bile menfaatlarına çok defa muhaliftir, ve çünkü bizim kanunlarımızda akdettiğimiz muahedelere mugayir hükümler bulundukça muahede mefhumu ortadan kalkar ve çünkü hâkimlerimiz kanun metinlerine bağlanıp muahedeleri kanunlardan üstün tutmadıkça ne kanunlar ihtilâfından kurtulunur ve ne de muahedeye riayet mümkün olur.

Hasılı şu (Statut personnel) meselelerinde yabancının millî kanunu tatbik olunur, diyecek yerde muahedeler tashih olunarak bu gibi işlerde (LEX FORİ) yani Türk hâkiminin kanunu tatbik edilir diye anlaşılsa ve ez cümle (540) ıncı madde kalksa, bundan evvelâ yabancılar istifabe ederdi ve sonra da Türk Cumhuriyetinin yeni Devletler hususî hukuku doktrini. Çünkü bir kaynağı Avrupa kanunu olan bugünkü Türk kanunu Türkiyede yaşayan yabancı ve yerlilerin hukukunu her yabancı kanunundan daha iyi temin ve müdafaa etmektir. Binaenaleyh Türkiyede yerli ve yabancı için bir tek mahkeme olduğu gibi, bir tek de kanun, yani Türk mahkemesi ve Türk kanunu, hüküm sürmelidir. Hasılı Türkiyede herkesin lehine olarak tatbik edilecek olan yalnız ve yalnız Türk kanunu, Türkün kanunudur.

1444

T. C.

BAŞVEKÂLET
NEŞRİYAT VE MÜDEVVENAT DAİRESİ
MÜDÜRLÜĞÜ

AVUKATLIK KANUNU

Kanun No: 3499 — *Kabul tarihi: 27-6-1938*

Neşri tarihi: 14-7-1938

Birinci bab

Avukatlık mesleğine kabul şartları

BİRİNCİ FASIL

Umumî hükümler

Madde 1 — Avukatlık mesleğine kabul olunmak için:

A - Türk olmak,

B - Yirmi üç yaşını bitirmiş bulunmak,

C - Bir Türk Hukuk fakültesinden veya mektebinden mezun olmak veye Siyasa Bilgiler Okulundan mezun olupta noksan kalan derslerden hukuk fakültesinde imtihan vermiş olmak veya yabancı bir memleket hukuk fakültesinden mezun olupta Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden imtihan ile tasdikname almış bulunmak,

D - Avukatlık stajını yapmış ve hâkim muavinliği imtihanında ehliyet göstermiş olmak,

E - Levhasına kaydı istenilen baro mıntakasında ikametgâhı bulunmak,

F - Avukatlıkla içtimaı caiz olmıyan bir hizmet veya meşgalede bulunmamak,

G - Bu kanuna göre avukatlığa mâni bir hâli olmamak,

H - İkinci maddenin (A) bendinde yazılı bir suçtan dolayı cezaî veya aynı maddenin (B) bendinin tatbikını istilzam eden inzibatî takip altında bulunmamak şarttır.

Madde 2 — A) Şeref ve haysiyeti muhil bir suçtan veya ağır hapsi müstelzim bir cürümden mutlak surette yahut bir cürümden bir sene veya daha ziyade hapis cezasile mahkûm olanlar,

B) Cezaî veya inzibatî bir karar neticesinde meslekî bir suçtan dolayı hâkim veya memur yahut avukat olmak vasfını kaybetmiş olanlar,

C) Meslek, şeref ve haysiyetine uymayan halleri bulunanlar,

D) Hileli ve taksirli olmıyarak iflâsına karar verilmiş olupta itibarını geriye getirmemiş olanlar,

E) Avukatlık vazifelerini daimî surette ifaya mâni vücud veya akılca bir malûliyeti bulunanlar,

F) Tasarruf ehliyeti mahkeme kararile tahdid edilmiş vaziyette bulunanlar,

Stajyer veya avukat olmaktan memnudurlar.

Şu kadar ki (A) fıkrasının tatbikı halinde kasdî olmayan cürümlerden biri ile veya cezayı hafifleten sebepler nazara alınarak mahkûm olanların bu mahkûmiyeti

1465

stajyer veya avukat olmaya mâni olup olmadığına baro idare meclisi tarfından karar verilir.

Madde 3 — Maaş, ücret veya aidat mukabilinde görülen hiç bir hizmet ve vazife, iş ajanlığı, tüccarlık veya mesleğin vakar ve haysiyetile telifi mümkün olmayan her türlü meşgale avukatlıkla içtima edemez.

Madde 4 — A) Mebuslar, vilâyet ve belediye meclisi âzaları;

B) Üniversite, yüksek veya talî mektep profesör, muallim, doçent ve asistanları;

C) Hususî müessese ve şahısların müşavir ve avukatları;

D) Hakemlik, tasfiye memurluğu, kaza mercilerinin veya adlî bir dairenin verdiği her hangi bir vazife veya hizmet,

E) Anonin ve kooperatif şirketleri idare meclisi âzaları, murakipleri ve hayır ve ilim müesseseleri reis ve âzaları,

Üçüncü madde hükmünden müstesnadır.

Şu kadarki bunlardan mebuslar hazinenin, belediye ve hususî idarelerin, vilâyet ve belediyelerin idare ve murakabesi altında bulunan daire ve müesseselerin ve sermayesinin yarıdan fazlası Devlete ait şirket ve müesseselerin, vilâyet ve belediye meclisi âzaları mensup oldukları hükmî şahısların aleyhindeki dava ve işleri kabul ve takibden memnudurlar.

Bu memuniyet avukatların şeriklerine de şâmildir.

Madde 5 — Maaş veya ücreti Devlet, vilâyet veya belediye bütçelerinden yahut Devlet, vilâyet veya belediyelerin idare ve murakabesi altındaki daire veya müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar yalnız bu daire, müessese veya şirketlere aid işlerde avukatlık edebilirler.

Mahkeme veya kazaî mercilerde mensup oldukları daireyi temsil eden hukuk müşaviri veya muavinleri baroya kaydolunmaya mecburdurlar.

Madde 6 — Bir hâkim veya müddeiumuminin sebep veya neseb cihetile usûl veya füruundan veya birinci ve ikinci derecede akrabasından olan avukat o hâkim veya müddeiumuminin bulunduğu mahkeme veya dairede avukatlık edemez.

Aralarında evlilik bağı olan avukatla hâkim veya müddeiumumî hakkında, evliliğin zevalinden sonra da, hüküm böyledir.

Madde 7 — Vazifelerinden ayrılan hâkim ve müddeiumumiler hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde, ayrılma tarihinden itibaren iki sene müddetle avukatlık etmekten memnudurlar.

İKİNCİ FASIL

Staj

Madde 8 — Avukatlık stajı bu fasılda yazılı şartlar dairesinde bir avukat nezdinde ve Adliye Vekâletinin tensibedeceği mahkemelerde ifa edilir.

Stajın icabında, mahkeme nezdinde başlatılmasına Adliye Vekili izin verebilir.

Bu takdirde, bu fasıldaki hükümler ona göre tatbik olunur.

Madde 9 — Birinci maddenin A, C, E, F, G, H bendlerinde yazılı şartları haiz olanlar avukatlık edecekleri yer barosuna bir talebname ile müracaat ederler.

Madde 10 — 9 uncu maddede yazılı talebnameye aşağıda gösterilen vesikalar raptolunur:

A) Kanunun aradığı şartlara müteallik vesikaların asıllarile tasdikli ikişer sureti;

B) Namzedin birinci maddenin G ve H bendlerinde yazılı hallerin kendisinde bulunmadığına dair bir beyanname;

C) Yanında staj göreceği avukatın yazılı muvafakatı;

1446

D) Namzedin ahlâkî gidişi hakkında iki avukat tarafından tanzim kılınan takdimname.

Bu vesikaların birer sureti baro reisi tarafından tasdik edilerek Adliye Vekâletine gönderilir ve diğer suret veya asılları baro dosyasında saklanır. 15 inci maddede yazılı halde C bendinde gösterilen vesika verilmez.

Madde 11 — Talebname yukarıki maddede yazılı hususlarla birlikte tevdii tarihinden 10 gün içinde baronun veya Adliye dairesinin münasip bir yerinde 15 gün müddetle talik ve ilân olunur.

Her avukat veya satajyer bu müddet içinde kaydın icrasına itirazda bulunabilir. Şu kadar ki itirazın tetkik edilebilmesi vazıh delil veya vakıaların gösterilmiş olmasına bağlıdır.

Madde 12 — Baro reisi talebnamenin ilânından önce baroya mensup avukatlardan birini, namzedin manevî vasıfları haiz olup olmadığını tahkika ve bir rapor tanzimine memur eder.

Madde 13 — Baro meclisi itiraz müddetinin bitmesinden bir ay içinde 12 inci maddede yazılı raporu nazara alarak namzedin stajyer listesine kabul edilip edilmemesi hakkında mucib sebepler gösterilmek üzere bir karar verir.

Bu karara karşı; müddeiumumî, idare meclisi âzaları veya alâkalı, kararın verildiği veya tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde, Adliye Vekâletine itiraz edebilir.

Birinci fıkrada yazılı müddet içinde bir karar verilmemiş olması halinde de hüküm böyledir.

Adliye Vekâletinin vereceği karar kat'îdir.

Madde 14 — Avukatlık stajı, listeye kayıd tarihinden itibaren başlar.

İtiraz kaydın icrasını durdurur.

Bu fasılda yazılı staja aid müddetler Adliye tatili esnasında işlemez.

Madde 15 — Baro reisi, resen veya alâkadarın müracaatı üzerine stajın talebnamede gösterilen avukattan başka bir avukat yanında yapılmasını tensip edebilir.

10 uncu maddenin C bendinde yazılı vesikayı istihsal imkânını bulamayan namzedin, hangi avukat yanında staj göreceğini tayin, baro reisine aiddir.

Avukat her iki halde de stajyeri kabule mecburdur.

Madde 16 — Avukat nezdinde yapılacak staj müddeti kesimsiz olarak en az bir senedir.

Baro reisi makbul mazeretleri halinde stajyerlere senede on beş gün izin verebilir.

Staj müddeti esnasında makbul sebepler dolayısile inkıtalar üç ayı geçmemişse kma ettirilir.

Stajyer, staj müddeti içinde avukatla birlikte mahkeme celselerine ve staj konferanslarına devam etmek, nezdinde çalıştığı avukat tarafından tevdi olunan işleri takip ve dava evrakını tanzim eylemek ve staj nizamnamesinde gösterilen diğer vazifeleri görmekle mükelleftir.

Madde 17 — 16 ıncı maddede yazılı staj, nezdinde çalışan avukatın nezareti altında ifa edilir. Bu avukat baro idare meclisinde her üç ayda bir staj vazifelerinin sureti ifası ve bir senelik müddetin hitamında da stajın muvaffakiyetle ikmal edilip edilmediği hakkında müdellel bir rapor verir.

Stajın kanun hükümleri dairesinde yapılmamasından avukat mes'uldür.

Madde 18 — Baro idare meclisi staj hakkındaki senelik raporun tevdiini müteakip Müddeiumuminin yazılı mütalâsını alarak staj vesikasının verilmesine veya müddetinin altı ay uzatılmasına karar verir.

1467

İdare Meclisinin bu hususdaki kararları kat'î olup aleyhine hiç bir mercie müracaat edilemez.

Madde 19 — Staj vesikasını istihsale muvaffak olanlar Adliye Vekâletinin tensip edeceği yerde bir sene müddetle vazife görürler. Bu müddet içinde 2556 sayılı Hâkimler Kanununun 5, 6, 7, 8, 9, 10 ve 11 inci maddeleri avukat stajyerleri hakkında da tatbik olunur.

Bunlardan muavinlik imtihanında ehliyet göstermiş olanlara ait mazbataların bir sureti kayıdlı oldukları baroya gönderilir.

Madde 20 — Muavinlik imtihanında ehliyet göstermiş olanlar veya 21 inci maddede yazılı şartları haiz bulunanlar avukatlık edecekleri mıntıka barosuna ait levhaya kayıtlarının icrasını isteyebilirler.

Baro idare meclisi bu talep tarihinden itibaren bir ay içinde esbabı mucibeli kararını Adliye Vekâletine göndermekle mükelleftir. Bu müddetin hitamında kaydı icra edilmemiş olanlar doğrudan doğruya veya itiraz yolile Adliye Vekâletine müracaat edebilirler.

Vekillikçe yapılan tetkikat neticesinde kanunda yazılı şart ve vasıfların tahakkuku veya red kararında gösterilen sebeplerin varit olması halinde ruhsatname verilir.

Ruhsatnamenin tanziminde bir defaya mahsus olmak üzere yirmi beş lira harç alınır.

Madde 21 — Adlî ve askerî hâkimlik veya müddeiumumilikte, Devlet Şûrası dava daireleri reis ve âzalıklarında ve hukuk fakülteleri medeniye, ticaret ve ceza hukukile usûl dersleri profesörlüklerinde veya bu derslerin doçentliğinde yahut 2556 sayılı Hâkimler Kanununa göre hâkimlik veya müddeiumumilik sınıflarından sayılan memuriyelerde en az dört sene müddetle hizmet etmiş olanlar birici maddenin D fıkrasında yazılı kayıtdan vareste tutulurlar.

Bu gibilerin baroya kaydında onuncu maddenin A ve B bendlerinde yazılı vesikalardan başka sicil hulâsalarının da tasdikli bir suretinin verilmesi lâzımdır.

İkinci bab

Avukatların hak ve vazifeleri

Madde 22 — Avukatlık, âmme hizmeti mahiyetinde bir meslektir.

