Adliye Ceridesi

T. C.
Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuzbirinci Sene
6 ıncı Sayı

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1940

529

İÇİNDEKİLER

No.		Sahife No.
	Adliye Vekâletinden tamim ve tebliğ edilen kanunî mütalâalar	**505**
28	**Nafaka Mükellefiyeti** . . . . . *(Yazan: A. Himmet Berki)*	**509**
29	**Haksız İktisap**. . . . . *(Yazan: Pr. S. Ş. Ansay)*	**520**
30	**Yeni Yunan Medeni kanunu** . . . . . *(Yazan: İ. Hakkı Tur)*	**560**
31	**Ceza İnfaz Sisteminin tekâmülü** . . . . . *(Yazan: Sakıp Güran)*	**565**
32	**Devletin ve diğer Âmme hükmî şahıslarının mes'uliyeti meselesi** . . . . . *(Yazan: A. Fuat Başgil)*	**582**
	Hâkim ve Müddeiumumilere ait terfi listesi . .	**614**

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.

530

KARARNAMELER

Kararname No: 13266/2 [1]

Gerek memleketin umumî ihtiyaçları ve gerek millî müdafaa bakımından büyük bir ehemmiyet gösteren petrol ve müştaklarının vaz'ı ve idharı için lüzumlu görülen ve halen muattal bir halde bulunan İstanbul limanına bağlı dokuz adet gaz dubasının muayenelerinin icrasından sonra işe yarayacaklarının Millî korunma kanunu hükümlerine müsteniden mubayaa edilmesi hakkında koordinasyon heyeti reisliğinin 13-4-940 tarih ve 51 sayılı tezkeresile teklif edilen ilişik 22 numaralı kararnamenin mer'iyete konulması; icra vekilleri heyetince 13-4-1940 tarihinde kabul olunmuştur. 13-4-1940

REİSİCÜMHUR
İSMET İNÖNÜ

Başvekil Dr. R. SAYDAM	Adliye Vekili FETHİ OKYAR	Millî Müdafaa Vekili S. ARIKAN	Dahiliye Vekili FAYIK ÖZTRAK
Hariciye Vekili Ş. SARACOĞLU	Maliye Vekili F. AĞRALI	Maarif Vekili YÜCEL	Nafıa Vekili A. F. CEBESOY
İktisad Vekili H. ÇAKIR	Sıhhat ve İçtimai M. Vekili Dr. H. ALATAŞ		Gümrük ve İnhisarlar Vekili R. KARADENİZ
Ziraat Vekili M. ERKMEN	Münakalât vekili A. ÇETİNKAYA		Ticaret Vekili N. TOPÇUOĞLU

Karar sayısı: 22

Madde : 1 — Millî korunma kanununun 36 ıncı maddesinin verdiği salâhiyete müsteniden İstanbul limanına bağlı olup petrol müştakları vaz'ına veya nakline mahsus ve adları, sicil numaraları, safî ve gayri safî tonilâtoları ilişik listede yazılı bulunan deniz nakil vasıtalarının, değer bahası tesviye edilmek üzere, satın alınması hususunda Millî Müdafaa Vekâletine salâhiyet verilmiştir.

Madde : 2 — Birinci Maddede zikredilen nakil vasıtaları Millî Müdafaa vekâleti tarafından tayin edilecek bir mütehassısın reisliği altında Istanbul Mıntaka Liman Reisliği, devlet denizyolları işletmesi Umum Müdürlüğü ve İstanbul Belediyesi Fen heyetlerine mensup

[1] Resmî gazetenin tarihi 18-4-940 numarası 4488

birer mütehassıstan mürekkep eksperler heyetince muayene ve değer pahaları takdir olunur. Bu heyetin vereceği rapora göre işe yarayacağı anlaşılanlar hakkında Millî müdafaa Vekâleti raporların vürüdundan itibaren bir ay zarfında satın alma salâhiyetini istimal eder.

Madde : 3 — İkinci maddede yazılı şekilde mubayaasına karar verilen nakil vasıtaları, mubayaa muamelesinin ifasına bir taraftan devam olunmakla beraber Millî müdafaa vekâletince derhal işgal ve istimal edilebilir.

