Adliye Ceridesi

T. C.
Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuzbirinci Sene
2 inci Sayı

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1940

71

İÇİNDEKİLER

No.		Sahife No.
	Adliye Vekâletinden tamim ve tebliğ edilen kanunî mütalâalar	67
6	**Tesbit davaları**	70
	(Yazan: Pr. S. şakir Ansay)	
7	**Yeni Alman Ganaim kanunu**	87
	(Yazan: Dr. Hikmet Belbez)	
8	**Alman çiftçi hukukunu «Reichserbhofrecbt» inkişaf tarihi, mana ve mahiyeti ve bu hukuka nazaran tereke vecibelerinden doğan mesuliyet meselesi**	94
	(Yazan: Dr. İur Orhan Münir Çağıl)	
9	**Gayrı mümeyyizlerin hukukî muameleleri**	122
	(Çeviren: Dr. Tahir Çağa)	
10	**Halihazır hâdiselerin aydınlığı altında hukuku düvelin istihaleleri**	134
	(Yazan: Dr. B. Nicolas Politis)	
	İngilterede Başvekil	
	(Yazan: N. A. Küçüka)	

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

72

Ceza kanununun mevkiî mer'iyete vaz'ına müteallik 825 numaralı kanunun 29 uncu maddesine bir fıkra ilâvesi hakkında kanun

Kanun No: 3747 *Kabul tarihi: 20 12-1939*

Madde 1 — Ceza Kanununun mevkiî mer'iyete vaz'ına müteallik 825 numaralı kanunun 29 uncu maddesine aşağıdaki fıkra ilâve edilmiştir:

Asliye teşkilâtı bulunmıyan yerlerdeki Sulh Hâkimleri Türk Ceza Kanununun 193 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında ve 266,267, 268, 440 ve 441 inci maddelerinde ve 456 ıncı maddenin birinci fıkrasında, 459 uncu maddede ve 480 inci maddenin ilk fıkrasında ve 492 ve 515 inci maddelerinde ve 516 ıncı maddenin diğer fıkralarında ve 517 inci maddesinde yazılı cürümlere müteallik davaları dahi rüyet ederler.

Madde 2 — Bu kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 3 — Bu kanunun hükümlerini icraya İcra Vekilleri Heyeti memurdur.

23-12-1939

Kanun No:	Başlığı		Düstur T. C.	S.	Resmî Gazete sayı
825	Ceza Kanununun mevkiî mer'iyete vaz'ına dair kanun	3	7	1410	364
952	825 numaralı kanunun 27 inci maddesinin tadiline dair kanun	3	8	82	545
2023	825 numaralı kanunun 4 üncü maddesine bir fıkra ilâvesine dair kanun.	3	13	727	2139
3119	Ceza Kanununun mevkiî mer'iyete vaz'ına müteallik kanunun 27 inci maddesini değiştiren 952 sayılı kanunun ilgasına ve o madde yerine bir madde konmasına dair kanun	3	18	346	3537

Mahakimin teşkilâtına aid ahkâmı muaddil kanunun 5 inci maddesile maddei muvakkatesine birer fıkra ilâvesine mütedair 981 numaralı kanunun 2 inci maddesinin tadili hakkında kanun

Kanun No: 3748 *Kabul tarihi: 20-12-1939*

Madde 1 — 981 numaralı kanunun 2 inci maddesi aşağıdaki şekilde tadil edilmiştir:

Madde 2 — İcabeden yerlerde asliye ve sulh salâhiyetini haiz olmak ve ayrı ayrı hukuk ve ceza davalarını rüyet etmek ve lüzumunda biri diğerine aid vazifeleri görmek üzere müteaddid hâkim bulundurulabileceği gibi yalnız sulh hâkimi bulunan yerlerde bu hâkimlere asliye hukuk işlerini görmek salâhiyeti de verilebilir. Bu takdirde bu yerlerdeki sulh hâkimleri müddeiumuminin huzurile görülmesi icabeden yaş isim ve kayıd tashihi gibi hukuk davalarını onların huzuru olmaksızın tetkik ve intaç ederler. Bu suretle verilen kararlar aleyhine sulh mahkemelerinin mensub oldukları mahkeme müdddeiumumileri tarafından kanun yollarına müracaat edilebilir.

Madde 2 — Bu kanun neşri tarihinden muteberdir,

Madde 3 — Bu kanunu icraya Adliye Vekili memurdur.

22-12-1939

Kanun No:	Başlığı	Düstur Tertib	Cilt	Sahife	Resmî Gazete Sayı
469	Mahakimi şeriyenin ilgasına ve mahakimin teşkilâtına aid ahkâmı muaddil kanun	3	5	794	—
981	Mahakimin teşkilâtına aid ahkâmı muaddil kanunun beşinci maddesile maddei muvakkatesine birer fıkra ilâvesi hakkında kanun	3	8	243	571

Meşhud suçların muhakeme usulüne dair 3005 sayılı kanunun 3498 sayılı kanunla değiştirilen 4 üncü maddesini değiştiren kanun

Kanun No: 3749 *Kabul tarihi: 20-12-1939*

Madde 1 — Meşhud suçların muhakeme usulüne dair 3005 sayılı kanunun 3498 sayılı kanunla değiştirilen 4 üncü maddesi aşağıda

yazılı şekilde değiştirilmiştir:

Madde 4 — Ağır cezalı cürümler dışında meşhud bir şuç işlendiği zaman zabıta, yakalanan şahsı tanzim edeceği zabıt varakası ve elde edeceği maddî sübut delillerile birlikte vakit geçirmeksizin ayni günde Cümhuriyet Müddeiumumiliğine teslim eder.

Zabıt varakası yakalanan şahsın kim olduğunu, sübut delili olacak maddelerin ve izlerin neden ibaret bulunduğunu ve şahidlerin hüviyetlerini ihtiva eder.

Şikâyet veya şahsî dava yolile takib edilen suçlarda şikâyet edildiğinin zabıt varakasına yazılması ve şikâyet edenin bu varakayı imzalaması lâzımdır.

Cümhuriyet Müddeiumumisi yakalanan şahsı sorguya çektikten sonra âmme davasını açmağa lüzum görür ve umumî hükümlere göre takibat yapılmasını zarurî kılacak sebebler mevcud bulunmazsa duruşma yapılmak üzere maznunu iddianame ile o gün vazifeli muhakemeye gönderir.

Bundan evvelki fıkralarda, delillerin tesbitine müteallik olmak üzere zabıtaya verilmiş olan vazife, ağır ceza mahkemesinin vazifesine giren meşhud cürümlerde münhasıran Cümhuriyet Müddeiumumisine aiddir.

Cümhuriyet Müddeiumumisî ağır ceza mahkemesinin vazifesine giren meşhud cürümlerde şahidlerin ifadelerini zabtettikten ve yakalanan şahsı da sorguya çektikden ve lüzum göreceği diğer tahkikatı da yaptıktan sonra âmme davası açmağa lüzum görür ve umumî hükümlere tevfikan takibat yapılmasını zarurî kılacak sebebler mevcut bulunmazsa duruşma yapılmak üzere maznunu iddianame ile vazifeli mahkemeye gönderir. Cümhuriyet Müddeiumumisinin tahkikatı fasılasız yapması ve işi azamî üç gün içinde mahkemeye tevdi etmesi lâzımdır.

Madde 2 — Bu kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 3 — Bu kanunun hükümlerini icraya İcra Vekilleri Heyeti memurdur.

22-12-1939

Kanun No	Başlığı	Düstur Terib	Cilt	Sahife	Resmî Gazete Sayı
3005	Meşhut suçların Muhakeme Usulü Kanunu	3	17	1105	3329
3498	Meşhut Suçların Muhakeme Usulüne dair 3005 sayılı kanunun 3 üncü maddesinin değiştirilmesi hakkında kanun	3	19	1515	3958

75

No: 6

Tesbit davaları

Feststellungsklagen, Päjudizalklagen, actions prejudicielles, actions en fixation de droit [1]

Yazan:
Pr. Sabri şakir ANSAY

1 — Davalar Roma hukukuna istinadla şahsî, aynî ve muhtelit davalar diye bir taksime tâbi tutulabilir. Aynî davalar menkul olsun, gayri menkul olsun mülkiyet, rehin gibi bir aynî hakka taallûk eden davalardır. Aynî haklar medenî hukukta görüldüğü üzere herkese karşı dermeyan edilebilir ve muayyen bir şey, meselâ bir ev hakkında olabilir; Fransız hukukunda aynî dava tabiri daha ziyade gayri menkul davalarında istimal edilmektedir.

Şahsî davalar bir obligasyonun istimalinden ibaret olan davalardır. Bu davalar ancak muayyen bir şahsa karşı açılabilir. Bu şahıs, borç altına girmiş olan kimsedir; aynî hak mutlak olduğu halde şahsî hak nisbi dir.

Muhtelit davalar, Roma hukukunda bilhassa mirasın taksimine müteallik davalardı. Fransız hukuk muhakeme usulü kanununun 59 uncu maddesinde bu davalardan bahis vardır; meselâ semenin ödenmemesinden dolayı müşteri aleyhine açılan bey'in feshi davası bu nevi bir dava sayılmaktadır.

Bu taksim tam değildir. Bilhassa aile hukukuna müteallik davalar buraya girememektedir. Bu taksimde ahvali şahsiyeye müteallik davalar, aynî davalar meyanına sokulmak istenmişsede bunda da hiç bir isabet yoktur.

II — Daha bir başka taksime göre davalar menkul ve gayri menkul davaları diye ikiye ayrılır. Birincisinde müddei menkuldeki hakkının istifasını ister; İkincisinde davanın mevzuu gayri menkuldür. Şüphesiz bu taksim de her davaya tatbik edilemez.

III — Davaları, mevzu ve gayeleri itibarile üç esaslı katagoriye

[1] W. Bär, Studien über die feststellungsklage, Schw. Y Z. Yıl 20, s. 73 ve sonrakiler; Claude Du Pasquier, de l' action en fixation de droit, jurnal des Tribun. 1918. s. 450 ve sonrakiler ve s. 482 ve sonrakiler.

ayırmak çok daha doğrudur. Bu taksimde bütün davaları toplamak ve hususiyetlerini göstermek kabildir. Buna göre davalar 1. eda davaları = Leistungsklagen, actions en exécution de la prestation. 2. inşaî davalar = (Rechts) gestaltungsklagen, Rechtsänderungsklagen, Bewirkungsklagen, actions formatrices. 3. tesbit davaları= Feststellungsklagen, actions en fixation de droit, dır [1*]. Biz yalnız bu üçüncü nevi davalardan bahs edeceğiz.

Tesbit davaları bilhassa Alman hukukunda fazla işlenmiş ve bir çok ihtilaflara sebep olmuştur. Burada bu ihtilafların tafsiline girşilmiyerek tesbit davalarının ne olduğu ve ehemmiyet ve rolü anlatılmağa çalışılacaktır. Bu davalar son zamanlarda hukukî eserlerimizde [2] ve mahkeme kararlarımızda bahis mevzuu olmağa başladığından üzerinde biraz durmak faydalı ve lüzumlu olsa gerektir.

IV — Kabul edilmek lâzım gelirki bir hukukî münasebetin mevcut olup olmadığının dava yolu ile ve mahkeme marifeti ile tesbit edilmesi çok defa himayeye şayan bir menfaat icabı olabilir; müddei sadece mevcut hukukî vaziyetin otoriteyi haiz bir tesbitine ve bu yolda bir dava açmağa muhtaç olur; bu bapda verilecek hüküm ona kaziyeyei muhkeme halinde manevî bir teminat teşkil eder. Filhakika tesbit davası bir eda davası, bir edaya mahkûmiyet davası olmadığından müddei bu bapdaki dava ve hükümle filhal maddî bir kazanç elde etmiş olamaz; fakat vaziyette bir istikrar ve emniyet elde eder; bu da kendisi için kıymetli olabilir.

Tesbit davaları hakkında bazı ecnebî usûl kanunlarında sarih hükümler vardır. Alman usûl kanunu bu davalarla sarih surette meşgul olmuştur. 256 ıncı maddesi ile bir hukukî münasebetin mevcut olup olmadığı veya bir senedin sahih olup olmadığı hakkında bir tesbit davası açılabileceğini kabul eder. Bu maddenin esbabı mucibesinde de şu sözlere tesadüf edilir: Kanun, hukukî münasebet dairesinde bir edaya müteallik davanın yanı başında tesbit hakkında bir dava temin etmekle hukukî münasebetten eda hakkında bir iddiadan başka tesbite, tayine dair takibi kabil diğer müstekil bir iddia daha çıktığını kabul etmiş oluyor; eda hakkındaki iddia nasıl ihlal edilirse tesbit hakkındaki iddiada ihlal edilebilir. Ve bu ihlal halinde bir tesbit davası açılmasına mahal vardır.

[1*] Bazı Alaman müellifleri "Duldungsklagen„ i ayırarak dörde çıkarıyorlar, Örtmann § 72 No. 2;

[2] A.B. Schwarz, Medenî hukuk dersleri, cilt 1 §. 28 111; Honig, Hukuk başlangıcı ve tarihi s. 164; Mustafa Reşit Belgesay (hukuk usulü muhakemeleri şerhi, ikinci tabı 1939) bu davalara pek az temas etmiştir (madde 38 den önceki notlardan n. 15).

77

İsviçrede ferderal mahkeme de tesbit davasının hukukî vaziyetin tesbiti ile emniyeti istihdaf etmesi itibarile eda davasından ayrı olduğunu beyan etmişdir.

Kohler, tesbit davalarını usulün bir sulh müessesi olarak kabul eder. Bu yolda bir vuzuh, mübrem bir zaruret olabilir; çünkü makul bir tarzda hiç bir kimse yarını düşünmeden yalnız bu gün için değil, belki bütün münasebetlerini ileriyi göz önünde tutmak suretile tanzim ederek yaşar; benimle başka biri arasında benim için hak ve mükellefiyetler doğuran bir icar münasebetinin önümüzdeki 1 Martda başlıyacağını bilirsem ikametgâh hususundaki vaziyetini tamamen başka türlü tanzim ederim. Binaenaleyh kâfi derecede tereddud ve meşkukiyet sebebi mevcud olur olmaz tesbit davası ikame edebilmekliğim zaruridir. Hasım, muamelesi ile, bilhassa hakkımı inkâr suretile, yahut hukukî nef'ime mani olacak tertibat ile hukukî münasebet hakkında korkuya ciddî bir vesile vermiş olursa tesbit davası açabilirim.

Ferdin muhtaç olduğu hukukî emniyeti mümkün kılacak olan tesbit davaları umumiyetle kabul edilmekdedir. İsviçre kanunlarından bazılarının usûl kanunlarında tesbit davaları için hususî maddeler yer almıştır;meselâ, Zürih, Bern, Sehveyıç, Soleure kanunları gibi.

Argovi kanununda tesbit davaları hakkında bir hüküm olmamakla beraber tatbikatta bir hukukî menfaatin mevcudiyeti halinde bu davalar kabul edilmektedir. Esasen fedaral mahkeme de bu davaları terviç etmektedir [*].

Kanunumuza, menba teşkil eden Neuchâtel kanununda tesbit davaları hakkında bir hüküm yoktur ve Neuchâl temyiz mahkemesi eskice bir kararında davaya tahrik ve davet (Aufforderung, prvocation) memnuiyetinin (bizim hukuk muhakeme usulü kanunu m. 71 bakınız) menfi tesbit davalarının da memnuiyetini tazammun edeceği yolunda bir noktai nazar dermiyan etmiştir.

Fransız Hukkuk usûl kanununda tesbit davaları meskût kalmıştır. Yalnız ahvali şahsiye, şahsın ehliyeti gibi bazı meseleler hakkında cod civilde münferid hükümler vardır (meselâ m. 1304). Bununla beraber Fransız hukuku da tesbit davalarını red etmiş değildir; ne kanunlarda ve ne jürisprudansda bu davaların kabulüne bir mani görülememektedir.

Bu babta kısa bir tetkik neşreden pierre Lepaulle [3] in de kay-

[*] Federal hukuk muhakeme usulü kanununun 41 inci maddesile menfi tesbit davaları hakkındaki Federal mahkemenin noktai nazarından Du Pasquiernin etud ünde bahs edilmişdir.

[3] Revue trimestrielle de droit civil, 1934, s. 773-779

78

dettiği üzere tesbit davalarını kabul eden müteaddit fransız mahkeme kararları vardır. Ezcümle Caen mahkemsi kendisine bir hibe yapılan kocanın, tekrar evlendiği takdirde bu hibeden mahrum kalıp kalmıyacağı hakkında mevcut tereddüt ve meşkûkiyeti izale için-bu hibenin zevalinde menfaati olanlar alayhine-açdığı tesbit davasını kabul etmiştir. Ve yine paris mahkemesi bir mukavele şartı dolayısiyle bir eda davası ikame edilmeksizin sadece bu şartın butlanının tesbiti hakkında açılan bir davayı kabule şayan görmüştür. Fransız temyiz mahkemesinin de bu yolda kararları vardır.

Fransız büyük usulcülerinden Tissier de tesbit davalarını terviç eder; Bu âlim bu davaların hukukî hayatta daima büyük bir mevki almış bulunduğunu söylemekte ve bu davaları kabul etmektedir.

Temyiz mahkememizin içtihadlariyle takarrür ettiği üzere bugün artık bizde de tesbit davalarının cevazında tereddüt etmemek lâzımgelir. Temyiz mahkemesinin 2 inci ve 4. üncü hukuk dairelrinden sadır olan muhtelif kararlar tesbit davalarını kabul etmektedir [4]. Bu kararlar umumiyetle harp malûlleri ve şehitleri hakkında olmakla beraber fikrimce meseleyi esasında hal etmiştir. Bu kararlardan, başka mevzuda bir tesbit davasının kabul edilemiyecği yolunda bir temayül ve telâkkiye varmak temyiz mahkememize pek dar bir görüş isnadı demek olur. Bil' akis bu kararlar - hukukî menfaatin bulunması şartile - tesbit davalarının her sahada kabulüne bir mani bulunmadığını göstermektedir.

Filhakika tesbit davaları hakkında medenî kanunumuzun hükümleri arasında da sarih maddelere tesadüf edilmektedir. Medenî kanunun 25 inci maddesi 1 inci fıkrası mucibince ismi ihtilafa mahal veren kimse hakkının tanınmasını hâkimden isteyebilir. Bunun gibi mezkûr maddenin 2 inci fıkrası mucibince de ismi gasb olunan kimsenin menfî bir tesbit davası açabilmesine, yani başka bir şahsın bu veya şu ismi taşımak hakkını haiz olmadığının tesbitine dair bir dava açmasına mani yoktur [5]. Yine medenî kanunun 42 inci maddesi son fıkrası mucibince her alâkadar kayıp olan kimsenin ölü veya sağ olduğunun hâkim tarafından hüküm, yani tesbit edilmesini talep edebilir [6]. 24 üncü maddesinden dolayı da bir tesbit davası

[4] Temyiz kararları 21-1-938 (4 üncü hukuk dairesi); 2 inci hukuk d., 11-3-936 Kararı.

[5] Tuor, İsviçre medenî kanunu s.782.

[6] Medenî kanunun işbu iki maddesinin almanca metninde tesbit (Feststellung) tabiri kullanılmıştır. Fransızca metninde birincisi (reconnaissance), ikincisi (constatation) tabirlelerile ifade edilmiştir. Bizim her iki maddede farklı tabirler kullanılması tercümede fransızca metnin esas ittihazından ileri gelmiş bir ayrılık olacaktır.

79

mümkündür [7] ve yine 618 inci madde mucibince zilyedlik gasb edilmeksizin, yahut zilyedlik ihlal edilmeksizin dahi malık kâfi bir menfaat bulunmak şartiyle mülkiyetinin tesbiti hakkında dava açabilir [8] Bütün bu davalar bir hukukî menfaatın icap ettirdiği davalardır. İcra ve iflas kanununun 69 uncu maddesi 2 inci fıkrasında görülen «borçdan kurtulma davası» da bir menfi tesbit davasıdır [9]. Sıra cetveline konulan bir alacağın ademi mevcudiyetinin tesbiti de bu cümledendir (icra iflâs kanunu, madde 142,235 bakınız).

Diğer tarafdan bir dava esnasında o davanın halline müessir olan münazaalı bir hukukî münasebetin mevcudiyet veya ademi mevcudiyetinin tesbitine her zaman ihtiyac hasıl olmakda ve olacakdır[9*].

V — Tesbit davaları hukuk muhakeme usulü kanunumuzun 368 ve sonraki maddelerinde görülen «delillerin tesbiti"nden tamamen başkadır. «Delillerin tesbiti» bir dava değildir; 374 üncü madde de dahi yazılı olduğu üzere ihtiyatî tetbirlerde olduğu gibi (m.113) esas dava dosyasının merbutundan ve bir davaya müteferriğ delil ikamesi ve cemi muamelesinden ibarettir. Delillerin tesbiti bir dava mahiyetinde olmadığından bu bapdaki talebe, dava ikamesine terettüp eden netice ve hükümler terettüp etmez; bunda bir derdesti rü'yetlik bahis mevzuu olamaz; keşif ve ehli vukuf marifetile bir tesbit müruru zamanı kesemez [10] Delillerin tesbiti şahit ve sened gibi bir iddianın sübut vasıtalarının tesbitidir. bizzat iddianın tesbiti değildir. Tesbit davası ise her şeyden evvel bir davadır ve bir iddianın tesbitine matufdur. Nihayet delillerin tesbitine bir tesbit davasını isbat için de müracaat edilebilir. Ve 3456 numaralı Noter kanununun 44 üncü maddesi E fıkrası mucibince delillerin tesbiti ledelhace Noterlerlece de yapılabildiği halde Noter hiç bir zaman bir tesbit davasına bakamaz.

Menfi tesbit davaları diğer tarafı bir davaya davet, tahrik davası [10*] sayılmamalıdır. Filhakika 79 uncu madde mucibince hiç kimse kendi lehinde olan davayı ikameye veya hakkını talebe icbar edilemez. Binaenaleyh bir kimse hâkimden bir şahsın kendi aleyhine davasını açması için bir müddet tayinini ve bu müddet içinde dava etmediği takdirde hakkı sakıt olmuş sayılacağını istiyemez.

---

[7] Egger, 2 inci, tabı m. 28 n. 76

[8] Wieland, m. 641 nu.6 cc.

[9] Sabri Şakir Ansay, Hukuk icra usulleri s. 109 ve n. 14 bakınız : v. Tuhr § 60 IV den evveline bakınız.

[9*] Hukuk muhakeme usulü kanunu, m. 519 bakınız; Aşağıda n. *11 bakınız.

[10] Leuch, 2 inci tabı m. 222, n. 2; Stein, m. 486 II.

[10*] Action provocatoire, glasson — Tissier, cild 1 Nu. 178 bakınız,

Kanunun tayin ettiği istisnalar dışında yapılacak böyle bir taleb dinlenemer. Bu istisnalar meselâ Borçlar kanununun 494 uncu maddesi mucibince alacaklının borçludan bir ay içinde dava etmesi, İcra ve İflâs kanununun 97 ve 99 uncu maddeleri mucibince yedi gün içinde istihkak davası açılması, yine bu kanunun 302 inci maddesi mucibince alacaklıların on gün içinde dava etmeleri, hukuk muhakeme usulu kanunu mucibince ıslahdan sonra yeni davanın bir ay içinde ikamesi gibi hallerdir. Fakat tevzii adalet müessesesinden ve kaza teşkilatından beklenilen gaye, menfi tesbit davası zımmında istenen hukukî emniyet ve vuzuha yardım etmeği de emreder. Tesbit davasında denildiği üzere içtimaî bir fayda vardır; bu dava hakkın istikrarını temin eder. 1913 tarihli Zürich hukuk usulü kanunu 91 inci maddeside bizim 79 uncu maddede olduğu gibi davaya cebir ve tahriki men ettiği halde 92 inci maddesinde nüsbet ve menfi tesbit davalarına da yer vermişdir.

VI — Tesbit davasının mevzuu başlıca bir hukukî münasebettir, yahut hukukan ehemmiyetli bir vakiadır [11]. Bu vakia umumiyetle bir senedin sıhhat veya ademi sıhhatinin tesbitinden ibaret olarak kabul edilmektedir. Alman ve Avusturya ve yukarıde naklettiğimiz. İsviçre kanton usûl kanunlarından bazıları bir hukukî münasebetin mevcudiyet veya ademi mevcudiyetile beraber bir senedin sıhhat veya ademî sıhhatinin de tesbiti talep edilebileceğini tasrih etmişlerdir; fakat meselâ Bern hukuk muhakeme usulü kanunu yalnız birinci kısım hakkındaki, yani bir hukukî münasebetin mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti hakkındaki tesbit davalarından bahs etmiştir. Bizim hukuk muhakeme usulü kanunumuzun 314 üncü maddesinden anlaşıldığı üzere bir dava esnasında bir sendenaisaht olup olmadığının tesbiti hadise şeklinde talep edilebileceği gibi müstekil dava zımmında da tesbit ettirebileceğinden[*11]burada bilhassa ehemmiyeti haiz olan hukukî münasebet (Rechsverhältniss, rapport de droit) hakkındaki tesbit davalarından bahsolanacakdır. Bu davalar davada bir hukukî münasebetin iddia veya inkâr edildiğine göre müsbet (positive Feststellungsklage, açtıon en affirmatin de droit, action en reconnaaissance) veya menfi (negative Feststellungsklage, action en negation de droit) olabilir.

Hukukî münasebetten maksad konkre bir vakıa hakkında ki hu-

[11] Avusturya kanunu, 228 inci maddesinde hukukî münasebetten ve senedden başa bir hakkın da tesbit edilebileceğini tasrih eder.

[11*] Dava esnasında hadis olan tesbit davasında müstekil bir tesbit davasından farklı olarak tesbitte bir menfaatın mevcudiyeti hakkında ayrıca bir tetkike ve isbata lüzüm yoktur; mahkemenin salâhiyeti noktasından da ayrıca bir tahkik lâzım değildir. Alman usulü m. 280; Avusturya m. 236, 259 II.

81

kukî normun hükmü altında bu vakıanın hukukî neticesi olmak üzere bir şahsın başka bir şahsa karşı veya bir şey'î kıymete karşı olan münasebetidir.

Hernevi sübjektif haklar kendilerinden eda, tahammül veya terk hakkında bir iddia çıksın, çıkmasın tesbit edilebilir Borç münasebetleri, aile vaziyetine dair olan haklar (meselâ taraflar arasındaki evlilik, ana baba ve çocuk münasebeti, yahut bir tarafın o bir taraf üzerindeki velâyeti, neseb), miras hukukuna, aynî haklara, eşya ve hakların zilyedliğinden mütevellit hukukî münasebetlere, ihtirağ, alâmeti farika gibi mutlak haklara isim firma, hakkına müteallik bir münasebet tesbit mevzuu olabilirler.

Hukukî münasebetin müstekil bir münasebet olması şart değildir. Devam eden bir hukukî münasebetten müştak münferid münasebetler dahi tesbitte menfaat bulundukça tesbit edilebilirler.

İnşai hakların temini için bir eda davasına mahal olmadığı gibi kaideten ve esasen bu yolda bir tesbit davasına da ihtiyaç yoktur. Bununla beraber hasım, inşaî bir beyanın muteberiyetini, meselâ takas veya akdin feshedildiğini inkâr ederse diğer taraf mahkemeden zaten tahakkuk etmiş olan hukukî neticenin tesbitine dair bir hüküm isteyebilir [12].

Mücerred vakialar bir unsurun cüzü olarak hukukan ehemmiyeti haiz olsalar dahi tesbit edilemezler; meselâ taraflar arasında bir zinanın vukuunu tesbit gibi. Bununla beraber Du pasquier nın bahsettiği üzere bir kız doğurduğu çocuğun muayyen bir genç ile münasebetinden hasıl olduğunu ötede beride yayarak babalığını tanıtdıracağını iddia etse bu delikanlının babalığın kendisinden olamıyacağını tesbitde hukukan himayeye şayan manevî bir menfaati olduğunu kabul etmek icabeder. Mücerred vakıaların tesbit edilemiyeceği kaidesinden yukarıda naklettiğimiz bir senedin sıhhat veya ademi sıhhati hakkındaki tesbit davaları bir istisna mahiyetinde sayılabilir.

Ve yine bir hakkın mevcudiyetine dair olmıyarak sırf iktisap sebebi hakkında bir tesbit davası açılamaz.

Bir hukukî münasebetin ilerideki doğumu itibariyle ehemmiyet bulunan mücerred hukukî meselelerin de tesbiti istenemez; meselâ posta veya demiryolları idaresinin ileride vukubulacak bir irsalata dair mes'uliyeti tesbit ettirilemez. Şu cihet muhakkaktırki mahkemeler müftilik dairesi değildir; hukukî re'y itası ve istişare mahkemelerin vazifesi haricindedir [13]. Keza posta idaresinin şu veya bu tarzda sarılmış bir paketi kabul veya redde haklımıdır olduğunun tes-

[12] v. Tuhr, s. 21 n. 19 ve §. 79 n. 15 bakınız.

[13] Stein, n. 256 m. 31.

biti istenemez [14]; bir kadın, boşanma davası açar ve kazanırsam kocamdan nafaka olarak şu veya bu mikdarda muayyen bir irad alabilir miyim diye bir tesbit davası açamaz.

Fakat şu ciheti de kayıt ve işaret etmek lâzımdır: hukukî münasebetlerin tesbiti hakkındaki talep çok defa zahiren ve haricen vakiavî iddiaların veya bir hukukî meselenin tesbiti şeklini iktisap ve bu tarzda tecelli edebilir; bu hallerde tesbit caizdir. Meselâ bir mukavelenin in'ikadının veya bir akdin, bir icar akdinin muteber suretde feshi ihbar edilmiş olduğunun, bir hukukî meselenin muvazaa olduğunun, hasmın bir şirketin veya bir cemiyetin azası bulunduğunun tesbiti talep edilebilir. Ve yine meselâ bir irtifak hakkı sahibinin mk. 714 üncü maddesi mucibince yol hakkının başka bir yere naklini münasib ve hoş görmiye mecbur olduğunun tesbiti istenile bilir. Çünkü yeni yolun tanzimi vaziyetin mübhemliğinden dolayı lüzumsuz masrafı ve zararı mucib olabilir.