Gayesi avukatların hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis, tarafların hukukî münasebetlerinden veya karşılıklı menfaatlarından doğan ihtilâfların hakka uygun olarak halline tavassut ve umumiyetle mahkemelerle diğer resmî mercilere kanunun tam olarak tatbiki hususunda yardım etmektir.

Madde 23 — Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde rey vermek, mahkeme ve hakem veya kaza salâhiyetini haiz diğer merciler huzurunda hakikî veya hükmî şahıslara ait hukuku dava, müdafaa eylemek ve bu hususlara aid bütün evrakı tanzim, adlî muameleleri ve resmî dairelerde nizalı ve ihtilâflı işleri taikibetmek yalnız bu kanunun hükümleri dairesinde baroya kayıdlı bulunan avukatlara aiddir.

Dava ikamesine ehil olan her şahıs kendi dava veya işini bizzat ikame ve takib edebilir.

Usûl ve füru ile ikinci dereceye kadar olan civar hısımları ve karı ve koca, resmî dairelerdeki nizalı ve ihtilâflı işi vekâletle takibedebilirler.

Hukuk ve Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunlarının avukatlarla müdafîlere taallûk eden hükümleri mahfuzdur.

Madde 24 — Avukatlar, mesleğin vakar ve haysiyetile telifi mümkün olmayan

1448

her türlü hal ve hareketten içtinabetmek, vazife ve salâhiyetlerini adalet icaplarına uygun olarak ifa ve istimal eylemek mecburiyetindedirler.

Madde 25 — Avukatlar, kendilerine tevdi olunan veya vazifeleri dolayısile muttlî oldukları ahval ve hususatı her ne suret ve sebeple olursa olsun ifşa etmekten memnudurlar.

Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında şahidlik edebilmeleri iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır.

Madde 26 — Avukat, kendisine teklif olunan işi hiç bir sebep beyanına mecbur olmaksızın reddedebilir. Red halinde keyfiyetin iş sahibine gecikmeden bildirilmesi mecburîdir.

Teklifi iki avukat tarafından reddolunan kimse kendisine bir avukat tayinini baro reisinden isteyebilir.

Baro reisi tarafından tayin edilen avukat işi ücret mukabilinde takibe mecburdur.

Madde 27 — Avukat, kendisine yapılan teklifi:

A) Yolsuz veya haksız görür veya sonradan yolsuz veya haksız olduğuna kanaat getirirse,

B) Aynı işte menfaati zıd bir tarafa avukatlık etmiş veya rey vermiş olursa,

C) İşe evvelce hâkim, hakem, müddeiumumî veya memur sıfatile el koymuş bulunursa,

Reddetmeğe mecburdur.

Bu mecburiyet avukatların şeriklerine de şâmildir.

Madde 28 — Avukat, kendisine tevdi olunan evrakı vekâletin hitamından itibaren üç sene müddetle muhafazaya mecburdur. Şu kadar ki, evrakın geri alınması müvekkile yazı ile bildirilmiş olduğu hallerde muhafaza mecburiyeti tebliğ tarihinden üç ay içinde nihayet bulur.

Avukat, ücreti ödenmedikçe, evrakı iadeye mecbur değildir.

Madde 29 — Müvekkil tarafından avukat aleyhine dermeyan edilecek akidden doğan zarar ve ziyan iddiaları beş senelik müruru zamana tâbidir.

Madd 30 — Avukat derühde ettiği işi ihtimam, doğruluk ve sadakatle ifa ve intaca mecburdur.

Muayyen bir işi takip veya müdafaadan kendi arzusile vazgeçen avukat, keyfiyetin, müvekkiline tebliği tarihinden on beş gün müddetle temsil ve müdafaaya mecburdur.

Şu kadar ki hâkim veya adlî müzaheret bürosu yahut baro reisi tarafından tayin edilen avukat mücbir bir sebep olmadıkça vazife ifasından istinkâf edemez. Mücbir sebebin takdiri, tayini icra eden makama aiddir.

Müvekkilin vefatı halinde avukat, sıfatını mirasçılara veya onların yerine kaim olanlara bildirmeğe ve alacağı yeni talimata kadar mirasçıların haklarını temsil ve müdafaaya mecburdurlar.

Madde 31 — Bir avukatın kaydının terkini veya ölümü halinde baro reisi alâkalıların talebi üzerine veya iş sahibini haberdar etmek şartile resen işleri muvakkaten takip ve tedvir edecek bir avukat tayin eder.

Yukarıki fıkrada yazılı işlere ait kanunî mehiller dosyaların devir ve teslim tarihine kadar işlemez. Şu kadar ki ; bu müddet hiç bir halde on beş günü geçemez.

İşin avukata tevdii keyfiyeti baro reisinin mahkemelere vuku bulacak tebliği ile tesbit olunur.

Madde 32 — Her avukat levhaya kaydı tarihinden itibaren üç ay içinde bir büro tesise mecburdur. Büronun evsafını tayin barolara aitdir.

1469

Müşterek çalışan avukatlar için ayrı büro edinmek mecburiyeti yoktur.

Madde 33 — Avukatlar büro işlerinde kâtip ve daktiloğraftan başka yalnız avukat istihdam ederler.

Avukatlıktan menedilenlerle her ne suretle olursa olsun teşriki mesai eden veya bu gibilere bürosunda vazife veren avukat, idare meclisince ilk defasında işten ve tekerrüründe meslekten çıkarma cezasile cezalandırılır.

Avukatlığa veya memurluğa mâni suçlardan birile takip altında bulunanlar veya mahkûm olanlar avukat yanında istihdam edilemezler.

Madde 34 — Avukat bürosuna aid işleri kendi mes'uliyeti altında, yanında çalışan stajyer veya kâtip vasıtasile de takip ettirebilir ve suret aldırabilir. Dava dosyaları yalnız avukat ve stajyerleri veya taraflar canibinden tedkik olunabilir.

Madde 35 — Avukat vaziyed eylediği işlere ait münazaalı hakları iktisabdan veya bunların iktisabına delâletten memnudur. Bu memnuiyet işin hitamından itibaren beş sene sürer.

Madde 36 — Avukat veya iş sahibi tarafından vadolunan veya verilen bir ücret yahud herhangi bir menfaat mukabilinde avukata iş getirmeğe delâlet edenler üç aydan bir seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır.

Bu hareketi yapanlar memur iseler verilecek ceza altı ay hapisten aşağı olamaz.

Madde 37 — Avukatlar, mahkeme huzuruna, Adliye Vekâletince tayin kılınacak resmî kıyafetle çıkmağa mecburdurlar.

Madde 38 — Her adliye dairesinde baroya ve her mahkeme salonunda avukatlara mahsus bir yer ayrılır.

Madde 39 — Avukatlar baroda kayıdlı olan bürolarından başka herhangi bir yerde, mahkeme salonlarında veya adliye binasında hukukî istişarede bulunmaktan memnudurlar.

Bu madde hükmü, avukatın sureti mahsusada davet edildiği hallerde tatbik olunmaz.

Madde 40 — Avukat deruhde eylediği her iş veya dava yahut yazılı mütalâasına müracaat olunan her husus hakkında ayrı ayrı muntazam dosya tutmakla mükelleftir.

Avukat, kendi tarafından kaleme alınan veya müsveddesi yapılan her evrakı bizzat veya müvekkilile birlikte imzaya mecburdur.

Madde 41 — Avukat iş hususunda yaptığı mülâkatlardan lüzumlu saydıklarını bir zabıt varakasile tesbit eder. Zabıt varakasının ziri mülâkatı yapanlar tarafından imza olunur.

Madde 42 — Levhada kayıdlı olan her avukatın mensup olduğu baro nezdinde Adliye Vekâletinden gönderilen nümuneye tevfikan tanzim kılınan bir sicil cüzdanı bulunur. Bu cüzdanlar mahremdir. Ancak sahibi tarafından her zaman görülebilir. Bir barodan diğer bir baroya nakil halinde yeni kaydolunan yerin baro reisine gönderilir.

Avukatların iş celbi hususunda teşebbüsatta bulunmaları, gazetelere reklâm mahiyetinde ilân vermeleri memnudur.

Madde 44 — Usulü dairesinde tanzim ve avukata tevdi edilmiş olan vekâletname 40 ıncı maddede yazılı dosyada saklanır. Avukat isterse dosyada saklanan vekâletnamenin suretini çıkarıp kullanabilir. Bu veçhile avukat tarafından aslına mutabakatı tasdik olunan suretler resmî suret mahiyetindedir.

Aslı mevcud olmayan bir vekâletnamenin suretini tasdik veya aslına mugayir suret ibraz veya tevdi eden avukat üç seneden sekiz seneye kadar ağır hapis cezası görür.

1450

Madde 45 — Temyiz mahkemesinde, baroda kayıdlı olan her avukatın bir fişi bulunur. Davayı temyiz eden avukatın bu fişine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 444 üncü maddesinin tatbik edildiği hallerde ceza işareti konulur.

Bu hüküm tashihi karar taleblerinde de caridir.

Temyiz mahkemesi birinci ve ikinci reisleri bu fişlere esas olacak malûmatı hazırlamakla mükelleftir.

Bu maddenin tatbikına esas olan fişler 2556 sayılı kanunun 35 inci maddesinde yazılı listeleri tanzime memur edilen büro tarafından tutulur.

Madde 46 — Suiniyetle temyiz eden avukat hakkında Temyiz Mahkemesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 444 üncü maddesi hükmünü tatbik etmekle beraber keyfiyeti avukatın mensup olduğu baroya da bildirir.

Bir yılda üç veya iki yılda beş defa bu cezaya uğruyan avukat iki sene müddetle temyiz arzuhal ve lâyihası yazmaktan ve Temyiz Mahkemesinde duruşmada vekil olarak bulunmaktan memnudur.

İkinci fıkrada yazılı halin tekerrürü Temyiz Mahkemesinde avukatlık yapmak hakkının izaasını mucibdir.

Madde 47 — 46 ıncı maddede yazılı memnuiyete uğrayanlar Adliye Vekâletince Temyiz Mahkemesine, avukatın mensup olduğu baroya ve baro mıntakasındaki mahkemelere tebliğ olunur.

Bu memnuiyet hilâfına hareket edenler ilk dafasında işten ve tekerrüründe meslekten çıkarılırlar.

Madde 48 — Vazife sırasında veya ifa ettiği vazifeden dolayı bir avukat aleyhine işlenen suçlar hakkında Türk Ceza Kanununun Devlet memurları aleyhine işlenen cürümlere mahsus olan hükümleri tatbik olunur.

Madde 49 — Avukatların vazifeden doğan veya vazife sırasında işlenen suçlardan dolayı haklarında takibat icrası Adliye Vekilinin iznine bağlıdır.

Tahkikat Adliye Vekilinin tensib edeceği makam tarafından yapılır.

Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunlarının duruşmanın inzibatına müteallik hükümleri mahfuzdur.

Madde 50 — Bu kanun hükümleri dairesinde avukatlar levhasına kaydı icra edilmemiş veya muvakkat vesika istihsali suretile bu hakkı iktisap etmemiş olanların, şahıslarına ait bulunmayan her türlü dava evrakının tanzim ve icra muamelelerini takip veya avukatlara mahsus diğer salâhiyetleri istimal etmeleri veyahut avukat ünvanı taşımaları memnudur.

Bu memnuiyet hükmüne aykırı harekette bulunanlar ilk defasında beş liradan elli liraya kadar ağır para cezasına ve tekerrürü halinde üç aya kadar hapis cezasına mahkûm edilirler.

Avukatlık yapmak salâhiyetini haiz olmadıkları halde muvazaalı surette matlup temellük veya kanunların bahşettiği sair hakları suisitimal eylemek suretile avukatlara ait salâhiyetleri kullananlar üç aydan bir seneneye kadar hapis, beş yüz liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılırlar.

Mahkemelerle diğer bütün resmî makam ve merciler ve hakemler avukatlık salâhiyetini haiz olmayanları bu sıfatla kabul edemezler.

1451

Üçüncü bab

Avukatlar levhası

Madde 51 — Baro idare meclisi, her adlî yıl başlangıcında, mıntakası dahilinde bulunan bütün avukatların bir levhasını tanzim eder. Levhaya her avukatın alfabe sırasile adı, soyadı, ikametgâhı ve bürosu yazılır.

Levhanın tanziminden sonra baroya kaydı icra edilenlere yeni levhanın tanzimine kadar muteber olan bir vesika verilir.

Levhanın bir sureti Adliye Vekilliğine, Temyiz Mahkemesine, Devlet Şûrasına ve mıntakası dahilindeki en büyük mülkiye âmirlerine, mahkemelere, Cumhuriyet Müddeiumumiliklerine, kazaî salâhiyeti haiz heyetlere ve noterlere, diğer barolara gönderilir.

Madde 52 — Her avukat mıntakası dahilinde devamlı olarak avukatlık edeceği baro levhasına kaydedilmekle mükelleftir.

Bir levhaya kayıtlı bulunan avukat devamlı olmamak şartile, memleketin her yerinde mesleğini icraya salâhiyetlidir.

Madde 53 — Bir avukat, levhasında kayıdlı bulunduğu baro mıntakası haricinde devamlı surette icrayı meslek eder veya disiplin cezasını müstelzim bir harekette bulunursa o yer disiplin meclisi tarafından bu husus hakkında tanzim edilecek zabıt varakası, icabeden muamele yapılmak üzere, avukatın mensup olduğu baroya irsal edilir.

Madde 54 — Bir barodan diğer bir baroya nakil hakkındaki talebler, levhasına kaydı istenilen baro idare meclisine yapılır.

İlk kayda esas olan vesikaların nakil talebnamesine raptedilmiş olması şarttır.