Madde : 4 — Millî müdafaa vekâleti bu suretle satın alacağı nakil vasıtalarını, ihtiyacı bulunan diğer vekâletlere veya fiilen petrol müştakları idhal eden millî müesseselere Millî korunma kanununun 50 inci maddesi hükümleri dairesinde, kiraya vermek veya maliyet bedeli üzerinden satmak suretile devredebilir.

Madde : 5 — Yukardaki maddelerde yazılı hükümlere tevfikan satın alınacak dubalar bedellerinin ve mubayaa masraflarının tediyesinde istimal edilmek üzere Millî Korunma kanununun 43 üncü maddesinde yazılı sermayeden millî müdafaa vekâleti emrine 250,000 (ikiyüz elli bin) liraya kadar bir kredi açılır.

Madde : 6 — İşbu kararname neşri tarihinden itibaren mer'idir.

Millî Korunma kanununa müstenid K/ 22 numaralı kararnameye ilişik liste

Adı	Tonilâtosu Safî	Gayri safî	Sicil No:	Cinsi
Tank No,3	799	845	821	Makinesiz gaz şilebi (duba)
Tank No,4	134	159	789	» » »
Lütfü	423	489	190	» » »
Valerjik	139	143	184	» » »
Ayvalık	376	418	132	» » »
Beykoz	264	278	1112	» » »
İstanbul	383	398	191	» » »
Bahar	95	91	137	» » »
Dora	175	217	138	» » »

Matbuat Kanununun 30 uncu ve 35 İnci Maddelerini Değiştiren Kanun

Kanun No: 3812 *Kabul tarihi : 29-4-1940*

Madde : 1 — 1881 sayılı matbuat kanununun 30 uncu maddesi aşağıda yazılı şekilde değiştirilmiştir:

532

Millî hisleri inciten veya bu maksatla millî tarihi yanlış gösteren yazıları neşredenler elli liradan beşyüz liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılırlar.

Türk ceza kanununun 156 ıncı maddesi sarahatı haricinde kendilerine mevdu vazifenin ifasından dolayı Büyük Millet Meclisi azâsından, icra vekilleri Heyetinden ve resmî heyetlerle Devlet memurlarından biri veya bir kaçı hakkında isim ve madde gösterilmeyerek mübhem ve suizannı davet edecek mahiyette mütecavizane yazı ve resimlerle Büyük Millet meclisinin ve icra vekilleri heyetinin ve resmî heyetlerle Devlet memurlarının veya bir kısmının şeref ve haysiyeti ihlâl olunursa üç aydan altı aya kadar hapis ve yüz liradan eksik olmamak üzere ağır para cezası hükmolunur.

Madde : 2 — 1881 sayılı Matbuat kanununun 35 inci maddesi aşağıda yazılı şekilde değiştirilmiştir.

A — İddianamenin, son tahkikatın açılmasına müteallik kararın bir cürme aid her hangi tahkikat evrakı ve vesikaların duruşmada okunmazdan evvel neşri memnudur. Ancak mahkemenin veya müddei umuminin müsaadesile ve bütün gazetelere birden icrası lâzım gelen tebliğlerine tevfikan bu vesikaların neşri caizdir.

B İsbatı caiz olmayan söğme ve hakaret davasına ait zabıtların ve buna müteallik şikâyetnamelerin aynen ve hülâseten neşri dahi memnudur.

C — Münderecatı umumî âdap ve ahlâka dokunabilen tıbbı adlî raporlarının da neşri yasakdır.

D — Muhakemesinin gizli olması kararlaşdırılan dava zabıtlarının da mahkemenin müsaadesi olmadıkça neşri memnudur.

E — Ceza tahkikatı başladıktan sonra ilk tahkikat esnasında sorgu hâkiminin muvafakatinin inzimamile ve hazırlık tahkikatı esnasında yalnız cümhuriyet müddei umumisinin emrile yapılmakda olan tahkikata ve adlî muamelelere müteallik havadislerin ve cürmü yapanlarla cürme kurban olanların fotoğraflarının neşri menedilebilir.

Buna muhalefet ancak müddei umuminin bu babdaki yazılı emrinin gazete veya mecmua idarehanesine tebliğinden itibaren bir suç olur ve yazan on liradan yüz liraya kadar hafif para cezasile cezalandırılır.