Yine bunun gibi meselâ Atatürkün vasiyetnamesinde kendilerine maaş tahsis edilen bayanlardan birinin, evlenmesi halinde bu maaşın kesileceği tereddüdü ve korkusu varsa vasiyetnamenin böyle bir mem nuiyeti ihtiva etmediğinin filhal tesbitini davaya ve bu bapda bir hüküm verilmesini taleb etmesi caiz olur.

Tesbit davasına mevzu teşkil edecek olan hukukî münasebetin müddeaaleyhe karşı bir eda iddiasını tesise yahut ihzara salih bulunması şart değildir. Tesbit davası, alacak haklarında dahi yalnız bu bapdaki hukukî münasebet ile alâka ve rabıtası bulunan şahıslara karşı değil, üçüncü şahıslara karşı da açılabilir [15]. Aynı bir hakkın hamili olduğunun iddia eden iki kimseden biri öbürüne karşı o hakkın kendisine aid olduğunun veya öbürüne aid olmadığının tesbitini dava edebilir. (Prätendententenklage).

Filhakika tesbit davalarında, taraflar arasında medenî (maddî) hukuk noktasından bir münasebetin mevcudiyeti esaslı ve ehemmiyetli bir nokta teşkil etmez; bu itibarla alacağı temellük eden kimse veya bir rehin alacaklısı bir üçüncü şahsa karşı onun bu alacak veya rehin üzerinde bir hakkı olmadığına dair bir menfî tesbit davası açabileceği gibi kendi hakkının müsbet surette tesbiti hakkında, yani zatî hakkının tayini zımmında da bir tesbit davası açabilecekdir. Şüphesiz bu bapda verilecek hüküm, asıl borçluya karşı bir kaziyyei muhkeme teşkil edemez.

Tesbit edilecek hukukî münasebet, dava zamanında mevcut olmak lâzımdır. İleride vukubulacak bir hukukî münasebetin ümit edil-

[14] Rosenberg, §. 85 II I a

[15] v. Tuhr s. 247 n. 17 — 19 bakınız.

mesi veya bir hukukî münasebetten korkulması hâkimden tesbit davası zımmında bir himaya talebine hak vermez; meğerki ilerideki iddia filhal mevcut bir hukukî münasebetin neticesi olarak tecelli edebile. Şu halde bir kimse murisinin hayatında varislik sıfatının tesbitini istemeyemiyeceği gibi vasiyetinin hükümsüzlüğüun de murisinin sağlığında tesbit ettiremez [15*]

Müeccel ve talikî şarta muallak bir alacaktan dolayı eda davası açılamadığı halde böyle bir hukukî münasebet ve iddia tesbit davasının mevzuu olabilir [16].

İkağ edilmiş bir haksız fiilin neticesi olmak üzere çıkacak zararın tazmini mükellefiyeti, ileride tevali edecek bir eda mükellefiyeti, yahut rekabet memnuniyetini havi mukaveleye muhalif bir hareketin vukuundan önce bir rekabet memnuiyeti, yani rekabet memnuniyeti şu veya bu tarzda muayyen bir hareketi, faaliyeti ihtiva ediyormu keyfiyeti tesbit ettirilebilir. Bu misallerde hak tevlit edecek vakıalar muallak hâdiseden veya mürur edecek zamandan sarfınazar filhal mevcut bulunduklarından bu bapdaki tesbit davaları dinlenmek icap eder [17].

Bazı kanunlar ileride muacceliyet iktisap edecek olan bir alacak tan dolayı halen bir eda davasına müsait hükümler kabul etmişlerdir [18]. Bu kanunlara göre böyle bir davada lehine hüküm alan müddei, alacağı muaccel olunca bu hükmü icra ettirebilir.

İleride tevali edecek nafaka alacaklarında bir eda davası kanunumuza görede mümkündür.

Tesbit davası kabul edilebilmek için müddeinin tesbitte bir menfaatı bulunmak şarttır. Müddeinin hakkı yahut hukukî vaziyeti halen müphemiyet ve kat'iyetsizlik tehlikesi içinde ise ve tesbit davası üzerine verilecek hüküm sırf manevî nüfuz ve tesirile bu tehlikeyi berteraf etmeye salih ise böyle bir menfaat mevcuttur. mutlak haklarda ve taraflar arasında bir hukukî münasebetın mevcut bulunmadığı hallerde bu menfaat davada aktif ve pasif husumet salâniyetini de tesis eder.

Şu halde müsbet tesbit davasının mevzuunu teşkil eden hukukî münasebet veyahut müddeinin hukukî vaziyeti vuzuhsuzluk tehdidi altında bulunmakta ise bu dava kabul edilir; yani tesbit davasında taraflar arasında tesbit edilecek hukukî münasebetın mevcudiyeti

[15*] Henüz bir tasavvurdan dolayı tazminat (eda) davası (dahi) ikâme edilemez, temyiz kararları, 1933 s. 36 N: 19

[16] v. Tuhr, § 62 n. 7 ve § 85 n. 6 dan sonraki fıkraya bakınız.

[17] Stein, m. 255 n. 47; Zürih m. 92 n. 1; Bern m. 174, n. 2.

[18] Alman usûl Kanunu m. 257, 259.

veya şümulü hakkında bir meşkükiyet veya ihtilaf mevcut olmak lâzımdır [19]. Bu vuzuhsuzluk hasmın dava haricinde müddeinin hakkına filen veya kavlen gerek müddeinin hakkını inkâr suretiyle olsun, gerek kendisi için onun hakkı ile telifi kabil olmayan bir hak iddia etmek suretiyle olsun ve gerekse müddeiye karşı bir hakkı ve iddiası varmış gibi bir tavur ve vaziyet almak suretiyle olsun muarız vaziyete girmesi ile kaideten tahakkuk eder. Fakat bu inkarın ve vaziyetin yalnız ciddi olarak kastedilmiş olması değil, belki mahkemenin objektif takdirine göre müddei için bir tehlikeyi varid kılması da icabeder.

Avusturya yüksek mahkemesi verdiği kararlarında bir zilyedin mülkiyet hakkı başka biri tarafından anudane bir ısrarla itiraz ve inkara uğradığı taktirde hakkını tesbit ettirmekte bir menfaatı olacağı gibi müddealeyhin, muddeinin mülkiyet hakkını mektuplarla ciddî surette kendine tasahüp etmiş olması da bir tesbit davasına hak verebiledeğini kabul etmiştir [20].

Mevcut meşkukiyet ve tehlike müddeinin hukukî vaziyetine müessir ise o vakit tesbitte bir hukukî menfaat mevcut demekdir. Binaenaleyh aynî bir hakka dair olan menfi tesbit davası, müddeinin o malde müddeaaleyhin hakkı ile halele uğrayacak bir hakkı bulunması ile meşruttur. Müddeinin zatî mamelekinin tezayüdündeki veya kıymetinin yükselmesindeki yahut borçlunnn tediye kabiliyetindeki sırf iktisadî menfaat bir hukukî menfaat değildir. Bununla beraber müddeinin kendi mamelek hukukuna müteallik tasarruf serbestîsinde bir maniaya uğraması sırf hukukî bir menfaattır. Ve diğer hukukî kıymetlerin ızrarı da mamelekin izrarı gibidir; meselâ kredinin, şeref ve haysiyetin ızrarı gibi; bir ceza tahkikati veya idarî tahkikat üzerine ve bunun icabı bir tesbitde hukukî menfaat vardır. Bu gibi tahkikatlarda verilen emir tesbit davasındaki hukukî menfaat yerine kaim olur, bizim temyiz mahkemesinin yukarıda naklettiğimiz kararları, böyle idarî bir lüzum üzerine terviç edilmiş davalar olacaktır.

Menfaatın bizzat tesbitte olması kafidir; yani hükmün manavî nüfuzu filî bir icra ile elde edilecek netice nazara alınmaksızın menfeatı tatmin etmelidir. Fakat müddeiyi ancak bir cebrî icra tatmin edebilecekse ve ona ancak böyle filî, amelî tetbir yardım edebilecekse tesbitte bir menfaat yok demektir. Tesbitteki manavî nüfuz yukarıda da işaret ettiğimiz üzere müddeaaleyhe karşı olan kaziyeyi muhkeme nüfuzudur; yani bu nüfuz tesbit davasının kabulüne kifayet

[19] v. Tuhr s. 708 u. 7 ve s. 712 bakınız.

[20] Franz klein, ve Hugo Schauer, Zivilprezessordnung und juridiktionsnorm 7 inci tabı m. 228 n. 3.

85

eder; alacağın kendisine ait olduğu iddiasında bulunan kimse aleyhine açılacak tesbit davasında sadır olacak olan hükmün kaziyeyi muhkeme nüfuzu, borçluya karşı da müessir olmak lâzım değiidir, bunun bizzat borçluya müessir olmaması yukarda da söylendiği üzere alacaklının o alaçaktan dolayı üçüncü şahsa karşı tesbit davası açmasına mani olmaz

Tesbit hakkındaki menfaat, hukukî himaye ihtiyacının sırf istikbal için muhtemel mevcudiyetini değil, fiilhal bulunmasını da icap ettirir. Fakat bilhassa bir vahdet teşkil eden ve devam ve inkişaf halinde bulunan bir hukukî münasebette, yani bilhassa haksız fiilden mütevellit tazminat hallerinde her münferit iddia veya iddia kısmı için eda davasına baş vurmak, davaların çoğalmasını mücip olacak ise veya dava zararın tevellüdünden uzun zaman sonra yapılabilecek ise tesbitte filhal menfaat mevcut demektir [21]. Bir müruruzamanın vukuu tehlikesi de bu hususta kafi olabilir [22]. Delillerin zıyaı tehlikesi ise bir tesbit davasına mahal vermez. Burada delillerin tesbiti yoluna gidilir.

Müellifler arasında tesbit davalarının eda davalarına karşı talî (subsidiaire) bir mahiyeti haiz olup olmadığı ihtilaflıdır. Yani tesbit davası için müktazi şartlar bulunduğu halde müddei bir eda davası açabilecek mevkide ise tesbit davası açabilirmi?

Ekseri müellifler eda davası mümkün olduğu takdirde bir tesbit davası caiz olmıyacağı reyindedir. Alman temyiz mahkemeside müteaddid kararlarında bu reyi temsil ve terviç etmişdir. Bu telâkkiye göre tesbit davaları tali bir karekteri haizdir. Bilhassa büyük usul alimi Wach bu fikirde değildir; onun reyince eda ve tesbit davaları arasında kemmiyet noktasından değil, keyfiyet itibarile fark vardır.

Örtmann da bu ihtilafdan bahsettikden sonra diyorki: ayni zamanda daha şumullu bir himaye vasıtası olan eda davasına salâhiyet mevcut olduğu halde sırf bir tesbitde menfaat çok defa lüzumsuz olacağı tabiidir; fakat vaziyet böyle olmıyabilir; meselâ müddei sonra müracaat edecagi yol hakkında karar verebilmek için filhal yalnız müddeaaleyhin temerrüdünün tesbit edildiğini görmek ister.

Zannımca da tesbit davalarının kabulü suretiyle davaların katmerleşmesi, gerek müddeaaleyhin ve gerek Adliyenin menfeatı icabı olarak ancak bir hukkî himayeye ihtiyaç bulunan hallerde caiz olmalıdır. Usulün de bir ekonomisi vardır. Adalet makinası boş yere tahrik edilemez.

[21] Sabri Şakir Ansay, Hukuk muhakeme usulleri s. 281 ve 282 n. 12,13 bakınız.

[22] v. Tuhr. §. 81 n. 18.

Binaenaleyh elde etmek istenen tesbit, filhal kaziyeyi mahkeme halinde zaten mevcut ise veyahut bu tesbiti nasıl olsa yapacak olan bir tahkikat derdest ise — diğer mevcut şartlara rağmen — tesbitte bir menfaat bulunmayacağı gibi bilhassa müddeinin talep ettiğ şeyin menfi tesbitine dair olan bir mütekabil davada mevzusuz bir dava olur. Müsbet surette tesbit edilecek olan iddia noktasından filhal bir eda davası mümkün ve caiz ise yahut başkasına ait bir hakkı tasahüb, tecavüzün terki hakkında bir eda davasına esas olmakta ise veyahut bir mukavelenin feshi halinde bundan haksız iktisap hakkında doğan iddialar filhal dermeyan edilebilmekte ise tesbitte bir menfaat vardır denemez. Ve yine borçtan kurtulma davası yapılmamış ve borç icraca tahsil edilmiş oldukdan sonra borcun olmadığı hakkında menfî bir tesbit davası yapılamaz; bu halde ancak bir istirdad, yani eda davasının amelî kiymeti olabilir.

İddianın mevcudiyetine rağmen bir mahkûmiyeti, yani eda hükmünü halen meneden sebepler, tesbit davasına hak ve cevaz veren başlıca hususî hallerdendir. Bir iddianın üçüncü bir şahıs tarafından haczi, tedricen inkişaf eden veya taksit taksit müacceliyet halini alan bir iddiada olduğu üzere alacak miktarının halen tam ve kat'î olarak tayin edilememesi gibi haller, bir tesbit davasını kabul ve tervice kafi sebeplerdendir. Bu gibi alacak miktarının tam olarak tayin edilemediği hallerde taayyüneden kısım hakkında eda davasıyla birlikte alacağın tamamının tesbiti hakkındaki dava birleştirilebilir. Nisbeten cüz'î olan kısım hakkında eda davasının mümkün olması, tamamının tesbitine dair bir davaya mani olmamalıdır. Birde müdeaaleyhin tesbit halinde edada bulunacağı muhakak ise tesbitte yine menfaat vardır;meselâ sırf müddeaaleyhin temerrüdü keyfiyetinin tesbiti eda için kafi bulunuyorsa tesbit caizdir. Bilhassa yukarıda naklettikimiz üzere resmî bir dairenin sırf bir tesbit halinde hükme mutavaat göstereceği şüphesiz bulunması tesbit davasının kabulüne kafidir.

VII — Tesbit davalarında vazife ve salâhiyet kaideleri umumî vazife ve salâhiyet kaideleridir. Taraf ve dava ehliyeti de umumî hükümlere tabidir. Vazife ve mahkeme harcı noktasından esas hukukî münasebetin kıymetidir [22*].

Davanın sebebi, bilhassa, tesbit edilecek hukukî münasebet ve bir senet tesbit edilecek ise o senedin sıhhat veya ademi sıhhatı ve

[22*] Karşılıklı edaları havi bir mukavelenin tesbiti hakkındaki davada akdin mevcudiyeti halinde — mukabil eda tenzil edilmeksizin — müddeiye aid olacak olan eda mikdarı münazaalı mikdardır. Menfi tesbit davasında — mukabil eda indirilmeksizin — müddeinin kurtulacağı edanın kıymeti esasdır, Leuch m. 138 n.1.

87

hukukî himayenin şartı olan tesbitteki menfeatıdır. Bunlar dava arzuhalinde 179 uncu madde birinci numarası altında sarih surette gösterilmelidir. Binaenaleyh müddeî, ademi mevcudiyet iddiasını, vuku bulmuş olduğunu gösterdiği muayyen vakıalardan bir hukukî münasebet doğmamış olduğuna, vakıanın hükümsüzlüğüne istinat ittirmekte, yahut ileri sürülen hâdiseye karşı hakkı meneden veya ıskat eden muayyen vakıaların müessir olduğunu iddia etmekte ise bu vakıaları göstermekle mükelleftir. Fakat müddei, müddeiaaleyhin kendini haklı göstermesine karşı her türlü vakıavî sebebi inkar ediyorsa, meselâ müddeaaleyhi hiç tanımadığını, onunla hiç bir akit yapmadığını yahut müddeaaleyhin hiç bir sebep olmaksızın kendini bir aynî hak sahibi gibi gösterdiğini iddia ederse dava sebebini izah, filen imkansız olmak itibarile kabil değildir; müddeaaleyihn kendini hak sahibi olarak gösterdiğini beyan ve iddiaetmek kafipir.

Tesbit davalarında neticei talep (madde 179 No. 3) [23] hukukî münasebetin tesbiti hakkında olur. Fakat «hakkımın tanınmasına hüküm verilmesini talep ederim» tarzında açılan bir dava da tesbit davası olarak kabul edilmek lâzımdır. «Tanımağa mahkûmiyet» haddi zatında eda davalarına has bir tabir olmak, tesbit davalarına uygun bir ifade sayılmamak icap edersede her zaman olduğu üzere tabirden ziyade talepteki kasd ve mananın kıymeti ve ehemmiyeti vardır; madenî kanunumuzun da tesbit yerine tanıma tabirini kullandığı vardır (m.) bununla beraber hâkim bu baptaki tefsirinde ledelhâce müddeiden istizahda bulunabilir.

Her halde talep edaya dair ise hâkim tesbite ve bilâkis tesbite dair ise edaya hüküm edemez.

Tesbit davalarında istihdaf edilen muayyeniyet, tesbit edilecek hukukî münasebetin tam olarak gösterilmesini emreder. Fakat hukukî münasebetten çıkarılan iddiaların miktar ve rakam üzerine tayin ve iraesi şart değildir [24]. Tesbit davası üzerine verilecek hüküm dahi bu iddiaları yalnız mevcudiyeti noktasından tesbit eder; yoksa miktar üzerinden tesbit etmesine lüzum yoktur.

Şu halde bir menfi tesbit davasında müddeinin müddeaaleyhe hiç bir borcu olmadığının tesbiti yolunda bir talep caiz değildir. Konkre bir borç sebebinin ve borç mevzuunun gösterilmesi ve ileri sürülen

[23] Bu tabir kanunda "İddia ve müdafaa„ diye yanlış ve yerinde olmayarak ifade edilmiştir. Bu, hukukî kaide ile (kübra) iddianın müstenedi olan vakıaların (suğra) neticesi (Conclusion), Almanların (Rechtsbegehren) dedikleri talep, 91 ve 92 inci maddelerdeki "neticeyi talep„ tir

[24] v. Tuhr. s. 347, n. 32 ve s. 616 n.18; ereğli kömür amelesi hukukuna dair olan kanun (n. 151), mikdar söylenmiyerek bir tazminat davasına müsaiddir.

iddia kısmen inkâr ediliyorsa inkâr edilen kısmın gösterilmesi lâzımdır.

Tesbit davasının açılması ile eda davasında olduğu gibi bir derdesti rüyetlik hali tahakkuk eder (madde 187 No. 4 ve 185) [25]. Fakat müruru zaman ancak müsbet tesbit davasile kesilir [26]. Menfi tesbit davasıla bir derdesti rüyetlik bahis mevzuu olursa da müruru zaman kesilmez ve yine açılan bir tesbit davası, sonradan ikame edilen eda davasına karşı bir derdesti rüyetlik itirazına vesile veremez [26*].

Tesbit davalarının tahkikat ve muhakemesi hakkında umumî hükümler carî olur. Bilhassa hukukî münasebetin mevcudiyet veya ademî mevcudiyetinin kabulü eda davasındaki kabul hükmüne tabidir. Kabul halinde hukukî menfaatın tetkikine lüzum kalmaksızın tesbit noktasından kat'î bir hüküm vaziyeti hasıl olur (m. 95). Müddeialeyh hal ve hareketiyle bir tesbit davası ikâmesine sebebiyet vermemiş ise mahkeme masrafları ona göre tayin ve hükmedilir (m. 94). Tesbit davalarında da bir gıyab muamelesi olabilir ıslah yoluna gidilebilir.

Tesbit davalarında beyyine külfeti ekseriyetle kabul edildiği üzere eda davalarında carî esaslara, yani umumî kaidelere göre tevzi edilir. Beyyine külfeti, tarafların tesadüfi rolüne değil, isbat edilecek vakıanın mahiyetine tabidir. Menfi tesbit davasında müddei, hukukî münasebetin ademi mevcudiyetini veya müddeaaleyh hukukî münasebetin mevcudiyetini isbat ile mükellef değildir. Mesele şöyle görülmek lâzım gelir: açaba müddei, müddeialeyh tarafından davadan önce iddia edilen hadisenin mücerret inkârına mı istinat etmektedir; böyle ise müddeaaleyh bu hâdiseyi isbat edecektir. Müddeî hakkı meneden veya iskat eden bir vakıayı ademî mevcudiyetin sebebi olarak mı dermeyan etmektedir, meselâ, bir hukukî muamelenin feshi, bir rucu hakkının istimali yahut başka ne'viden bir sukût sebebi ileri sürülmesi gibi; bu takdirde müddei isbat ile mükelleftir.

Tesbit davasında menfaat resen tetkik edilmek lâzımdır. Menfaatın sebebi olarak ileri sürülen vakıaları niza halinde müddei ispat

[25] Tesbit davası ikame ve bu dava müddeaaleyh borçluya tebliğ edilmekle borçlar kanunun 101 inci maddesi 1. fıkrası mücibince bu borçluyu temerrüt haline sokacak bir ihtar yapılmış sayılmaz, v. Tuhr s. 533 sonuna bakınız.

[26] v. Tuhr §. 81, n. 18. Oser, m. 135 n. 8; Stein, m. 256 IV 3.

[26*] Aşağıdaki n 27 bakınız.

89

eder. Bununla beraber tarafların ikrarı müteberdir.

Menfaatın mevcudiyeti noktasından esas, hukukî himayenin diğer şartlarında olduğu gibi hükmün ita edildiği zamandır. Binaenaleyh menfaat dava ikamesinden sonra tevellüt etse kafidir. Davanın devamı esnasında sakit olursa dava reddedilir. Ancak yukarda işaret ettiğimiz üzere henüz inkişaf halinde bulunan bir zararda yalnız bir kısımda eda davasını mümkün kılacak vaziyet hasıl olursa bütününde yine tesbit davası takip edilebilir. Fakat bütününde eda davası mümkün olursa davacı eda davasına baş vurabilir ve baş vurmaya mecburdur. Ancak bunu yeni bir dava ikmasi suretiyle değil islâh suretiyle de yapabilir.

Menfi tesbit davasında menfaat, yukarıda işaret ettiğimiz vechile hasmın eda davası ikame etmesiyle mürtefi olur [27].

Tesbit davasının menfaat bulunmamasından dolayı reddi başka sebebe müstenit menfaatla yeni bir tesbit davası açılmasına mani değildir. Bilakis esas hakkında müsbet veya menfi bir hüküm verilirse, hüküm, tesbit edilen hukukî münasebet noktasından kaziyeyi muhkeme teşkil eder.

Maddî sebeplerden dolayı müsbet tesbit davasını red eden ve menfi tesbit davasını terviç eden hüküm, hukukî münasebetin ademi mevcudiyetini tesbit eder. Müsbet tesbit davasını terviç eden hüküm hukukî münasebetin mevcudiyetini tesbit etmiş olur. Menfi tesbit davası, hukukî münasebetin mevcudiyetinden dolayı red edilirse yine aynı vaziyet hasıl olur. Çünkü her hükümle onun mukabil zıddı da kaziyeyi muhkeme halinde tesbit edilmiş demektir. Meselâ; bir mukavelenin rızadaki fesaddan dolayı butlanının tesbiti hakkındaki dava kaziyeyi muhkeme halini alan hüküm ile red edilirse mükavelenin müteber surette vucuda gelmiş olduğu kaziyeyi mahkeme halinde tahakkkuk eder [28]. Bu itibarla menfi tesbit davasında bütün, şümulile bir menfi tesbit mümkün olmadığı taktirde davanın reddi caiz değildir. Müddeaaleyhin ileri sürdüğü iddiayı asla haiz

[27] Zürih yüksek mahkemesi ikinci kamarası 4-5-926 tarihli bir kararında ecnebi bir mahkemede açılan menfi bir tesbit davasından sonra Zürihte açılan ihtiyatî haczin tamamlanması şeklinde (bizim icra ve iflas kanunu. 264 bakınız) ikame edilen eda davasında derdesti rüyetlik itirazını red etmiştir; yani başka bir mahkemede açılan ve müddeinin bir alacağı olmadığına mütedair bulunan bir menfi tesbit davası mezkûr alacağın edasına dair olan davada bir derdesti rüyetlik itirazına vesile veremez, Schvreiz. Y. Z. 1 İkinci teşrin 1927, s. 298 No. 242.

[28] Alman temyiz mahkemesi altıncı hukuk dairesi (Senatosu) 10-12-936, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, şubat 1938, nüsha 3, s. 218.

olmadığının tesbiti hakkındaki talep, hangi asgâri derecede o iddiayı haiz olduğunun tesbiti talebini de ihtiva eder. Nitekim eda davalarındaki talepte de böyledir. Binaenaleyh hüküm, hukukî vaziyet hakkında lâzım gelen vuzuhu temin etmelidir.

Hukukî münasebet müsbet surette tesbit edildiği taktirde verilen hüküm bir edanın istifası hakkında bir cebrî icra vesikası olamaz. Bir çok müelliflerce kabul edilen rey de budur. Tesbit hükmü, ister bir hukukî münasebetin, meselâ mülkiyetin veya tazminat mükellefiyetinin sırf tesbitine dair olsun, ister aynı zamanda daha teferrüatlı olarak irae edilen bir muayyen günde veya muayyen bir şart altında yapılacak bir edaya mükellefiyetin tesbitini natık bulunsun aynıdır. Çünkü tesbit hakkındaki hükümde hâkimin bir eda emri yoktur. Eğer sonradan eda taleb edilecekse yeni bir davaya ihtiyaç vardır.

Bununla beraber tesbit hakkındaki hüküm, dolayısile bir icraî kiymeti haiz olabilir; tesbit hükmü ve hükmün ihtisa ettiği tesbit, müddeiye bir resmî mercii bir muamele ifasında harekete, muayyen bir istikametde faaliyete getirmiye imkan ve mezuniyet verebilir; meselâ menfî bir tesbit davasını kabul eden hükme istinad edilerek resmî bir sicildeki hukukî münasebetin terkini istenebilir: Tapu sicilindeki bir hak (Mk. 933), Ahvalî medeniye sicilindeki bir vaziyet (Mk. 25,42), Ticaret sicilindeki unvan (Tk. 43) gibi.

Tesbit hükmünün bu müessiriyeti bir nevi kaziyei muhkeme aksi tesiri sayılır; resmî merci muamele ifasına icbar edilemez: çünkü eda hakkında bir emir tesbit hükmü ile tenakuz teşkil edecekdir. Tesbit hükmüne müsteniden kayıd tesis, terkin veya tebdil etmiyen memur aleyhine icra yulu ile bir şey yapılamıyacak, nihayet idarî yolda bir şikayet mevzuu bahs olabilecektir.

Tesbit hükmünün kaziyei muhkemeliğinin sübjektif nüfuzu umumî hükümler dairesinde mutaala edilmek lâzımdır. Kaide, bu kaziyei muhkemenin ancak tesbit davasının taraflarına ve onların hukukî haleflerine karşı müessir olmasidır. Fakat bu kaidenin, meselâ ahvalî şahsiye davalarındaki tesbit hükümlerinde (Mk.42) olduğu gibi istisnası vardır.

Hukukî münasebet müsbet surette tesbit edildikten sonra açılacak eda (mahkûmiyet) davasında ancak sonradan tevellüt eden itirazlar ve eda mükellefiyetine taallûk eden defiler, meselâ takas, müruruzaman gibi defiler dermiyen edilebilir.

Tesbit davaları müruruzamana tâbi değildir; tesbit edilecek hukukî münasebet mevcut oldukca ikame edilebilir [29]. Yukarıda nak-

[29] Örtmann, Stein ve v. Tuhr §. 20 n. 29

lettiğimiz Temyiz mahkemesi dairelerinin kararları da bu ciheti tasrih etmektedir.

Bununla beraber tesbit edilecek hukukî münasebetten mütevellit iddia hakkında müruruzaman vukuûndan sonra onun tesbitinde kaideten bir hukukî menfaat mefkût demektir; böyle bir tesbit müddeîyi hayal inkisarına, beyhude masraflara ve adliyenin ciddiyeti hakkında tereddüt ve şüpheye sokacağı gibi mahkemelerin lüzumsuz yere işlerini artırmağa da sebep olur.

92

No: 7

Yeni Alman Ganaim Kanunu

Yazan:
Dr. Hikmet BELBEZ

İngiltere—Fransa ile Almanya arasındaki harbin başlangıcından beri Ganaim Hukuku hususî bir ehemmiyet kazandı. Denizlere hâkim olan müttefikler her türlü deniz nakil vasıtalarını durdurarak bitaraf gemileri muayene, düşman gemilerini zapt ve müsadere ediyorlar. Gücünün yetebildiği sahalarda Almanya da ayni şekilde hareket ediyor. Bu vaziyet her gün sonsuz münakaşalara sebeb olan meseleler doğurmaktadır. Harp ganaimi hukukunun tatbik sahası nereleridir? Düşman nakil vasıtaları ve bitaraf gemiler ne zaman muayene ve ne gibi şartlar altında zapt ve müsadere edilebilirler? Düşman ve bitaraflık sıfatları neye nazaran tayin olunur? Düşman malı veya bitaraf malı nedir? Bir mal ne zaman harp kaçağı sayılır? Bir aplokanın harp hukukundaki rolü ve mümeyyiz farkları nelerdir? Bütün bu suallere hukuku düvel cevap verir. Dağınık ve hemen hemen müeyyidesiz olan hukuku düvelin bu örf ve âdetini bir kül halinde toplamak ve bu kaideleri bütün devletlere mal etmek için ötedenberi teşebbüslere girişildi. Ancak 1856 da paris'de, 1907 de Lahey'de ve 1909 da Londra'da toplanan beynelmilel konferanslar lâyihalar hazırlamak ve birer beyanname neşretmek suretile devletlere tavsiyelerde bulunmakdan başka bir netice elde edemediler Bununla beraber bu beyannameler esas ittihaz olunarak Ganaim hukuku muhtelif devletler tarafından, bazılarında müstakil bir kanun halinde [1] ve bazılarında da umumî bir Harp Kanunu çerçevesi içinde [2] olmak üzere kodifiye edildi. Bu çeşit kanunlar mevzuları itibarile diğer devletlerle olan münasebetlere temas ettikleri halde o devletlerin de tasvibile vaz'edilmiş olmayıp, bilâkis millî kanun vazının bir taraflı bir iradesile vücut bulmuş birer millî kanun olduklarından, bunların hükümlerini her hangi bir anda yine bir taraflı olarak tadil etmek veya büsbütün kaldırmak, onları vazetmiş olan devletlerin

[1] Meselâ Almanya.