Madde 55 — Baro idare meclisi nakil talebinde bulunan avukatın disiplin takibatı altında olup olmadığını, iştirâk hisselerini tediye edip etmediğini önceden kayıdlı olduğu barodan sorar ve bu hususta lüzum gördüğü her türlü tahkik muamelelerini yapar.

Nakil talebinin tervici halinde keyfiyet ruhsatnameye işaret edilmek üzere Adliye Vekâletine bildirilir.

Madde 56 — Nakil talebinin reddi veya 15 gün zarfında bir karar verilmemiş olması halinde alâkadar, Adliye Vekilliğine müracaat hakkını haizdir. Adliye Vekilliğinin bu babda ittihaz edeceği karar kat'îdir.

Madde 57 — Aşağıda yazılı hallerde avukatın adı levhadan silinir:

A) Levhaya kayıd talebinden itibaren üç ay içinde baro mıntakası dahilinde ikametgâh edinilmemiş veya ikametgâhın sonradan mıntaka haricine nakledilmiş olması;

B) 32 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı mecburiyete riayet edilmemiş olması;

C) Avukatlıkla içtimaı caiz olmayan bir hizmet veya vazife deruhte edilmiş olması;

D) Avukatın malları üzerindeki tasarruf salâhiyetinin mahkeme kararile tahdit edilmiş olması;

E) Avukatlık vazifelerini devamlı surette ifaya mâni aklî bir ârızanın tesbit edilmiş olması;

F) Medenî hakları istimalden menedilmiş bulunması;

G) Türk vatandaşlığı sıfatının kaybedilmiş olması;

1452

H) Mahkeme veya disiplin meclisi kararile işten veya meslekten çıkarılmış olması;

İ) Meslekten istekle ayrılmış bulunulması.

Madde 58 — Levhadan silme kararı baro idare meclisi tarafından verilir.

57 inci maddenin (H) ve (İ) bendlerinde yayılı haller haricinde alâkadarın karardan önce dinlenmesi veya dinlenmek üzere davet edilmiş olması şarttır.

Alâkadar, bu karar aleyhine tebliğ tarihinden 15 gün içinde Adliye Vekilliğine itiraz edebilir.

Madde 59 — 57 inci maddeye göre kaydın silinmesini mucip olan haklerin zevalini ve ilk kayda esas teşkil eden şartların varlığını isbat eden avukat levhaya yeniden kaydedilmek hakkını ihraz eder.

Bu kanunun 54, 55 ve 56 ıncı maddeleri kaydın yenilenmesi taleblerinde de tatbik olunur.

Madde 60 — Cezaî veya disipline müteallik bir karar neticesinde meslekten çıkarılanlarla ikinci maddenin (A) bendinde yazılı suçlardan dolayı mahkûm olanların ruhsatnamesi Adliye Vekâletince geri alınarak ibtal ve kayıdları bir daha yenilenmemek üzere terkin olunur.

Bu muamelenin tatbiki kararın kat'ileşmiş olmasına bağlıdır.

Dördüncü bab

Barolar

Madde 61 — Mıntakası dahilinde en az on beş avukat bulunan her vilâyet merkezinde bir baro teşkil edilir.

Baro kurulamayan yerlerin en yakın baroya bağlanması veya bunların birleştirilerek ayrı bir baro teşkili ve merkezlerinin tayini Adliye Vekiline aiddir.

Barolar, teşekkülü keyfiyetini Adliye Vekâletine bildirmekle şahsiyet iktisap ederler.

Madde 62 — Uumumî heyet baronun en yüksek merciidir. Bu heyet levhaya kayıdlı bulunan avukatlardan terekküp eder.

Madde 63 — Umumî heyet;

A) İdare meclisini ve baro reisini seçmek;

B) Baro mensublarından alınacak duhuliye ve yıllık aidatı tesbit etmek;

C) İdare heyetinin yıllık hesablarını tetkik ve rüyet etmek;

D) Bütçeyi tasdik eylemek;

E) Baro reisinin istifası halinde bir karar vermek;

F) Meslek işlerine aid tekliflerde bulunmak;

Ve bu kanunda yazılı diğer hususları ifa eylemek vazifelerile mükelleftir.

Madde 64 — Umumî Heyet her yıl Kânunuevvel ayının ilk haftası içinde idare meclisi tarafından hazırlanan bütçeyi müzakere etmek ve Baro reisile idare meclisi âzalarının seçim müddetinin bitmesinden 15 gün önce de yeni seçim yapmak üzere toplanır.

Madde 65 — Adliye Vekili ve idare meclisi, lüzum gördüğü hallerde umumî heyeti fevkalâde içtimaa davet eder.

İdare meclisi, levhaya kayıdlı avukatların üçte biri ve yüz elliden fazla âzası olan barolardan elli avukat tarafından verilen toplantı taleblerini nazara almağa mecburdur.

İkinci fıkrada yazılı toplantı talebinin müzakere mevzuunu ihtiva etmesi şarttır.

1453

Madde 66 — Levhada kayıdlı avukatların her biri umumî heyet içtimalarına yazı ile davet olunur. Davet mektubunun toplantı gününden en az bir hafta evvel postaya veya avukata tevdi edilmiş olması lâzımdır. Bu mektupla toplantının yapılacağı yer,gün ve saat, ruznameye dahil olan mevad ve teşekkül nisabının olmaması halinde gelecek toplantının yapılacağı yer ve gün yazılır.

Madde 67 — Umumî heyet, levhada kayıdlı avukat adedinin yarıdan bir fazlasile teşekkül eder.

Birinci fıkrada yazılı ekseriyet hasıl olmadığı takdirde içtima bir hafta sonra aynı gün ve aynı saate talik olunur. İkinci içtimada bulunan avukat adedi ne olursa olsun heyet teşekkül etmiş sayılır.

Kararlar, hazır olan âzanın mutlak ekseriyetile verilir. Reylerde müsavat halinde reisin bulunduğu taraf tercih olunur.

Seçileceklerin, içtimada hazır bulunanların yarısından fazla rey almaları şarttır. İlk seçimde, seçileceklerin tamamı veya bir kısmı bu mikdar reyi temin edemediği takdirde ekseriyeti temin edemeyenlerin iki misline müsavi en çok rey alanlar hakkında yeniden seçim yapılır. bu seçim sonunda en çok rey alanlar kazanmış sayılır.

Aynı sayıda rey kazananlar arasında kura çekilir.

İçtimalarda, ruznameye dahil olmayan hususlar mevzuubahs edilemez. Yeni bir toplanma kararı bu kayıddan mütesnadır.

Madde 68 — Her baronun bir reisi ve en az dört âzadan mürekkep bir idare meclisi vardır.

Avukat adedi, elliden yüze kadar olan barolarda 6, yüz birden yüz elliye kadar olan barolarda 8, yüz elliden fazla olanlarda 10 âza ve her baroda en çok dört ihtiyat âza bulunur.

Baro reisi, idare meclisinin tabiî reisidir.

Madde 69 — Baro reisi ve idare meclisi âzaları levhada kayıdlı bulunan avukatlar arasından gizli reyle seçilir.

Disiplin takibatı altında bulunanlarla haklarında avukatlığa mâni bir suçtan dolayı son tahkikatın açılması kararı verilmiş veya 83 üncü maddenin II, III ve IV üncü bendlerinde yazılı cezalara uğramış olanlar cezanın infazı tarihinden itibaren üç sene geçmedikçe baro reisi veya âzası seçilemezler.

Seçim, umumî heyetten kur'a ile ayrılan üç avukat tarafından idare olunur. Namzedliğini koymuş olanların seçim bürosuna ayrılmaları caiz değildir.

Seçilmek ehliyetini kaybeden baro reisi veya âzasının vazifesi kendiliğinden nihayet bulur.

Seçim neticeleri bir mazbata ile Adliye Vekilliğine bildirilir.

Madde 70 — Baro reisi ve idare meclisi âzalarının müddeti iki senedir. Şu kadar ki, âzaların yarısı her sene yenilenir. İlk seçimden bir sene sonra ayrılacak âzalar kur'a ile taayyün eder.

Seçim devresinin bitmesinden önce ayrılan baro reisinin yerine seçilen, geri kalan müddeti tamamlar.

Madde 71 — Âzalardan iki sene idare meclisinde bulunanlar, ayrılmalarından bir sene geçmedikçe yeniden intihap olunamazlar.

55 yaşını bitirmiş olanlar veya son üç sene zarfında iki sene idare meclisinde vazife görenler gelecek iki sene için baro reisi veya âza olmaktan itizar edebilirler.

Madde 72 — İdare meclisi, âzası arasından bir reis vekili ve bir de umumî kâtip seçer.

1454

Baronun yazı ve hesap işleri, adlî müzaheret bürosu umumî kâtibin nezareti altındadır.

Lüzum görülen yerlerde hesap işlerine nezaret için ayrıca bir âza muhasip olarak ayrılabilir.

Madde 73 — İdare meclisinin vazife ve salâhiyeti:

A) Avukatlık vakar ve haysiyetinin muhafazasına, mesleğin adalet gayelerine uygun olarak sadakat ve şerefle icrasına nezaret etmek;

B) Stajyer ve avukatların baroya kayıd ve kabul veya nakil talebleri hakkında karar vermek;

C) Avukatlık levhasını tanzim ve meslekî vecibelerin ifa edilip edilmediğini murakabe etmek;

D) Avukat ve stajyerler hakkında inzibatî kaza hakkını kullanmak;

E) Levhada kayıtlı avukatlar arasında tahaddüs eden meslekî ihtilâfların halline, taleb vukuunda, tavassut etmek:

F) Avukatla müvekkil arasında çıkan ihtilâfları müvekkilin talebi üzerine tetkik ederek karara bağlamak;

G) Adliye Vekâleti ve (F) bendinde yazılı itilâf hakkında mahkeme tarafından talep olunan mütalâaları rapor halinde bildirmek;

H) Baronun mallarını idare ve muhtaç avukatlara yapılacak yardım şeklini tesbit etmek;

İ) Senelik bütçeyi hazırlayarak umumî heyetin tasvibine arzetmek;

J) Baro namına iktisap ve iltizam hususlarında baro reisine mezuniyet vermek;

K) Avukat yanında yapılacak staj işlerini tanzim ve murakabe etmek;

L) İdare meclisi âzası tarafında verilen istifalar hakında karar vermek;

M) Adlî müzaheret bürosu teşkil ve idare eylemek;

N) Umumî heyet kararlarını infaz etmek;

O) Baronun ücretli memurlarını tayin ve azletmek;

P) Dahilî idareye taallûk eden bütün işleri görmek;

Ve bu kanunda yazılı diğer salâhiyetleri kullanmak hususlarından ibarettir.

Madde 74 — İdare meclisi, baro reisi tarafından doğrudan doğruya veya âzadan herhangi birinin müzakere mevzuunu ihtiva eden yazılı talebi üzerine toplanmağa davet olunur.

Kararlar, reis ile birlikte beş âzası olan barolarda üç, yedi âzası olan barolarda dört, dokuz âzası olanlarda beş, on bir âzası olanlarda altı kişinin bir reyde birleşmesile verilir.

Baro reisi veya âzası alâkalı oldukları işlerin müzakeresine iştirâk edemezler.

Madde 75 — İdare meclisi âzaları davet mektup veya listesile toplantıya çağırılır. Birbirini müteakip üç celseye sebebsiz olarak iştirâk etmemiş olan âza idare meclisi kararile müstafi addolunur.

Bu karara karşı tebliği tarihinden on beş gün içinde Adliye Vekâletine itiraz edilebilir.

Madde 76 — Baro reisliği idare meclisi âzalığı vazifeleri veya baro menfaatlerini temsil ve müdafa hususunda her hangi bir avukata tevdi olunan iş ücretsiz görülür.

Masraflar baro kasasından ödenir.

Madde 77 — Baro reisi, umumî heyet ve idare meclisi içtimalarına riyaset eder.

Reisin gaybubetinde bu vazife, reis vekili ve onun da bulunmaması halinde meclis âzalarından biri tarafından ifa olunur.

Umumî heyetle idare meclisinde ittihaz olunan kararlar ve yapılan seçimler bir

1653

zabıt varakasile tesbit olunur. Zabıtnamenin ziri içtimaın hitamından önce reis ve umumî kâtip tarafından imza edilir.

Madde 78 — Reis baroyu temsil eder. İdare meclisinin reisi sıfatile haiz olduğu salâhiyetlerden maada:

A) Umumî heyet ve idare meclisi kararlarını infaz etmek.

B) 73 üncü maddeye tevfikan verilen mezuniyet dairesinde baro namına iltizam ve iktisabda bulunmak, taahhüdlere girişmek, baroya yapılan teberrüleri kabul ve bütçeyi tatbik etmek.

C) Mahkeme ve resmî daireler huzurunda baroyu temsil ve müdafaa edecek avukatı tayin etmek.

D) Avukat sicillerinin, Adliye Vekâleti tarafından gönderilen nümuneye tevfikan tanzim ve muhafazasını temin etmek.

E) Baro âzası veya bir avukatla müvekkil arasında tahaddüs eden ihtilâfları idare meclisine intikale mahal vermeden dostane bir surette halline çalışmak,

Ve bu kanunda yazılı diğer hususları ifa eylemek hak ve vazifelerini haizdir.

Madde 79 — Baro mensubları 73 üncü maddenin A, E, F, M. bendlerinde yazılı hususların tatbiki dolayısile vuku bulacak davete icabet ve kendilerinden istenilen malûmatı ita ve bu maksadla yapılacak tavsiyelere riayet etmekle mukelleftirler.