F — Neşri caiz eski bir ilâmın suiniyetle ve yeni bir hükmün kezalik suiniyetle tekrar neşri, söğme ve hakaret iddiasile takibat yapılmasına ve ceza verilmesine mâni değildir.

G — Devlet emniyeti ile alâkadar meseleler hakkında yapılmakda olan tahkikattan ve yine devlet emniyeti bakımından alınan tetbirlerden bahseden yazılar memnudur. Ancak bu hakikatı yapmağa

533

veya bu tedbirleri olmağa salâhiyetli makam tarafından bu hususda müsaade verilebilir.

H — Mahkeme müzakerelerinin neşri memnudur.

İ — Bir ceza davasının başlamasından son hükmün verilmesine kadar hâkim ve mahkemenin kararları ve muameleleri hakkında mütalâa serdedilemez.

K — Gizli bakılmayan boşanma davalarında, ancak:

1 — İki tarafın ve şahitlerin isimleri, sanatları ve adresleri;

2 — Mevzubahsolan ve karar verilen hukukî meselelerin kısaca izahı;

3 — Şahitlerin şahadetlerinin aynen olmamak şartile kısacamevzuu;

4— Hüküm fıkrası; yazılabilir.

Bu madde hükümlerine muhalif hareket edenlerden yirmi liradan iki yüz liraya kadar hafif para cezası alınır.

Madde : 3 — Bu kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde : 4 — Bu kanunun icrasını icra vekilleri hay'eti memurdur.

3-5-940

Kanun No.	Başlığı	Düstur tertip	Cilt	Sahife	Resmî Gazete No.
1881	Matbuat kanunu (16 Temmuz 1325 tarihli matbuat kanunu 2 inci tertip 1 inci cild cüsturun 395 inci sahifesindedir. Zeyilleri, matbaalar kanun ve hakkı telif kanunu bu kanuna uymayan hükümleri 1881 sayılı kanunun 66 ıncı maddesile mülgadır).	3	12	1069	1867
1959	30 Temmuz 1931 tarih ve 1881 numaralı matbuat kanununun 51 inci maddesinin tadiline dair kanun,	3	13	336	2102
2001	30 Temmuz 1931 tarih ve 1881 numaralı matbuat kanun 38 inci maddesinin tadiline dair kanun,	3	13	520	2120
2281	Matbuat kanununun muvakkat B maddesinin tâdiline dair kanun.	3	14	1434	2428
2657	1881 Numaralı kanunun 1959 uumaralı kanunla tâdil edilmiş olan 51 inci maddesinin değiştirilmesi hakkında kanun.	3	16	462	2895
3518	Matbuat kanununun bazı maddelerini değiştiren kanun.	3	19	1590	3960
	Bu kanunda adı geçen :				
765	Türk ceza kanunu	3	7	850	320

554

No: 28

Nafaka mükellefiyeti

Nafaka nasıl bir borçtur, Mahiyet ve derecei şumulü, nafaka ile kimler mükelleftir. Mesken mes'elesi, çocuk nafakaları, nasebi gayri sahih çocukların infak ve iaşeleri, boşanma veya ayrılık halinde küçüklerin terbiye ve iaşe masrafları, nafaka mükellefiyetinde tertip, refah nedemektir. Nafaka nasıl takdir olunur. dava hakkı, nafaka davalarında salâhiyetli mahkeme, ikametgâh nedir, Nafaka davaların da vezife :

I

Yazan : A. Himmet BERKİ
Temyiz M. ikinci H. D. Reisi

Medenî kanunumuz nafakaya ait hükümleri üç beş madde ile icmal ve tanzim etmiş bulunmaktadır. Eski hukukumuzda altıyüzü mütecaviz madde ile ifade ve izah edilmek istenilen nafaka mesaili haddi zatında o kadar güç olmamakla berabar nafaka davaları mahkemelere çokca gelen mevaddan bulunmak ve kanunda teferruata girişilmemiş olmak itibarile bu mevzu etrafında bazı mütalâa ve izahatı faidesiz addetmedim.

Ben bu makale ile muhtelif mes'eleler hakkında meslekdaşlarıma tetebbu vesilesi vermiş ve ayni zamanda Temyiz mahkemesinin içtihat ve kararlarını arzetmiş olacağım.