[2] Meselâ İtalya. 8 Temmuz 1938 tarih ve 1415 Nr. lu Harp ve Bitaraflık kanunları.

elindedir. nitekim bunun bir misalini yeni Alman ganaim kanununda yapılan tadillerde buluruz.

28 Ağustos 1939 tarihinde kanuniyet kesp eden yeni Alman ganaim kanunu harbin ilânını müteakip 3 Eylül 1939 tarihinde neşr'edildi ve ayni gün öğle üzeri saat on ikiden itibaren hüküm ifade etmeğe başladı [3]. Bu kanunu hazırlamak için, 1909 Londra konferansında da Almanyayı temsil etmiş olan ve halen Berlin'de Yüksek ganaim Mahkemesinin reisi bulunan Dr. Walter kriege'nin de iştirâkile, ilim ve tatbikat sahalarına mensup mütehassıslardan mürekkep bir komisyon senelerce çalışmış ve tadillerile birlikde 1909 tarihli eski Alman ganaim kanununu ve beynelmilel muahedeleri esas ittihaz etmekle kalmamış, ayni zamanda bu mevzua dair bütün neşriyatı ve ganaim mahkemeleri kararlarını incelemiş ve Umumî Harbin verdiği tecrübelerden de âzamî surette istifade etmişdir. Bu aktuel ve çok mühim mevzu hakkında Alman noktai nazarını ihtiva etmesi itibarile bu kanunun ana hatlarını nakletmeği faideli buluruz.

Yeni Alman Ganaim Kanununa nazaran ganaim hukukunun yer itibarile tatbik olunduğu saha Almanyanın, müttefiklerinin ve düşmanlarının kara sularından, gemiciliğe elverişli iç sularından, kanal, havuz gibi tesisat ve tertibatından başka bilhassa açık denizlerdir (Madde 4). Ganaim hukukunu tatbik vazifesi de herşeyden evvel harp gemilerinin ve diğer askerî birliklerin kumandanlarına aiddir (Madde 2) [4].

Ganaim hukuku düşman gemilerine olduğu kadar bitaraf ticaret gemilerine ve bunların taşımakda oldukları mallara da şamildir; polis nakil vasıtaları, gümrük motorları, fener gemileri ve saire gibi ticarî maksatlara yaramayıp sırf âmme hizmetlerinde kullanılan nakil vasıtaları ve harp gemileri bunun şümulü haricinde kalır (Madde 3) [5].

Bir geminin düşman mı yoksa bitaraf mı olduğu taşımak hakkını haiz olduğu bayrağa (Madde 6) [6] ,malın düşman mı yoksa bitaraf mı olduğu da malikinin tâbiiyetine (Madde 8) [7] göre tayin olunur. Bir düşman gemisinin harp dolayısile bir bitaraf bayrağa geçmesi batıl ad'edildiği gibi (Madde 7) her hangi bir geminin bitaraf bir

[3] Alman resmî ceridesi (Reichsgesetzblatt) cilt 1, sahife 1585, 3 Eylül 1939

[4] İtalyan Harp kanunu (İHK) M. 182 F.1 ve M. 190 da böyledir.

[5] İHk. M. 144 F. 1 Nr. 1 mucibince harp gemileri ve sair devlet gemileri de ganaim hukukunun şümulü dahilindedir.

[6] İHK. M. 150 F.1;1909 Londra Deniz Hukuku Beyannamesi (LDB) M.57 de böyledir.

[7] LDB.M. 57 de böyledir.

devlete aid olduğu da isbat olunamazsa düşman gemisi imiş gibi muamele olunur (Madde 6 Fıkra III). Kezalik yolculuk sırasında bir bitarafın mülkiyetine geçen mal da varma yerine ulaşıncıya kadar düşman malı ad'edilmekde devam eder (Madde 9).

Düşman nakil vasıtaları ve düşman yükü derhal zapt ve müsadere olunur (Madde 10,11). Bunuunla beraber gemi ve malın düşmana aid bulunmalarına rağmen zarp ve müsadere olundukları bir takım haller vardır ki bunlar da beynelmilel anlaşmalarla tesbit ve kabul olunan serbestilerdir. Bunlara bilhassa hastahane gemileri (Madde 18)[8], tamamile dinî, ilmî veya insanî hizmetlere tahsis olunan nakil vasıtaları (Madde 20 Fıkra II) [9], sahil balıkcılığı ve küçük kapotajda kullanılan gemiler (Madde 20 Fıkra I) posta ile gönderilen mektuplar (Madde 21), gemi adamları ve yolculara aid olup şahsî hizmetlerine yarayan eşya (Madde 13) dahildir.

Bitaraf gemiler bitaraf gemilerin taşıdıkları bitaraf mallar (Madde 16) ile düşman malları (Madde 15)[10] ve bir de düşman gemilerinin taşımakda oldukları bitaraf mallar (Madde 12) serbesttirler. Böyle olduğu halde bu kaidelerin bir çok istisnaları da vardır ki bunlarda bitaraf bir geminin muayyen bazı hareketlerde bulunması takdirinde bitaraflık sıfatını gayp'edeceği ve binaenaleyh bir düşman gemisi gibi ganaim hukuku esaslarına tâbi olacağı mülâhazasile vaz'edilmişlerdir. Bunlar Harp kaçağı sayılan mallar (Madde 22 ve müteakip) ,düşman harp gemileri refakatinde yolculuk (Madde 32—24),mukavemet (Madde 35—37),bitaraflığı ihlâl edecek şekilde muavenet (Madde 38—40),evrakın yanlış veya noksan oluşu, abloka (Madde 44 ve mütaakip) ve istikamet tayini (Madde 60—63) gibi hükümlere müsteniddir. Meselâ: Bitaraf bir gemi harp kaçağı mal taşır veya ganaim hukukunun tatbikine pasif mukavemette bulunur (Madde 35) ,kâğıtları noksan olur (Madde 43) ve yahut da tayin olunan istikameti takip etmezse (Madde 63) zapt (Madde 14 Fıkra I) ve bizzat harp kaçağı olur veya yükünün yarısından fazlasını harp kaçağı teşkil ederse (Madde 28,29) veyahut da düşman harp gemileri refakatinde olarak yolculuk eder (Madde 32)[11], ganaim hukukunun tatbikine kuvvetle karşı koyar (Madde 36), bitaraflığını ihlal edecek mahiyette bir yardımda bulunur (Madde 40) veyahut da filen mev-

[8] 18 Teşrini Sani 1907 tarihli X—uncu Lahey anlaşmasının 1—inci ve 2—inci maddeleri de böyledir.

[9] 18 Teşrini Sani 1907 tarihli X1—inci Lahey anlaşmasının 4—üncü maddesi de böyledir.

[10] İHK. M.154; 1856 Paris Deniz Hukuku Beyennamesi [PDB] M. 2 de böyledir.

[11] İHK. M, 189.

95

cut ve müessir bir ablokayı bozarsa (Madde 50) müsadere dahi edilebilir (Madde 14 Fıkra II) .Düşman gemilerinin taşıdığı ve kaideten serbest olan bitaraf mallarla (Madde 12 Fıkra II) yine serbest olan bitaraf gemilerin taşıdıkları bitaraf (Madde 16 Fıkra II) veya düşman mallara (Madde 15 Fıkra II) gelince:bunlar bizzat harp kaçağı (Madde 30) olmalarından başka düşman harp gemileri refakatında yolculuk eden (Madde 33), ganaim hukukunun tatbikine kuvvetle mukavemet gösteren (Madde 37) veya bitaraflığı ihlâl edecek mahiyette düşmanca bir yardımda bulunan (Madde 42) bir geminin mâlikine veya kapdanına aid bulunmaları veyahut da geminin filen mevcut bir ablokayı (Madde 52 Fıkra I) bozması hallerinde zapt ve müsadere olunurlar.

Harp kaçağı meselesi bütün ganaim hukuku içinde hususî bir ehemmiyeti haizdir. Mutlak (Madde 22) ve nisbî (Madde 24) harp kaçağı mallar arasında bir fark gözetilmekdedir [12]. Kanunun 22 — inci maddesinin 1 — inci fıkrasında 1 Nr. da mutlak harp kaçağı olarak sadece doğrudan doğruya kara, deniz ve hava teslihatına yarayan şeyler ve maddeler zikredilmişdir. Fakat harbin ilanile birlikde Müttefiklerin bu liste muhteviyatını aşan bir harp kaçağı listesi neşr'etmesi üzerine Alman hükûmeti de 12 Eylül 1939 tarihli kanunla Ganaim kanununu tadil ve müttefiklerinkine tekabül eden bir liste kabul etmiştir.

Nisbî harp kaçağı olarak, gerekse harp ve gerekse sulh maksatlarına yarayan ve Alman hükûmeti tarafından neşr'edilen bir listeye ithal edilmiş olan şeyler ve maddeler kabul edilmişdir. (Madde 24).

Mezkûr listelerde tâdat olunan mallar kendiliklerinden harp kaçağı değillerdir. Bu takdirde mutlak ve nisbî harp kaçağı mal diye bir fark gözetmekde mânâ kalmazdı. Bunların ayni zamanda kötü bir maksada da tahsis edilmiş olmaları lâzımdır ki ancak bu taktirde mutlak ve nisbî harp kaçağı mal taksimi ehemmiyet kazanmakdadır. Böyle bir maksadın mevcut olduğunu kabul için her iki nevi malın da düşman kuvvetlerine aid bulunmaları şüphesiz ki kâfidir. Bunun haricinde düşman kuvvetlerine aid olmamakla beraber düşman ülkesine gönderilmekde olan mutlak harp kaçağı mallarda da bu kötü maksat mevcut farz olunur. (Madde 22 Fıkra 1 Nr. 2). Nisbî harp kaçağı sayılan mallara gelince, bunların düşman ülkesine gönderilmeleri kâfi değildir, ayrıca düşman devletin idarî makamlarının istimaline tahsis edidilmiş olmaları da lâzımdır.

Kötü maksadın mevcut olup olmadığının tesbiti ve binaenaleyhbir

[12] İHK. ise Alman kanunu ve LDB. nin hükümlerine muhalif olarak böyle bir fark tanımamakdadır.

malın harp kaçağı olup olmadığının tayini meseleleri için «devamlı yolculuk» prensibinin büyük bir ehemniyeti vardır. Bu nazariyeye göre malın düşmana doğrudan doğruya teslimi ile bitaraf bir devlet ülkesinde aktarma suretile teslimi arasında bir fark mevcut değildir. Devamlı yolculuk prensibi mutlak harp kaçağı ad'edilen mallar hakkında hukuku düvelde umumî olarak yer almış olduğundan yeni Alman ganaim kanununa da kayıdsız olarak ithal edilmişdir (Madde 22 Fıkra 2). Nisbî harp kaçağı mallara vaziyet ayrıdır: 1909 tarihli Londra Deniz Hukuku Beyannamesi bitaraf devletlerin ticaretinin menfaatı icabı olarak nisbî harp kaçağı sayılan mallar hakkında devamlı yolculuk esasını red'etmişdi. Umumî Harpta ise bu devamlı yolculuk esası nisbî harp kaçağı mallar hakkında dahi tatbik edildi. Yeni Alman ganaim kanunu buna rağmen Londra Beyannamesine — mütekabiliyet şartile — sadık kalmışdır. Kanunun 24 — üncü maddesinin 2 —inci fıkrksında, muhasım tarafda ayni tarzda hareket etmek şartile, nisbî harp kaçağı mallar listesinde yazılı şeyler ve maddelerin bitaraf bir limanda boşaltılmaları halinde bunların harp kaçağı sayılmıyacağı yazılıdır.

Harp kaçağı ad'edilen mallar, düşman mı yoksa bitaraf mı olduklarına bakılmaksızın, zapt ve müsadere olunurlar. Bu gibi malları taşıyan gemi de zapt ve kaçak eşyanın kıymet, ağırlık, hacim veya navlun itibarile gemideki bütün yükün yarısından fazla olması halinde, müsadere dahi edilebilir [13].

Almanların Harp hukukunu hiçe sayarak denizlere seyyar ve miknatıslı mayınlar dökmeleri üzerine İngilizler Almanyaya giden ve bilhassa Alman menşe'li olan her dürlü malı zabt ve müsadere etmeğe başladılar. Bunu Harp ganaim hukuku bakımından izah etmek mümkün olmamakla beraber bu hareket umumen tanınmış bir esas olan «mukabelei bilmesel» prensibinin bir neticesidir. Buna karşılık olarak Almanların ne gibi bir tedbir alacakları resmen henüz malum değildi; ancak imkan buldukları nisbete ayni surette hareket edecekleri muhakkakdır. Bu itibarla ganaim hukukunda gözetilen bu mutlak ve nisbî harp kaçağı mallar tasnifinin tatbikatta artık bir kıymeti kalmayor demekdir.

Hukuken muteber bir ablokayı bozan bir gemi de yükü ile birlikde zapt ve müsadere edilir. Demişdik (Madde 14 Fıkra II Nr. 5; Madde 50). Bir ablokanın hukukan muteber sayılabilmesi şeklî ve maddî bir takım şartların tahakkukuna bağlıdır. Meselâ usulü dairesinde ilân edilmesi lâzımdır. (Madde 45) [14]. Herşeyden evvel de

[13.] İHK. M. 163 ve LDB. M. 40 da böyledir.

[14] İtalyan Harp Kanunu gibi bazı modern kanunlar mucibince ilanın bugün en müessir bir vasıta olan radyo ile yapılması da icap etmekdedir. İHK. M. 186. LDB. M. 9 ve 12.

97

ablokanın hukukan bir hüküm ifade etmesi için filen mevcut ve müessir olması şarttır (Madde 47) [15]. Bir abloka, düşman sahillerine geçidi ciddî olarak imkânsız bırakacak derecede hâkim kuvvetler tarafından temin edilmiş olması halinde filen müessir ad'olunur. (Madde 46, 47). Bu hükümleri vaz'etmek suretile yeni Alman ganaim kanunu 1856 Paris Deniz Hukuku Beyannamesinin ablokanın filen mevcut olması lâzım geleceği hususundaki klasik kaidesine de bağlı kalmışdır. Fırtına gibi sebepler yüzünden ablokayı ifa etmekde olan deniz kuvvetlerinin muvakkat bir zaman için abloka sahasından uzaklaşmalarile filî abloka ortadan kalkmış olmaz (Madde 48). Abloka tamamile bitaraf olmalı, yani bütün devletlerin nakil vasıtaları hakkında ayni şekilde tatbik edilmemelidir (Madde 49). Ablokayı bozan bir geminin yükü de zapt ve müsadere olunabilir. Fakat kiracı ablokayı bozmak kasdinden haberdar olmadığını ve haberdar olmasına da imkân bulunmadığını isbat ederse, ablokayı bozma yüzünden müsadere caiz değildir [16.]

Kanunda kendi hattı hareketleri yüzünden vaziyetlerinin tetkikini güçleştiren veya imkânsız kılan gemilerin de zapt olunacaklarına dair hükümler mevcuttur. Geminin kendisine çizilen bir istikameti takip etmemesi (Madde 63) veya geminin durdurulmasının veya muayenesinin, meselâ gemi kâğıtlarını ibrazdan imtina gibi, tayfanın pasif mukavemeti yüzünden güçleşmesi hallerinde de vaziyet böyledir. Bununla beraber bu tarzı hareketin müsadere için de başlı başına kâfi bir sebep adedilemiyeceğini de yukarıda gördük.

Ganaim hukukunun tatbikinde takip olunacak usulü tanzim eden kaidelerin başında alâkadarlara hüsnü muamele edileceği hususunda umumî bir hüküm vardır (Madde 54). Takip edilecek usûl kaideten dört muhtelif kısma ayrılmaktkdır: durdurma, muayene, zapt ve müsadere. Bu tedbirlerin her biri hakkında kanunda mufassal hükümler mevcudur. Durdurma ve muayene de istikamet tayininin büyük bir ehemmiyeti vardır. İstikamet tayini, gemiye, durdurma ve muayenenin yapılabilmesi için muayyen bir yere gitmesi emridir (Madde 60). Keyfî muamelelere meydan bırakmamak için istikamet tayini de bir takım şartlara bağlanmışdır; bilhassa kuvvetli bir şüphe mevcut ve durdurma veya muayenenin geminin bulunduğu yerde ifasının imkânsız veya faydasız olması lâzımdır (Madde 61, 62).

Zapt geminin idare ve kumandasını filen ele almak demekdir (Madde 64). Zapt olunan gemi veya mal müsadere olunur olunmaz

[15] İHK. M. 170; LDB. M. 2 de böyledir.
[16] İHK M. 176; LDB. M. 21 de böyledir.

ganaim mahkemesi nezdindeki hükûmet komiserine teslim edilir. Ancak askarî veya diğer idarî makamların müsadereye salâhiyetleri yoktur. Müsadere için ganaim mahkemesinin bir kararı lâzımdır (Madde 80). Demek oluyor ki Alman devleti doğrudan doğruya zapt neticesinde değil, ancak kararın kaziyei muhkeme halini kesb'etmesi üzerine mallara malik olabiliyor.

İstisnaî hallerde gemi ve malın ordu için kullanılması caizdir. Ancak bu da bir takım şartların tahakkukuna bağlıdır (Madde 70).

Bazen zapt olunan bir geminin müsaderesi imkânsızlaşır; meselâ geminin zapt'edenin limanlarından çok uzakda zapt'edilmesi veya düşman harp gemilerinin tehlike verecek derecede yakın bulunmaları hallerinde olduğu gibi. Bu gibi vaziyetlerde zapt'olunan gemi, kanunda teferruatile gösterilmiş olan şartlar altında, imha edilebilir (Madde 72) [17]. Bitaraf gemilerin tahribi, bilâ kaydü şart müsadereye tâbi olan düşman gemilerinin imhasından daha ağır şartlara bağlanmışdır (Madde 73). 74-üncü maddede ayrıca yolcuların, gemi adamlarının ve gemi evrakının tahripten evvel emin bir yere bırakılacakları yazılıdır. Deniz ve havanın vaziyeti de göz önünde bulundurulmak şartile, yakın bir kara veya kendilerini alabilecek mevkide diğer bir geminin mevcudiyetile yolcular ve gemi adamlarının selâmeti temin edilmiş olmadıkça gemi fılıkalarını «emin bir yer» ad'etmeğe imkân yokdur (Madde 74 Fıkra II) [18].

Usule dair olan kaideler zapt olunan gemilerin yolcu ve adamlarına yapılacak muameleler hakkında hükümleri de muhtevidir. Bitaraf devletlerin tabaları kaideten serbest bırakılır (Madde 76); böyle olduğu halde kuvvetle mukavemet göstermiş veya muharebe harekâtına iştirâk etmiş olan gemilerde bu esas tatbik edilmez. Düşman bir devlet tabiiyetinde olanların mevkuf tutulmaları veya serbest bırakılmaları hakkındaki hükümler de bu gibi kimselerin harp devamınca hasım taraf için olan ehemmiyet derecesi nazarı itibara alınarak vaz'olunmuşlardır.

Kanun ganaim hukukunu haksız ve usulsüz tatbiki neticesinde mutazarrır olan kimselere verilecek tazminat hakkında da hükümleri muhtevidir (Madde 81-84). Mütekabiliyet şartile icabında düşman devlet tabalarına da bu tazminat hakkı tanımaktadır. Tazminat alabilmek için ganaim mahkemelerine müracaat lâzımdır.

---

[17] İHK. M. 194 de böyledir. LDN. nin 48 - inci ve müteakip maddeleri sadece bitaraf ganaimin imhasından bahs'eder.

[18] İHK. M. 196 ve 22 Nisan 1930 tarihli Londra muahedesinin 22 - inci maddesi de böyledir. Almanya bu muahedeye 23 Teşrinisani 1936 da iştirâk etmişdi.

No: 8

Alman çiftçi hukukunun "Reichserbhofrecht„ inkişaf tarihi, mana ve mahiyeti, ve bu hukuka nazaran tereke vacibelerinden doğan mes'uliyet Mes'elesi

Yazan :
Dr. iur. Orhan Münir ÇAĞIL.

Yazımızın [1] başlığından da anlaşılacağı üzere «Erbhof» [2] tabiri bir hukukî müesseseyi ifade etmektedir. Bu müesseseye müteallik ahkâm «REICHSERBHOFGESETZ» namındaki kanunda toplanmıştır. Burada tetkik etmek istediğimiz esas mes'eleler bu disiplinin kanaatimce en mühim kısımlarını teşkil etmektedir. Serlevhadaki sırayı takip ederek ilk önce, «Erbhof» un inkişaf tarihini, mana ve mahiyetini, ondan sonra terekeye dâhil vacibelerden doğan mes'uliyeti tetkik edeceğiz:

A — İnkişaf tarihi:

Alman medenî hukuku sahasında hüküm sürmüş olan teşevvüş [3] «1900» yılından sonra nihayete ermiş ve yerine medenî hayatın

---

[1] Bu yazı, "DEUTSCHE JURISTEN — ZEITUNG„ namındaki mecmuanın "40„ ıncı yıl, 1 Ağustos 1935 tarihli ve 15/16 sayılı nüshasının "937„ ve müteakip sahifelerinde "Prof. Dr. Heinrich Stoll„ imzasıyla çıkan makale ve "Prof. Dr. Hans Dölle "nin "Lehrbuch des Reichserbho frechts„ namındaki kitabıyla diğer bazı eserlere istinaden yazılmıştır.

[2] "Erbhof„ hususî vasıfları haiz bir çiftliği "çift çubuk„ ifade etmek için kullanılan bir tabirdir. Bunların ne gibi vasıflar olduğu metinde izah edilmiştir. Diğer taraftan umumiyetle çiftlikten bahsedildiği vakıt "—DIE— FARM, —DER— Bauernhof, —DAS—LANDGUT, —DER—LANDBESITZ—V. S. denir.

[3] Bu teşevvüşü anlayabilmek için "1900„e kadar Almanyanın muhtelif mıntakalarında muhtelif hukuk sistemlerinin ve binaenaleyh muhtelif kanunların mer'î olduklarını düşünmek kâfidir. Filvaki "1900„den evvel "DAS GEMEINE RECHT„ yahut "GEMEINES RECHT„ denilen ve müşterek bir menbadan sudûr etmekle umumî mer'iyyeti haiz, yani bütün "REICH„ e şamil ahkâmı muhtevi bir sistem vardı. Bu sistemin esasını bir taraftan, resipe edilmiş Roma hukuku da dahil olmak üzere, müşterek Alman teamülî hukuku, diğer taraftanda "REICH„ kanunları namı altında toplanan ahkâmteşkil ediyordu. Fakat bu"GEMEINES RECHT,„hakikatı halde Almanyanın muhtelif yerlerinde cari partiküler ahkâmını yanında yardımcı ve tali mahiyette kalıyor-

1000

mühim temellerinden biri olan ve bütün Almanyaya şamil bulunan, «BGB» remziyle ifade olunan bir kanun kaim olmuştu· Bu cümleden olarak miras hukuku da bir kül hâlinde tanzim edilmiş bulunuyordu. Artık «1900» den sonra ölen bir kimsenin mamelekinin mukadderatı bütün Almanyada Alman medenî kanununun beşinci kitabındaki hükümlere göre teayyün ediyordu. Bununla beraber «EİNFÜHRUNGSGESETZ ZUM BÜRGERLICHEN CESETZBUCH» ..... (ECBGB)namındaki kanunun «64» üncü maddesi mucibince ziraate ve ormancılığa tahsis edilmiş bulunan erazi ve teferruatına müteallik hususî miras ahkâmî, medenî kanundaki miras hukuku ahkâmının da-

---

du. Onun için bütün "RIECH„e şamil ahkâmın hangi sebeplere binaen partiküler hukuka nazaran tali derecede kaldığını tesbit etmek, ehemmiyeti haiz bir keyfiyettir: Alman milletinin dahilî siyasî tarihini, bilhassa teşkilâtı esasiye tarihini, tetkik edecek olursak, bariz bir partikülerizmin muhtelif devirlerde, muhtelif şerait altında başka başka şekiller aldığını ve bazan de müttehit bir merkeze, velev ki gevşek de olsa tabi olmak istidadını gösterdiğini görürüz. Böyle olmakla beraber bu partiküler ruh muannidane bir surette devam etmiş, ve hattâ diyebiliriz ki"1933„ekadar tesirini göstermiştir. Fakat şunu da derhal ilâve edelim ki müstakil cüzü'ler halinde müeaddit devletlerden ve vahut devlet mahiyetinde teşekküllerden terekküp eden Alman Ülkesi "Das Deutsche Reich„ inde tek devlet fikri, yani pertikülerizm aleyhindeki cereyan, hiç bir vakıt eksik olmamış ve siyasî vaziyetin aldığı veçhelere göre kâh kuvvetli, kâh zayıf bir şekilde tezahür etmiştir.

Fakat bu tek devlet fikirinden tek hukuk sisteminin doğabilmesi için Alman siyasî tarihinin bir çok istihaleler geçirmesi icap etmiştir. Bu ciheti tetkik ederken meptei hareketimiz, eski Frank imparatorluğundan doğmuş bulunan ve "1806„da ortadan kalkan "REICH„ Olacaktır. Malûm olduğu üzere bu "REICH„in siyasî istiklâli "843„ tarihli "VERDUN„ muahedesiyle "870„ tarihli "Mersen„ muahedesine istinat eder. Bu muahedelerle bir çok Alman grupları bir devlet halinde birleşmişdi. İşte bu suretle bütün Almanyaya şamil bir hukuk sisteminin teessüsü yolunda ilk adım atılmış oluyordu mamafi hususî hukuk bakımından, bütün "REICH„te mer'î müeyyedelerin doğabilmesi için daha bir çok asırların geçmesi icap etmiştir. Gerçi "REICH„i teşkil eden grupların müşterek hukukî telakkileri yok değildi. Fakat bunlar tatbikat sahasında Almanyanın muhtelif kısımlarında temamen muhtelif manzaralar arzadiyordu. Fakat asıl müşterek ve umumî ahkâmın "GEMEINES RECHT„doğuşu "13„üncü asırla başlar: 13 üncü asırda, Alman hukukunun inkişaf tarihinde "GEMINES RECHT„i alâkadar eden ve resepsiyon (Almanyada Roma hukukunun kabulü)denilen pek mühim bir hadise vuku bulmuştur. Resepsiyon, evvelâ Alman mahkemelerinin Roma hukukunu tatbik etmeleriyle, yani teamüli bir şekilde başlar. Bu tatbik keyfiyeti bütün Almanyada ve bütün Almanya için mer'î bir hukukun teessüsünü temin edeceği kanaatiyle vuku bulmuştur. Onun için Almanyada ihtas edilen bu yabancı hukuka "CEMEINES RECHT„—Müşterek hukuk—denmiştir

Roma hukukunun Almanyada kabulü ile Alman hukukundaki inkişaf sona ermiş değildi. Zira, örfleri yerli hukuku tamamen ortadan kaldıracakmış hissini veren resipe edilmiş yabancı hukukun haddi zatinde başka bir devirin ve başka bir milletin mahsulü olduğu ve Almanyada hukuk sahasında her bakımdan tatbik edilemiyeceği bil'ahere anlaşılmış ve bunun neticesi olarak, bir taraftan öz Alman hukukunun te-

irei şümulüne ithal edilmemiştir. Fakat bu kaideyi esasiyenin mühim bir istisnası vardı: Bu hususî miras ahkâmı, miras bırakanın yukarda mezkûr erazi üzerinde ölüme bağlı bir tasarrufta bulunabilmesi hakkını tahtit edememiştir.

Ziraî eraziye müteallik şu hususî miras ahkâmına «ANERBENRECHT» denir.

Bunun manasını anlamak için evvel emirde «ANERBE»nin ne demek olduğunu tesbit etmek lâzımdır. Bu kelime en önce gelen mirasçı, yani diğerlerine tercih edilen mirasçı ve yahut çiftlik varisi manalarına gelir. Bunun sebebi ölen bir çiftcinin bıraktığı çiftliğin müteaddit mirasçıların elinde parçalanmamasını temin maksadıyla diğerlerine tercihan erkek füruundan yalnız birine intikal etmesi keyfiyetidir.

«ANERBENRECHT» dahi yine «vasat bir çiftci sınıfının menfaatlerinin himaye ve idamesi zımnında, çiftçi emvalinin (çiftliğe ait malların), mirastan mütevellit taksim suretiyle, dağılıp parçalanmasına manî olmak maksadıyla miras kalan çiftlik ve bununla münasebettar malların müteaddit varislerden tercihan yalnız birine intikaline mütedair ahkâmı ihtiva eder».

İşte, Almanyanın bir çok mıntakalarında, kanunî şeraiti mahsusayı haiz çiftlik ve buna müteferri eşyaya müteallik muayyen bir

---

melini teşkil eden fikirler yeniden canlanmaya başlamış ve diğer taraftan da Roma hukuku yeni şeraite uygun bir hâle getirilmiştir. "Roma hukukunun Almanyadaki ahvale uygun şekline—usus modernus pandectarum denir.

Bundan başka, devlet de bazı muayyen mevzulara münhasır kalmak şartıyla, bütün "REICH„e şamil kanunlar vazetmiştir.