Baro reisi, birinci fıkrada münderiç muamelelerin ifasını temin için 100 liraya kadar para cezasına hükmedebilir. Şu kadar ki, bu kararın ittihazından önce, verilen emrin icra olunmaması halinde para cezası tayin edileceği keyfiyetinin alâkadara yazı ile bildirilmiş olması şarttır.

Bu karar aleyhine on beş gün zarfında idare meclisine itiraz olunabilir.

Bu maddede yazılı para cezası disiplin faslındaki hükümlere tevfikan tahsil edilir.

Madde 80 — Baro senelik aidatını makbul bir sebep olmaksızın vermemekte ısrar edenlerin isimleri, idare meclisi kararile borçlarını ödeyinceye kadar baro levhasından silinir.

Madde 81 — Adliye Vekili bütün avukatlara idare meclisi ve baro reisliği üzerinde nezaret hakkını haizdir. İdare meclisi ve baro reisi üzerindeki nezaret hakkını baro merkezindeki en yüksek dereceli hâkim marifetile ve avukatlar üzerindeki nezaretini baro idare meclisi vasıtasile kullanır.

73 üncü maddenin A bendinde yazılı murakabe hakkını kullanmakta ihmal veya suiistimali gören idare meclisi Adliye Vekilinin kararile fesholunur.

Bu takdirde umumî heyet, fesih kararının tebliğinden itibaren on beş gün içinde Adliye Vekili tarafından yeniden seçim icrasına davet edilir.

Baro reisine ve idare meclisine aid vazifeler, yeni meclisin seçimine kadar birinci fıkrada yazılı hâkimin inhası üzerine, Adliye Vekilliğince baroya kayıdlı avukatlardan teşkil edilen üç kişilik bir heyet tarfından görülür

Beşinci bab

Disiplin muameleleri

Madde 82— Avukatlık vakar ve şerefine uymayan fiil ve hareketlerde bulunanlarla meslekî faaliyette vazifelerini yapmayan veya vazife icabı olan dürüstlüğe riayet etmeyenler hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları tatbik olunur.

Madde 83 — Disiplin cezaları şunlardır:

I - İhtar, avukatı dikkate davettir.

Bu ceza, baro reisi tarafından yazılan bir mektupla tatbik olunur. Sicille geçmez ve aleyhine itiraz olunamaz.

1456

II - Tevbih, meslekî âdaba uymayan fiil ve hareketin disiplin meclisi kararile muahezesidir.

III - Beş yüz liraya kadar para cezası.

IV - İşten çıkarma, avukatın bir aydan az ve iki seneden fazla olmamak şartile meslekini yapmaktan menedilmesidir.

V - Meslekten çıkarma, avukatlık ruhsatnamesinin geri alınmasıdır.

Madde 84 — Disiplin muamele ve kararları idare meclisi tarafından tertip ve tatbik olunur. Bu takdirde idare meclisi disiplin meclisi ünvanını alır.

Madde 85 — Baroya kayıd ve kabulden önceki fiil ve hareketler meslekten çıkarma cezasını istilzam etmiş olmadıkça disiplin takibatına mevzu teşkil edemez.

Madde 86 — Disiplin takibatının icrası avukatın, tahkikata başladığı sırada, kayıdlı bulunduğu baroya aiddir.

Baro reisi ve idare meclisi âzaları hakkındaki takibat 81 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı hâkimin tensib edeceği en yakın barolardan biri tarafından yapılır. Şikâyet veya ihbar mevzuunun tahkika değer mahiyette olup olmadığının tayini bu hâkime aiddir.

Hakkında takibat yapılmasına karar verilenlerin vazifeleri takibat neticesine kadar vekil veya ihtiyat âza tarafından görülür.

Madde 87 — Ceza takibatı disiplin muamelesinin tatbik ve icrasına mâni teşkil etmez.

Aleyhine ceza takibatına başlanmış olan avukat hakkındaki disiplin muameleleri bu takibatın devamı müddetince durdurulabilir. Bu takdirde idare meclisi, 103 üncü maddeye göre avukatı işten menetmeğe mahal olup olmadığı hakkında bir karar verir.

Beraetle neticelenmiş olan bir ceza davasının mevzuuna giren fiillerden dolayı disiplin takibatının icrası o fiillerin ceza kanunundaki maddeden ayrı ve başlı başına disiplin cezasını istilzam eder mahiyette bulunmasına bağlıdır.

Madde 88 —Disiplin takibatı idare meclisi tarafından verilen bir kararla açılır. İdare meclisi, alâkalının ihbar ve şikâyeti veya müddeiumuminin talebi üzerine yahut resen yukarıki fıkrada yazılı kararın verilmesine esas olarak tahkikatın icrasını kendi âzasından birine tevdi eder.

Madde 89 — Tahkikat icrasına memur edilen âza sübut delillerini toplar. Lûzum gördüğü kimselerin ifadelerini yeminle de alabilir. Hakkında şikâyet edilen avukatı dinledikden sonra dosyayı bir raporla idare meclisine verir.

Madde 90 — Takibat icrasına mahal olmadığına dair olan kararlar 81 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı hâkime tevdi edilir.

Tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde takibat icrası için iade edilmeyen kararlar kat'îleşmiş sayılır.

Madde 91 — Ademi takip hakkındaki kararın mevzuuna giren fiillerden dolayı yeniden tahkikat yapılabilmesi yeni delillerin bulunmasına ve kararın kat'îleştiği tarihten itibaren üç sene geçmemiş olmasına bağlıdır.

Madde 92 — Takibatın icrası kararını vermiş olanlar disiplin meclisine iştirakten memnu değildirler.

Madde 93 — Takibat icrasına karar verilen hallerde tetkikat, duruşma yapılarak icra olunur.

Duruşma gizli olur.

Hâkimler ve levhada kayıtlı avukatlar duruşmada hazır bulunabilirler.

97 inci madde hükmü mahfuzdur.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
1657

Madde 94 — Usulüne tevfikan yapılan davete icabet etmiş olan avukatın gıyabında duruşma yapılmasına karar verilebilir.

Madde 95 — Disiplin meclisi, delillerin ne hudud dahilinde ikame ve tetkik edileceğini talep veya feragatlere veya evvelce verilmiş kararlarla bağlı olmaksızın takdir ve tayin eder.

Madde 96 — Şahit ve ehlihibrenin duruşmaya celbi veya naib vasıtasile yahut istinabe yolile dinlenmesi veya mazbut ifadelerinin okunmasile iktifa edilmesi disiplin meclisinin takdirine bağlıdır.

Ancak; bir vakıanın delili bir şahidin şahsî malûmatından ibaretse bu şahit her halde dinlenir.

Madde 97 — Tevbih veya para cezasını müstelzim fiil ve hareketlere müteallik disiplin davaları evrak üzerinde tetkik ve rüyet olunabilir. Bu takdirde hakkında takibat yapılanın şifahî veya yazılı müdafaası alınmadıkça yahut müdafaanamesini münasip bir zamanda vermeğe davet edilmedikçe ceza verilemez.

Madde 98 — Duruşma zabıtnamesi reisin tensib edeceği bir avukat tarafından tutulur.

Duruşma haricinde dinlenenlere ait zabıt varakalarının duruşmada okunması mecburidir.

Madde 99 — İstinabe yoluyle verilen talimat baro merkezinde takibatın safhasına göre idare meclisi veya âzası, diğer yerlede sulh hâkimi tarafından icra edilir.

Madde 100 — Şahidler ve ehlihibre müddeiumumilik vasıtasile davet olunur.

Usulü dairesinde davet olunupda gelmeyen veya kanunî bir sebep olmaksızın şahidlik veya yemin etmekten çekinen şahit veya ehlihibrenin bu hareketinden doğan masraflarla beraber yirmi liraya kadar hafif para cezasına mahkûm edilmesi şahit ve ehlihibrenin ikamet ettiği veya sakin olduğu yerin sulh mahkemesinden istenebilir.

Bu takdirde şahit ve ehlihibrenin ihzar müzekkeresile zorla getirilmesi sulh hâkiminden istenir. İhzar müzekkeresi verilmeyipde yeniden celpname ile davet edilir ve yine gelmezse evvelce hükmolunan cezadan başka aynı suretle yine bir cezanın hükmolunması istenebilir.

Sulh mahkemesi bu hususta tanzim edilmiş olan zabıt varakası üzerine karar verir.

Madde 101 — Disiplin cezaları hakkında karar verecek heyetlere dahil olanların Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yazılı sebeplerle reddi hakkındaki talebler reddi istenilen âzadan başkalarının iştirakile tetkik olunur.

Red sebebile heyetin teşekkül edememesi halinde kura ile seçilecek avukat veya hâkim ile heyet tamamlanır,

Madde 102 — Disiplin meclisi kararlarının tasdikli bir sureti alâkalılara tebliğinden sonra 81 inci maddede yazılı hâkime tebliğ olunur.

Hâkim bunlardan aleyhine itiraz etmediklerini derhal Adliye Vekâletine gönderir.

Madde 103 — Hakkında meslekten çıkarma cezasını istilzam edebilecek mahiyette bir fiilden dolayı takibat yapılmakta olan avukat disiplin meclisi kararile işten men edilebilir.

Kararın verilmesinden önce alâkalının dinlenmiş veya dinlenmek üzere davet edilmiş olupta tayin edilen günde gelmemiş olması şarttır.

Disiplin meclisi, bu karara esas olan delillerin ne hudut dahilinde ikame ve tedkik olunacağını taleblerle bağlı olmaksızın serbestçe tayin ve takdir eder.

Karar, hakkında takibat yapılan avukata mucip sebeplerile birlikte tebliğ olunur.

1652

Madde 104 — Haklarında meslekten çıkarma cezası veya tevkif müzekkeresi veya rüşvet, sahtekârlık, sirkat, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal ve yalan yere şahitlik cürümlerinden dolayı son tahkikatın açılması kararı verilenlerin işden men edilmeleri mecburidir.

Madde 105 — 103 üncü maddeye göre verilen işten men kararları tefhim veya tebliği tarihinde kât'îleşir.

İşden men edilmiş olanlar bu tarihten itibaren avukatlığa ait salâhiyetleri hiç bir suretle kullanamazlar. Bu Hüküm avukatın karısile reşit olmayan çocuklarına ait işlerde carî değildir.

İkinci fıkrada yazılı memnuiyet hilâfına kasdî olarak hareket eden avukat hakkında 83 üncü maddenin dört veya beşinci bendlerinde yazılı cezalardan biri tatbik olunur.

Mahkemelerle resmî daireler işden menedilen avukatları kabul etmemekle mükellefdirler.

Madde 106 — İşden men kararı aleyhine haysiyet divanı nezdinde itiraz olunabilir. İtiraz, kararın icrasını durdurmaz. Varid görülürse karar kaldırılır.

Bu hususdaki ihtirazlar acele tetkik olunur.

Madde 107 — İşden men edilen avukata ait davalar, baro reisinin tayin edeceği avukatlar tarafından takib olunur.

Otuz birinci maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları hükmü burada da caridir.

Birinci fıkrada yazılı vekâlet vazifesi haklı sebeplerin mevcudiyeti halinde reddolunabilir. Red sebeplerinin kabule değer olup olmadığını tedkik, 81 inci maddede gösterilen hâkime aiddir.

Vekâlet vazifesi, temsil edilen avukatın talimatına bağlı olmaksızın onu ifa edenin mes'uliyeti altında görülür.

Yapılan işlerin ücretini kendisine vekâlet olunan avukat öder. İhtilâf halinde ücretin mikdarı, idare meclisi tarafından tesbit olunur. Baro, bu ücretin ödenmesinde bir kefil gibi mes'uldür.

Madde 108 — İşden men kararı, takibatın durdurulmuş veya avukatlık icrasına mâni olmayan bir ceza verilmiş olması halinde kendiliğinden kalkar.

İşden men kararı, bu kararı, ittihazına esas olan hal veya şartların mevcud olmadığı veya sonradan kalktığı sabit olursa disiplin meclisi tarafından ref olunur.

Madde 109 — Disiplin meclisi kararları aleyhine alâkalı avukat tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde ve 81 inci maddede yazılı hâkim de evrakın kendisine tevdii tarihinden itibaren on beş gün içinde haysiyet divanına itiraz edebilir.

Yukarıki fıkrada yazılı hâkim, aleyhine itirazda bulunmadığı disiplin meclisi kararlarını hemen Adliye Vekilliğine gönderir. Evrakın vürudu tarihinden itibaren üç ay içinde Adliye Vekili Cumhuriyet Başmüddeiumumiliğine vereceği yazılı emirle disiplin meclisi kararları aleyhine haysiyet divanına itiraz edebilir.

Madde 110 — Haysiyet divanı, Temyiz Mahkemesi birinci reisinin reisliği altında biri Temyiz ikinci reislerinden olmak üzere Adliye Vekili tarafından seçilecek üç Temyiz hâkiminden ve 111 inci maddede yazılı surette seçilen üç avukattan teşekkül eder. Müddeti dört senedir.

Bundan başka üçü Temyiz hâkimi ve üçü avukat olmak üzere altı yedek âza ayrılır.

Madde 111 — Levhada kayıdlı avukat adedi elliye kadar olan barolar bir, elliden iki yüze kadar olanlar beş, iki yüzden fazla olanlar her elli avukata mukabil birer namzedi ihtiva eden bir liste tanzim ederler. Baro idare meclislerine dahil olanlar namzet gösterilemez.

1459

Bu suretle taayyün eden namzetlerin soy adları bir umumî listede toplanarak bütün barolara dağıtılır.

Baro idare meclisleri umumî listenin vürudu tarihinden en çok bir ay içinde bu listeye dahil olanlardan 12 avukat seçerek keyfiyeti bir mazbata ile tesbit eder.