Evvelâ nafaka borcu nasıl bir borçtur. Buradan başlamak ileride gelecek bazı hükümlerin esaslı surette anlaşılmasına medar olur.

Malûm olduğu üzere biri diğerini istilzam eden borç ve haklar ya bir akidden veya şibihakitten veya haksız fiilden veyahut kanundan doğar.

İyice tetkik edilince nafaka borçlarının ya akitden veya kanunî hükümlerden doğduğunu görürüz. Zevciyet nafakasının sebebi şüphesiz evlenme akdidir. Bununla koca nafaka mükellefiyetini de kabul ve evlenmekle karının infakını taahhüt etmiş olur. Evlât, usûl ve havaşi nafakası böyle değildir. Bunlar da nafaka mükellefiyeti kanunla mevzudur. H. Maddî bir hakka tekabül etmemek itibarile ahlâkî bir mahiyet arzeden nafaka borcu milletlerin kanunlarında muhtelif tarzlarda tanzim kılınmıştır.

535

İslâm hukuku nafaka borcunu hukukî mahiyette görmekle beraber gerek akarip ve gerek zevce nafakasını bazı itibarla sıla yani ikram ve lutüfkârlık gibi mütalâa eder. Netekim yeni hukukumuzda deyni mahz addetmez nafakai maziyenin ademi lüzumu ve bazı sebeplerle nafaka borcunun sukutu bu telâkkinin neticesidir.

İnfak bir bakımdan sıla ve lütufkârlık olduğu için olacakki bu hakkın istenmesi izzeti nefsi rencide ve insanda elem ve iztırap tevlit eder.

Ne mahiyette olursa olsun kanunlar karı, koca, usûl ve furu gibi bazı akribaya bu mükkellefiyeti tahmil etmekte isabet etmişlerdir.

Filhakika kocalık, karılık, usûl ve furu ve civar hısımlık misillü maddî ve manevî bir çok alâka ve menfaatlerle sım sıkı yekdiğerine merbut olan aile uzuvlarının ledelhace bir birlerine muavenet etmeleri ahlâki olduğu kadar fert ve cemiyetin menfaati icabındandır. Aile tesanüdü ne derece kuvvetli ve salâbetli olursa bunlardan teşekkül eden cemiyet o nisbette mütekâmil olur. bunun içindirki nafaka işi intizamı âmme ile alâkalı mes'eleler meyanında mütalâa ve tetkik olunur. bu cihetleri bu kadarla bırakarak nafakanın mahiy-e tile lüzum ve vücubunun ve nafaka ile kimlerin mükellef olduğunun tahliline geçelim.

Nafaka; mesken,yiyecek içecek ve giyecek gibi insanın yaşaması için lâzım olan şeylerdir. [1]

Medenî kanunun «koca birliğin reisidir. Evin initihabı ve karı ve çocu kların münasib veçhile iaşesi ona aittir» Diye yazılı olan 152 inci maddesindeki iaşe tabirinden maksat vasi mana da bu olacaktır.

Kezalik kanunun dokuzuncu babının birinçi faslına ünvan ittihaz olunan «Nafaka» ve 315 inci maddedeki "muavenet" tabirlerinden maksat mesken, yiyecek, giyecek gibi bir insanın yaşaması için zarurî olan şeylere şamildir.

Kimler nafaka ile mükelleftir? Milletlerin kanunları bu hususta bir vahdet arzetmez. mes'eleyi bazısı dar ve bazıları daha geniş mikyasta mütalâa etmişlerdir. Bunda öteden beri devam edip gelen adetlerin dahli olduğu gibi bazı cemiyetlerde aile efradı arasındaki ahlâkî, iktisadî temayüllerinde tesiri vardır. Hissi menfaat ve şahıs endişlik galip olan cemiyetlerde teavün hududu daha dardır. Gerek mirasta gerek yardım hususunda aileyi en geniş tutan islâm hukukudur.

[1] Nafaka alacaklısına. menlehünnafaka ve ve üzerine nafaka lâzımgelene Menaleyhinnafaka Denir. Bunların yerine başka bir ıstılah teessüs etmediğinden sırası geldikçe bu ıstılâhları kullandım.