Mamafih şu yukarda izah ettiğimiz tek devlet fikrinden mülhem icraat, partiküler sahada bazı sistemlerin doğmasına yine mâni olamamış ve bu cümleden olarak "REICH„i teşkil eden grup veya devletler, kendi sahaları için, hususî müdevvenat vücüde getirmekte devam etmişlerdir. Bunların mühimlerini sırasıyla zikredelim:

1— Prusyada "1794„ tarihli prusya eyaletine mahsus hukuk "DAS PREUSSISCHE LANDRECHT„ yakut „ALLGEMEINES LANDRECHT FÜR DIE PREUSSISCHEN STAATEN„ 2—"1809„ tarihinde "BADEN„Dükalığında ve "RHEIN„—RAYN—eyaletinde kabul edilen "CODE CİVİL„VEYA"CODE NAPOLEON„

3—Avusturyada "1811„ tarihli Umumî medenî kanun "DAS ALLGEMEINE BÜRGERLICHE GESETZBUCH„—ABGB—

4—1863 tarihli Saksonyaya mahsus kanun. "DAS KÖNIGLICH SAECHSISCHE GESETZBUCH„

Şu yukarda saydığımız kanunlar taallûk ettikleri sahalarda, resipe edilmiş olan ve "GEMIENES RECHT„diye anılan Roma hukukuna nazaran rüchaniyeti haiz idiler. Yani Roma hukuku yardımcı, tali—subsidiaer—mahiyette olup yalnız mezkûr müdevvenatın açık bıraktığı yerleri doldurmaya yarayordu. Görüyoruz ki partikülarizm 1900„e, yani Alman medenî kanununun teessüsüne kadar, her türlü mukabil tedbirlere rağmen mevcudiyetini iddia ve ispat etmiştir.

102

mirasçılık usulünün teessüsü oldukça eski olup bir çok eyaletlerde zamanımıza kadar devam etmiştir. «ANERBENRECHT»in lağvedildiği mıntakalarda bile bu hukuk örf halinde mevcudiyetini muhafaza etmiştir. Çünkü aile efradının, bilhassa miras bırakanın füruunun, müsavi miras hakkına nail olması, bazı ahvalde ziraatin hayat şartlarıyla telif edilemiyen neticeler doğur maktadır:

Müsavi miras hakkı, ya ziraî mülkiyetin parçalanmasına ve böylece kıymetten düşmesine veya bu ziraî mülkiyeti der'uhte eden kimsenin, müsavi miras hakkına sahip müşterek varislere, ziraî emvalden mahrum olmalarından mütevellit vaziyet dolayısiyla, onları tatmin zımnında muayyen bir şey vermek mükellefiyeti, mezkûr mülkiyetin hadden fazla külfet altına girmesine, yahut miras olarak intikal eden böyle bir malın, bu gibi şartlar altında daha fazla elde bulundurulamıyacağından, ailece satılmasına sebebiyet verir.

İşte bu gibi mülâhazaları nazarı itibare alan 19 uncu asır partiküler müdevvenatı «ANERBENRECHT» müessesesini muhtelif usullere tâbi olmak üzere yeniden ihya ve bu suretle de mezkûr hukukî müessese muhtelif noktai nazarlar halinde tezahür etmiştir:

1 — «ANERBENRECHT» doğrudan doğruya kanundan doğar.

2 — Ve veyahut malikin müracaatına binaen «HÖFEROLLE» yahut «LANDGÜTERROLLE» namındaki sicilli mahsusa yapılan kayıtlarla vücut bulur.

Bundan başka mevzuumuzu teşkil eden ziraî eraziye mahsus mirasçılık usulünün hukukî vasfı memeyyizi başlıca üç muhtelif şekilde tecelli eder:

1 — Münferiden, Ayrı, intikal—istihlâf—usulü.

Burada çiftlik ve buna müteferri eşya çiftçinin diğer mamelekinden «tekeresinden—temamen ayrılmış, hususî mahiyeti haiz bir mamelek kültesi teşkil eder. Alâkadar varis bu mameleke bir kül hâlinde ve tamamen hususî bir şekilde tevarüs eder.

2 — Çiftlik ve buna müteferri eşya ekseriyetle daha ziyade terekenin ayrılmamış bir parçasını teşkil eder. Fakat öyle olmakla beraber umumî miras ahkâmına mütezat bir şekilde, ahkâmı mahsusasına tevfikan, doğrudan doğruya alâkadar varisin mülliyetine intikal eder. Bu takdirde terekenin şu parçasına nail olan alâkadar varis, kendisine düşen parçaya mahsuben, (Çiftlik ve buna müteferri şeyler), geri kalan terekeye bir kıymet, (meblâğ), yatırmakla mükelleftir. Bu usule «VINDIKATIONSPRAELEGAT» sistemi denir.

3— Çiflik ve buna müteferri eşyaya tevarüs eden kimse, umumî miras ahkâmına tâbi olarak, diğer mirasçılardan ayrılmayıp alelâde mirasçı olur. Bu takdirde diğer varislere karşı sadece mirasın tak-

siminde, çiflik ve buna müteferri şeylerin kendisine tahsis edilmesini istemeğe müteveccih bir talep hakkına sahip olur. «DAMNATİONSPRAELEGAT» sistemi.

Partiküler müdevvenatın doğurduğu şu muhtelif ve birbirine uymayan usuller ve noktainazarlardan başka yukardaki iki numaralı fıkrada mevzuu bahsettiğimiz çiftlik ve buna müteferri eşyanın bir kül halinde müstakiller başka bir varise intikalinden doğan boşluktan dolayı diğer varislere verilmesi icap eden kıymetin, meblâğın, sureti mahsubu ve mezkûr varisleri tatmin zımnında, verilen şu meblağın veya karşılığın mikdarı, bundan mada bu çiftlik sahiplerinin, miras bırakan sıfatıyla, ölüme bağlı tasarruf hakkına istinaden ne dereceye kadar bir varis tayin etmek hakkını haiz olduğu ve nihayet ölen bir çiftçiden kalan çiftlik ve müştemelatının en büyük oğulamı yoksa en küçük oğulamı intikal etmesi daha muvafık olacağı bakımından da bir çok muhtelif ve mütenevvi telâkkiler vücut bulmuştur.

19 uncu asır partiküler müdevvenatının vazettiği ahkâm 1933 tarihinde yeni bir inkişaf safhasına girmiştir. Bu cümleden olarak yalnız prusya eyaletine şamil olmak üzere 15 mayıs 1933 tarihli bir kanun neşredilmiştir.

Bu kanunun hususiyetlerinden biri gerek şekil, gerek ifade tarzı bakımından o zamana kadar hiç bir kanuna nasip olmamış bulunan bir sadeliği ve popülerliği haiz bulunmasıdır. Bu kanunun istinat ettiği mirasçılık usulü yukarda da zikrettiğimiz VINDIKTIONSPRAELEGAT sisteminden mülhemdir. Bu keyfiyet mezkûr kanunun 7 inci maddesinde bariz bir şekilde görülmektedir:

Terekeye bir «ERBHOF» dahil ve müteaddit varisler mevcut bulunuyorsa, bu takdirde «ERBHOF» teferruatıyla birlikte mirasın bir parçası olarak kanunen varislerden birine, yani çiflik varisine, intikal eder. Buna mukabil diğer müşterek varisler «17» inci ve müteakıp maddelerin ahkâmı mahsusasına göre menfaatlerinin teminine matuf bir talep hakkına sahip olurlar. Fakat şurasını da zikredelim ki kanun bir eyalet kanunu «LANDESGESETZ» olduğundan yani mer'iyet sahası muayyen bir eyalete inhisar ettiğinden, izahatımızın başında da işaret ettiğimiz gibi, EGBGB remziyle ifade olunan ve bütün «REİCH» e şamil bulunan kanunun 64 üncü maddesinde mirasçıya tanınan, «ANERBENRECHT» e tâbi erazi üzerinde dilediği gibi ölüme bağlı tasarrufta bulunmak salâhiyetini tahdit edememiştir. Bu eksikleri ancak 29 eylül 1933 tarihini ve «REİCHSERBHOFGESETZ» adını taşıyan kanun ortadan kaldırılmıştır. İsminden de anlaşıldığı üzere bütün REİCH de mer'i olan bu kanunla «ANERBENRECHT»

umumî ve mutlak bir şekilde tanzim edilmiş bulunuyor.

B — ERBHOF un mana ve mahiyeti

29 eylül 1933 tarihli REİCHSERBHOFGESETZ (R Erbh G) yahut (REG) namındaki kanun bir mukaddeme yedi bap ve 61 maddeden ibarettir. Bundan başka bu kanunun tatbikına mütedair daha üç kanun ıstar edilmiştir. Bunlardan birincisi 19 birinci teşrin 1933 ikincisi 19 birinci kânun 1933 ünçüsü 27 nisan 1934 tarihlerini taşımaktadır.

REİCHSERBHOF GESETZ:

1 — birinci babı §§l ilâ lo ERBHOF un manası, şümulü ilh.....

2 — ikinci babı §§11 ilâ 18 ERBHOF süjesi yani çift çubuk sahibi ilh.

3 — Üncü babı §§ 19 ilâ 36 «ANERBENRECHT»e göre mirascılık,

4 — Üncü babı «ERBHOF»un devrü ferağı ve külfetlerle takyidi keyfiyetinin tahtidi, cebrî icra §§ 37 ilâ 39,

5 — İnci babı §§ 40 ilâ 51 «ERBHOF» ahkâmını tatbikle mükellef makamlar,

6 — Incı babı §§ 52 ilâ 53 «ERBHOF» sicilli ve tapu sicilli,

7 — İnci babı §§ 4 ilâ 61 nihaî ahkâm hakkındadır.

«ERBHOF"un mana ve mahiyetini tebarüz ettirebilmek için kanunun birinci ve ikinci baplarına istinat edeceğiz. §§ 1 ilâ 10,§§11 ilâ 18.

Kanunî ahkâmın hareket noktasıyla etrafında toplandığı nokta «ERBHOF"tur. Bu ahkâm, «ERBHOF"vasfını haiz erazinin, gayri menkulün, hukukî mukadderatını tanzim eder. Muayyen vasıfları haiz bu ziraî gayri menkule dar manada «ERBHOF» dahi denir. Geniş manada «ERBHOF» ise, zikrettiğimiz gayri menkulden başka, bu gayri menkule hâdim maksatlara tahsis edilmiş olmalarına binaen, «ERBHOF» kanununun koyduğu müeyyedelere tâbi bazı menkullerle sübjektif hakları ihtiva eder. Aynı zamanda mezkûr gayri menkul, menkuller, ve sübjektif haklardan terekküp eden «ERBHOF» hususî mahiyette bir mamelektir.

«REICHSERBHOFGESETZ» namındaki kanuna göre bir gayri menkul ne gibi şartlar altında «ERBHOF» sayılabilir?

Kanun bu şartları vazederken «ziraî gayri menkullerin makul ve müfit bir şekilde tevzi ve tanzimine çalışmak maksadını göz önünde tutmuştur».

Bir «ERBHOF» un vücut bulması için beş şartın tahakkuku lâzımdır:

1 — Ziraî gayri menkul, çiftçi sıfatını haiz yahut çiftçi olabile-

cek bir şahsın mutlâk mülkiyeti altında bulunmalıdır. § 1, fıkra 1 No: 2 REG

2 — Ziraî gayri menkul idarî bir vahdet teşkil etmelidir. § 7 fıkra 1.

3 — Ziraî gayri menkulden muayyen bir şekilde istifade edilmelidir § I fıkra I, bu fıkranın ihtiva ettiği kaziyenin ilk yarısı ve § 6

4 — Ziraî gayri menkulün asgarî bir büyüklüğü olmalıdır. § 2 § 6 fıkra 2 ve fıkra 3

5 — Ziraî gayri menkul azamî bir haddi (125 hektar) aşmamalıdır. § 3 fıkra I

Birinci şart :

Çiftçi kimdir? Kanunun birinci babında sayılan objektif şartlara uygun bir ziraî gayri menkul ancak çiftçi sıfatını haiz bir şahsın mutlâk mülkiyeti altında bulunduğu takdirde ERBHOF tur. § I fıkra 1 No. 2

Ve Yalnız bu kanunun kastettiği çiftçi sıfatını haiz bir şahıs böyle bir gayri menkulün üzerinde bir mülkiyet hakkına sahip bulunuyorsa hukukî manada çiftçi addedilir.

Çiftçi sıfatı ERBHOF kanununa nazaran nasıl iktisap edilir. ?

Bu kanuna göre tesbit ettiğimiz çiftçi mefhumundan sonra bu sıfatı ihraz edebilmek için ne gibi şahsî evsafa malik olmak icap ettiği cihetini tetkik edelim :

(1) En büyük şart Alman tabiiyetinde bulunmaktır. § 12 REG

(2) Kanunun 13 üncü maddesine göre «Alman kanından veyahut aynı ırk grubuna dâhil olan kimseler bu kanunun teşpit ettiği çiftçi sıfatını ihraz ederler». (§ 13 fıkra I).

Aynı maddenin ikinci fıkrasında kanun kimin «Alman veya aynı grup cermen kanından olduğunu» müspet bir şekilde iyzah etmiyor. Sadece kimlerin «Alman kanından s a y ı l a m a y a c a ğ ı n ı tesbit etmekle iktifa ediyor». Buna göre, «ana veya baba tarafından ailesinde yahudi kanı veya renkli kan (sarı, kırmızı, siyah kan) bulunan kimse her halde Alman ırkından veya Alman ırkıyla karabeti olan bir ırktan addedilemez».

(3) «13 üncü maddenin üçüncü fıkrasında, aynı maddenin birinci fıkrasında zikredilen şartların hangi tarihten (I kânunusani 1800) itibaren ehemmiyet kesbedeceklerinin zikredildiklerini» tesbit ettikten sonra «bu şartların mevcut olup olmadıkları şüpheli görüldüğü ahvalde bu yol da yapılacak tahkikatın başka bir istikamet takip etmesinde, meselâ 1800 den önceki zemanı da nazarı itibara almakta, kanunî bir mahzur olmadığını ilâve etmek lâzımdır». Binaenaleyh her hangi bir kimsenin ailesinde «yahudi kanı olup olmadığını tahkik ve tesbit eder-

ken mebdei hareketin 1800 den sonraki zaman olduğu ciheti maddî değil, sırf şekli mahiyette bir hükümdür».

Çünkü kanunun «mümkün mertebe şümullü bir ırkî saflığı istihtaf eden gayesi»nden ve «şecerenin hudut tanımıyan bir imtidadı (derinliği) dahi bizzarure ihtiva etmesi «keyfiyetinden, mebdei hareket ittihaz edilen zamanın tesbit edilmiş olması cihetinin» maddî bir müeyyede değil, bilakis sırf şeklî mahiyette bir kaide vaziyetinde olduğu istidlâl edilir. Onun için şecerenin «temiz olup olmadığını tahkikle mükellef mahkeme icabında daha gerilere de» gidebilir.

(4) Şeref sahibi olmak.

«Bir kimse bu kanunun kastettiği manada şeref sahibi olabilmek için en mühim içtimaî vazifelerin hamili olmak haysiyetiyle çiftçi sınıfının gördüğü hürmeti mahsusaya lâyik olmak icap eder.»

REİCHSERBHOFGESETZ vücude getirilirken vâzıî kanunun istinat ettiği esas fikir şudur:

« Alman çiftçi sınıfı Alman milletinin en hakikî ve en temiz kaynağını teşkil etmek itibariyle asil bir sınıftır. Asalet ise, toprak sahibi olan bir çiftçinin, şahsî ve maddî bir ticaret zihniyetiyle mütehalli olmayıp bilakis bütün Alman milletinin sadık bir hâdimi olmak sıfatiyle Alman toprağının umumî menfaatlerini göz önünde tutarak toprağın verebileceği semereleri muntazam bir mesai ile elde etmek maksadiyla hareket etmesini iycap ettirir. Şeref sahibi olmak vasfının mevcut olup olmadığını tesbit edebilmek için her hadiseyi başlı başına tetkik etmek ve bu hadisenin ne gibi zihniyet ve amillerin tesiriyle doğduğunu nazarı itibare almak lâzımdır.»

(5) Çifçiliğe muktedir olmak.

Çiftçi çiftliği muntazam ve makul bir şekilde, yani usulü dairesinde, idareye muktedir olmalıdır «§15, fıkra 2 kaziye 2». Aksi takdirde çifliği, müstemirren aile emrinde muhafaza ve ondan umumî menfaatler lehine istifada etmek gayesi elde edilmiş olmaz.

Çiftçinin çifliğin idaresini temamen veya kısmen bir çiftlik müdürüne havale etmesi, kendisinin, çiftlik üzerindeki otoritesini kaybetmemesi ve her an ve muntazam bir kontrole ve icap eden müdahalelere muktedir bulunması veya hiç olmazsa bu salâhiyetlerin kısa bir zamanda iktisap edilmesi imkânı mevcut olmak şartiyla, hai zi ehemmiyet değildir. Bundan başka «§ 15, fıkra 2» de, 1 inci fıkrada zikredilen şartlar ortadan kalkar veyahut çiftçi, borçlarından doğan mükellefiyetleri—usulüne muvafık bir idare sistemine riayet-şartiyle mezkûr mükellefiyetlerin ifası imkânı mevcut iken — yerine getiremezse, o vakit «ERBHOF» işlerine bakan mahkemenin, «Eyalet çiftçi teşkilâtı Reisliğinin» talep ve müracaatı üzerine, ERB-

107 MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

HOF» un idare ve intifaını ya daimî surette veya muvakkaten çiftçinin eşine veya çiftçinin ölümü halinde «ERBHOF» mirasçısı olacak olan kimseye havale edebileceği zikredilmektedir.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre şayet çiftçinin eşi veya bir «ERBHOF» mirasçısı yoksa veya bunlar çiftçi sıfatını ihraz edecek vaziyette değillerse, o vakit «ERBHOF» mahkemesi «devlet çiftçi teşkilâtı reisliği» nin müracaat ve talebi üzerine, «ERBHOF» üzerindeki mülkiyet hakkını, mezkûr reislik tarafından gösterilen, ve çiftçi sıfatını ihraz edebilecek, bir şahısa devreder. Şayet çiftçinin ehil yani matlup şeraiti haiz akrabaları varsa, «Devlet çiftçi teşkilâtı reisliğinin» bunlardan birini göstermesi icap eder.

Dördüncü fıkraya göre, bu surette devredilen «ERBHOF» üzerinde mülkiyet, devir kararının kat'iyet kespetmesiyle intikal eder. Bu takdirde «ERBHOF» işlerine bakan mahkemenin, tapu dairesinden, yeni malikin tescilini re'sen istemesi lâzımdır [1]

(6) «REG»nin 14 üncü maddesine göre, hacir altına alınanlar, çiftçi sıfatını ihraz edemezler. Hacrin muteber olması için açılan itiraz davasının kat'iyetle reddedilmiş ve yahut bu davanın, kanunun tayin ettiği müddet zarfında ikame edilmemiş olması lâzımdır.

Bundan maada Madde 15in 4üncü fıkrasının son kaziyesinde:—Alman kanunu medenisinin 419 uncu maddesi ahkâmı kıyas yoluyla tatbik olunur.—denmektedir. Alman kanun medenîsinin 419 uncu maddesi mucibince, her hangi bir kimse, bir başkasının mamelekini akte müsteniden der'uhte ederse, o vakıt mezkûr — başkası - nın, yani eski borçlunun, alacaklıları, bunun mes'uliyetinin devamına halel gelmeksizin,aktin in'ikadından itibaren ve aktin in'ikadı sırasında mevcut mutalebelerini, mameleki der'uhte edene karşı da dermeyan edebilirler. Yalnız bir noktaya dikkat etmek lâzımdır: Akte müsteniden der'uhte edilen borçlardan mes'uliyet namaktut olduğu halde akte müsteniden der'uhte edilen mamelekten doğan mes'uliyet, tıpkı kanuna müsteniden der'uhte edilen borçlar gibi. muhteva itibariyle mahtuttur. Bu keyfiyet 419 uncu maddenin ikinci fıkrasında tebarüz ettirilmiştir: —Borcu der'uhte edenin mes'uliyeti, der'uhte edilen mamelekin mıktarına ve aktin kendisine temin ettiği mutalebelere (akitten dolayı kendisine raci bulunan mutalebeler) inhisar eder.

Bir kimse, kanunun bu hükmüne istinaden, mes'uliyetini tahtit etmek istediği takdirde 1990 ve 1991 inci maddelerle 1991 inci maddenin birinci fıkrası delâletiyle 1978 ve 1979 uncu maddelerin, mirascının mes'uliyeti hakkında cari akkâmı kıyas yolu la tatbik olunur. Binaenaleyh borçlu, mamelekle yukarda mezkûr mutalebeleri, alacaklıların cebrî icra tarikıyle tatmini zımnında, alacaklılar lehine terkeder ve mamelekin o ana kadar idaresinden, ancak başkasının hisabına, kendisine iş havale edilmiş bir şahıs gibi mes'ul olur.

Şu yukarıdaki izahatımızdan (REICHSERBHOFGESETZ) kanununun 15 inci maddesinin 3üncü fıkrasına göre (ERBHOF) mülkiyetini der'uhte etmiş bulunan kimse (ERBHOF) tan dogan mes'uliyet bakımından alacaklılara karşı, Alman Medenî kanununun 419 uncu maddesi 2inci fıkrası, yine aynı fıkra delâletiyle 1990 ıncı maddesi, ve 1991 inci maddesi 1 inci fıkrası delâletiyle, 1978 ve 1979 uncu maddeleri ahkâmına tâbi olduğu anlaşılır.

108

Bir kimsenin, ne vakit hacir altına alınabileceği Alman kanunu medenisinin 6 ıncı maddesinin 1 inci fıkrasında gösterilmiştir.

Hacir ve itiraz davaları hakkında «Alman Hukuk Muhakemeleri usulü — ZPO» — nün 645 ve müteakip maddeleriyle 664 ve 684 üncü maddelerine müracaat.

İkinci şart :

Ziraî gayri menkul, bir vahtet teşkil etmelidir. Ancak bir vahtet teşkil eden erazi «ERBHOF» olabilir. Böyle bir vahtetin teessüsü için müteaddit erazinin çiftçi sıfatını haiz aynı şahsın yegâne mülkiyeti altında bulunması kafi değildir. Aynı zamanda müteaddit arazinin tapu sicillinde bir arada — bir hanede — toplanması ve birleştirilmesi de kafi değildir. Ehemmiyeti haiz olan yeğâne nokta, çiftliğin, bir çiftlik binasından, — ayrı bürolara hacet kalmaksızın — usulü dairesinde idare edilmesidir. §7, fıkra 1, §3, fıkra 2

Bundan anlaşılır ki bir çifitlik binası muhakkak lâzımdır. İkamet ve idareye mahsus dairelerle bir çiftlik binasının daimî surette eksikliği, «ERBHOF» sıfatının ihraz edilmemesini intaç eder. Bir çiftlik binasının muvakkaten bulunmaması —meselâ bina bir yangın neticesinde temamen harap olmuşsa—haizi ehemmiyet değildir. Çiftlik binası, gerek çiftliğin, gerek çiftlik işlerinin merkezini teşkil eder. İşler buradan tedrir olunur. Bu merkezden idare edilen erazi parçalarının bir arada bulunmaları, hattâ çiftlik binasıyla birleşik bir halde olmaları icap etmez.

Meselâ çiftlik binası bir köyde, tarlalar, bağlar ve saire bunun etrafında dağınık bir halde ve yahut epeyce uzak yerlerde bulunabilir. Çiftliğe ait gayri menkullerin — erazi parçalarının — muvakkaten icarı, bu gayri menkullerin «ERBHOF» sıfatını ortadan kaldırmaz.

(7 inci maddenin ikinci fıkrasına da müracaat.)

Üçüncü şart

Ziraî gayri menkulden muayyen bir şekilde istifade edilmelidir. Bu şart kanunun birinci ve altıncı maddelerinde tasrih edilmiştir. birinci maddenin birinci fıkrasının birinci kaziyesinin ilk yarısında, ziraate veya ormancılığa yarayacak bir şekilde islifade edilen erazinin «ERBHOF» olduğu anlatılmıştır.

6 ıncı maddenin 1 inci fıkrasına göre bağ bostan veya meyvelik şeklinde kullanılan erazi «ERBHOF» addedilir. 1 inci maddeden 5 inci maddeye kadar olan ahkâm, mezkûr erazi hakkında da caridir.

Bundan maada hayvancılığa yarayan erazi de— ziraî bir şekilde

istifade edildiğinden — «ERBHOF» sayılır. Fakat böyle bir erazinin, «ERBHOF» vasfını iktisap edebilmesi için, yemlerini temin etmek suretiyle, hayvanların yaşamasına ve yetişmesine — beslenmesine ehemmiyetsiz denemiyecek bir şekilde, yardım etmesi lâzımdır. Eğer hayvanlar bir erazide sadece muhafaza edilmek üzere bulundurulu-yorlar ve gıdalarını oradan geniş mıkyasta, veya hiç, almıyorlarsa, o vakit «ERBHOF» mevzuubahs olmaz

Dördüncü şart:

Ziraî erazinin asgarî bir böyüklüğü olmalıdır. §2, §6, fıkra «2» ve «3». Kanun «ERBHOF» olabilecek bir gayri menkulün asgarî büyüklüğünü rakamla tespit etmemiştir. Erazi «ERBHOF» olabilmek için askarî bir «ACKERNAHRUNG» [1] büyüklüğünde olmalıdır. — §2, fıkra 1 — .

Kanunda «ERBHOF» un asgarî büyüklüğü hakkında sarahat bulunmadığına göre Almanyanın muhtelif yerlerinde toprağın kuvvetine ve iklim vaziyetine göre asgarî haddin tehallüf edeceği bedihîdir.

Mamafih «ERBHOF» un tatbikına mütedair ilk nizamın «34» üncü maddesinin «1» inci fıkrası mucibince sicille geçirilebilecek erazinin en aşağı «7 1/2 » hektar olması lâzımdır. Büyüklükleri «7 1/2 » hektardan az olan eraziler ancak «ERBHOF» kanunun ikinci ve altıncı maddelerine göre bir «ACKERNAHRUNG» teşkil edebildikleri takdirde tesçil edilebilirler.

Görülüyor ki kanun asgarî büyüklüğü kat'î bir şekilde tespitten içtinap etmiştir.

Beşinci şart:

Kanun «ERBHOF» un azamî büyüklüğünü kat'î şekilde tayin etmiştir. §3, fıkra 1, buna nezaran azamî had «125» hektardır.

"Erbhof„ hukukunda terekeden doğan mükellefiyetlerden Mes'uliyet meselesi

Terekeden mütevellit mes'uliyet meselesi kanunda vazıh bir şekil-

[1] Çiftçinin mevcut şahsî borçları ve erazi üzerindeki aynî bir haktan doğan külfetler nazarı itibare alınmaksızın, normal yani hadden fazla kalabalık olmayan bir ailenin, piyasa ve umumî iktisadî vaziyete tâbi olmadan, yani buhran zemanlarının tesirinden azade olarak, sıkıntısız bir şekilde, iaşe ve ibatesini ve aynı zamanda "ERBHOF„ un iktisadî işlerinin tabiî seyrini temin için zarurî olan toprakların hey'eti mecmuası — tarlalar, meyve bahçeleri, bostanlar, ormanlar, balık yetiştirmeğe mahsus havuzlar — "ACKERNAHRUNG„ sayılır. §2, fıkra "2„ ye bak

de halledilmemiş olduğu için literatürde birbirine zıt bazı noktai nazarların doğmasını intaç etmiştir. «ERBHOF» kanununda, çiftlik varisinin tereke mükellefiyetlerinden mes'ul olup olmadığı ve şayet mes'ul ise, bu mes'uliyetin derecesi açık bir şekilde tespit edilmemiştir. Bu mes'uliyete mütedair sadece bazı münferit hükümler mevcut olup bunlardan da kat'î istitlâlâtta bulunulamaz. — § 22, fıkra 4, § 34, fıkra 2, § 36 fıkra 2.

Hattâ bunlardan mebdei hareket ittihaz edilen § 34 bile tarzı ifade itibariyle vazıh değildir. Vaziyet bu merkezde olduktan sonra § 22 ve § 36 dan istiane suretiyle vazih bir neticeye varmak imkânıda ortadan kalkmış oluyor. Kanunun, mevzuubahs mesuliyet meselesinde, 1909 tarihli «HHG—HANNÖVERİSCHES HÖFERECHT» namındaki kanunun 14 üncü maddesi, 34 üncü maddeye temel vazifesi görmüştür.

Fakat böyle olmakla beraber aralarında büyük farklar vardır:

«HANNÖVERİSCHES HÖFERECHT» in diğer ahkâmı müvacehesinde § 14 ün ihtiva ettiği hüküm, sadece müşterek varislerin kendi aralarındaki münasebetler de câri idi. § 9 mucibince çiftlik varisi, çiftliği ancak mirasın bir parçası olarak alıyor, ve bunu mirasla birlikte iktisapediyordu. § 11.

Şurasınıda kaydedelim ki yeni çiftçi kanununun — REG, — § «11»e tekabül eden, 29 uncu meddesi mucibince çifliğe tevarüs edebilmek için muhakkak mirası da kabul etmek icap etmez. Halbuki «HANNÖVERİSCHES HÖFERECHT» e göre çiftlik, varisi daima bir kanunu medenî varisidir ve diger müşterek varisler de çiftlik, daha doğrusu çiftliğin kıymeti üzerinde ancak kesirlerle ifade edilen, nazarî mahiyette, bir hisseye sahiptirler. — § 9, kaziye 2, § 13 ve müteakip maddeler.

Buna nazaran çiftlik varisi, kanunu medenî «BGB» ahkâmına tevfikan, müşterek varis addedilerek tekmil terekeden doğan vacibelerden mes'uldür, ve § 14 yalnız varislerin kendi aralarındaki münasebetlere münhasır bir hükmü ihtiva etmektebir. Bu keyfiyet maddedeki «müşterek tereke vecibeleri» ve «müşterek varislere karşı mecburdur» sözleri ile ifade edilmiştir. aynı zamanda «yalnız başına ödemeğe mecburdur» şeklindeki tarzı ifade de vazıhtır. Zira bütün varisler alacaklılara karşı mes'uldürler.