Bu mazbatalara göre en çok rey kazanmış olan 12 namzetin soy adları alfabe sırasile ve rey sayısı gösterilmeksizin Adliye Vekâletine bildirilir.

Adliye Vekâleti haysiyet divanına iştirâk edecek daimî ve ihtiyat âzayı bunlar arasından ayırır.

İkinci ve dördüncü fıkralarda yazılı muameleler Ankara barosu idare meclisi tarafından ifa olunur.

Bu maddeye göre yapılacak seçimin dört senelik müddetin bitmesinden altı ay önce başlamış olması şarttır.

Madde 112 — Haysiyet divanı, disiplin davalarını evrak üzerinde tedkik ve rüyet eder. Ancak; işten veya meslekten çıkarma cezasına müteallik hükümlerde alâkalı avukatın talebi üzerine veya lüzumunda resen duruşma icrasına karar verir.

Alâkalı avukat duruşmada hazır olabileceği gibi kendisini vekâletnameyi haiz bir müdafi ile de temsil ettirebilir.

Duruşma icrası suretile yapılan tedkikatta müddeiumumilik vazifesi Cumhuriyet Başmüddeiumumisi tarafından ifa edilir.

94 ve 95 inci maddeler haysiyet divanı hakkında da tatbik olunur.

Madde 113 — Haysiyet divanında duruşmaya, raportör âza tarafından işin izahile başlanır. Bu âzanın duruşmadan önce raporunu tanzim ve imza ile dosyaya koymuş olması şarttır.

Raportör âzanın izahatını müteakip Cumhuriyet Başmüddeiumumisi, alâkalı avukat ve varsa müdafii iddialarını beyan ve bunları izah için söz alırlar. Bunlar arasında itirazı yapmış olan taraf önce dinlenir. Son söz, hakkında disiplin takibi yapılan avukatındır.

Madde 114 — Haysiyet divanı, itirazı varid görürse, esas hakkında da karar verir.

İtiraz üzerine verilen kararlar kat'î olup aleyhine hiç bir mercie baş vurulamaz.

Madde 115 — Disiplin meclisi veya haysiyet divanı, irad ve ikame edilen delilleri tahkikat ve duruşmadan edineceği kanaata göre serbestçe takdir eder. Şu kadar ki, bu heyetler disiplin cezalarının tayin ve tatbikında avukatlık şeref ve itibarını kuvvetle muhafaza etmek ve mesleğin adalet, gaye ve icablarına uygun olarak icrasını temin eylemek vazifesinden ilham alırlar.

Madde 116 — Bu kanunun ikinci babında yazılı vecibeler veya 130 uncu maddenin birinci fıkrası hükümlerine riayet etmeyenler hakkında ilk defasında en az tevbih ve tekerrüründe işden çıkarmak ve ikinci maddenin (A) bendinde yazılı bir suçtan dolayı mahkûmiyet halinde de meslekten çıkarma cezasının tatbiki mecburidir.

Madde 117 — Mevzuu irtica olan yahut millî vahdet ve şuurla telifi mümkün olmayan fiillere müteallik davaları deruhte etmeyi itiyad edenler, disiplin takibatına lüzum kalmaksızın baro idare meclisinin talebi üzerine Haysiyet divanı kararile meslekten çıkarılabilirler.

Muhitindeki temas ve faaliyetleri itibarile muayyen bir baro mıntakası dahilinde avukatlık yapmaları millî, meslekî ahlâk veya menfaat bakımından tecviz edilmeyenlerin isimleri, baro idare meclisinin talebi üzerine haysiyet divanı kararile mensup oldukları baro levhasından silinir.

1460

Kaydı silinenler, levhasından çıkarıldıkları baro mıntakası dahilinde avukatlık edemezler.

Yukarıki fıkralarda yazılı kararların ittihazından önce Cumhuriyet Başmüddeiumumisinin mütalâasile alâkalı avukatın yazılı müdafası alınır.

Haysiyet divanı, lüzum gördüğü hallerde alâkalı avukatı da dinleyebilir.

Bu maddeye göre Haysiyet divanı tarafından verilecek kararlar kat'î olup aleyhine hiç bir mercie müracaat edilemez.

Madde 118 — Disiplin cezasını istilzam edecek fiillerin vukuundan itibaren üç sene geçmiş ise takip yapılamaz.

Madde 119 — Disiplin cezaları kat'ileşmedikce icra olunamaz.

Madde 120 — Disiplin muameleleri dolayısile davet olunan her şahit ve ehlihibrenin kaybettiği vakit ile mütenasip bir tazminata hakkı vardır. Bunlardan davete icabet için seyahat etmeğe mecbur olanlara yol ve ikamet masrafı da verilir.

Hakkında takibat yapılan avukat, dinlenmesini istediği şahit ve ehlihibre masrafını peşin olarak öder.

Avukata veya üçüncü bir şahsa yükletilmeyen veya borçludan tahsil imkânı kalmıyan masraflar, Devlet Hazinesinin ceza davalarında şahit, tazminat ve masraflarındaki mesuliyeti nisbetinde baroya yüklenir.

Madde 121 — Para cezasına veya masrafların ödenmesine dair olan kararlar İcra ve İflâs Kanununun ilâmların icrası hakkındaki hükümlerine göre infaz olunur.

Para cezaları baro kasasına irad yazılır.

İcra işlerinin takibi baro umumî kâtibine aiddir.

Altıncı bab

Adlî müzaheret ve avukat ücretleri

BİRİNCİ FASIL

Adlî müzaheret

Madde 122 — Asliye mahkemesi bulunan her yerde idare meclisi tarafından tayin kılınan bir avukatın nezaret ve murakabesi altında bir adlî müzaheret bürosu kurulur.

Avukat adedi beşten aşağı olan yerlerde bu mecburiyet yoktur.

Madde 123 — Adlî müzaheret bürosunda devamlı surette çalışacak stajyer ve ücretli memurların tayini ve büroda vazife alacak avukatlara ait sıra defterinin tertibi idare meclisine aitdir.

Kendisine iş tevdi edilen avukat o işin tarifede tesbit edilen ücretini baro kasasına yatırdığı takdirde bu mükellefiyetten kurtulur.

Madde 124 — Büro, adlî müzaheretin temini için lüzumlu olan muameleleri ifa, talebin kabulü halinde davayı takip ve intaç ve umumiyetle muhakeme veya takip masraflarını kısmen veya tamamen ifadan âciz olanların mahkemelerle Adliye dairelerindeki işlerini takip vazifelerile mükelleftir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun adlî müzaheret hakkındaki hükümleri mahfuzdur.

Madde 125 — Müracaatlarında haklı olduklarına dair delil gösteremeyenlere yardım edilmez.

Yardım talebinin reddi halinde alâkalı tahriren veya şifahen baro reisine müracaat hakkını haizdir.

1461

Baro reisinin vereceği karar kat'îdir.

Madde 126 — Adlî müzaheret bürolarının masraf ve varidatı baro bütçesinin ayrı bir fasılında gösterilir. Bu fasılda kalan varidat fazlasının ertesi seneye aynen nakli mecburidir.

Vilâyet veya belediye bütçelerinden veya hayır müesseselerinden baroya tahsis edilen yardımlar ile baro lehinde yapılan her türlü teberrülerden tahsis mahalli gösterilmeyenler bu faslın varidat kısmına ilâve edilir.

Adlî müzaherete memur avukat istihsal eylediği ücretin yüzde yirmisini ve büronun yardımından faydalanan kimse avukat ücretinden maada faydalandığı kısmın yüzde onunu baroya tediyeye mecburdur. Şu kadar ki, adlî müzaherete nail olanın tediye edeceği meblâğ asgarî tarifeden aşağı olamaz.

Madde 127 — Adlî müzeharet bürosunu idare veya murakebeye memur edilen avukat büronun senelik faaliyetini bir raporla idare meclisine bildirir.

İdare meclisi büroda çalışmış olanlara ikramiye dağıtılmasına karar verebilir.

İKİNCİ FASIL

Avukat üeretleri

Madde 128 — Ücret, avukatla müvekkil arasında serbestçe tayin olunur. Dava ve takip ücretleri hakkındaki akdin yazılı şekilde olması şarttır. Ücretten doğan davalarda yazılı mukaveleden başka sübut delili ikame ve istima olunamaz.

Madde 129 — Ücret mukavelenamesinin muayyen bir meblâğı ihtiva etmesi lâzımdır. Her ne suretle olursa olsun hasılı davaya iştiraki tazammun eden ücret mukavelenameleri batıldır.

Hukuk ve ceza davalarının neticelerine göre değişen ücret tayini halinde de hüküm böyledir.

Madde 130 — Her baronun idare meclisi dört senede bir seçim devresi başlangıcında kaza mercilerindeki muamelelerle diğer işlerden alınacak ücretin asgarî haddini gösteren bir tarife hazırlayarak Adliye Vekâletine gönderir.

Adliye Vekâleti haysiyet divanının mütalâasını aldıktan sonra tarifeyi tasdik veya lûzumlu gördüğü tadilleri icra eder.

Yeni bir tarifenin tasdikına kadar mevcud olan tarife hükmü devam eder.

Ücretsiz dava deruhde edilmesi halinde keyfiyet, baro idare meclisine bildirilir.

Madde 131 — Ücret mukavelesi yapılmamış olan hallerde asgarî tarife tatbik olunur.

Mahkûm aleyhine tahmil olunacak ücret tarifede yazılı hadden aşağı ve üç mislinden yukarı olamaz. Ücret davası açacak avukatlar önce baro idare meclisine malûmat vermeğe mecburdurlar.

Madde 132 — Deruhde ettiği işi haklı bir sebep olmaksızın takipden vazgeçen avukat hiç bir ücret iddiasında bulunamaz ve peşin aldığı ücreti iadeye mecburdur.

Avukatın azli veya işin diğer bir avukata tevdii halinde ücretin tamamı verilir.

Şu kadar ki, avukatın kusur ve ihmalinden dolayı azil veya aynı sebeple iş başka bir avukata tevdi edilmiş ise ücretin ödenmesi lâzım gelmez.

Madde 133 — Müvekkilin teaddüdü halinde bunlardan her biri ve sulhan neticelenen işlerde, taraflar, avukat ücretlerini tediye hususunda müteselsil borçlu sayılırlar.

Madde 134 — Avukat müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı emval ve nükudu ücret ve masrafın tediyesine kadar ve alacağı nisbetinde yedinde hapsedebilir.

1462

Avukat, mukavele ile kararlaştırılan yeya hâkim tarafından takdir olunan ücretinden dolayı kendi mesaisi neticesinde müvekkilin muhafaza veya iktisabeylediği emval üzerinde diğer alacaklılara karşı rüçhan hakkını haizdir. Rüçhan hakkı, vekâletnamenin tanzimi tarihinde sıra alır.

Yedinci bab

Meslek sigortası

Madde 135 — Bir baro levhasında kayıdlı olan her avukat meslek sigortasına yazılmağa mecburdur. Bu sigortaya aid poliçeler baro kasasında veya idare meclisinin tensibedeceği bir bankada bu meclis namına saklanır.

Sigortaya yazılmayan veya birbiri ardı sıra iki taksidi ödemeyen avukat taksidi ödeyinceye kadar işden men edilir.

Madde 136 — Meslek sigortasının şartları haysiyet divanı tarafından tesbit olunur.

Adliye Vekâletinin tensibedeceği altı baronun idare meclisi tarafından seçilmiş olan mümessiller kanunî mecburiyetten ve toplu bir müşteri kütlesinin bulunmasından doğan faydaları ileri sürerek birinci fıkraya göre tesbit olunan şartları kabul eden şirketlerin tekliflerini tedkik ve bunlardan avukatlık mesleğine en uygun ve müsaid gördüklerini tercih edenler.

Birinci fıkraya göre tesbit olunan şartlar Ankara, İstanbul ve İzmir gazetelerinde ilân olunur.

Madde 137 — Sigorta müddetinin hitamından önce alınacak tazminatın yüzde birinin kalan seneler adedile hasılı darbından elde edilecek yekûn ile sigorta müddetinin bitmesi üzerine alınacak tazminatın yüzde biri avukatın mensubolduğu baro kasasına yatırılır. Bu para muhtaç avukatlara ait sigorta primlerinin ödenmesine tahsis olunur.

Baro kasasından ödenmiş olan primler yardım gören avukattan tahsil edilmediği takdirde sigorta müddetinin hitamında kendisine veya ölümü halinde ailesine verilecek paradan kesilir.

Madde 138 — 136 ıncı maddeye göre yapılacak tekliflerin meslek sigortasının tesisindeki maksad ve gayeye uygun düşmemesi veya bu hususta anlaşma hususlüne imkân bulunmaması halinde, keyfiyet esbabı mucibeli bir mazbata ile Adliye Vekâletine bildirilir.

Adliye Vekâleti, mazbatada istinat olunan sebepleri varid gördüğü takdirde hükmî şahsiyeti haiz bir tekaüd ve yardım sandığı veya mümasil bir tesis vücuda getirmeğe ve muvafık şartlar elde edildiği halde sigorta sistemine rücua salâhiyetlidir.

Madde 139 — 3-Nisan-1340 ve 6-1-1926 ve 29-11- 926, ve 11-4-1928 ve 20-6-1934 ve 5-7-1934 tarih ve 460, 708, 941, 1220, 2516, sayılı kanunlarla 2573 sayılı kanunun 6 ıncı maddesi ilga edilmiştir.

Muvakkat Madde I — A) 708 sayılı kanunun ikinci ve yedinci maddelerinde ve 2573 sayılı kanunun altıncı maddesinde yazılı mülâzemet müddetini bu kanunun mer'iyet tarihinde ikmal etmiş olanlar birinci maddenin A, B, C, E, F, G, H, bendlerinde gösterilen şartları haiz oldukları takdirde baroya kayıd ve kabul olunurlar.