536

İslâm hukukunda şu derece akriba arasında nafaka mükellefiyeti caridir. Koca, usûl ve furu, ve Havaşi yani usûl ve furudan maada Zirahmi mahrem olan civar hısımlar.

Mükellefiyet ve sırası, nafakanın sureti takdir ve tahsisi nafakaya istihkak, nafakanın lüzumundaki şartlar, Sukut sebepleri, menlehün nafaka ile Menaleyhin nafakanın taaddüt ve içtimaları halindeki hükümler fıkıh kitaplarında ve ba husus" Kitabünnafakat" ismile 1333 tarihinde neşrolunan ve 634 maddeyi ihtiva eden eserde mufassalan mezkûrdur. Bunları tafsil etmek mevzuumuzun haricinde olmakla beraber bahis bir iki makaleye sığmiyacak kadar uzundur.

Kanunumuz nafaka mükellefiyetini en dar bir tarzda tanzim etmiş ve refahta bulunan kardeşlerden maada civar hısımlara teşmil eylememiş ve bazı milelmütemeddinede olduğu gibi damat ve gelin gibi sıhrî hısımlara kadar tevsi eylememiştir.

151,152 ve 315 inci maddelerde nafaka ile mükellef olanlar hasren tadat ve tayin olunmuştur. Bunlardan maada akriba meselâ Amuca, Hala, Dayı ve teyze gibi hısımlar nakafa ile mükellef değildirler. kanunun tayin eylediği nakafa borçluları şunlardır.

1 — Karı, Koca

2 — Usûl, Füru

3 — Erkek ve kız kardeşler

Şimdi bunları ayrı ayrı tetkik ve mütalâa edelim.

Kanun 152 inci maddede karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi kocaya ait olduğunu beyan eylediği halde 151 inci maddenin ikinci fıkrasında karı ve koca yekdiğerine karşı birliğin saadetini müttahiden temin ve çocukların iaşe ve terbiyesine baraberce ihtimam etmek hususlarını iltizam eylemiş oldukları ve mezkûr maddenin son fıkrasında karı koca birbirlerine sadakat ve müzaharetle mükellef bulundukları zikrolunmakta ve 190 ıncı maddede koca karısının münasip bir derecede aile masrafına iştirakini isteyebileceği ve iştirakin mıkdarında ihtilâf ederlerse işin mahkemeye arzedilebileceği gösterilmektedir.

Kıymetli hukukcumuz Muhterem Mustafa Reşidin dahi işaret eyledikleri gibi bu hükümler arasında zahiren bir karışıklık mevcut olup vazıı kanunun maksadı vazıhan ve tamamen anlaşılamamaktadır. maahaza karı ve çocukların münasıp veçhile iaşesi kocaya aittir. Şu kadarki kocanın zaruret ve müzayakası halinde karı kocaya muavenet ve aile masrafına iştirakle mükelleftir şeklinde bu hükûmler arasını tetif mümkindir.

Temyiz mahkemesi kanunî bir sebeple karının ayrı bulunması halinde karı ve yanında bulunan küçükler için nafaka takdirinde

537

karının servet ve muavenet kudretini nazara almamakta ve münhasıran iaşe ve infak külfetini kocaya tahmil etmektedir. [1]

Diğer bir hadisede zaruret ve fakra düşen ve çalışmağa kudreti olmıyan kocaya, vaziyeti müsait olan karının muavenet etmesi lâzımgeldiğine karar vermiştir.

Kanunun sarahatına göre karının nafakası ile evvelâ kocası mükelleftir. karı ve koca fakir ve kâr ve kisbden âciz iseler nafakaları miras tertibi veçhile 315 inci maddde muharrer nafaka borçluları üzerine terettüp eder. Çünki aciz olan yok farzolunur.

Şu kadarki gerek koca ve gerek karı aciz sebebile diğer nafakaları üzerlerine vacip olan usûl veya furu veya kardeşlerine müracaat ettiklerinde yalnız şahsî ihtiyaçları nazara alınarak nafaka takdir olunur. karısı veya çocuklarının ihtiyaçları hesaba katılmaz.