Yukarda tespit ettiğimiz şu vaziyeti daha iyi anlamak için § 14 ün metnini aşağıya koyuyoruz:

«HHG» § 14: «çiftlik üzerindeki ipotekler, Arzî deyn ve arzî irad [1] borçlarıyla müşterek tereke vacibeleri, teferruatı da dahil ol-

[1] Bu tabirlerin mâna ve mahiyeti kakkında sahife 31 deki haşiyeye müracaat

mak üzere çiftlikten mada - yani çiftlik ve teferruatından olmayan — mevcut mamelek kifayet ettiği takdirde, bu mamelekten ödenmelidir. Şayet bu borçlar bu şekilde ödenmezlerse, çiftlik varisi mezkûr borçları diğer müşterek varislere karşı yalnız başına ödemek ve müşterek varisleri bu borçlardan hâlâs etmekle mükelleftir.

Diğer mamelekle kapatılmayan müşterek tereke borçları çiftlik kıymetinden tenzil olunurlar».

«REICHSERBHOFGESETZ» ise, çiftliği diğer mamelekten, hususî mahiyeti haiz bir mamelek olarak ayırmakta ve bu gibi çiftliklere müteallik mirascılığı, kanunu medenideki mirascılıktan temamen ayrı olarak tanzim etmektedir. § 19, «Erbhof» kanunu. Binaenaleyh çiftlik varisinin muhakkak surette kanunu medenî mirasçısı olması icap etmez. Medenî kanun varislerinin, sadece çiftligin kıymetine teallûk etmek üzere, sayı ile ifade edilen nazarî mahiyette bile hisseleri yoktur. Onun için «Erbhof» kanununa istinaden, müşterek bir kanunu medenî varısi olmayan çiftlik varisinin tekmil tereke borçlarından mes'ul addedileceği şeklinde bir hüküm verilmesine ne tâbiî nazarıyla bakılabilir, ne de böyle bir hüküm doğrudan doğruya kanundan istihraç edilebilir. Bundan başka «§ 34» de «müşterek» tabiri yoktur. bu suretle «yalnız başına» tabirinin vazıh mânası da kaybolmuş oluyor. § 34 ün şu tarzı ifadesi karşısında literatürde telâkkilerin yekdiğerinden mühimce inhirafı hiç de hayreti mucip bir keyfiyet değildir. Fakat diğer tarafdan § 34 ün manası vazıh bir şekilde taayyün etmemiş olduğundan § 22 nin 4 üncü fıkrasıyla § 36 nın 2 inci fıkrası meallerinden de hiç bir şey istihraç edilemez.

Filvaki bu maddelerde «tereke mükellefiyetleri» tabiri kullanılmaktadır. Fakat bu, vazıh bir neticeye ulaşmamıza kâfî değildir. Bil'akis bizi muhtelif neticelere İysal edebilir. Çünkü bu «tereke mükellefiyetleri» tabiriyle, evelâ § 34e istinaden, çiftlik varisinin, tereke mükellefiyetlerini, diğer müşterek varisler müvacehesinde, eda etmek gibi entern bir teahhüdü yüklenmiş bulunduğu kastedilmiş olacağı gibi «34, fıkra. 2», yine çiftlik varisinin alacaklılara karşı doğrudan doğruya mes'ul olduğu anlatılmak istendiği mânası da mevzuubahis olabilir.

İşte mezkûr kanundaki maddelerin matlup derecede sarih olmamalarından, varisin «ANERBE»—çiftlik varisi—sıfatıyla, tereke mükellefiyetlerinden dolayı alacaklılara karşı mes'uliyeti meselesi muhtelif telâkkilerin vücut bulmalarına yol açmıştır. Bu telâkkiler iki istikamet takip etmektedir.

1 — Bunlardan birincisi, «ERBHOF» hukukunun eksiklerini tamamlamak zımnında, kanunu medenî ahkâmından istianenin ne de-

receye kadar caiz ve mümkün olduğu,

2 — İkincisi, «ERBHOF» hukukunda eksik veya müphem bir şekilde tanzim edilmiş bir mes'elenin ne dereceye kadar, müstakillen, bu hukukun kendi bünyesinden istihraç edilen kaidelerle tamamlanabileceği sualleridir.

Hâkim telâkkiye göre tereke mükellefiyetlerinden mütevellit mesuliyet esas itibariyle kanunu mednî ahkâmına göre tanzim edilmelidir. Fakat diğer tarafdan bu telâkkinin bir çok istisnaları vardır. Misâl olarak «Vogels»in fikirlerini zikredebiliriz: Bu zata göre çiftlik varisi, çiftliğin kıymeti yüksekliğince kendi mamelekiyle gayri mahtut bir şekilde borçlarından mus'uldür. Bundan da «Vogels»in, «ERBHOF»a dahil mamelekin arzettiği hususiyet dolayısiyle, «ANERBE»—çiftlik varisi—ni, kanunu medeniye hâs «mes'uliyetin tahtidi imkânı» ndan mahrum etmekten başka çare bulamadığı anlaşılır. Böyle bir vaziyetten tevakki için «Vogels», çiftlik varisine ya mirası ve yahut hiç olmazsa «ERBHOF»un intikalini reddetme imkânlarını tavsiye etmek mecburiyetinde kalmıştır. «Vogels» in telâkkisine mukabil «Dölle», terekeden mütevellit mes'uliyet mes'elesini, daha ziyade «ERBHOF» ahkâmının hâkimiyeti altında halletmek istiyor. Bu müellifin fikrine göre kanunu medenî ahkâmı öyle kolayca «ERBHOF» hukukuna tatbik edilemez. Bu fikre «Tolle», «Bosch», «Schapp» ismindeki müellifler de iştirak etmektedirler.

Mamafih esasta birleşmiş olan bu zevat arasında da bazı noktalara teallûk etmek üzre, ihtilâf mevcuttur. Bilhassa, çiftlik varisinin, serbest, yani «ERBHOF» haricindeki, mamelekin varisi olmadığı meselesi muhtelefünfihdir. Meselâ «Dölle» ye göre, çiftlik varisi sadece çiftlik borçlarına teallûk eden tereke mükellefiyetlerinden mes'uldür; yani mezkûr borçları evvel emirde kendisine intikâl eden çiftlikten mahtut bir şekilde öder. Diğer varisler ise, kanunu medenî ahkâmı mucibince terekeden mes'uldürler. Mes'uliyetleri gayri mahtut, fakat tahtit edilebilir mahiyettedir.

«Schapp» ismindeki müellif de çiftlik varisinin tekmil tereke mükellefiyetlerinden mes'ul tutulmasını muvafık görmemektedir. Buna mukabil «Tolle»,çiftlik varisini tekmil tereke mükellefiyetlerinden mes'ul tutmak, fakat diğer taraftan da bu mes'uliyeti, tâli derecede talâkki etmek isteyor. Şayet «ERBHOF» tan mada mevcut mamelek kütlesi tereke mükellefiyetlerinin ödenmesine kifayet etmediği takdirde, o vakit tereke alacaklıları çiftlik varisine karşı doğrudan doğruya yardımcı mahiyette bir talep hakkı ihraz ederler.

Şu yukardaki izahatımızdan terekeden mütevellit mes'uliyetler müvacehesinde «ERBHOF» kanunu hükümlerinin kifayetsizliği anla-

113

şılmaktadır. Binaenaleyh asıl mühim nokta bu kanunun açık bıraktığı yerlerin ne dereceye kadar kanun medenî ahkâmıyla doldurulmak lâzım geldiği mes'elesidir. Esasen kanunuu medenî ahkâmının ihmal edilemiyeceği ciheti, bizzat «ERBHOF» kanununun «ERBHOF» ile diğer terekeyi «miras» kelimesi altında toplamasından istidlâl edilebilir.—§19—. Diğer taraftan «ERBHOF»a dâhil bulunmayan diğer mamelek hakkında da umumî hükümler cari bulunmaktadır.—§33—.

Kanunu medenî ahkâmının ihmal edilemiyeceği muhakkak olmakla beraber «ERBHOF» hukukunun gayesiyle istinad ettiği esas fikirler, terekeden mütevellit mükellefiydetlerden mes'uliyet mes'elesinde de nazarı itibare alınmak icap eder. Esasen «ERBHOF»un terekeye müteallik natamam ahkâmı sadece bir tarafli olarak kanunu medenîye müracaat suretiyle temamlanamıyacağı cihetle, gerek «ERBHOF» hukukunun gayesine, gerek terekeden doğan mükellefiyetlerden varisin mes'uliyeti esasına istinaden yeni prensipler bulmak lâzımdır. Kanunu medenîden ve mevzuubahs hukukun bünyesinden istihsal olunacak esas kaideler, «ERBHOF» hukukunda terekeden doğan mes'uliyet mes'elesinin esasını teşkil edecektir.

*
* *

Mes'elenin esasları

Mebdei hareketimiz «varislerin mes'uliyeti» fikri olacaktır. Filvaki Alman kanun medenisinde varisin terekeden doğan mükellefiyetlerden mes'uliyeti fevkalâde karışık ve pratik olmayan bir şekilde tanzim edilmiştir.

Fakat bu mes'uliyet, yine sağlam bir esas fikre dayanmaktadır:

Alacaklıların istinad ettikleri kredinin temelini, miras bırakanın mameleki teşkil eder. Miras bırakanın ölümiyle alacaklılar, kredinin istinat ettiği bu temelden mahrum edilmemelidirler. Binaenaleyh onlar, miras bırakandan kalan mamelekten daima istifade hakkını haizdirler.

Mirasın açılmasıyla, varis terekeyi iktisap eder. Bu vaziyet karşısında iki imkân mevcuttur:

a— Varisin kendi mallarıyla tereke kaynaşabilir.

b— Varisin mallarıyla tereke birleşmeyebilir. Ve yahut birleştikten sonra tekrar ayrılabilir.

Birinci halde varisin kendi mallarıyla tereke arasında bir tefrik yapılamıyacağı için varis, alacaklılara karşı gayri mahtut bir şekilde mes'ul olur. İkinci halde mes'uliyet terekeye inhisar eder.

114

Görülüyor ki miras bırakan öldükten sonra da, alacaklıları onun mamelekinden mahrum edilmemişlerdir. Terekeye vaz'ıyet etme hakkına sahiptirler. Fakat diğer taraftan da miras hâdisesiyle bu vaz'ıyetin diğer mamelek kiymetlerine, meselâ varisin mamelekine, teşmili muvafık görülmemiş, ve bu suretle daha vâsi teminata mashar olmamışlardır.

«ERBHOF» hukukunda terekeden doğan mes'uliyet meselesinin tetkikında, yukarda da işaret edildiği gibi, kanunu medenînin yardımından tamamen müstağni kalınamıyacağını tebarüz ettirmiştik. Onun için yazımızın taallûk ettiği mevzua müteferri noktalararı bu zaviyeden tetkik edeceğiz:

I — Çiftçinin mameleki «ERBHOF» ve serbest, yani kendisine ait, mamelkten terekküp eder. Bu iki şey, birbirinden tamamen farklı ahkâma tâbi olup sadece sahipleri dolayısıyle aralarında bir irtibat mevcuttur. «ERBHOF» bir gayeye hâdim mamelektir. Alacaklılar, bunun tamamiyetine dokunmak hakkını haiz değillerdir. Ancak çiftçinin serbet, yani «ERBHOF» haricindeki mamelekiyle «ERBNOF» un fazla semereleri «hasılatı», alacaklıların tatminine yarar. § 39, fıkra 1. Filvaki mirasın intikalinde her iki mamelek kütlesi— «çiftçinin kendi malları» ve «ERBHOF» — mirası teşkil ederler.

Fakat mamelekin «ERBHOF» kısmı hususî mahiyette bir mirasçılığın mevzuunu teşkil eder ve bu suretle her iki mamelek kütlesi ayrı ayrı kimselerin eline geçebilir. Madem ki çiftçinin aktif mameleki birbirinden ayrı ve muhtelif ahkâma tâbi iki mamelek kültesine ayrılmıştır, o halde onun borçları,

1 — Doğrudan doğruya «ERBHOF» a istinat etmesi,

2 — Veya «ERBHOF»la alâkadar bulunması,

3 — Yahut «ERBHOF»la bir gûna münasebeti bulunmaması. cihetinden, her defasında, başka başka tesviye şekillerine tâbidir.

«ERBHOF» hasılatının fazlası, ancak çiftçinin çiftliğe alâkadar borçlarına bir kredi temeli olabilir. Bunun haricinde bir çiftçi, «ERBHOF» hukukunun takip ettiği gaye dolayısıyla, ne kredi almalıdır nede krediye mashar olmalıdır. Eğer serbest mameleki varsa, bittabı buna istinaden kredi alabilir. Her halde bir çiftçiye «çiftliğe alâkası olmayan ve ona faide getirmeyen krediler veren alacaklılar bilmelidirler ki, alacaklarının çiftliğin kıymetinden tatminine güvenmek beyhudedir». Onun için mirasın intikalinde her iki mamelek kütlesinin yekdiğerinden ayrılmaları halinde, çitflik borçlarıyla sırf şahsî borçlar, esas itibariyle ayrı usule tâbidirler.

2 — Tereke mükellefiyetlerine neler dâhildir. ve nevileri nedir?

115

Alman medenî kanununa göre tereke mükellefiyetleri arasında şöyle bir tefrik yapılmıştır: I — Miras bırakanın borçları. «§1967, fıkra 2 BGB»

II — Mirasın açılmasından doğan borçlar, «§1967, fıkra 2 BGB»

III — Terekenin idaresinden doğan borçlar yahut „masa" borçları. «§1978 BGB» Biz burada «ERBHOF» hukuku bakımından bu mükellefiyetlerin ne dereceye kadar çiftlikle münasebettar olup olmadıkları cihetini tetkik edeceğiz:

a — Literatürdeki izahata müsteniden borçlar arasında, sırf çifliğin borçları, şahsî çiftlik borçları ve çiftçinin şahsî borçları diye bir tasnif yapılır.

I — Sırf çiftliğe ait borçları, bir tarafdan çiftliğe tahmil edilmiş bulunan aynî külfetler, diğer tarafdan çifliğin halen maliki olan kimseye, bu sıfatla, taallûk eden borçlar teşkil eder.

II — Şahsî mahiyette olan çiftlik borçları:

Çiftçi tarafından tesis edilip daimî surette onun şahsına bağlı ve fakat çiftliğin muhafazasına alâkadar borçlar bu gurupa dahildir. Bu cümleden olarak çifçinin, çiftlik üzerinde bir gayri menkul rehniyle temin edilmiş borçları; karşılıkları çiftlik emrine tahsis edilmiş bulunan mükellefiyetler; ve nihayet çiftlik için tesis edilen mükellefiyetler, meselâ sigorta borçları, ve yahut çiftlik dolayısıyla vücut bunan mükellefiyetler zikredilebilir.

Şahsî mahiyette olan çiftlik borçlarına kanunda da işaret edilmiştir. — «ERBHOF» kanununun 22 inci maddesinin beşinci fıkrasında «çiftlik varisinin çiftliğe alâkadar şahsî mükellefiyetleri», sözlerine müracaat. —

III — Çiftlik ve çiftliğin idamasiyle münasebettar olmayan tekmil diğer teahhütler, çiftçinin sırf şahsî olan borçlarını teşkil eder.

İşte üç gurup halinde tebarüz ettirdiğimiz ve bir «ERBHOF» sahibini alâkadar eden mükellefiyetlerden sonra bunların, terekeden doğan mükellefiyetlerin kanunu medenîdeki nevilerine göre de, bir tasnifini yapmak icap eder.

a — Miras bırakanın borçları:

Sade sırf şahsî mahiyetde borçlar olmayıp aynı zamanda tamamen çifliği alâkadar eden borçları da şamildir. Sırf şahsî mahiyette olan borçların istinat ettiği kredi temeli ancak serbest mamelektir. Şahsî mahiyette çiftlik borçlarının kredi temeli ise bilhassa çiftliktir. Sırf çifliğe müteallik borçlardan, mahiyetleri dolayısıyla, ancak çiftlik varisi ile çiftlik mes'uldür.

116

Miras bırakanın borçlarına bizzat varislerin mutalebeleri de dahildir. Bu mutalebelere, çiftlik varisinin diğer varislerle münasebeti cihetinden, münkazi olmamış nazarıyla bakılır ve burada „34" üncü madde ahkâmı tatbik olunur. Çiftlik varisi, miras bırakana karşı haiz olduğu bir mutalebenin diğer mamelekten tatminini isteyebilir. Fakat borcun çiftlikle münasebettar olmaması şarttır. Mamafih çiftlik varisi diğer alacaklılardan sonra tatmin edilir. Binaenaleyh diğer alacaklıların tatmininden sonra serbest terekenin bakiyesi, mükellefiyetlerin setrine kifayet etmediği takdirde mutalebatını kaybeder.

Diğer varislerin — kanunu medenî varisleri - terekeye karşı mutalebeleri, ancak hususî mahiyeti haiz, çiftlik üzerindeki külfetlere taallûk veyahut diğer, yani serbest, mamelek bu mutalebeleri setre kifayet etmediği takdirde, çiftlik varisine teveccüh eder. — §34, fıkra 2 —

b — Mirasın açılmasından doğan borçlar:

Bu borçların bazıları çiftlik varisini alâkadar eder, bazıları ise etmez. Vasiyetler, mükellefiyetler «charge», ve mahfuz hisseler çiftlik varisini bu sıfatla alâkadar etmezler. — § 19, §24 e müracaat

Diğer taraftan alman kanunu medenisinin 1969 uncu maddesinde mevzubahs ve «Der Dreissigste» yahut «Dreissigster» namıyla maruf hükümle iaşe ve infak hakları — §30, «ERBHOF» kanunu. — sırf çifliğe ait borçlardan sayılırlar ve çiftlik varisi bunlardan yalnız başına mes'ul olur. Defin masrafları akit ile vücut bulur, binaenaleyh alacaklılara karşı yalnız, definle münasebettar siparişleri vermiş olan kimse mamelekiyle birlikte mes'uldür. Bu kimsenin, varislere veya çiftlik varisine karşı, yapılan masrafların tazmini hususunda her hangi bir talep hakkını haiz olup olmadığı ve ne dereceye kadar haiz olduğu mes'elesi varislerin kendi aralarında halledecekleri bir mes'eledir. Mamafih çiftlik varisi, "34" üncü madde ahkâmına binaen, defin masrafının serbest mamelekten tazminini isteyebilir. Bu mamelek kâfi gelmediği takdirde bizzat tazminle mükelleftir.

c — Masa borçları:

Bunlar kâh idarî borçlar, kâh vergi borçlarıdır.

İdarî borçlar, bir tereke kayyımının, terekeyi idare eden şahsın vasiyeti tenfiz memurunun, muvakkat bir varisin mesai ve faaliyetinden sudûr eden borçlardır. Çiftlik varisi, ancak çiftlik işlerine de bakmaya salâhiyettar bir tereke kayyımının idarî borçlarıyla muvakkat bir çiftlik varisinin, çiftlik hakkında taliki gayri kabil idarî

tedbirlerine müstenit borçlarından mes'uldür.

Miras vergisinden mütevellit borçlar «ERBHOF» hakkında cari değildir, §55, Binaenaleyh serbest mamelekin miras vergilerinden, «yalnız çiftliğe tevarüs etmiş bulunan kimse» mes'ul olmaz.

Tereke mükellefiyetlerinin nevileryle bu mükellefiyetler müvacehesinde „ERBHOF" a müteallik borçlar hakkında verdiğimiz yukardaki izahattan sonra mevzuumuzun en mühim iki bahsine temas edeceğiz:

Bunlardan biri terekeden doğan mes'uliyetler ve yahut diğer tabirle tereke alacaklılarına karşı mes'uliyet; diğeri ise çiftlik varisi ile diğer varisler arasındaki münasebettir. Bu sonuncuya «varislerin kendi aralarında tereke mükellefiyetlerinin tevzi ve taksimi» de diyebiliriz.

Terekeden doğan mes'uliyetler ve yahut tereke alacaklılarına karşı mes'uliyet.

Bu mes'elenin tetkikında üç noktaya istinat edeceğiz:

1— Mes'uliyet kime terettüp etmektedir.

2— Mes'ul olan ne ile mesuldür

3— Mes'uliyet ne ile tahtit edilebilir.

Tereke alacaklılarına karşı mes'uliyet bahsinde, çiftlik varisinin mevkiini daima göz önünde tutmamız icap eder. Yani bu varisin yegâne varis, yahut sadece çiftlik varisi, ve yahut müşterek varis olması keyfiyeti tetkikatımızda hareket meptei ittihaz edecğimiz noktalardır. Esas mes'eleye girişmeden evvel iki mühim noktayı kısaca izah edelim:

1— Sırf çiftliğe taallûk eden borçlardan sadece çiftlik varisi mesuldür. Varisin sadece çiftlik varisi veya müşterek varis olması şayanı ehemmiyet değildir. Aynî külfetler mevzuubahs olduğu nisbette borçlardan çiftlik mes'uldür. Sırf çiftliğin lâhik malikine mütevecih vecibeler yani çiftliğin mülkiyetine sahip olma keyfiyetile münasebettar mükellefiyetler mevzuubahs oldukta varis, kendi mamelekiyle daima gayri mahtut bir şekilde mes'uldür.

2— Kanunu medenî varislerinin mes'uliyeti hakkında kanunu medenî hükümleri caridir.

A— Çiftlik varisi sadece çiftlik varisidir.

Çiftlik varisi miras olarak yalnız çiftliği iktisap edip diğer mameleke yalnız kanunu medenî varislerinin tevarüsü halinde mes'uliyet mes'elesi muhtelefünfih bir manzara arzetmektedir. Bundan başka

bir taraftan çiftçinin kredi iktidarının sarsılma tehlikesine maruz kalmaması, alacaklıların vaziyetinin kötüleşmemesi cihetine dikkat ve ihtimam etmek iktiza eder. diğer taraftan ise alacaklıların vaziyetinin daha ziyade düzeti/mesi, yani kolaylaştırılması için hiç bir sebep mevcut olmadığı gibi çiftlik varisinin mevkiini zorlaştırmaktan da içtinap etmelidir.

I — Her yerde olduğu gibi burada, sırf çiftlik borçlarından çiftlik varisi mes'uldür.

II — Miras bırakanın sırf şahsî borçlarından onun serbest mamelekiyle çiftliğin fazlai hasılatı mes'uldür. Binaenaleyh alacaklılar bu mamelekle fazlai hasılata mirasın açılması halinde dahi el süre bilmelidirler. Onun için kanunu medenî varisinin yanı başında çiftlik varisinin de mes'uliyetini kabul etmek icap eder. Fakat çiftlik varisi sadece fazlai hasılatla mes'uldür. Bu mes'uliyete şahsî mamelek dâhil değildir. Bundan da anlaşılır ki çiftçinin mes'uliyeti mahtuttur. Bunun aksine olarak çiftçinin, yani çiftlik varisinin, şahsî mamelekini de mes'uliyetin şümulü dahiline koyacak olursak o vakıt alacaklıların istihkak kespetmedikleri halde, masharı istifade olmalarına sebebiyet verilmiş olur. Çünkü bu takdirde alacaklıların, şahsî serveti olan bir çiftlik varisinin çiftliğe nail olması gibi bir keyfiyetten istifadeleri mevzuubahs demektir. Halbuki bunların vaziyetlerinin bu şekilde teshil edilmesinde hiç bir sebep ve mana yoktur. Esasen alacaklarına karşılık teşkil eden eşyaya müdahale hakları mahfuzdur. Yani miras bırakanın serbest mameleki kanunu medenî varislerine intikal etmiş olup alacaklarının tatminini oradan temin edebilirler.

Çiftlik varisinin sadece çiftliğe tevarüsü halinde alacaklılara karşı vaziyetinin yukardaki şekilde tesbiti keyfiyeti alman hukuk literatüründe şu mülâhazalara istinat ettirilmektedir:

Miras bırakan, borçlarını ödemek için kâfi miktarda serbest mameleke sahip bulunuyorsa, her hangi müşkilâta maruz kalmak ihtimali yoktur. Çünkü bu takdirde borçlar—ERBHOF—kanununun 34 üncü maddesi mücibince evvel emirde serbest mamelekten tediye edilmelidirler, ve edilebilirler. Şayet serbest mamelek borçların imhasına yetmiyorsa, bu takdirde alacaklılar, zaten miras bırakanın hayatında dahi sadece —fazlai hasılattan— istifade etmiş bulunacaklarından, onların mutalebatının çiftlik varisinin şahsî servetiyle temin edilmeleri hiç bir veçhile şayanı kabul olamaz. Binaenaleyh ne çiftçinin kredi iktidarına, ne alacaklıların temini cihetine, ne de bizzat çiftçi hukukunun gayesinden sudur eden mülâhazalara istinaden çiftlik varisinin şahsî emvaliyle birlikte bu şekilde mes'ul olması meşru addedilemez.

119

III — Yukarda (I) ve (II) rakamları altında tesbit ettiğimiz vaziyetiere nisbeten daha çok ve bilhassa mudıl bir nokta varsa, o da miras bırakanın (şahsî çiftlik borçları)dır. Bu borçlardan hem çiftlik varisi, hem de kanunu medenî varisleri mes'uldürler. Çiftlik varisi bu borçları bilâ istisna (fazlai hasılatla) karşılar. Fakat mezkûr varisin aynı borçlar bakımından mes'uliyeti, kendisinin şahsî mamelekini de şamilmidir ?

Burada vaziyet (iki) rakamı altında verilen izahattan farklıdır. Çünkü çiftlik borçları her şeyden evvel çiftlik varisi tarafından der' uhtesi icap eden borçlardır. Madem ki vecibeler çiftlik için vücut-bulmuştur, o halde, çiftliğin kredi iktidarının muhafaza ve idamesi zımnında çiftlik varisine şahsî mes'uliyet tahmil edilmelidir. Mamafih, kendisinin, madde «15» in doğrudan doğruya hükmü ve bu suretle de çiftçi teşkilatının himaye ve kontrolü altında bulunması kâfidir. Çünkü, şahsî servetini çiftlik borçlarına bilâ istisna feda etmesi, çifçiden istenemez. Ve aynı zamanda, kendisinin bu tehlikeyi ancak «ERBHOF» u reddetmekle bertaraf edebilmesi imkânı, tehammül edilemez bir vaziyet ihtas eder. Zira alacaklıların böyle bir sureti tesviyeden istifadeleri olamaz Çünkü bu takdirde, hadden fazla borçlanmış bir çiftliği ancak mamelekten mahrum bir çiftlik varisinin kabul ve der'uhte edeceği bedihîdir. şayet malî vaziyetleri müsait olan çiftlik varisleri hadden fazla borç içinde bir çiftliği, doğrudan doğruya olmasa bile, reddetmek ıstırarında kalırlarsa, o zaman «REG» kanununun istihtaf ettiği toprakla müstakbel nesiller arasındaki bağı tarsin etmek hedefi ve yine aynı kanunun bu maksat için ihtas ettiği hususî tevarüs usulü ehemmiyetli surette ihlâl edilmiş olur. Onun için mes'uliyetin tahtit edilmesi zarurîdir. Mamafih böyle bir vaziyette medenî kanundaki vasıtalara müracaat edilemez. çünkü çiftlik varisi, yalnız çiftliğe tevarüs halinde, diğer mameleki iktisap etmez. Ve diğer taraftan da çiftlik hakkında da her hangi bir cebrî icra tedbirine tevessül caiz değildir. Bu vaziyet karşısında sad ce nisbî maniyette tahtit edilmiş bir mes'uliyet mevzuu bahsolabilir. Madde «15» in edayı deyn zımnında vazzettiği bilâ vasıta cebir, bu mes'uliyet tarzını destekler. Çiftlik varisi, alacaklılarını, ancak usulüne uygun yapılan bir idare dahilinde olmak üzere, borçların imhası zımnında sarf edebilcceği meblâğ nispetinde, tatmine mecburdur. Borçlunun, yani çiftlik varisinin, serbest mamelekinin faizlerini «semerelerini» şahsının ve ailesinin infak ve iaşesine tahsis etmesine müsaade etmek mümkündür. Ve şayet çiftlik varisi, mensup olduğu sınıf teşkilâtının daimî murakabesi altında, ve borçlarını ödememe halinde doğrudan doğruya şahsî mamelekine vaz'ı

yet edilmek tehlikesine de maruz bulunyorsa, o vakit «fazlai hasılatı» alacaklılara temin zımnında hususî mahiyette idarî tedbirlere ihtiyaç yoktur. Diğer taraftan bu borçların, çiftlik hasılatının kıymetine veyahut muayyen bir zamana inhisar ettirilmesi ciheti mevzuu bahsolamaz. Aksi takdirde bu sureti tesviye alâkadarları zarara sokar.

İşte, şu yukarda izah ettiğimiz mülâhazalara binaen şahsî çiftlik borçlarından mes'uliyet hakkında şu esas kaideyi vaz'etmek icap eder: yalnız çiftliğe tevarüs eden kimse, alacaklılara karşı, şahsî mamelekine dahil olmasına rağmen, «fazlai hasılat» ile, ve bundan başka senelik fazlai hasılatın vasatî miktarıyla mütenasip olarak şahsî servetiyle, mes'uldür. Mezkûr «fazla" hesap edilirken, çiftlik varisinin, serbest mamelek iratlarını her şeyden evvel şahsının ve ailesinin geçimine sarfetmesi icap ettiği ciheti de nazarı iytibare alınmalıdır. Bu sureti tesviye ile amelî bakımdan varılan netice şudur: Alâcaklılar daima «fazlai hasılat» miktarınca şahsî mamelek hakkında cebrî icra talep edebilirler. Çiftçi ise, alacaklıların tatmini zımnında, bu meblâğı her sene kendi mamelekinden temin ettiği takdirde, hem alacaklılara karşı kendini kurtarmış, hem de mensup olduğu sınıfa karşı temize çıkmış olur.

B — Çiftlik varisi Müşterek Varistir.

1 — Bu takdirde çiftlik varisi bütün tereke borçlarından müştereken mes'uldür. Eğer terekeden doğan borçlar ödenmemişse, o vakit müştereken mes'ul olma keyfiyeti, terekenin taksiminden sonra dahi, bütün şümuliyle devam eder. Fakat her alacaklı alenî veya hususî bir şekilde diğer alacaklıları davet edebilir, «madde 1970, 2061 medenî kanun. "veya miras ilanını teklif edebilir. (madde 217 iflâs kanunu).