Bu kanunun tatbikatında Medresetülkuzat ve Nüvap mektebi mezunları hukuk mezunu sayılır.

B) Bu kanunun neşri tarihinden 708 sayılı kanunun ikinci ve yedinci ve 2573 sayılı kanunun altıncı maddesinde yazılı mülâzemete başlamış olanlar geri kalan

1463

müddeti aynı hükümlere göre tamamladıktan sonra hâkim muavinliği imtihanına kabul olunurlar.

Muvakkat madde II — Bu kanunun meriyete girmesinden önce avukatlık ruhsatnamesi istihsal etmiş olanlardan 460 sayılı kanunla zeyil ve tadillerine göre avukatlığa mâni bir hali bulunmayanların barodaki kayıtları bu kanun hükümleri dairesinde yenilenir.

Vilâyet ve kazalardaki Adliye encümen veya heyetleri tarafından verilen karar üzerine avukatlık ruhsatnamesi almış olupta baro teşekkül etmeyen yerlerde avukatlık etmekte olanlar o yerin bağlı bulunduğu baroya kaydedilir.

Muvakkat madde III — Bu kanunun neşri tarihinden itibaren dava vekilliği ruhsatnamesile 708 sayılı kanunun beşinci maddesine istinad eden avukatlık ruhsatnamesi verilmez.

Muvakkat madde IV — A) Bu kanunun mer'iyete girdiği tarihte dava vekâleti ruhsatnamesini haiz olanlar beş avukat bulunmayan yerlerde icrayı vekâlet edebilirler.

Dava vekilleri birinci fıkrada yazılı yerlerde avukatlara ait hak ve vazifeleri o yerde bulunan en yüksek dereceli hâkimin nezaret ve murakabesi altında istimal ve ifa ederler. 84 üncü maddede yazılı disiplin cezaları şikâyete mebni veya resen veya mahallî müddeiumumisinin talebi üzerine bu hâkim tarafından tatbik olunur. Bunlardan işden veya meslekten çıkarma cezalarına tebliğ tarihinden on beş gün içinde alâkalı dava vekili veya müddeiumumî tarafından mıntaka barosu disiplin meclisine itiraz olunabilir. İtiraz hakkında tedkikler evrak üzerinde yapılır.

Alâkadar dava vekilinin müdafaası alınmadıkça disiplin cezası verilemez. İtiraz üzerine verilen karar kat'î olup aleyhine hiç bir mercie müracaat olunamaz.

B) Bu maddenin A fıkrasında gösterilen yerlerin Adliye encümen veya heyetleri o yerlerde vekâlet yapmak isteyen dava vekillerinin bir listesini tanzim ederek Adliye Vekâletine gönderirler.

Listeye kaydı icra edilmeyenler keyfiyetin tebliğ tarihinden on beş gün içinde Adliye Vekâletine müracaat hakkını haizdirler.

Adliye Vekâletinin vereceği karar kat'îdir.

Bu fıkra hükmü nakil veya yeniden kayıd talepleri hakkında da caridir.

Muvakkat madde V — Bu kanunun 122 inci maddesinde yazılı adlî müzaheret bürolarının tesisine esas olan avukat adedinin tayininde o yerde mevcut dava vekilleri de hesaba katılır.

Adlî müzaheret bürosu kurulamayan yerlerde 23 üncü maddenin evrak tanzimine ve resmî dairelerdeki işleri takibe dair olan hükümleri bu büronun tesisine kadar tatbik olunmaz.

Muvakkat madde VI — Baro meclislerinin bu kanuna göre teşkiline ve 130 uncu maddede yazılı ücret tarifesinin tesbitine kadar, 460 sayılı kanunla zeyil ve tadillerinin bu hususiaki hükümleri cereyan eder.

Muvakkat madde VII — Bu kanunun mer'iyetinden önce yapılan ücret mukaveleleri akdedildikleri tarihteki hükümlere tâbidir.

Muvakkat madde VIII — Bu kanunun beşinci maddesi hükümlerinin tatbiki üç sene tehir edilebilir.

Muvakkat madde IX — 460 sayılı kanunla zeyil ve tadillerine göre teşekkül etmiş olan baroların bütün hak ve vecibeleri bu kanun mer'iyete girdikden sonra te şekkül edecek barolara intikal eder.

Madde 140 — Bu kanun I-XII-1938 tarihinden itibaren mer'îdir.

Madde 141 — Bu kanunun hükümlerini icraya Adliye Vekili memurdur.

1464

Hâşiyeli Türk Ceza Kanunu

ve

Meriyet Kanunu

Kemâl Bora

Ankara C. Müddeiumumi Muavini

Basıldığı yer

Ankara Hapishane Matbaası — 1938

Temyiz Mahkemesi tevhidi içtihat heyetinin, husuî ceza dairelenin ve ceza heyeti umumiyesinin dört yüzü mütecaviz kararları, ceza kanununun tatbikına dair Adliye Vekâletinin muhtelif hususlardaki mütalâaları ve ayrıca lüzumlu ve faideli notlar ile maddeleri tahşiye edilmiş olan bu cep kitabı bilhassa tatbikatçı hukukçuların istifade edebilecekleri bir eserdir. Kanunun tatbikında tereddüt edilebilecek noktaları aydınlatan içtihatlar, mütalâalar ve izahlar ve diğer kanunlarla irtibatı bulunan maddelerin altında gösterilen atıflar bu eserin müsmir bir mesâinin mahsulü olduğunu ve genç hukukçunun bundaki muvaffakıyetinin derecesini tebarüz ettiriyor. Müellifini tebrik eder eserini de okuyucularımıza tavsiye ederiz.

1465

1666

Adliye Bakanlığının

TAMİM VE TEBLİĞLERİ

1938

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

1667

1468

TAMİMLER ARAMA CEDVELİ

	Sayı	Sahife
Hukuk işleri U. Müdürlüğünün tamim ve tebliğleri.	8	1035-1050
Ceza İşleri U. Müdürlüğünün tamim ve tebliğleri.	8	1051-1066
	9	1227-1253
Ceza ve Tevkif evleri U. Müdürlüğünün tamim ve tebliğleri.	9	1254-1255
Zat işleri U. Müdürlüğünün tamim ve tebliğleri.	9	1256-1258
	10	1419-1432

1469

1470

ADLİYE CERİDESİ

1938 Senesine ait

MAKALELER

GENEL ARAMA CEDVELİ

1471

1472

Yazı başlıklarına göre arama cetveli

A

	M. No.	Sayı	Sahife
1 — Adam öldürmek suçu ve müessir fiiller ne suretle ve ne gibi vasıtalarla işlenebilir? Yazan Ali Rifat Albay	29	4	518
2 — Adliye Vekâleti merkez teşkiltâları hakkında mukayeseli bir tetkik. Yazan: Dr. Şinasi Zihni Devrin	35	5	611
3 — Adliye Vekâleti merkez teşkilâtları hakkında mukayeseli bir tetkik. Yazan: Dr. Şinasi Zihni Devrin	40	6	744
4 — Adliye Vekâleti merkez teşkilâtları hakkında mukayeseli bir tetkik. Yazan: Dr. Şinasi Zihni Deverin	60	8	1125
5 — Alacakların temlik ve haczi. Yazan: Sulh hâkimi Rasih Yeğengil	4	1	64
6 — Alman—İtalyan hukuk kongresi. Çeviren: Atıf Akgüç	67	9	1274
7 — Alman hukuk akademisince Alman kanunu Medenisinde yapılması taklif edilen değişikliklerden kanunî mirascılıktaki değişiklikler. Yazan: Dr. Orhan Münir Çağıl	110	12	2012

1473

	M. No.	Sayı	sahife
8 — Amerika birleşik devletlerinde jürinin geçirmiş olduğu ıslahat. Çeviren: Sulh hâkimi Nafi Z. Başak	71	9	1320
9 — Arsı ulusal ceza kodu pilânı; Prf. Ve spasiyen Pella'nın raporu. Çeviren: Sulh hâkimi Lütfü Kaynak	31	4	541
10 — Avukatlık kanunu.....		12	2089
11 — Avusturya'da mahalli hapishaneler. Çeviren: C. Baş M. U. muavini E. A. Müstecaplıoğlu	70	9	1313
B			
1 — Belçika temyiz mahkemesi. Çeviren: C. Baş M. U. muavini E. A. Müstecaplıoğlu	106	12	1931
2 — Belçika'da hapishaneler rejimi. Yazan: C. Baş M. U. muavini E. A. Müstecaplıoğlu	63	8	1188
3 — Belçika'da hapishaneler rejimi. Yazan: C. Baş M. U. muavini E. A. Müstecaplıoğlu	82	10	1510
4 — Belli başlı cihan borsalarının hukukî bakımdan tahlili. Yazan: M. N. Taplamacıoğlu	99	11	1790
5 — Beynelmilel muahedenin kanun haline ifrağı. Çeviren : Tarık E. Yenisey	62	8	1169
6 — Beyyineye müteallik mukaveleler. Yazan : Sadık Tüzel	87	10	1601
7 — Bir kanun hükmünün şümulüne açıkca girmeyen bir fiili, hâkimin			

1474

	M. No.	Sayı	Sahifesi
muhakeme etmesi ve cezalandırması temenni edilirmi? Yazan : C. Baş M. U. liği muavini Cevad Serim.	12	2	199
8 — Borçlar ve Ticaret kanunlarında mükerrir ve birbirine uymayan hükümlerin mevcudiyetinden tatbikatta hasıl olan zorluklar. Yazan : Temyiz mahkemesi reislerinden Kâzım Berker.	15	3	261
9 — Borçlar ve Ticaret kanunlarında mükerrir ve birbirine uymayan hükümlerin mevcudiyetinden tatbikatta hasıl olan zorluklar. Yazan : Temyiz mahkemesi reislerinden Kâzım Berker.	33	5	587
10 — Borçlar ve Ticaret kanunlarında mükerrir ve birbirine uymayan hükümlerin mevcudiyetinden tatbikatta hasıl olan zorluklar. Yazan : Temyiz mahkemesi reislerinden Kâzım Berker.	48	7	923
11 — Borçlar hukukunda yeni cereyanlar. Yazan : Dr. Şinasi Zihni Devrin.	78	10	1433
12 — Borsa muamelelerinin hukukî bakımda tahlili. Yazan : M. N. Taplamacıoğlu	85	10	1572

C

1 — C. M. U. K. unda hürriyet ve mülkiyeti takyit eden kaideler. Yazan : Sulh hâkimi Hamdi Öner.	108	12	1971

1475

	M. No.	Sayı	Sahife
2 — Cezanın infazına hâkimin müdahalesi. Çeviren : C. Baş M. U. liği muavini Cevad Serim.	43	6	811
3 — Cürümde tekerrür - Recidive. Yazan : Hakkı Haker.	86	10	1586

D

1 — Dahilî ceza hukuku beynelmilel himayesine ne suretle hizmet edebilir? Çeviren: C. Baş M. U. Muavini Cevad Serim.	3	1	54
— Dahilî harpler ve beynelmilel deniz hukuku. Çeviren: Tarık E. Yenisey.	20	3	358
3 — Dahilî harp ve devletin beynelmilel mes'uliyeti. Çeviren: Tarık E. Yenisey.	44	6	843
4 — Devletin hukuku hususiye sahasındaki mes'uliyeti. Çeviren: Sulh hâkimi Rasih Yeğengil.	45	6	856
5 — Deniz ticaret kanunumuz tadil edilirken Lâhey kaidelerinin Alman Ticaret kanununa idhali. Yazan: Hikmet Belbez.	21	3	375
6 — Dördüncü beynelmilel ceza hukuku kongresi. Yazan: C. Baş M. U. muavini Cevad Serim.	50	7	942

1476

E

	M. No.	Sayı	Sahife
Ecnebi memleketlerde jürinin geçirmiş olduğu ıslahat. Çeviren: Sulh hâkimi Nafi Z. Başak.	46	6	864

F

Füzulî işgal ve ecri misil nedir? Yazan: Temyiz mahkemesi âzasından Şemsettin Temizer.	59	8	1112

G

1 — Gağsıbın tazmin borcu. Yazan: Temyiz mahkemesi reislerinden Fuad Hulûsi Demirelli.	103	12	1887
2 — Gayri menkullerde hissei şayianın kiralanması. Yazan: Avukat Ali Şevket Ergün.	5	1	76

H

1 — Hak yerine gelmelidir. Yazan: Temyiz mahkemesi reislerinden Fuad Hulûsi Demirelli.	24	4	435

1477

	M. No.	Sayı	Sahife
2 — Haksız rekabet. Yazan: Temyiz mahkemesi âzasından Raşit Konuk.	49	7	930
3 — Haysiyet jürisi ve hakaret suçu. Çeviren: Nafi Z. Başak.	84	10	1546
4 — Homo juridicus ve hayat kaidesi sıfatile hukukun kifayetsizliği. Çeviren: Sakık Tüzel.	64	8	1196
5 — Hukukî bir eser münasebetile. Yazan: Sadık Tüzel.	77	9	1414
6 — Hukukî muamelelerde illet, illetten tecrid ve illetsizlik. Yazan: Dr. Ferit Ayiter.	69	9	1290
7 — Hukukî muamelelerde illet, illetten tecrid ve illetsizlik. Yazan: Dr. Ferit Ayiter.	80	10	1465
8 — Hukukî muamelelerde illet, illetten tecrid ve illetsizlik. Yazan: Dr. Ferit Ayiter.	94	11	1709
9 — Hukukta « positivisme » veya Duguit'nin hukuk telâkkisi. Yazan: Sulh hâkimi Rasih Yeğengil.	96	11	1755
10 — Hukuku Medeniyede intizamı âmme mefhumu. Yazan: Sadık Tüzel.	100	11	1824
11 — Hukuku Medeniyede intizamı âmme mefhumu. Yazan: Sadık Tüzel.	109	12	1987
12 — Hususî haklara ait tetkikler — sübjektif hak. Yazan: Dr. Frit Ayiter.	2	1	33
13 — Hususî haklara ait tetkikler — sübjektif hak. Yazan: Dr. Ferit Ayiter.	10	2	153