Meselâ kocasının fakr ve aczi sebebile iki çocuğu bulunan karı hali refahta olan kardeşine müracaatla nafaka talep edebilir. Bu kardeş üzerine nafaka takdirinde yalnız kadının ihtiyacı nazara alınır. Dayı nafaka ile mükellef olmadığından çocukların başka infakla mükellef kimsesi varsa ona müracaat edilmek iktiza eder.

Nafaka cümlesinden olan mesken mes'elesini kanun meskenin intihabı kacaya aittir diye ayrıca tasrih etmiştir.

Şu halde karı kocanın intihap eylediği evde oturmağa mecbur olacaktır. Oturmazsa maddeten cebr olunamazsa da kusur ve kabahatli sayılır Ve binaenaleyh ayrı yaşadığı müddetçe nafaka talebinde bulunamaz. Israr ederse bu hal terk ve boşanma sebebi olur. Ancak evin ikamete elverişli ve sükna levazımını muhtevî olması şarttır. harap veya halâ ve matbah gibi müştemilâtı veya kap kacak ve kilim ve yatak gibi zarurî eşyası bulunmıyan evde karı oturmıyabilir. Bunların mikdar ve keyfiyeti karı ve kocanın içtimaî mevki ve yaşayış tarzına göre değişir. Bir köyde basit bir hayat yaşayan bir aile ile şehirde servet ve mevki sahibi bir ailenin ihtiyaçları bir değildir. Ledelicap bunun takdiri hâkime aittir.

Bundan başka birliğin ikamet edeceği ev müstakil olacaktır. Binaenaleyh koca müstakil olmıyan meselâ ana ve babası veya hısımları bulunan evde karısını oturmağa icbar edemez. Meğerki zaruret olsun.

[1] Kanunu medeninin 151 inci maddesinin son fıkrası mucebince karı koca bir birine sadakat ve müzaharetle mükellef ve bu müzaharet maddî muavenete şamil ise de 152 inci maddedeki tansise nazaran karının kocasına maddeten müzahereti kocasının aciz ve iztırarile meşruttur. Binaenaleyh çalışıp kazanmak iktidarında bulunan kocanın karısından nafaka istemeğe hakkı yoktur. Temyiz kararı : 21-11-935

Çocuğun infak ve iaşesi babaya aittir. Evlilik devam ettiği müddetçe ananın çocuğun nafakasına iştiraki lâzımgelmez. Temyiz kararı 17-2-940

538

Meselâ kocanın ihtiyar bir baba veya anası var ayrı evde oturtup bakmağa kudreti müsait değildir. Bu halde karı buna itiraz edemiyeceği gibi kocanın eski karısından olan küçük çocuklarını behane ederek evi terkedemez.

Karı koca arasındaki nafaka mükellefiyetini şöyle icmalen mütalâadan sonra diğer nafaka borçlularına geçelim.

Biraz evvel söylediğimiz gibi karı ve koca nafaka mükellefiyetinde birinci derecededir. Bundan sonraki borçlular usûl ve furu ve kardeşlerdir.

Kanun bunu şu veçhile tesbit ediyor.

Herkes yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usûl ve furuuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenetle mükelleftir. (Madde 315)

Usûl; ana baba ilânihaye bunların ana ve babaları ve furu; oğul, kız ve ilânihaye bunların çocuklarıdır. Bunlar ne derecede bulunursa bulunsunlar 316 ıncı maddedeki tertip veçhile ledelhace birbirine nafaka itasile mükellef oldukları gibi cıvar hısımlardan yalnız kardeşler mezkûr maddedeki kayıt ve şart dahilinde nafaka ile mükelleftirler. Kardeşler gerek ana baba bir ve gerek baba veya ana bir olsun hükümde müsavidir.

Şimdi takdimen bazı hususî hükümleri ihtivâ eden çocukların infak ve iaşe ve terbiyelerine müteallik hükümleri gözden geçirelim.