Bu suretle çiftlik varisi terekenin taksiminden sonraki zaman için dahi gerek kısmî mes'uliyet gerek mes'uliyetin tahdidi imkânlarını elde etmiş olur.Alenî davet ve ilânın icra ve tahakkukuna kadar çiftlik varisi taksimin tehirini isteyebileceğinden - «2045» medenî kanun—ve bu müddet zarfında her müşterek varise daima mahtut bir mes'uliyet terettüp edeceğinden—madde 2059, fıkra 1, kaziye 1, medenî kanun —müşterek varisler için gayri mahdut mes'uliyet tehlikesine maruz kalmak keyfiyeti mevcut değildir.

2 — Mes'uliyetin şümulü mes'elesi bakımından borç nevilerinin her biri arasında bir tefrik yapmak ehemmiyeti haizdir:

Mahaza çiftlik borçlarından yalnız çiftlik mes'uldür. Kanunu medenî varisleri bu borçlardan hiç mes'ul değillerdir. Bu borçlar sübjektif mahiyette oldukları nisbette, çiftçi kendi mamelekiyle gayri mahtut olarak mes'uldür.

Şahsî çiftlik borçlarından gerek çiftlik varisi, gerek kanunu medenî mirascıları mes'uldür. Alacaklılar bizzat çifiliğe el koymak salâhiyetini haiz değillerdir. Buna mukabil fazlai hasılattan tatmin edilmelerini isteyebilirler. Bunun için de çiftçiye karşı makamı aidinden bir karar istihsali kâfidir. Bu nisbet dâhilinde çiftlik varisi kendi mamelekiyle de mes'ul olur. Fakat bu mes'uliyet, her sene fazlai hasılatın mıktarınca olmak üzere, tahtit edilmiştir. Bunun haricinde kendi mamelekiyle mes'ul olmaya mecbur değildir. Bilâkis ilk önce, diğer müşterek varisler gibi, taksim yapılıncaya kadar «ipso iure» mahtut bir şekilde, yani sadece diğer tereke üzerindeki hissesiyle, mes'uldür. Madde 2059,2062/63 ahkâmı da caridir.

Şayet taksim yapılmış bulunuyorsa, o vakit tereke borçlarının ödenmiş bulunması icap eder [1]. Aksi takdirde müştekek varislerden her biri, madde 2060/61 de mezkur istisnaî vaziyetlerden biri mevcut değilse, borcun tamamından mes'uldür. Bunların kendi mamelekleriyle mes'ul olup olmadıkları ciheti de kanunu medenî hükümetlerine göre mahtut veyahut kat'î olarak gayri mahtut bir mes'uliyet vaziyetinin tahattüs edip etmediğine bağlıdır. Binaenaleyh çiftlik varîsi daima fazlai hasılâtla ve terekeden aldığı şeylerle mes'uldür. Kendi mamelekiyle sadece fazlai hasılât miktarınca mes'ul olur. Ve bu da ancak mahtut mes'uliyet imkânlarının bulunamadığı ahvalde mevzu bahsolabilir.

Miras bırakanın tamamen şahsî mahiyette borçları, çiftlik varisiyle diğer müşterek varisleri müşterek borçlu olarak alâkadar eder. Terekenin taksimine kadar daima mahtut olarak mes'uldürler. — madde 2059 —. Taksimden sonra madde 2060/61 le birleşik olarak umumî prensipler caridir. Burada alacaklılar, ancak çiftlik varisi gayrı mahtut bir şekilde mes'ul olduğu takdirde, fazlai hasılâta vaz'ıyet etmek salâhiyetini haizdirler, çünkü fazlai hasılât çiftlik varisinin serbest mamelekine dahil olur.

C — Çiftlik varisi yegâne varistir.

1 — Bu takdirde çiftliği ve tekmil terekeyi alır. Bundan dolayı tekmil tereke vecibelerinden mes'uldür.

[1] Madde 2045/46.

2 — Gerek tevarüs ettiği, emvalle, gerek kendi mamelekiyle mes'uldür. «Madde 1967 BGB» çiftliğe karşı yapılacak bir vaz'iyet, mutat ve aynı şekilde, tahtidata tabidir. «Madde 38/39,59REG»

3 — Çiftlik varisi, kendi mamelekiyle olan mes'uliyetini, kanunu medenî vasıtalarıyla mes'uliyetin tahtidini temin etmek suretiyle, def'edebilir. — Bu vasıtalar şunlardır: Tereke idaresi, tereke iflâsı, edayı deyin imkânsızlığından mütevellit itiraz, alacaklıların daveti.— Mevcut eşyanın defter tutma usuliyle tespiti suretiyle mahtut mes'uliyeti bil'ahare dahi temin etmek imkânlarını muhafaza eder.

„ERBHOF" hukuku bakımından yegâne ehemmiyeti haiz nokta ise şudur: Mes'uliyet tahtidatının «ERBHOF» üzerindeki tesiri ne şekilde tecelli eder. «Prof. Dr. Heinrich Stoll» ün fikrince bu gibi ahvalde «ERBHOF» kat'iyen mevzu harici kalır. Yani varis, ERBHOF» tan gayrı mamelek «tereke» hakkında icap eden tedbirleri aldığı takdirde kendi mamelekiyle borçlardan mes'ul olmaktan kurtulur. eğer serbest yani «ERBHOF» tan gayrı, mamelekin mıktarını isbat edebilirse, mevcut eşyanın miktarını tesbite matuf defter tutma hususundaki mükellefiyeti yerine getirmiş olur. Müfredatın, «ERBHOF» a teşmilinde, alacaklıların her hangi bir menfaati olduğu kabul edilemez. Zaten «ERBHOF» a vaz'ıyet etmeğe hakları da yoktur.

Yalnız, serbest mamelek mevcut olmadığı takdirde dahi bu prensibin tadile maruz kalıp kalmayacağı suali irat edilebilir. Prusyadaki «KAMMERGERICHT» bu gibi ahvalde fazlai hasılâta taallûk etmek üzere, tereke hakkında bir cebrî idare nazarı itibare almak istiyor. Buna mukabil «SCHIECK» ismindeki müellif «ERBHOF» a müteallik bir cebrî tereke idaresini tecviz ediyor. Prof. Dr. Stoll'e göre bunların hiç biri şayanı kabul addedilemez. Çiftliğe ait borçlar mevzuu bahsoldukça fazlai hasılât alacaklıların emrine tahsis edilmiş olarak kalır. Fakat gayrı mahtut mes'uliyet mes'elesi için sadece terekeye müstenit bir iflâsın ve yahut terekeye müstenit bir idareden mütevellit masrafları örten bir kütlenin ve yahut edayı deyin imkânsızlığına binaen yapılan itiraz dolayısıyla verilmesi lâzım gelen bir mamelekin mevcut olup olmadığı suali irat edilmek icap eder. Bu meyanda fazlaihasılat nazarı itibare alınamaz. Çünki mezkûr hasılat ya evelden istihsal edilmiş bulunur bu takdirde miras bırakanın mamelekine dahildir ve binaenaleyh tereke kütlesi hesap edilirken nazarı itibare alınmış bulunmaktadır, veyahut fazlai hasılat atide istihsal olunacaktır. Bu takdirde çiftlik varisinin kendi mamelekine dahil olur ve bu sebeple tereke kütlesi hesap edilirken nazarı itibare alınamaz.

123

Çiftlik varisiyle diğer varisler arasındaki hukukî münasebetler.

Bu mes'eleyi evel emirde «REG» nin 34 üncü, 23 üncü ve 36 ıncı maddelerine istinaden halledeceğiz. Bu madde 34 tereke borçlarının varisler arasında sureti tevziine mütedair olup çift çubuğun muhafaza ve idamesi gayesiyle vazedilmiştir. Çiftlik varisiyle diğer varisler arasındaki hukukî münasebet tetkik edilirken üç imkân nazarı itibare alınır:

1 — Diğer varisler arasındaki münasebetler.

2 — Çiftlik varisiyle diğer varisler arasındaki münasebetler.

3 — Müteaddit çiftlik varisleri arasındaki münasebetler.

1 — Tereke borçları mes'ulleri sıfatıyla diğer varisler arasındaki münasebetler bilâ istisna kanunu menenî ahkâmınca tayin ve tanzim olunurlar. Varisler, borçlardan müştereken — her borçlu diğerine karşı — mes'ul oldukları müddetçe «madde 2058 BGB», kendî aralarında, madde 426 BGB ye tevfikan, başkaca bir sureti tesviye kabul edilmediği takdirde, müsavat dairesinde mes'uldurler.

2 — Çiftlik varisiyle diğer varisler arasındaki münasebetler, Madde 34. Bu mühim noktayı iki kısma ayırarak tetkik etmemiz icap eder. Mamafih evvel emirde şurasını tebarüz ettirelim ki madde 34 REG, bu hususta ahkâmı mahsusayı ihtiva etmekte olup çiftlik varisinin müşterek varis veya sadece çiftlik varisi olması haizi ehemmiyet değildir.

Çiftlik varisiyle diğer varisler arasındaki münasebetler mevzuu bahsoldukta yalnız terekeye dahil çiftlik borçları nazarı itibare alınır. Çünki çiftlik varisi, haricî münasebette, yani alacaklılara karşı, diğer tereke borçlarından mes'ul değildir. Binaenaleyh madde 34 REG, çiftliğin muhafazası bakımından şu cihetı amirdir: Tekmil borçlar çiftlik haricindeki mamelekten, bittabi kifayet ettiği nispette, tediye edilir. Yani çiftlik varisi diğer varislere karşı, tekmil tereke borçlarının evelâ kendileri tarafından «ERBHOF» a dahil olmayan diğer terekeden ödenmelerini talep etmek hakkını haizdir. Bu suretle borçların ödenmesi zımnında, çiftliğe vaz'iyet edilmek gibi bir tehlike bertaraf edilmiş olur. Kanunu medenî varislerinin tereke alacaklılarına karşı doğrudan doğruya borçlanmış olup olmadıkları cihetı haizi ehemmiyet değildir.

Kanunu medenî varisleri bu borçları terekenin taksimi sırasında eda etmekle mükelleftirler. —2046—BGB. ve bu borçların edasından dolayı çiftlik varisine karşı müştereken mes'uldürler. Şayet tereke tak

sim edilmiş bulunuyorsa, o vakıt varislerin her biri verilmesi icap eden meblâğın temamından dolayı kendi mamelekiyle gayrı mahtut bir şekilde mes'ul olur. Binaenaleyh «müşterek varisler arasındaki mahtut mes'uliyet» çiftlik varisine karşı mevzuu bahsolamaz. Bu suretle Alman kanunu medenîsinin «2063»üncü maddesi ikinci fıkrası hükümleri yerine, «REG»nin «34»üncü maddesi birinci fıkrası kaim olmaktadır.

Bundan maâda diğer varisler çiftlik üzerindeki ipotekleri, arzî deyn ve arzî irat borçlarını [1] —haddi zatında tereke mükellefiyetlerinden olmadıkları halde, ve miras bırakanın değil, bil'akis bir üçüncü şahsın borçlarına karşı bir teminat teşkil etseler bile—ödemekle mükelleftirler.

Görülüyor ki burada şahsî borçlunun kim olduğu ehemmiyeti haiz değildir. Binaenaleyh mezkûr borçlunun muhakkak surette çiftçi ve buna nazaran da çitflik varisi olması icap etmez. Hatta aynî külfetlere her hangi bir şahsî tereke vacibesi tekabül etmemesi de mümkündür. Buna rağmen çiftliği yükten—külfetten kurtarmak için diğer terekenin karşılık vazifesini görmesini kanun emretmektedir.

Fakat «34»üncü madde, çiftlik üzerindeki külfetleri bu sureti tesviyeden hariç tutmaktadır: Bu külfetlerden doğrudan doğruya çiftlik mes'uldür. Ölünceye kadar bakma külfeti, intifa hakkı ve saire gibi — Bu istisnaî vaziyetin sebebi şudur. Bu borçlar, mahız çiftlik borçlarıdır. Çünki mahiyet itibariyle çiftliğe ayrılmaz bir şekilde mer butturlar. Onun için bu borçları yalnız çiftlik varisinin der'uhte etmesi muvafık görülmüşiür. Şurası kayde şayandır ki çiftlikle münasebettar şahsî vacibeler çiftlik üzerinde ki külfetlerden farklı bir vasıf taşımaktadırlar. Binaenaleyh çiftliğe merbut şahsî borçlar diğer mamelekten ödenirler. Çünki madde «34»ün gayesi, çiftliği borçdan kurtarmaktır. Buna binaen hattâ aynî mahiyetteki külfetler bile—gayri menkul rehinleri — serbest mamelekten ödenirler. Vaziyet böyle olduktan sonra, bu prensibin şahsî çiftlik borçları hakkında daha kolay ve istisnasız tatbik edilebileceği bedihîdir. Bilhassa müşterek varislerin, nafakaya müstehik kimseler sıfatiyle, ve füru, ve yahut karı veya koca oldukları takdirde çiftliğin sağlam esaslara da-

[1] Alman kanunu medenîsinde "Grundschuld„ vé "Rentenschuld„diye tevsim edilen bu hukukî müesseselerden "Grundschuld„madde "1191„de şöyle tarif edilmiştir "Bir gayri menkul, bir başkasının lehine olmak üzere, o şekilde külfetle takmil edilir ki mezkûr gayrı menkul, muayyen bir meblâğ tediyesi vücubüne tahammül eder.

Madde "1199„da da arzî iradın tarifi yapılmıştır: "Bir —Rentenchuld—Arzî irat o şekilde tesis edilebilir ki gayrı menkul, muntazam muayyen zamanlarda muayyen bir meblâğ tediyesi vücubüne tahammül eder.

125

yanmasında menfaatları vardır. Fakat her halde diğer kanunu medenî varislerine karşı çiftlik varisi mümtaz bir mevki işgal etmektedir.

Diğer varislerin çiftlik varisi müvacehesinde der'uhte etikleri vecibeler mevcut serbest mamelekin kıymetiyle tahtit edilmiştir. Miras bırakanın mahza şahsî borçları mevzuu bahsoldukta «34» üncü maddenin çiftlik varisi hakkında ihtiva ettiği hükmün kıymeti, kendisinin senevî fazlai hasılâtla mes'ul olmak keyfiyetinden kurtulmasından ibarettir.

Buraya kadar madde «34» ün birinci fıkrasını tetkik ettik. Şimdi aynı maddenin yine mühim bir hükmü ihtiva eden ikinci fıkrasına temas edeceğiz: «Tereke vecibeleri bu şekilde — yani çiftlikten gayrı mamelekle—ödenemedikleri takdirde, çiftlik varisi müşterek varislere karşı bu borçları yalnız başına der'uhte etmeğe ve müşterek varisleri bunlardan kurtarmaya mecburdur».

Bir çiftçinin mamelekinin kısmı azamını çiftlik teşkil ettiği ahvalde bu hüküm caridir. Bu takdirde «REG» kanununun çiftlik varisi lehine olan himaye mahiyetindeki hükümlerinin bir hayelden ibaret kalmamasını temin için „34„ üncü madde hükümlerinin ihtiva ettiği umumî ve şümüllü ifadeyi dar bir tefsire tâbi tutmak icap eder. Diğer taraftan müşterek varisler, mes'uliyeti terekeye inhisar ettirmek imkânına sahiptirler. Çünkü tereke borçlarından mütevellit mes'uliyetleri medenî kanun ahkâmına göre tanzim edilmiştir. Müşterek varisler, mes'uliyetlerini bu şekilde tahtit etmiş bulunuyorlarsa, o vakıt çiflik varisinin, diğer varisleri borçlardan kurtarma mecburiyeti mevzuu bahsolamaz. Zira bu takdirde diğer varisler, tereke alacaklılarının her hangi bir tazyik ve vaz'ı yedine maruz değillerdir. Esasen müşterek varisleri, icap ettiği takdirde, çiftlik varisine karşı, mes'uliyetlerini tahtit etmek vazifesiyle mükellef addetmek icap eder.

Şayet bu şekilde hareket etmekte kasten veya ihmal neticesi gecikirlerse, o vakıt çiftçi, onların setredilemiyen—ödenemiyen—tereke borçlarından halâs edilmeğe matuf taleplerine karşı, kendi sun'u taksirleri icabı bu yüke bizzat tahammül etmek mecburiyetinde oldukları tarzında bir itirazda bulunabilir.

Hakikati halde madde «34», fikra «2» inci amelî ehemmiyeti azdır. Çünkü bu hükmün şartlarından biri, tereke alacaklılarının, alacaklarını doğrudan doğruya kanunu medenî varislerinden isteyebilmeleri keyfiye tidir. Bu ise, «mahız çiftlik borçları» nın mevcut olduğu ahvalde kat'iyen mevzubasolamaz. Çünkü çiftlik varisi, bunların ödenmesini madde «34» tıkra 1 mucebince diğer varislerden isteyemez. Binaenalayh mahız çiftlik borçları madde „34" fıkra «2» nin hükümleri haricinde kalmaktadır. Fıkra ikinin ikinci

şartı ise, diğer mamelekin hadden fazla borçlanmış bulunmasıdır. Yani ancak diğer mamelek kalmadığı takdirde. borçlardan halâs talebi vücut bulabilir. Mamafih bu gibi ahvalde de kanunu medenî varislerinin, tereke hakkında iflâs veya konkordato teklif etmeleri —madde 1980 BGB—ve yahut masa mevcut olmadığı takdirde borçları ödemek iktidarından mahrum oldukları şeklinde bir itirazda bulunmaları icap eder. Şayet kasten veya ihmal neticesi bu şekilde hareket etmemişlerse, çiftlik varisi, diğer varislerin, kendi sun'u taksirleri yüzünden uğradıkları zararı bertaraf etmekle mükellef değildir. Ve borçlardan halâs talebine karşı, «onların sun'u taksirlerinden doğan itirazı» serdedebilir.

Bundan anlaşılıyor ki çiftlik varisinin mes'uliyeti, ancak diğer varislere her hangi bir kusur atfedilemediği nisbette aktüel bir mahiyet iktisap edebilir. Fakat bu takdirde de çiftlik varisi yine ancak senevî fazlaihasılat miktarınca mes'uldür.

3 — Müteaddit çiftlik varisleri arasındaki münasebetler.

Şayet tereke müteaddit „Erbhof" lardan terekküp ediyorsa, madde „ 23 REG" ye istinaden mezkûr „Erbhof» lar müteaddit çiftlik varislerine düşer. Binaenaleyh bu varislarden her biri, kendi çiftliğine taallûk eden çiftlik borçlarını der'uhte etmekle mükelleftir. Görülüyor ki mes'ele bu zaviyeden tetkik edildiği zaman "çiftlik varisleri arasında dahilî münasebet" mevzuu bahsolamaz. Fakat derhal ilâve etmek icap eder ki terekeye dahil müşterek çiftlik borçları mevcut olabilir. Meselâ, miras bırakanın, bilâ istisna tekmil çiftliklerini nazarı itibare alarak, bir kül halinde der'uhte ettiği borçlar gibi. Bundan başka madde 34, fıkra 2 den doğan borçlardan halâs külfeti, çekilen mirasçılara karşı nafaka külfeti, defin merasimi masrafları zikredilebilir. işte bu gibi tereke borçlarını, çiftlik varislerinin, kendi aralarında, çiftliklerin hasılat ve iradına uygun bir şekilde ödemeleri icap eder. «madde 36, fıkra 2 REG".

Fakat bütün bunlar, ahval ve hadisat başka şekilde hareketi âmir olmadığı takdirde caridir. Meselâ, miras bırakan tarafından, tekmil çiftliklere taallûk etmek üzere, yapılan bir hukukî muamelenin semere ve neticelerinden çiftliklerin, muayyen bir nisbet dahilinde, istifade ettikleri ahvalde, çiftliklerin irat kıymeti nazarı itibare alınmaz. Çünkü burada mühim olan nokta, ahiz ve istifade edilen şeyin kıymetidir. Nihayet ihtilâf hâlinde "Erbhof» işlerine bakan mahkeme, mes'eleyi kat'i surette halleder. REG kanunun 36 ıncı maddesi, üçüncü fıkrasına müracaat.

127

No: 9

Gayrı mümeyyizlerin hukukî muameleleri [*]

Yazan :
Dr. August EGGER
Zürih Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Profesörlerinden

Türkçeye çeviren :
Dr. Tahir ÇAĞA
İstanbul ve Zürih Üniversitelerinden mezun.

Gayrı mümeyyizler hareketleriyle hiç bir hukukî netice husule getirezmezler (İMK mad. 18; KM mad. 15) [1], hukukî muamele sadedinde yaptıkları irade beyanları batıldır (BGB §105) [2]. Fransız ve İngiliz hukuku bu esası böyle umumî bir kaide halinde tanımıyorlar. Buna mukabil mezkûr prensip «Alman müşterek hukuku»n da (das gemeine Recht) [3] gayrı kabili itiraz bir nas (Doğma) ifade

[*] Bu makaleyi Zürih Üniversitesi hukuk Fakültesi tarafından Georg COHN'un doğumunun yetmişinci yıl dönümünü kutlulamak için 1915 senesinde çıkarılan armağandan dilimize çeviriyoruz. Bilindiği üzere Türk hukuk âlemi, Alman mahkemeleri gibi, gayrı mümeyyizlerin hukukî muamelelerinin her halde mutlak surette ve ihyası imkânsız bir şekilde batıl olduğu esasına sıkı sıkıya bağlı bulunmaktadır, bak: Samim, Medenî Hukuk cild 1 (1936) s. 88; Ebül'ulâ, Hukuku medeniye dersleri cüzü 2 (1932) s. 311 ve m. Mustafa reşit, mad. 15 şerhi. Halbuki bu keyfiyet, aşağıda görüleceği vechile, nısfetsizliklere yol açmaktadır. Bu itibarla alâka uyandırıcı olduğu kadar Türk hukuk âlemi için hususî bir ehemmiyeti haiz olacağına inandığımız bu tetkiki dilimize çevirmeği muvafık bulduk. Pek saygıdeğer Profesör EGGER'e lütfen makaleyi tekrar gözden geçirmek zahmetine katlandığından ve dilimize çevirmek için istediğimiz müsaadeyi verdiğinden dolayı burada da ayrıca teşekkür etmeği kendimize bir borç biliyoruz.

[1] Kısaltmalar: İMK = İsviçre Medenî Kanunu; İBK = İsviçre Borçlar Kanunu; KM = Türk Kanunu Medenîsi; BK = Türk Borçlar Kanunu; BGB = Alman Medenî Kanunu (Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich); s. = sahife; m. = müteakip; ad. geç. es. = adı geçen eser.

[2] Alman MedenîKanununun 105 inci paragrafı aşağıdaki hükmü ihtiva ediyor: "BGB § 105. Hukukî muamelede bulunmağa ehil olmayan bir şahsın irade beyanı batıldır.

Şuursuzluk veya fikrî faaliyetin geçici bir surette halele uğraması hallerinde yapılan irade beyanları da batıldır. "T. Ç. „

[3] "Alman müşterek hukuku„ diye dilimize çevirdiğimiz "das deutsche gemeine Recht„ veya sadece "das gemeine Recht„ den maksad Alman Medenî Kanunu'ndan evvel bütün Almanya'da mütemmim (subsidiär) olarak (yani münferid hükûmetlerin hukukunda "Partikularecht„ muayyen bir hâdise hakkında aykırı bir hüküm

ediyordu ve son kanunlar da, bazı mukavemete rağmen (bak: meselâ Strohal Jh. Jahrb. 28, s. 344), bunu kabul ettiler.

Fakat bu esasın sadıkane bir şekilde tatbiki bizi garip neticeler karşısında bırakıyor: bir gayrı mümeyyiz bir piyango satın alıyor ve kindisine en büyük ikramiye çıkıyor. Bayi, piyangoyu mülkiyet davası, ikramiyeyi sebepsiz mal iktisabından doğan dava ile geri istiyebilir.— Kendi başına yaşıyan bir gayrı mümeyyiz, kendisine gönderilen bilfarz Noel hediyesi gibi hediyelerin, mektupların, gazetelerin, kitapların mülkiyetini iktisab edemez; icab veya feshin ihbarı (Kündigung) gibi irade beyanlarını hukukan muteber olacak bir şekilde kabul edemez. İsviçre hukukunda, hilâfına bir hüküm olmadığı cihetle vaziyetin geçici temyizsizlik halinde de böyle olacağı kabul olunabilir gibi görünür. Fakat bizzat hayat ve mahkeme kararları bu esasın amelî şümulünü zikredilen klâsik misallerden daha vazıh bir surette meydana koydular; bu hususdaki ilâmlar şöhret aldılar: vaziyeti haricen belli olmıyan akıl hastası bir çiftlik sahibi kandisine adamlarından biri tarafından teminat olarak verilen kıymetli evrakı bir bankaya satıyor ve paralarıda yiyor. Banka satın aldığı evrakı tekrar başka birine satıyor. Neticede banka aleyhine kıymetli evrakı teminat olarak verenle çiftlik sahibinin kanunî mümessili tarafından dava açıldı ve mahkeme de bankayı tekrar satıştan aldığı bedeli davacılara tediyeye mahkûm eyledi. Zira, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin ilâmda ileri sürüldüğü esbabı mucibeye göre, banka kendisine ait olmıyan kıymetli evrakı satmıştır ve binnetice sebebsiz iktisap etmiş olduğu satış bedelini davacılara vermeğe meçburdur. Başka bir hâdisede İtalyada bulunan Dresden'li bir tacir kendisine matlubu bulunan bir bankadan 4000 mark yollatmıştı. Tacir parayı sarf ettikden ve akıl hastalığı sebebiyle hacrolunduktan sonra vasisinin açtığı dava üzerine bankanın, mezkûr tacirin bankadaki matlubundan 4000 markı tenzile hakkı olmadığına hükmolundu. Tacirin emvalinde bir tezayüdün mevcudiyeti isbat olunmadığı cihetle banka mezkûr meblâğ nisbetinde zarara girdi.

Bu ve buna benzer mahkeme kararları gayet tabiî alarak hararetli tenkidlere yol açtılar. Fakat yapılan hücumların hedefi muhteliftir. Bir fikre göre verilen hükümler doğrudur, kabahat k a n u n d a d ı r, kanun tadil olunmalı ve bu suretle gayrı mümeyyizlerin hukukî muamelelerinin çare bulunmaz şekilde batıl olduğu tarzında-

olmadığı takdirde) cari olan müşterek hukuktur. Bu hukukun yalnız cüz'î bir kısmı menşe itibariyle yerli hukuka dayanır, bunun haricinde asıl mühim kısmı en başta Roma hukuku gelmek üzere kanonik hukuk ve langobard hukukundan muktebestir.

ki yanlış mütearifeye bir nihayet verilmelidir. Ezcümle *Rümelin* (Die Geisteskranken im Geschäftsverkehr 1912) daimi tadil ve tecrübelerin hukukî müesseselerin salâbet ve emniyetine olan itimadı sarsacağı cihetle henüz yeni bir medenî kanunun kısmî tadilinde büyük bir çekingenlik göstermek lâzım geleceğini fakat mezkûr hükmün tadili pek zarurî bir ihtiyaç olduğundan bu hususta tadile tarafdar olmak icab edeceğini söyleyor ve zikredilen hâdiselerde akıl hastaları tarafından husule getirilen zararların tazmin ettirilmemesinin «hak hissi»ni azamî derecede rencide ettiğini ileri sürerek hâdisede aynı zamanda bir de manevî kıymet meselesinin mevzubah solduğunu ilâve ediyor. *Neubecker* (Haftung für Wort und Werk), *Leonhard* (Bankarchiv V §153) ve *Jung* (Reeht und Wirtschaft I 453) da kanunun tadil edilmesini istiyorlar. Fakat bizzat alâkadarlar da, bilhassa gayet tabiî olarak bankalar da mevcut hukukî vaziyetin değiştirilmesini taleb ediyorlar. Daha 1905 mayısında Alman Bankacı ve Bankerler Birliği Adliye Vekâletine verdiği bir dilekçede ticaret hayatı için mevcut tehlikelere işaret etmiş ve 1912 senseinde Dördüncü Alman Bankerler Genel Kurultayı yeniden ve israrla tadilât talebinde bulunmuştur.

Diğer bir fikir taraftarları bizzat mahakim içtihadatını tenkit ediyor ve mevcut müsbet hukukun memnuniyeti mucip olmıyan mezkûr neticelere sevk etmiyebileceğini dermeyan ediyorlar. *Kuhlenbeck* (Bankarchiv V 285 m.), *Breit* (Bankarchiv XI 140), *Simon* (Juristische Wochenschrift 1913 s. 291 m.) ve bilhassa *Danz* bu fikirdedirler. Bu pek ziyade dikkate değer bir tenkiddir ve bunun ne dereceye kadar isviçre hukuku hakkında doğru olduğu ve isviçre tatbikatı için semeredar bir hale getirilebileceği tetkik edilmeğe değer bir meseledir.

Zira, işaret edildiği veçhile, İsviçre Medenî Kanunu dahi gayrı mümeyyizlerin hukukî muamelerinin muteber olmıyacağını söyliyor. Filvaki bu meyanda «butlan=Nichtigkeit «teknik ıstılahını kullanmıyor; fakat" gayrı mümeyyizler harekâtile (kanunî istisnalar mahfuz kalmak şartile) hukukî netayic husule getiremezler" denilişi insanda daha az menfi bir tesir birakmıyor.