478

	M. No.	Sayı	Sahife
14 — Hususî haklara ait tetkikler — sübjektif hak - Yazan: Dr. Frit Ayiter.	17	3	275
15 — Hususî haklara ait tetkikler — sübjektif hak. Yazan: Dr. Ferit Ayiter.	36	5	644

İ

1 — İcra ve iflâs kanunu etrafında düşünceler. Yazan: Prf. S. Şakir Ansay.	79	10	1457
2 — İcra ve İflâs kanununun tadili meseleleri Yazan: Prf. S. Şakir Ansay.	93	11	1687
3 — İcra ve İflâs kanununun tadili meseleleri. Yazan: Prf. S. Şakir. Ansay.	105	12	1912
4 — İçtihadın, hukuk bilgilerinin inkişafında; kanunların tamamlanmalarında veyabut evrimine uydurulmalarında oynadığı önemli rol. Yazan: Dr. Yorgaki Effimianidis.	75	9	1390
5 — İngiliz evlenme hukukunda reform. Yazan: Prf. S. Şakir Ansay.	16	3	271
6 — İradenin Medenî hukuktaki ehemmiyeti. Yazan: Prf. S. Şakir Ansay.	68	9	1277
7 — İtalya'da yeni çocuk mahkemeleri. Çeviren: Sulh hâkimi Nafi Z. Başak.	13	2	220

479

J

	M. No.	Sayı	Sahife
Jüri müessesesi. Yazan: Hâkim muavini S. Nehip Ulukur.	53	7	964

K

1 — Kanunun tatbiki sırasında yapılan, kanuna aykırı muameleler. Çeviren: Sulh hâkimi Âkil Önder.	52	7	955
2 — Kazaî tefsir Yazan: Sulh hâkimi Rasih Yeğengil.	81	10	1489
3 — Kefilin rücuu. Çeviren: Prf. S. Şakir Ansay	61	8	1156
4 — Kızlığın bozulması Ceza kanununun 418 inci maddesinde yazılı olan mayubiyete sebebiyet vermek müşeddid vasfına dahilmidir? Yazan: Temyiz mahkemesi âzasından Ferit Yasa.	25	4	460

L

Lâhey hukuk mukayesesi kongresinde hâkim ve kanun. Çeviren: Dr. Zahit Özbulak.	38	5	722

1480

M

		M. No.	Sayı	Sahife
1 —	Mahkemelerde sesli fli ı ve gramofon. Yazan: S. Şakir Ansay.	41	6	781
2 —	Mayubiyet meselesi. Yazan: Prf. Dr. Fahri Ecevit.	26	4	465
3 —	Maznunların adlî ahvali sabıkalarına müteallik malûmatın beynelmilel mübadelesi. Çeviren: C. Baş M. U. muavini Cevad Serim.	30	4	527
4 —	Medenî kanunumuzun 88 inci maddesinin değiştirilmesi münasebetile. Yazan: Temyiz mahkemesi âzasından Sâdi Sağnak.	66	9	1259
5 —	Melce hakkı. Çeviren: Tarık E. Yenisey.	98	11	1777
6 —	Memnu olan siyasî cemiyetler ve propogandalar. Yazan: Ali Rifat Alabay.	42	6	783
7 —	Meslek sırrı. Yazan: Sivas saylavı Vasfi Raşit Sevig.	104	12	1893
8 —	Muasır mevzuatta „Kanunsuz ceza olmaz" kaidesi. Çeviren: Sadık Tüzel.	72	9	1326
9 —	Muhakemenin iadesi. Yazan: Prof. S. Şakir Ansay.	27	4	471
10 —	Mukayeseli hukuk, hukukun tevhidi ve ticari alım satım			

1481

	M. No.	Sayı	Sahife
hukukunun birleştirilmesine ait kanun lâyihası. Yazan: Dr. Ferit Ayiter.	57	8	1067
11 — Müdafaa masuniyeti. Yazan: Ali Rifat Alabay.	95	11	1722
12 — Müeyyede fikri ve bu fikrin hukuku umumiyei düvelde sureti tatbiki. Çeviren: Tarık E. Yenisey.	37	5	689
13 — Müsbet hukuku düvel bu günkü ihtiyacatı karşılayabilirmi? Çeviren: Tarık E. Yenisey.	83	10	1519
N			
1 — Neticesi evelden görülen hata. Yazan: Ali Rifat Alabay.	11	2	185
2 — Noter kanun lâyihasının yeniden kaleme alınması sebep ve âmilleri ve yeni hükümleri. Yazan: Yusuf Kemal Aslanlı.	34	5	596
O			
Otelcilerin mes'uliyeti hakkında üniform kanun projesi Yazan: Avukat M. Nuri Devres.	28	4	504
P			
1 — Penitansiyer ilim ve bu ilmin tedrisi. Yazan: C. Baş M. U. muavini E. A. Müstecaplıoğlu	97	11	1770

1482

	M. No.	Sayı	Sahife
2 — Prf. Sauer'in raporu üzerinde yapılan münakaşalar ve hukuka müteallik İngiliz nazariyesi. Yazan: Temyiz mahkemesi reislerinden Fuad Hulûsi Demirelli.	8	2	133

S

1 — Sosyal ilim ve arsıulusal ilim olarak hukuk Çeviren: Osman Nuri.	58	8	1104
2 — Sovyet Rusya'nın emekle ıslah kodeksi hakkında bir kaç söz. Yazan: Sulh hâkimi Hüseyin Baykara.	18	3	319
3 — Sovyet Rusya'nın emekle ıslah kodeksin esas kaideleri. Çeviren: Sulh hâkimi H. Baykara	19	3	325
4 — Suçlu çocuklar meselesi. Çeviren: Tarık E. Yensey.	32	4	559

Ş

Şuurun kıymeti, fikir hürriyeti ve yaşayan hukuk Yazan: Temyiz mahkemesi reislerinden Fuad Hulûsi Demirelli.	1	1	5

1483

T

	M. No.	Sayı	sahifsi
1 — Tatbikat notları ve her işe bakan mahkemelerde vazife itirazı. Yazan: Avukat Ali Şevket Ergün,	74	9	1381
2 — Tatbikat sahasında Nufus kanununun 11 nici maddesi yaş, kayıt ve isim tashihi. Yazan: Temyiz mahkemesi reislerinden Ali Himmet Berki.	9	2	144
3 — Tarihin seyri içinde mülkiyetin tekâmül safhaları. Çeviren: Prf. Dr.Hüeyin Cahit Oğuzoğlu.	101	11	2859
4 — Terorizm. Çeviren: Tarık E. Yenisey.	51	7	947
5 — Terorizmin tenkili için ihdası mutasavver beynelmilel ceza divanı ve devletin beynelmilel mes'uliyeti meselesi. Çeviren: Tarık E. Yenisey	107	12	1950
6 — Ticaret kanununun navlun hukukuna dair hükümlerinin tadili hakkında 10-Ağustos-937 tarihli kanun. Çeviren: Hikmet Belbez.	22	3	384

U

Umumî bir tehlike arzeden cera-imin tenkiline dair beynelmilel —

1484

	M. No.	Sayı	Sahife
mukavele projesi. Çeviren: Tarık E. yenisey	14	2	227
Ü			
Üçüncü beynelmilel hukuku ceza kongresi. Çeviren: Tarık E. Yenisey	73	9	1354
Y			
Yeddin himayesine teferrü eden bir kaç mesele. Yazan: Temyiz mahkemesi reislerinden Fuad Hulûsi Demirelli.	39	6	731

1485

1486

Muharrirlerin isimlerine göre
ARAMA CEDVELİ

1487

1488

A

	M. No.	Sayı	Sahife
I — Âkil Önder «Sulh hâkimi» Kanunun tatbiki sırasında yapılan kanuna aykırı muameleler.	52	7	955
II — Ali Himmet Berki «Temyiz reislerinden» Tatbikat sahasında Nufus kanununun 11 inci maddesi yaş, kayıt ve isim tashihi.	9	2	144
III — Ali Rifat Alabay			
1) Adam öldürmek cürmü ve müessir fiiller ne suretle ve ne gibi vasıtalarla işlenebilir?	29	4	518
2) Memnu olan siyasî cemiyetler ve propogandalar.	42	6	783
3) Müdafaa masuniyeti	95	11	1722
4) Neticesi evvelden görülen hata.	11	2	185
IV — Ali Şevket Ergün «Avukat»			
1) Gayri menkullerde hissei şayianın kiralanması.	5	1	76
2) Tatbikat notları ve her işe bakan mahkemelerde vazife itirazı.	74	9	1381
V — Atıf Akgüç Alman - İtalyan hukuk kongresi.	67	9	1274

C

Cevat Serim «C. Baş M. U. muavini»

1489

	M. No.	Sayı	Sahife
1) Bir kanun hükmünün şümulüne açıkca girmeyen bir fiili, hâkimin muhakeme etmesi ve cezalandırması temenni edilirmi?	12	2	199
2) Cezanın infazına hâkimin müdahalesi.	43	6	811
3) Dahilî ceza hukuku beynelmilel sulhün himayesine ne suretle hizmet edebilir?	3	1	54
4) Dördüncü beynelmilel ceza hukuku kongresi.	50	7	942
5) Maznunların adlî ahvali sabıkalarına müteallik malûmatın beynelmilel mübadelesi.	30	4	527

E

Esat Adil Müstecaplıoğlu «C. Baş M. U. muavini»			
1) Avusturya'da mahallî hapishaneler.	70	9	1313
2) Belçika'da hapishaneler rejimi.	63	8	1188
3) » » »	82	10	1510
4) Penitansiyer ilmi ve bu ilmin tedrisi.	97	11	1770
5) Belçika temyiz mahkemesi.	106	12	1931

F

I — Dr. Fahri Ecevit «profesör» Mayubiyet meselesi.	26	4	465
II — Dr. Ferit Ayiter. 1) Hususî haklara ait tetkikler			

1490

	M. No.	Sayısı	Sahifesi
subjektif hak	2	1	33
2) Hususî haklara ait tetkikler subjektif hak	10	2	153
3) Hususî haklara ait tetkikler subjektif hak	17	3	275
4) Hususî haklara ait tetkikler subjektif hak	36	5	644
5) Hukukî muamelelerde illet, illetten tecrid ve illetsizlik.	69	9	1290
6) Hukukî muamelelerde illet, illetten tecrid ve illetsizlik.	80	10	1465
7) Hukukî muamelelerde illet, illetten tecrid ve illetsizlik.	94	11	1709
8) Mukayeseli hukuk, hukukun tevhidi ve ticari alım satım hukukunun birleştirilmesine ait kanun lâyihası.	57	8	1067
III — Ferit Yasa «Temyiz mahkemesi âzasından" Kızlığın bozulması ceza kanununun 418 inci maddesinde yazılı olan mayubiyete sebebiyet vermek müşeddid vasfına dahilmidir?	25	4	460
IV — Fuad Hulûsi Demirelli „Temyiz mahkemesi reislerinden»			
1) Gağsıbın tazmin borcu.	103	12	1887
2) Hak yerine gelmelidir.	24	4	435
3) Prf. Sauer'in raporu üzerinde yapılan münakaşalar ve hukuka müteallik İngiliz nazariyesi.	8	2	133
4) Şuurun kıymeti, fikir hürriyeti ve yaşayan hukuk.	1	1	5
5) Yeddin himayesine teferrü eden bir kaç mesele.	39	6	731

1691

H

	M No.	Sayı	Sahife
I — Hakkı Haker.			
Cürümde tekerrür — Recidive.	86	10	1586
II — Hamdi Öner «Sulh hâkim» C. M. U. K. ununda hürriyet ve mülkiyeti takyit eden kaideler.	108	12	1971
III — Hikmet Belbez.			
1) Deniz ticaret kanunumuz tadil edilirken Lahey kaidelerinin Alman kanununa idhali.	21	3	375
2) Ticaret kanununun Navlun hukukuna dair hükümlerinin tadili hakkında 10-8-937 tarihli kanun.	22	3	384
IV — Hüseyin Baykara «Sulh hâkimi»			
1) Sovyet Rusyanın emekle ıslah kodeksi hakkında bir kaç söz.	18	3	319
2) Sovyet Rusya'nın emekle ıslah kodeksin esas kaideleri.	19	3	325
V — Dr. H. Cahit Oğuzoğlu «Profesör»			
Tarihin seyri içinde mülkiyetin tekâmül safhaları.	101	11	1859

K

Kâzım Berker «Temyiz mahkemesi reislerinden"

1) Borçlar ve ticaret kanunlarında mükerrir ve birbirine uymayan hükümlerin mevcudiyetinden tat-

1492

	M. No.	Sayı	Sahife
bikatta hasıl olan zorluklar.	15	3	261
2) Tatbikatta hasıl olan zorluklar	33	5	587
3) Tatbikatta hasıl olan zorluklar	48	7	923

L

Lütfü Kaynak «Sulh hâkimi»			
Arsı — ulusal ceza kodu plânı;			
Prf. Vespasiyen V. Pella'nın raporu	31	4	541