Nesebi sahih çocuklar hakkında kanunda şu maddelere tesadüf ediyoruz «koca birliğin reisidir. Evin intihabı karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi ona aittir.» (madde 152)

«Çocuğun iaşe ve terbiyesine muktazi masraflar kendilerinin mallarını idare hususunda kabul ettikleri usule göre ana ve babaya terettüp eder. Ana ve baba zarurette bulunduğu veya çocuk fevkalâde masrafı mucip olduğu takdirde istisnaî her hangi bir sebebin vücudu halinde hâkim çocuğun mallarından kendisinin iaşe ve terbiyesine medar olacak muayyen bir mikdarın sarfı için ana ve babaya izin verebilir.» (madde 261)

Temyiz mahkemesince tekarrur eden içtihada göre çocuğun mali yoksa 152 inci madde mucibince iaşe ve terbiye masrafı babaya, baba iaşe ve terbiye masrafını tamamen veya kısmen teminden aciz ise iaşe ve noksanı ikmal anaya aittir.

Ana ve baba her ikiside âciz ve fâkir iseler çocukların infak ve iaşeleri sırasile nafaka ile mükellef olan diğer hısımlarına düşer âciz olan ana ve baba yok farzolunur.

Çocuğun malı varsa 281 inci maddede beyan olunduğu üzere ge-

liri evvel emirde kendi infak ve terbiyesine sarfedilir. Geliri kifayet etmezse asıl mallar bozulmaz.

Lâkin ana ve baba zarurette bulunduğu veya çocuk fevkalâde masrafı mucip olduğu takdirde veya istisnaî her hangi bir sebebin vücudu halinde hâkim çocuğun mallarından kendisinin iaşe ve terbiyesine medar olacak muayyen bir mikdarın sarfı için izin verebilir.

Nesebi gayri sahih çocuğa gelince: Bu gibi çocukların iaşe ve terbiye masrafı kezalik ana babaya aittir. [1]

306 ıncı maddede babalık davasının sübutu halinde hâkim ana ve babanın vaziyetlerine göre çocuğa bir nafaka bağlar. Babanın tediyesi ile mükellef tutulacağı nafaka her halde çocuğun iaşe ve terbiyesine muktazi masraflara adilâne bir iştirak teşkil edecek mikdarda olmalıdır. Nafaka çocuk on sekiz yaşını bitirinceye kadar hâkimin tayin edeceği zamanlarda peşin olarak verilir. . Der.

Bu sarahat hükmünce nafaka ana ve babanın malî vaziyetlerine göre hâkim tarafından takdir olunur. Bu masraflarla asıl olarak ana ve baba mükelleftir. Fakat her hangisinin servet ve vâridatı fazla ise nafakaya iştiraki fazla olmak icabeder. Çünkü nafaka meûneti ye sardir.

Şunu ilâve edeyimki : nesebi gayri sahih çocuk için nafakanın lüzumunda tanıma veya babalığa hüküm şart değildir. Tabiî babalığın sübutu kâfidir. Binaenaleyh baba münasebet zamanında evli olmak veya çocuğun vücuduna sebep olan münasebette vâdi izdivaç veya cebir veyahut nüfuzu suiistimâl sabit olmamak sebebile babalığa hükm olunamadığı takdirde dahi infak mükellefiyeti vardır.

Evlât edinilen çocuğun infak ve iaşeside evlât edinen üzerinedir. Aciz halinde infak asıl ana ve babaya terettüp eder.

Malûmdurki evlât edinmekle asıl ana ve babaya ait hak ve vazifeler evlât edinen kimseye geçer. İnfak ve iaşe vazife cümlesindendir. Binaenaleyh evlât edinen kimselerin aczi tahakkuk etmedikçe asıl ana ve baba infak ve iaşe ile mükellef tutulamaz.

Birlik devam ettiği ve karı koca birlikte bnlundukları halde zikri geçen hükümler dairesinde hareket olunur.

Karı, kocadan ayrı yaşadığı ve çocuk yanında bulunduğu surette baba üzerine çocuk için nafaka takdir olunur. Baba muktedir ise bu

[1] Eski hukukumuzda gayri sahih nesep yoktur. Yalnız sahih nesep vardırki nikâhla sabit olur. İster bu nikâh sahih ister fasit olsun.

Manevî evlât edinme de hukukî bir hüküm ifade etmez. Ancak bir şahıs mevlidinde meçhulün nesep olan biri için zinadan olduğunu zikretmeyerek oğulu veya kızı olduğunu ikrar ve beyan eder ve zahiri hal bu ikrarı tekzip etmezse salâh ve sıhhate hamlolunarak bu beyan muteber olur ve bunun hakkında nesebi sahih çocuk hükümleri cereyan eder.