Mamafih meselenin isviçre hukuku hakkında alman hukukundaki aynı mana ve ehemmiyeti haiz olmadığına şimdiden işaret edelim, bilhassa iki noktadan: Evvelâ – akıl hastalığı dolayısile hacir altına alınanların hukukî vaziyeti her iki hukukta başka başkadır. Alman Medenî Kanununda akıl hastalığı ve akıl zayıflığı dolayısile hacirin hukukî netayici muhteliftir; birinci sebep dolayısile hacir ikinci sebebin aksine olarak tam şekilde hukukî muamele ehliyetsiz-

130

liğini [4] (gänzliche Geschäftsunähigkeit) mucib olur. Her iki esas kâfi derecede hücuma maruz kalmıştır (bu hususta sade *Rümelin* ad genç. es; *Kohler* Rhein. zeitschr. V 6 ve *Rabel* Rhein. zeitschr. IV 159, 163, i analım). İMK her iki esası reddetmektedir. İsviçre Medenî Kanununda hacir her iki halde de aynı hukukî netayici haizdir ve bütün hacir sepeblerinde olduğu gibi sadece İMK mad. 19 (KM mad. 16) daki mahdut bir şekilde medenî hakları istimale ehliyetsizliği (beschränkte Handlungsunfähigkeit) mucib olur: İktisaba ehliyet, iltizama ehliyetsizlik—hiç olmazsa temyiz kudretinin mevcut bulunduğu nisbette. Saniyen — BGB § 104 numara 2 hakkında alman doktirininde cari hâkim fikir hilâfına olarak isviçre hukukunda „medenî hakları istimale tabiî ehliyetsizlik" (sog. natürliche Handlungsunfähigkeit) n i s b î bir şekilde telâkki olunuyor; bir şahıs aynı zamanda mümeyyiz ve gayrı mümeyyiz olabilir, mesele bir insanın hangi hâdise hakkında lâzım gelen temyiz kudretini haiz olup olmadığıdır. Muayyen bir hukukî muamele için lâzım gelen temyiz ve idrak kudretini haiz olan bir şahıs daha fazla bir fikrî tekâmülü icab ettiren diğer bir hukukî muamele hakkında gayrı mümeyyiz olbilir. Temyiz kabiliyetinin bu nisbî seciyesi sadece ilim sahasında değil aynı zamanda isviçre tatbikatında da tanınmıştır (bak: mein Personenrecht Art. 16 Anm. 2b, Art. 18 Anm. lc; *Hafter* Art. 16 Anm 13; *Rossel et Mentha* 1 79 m.). Burada sadece Federal Mahkemenin cild 38 11 s. 411 m. deki isabetli izahatını hatırlatırız (eski mahkeme içtihatları için şerhime müracaat). Eğer isviçre hukukunda Alman Medenî Kanununun mezkûr hükümlerine yapılan tenkide benzer bir tenkid yapılmıyor ve kanunun tadili istenmiyorsa bunun sebebi bu farklar olmak lâzım gelir. Fakat gayrı mümeyyizlerin hukukî muamelelerinin her halde mutlak surette batıl olup olmadığı ve binnetice yukarda zikrettiğimiz ilâmlardaki uygunsuz neticelere icabı halinde katlanmak lâzım gelip gelmiyeceği meselesi isviçre hukuku hakkında da ehemmiyet ve mevkiini muhafaza etmektedir. Bir akıl hastası veya bir gayrımümeyyiz, vaziyetinden kimsenin haberi olmaksızın haftalarca hattâ aylarca muamelâtta bulunabilir. Bilhassa mektup ve telgrafla veya mümessil ve elçi marifetile yapılan muamelâtta temyizsizlik halinin farkına varılması büsbütün imkânsız bir hale gelebilir. Her yerde ve daima gayrı mümeyyizi himaye müfrit tek taraflı bir görüş ve tarafların menfaatlarını doğru bir şekilde nazara almamak olur. Kusursuz tazmin mes'uliyeti hallerinin günden güne artması bu günün hukuk şuuruna tamamen uygun gelmekte ve muamelât karışıklaştığı ve içtimaîleştiği nisbette iş hayatının hima-

[4] Bu mefhum hakkında aşağıda 6 numaralı nota bakınız. T.Ç.

yesi fikri de kuvvetlenmektedir.

Mukavelevi bir mes'uliyet taahhüdü suretile buna bir çare bulunabileceğini sanmamalıdır. *Breit* (ad. geç. es.) bankalara şartnamelerine aşağıdaki tarzda bir madde koymalarını tavsiye etmek suretile böyle bir teklifte bulunuyor: «Hesabı carî sahibi banka ile olan muamelâtının devamı müddeti zarfında akıl hastalığı veya vesayet altına alınması suretiyle hukukan muteber olacak şekilde irade beyanında bulunmak ehliyetini zayi ettiği takdirde, bankanın kendisinin irade beyanlarının gayrı muteber oluşunu kusuru olmaksızın bilmemesi yüzünden uğrayacağı bütün zararları tazmini taahhüd eder». Banka müşterilerinden böyle bir şey beklemenin maslahata uygunsuzluğundan sarfınazar bu çeşid bir şart caiz değildir. Bu suretle taahhüd edilecek olan mes'uliyetin şümulünün gayrı muayyen oluşu ve evvelden tahmin edilemeyişi insanı teemmüle sevkeder. Fakat her şeyden evvel kanunun medenî hakları istimale kısmen veya tamamen ehliyetsizlik hakkındaki hükümleri, bizzat kanunda bir istisna olmadıkça (İMK mad 412,414; KM mad. 396,398) ahkâmı âmiredendir.

Aynı veçhile, Alman hukukunda ekseriya teklif olunan fakat caiz olup olmadığı hararetli münakaşalara yol açan *hata def'inde bulunan şahsın mes'uliyeti hakkındaki hükümlerin kıyas suretile tatbiki de* hal çaresi teşkil etmektedir. BGB § 122 ye göre akdi hata sebebile fesheden karşı tarafın menfi zarar ve ziyanını tazmin ile mükelleftir. İsviçre borçlar kanununa (muaddel şeklinde de) göre ise hata edenin kendi kusuru neticesi hataya uğramış olması mes'uliyetin bir şartıdır. (İBK mad. 26;BK mad. 26; bak: *Rabel*, Zeitschr. für schweiz. Recht, Neue Folge cild 21 s. 302 m).

Gayrı mümeyyizin nısfet mülâhazasile tanınan mes'uliyetine yapılan atıf da büyük amelî bir kıymeti haiz değildir. Her ne kadar İBK mad. 54 (BK mad. 54) zararın, gayrı mümeyyize nezaretle mükellef olan bir şahsa tazmin ettirilmesi imkânının mevcut olmamasını şart kılmıyor ve mezkûr maddenin batıl hukukî muamelelere de tatbikı kabil olduğuna şüphe yoksa da bu suretle tanınan tazminat isteme hakkı işaret olunduğu veçhile şarta bağlıdır, yani ancak nısfet icap ettirdiği takdirde mevcuttur ve gayrı mümeyyizin hareketinin, mümeyyiz bir şahıstan sâdır olduğu takdirde, kusurlu bir hareket olarak telâkki edilebilmesi lâzımdır. (bak : mein Personenrecht Art. 18 Anm. 3b, *Oser*, *Becker* İBK mad 54 şerhi). Meselâ gayrı mümeyyizin bankadaki hesabını sahte çeklerle kabarttıktan sonra gidip para almasında olduğu gibi.

Buna mukabil medenî hakları istimale ehliyetsizlik esası irade beyanlarını kabul meselesinde bir tahdide uğramak zaruretinde ka-

lacaktır. Ekseri ahvalde yukarda izah olunan manada kâfi bir temyiz ehliyetinin veya bilhassa eşe veya aile efradına verilen salâhiyetlerin mevcudiyetini kabul filî münasebetlere tekabül edecektir. (bak: İMK mad. 166,281,340,341: KM mad. 158,270,327,328). Bütün bunlar varid olmadığı takdirde vaziyet ne olacaktır? Kanundaki hükmün (İMK mad. 18, KM mad. 15) takib ettiği gayeyi teemmül bizi, *daimî temyizsizlik halinde*, hukukî muamele sadedinde yapılan irade beyanlarını, bilfarz feshin ihbarı gibi, hukukan muteber olacak şekilde kabul ehliyetsizliğini tanımaya mecbur kılıyor. *Geçici temyizsizlik halinde* ise başka bir hüküm kabulünün muhik olabileceğini bize bizzat kanun (evlenme hukukunda) bu tefriki yapmış olmakla gösteriyor (mad. 120 numara 2, 123; KM mad. 112 numara 2, 115). Aynı tefrik muamelât hayatında da yapılmaktadır. Burada irade beyanlarının muteberiyeti için ittıla değil ittıla imkânının mevcudiyeti aranıyor. Fakat ittıla imkânı dahi muhatabın şahsına ait sebeblerle mevcut olmıyabilir; bu gibi hallerin netayicine muhatab katlanmağa mecburdur. İrade beyanının vusulünde muhatabın orada hazır bulunmayışı veya geçici bir surette gayrı mümeyyiz oluşu bir fark husule getirmez. Zamanında ona vasıl olan feshin ihbarı her zamanki hukukî neticeleri doğurur. Muamelât hayatındaki telâkkiler bu gibi mazeretleri haklı olarak nazara almamaktadır. (bak : *Cosack*, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 5 inci tabı I § 56; *Rümelin* 45,60). Zikrettiğimiz haller İBK mad. 6 (BK mad. 6) ya mümasil bir vaziyet arzetmektedir. Malûm olduğu veçhile bu madde, matlabına rağmen, mukavelenin zımni kabul suretile değil bilâkis *kubulsüz* in'ikadı halidir. Kanun burada muhatabın sükutu halinde, kendisinin kabul arzusu olmasa bile, mukaveleyi inikad etmiş telâkki ediyor. Bu, kendisine yapılan icabı reddetmiyen muhataba kanunun tahmil ettiği hukukî bir neticedir. Kendisine bir irade beyanı vasıl olan kimse de aynı veçhile geçici temyizsizliğin zararlarına (rizikosuna) katlanmağa mecburdur.

Diğer mühim bir takyid *hamiline ve emre muharrer senedlerin tediyesi* (İBK mad. 755, 846) ve borçlunun farkına varmasına imkân olmaksızın temyizsizlik halinde bulunan «Legitimationspapier» [5] mübrizine yapılan tediye hakkında mevcuttur. Burada tediye bizzat

[5] "Legitimationspapier„ borçlunun senedin hâmiline tediye suretiyle de borcundan kurtulmak salâhiyetini haiz olması şartile tanzim olunan bir borç senedidir. Meselâ banka tasarruf cüzdanları (Sparkassenheft) ekseriya böyle bir seneddir. Borçlu, hâmilin senedi ne suretle eline geçirdiğini tetkike mecbur olmaksızın kendisine tediyede bulunabilir; fakat hâmil tediyeyi istemek hakkını haiz değildir, meğerki seneddeki alacağın kendisine devrolunduğunu veya tediyeyi istemeğe tevkil edildiğini

133

hakiki alacaklıya değil, bu hususiaki hüviyeti şeklen sabit olana (formal legitimiert), mübrize (Präsentant) vuku buluyor. Borçlu bu suretle ödemeğe mecbur olduğu şeyi ödemiş ve borcundan kurtulmuştur. Bu sebebten tediye olunan kıymetli evrakın mülkiyetini iktisab eder ve alacak hakkı da, kendisine tediyede bulunulan şahsın medenî hakları istimale ehil olup olmadığına bakılmaksızın, söner. Şerhimde (Komm. Art. 18 Anm. 1) dermeyan ettiğim fikir hilâfına burada *Gierke*'nin (Deutsche Juristenzeitung 1905 Sp. 95 m.) deki fikrine iltihak ediyorum. (*Kohlar* Lehrbuch II 440, *Rümelin* 61, de bu fikirdedirler).

Fakat en fazla amelî ehemmiyeti haiz olan tahdidi *Danz* (H. — Ztğ. d. B. T. 1913 N. 315, Jur. Wochenschrift 1913 s. 1016) dermeyan ediyor. Danz gayrı mümeyyizlerin medenî hakları istimale ehliyetsizliklerine dair olan kanunî hükümlerin de takib ettikleri gayeye göre tefsir olunmasını istiyor. Buna nazaran bu hükümlerin tatbiki ancak (istihdaf ettikleri) himaye fikrinin mevcut olduğu nisbette doğrudur. Bu itibarla *mümeyyiz olan karşı tarafın* hukukî muamelenin butlanını dermeyan ile kendisine menfaatler temin edebilmesi reddolunmak lâzımdır. Bilfarz bir akıl hastasının veya gayri mümeyyiz bir bankerin müstakrızları karz mukavelelerinin batıl olduğunu ve kendilerinin sadece mallarındaki ziyadeyi geri vermeğe mecbur bulunduklarını iddia edemezler. Aynı veçhile gayrı mümeyyiz bir alacaklının lehine akdolunan kefaletler veya tesis olunan ipotekler himaye olunmalıdır. Bilmukabele *gayrı mümeyyiz de, mümeyyiz olduğu takdirde de aynı veçhile hareket edecek idise* yani aklen salim biri de aynı tarzı harekette bulunacak idise, *temyizsizliğini ileri süremez*. Temyizsizliğin dermeyanı burada akıl hastasına, hiç bir haklı sebeb olmaksızın, bir (nevi) imtiyaz temin edilmesine müncer oluyor. Münhasıran bir tarafın hasta olması yüzünden bir hukukî muameleyi batıl addetmekte hiç bir mana yoktur ve bu istihdaf olunan himaye fikrinden de aşırı kaçmaktadır. Danz'ın bu fikri *E. Fuchs* (Jur. Wochenschr. 1914 s. 1011) tarafından kabul edildi. *Hans Reichel* (Gesetz und Richterspruch s. 84) de aynı fikri kaideten tasvib etmekle beraber bu gün tamamile bunun hilâfına olarak teessüs etmiş olan mahkeme ictihatlarının bu fikri takib edip etmeyeceği bususunda tereddüd etmektedir. Reichel açık misallerle roma hukukçularının da meseleyi aynı şekilde halletmiş olmaları ihtimali olduğunu gösterdi.

Alman İmparatorluk Mahkemesi ise bu direktifleri takib etme-

---

isbat ede. Legittmatiouspapier kıymetli evraktan, bilhassa hâmiline ait kıymetli evraktan madud değildir; fakat aynı sened aynı zamanda kıymetli evrak ve Legitimationspapier olabilir. T. Ç.

mekte ve hukukî muamelede bulunmağa ehil olmıyan (Geschäftsunfähige) [6] şahısların irade beyanlarının butlanı hakkındaki esasa istisna kabul etmenin caiz olmıyacağını aşağıdaki esbabı mucibe tahtında ileri sürmektedir. (Recht 1915 Nr. 1275):

«Hukukî muamelede bulunmağa ehil olmıyanların hukukî muamelelerinin BGB §105 e göre kayıtsız ve şartsız batıl olması keyfiyetinin karşı taraf ve bazan bizzat bu şahıslar için de zararlı olabileceği kabul olunabilir. Fakat bu, bu gün mer'i olan kanunun çerçevesi dahilinde, hâkime hukukî muamelede bulunmağa ehil olmıyan şahısların hukukî muamelelerini, bunların ehliyetsiz şahsın menfaatlarına zararlı olmadığı hatta faideli olduğu sâbit bile olsa, muteber addetmek hakkını vermez. Kanun böyle bir tefrik yapmıyor ve hâkim de kanuna böyle bir şey ilâve edemez· Akıl hastasının sadece hasta olmadığı takdirde aynı şekilde yapmıyacağı hukukî muamelelerini batıl telekki etmek tarzındaki Danz'ın nazariyesi de (Jur. Wochenschr. 1913 s. 1016) mazharı tasvib olamaz. Kanunun muhteva ve çerçeve itibarile sarih ve muayyen bir hâdise hakkında âmir hükümler vazettiği hallerde bu hükümler kanunda sarahaten yer bulmıyan (ifade olunmıyan) fakat hâkimin kanaatınca kanun tarafından takib olunan bir gayeye istinad suretile, aynı çeşidden bir hadiseye tatbikten imtina olunamaz, meğerki kanunun, kullandı-

[6] Dilimize "medenî hakları istimal ehliyeti„ diye — pek de iyi olmıyan bir şekilde çevirilen — İsvçre Medenî Kanununun "Handlungsfähigkeit„ ı gibi umumî bir mefhuf Alman Medenî Kanunu'nda mevcut değildir. BGB buna mukabil "hukukî muamele ehliyeti = Geschäftsfähigkeit"nden (BGB § 104 m.) ve„ haksız fiilden mesuliyete ehliyet = Deliktsfähigkeit) den (BGB § 827 m.) bahsetmektedir. İlim sahasında ise tek ve umumî bir mefhuma ihtiyac olduğu ileri sürülmekte ve bu hususta muhtelif tarifler yapılmaktadır ki isviçre hukukundaki Handlungsfähigkeit'a tekabül etmektedirler (fazla malûmat için bak: Egger, şahsın hukuku şerhi, birinci tabı madde 12 not la). Alman Medenî Kanunu'nun 104 üncü paragrafı hangi şahısların hukukî muamele ehliyetini haiz olmadığını aşağıdaki şekilde tayin ediyor: "BGB § 104. 1. Yedi yaşını doldurmamış olanlar;

2. Serbestçe irade kabiliyetini selbeder mahiyette fikrî faaliyeti marazî bir şekilde halele uğrayanlar, bu hal mahiyeti icabı geçici olmamak şartile;
3. Akıl hastalığı sebebile hacir edilmiş olanlar;

Hukukî muamele ehliyetini (Geschäftsfähigkeit) haiz değildirler." Bu şahıslar hukumuzda temyizsizlik dolayisile medenî hakları istimâle ehil olmayan şahıslara mümasil bir zümre teşkil etmektedirler. Fakat mezkûr maddeden de anlaşılacağı veçhile her iki hukuktaki telâkkiler başka başka olduğu cihetle "Geschätsunfähigkeit„ ve "Geschäftsunfähige„ tabirlerini "temyizsizlik„ ve "gayrı mumeyyiz„ yerine "hukukî muamele ehliyetsizliği„ ve "hukukî muamelede bulunmağa ehil olmıyan„ sözlerile dilimize çevirmeği ve bu suretle aradaki farkı muhafaza etmeği muvafık bulduk. T. Ç.

135

ğı tabirlerin geniş şümulüne rağmen, mezkûr hadiseyi kasdetmediği ve bu itibarla kanunda hâkim tarafından doldurulması icab eden bir boşluk bulunduğu her türlü şüpheyi bertaraf edecek bir şekilde isbat oluna. Fakat bunun kanunun istihdaf ettiği gayenin varid olmadığı bütün hallerde böyle olacağını kabul etmek doğru değildir. Zira muayyen bir neticeye vusulü tahtı emniyete almak için vaz'olunan umumî hükümlerin, takib olunan maksadın haddi zatında mevzubahs olmadığı hadiselere de bilâtefrik tatbikini kanun arzu etmiş olabilir. BGB § 05 in tahdidî bir şekilde tefsirini kanun vazının arzu ettiğini itminan verici bir şekilde tesbit mümkün değildir. Adı geçen madde sadece hukukî muamelede bulunmağa ehil olmıyanların himayesini istihdaf etmemekte bilâkis bir çocuğun veya çocukla bir tutulan bir akıl hastasının iradesine hukuk sahasında hiç bir hüküm terettüb etmiyeceği tarzında alman par.iküler hukukları ve müşterek hukukundan iktibas olunan hukukî esasa istinad etmektedir.Bu esasın Alman Medenî Kanunu tarafından da kabul olunduğu BGB nin birinci lâyıhasının esbabı mucibesinde (I s. 129, 130) zikredilmektedir. Burada makul surette hareket iktidarından mahrum olan bir şahsın irade beyanında bulunamıyacağı söylenmekte ve akıl hastalığı dolayısile hukukî muamelelerin butlanı iddiasını (dermeyanını) umumî hukuk prensiplerile güç kabili telif olacak ve maksada uygunluk mülâhazasının dahi kâfi derecede haklı gösteremiyeceği bir şekilde tahdid eden fransız hukukunun «garib» hükümleri reddolunmaktadır. Hukukî muamelede bulunmağa ehil olmıyanların irade beyanlarının kayıdsız ve şartsız butlanına mukabil mahdud surette hukukî muamele ehliyetini haiz olanların irade beyanlarının muayyen şerait tahtında hukukan muteber olabilmeleri (BGB §106 m., 114) keyfiyetinden de kanunun bu noktai nazari açıkça anlaşılmaktadır.»

Alman İmparatorluk Mahkemsi'nin bu noktai nazarını ve dermeyan ettiği sebebleri burada bilhassa isviçre hukuku bakımından tetkik ve bunların isviçre tatbikatı için ne derecaye kadar kabili istifade olabileceğini araştırmak istiyoruz. Kanun tarafından vaz' olunan bir hükmün — belki tam bir müessiriyet temini maksadile — göz önünde tutulan gayeyi tecavüz edebileceği ve bu itibarla geniş mikyasta tatbik edilmesi lâzım geleceği şüphesiz doğrudur; meselâ İMK mad. 181 (KM ad. 173) istisnasız olarak eşlerin bizzat iştirakini şart kıldığı cihetle gayrı mümeyyiz şahıslar hiç bir veçhile evlenme mukavelesi yapamazlar. Fakat kanundaki bir hükmün âmir hükümlerden olup olmadığının ve istihdaf olunan gayenin mevcut olmadığı hallerde de tatbik edilmesi lâzım gelip gelmiyeceğinin her hadisede tetkiki lâzımdır. Dar veya geniş bir tefsirin caiz olup olmıyacağı

hakkında umumî bir kıstas mevcut değildir. Medenî kanunun birinci maddesi «lâfız *veya* ruh" diyeceği yerde «lâfız *ve* ruh» deseydi belki daha iyi olurdu. Zira her bir hükmün lâfzı kanunun ruhu ile kontrol edilmek icab eder. Kanun vazıının takib ettiği kanun tekniğine göre bu meyanda hâkimin vaziyeti muhtelif olabilir. Eğer kanun vazıı istikra usulünden (Kasuistik) içtinab (Esbabı mucibe 2 inci tabı 1914, I 9) ve kanun tarafından vaz' olunan perensiplerin vuzuhunu teferruata ait hükümlerle haleldar etmemek metodunu takib ediyorsa bu takdirde hâkim Bluntschli' nin de ifade ettiği aşağıki esasa sadık kalabilir ve kalmağa mecburdur : «Umumî prensipleri koymak kanun vazıının, lâzım gelen istisnaları kabul de hâkimin vazifesidir. «İMK mad. 160 (KM mad. 152)a göre koca evi tayin eder, karı takib mecburiyetindedir; icab eden tahditleri koymak işini kanun vazıı bize bırakmıştır (bak: Egger, Aile hukuku şerhi mad. 160 not 2b). Karının bir meslek ve sanat icra edebilmesi için kocanın muvafakatına lüzum vardır; bu hükmün, maddede ifade olunduğu gibi, istisnasız cari olamıyacağı şüphesizdir (bak: Egger, Aile hukuku şerhi mad. 167 not 3c) v.s.

Bu itibarla Alman İmparatorluk Mahkemesi için de mesele gayrı mümeyyizlerin hukukî muameleleri hakkındaki kanunî hükümlerin istisnaya cevaz verip vermiyecekleri noktasıdır. Buna, gayrı mümeyyizlerin irade beyanlarının batıl olmasındaki sebebin münhasıran himaye maksadı olmadığı bilâkis hukukî muamelede bulunmak ehliyetsizliği, hukukan muteber olacak şekilde irade beyanında bulunabilmek *imkânsızlığı* olduğu ileri sürülerek menfi cevab verilmekdedir. Fakat bu mülâhaza, İMK mad. 18 in lehde gibi görünen lâfzına ragmen, isviçre hukuku hakkında varid değildir. Gayrı mümeyyizler hukukan muteber olacak şekilde evlenebilirler ve ölüme bağlı tasarruflarda bulunabilirler. Mezkûr hukukî muamelelerin hukukî netice lerini ortadan kaldırmak için, hukukî mahiyetleri münakaşalı olan ve burada izahından sarfı nazar edilen, fesih veya butlan davasına ve hâkimin butlan kararına lüzum vardır. Mesele bu suretle halledilmiş değildir ve kanun hükmünde takib olunan maksadı teemmülden başka bir şekilde halline de imkân yoktur. Kanunun vaz' ettiği bir hükmün dar veya geniş bir surette mi tefsir edilmesi lâzım geleceği hususunda mezkûr hükmün istihdaf ettiği maksadın kıstas olacağı keyfiyetinin sabit bir tefsir kaidesi olduğu söylenebilir. Takib olunan maksadın tetkik ettiğimiz meselede dar bir tefsiri icab ettirdiğini Al-

137

man İmparatorluk Mahkemesi dahi kabul etmektedir. Bu tefsir tarzı hâdisede emin ve hukukî vaziyeti aydınlatacak bir neticeye sevkedebilir.

Bu netice İsviçre hukukunda İMK mad. 2 (KM mad. 2) de kanunî bir mesned de bulmaktadır. Mezkûr maddenin şümulü, malûm olduğu üzere, münakaşalıdır. Meseleyi burada bütün teferruatile tetkik edecek değiliz. Yalnız bu hususiaki fikirleri kısaca iki guruba ayırabiliriz: Dar bir telâkkiye göre madde 2 fıkra 1 sadece *irade beyanlarını tefsir* hakkında caridir; bu hususta sadece *Henle*, Treu und Glauben im Reuhtsverkehr, *Stähelin*, in Zeitschr. für schweiz. Recht 26 s. 355 m., i zikir ile iktifa ediyoruz. Bu telâkkiye göre burada mad. 2 ye istinad umumiyetle caiz değildir, fakat mevzubahis olan hâdisenin vaziyetine göre tarafların beyanlarını burada vusulünü istihdaf ettiğimiz neticeye uygun bir şekilde tefsir mümkün olabilir. Diğer geniş bir fikre göre ise mad. 2 maddî hukuka müteallik bir hükümdür ve enfüsî hakların muhtevasını tayin ve tesbit etmektedir. Nasıl komşuluk hukuku mülkiyet hakkının muhtevasını tayin ediyorsa mad. 2 de bilcümle enfüsî hakların hududunu çizmektedir. BGB §157 nin „*Mukaveleler* afakî hüsnü niyet kaidelerine göre tefsir olunur" demesine ve mukavelelere ait faslın nihayetinde ve müzayedeye ait bir hükmün sonunda bir zeyil halinde bulunmasına rağmen bu ikinci geniş telâkki, malûm olduğu vechile, Alman hukukunda da bir çok tarafdar bulmuştur. Bu fikrin İsviçre hukukunda müdafaası bittabi daha kolaydır: Mad. 2 tefsirden değil, bilâkis hakların hududlarından, "nasıl istimal olunabileceklerinden ve matlabta - sarahaten hukukî münasebetlerin *muhtevasından* bahsetmektedir. Ve bu prensip birinci madde gibi umumî bir zabıta halinde kanunun en başında bulunmaktadır. Federal Mahkeme mad. 2 hakkında aşağıki izahatı vermiştir, (praxis III N. 139): „Hayatın sayısız cilveleri ve ona hâkim olan mütehavvil ve muhtelif menfaatlerini hudutsuzluğu karşısında hususî hukuk kaideleri koyan kanun vazının bütün ihtimalleri evvelden görebilmesine ve iki şahıs arasındaki münasebetlerin mevzubahis olduğu her hâdise hakkında karşılıklı menfaatleri tam bir şekilde tartarak buna göre taraflardan birinin, haiz olduğu hakka istinaden, diğer taraftan ne gibi isteklerde bulunabileceğini tayin edebilmesine imkân yoktur. Bilâkis kanun vazıı umumî bir prensip vaz ve hayatta bazan dar bazan geniş gelebilen bir nümune hüküm ile iktifa etmeğe mecburdur. Mad. 2 yazılı hukukun bu uygunsuzluklarını (arızalarını) düzeltmek üzere konmuştur. Bu madde afakî hüsnü niyet kaidelerine atıfta bulunmakla, *meşru menfaatlerin himayesine hizmet etmiyen ve tatmin edilmeleri meşru menfaatlere muhalif olan mutalebeler* (Ansprueh) *mevcudiyet iddia-*

sında bulunamazlar, tarzındaki umumî prensibi ifade etmiş bulunuyor."

Mad. 2 bu mânada İMK mad. 18 (KM mad. 15) de zikrolunan kanunî müstesnalardan birini teşkil etmektedir. İsviçre Medenî Kanunu Danz'ın teklifi vechile, sadece mezkûr hükmün takib ettiği gayeye göre tefsirine cevaz vermekle kalmamakta aynı zamanda hukukî hayatın ihtiyaçlarına uygun olmak kabiliyetini haiz yegâne hal tarzını ihtiva etmektedir.

No: 10

Halihazır Hâdiselerinin aydınlığı altında Hukukudüvelin istihaleleri [1]

Konferansı veren;
Pr. B. Nicolas politis
Yunanistanın Paris Sefiri,

Cihan Harbinin sonundan beri Uluslar hukukunun (Dreit Des Cems) vehameti gittikçe artan bir buhrana marûz bulunduğunda şüphe yoktur.

Bu buhran bir çok vakıalarla teyit edilmiştir. Beynelmilel kanunun hükmünün zayıflaması ; verilen söze riayetin azalması , Uluslar arası müesseselerin inhitatı , ve , en ziyade endişe âver olanı, kazai faaliyetin zayıflaması.

Bir kaç ay önce Cermen — Çekoslovak ihtilâfı çıktığı zaman bu anlaşmazlığı iki memleket arasında 1925 den beri merî olan tahkim muahedesile tesbit edilmiş bulunan sulhçu usûle tâbi kılmayı hiç kimse düşünmedi. Bunun gibi İtalya tarafından Fıransa ile arasındaki 1935 anlaşması 1938 senesinin nihayetinde fesholunduğu zaman beynelmilel daimî adalet divanına müracaat etmek hatıra geldi ise de gülünç olmak korkusile bu fikirden çabuk sarfınazar edildi.

Avrupa (Kanunsuz bir vahşi orman) haline geldi sözü haksız yere söylenmemiştir.

Bundan başka , buhran doktirinin tereddütleri, şaşkınlıkları , hattâ vazifesini yapmaktan istiyerek istinkâfları ile de teyit olunmuştur. Kanuniyetin ihlâllerinin haklılığını isbat yolunda bir gayret sarfedildiğini müşahede etmek ender değildir . Mutlak hakimiyet akidesi zarurîdir diyerek yeniden ihyaya varılıyor . Bazen bir hukukudüvelin mevcudiyeti , hattâ Devletler arasında hukukî münasebetler tesisi imkânı dahî , şüpheli görülüyor .