M

I — M. Nevzat Taplamacıoğlu			
1) Belli başlı cihan borsalarının hukukî bakımdan tahlili.	99	11	1790
2) Borsa muamelelerinin hukukî bakımdan tahlili.	85	10	1572
II — M. Nuri Devres «Avukat»			
Otelcilerin mes'uliyet hakkında üni form kanun Projesi	28	4	504

N

Nafi Z. Başak «Sulh hâkimi»			
1) Amerika birleşik devletlerinde jürinin geçirmiş olduğu ıslahat.	71	9	1320

1493

	M. No.	Sayı	Sahife
2) Ecnebî memleketlerinde jürinin geçirmiş olduğu ıslahat.	46	6	864
3) Haysiyet jürisi ve hakaret suçu	84	10	1546
4) İtalya'da yeni çocuk mahkemeleri	13	2	220

O

I — Dr. Orhan Münir Çağıl			
Alman hukuk akademisince Alman kanunu Medenisinde yapılması teklif edilen değişikliklerden, kanunî mirascılıkta ki değişiklikler.	110	12	2013
II — Osman Nuri			
Sosyal ilim ve arsıulusal ilim olarak hukuk	58	8	1104

R

I — Rasih Yeğengil «Sulh hâkimi»			
1) Alacakların temlik ve haczi	4	1	64
2) Devletin hukuku bususiye sahasındaki mes'uliyeti.	45	6	856
3) Hukukta «Positivisme» veya Duguit'nin hukuk telâkkisi.	96	11	1755
4) Kazaî tefsir.	81	10	1489
II — Raşit Konuk «Temyiz mahkemesi âzasından» haksız rekabet.	49	7	930

S

I — Sabri Şakir Ansay «Profesör»			
1) İngiliz evlenme hukukunda reform.	16	3	271

1494

	M. No.	Sayı	Sahife
2) İradenin Medenî hukuktaki ehemmiyeti.	68	9	1277
3) İcra ve İflâs kanunu etrafında düşünceler.	79	10	1457
4) İcra ve İflâs kanununun tadili meseleleri.	93	11	1687
5) İcra ve İflâs kanununun tadili meseleleri.	105	12	1912
6) Kefilin rücuu.	61	8	1156
7) Muhakemenin iadesi.	27	4	471
8) Mahkemelerde sesli filim ve gramofon.	41	6	781
II — Sâdi Sağnak «Temyiz mahkemesi azasından»			
Medenî kanunumuzun 88 inci maddesinin değiştirilmesi münasebetile.	66	9	1259
III — Sadık Tüzel			
1) Beyyineye müteallik mukaveleler.	87	10	1601
2) Homo juridicus ve hayat kaidesi sıfatile hukukun kifayetsizliği.	64	8	1196
3) Hukukî bir eser münasebetile.	77	9	1414
4) Hukuku Medeniyede intizamı âmme mefhumu.	100	11	1824
5) Hukuku medeniyede intizamı âmme mefhumu.	109	12	1987
6) Muasır mevzuatta «Kanunsuz ceza olmaz» kaidesi.	72	9	1326
IV — Süleyman Nehip Ulukur «hâkim muavini»			
Jüri müessesesi.	53	7	964

1495

Ş

	M. No.	Sayı	Sahife
I — Şemsettin Temizer «Temyiz mahkemesi âzasından» Fuzulî işgal ve ecri misil nedir?	59	8	1112
II — Dr. Şinasi Zihni Devrin			
1) Adliye vekâleti merkez teşkilâtları hakkında mukayeseli bir tetkik.	35	5	611
2) Adliye vekâleti merkez teşkilâtları hakkında mukayeseli bir tetkik	40	6	744
3) Adliye vekâleti merkez teşkilâtları hakkında mukayeseli bir tetkik	60	8	1125
4) Borçlar hukukunda yeni cereyanlar.	78	10	1433

T

Tarık E. Yenisey			
1) Beynelmilel muahedenin kanun haline ifrağı.	62	8	1169
2) Dahilî harpler ve beynelmilel Deniz hukuku.	20	3	358
3) Dahilî harp ve devletin beynelmilel mes'uliyeti.	44	6	843
4) Müeyyede fikri ve bu fikrin hukuku umumiyei düvelde sureti tatbiki.	37	5	689
5)Müsbet hukuku düvel bu günkü ihtiyacatı karşılayabilir mi?	83	10	1519
6) Melce'hakkı.	98	11	1777

1496

	M. No.	Sayı	Sahife
7) Suçlu çocuklar meselesi.	32	4	559
8) Terorizm.	51	7	947
9) Terorizmin tenkili için ihdası mutasavver beynelmilel ceza divanı ve devletin beynelmilel mes'uliyeti meselesi.	107	12	1950
10) Umumî bir tehlike arzeden ceraimin tenkiline dair beynelmilel mukavele projesi.	14	2	227
11) Üçüncü beynelmilel hukuku ceza kongresi.	73	9	1354

V

Vasfi Raşit Seviğ «Sivas saylavı» Meslek sırrı.	104	12	1893

Y

I — Yorgaki Effimianidis İçtihadın hukuk bilgilerinin inkişafında; kanunların tamamlanmalarında veyahut evrimine uydurulmalarında oynadığı önemli rol.	75	9	1390
II — Yusuf Kemal Aslanlı Noter kanun lâyihasının yeniden kaleme alınması sebeb ve âmilleri ve yeni hükümler.	34	5	596

Z

	M. No.	Sayı	Sahife
Dr. Zahit Özbulak			
Lâhey hukuk mukayesesi kongresinde hâkim ve kanun.	38	5	722

1498

ADLİYE CERİDESİ

1938 Senesine ait

Hukuk ilmini yayma kurumu konferansları

GENEL ARAMA GEDVELİ

1499

Konferans Başlıklarına Göre
ARAMA CEDVELİ

A

	M. No.	Sayı	Sahife
1 — Âmme hizmeti mefhumu. Konferansı veren: Prf. B. Crozat.	47	6	913
2 — Avukatlığın memleketimizde çok kötü tanınması. Konferansı veren: Avukat Haydar Özkent.	23	3	396

B

Banka ve hukuk. Konferansı veren: C. Merkez bankası malî müşaviri Namık Zeki Aral.	7	1	107

C

Ceza hukukunda yeni temayüller. Konferansı veren: Ankara Hukuk fakültesi Dekanı Baha Kantar.	56	7	1024

E

Ecnebilerin hukuku yeni telâkkiler.	65	8	1216

	M. No.	Sayı	Sahife
Konferansı veren: Prf. Nusret Metiya.			

H

Hukukun muhfelif cebheleri ve hukuk ilmi. Konferansı veren: Mehmet Emin Erişirgil.	89	10	1633

İ

İdare tekniği. Konferansı veren: Prf. S. Nizami Derbil.	92	10	1678

K

1 — Kanun ve tefsiri. Konferansı veren: Prf. S. Şakir Ansay.	112	12	2036
2 — Kanunî ve takdirî deliller ve Temyiz mahkemesinin delilleri tetkiki. Konferansı veren: Prf M. Reşit Belgesay.	90	10	1641
3 — Klâsik ferdî hak ve hürriyetler nazariyesi ve muasır devletcilik sistemi. Konferansı veren: Dr. Ali Fuad Başgil.	54	7	983

1382

M

	M. No.	Sayı	Sahife
1 — Medenî kanunumuza hâkim olan ana prensipler ve bazı mukayeseler. Konferansı veren: Temyiz mahkemesi reislerinden Kâzım Berker.	111	12	2023
2 — Millî müdafaa hukuku. Konferansı veren: Askerî Temyiz baş müddeiumumisi general Rifat Taşkın.	6	1	90

S

1 — Sosyal hukuk ve temamiyet nazariyesi. Konferansı veren: Prf. Ethem Menemencioğlu.	91	10	1665
2 — Sosyal Medenî hukuk veye bu günkü Medenî hukukta cemiyet ve fert. Konferansı veren: Prf. Augut Egger.	88	10	1618

T

1 — Tebabeti adliye ve ehemmiyeti Konferansı veren. Dr Şakir Tural.	76	9	1410
2 — Ticaret hukuku mahdud mes'uliyet. Konferansı veren: Dr. Renst E. Hirsch.	55	7	1010

1503

	M. No,	Sayı	Sahife
3 – Türkiyede yabancıların hukuku ve statut personnele meselelerinin tatbiki.	113	12	2061
Konferansı veren: Suphi Nuri İleri.			

Y.

Vefata sebebiyet işleri.	102	11	1869
Konferansı veren: Dr. Saim Dilemre.			

1864

Konferasn Verenlerin İsimlerine göre ARAMA CEDVELİ

A

	M. No.	Sayı	Sahife
I — Dr. Ali Fuad Başgil Klâsik ferdi hak ve hürriyetler nazariyesi ve muasır devletcilik sistemi.	54	7	983
II — Augut Egger «Profesör» Sosyal Medenî hukuk veya bu günkü Medenî hukukta cemiyet ve fert.	88	10	1618

B

I — Baha Kantar «Ankara Hukuk fakültesi Dekanı» Ceza hukukunda yeni temayüller.	56	7	1024
II — B. Crozat «Profesör» Âmme hizmeti mefhumu.	47	6	913

E

Ethem Menemencioğlu «Profesör» Sosyal hukuk ve tamamiyet nazariyesi.	91	10	1665

1505

H

	M.. No.	Sayı	Sahife
Haydar Özkent «Avukat»			
Avukatlığın memleketimizde çok kötü tanınması.	23	3	396

K

Kâzım Berker «Temyiz mahkemesi reislerinden»			
Medenî kanunumuza hâkim olan ana prensipler ve bazı mukayeseler.	111	12	2023

M

I — Mehmet Emin Erişirgil			
Hukukun muhtelif cebheleri ve hukuk ilmi.	89	10	1633
II — M. Reşit Belgesay «Profesör»			
Kanunî ve takdirî deliller ve Temyiz mahkemesinin delilleri tetkiki.	90	10	1641
I — Namık Zeki Aral			
Banka ve huhuk.	7	1	107
II — Nusrat Metiye «Profesör»			
Ecnebilerin hukuku yeni telâkkiler.	65	8	1216

R

I — Dr. Renst E. Hirsch			
Ticaret hukuku mahdud mes'uliyet	55	7	1010

1506

	M. No.	Sayı	Sahife
II — General Rifat Taşkın Millî müdafaa hukuku.	6	1	90
S			
I — Sabri Şakir Ansay «Profesör» Kanun ve tefsiri.	112	12	2026
II — Dr. Saim Dilemre Vefata sebebiyet işleri.	102	11	1869
III — Suphi Nuri İleri Türkiyede yabancıların hukuku ve statut Personnele meselelerinin tatbiki.	113	12	2061
IV — S. Nizami Derbil. «Profesör» İdare tekniği.	92	10	1678
Ş			
Dr. Şakir Tural Tababeti adliye ve ehemmiyeti.	76	9	1410

1502

1502

Adliye Ceridesine abone kaydı ve sair kitapların sipariş şartları

I — Kitap almak isteyenler kitabın bedelini bulundukları yer mal sandığına yatıracaklar ve para karşılığına alacakları hasılatı müteferrika makbuzunu oturdukları yerin C. Müddeiumumiliğine teslim ile istedikleri kitabın adını ve açık adreslerini kayıt etdireceklerdir.

II — C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının açık adresini Adliye Bakanlığına gönderecektir

III — Kitaplar yine C. Müddeiumumiliği vasıtasile ayrıca posta ücreti talep edilmeksizin Bakanlık Neşriyat Müdürlüğünden alıcının göstermiş olduğu adrese gönderilecektir.

IV — 938 yılından evvelki yıllara ait Adliye Ceridesinin hiç mevcudu kalmamıştır. Bu münasebetle geçmiş yıllar için Adliye Ceridesine abone kaydı dileği kabul edilemez.

V — 938 ve müteakip yıllar içerisinde çıkacak olan Adliye Ceridesine abone kaydı için de birinci ve ikinci maddede yazılı şekil tatbik olunur.

VI — Yeni neşriyat Adliye Ceridesi kapağında muntazaman gösterilecektir.

1509

Adliye Ceridesi

Perakende satışı 30, yıllık abonesi 300 kuruşdur.

Adliye Bakanlığı tarafından bastırılıp mevcudu bulunan kitapların isimlerile bedelleri aşağıda, tedariki yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

	Kuruş		Kuruş
Ceza Muhakemeleri U. kanunu	125	Bağlamlar kanunu şerhi (H.Oser)	150
„ „ „ „ kalem talimatı	50	Maliye ilmi	100
Ceza Muhakemeleri „ „ alfabetik fihristi	75	Velâyet Vesayet talimatı	50
Tadillerinden sonra Ceza M. U. Kanunu üzerinde bazı izahlar	50	930-934 temyiz ticaret H. umumiyesi kararları	150
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu esbabı mucibesi	50	935 yılı temyiz hukuk kararları	125
İngiliz ceza usulü	75	935 yılı temyiz ceza kararları	125
Meşhut suçlar kanunu	15	Orman işleri (Hususî kanunlar ve cezaları)	75
Şahitlik ve şahidin psikolojisi	30	Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden mercîler üzerinde mülâhazalar	40
Deniz ticareti kanunu	50	Devletler umumî Hukuku cilt 1	230
Kanunu medenî (eski harflerle)	100	„ „ „ „ 2	150
„ „ tatbikatı kanunu	35	Hukuk Mahkemesinde Hak Nasıl Müdafaa edilir.	60
Yeni hâkimler kanunu	100	Cinaî İlmibeşer	40
Hukuku esasiyede yeni temayüller	75	Varşova konferansı	75
Ceza K. üzerinde bir inceleme	75	936 Yılı Temyiz Kararları Ceza kısmı	125
1 - 149 Adliye ceridesi fihristi	100	936 Yılı Temyiz Kararları Hukuk kısmı	125

1510