Böyle bir buhran karşısında en büyük ehemmiyeti haiz bir me-

[1] Bu Konferans 6 Haziran 1939 Tarihinde Ankara Halkevinde verilmiştir. Bu Konferansın gerek şifahi ve gerek tahrirî tercümesi , Ankara: Hukuk Fakültesi Doçentlerinden Dr . B . Nihat Erim tarafından yapılmıştır .

140

sele karşısında Uluslar hukuku mütehassıslarının dikkatine çarpıyor. Bu , halihazır nizamsızlığının mahiyeti meselesidir . Bu, bittikten sonra evvelki vaziyete avdet edilecek, geçici bir buhranmıdır ? yoksa daha ziyade yeni bir hukukî nizamın zahmetli doğumumudur?

Bu mesele üzerinde düşünüldüğü zaman zehne derhal bir mukayese geliyor . Filhakika devrimizin bazı bakımlardan , Devletlerin 1914 de kadar tanıdıkları hukukudüveli doğuran , 1648 Vestifalya sulhuna tekaddüm eden devir ile mukayesesi kabildir .

İki fevkelâde hâdise 15 inci asrın sonunu damgalamıştı : Ümit burunu yolile Hindistanın, sonra Amerika kıt ' asının keşfi . Bunu takip eden asırda bu iki hâdise maddî sahada, O zaman edebiyat ve sanat sahasında vukubulan kadar ehemmiyetli bir rönesans (uyanış) tevlit ettiler . Bilinmiyen yollar ve rejimler ticarete açılmış oldu . Muazzam menfaatler yer değiştirmiş oldular ; eski vaziyetlerin zararına yeni vaziyetler yaratıldı . Diğer taraftan sanayiin inkişâfı Garp memleketlerinin veçhesini yeniledi ve bunlar siyasal istiklâllerini elde ettikten sonra ekonomik istiklâllerinin fethine meylettiler. Bu muhtelif temayüllerden yeni hukukudüvel doğdu. Grotius tarafından 17 inci asrın başında belirtilen bu hukuk Otuz sene Harbinden sonra 1648 muhadelerile tesbit edildi .

Bununla beraber beynelmilel münasebetlerde XV inci asrın sonu ile XVII inci asrın ortası arasında vukubulan değişiklikler bir kaç on senedir vukubulanlara, ve, hem kamaşmış hem şaşkın gözlerimiz önünde inkişaf etmekte olanlara kıyas edilirse pek mütevazi kalırlar.

Devirimizi vasıflandıran maruz kaldığı hakikî ve şiddetli ihtilâçtır· Bu sarsıntı XVII inci asrın sonunda makineciliğin ortaya çıkmasile doğdu. Fakat tesirlerini asrımızın başında, tahsisen büyük Harbin nihayetinden itibaren tamamen göstemeğe başladı. Buna bazan sınaî ihtilâl adı veriliyor.

Bu ihtilâç beşeriyeti yeni bir çağa götürdü. Hayatımızın binlerce senelik yapısı her taraftan sarsılıyor. Vukubulan değişikliğin esaslı farikası insanın evvelce olduğu gibi elindeki çalışma âletinin efendisi olmamasıdır. İnsanın sınaî alât ve edevatın hizmetkârı haline geldi. Amele bir nevi sanatkâr olmaktan çıktı; o artık sadece bir otomatdır. Makinecilik ferdin rolünü azalttı, muayyen bir toplu faaliyeti zarurî kıldı.

Yeni bir beşeriyet teşekkül etmektedir. İnsan toprağa daha az tâbidir. Teknik, fikirlerden daha çabuk tekâmül ediyor. Bundan, insanın düşünce tarzının hâdiselerin seyrinden müthiş surette geri kalması neticesi doğuyor ve manevî terakki teknik terakkinin oldukça gerisinde kalıyor.

141

Böylece beynelmilel hayatın 1914 den evvel istinat ettiği müvazenenin çare bulunmaz bir şekilde niçin bozulduğunu ve niçin yeni bir müvazene ararken, insanların intizamsızlık ve endişe içinde yaşadıkları anlaşılabilir.

Bununla beraber, insanlar hiç bir zaman şimdi olduğu kadar mütesanit ve birbirine bağlı değildiler. İş bölümü, sahasını, hemen bir asırdanberi, Beynelmilel münasebetlere de teşmil etmiştir. Her ekonomik kanun gibi, insanlara hükmetmek için bu da onların muvafakatını beklemedi. Ve eğer insanların anlayışsızlığı bu kanunun tatbikine hail oluyorsa, o da insanların iztıraplarını ve sıkıntılarını çoğaltmakla intikam alıyor.

Halihazır âlemi bize her gün bunun böyle olduğunu gösteriyor. Bazı memleketlerin misâli bu bakımdan çok istifadelidir. Harp korkusu veya arzusu otarsi denilen sistemin doğumuna sebep olduki bu sistemler tam bir ekonomik istiklâle erişme kuruntusu takip ediyor. Bu modern âlemin bünyesine milletlere tahmil ettiği birbirine bağlılık kanununa karşı, şuurlu ve inatçı bir isyandır.

Bütün bu mutalar hesaba katılarak hukuku düvelin hâlen içinde bulunduğu buhranın geçici bir tecrübe olmadığı kanaatine varılıyor. Eski durum kat'î olarak ortadan kalkmıştır. Artık bir daha hiç gelmiyecektir. Yeni bir hukuku nizamın doğumunu beklemeliyiz. Hukukdüvel derin bir istihâle yolundadır. Zira o, hayatın makesinden başka bir şey değildir. Ve beynelmilel hayat ise geçen asırdaki hayat değildir ve artık hiç bir zaman olamıyacaktır.

Hukukdüvelin hangi istikâmette ve ne ölçüde değişeceğini tahminî olarak dahî söylemek için daha pek erkendir. Bu, görülmiyen bir çok şartlara tâbi olacaktır. Meselâ: bugün Milletleri ayıran siyasal ve sosyal ideolijilerin muhtemel uzlaşmasının ne olabileceğini önceden kim söyleyebilir?

Fakat önceden görme imkânının mefkudiyeti karşısında, vakıaların müşahedesi daha şimdiden istikbalin yollarını işaretliyecek bazı alâmetlerin tefrikini mümkün kılıyor. Bunların tetkiki, fikri namütenahi teshir ediyor. Zira bu tetkik beşeriyetin mukadderatı üzerinde yalnız uzak ihtimâllerle kalmıyor. Zamanın endişeleri ortasında ümit ve teselli düşünceldrine götürüyor.

Hukukdüvelin müstakbel takâmülünün alâmetleri arasında şimdiden oldukça sarih çizgilerle belirenleri var. Benim nazarımda en ziyade dikkate şayan olanları Harbin mahiyetinin istihalesi; beynelmilel hayatta arazî unsurunun ehemmiyetinin azalması, kanuniyete riayetin ekenomik yeniden kiymetlenmesidir.

Bütün dünyanın, birden patlamasından korktuğu Harbin mahiye-

142

tini değiştirmiş olması şüphesiz kimsenin maçhulü değildir. Fakat umumiyetle, kâfî derecede bilinmeyen, hangi noktoya kadar istihale ettiğidir. Harp aynı zamanda hem genişledi ve hemde ifratkâr bir muadiliyet kazandı.

Orta çağdan geçen asra kadar, Müsyü Jules Romains (Verdun) de dediği gibi, Harp vazifesini «az veya çok daraltılmış, az veya çok genişletilmiş bir ulusal murahhas hey'etine» tevdî edilmiştir. 1914 Harbi Barbarların istîlalarından beri dünya tarihinde bütün milletlerin Harp sahasında karşılaştığı ilk Harp olmuştu.

Fakat daha fazlası var, evvelce muhariplerle muharip olmayanlar. Ordularla sivil ahali, Cephe ve Cephe gerisi tefrik ediliyordu. Bundan böyle, Harp hareketlerine az çok ahalinin bütün sınıflarını ve ülkenin her tarafını dahil ediyor. Hattâ denilebilirki eskiden muhasematın dışında kalanlar, yani kadınlar çocuklar ve ihtiyarlar bugün bir bakımdan muhariplerden daha az masun olmak tehlikesine marûzdurlar.

Aynı zamanda Harp daha çok muadil olmuştur. Buna baş vuracak olan memleketi muhakkak bir harabiye mahkûm edecek kadar büyük mikyasta iptidaî maddeler ve teçhizat istihlâk eden muazzam bir silâhlanmayı zarurî kılıyor. Eskiden Harbin ihtiyacı olduğu kuvvet hayvanî idi. Bu gün ise mekaniktir. Gitğide kıt'alar ve Motörlü fırkalar Zırhlı oluyor. Harp bir kütleler ihtilâfı olmaktan çıkmıştır. Bir mühimmat ihtilâfı olmuştur. Ordular Askerî tarihin yeni bir devrine girdiler: Motörlar devri.

Modern Harbin ihtiyaçlarını mutehassıslar üzerlerine almaya koyulmuşlardır. Muhtelif memleketlerde başlıca Askerî Devletlerin mufassal sitatistiklerine dayanan âlimane tetkikler bir kaç zamandanberi bu mevzua tahsis edilmişlerdir. Bu tetkiklerin insanı hayretten donduran neticeleri önünde tasavvur şaşkın kalıyor. İşte bunlardan bir kaçı: Her Harp eden Askere ihtiyacı olacak silâhları ve teçhizatı temin etmek için, geride, müdafaa veya tecavüz Harbi yapıldığına göre, 9 ilâ 12 amele lâzımgeleceği hesaplanıyor.

Bir büyük Devletin 800 kilo metrelik bir cephe müdafaa edecek olan kara Ordusunun aynı tefrika göre şunlara mâlik olması icabedecektir:

400,000	İlâ	800,000	Kamyon ve senede:
100,000	»	200,000	Mitralyoz
12,000	»	22,000	Top
40,000			Top ve havan topo
100,000			Hava dafî Mitralyozu
100,000			Işıldak ve dinleme âleti

143

12,000 İlâ 60,000 Bomba atacak alât
96,000 Hücüm tankı

1000 kilometrelik bir cephe, geride dörtmilyon nüfuslu bir şehir ve bir çok büyük ve orta nüfuslu şehirler müdafaa etmek mecburiyetinde olan bir büyük Devletin senede 200,000 Tayyareye ihtiyacı vardır. Ve bu yekûnun 60,000 ni avcı Tayyaresi olmak lâzımdır.

Bunun el emeği, teçhizat ve yakacak bakımından ne istiyeceği güçlükle tahayyül ediliyor.

Bir büyük Devletin kara, deniz ve hava orduları için senede: 30 ilâ 40 milyon ton yakacak ve 15 ilâ 40 milyon demir ve saire madenî şeylere ihtiyacı olacağı hesaplanıyor.

Bu şaşırtıcı müşahedeler bir takım amelî neticelere götürüyor. Manevî iztirap ve dehşet tabiî hisleri arkasında her şeye rağmen zayıf bir ümit ışığı beliriyor.

Filhakika modern Harbin hayret verici oburluğu önünde artık Harp ihtiyaçlarını yalnız başına kapayabilecek hiç bir Devlet mevcut olmadığı düşüncesine varılıyor.

Her hangi bir Devletin bir Harp sonunda aynı zamanda ekonomik, sosyal ve nüfus bakımlarından harabeden kaçınabileceği imkânı da tasavvur edilmiyor.

Nihayet her yeni büyük Harbin Dünya ekonomisini en derin ve en tehlikeli kargaşalıklara maruz bırakacağı söylenebilir.

Bu suretle Dünyanın kuruluşundan beri ilk defa olarak artık harbin hiç bir yaratıcı kiymeti kalmadığı muhakkak oluyor· Artık harp hiç bir amelî faide arzetmiyor. Galip, kelimenin eski telâkkisile bundan böyle de bulunacağını farzedersek, harpten en ufak kuvvet ve zenginlik fazlalığı bekliyemeyecektir. Bir harbin tahribatını karşılamıya müstait hiç bir maddî vasıta, hiç değilse Avrupada, artık mevcut değildir.

Bu şartlar dahilinde, Başvekil Daladier'nin tabîri veçhile Harbin bir *manâsızlık* haline geldiği bedihidir.

Bu muhtelif sebeblerden dolayı bilâ tefrik bütün milletler harbe karşı derin bir nefret besliyorlar. 1938 senesi Eylül ayının sonunun haileengiz safhalara esnasında bu vaziyet iyice görüldü. Bu hâl Dünyanın bir ucundan öteki ucuna kadar harp fikrine karşı herkesin ittifakla isyanı oldu. Bu âlem şümul heyecan hâdisesi Dünyanın 1914 harbi arefesindeki nisbî alâkasızlığına kıyas edilirse vukubulan değişikliğin genişliğini ve manâsını taktiri mümkün kılar.

Harpten nefret O kadar kuvvetlendi ve O kadar umumileşti ki bütün Devlet adamları bunu nazarı itibare almaya mecburdurlar. Ve işin bilhassa göze çarpan tarafı bütün memleketlerde bizzat askerî

Şeflerin «beynelmilel ihtilâfların halli vasıtası olarak harp ortadan kalkmalıdır» demesidir. Mareşal Foch son nutuklarından birinde «Harbin üstünde sulh vardır» demiştir.

Böylece, vicdanları beynelmilel Harbi de dahilî harp ile aynı tayip ve takbih'e tabî kılmaya sevkedecek olan bir haletiruhiye teşekkül etmektedir.

Fakat Harp ile beraber sulh da mahiyet değiştiriyor. «hazırol cenge eğer istiyorsan sulh ve *Salâh siviz pacem para bellum*» tabîri yeniden günün tabîri oluyor. Sulhu elde etmek, Harpçi emellere mukavemet etmek için, kuvvetli olmak lâzımdır. Sulhçu memleketlerde Ordular harp âleti olmaktan çok daha ziyade sulhun teminatı gibi görünüyorlar. Asker bir tahrip memuru olmaktan çıktı, hayatın müdafaasının temininde bir âmil haline geldi.

Eskiden sulh bir normâl münasebetler devresi idi. Yarin endişesinin mevcut olmadığı ve yaşama sevincinin bütün memleketlerde hissedilebildiği bir devre. Bu gün sulh bir silâhlı nöbet bekleme gibidir. meşhur bir tabirle sempolik zeytin dalının «bir süngü ormanının ucundan» fışkırdığı bir gerginlik halidir.

Beynelmilel münasebetler yeni bir müvazenenin devamlı temellerine istinat etmedikçe bu böyle olacaktır. Fakat halihazır vaziyetin birgün nihayet bulacağını muhakak addedilebilir. Çünkü dünya vazgeçemeyeceği bir yeni muvazeneye temayül ve teveccüh etmektedir.

Filhakika kendilerine Harp yolları yavaş yavaş kapanan, milletlerin sulhçu ameliyelere zarurî olarak sevkolunduklarını gösteren başka bir alâmet daha vardır. Bu, da arazi asrının ehemmiyetini kaybetmesidir,

Binlerce sene arazi telâkkisi milletlerin mütekabil hareketlerinin temelinde yer almıştı. Bu, göçebe kabileler teamüllerinin bir bakiyesi idi. Az münbit topraklar üzerinde oturan halklarda bu adet devam etti Harp yolile arazinin genişletilmesi onlar için insana lâyık yegâne meşgâle idi. Onların fikrince hayatın hedefi zemininin tanzimi, islâhı ve kiymetlendirilmesi değil fakat komşu toprakların fethi idi. Nüfusun çoğalması gıda kaynaklarının yetişmemesi neticesini tevlit eder etmez sefere çıkılıyordu.

Modern memleketlerin ziraî ve ekonomik teşkilâtında tahakkuk ettirilen terakkilere rağmen ecdattan kalma anane uzun zaman muhafaza edildi. Arazî bakımından genişleme yalnız millî birliği tahakkuk ettirmek için, ki bu prensip itibarile meşrû idi, aranmıyordu. Fakat daha yüksek bir zenginlik ve refah derecesi ve kuvvet tezayüdü hırsiyle beraber nüfuz ve itibar ve otorite tezayidi de aranı-

145

yordu.

Fakat zamanla muasır devirde anane istimâlden sakit oldu. Çünkü arazî telâkkisi hayatın hakikatları tarafından zamanımızın ekonomik bünyesi Devletlerin şahsî unsurunun inkişâfile git gide daha ziyade tekzip ediliyordu. Bu suretle yavaş yavaş hemen bütün Devletler eski sistemi bundan böyle Millî menfaate faideli olmaktan çok zararlı olduğu kanaatile terkettiler. O derecedir ki eski âdetlerde ısrar bir hastalık gibi göründü. Ve bu hastalığa Eliseé Reclus bir isim koydu: *Kilometrite* yeni kilometre illeti.

Maalesef bu hastalıktan henüz bütün Devletler kurtulmuş değillerdir. Bunların içinde emperyalist ihtiraslar besledikleri için bu ihtirasların bir arazî genişletme siyasetile tatmini imkânına inananlar var Bu nevî ihtiraslara karşı modern Dünyanın kuvvetlerinin hangi noktaya kadar ayaklandığını kâfi derecede hesaplamıyorlar. Tarih bir çok vesileler le bir memleket için kuvveti ve serveti ne olursa olsun diğerleri üzerinde müstemir bir üstünlük iddia etmenin ne kadar beyhude olduğunu gösterdi. Bu andan itibaren hattâ berrî bir tahakküm rüyası dahî sadece kabili tasavvur olmaktan çıktı.

Ekonomiye ve nüfusa mütaallik güçlüklerin hallini dahî arazî genişlemesinde aramak beyhudedir. Bu güçlüklerin inkârı kabil değildir. Ve bunları halletmek umumî menfaatı çok yakından alâkadar eder. Fakat bunu yapabilmek için güçlüklerin arazinin halihazırdaki tevzî vaziyetinden ziyade Gümrük tarifelerinden ve himayeci sistemlerden geldiğini müşahede etmekle başlamalıdır.

Bir Halkın hayat için lâzım olan maddî kaynakların münhasiran kendi siyasî kontrolü altında bulunmasını istemesi ekonomik bir manasızlıktır. Vaziyeti hazıranın davaları ancak müstahsillerin ve başlıca müstehliklerin müşterek kontrolü altında olan bir istihsâl ve tevzî sisteminde ve aynı zamanda muhaceret hareketlerinin birbirine müvazî makul bir ameli tanzim sisteminde faideli bir surette aranabilir. Sömürge meselesi de aynı zaviyeden nazarı itibare alınmalıdır. Şimdiki sömürgelerin tek taraflı istismâr sistemi yerine, az veya çok münhatar arazilerin bir beynelmilel kontrol, ve alâkalı başlıca Devletlerin elbirliği, rejimi altında teşkilâtlandırılması faideli bir surette konabilir. Bazı Devletler tarafından talep edilen ve fakat muhtelif derecelerle bütün Avrupa memleketlerine lâzım olan hayat sahası medeniyetin halihazır merhalesinde artık araziye bağlı olamaz. Hayat sahası münhasıran tüccarîdir. İlmî olarak onu mümkün kılmak için yalnız bir vasıta vardır. O da beynelmilel mübadelelerin âlemşümul ihyasıdır. Bu mütalaâları mes'ut bir surette aydınlatan bir misâl vardır. Bu tahsisan modern Devletlerin dış siyaset-

lerinde arazî telâkkîsinin artık kıymeti kalmadı kanatından ilham alan Türk — Yunan dostluğudur. Yeni Türkiyenin dahî kurucusu Reisi Kemâl Atatürk — Kont Sforzo'nın Paris matbuatında müşahede ettiği veçhile — «arazî kazançlarının hepsinin birer menfaat temin etmediğini ve bilâkis bazılarının zamanla bir Devleti mahve sürüklediğini» anlamakla ender görülen bir meziyet ihraz eylemiştir.

Elen Hükûmeti de Halkın derin ve müttefik duygusuna tercüman olarak Millî menfaat ve ideallere artık yayılıcı bir medeniyetin beyhude kovalanması yerine ancak teksifi bir medeniyetin aranmasile hizmet edilebileceğini ilân etmiştir .

Türk — Yunan siyasetinin, sadece 10 senelik bir tecrübeden sonra yalnız iki memleket için değil , fakat bütün Balkan Halkları için de semereli neticelerini müşahede edilince , bu siyaset diğer mıntıkalarda da taklit edilmiş olsaydı Avrupanın yalnız Harp tehditlerinin ortadan kalktığını görmekle kalmayıp el birliği duygusu altında yeni bir terakki ve refah devrine gireceği inancı ile , misâl olarak taktim edilebilir .

Ekonomik menfaat milletleri beynelmilel kanuniyette avdete sevkeder göründüğü için bu neticeyi ümit etmek sebepsiz değildir .

Filhakika beynelmilel münasebetlerin kesreti , mudilliği ve birbirine bağlılığı bakımından eriştiği noktada Halkların refahının kanuniyet içnde , onun dışında olduğundan , daha iyi temin edilebileceğini her sene daha fazla göstermeyi tecrübe üzerine alıyor .

Hakikatta tecrübenin derslerini tahakkuk ettirmek kolay değildir . Tecrübenin dersi aşikâr bir parlaklıkla hükmetmiyor . Zirâ hakikatın istikametini kavraya bilmek için görünüşte mütenakıs olan ve kâfi derecede tenvir edilmemiş nazarlardan hakikatı saklayan kalın vakıalar tabakasında onu sıyırmak lâzımdır . Bu uğurda çok nazik bir ameliye zarurîdir . Kanunu ihlâl ederek yaratılan vaziyet, ve unun âmil olduğu menfaatler ve mahzurlar , ile kanunî usûller kullanılarak hâl ve şart gözönünde tutularak elde edilmesi pek muhtemel bulunan vaziyet arasında bir muvazilik tesis olunmalıdır . Bu son senelerde Avrupada ve diğer kıt ' alarda ortaya çıkan misâller hatırlanabilir . Bunların inkişafı bizi faal siyaset sahasına götürecek olan tenkitçi bir tetkikini yapmak istemeksizin çok umumî tabirlerle ilmi sahada ele alınabilecek olan bir mütalâada bulunulabilir . Bu misâllerin dikkatle tahlili kanuniyetten ayrılmanın tekamüllerinin muhtelif safhalarındaki tesirlerini kavramayı mümkün kılar . Bu tahlil , en sonunda , her hâdisede tatbik edilen şitdetli usûller yerine , sulhçu usûller , zamanında konmuş olsaydı hiç şüphesiz daha az serî fakat en nihayet çok daha istifadeye şayan neticeler elde

edebileceği kanaatına götürüyor .

Sulhçu usûllere karşı şiddet usûlleri taraftarları ekseriya onunla vicdanlarını müsterih kıldıklarını ve kuvvet akidelerini haklı gösterdiklerini sandıkları bir itirazda bulunuyorlar . Hukuk sitatiktir . Halbuki hayat dinamiktir diyorlar . Hayat kendisinin hukukun şekilciliği ile kısırlaştırılmasına müsaade edemez . Milletlerin istikbali (hukukun narin ve kaypak kumu) na istinat edemez . Bu itirazın birinci cevabı kuvvet münasebetinin daha narin ve daha kaypak olduğudur . İstendiği kadar en kuvvetli olmaya çalışılsın , buna vasıl olacağına emin olunmadığı gibi, en kuvvetli olarak kalınabileceğine emniyet ise daha azdır . Halbuki hukuk eğer narin ve kaypak ise ayni zamanda fıtratan kolayca şekil değiştirmeğe müsaittir . Hukuk kıymetini muhafaza etmek için hayatın sadık bir makesi olmalı onunla, değişmeli , hiç durmaksızın ona uymalıdır .

İhtiyar Héraclite'in (*Ponto rhei* her şey akıyor) sözü hem birine hemde diğerine kuvvetle tatbik olunur. Modern medeniyetin en mübrem icaplarından biri hukukun ictinabı kabil olmıyan degişikliklerinin birdenbire olmaktan ziyade derece derece, şiddetle olmaktan ziyade tatlılığa, ihtilâl ile olmaktan ziyade tekâmül ile vukubulmasıdır. Zira yalnız bu suretle bu değişiklikler hakikaten faideli ve müessir olabilirler. Bundan dolayı Uluslar hukukunun (droitdes gems) müesseseyi inkişafın istisnaî bir ehemmiyeti vardır. Uygun usûller yaratılması hukukun hayatın ihtiyaçlarına normâl intibakını kolaylaştırır. İlâve etmek lâzımdır ki, eğer şiddetli usûllerin sulhçu usûllere üstünlüğüne inanmak hâtalı ise zamanımızda kanuniyetin aşikâr ve mevsuk ihlâllerinden hukukudüvelin mustakar olmadığı, hattâ mevcut olmadığı, neticesini çıkarmakta bunun kadar hakikattan uzaktır. Muahedelerin bu kadarcık yırtıldığı ve Devletlerin ortadan kaldırıldığı görülerek bu düşünceye varılmıştır. Misakların narinliği karşısında bunların geçmiş bir çağı temsil ettiklerini beyana kadar gidildi. Fakat unutuluyor ki, hukukun diğer dalları gibi hukukudüvel ve fîlen tatbik edebilmek için muayyen bir nızamın mevcudiyeti, muayyen bir ihtilâfı müvazenin idamesini farzeder. bunlar bulunmadığı zaman, fertler için cemiyetlerde olduğu gibi, Devletler de medeniyetin azar azar zahmetle ramettiği hayvanî mücadelenin tabiî kanuna döneceklerdir.

Bunun gibi misak yapmanın dahi maziye ait olduğunu söylemek de yanlıştır. Hakikat bunların ancak muvazene devresinde işe yarayacağıdır. Muvazenenin mevcut olmaması bir geçiş devrinde bulunulduğunu haber verir ki bu devirde yalnız menfaatların gözle görülebilen müşterekliği nazarı itibare alınır. Taahhütlerin mecburiliği vasfını dai-

ma menfaatlerin iştirâkinin izah ettiği doğrudur. Fakat buhran zamanlarında bu iştirâk devamlı anlaşmalara mesnet teşkil edecek kadar sabit ve sarih değildir. Hukukudüvelden ve medeniyetten ancak kanuniliğin aşikâr ihlâlleri karşısında medenî milletler alâkasız kaldıkları zaman ümidi kesmeğe başlanabilir. Çok şayanı şükrandır ki, vaziyet böyle değildir. Bu son aylarda bütün Dünyada verilen sözün unutulmasına karşı mes'ul Devletlerin gözlerine bir süpriz mevzuu gibi görünen şiddetli ve hemen hemen müttefik bir aksül-âmel kaydolundu. Bu çok istifadeli bir sahne oldu. Buradan iki ders alınabilir.

Evvelâ, Devletlerde insanlar gibi prensip itibarile verilen söze, faziletkâr olmaktan ziyade, menfaat dolayısile riayetkârdırlar. Onlar sözlerini, hattâ halihazır menfaatleri zarar görecek olsa dahî, diğer akitlerin muhtemel bir mukabele bilmislinden gelecek daha büyük ve daha devamlı bir zarar korkusile tutarlar. Bundan şu iki netice çıkar. 1: — Verilen sözün ihlâli, alâkasızlıktan veya zaiflikten ziyade diğer tarafın kâfi şiddetle mukabil harekete geçmiyeceği zannile kolaylaştırılır. Ve 2: — Eğer haklarına riayet temin olunmak isteniyorsa hiç bir zaman onların ihlâlinin müsamaha ile karşılanacağı tesirini bırakmamalıdır.

Son hâdiselerden çıkan diğer ders, verilen sözün ihlâli karşısında efkârıumumiyenin aksülameli, taahhütlere riayetin medenî Dünyanın hukukî vicdanında kuvvetle kökleşmiş bir hukuk kaidesinin vazettiği bir mecburiyet olduğudur.

Kanuniyetin ihlâllerine karşı vukubulan aksülamelin müşahedesi bütün ümitleri beslemeğe imkân veriyor. Bu aksülamel beynelmilel topluluğun dağılmaya hazır bir uzuv olmadığını gösteriyor. Beynelmilel topluluğun aksülameli hayatiyetinin ve medeniyetimizin esas prensiplerine bağlılığının şahididir. Bu prensiplerin ilk safında beynelmilel kanuna riayet gelir Görüldüğü veçhile hayat onun tekrar derece derece kiymet kazandığına dair bir çok alâmetleriz har eder. Harp ona teşebbüs etmek cinayetinin irtikâp edecek olana faide temin etmeğe müstait değildir. Beynelmilel siyasetin tahakküm ve hegemenya âleti olan, araziye dayanan telâkkisi artık eskimiştir. Verilen sözün unutulması artık devamlı kârler getiremez.

Velhasıl Milletlere menfaatlerini korumayı ve refahlarını temin etmeyi yalnız kanuna riayet mümkün kılar.

Halkların geçirmekte oldukları müthiş ve iztiraplı buhran ortasında insanların intizamsızlık ve haksızlık anlarında daima yapmış oldukları gibi onlara hürriyet içinde sulhu temin etmeğe muktedir hukuku tanımaya çalışmalarını müşahede etmek teselli bahştır.

150

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 adresin aiAdliye Bakanlığın 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.

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
Ceza Muhakemeleri U. kanunu	125
„ „ „ „ kalem talimatı	50
Ceza Muhakemeleri „ „ alfabetik fihristi	75
Tadillerinden sonra Ceza M. U. Kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu esbabı mucibesi	50
İngiliz ceza usulü	75
Meşhut suçlar kanunu	15
Şahitlik ve şahidin psikolojisi	30
Deniz ticareti kanunu	50
Kanunu medenî (eski harflerle)	100
„ „ tatbikatı kanunu	35
Yeni hâkimler kanunu	100
Yeni icra iflâs kanunu	100

	Kuruş
Ceza K. üzerinde bir inceleme	75
1 - 149 Adliye ceridesi fihristi	100
Bağlamlar kanunu şerhi (H.Oser)	150
Maliye ilmi	100
Velâyet Vesayet talimatı	50
930-934 temyiz ticaret H. umumiyesi kararları	150
935 yılı temyiz hukuk kararları	125
935 yılı temyiz ceza kararları	125
Orman işleri (Hususî kanunlar ve cezaları)	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden mercîler üzerinde mülâhazalar	40
Devletler umumi Hukuku cilt 1	230
„ „ „ „ 2	150
Hukuk Mahkemesinde Hak Nasıl Müdafaa edilir.	60

152