540

nafakaya ananın iştiraki lâzımgelmez. Ananın ayrı yaşamakta haklı olup olmaması bu hususta haizi tesir değildir. Fakat boşanma veya ayrılık halinde 148 inci maddeye tevfikan küçüklerin vilâyetinin ana ve babadan hangisi tarafından kullanılacağına karar verildikte çocuğun nafakası iştirak suretile tâyin olunur. Bu iştirak ana babanın malî kudretine göre olur Ve çocuğun vilâyetini ifa edecek tarafın tahammül edeceği külfet de nazara alınır.

Küçüğün vilâyetinin ana tarafından kullanılacağını farzedelim. Buhalde ana çocuğu ihtimamla bakıp gözedecektir. bu ve malî vaziyeti ve keza babanın serveti göz önünde tutularak lâzım olan paranın bir kısmı baba üzerine hükmolunur. ananın malî vaziyeti hiç müsait değilse tamamı babaya tahmil olunur.

Şimdi 315 ve 316 ıncı maddeler üzerinde tahlilimize devam edelim:

316 ıncı maddenin birinci ve ikinci fıkralarında nafaka davası bununla mükellef olanlar hakkında mirastaki tertip sırasile ittihaz edilir. Dava davacının geçinmesi için muktazi ve diğer tarafın geliri ile mütenasıp bir muavenet talebinden ibaret olur.

Erkek ve kız kardeşler hali refahta bulunmadıkça kendilerinden nafaka istenemez. Denmektedir.

Mükellefiyet irs tertibi veçhile olacağına nazaran müddei evvelâ furuuna ve sonra ana babasına bunlar vefat etmiş ise hali refahta bulunan kardeşlerine ve sonra büyük ana ve babasına sonra daha büyük ana ve babasına müracaat eder.

Muavenete muktedir furu varken ana babaya ve ana baba varken kardeşe ve refahta kardeş varken büyük baba ve büyük anaya müracaat edilemez.

Yukarıdan beri vaki beyanatımızdan da anlaşıldığı üzere nafaka talebinde bulunabilmek için müddeinin yardım olunmadığı surette zarurete düşecek halde olması lâzımdır.

Bir şahsın mühtacı muavenet olup olmadığı saîy kudreti ve malî vaziyetile anlaşılır. saîy kudretinden mahrum ve fakir olan kimsenin zarurette olduğu aşikâr olduğu gibi çalışmağa kudreti olmayıp irat getirmiyen bazı emval ve eşyası bulunan kimsenin zarurette olduğunu kabul etmek iktiza eder.

Bakılmadığı surette zarurete düşeceği anlaşılan kimsenin hiç geliri yoksa menaleyhinnafaka üzerine kudretile mütenasıp tam ve geliri olup da ihtiyaçlarına kifayet etmiyecek mikdarda ise noksanı telâfi edecek şekilde muavenet lâzımgelir.

Muavenet bazan gayri muvakkat ve bazan da muvakkat bir zaman için olur. meselâ bermutad çalışıp maişetini temin etmekte olan bir kimse devamlı bir hastalığa müptelâ olup bu sebeple zarurete

düşse muavenet mükellefiyeti hastalığın zevalile sakıt olur.

Hastalık tamamen geçtikten sonra muavenetin temadisi talep olunamaz çünki çalışıp hayatını kazanmağa kudreti olan kimsenin tenbellik sevkile çalışmayıp başkasından muavenet istemeğe hakkı yoktur. Yalnız çalışma mümkin olup olmamak hususunda müddeinin içtimaî mevki ve bilhassa kadınların hususiyet halleri nazara alınmalıdır. İlmî ve içtimaî mevki sahibi bir zatın hidematı süfliyede ve bir kadının keza mevki ve hususiyet halile mütenasıp olmıyan bir işte çalışmaktan imtinaı sebebile muavenet talebi haksız addedilmek doğru olmaz.

Nafaka aynen temin veya birrıza para olarak takdir olunur. Yani men lehünnafaka ile menaleyhinnafaka arasında günlük veya aylık olarak bir mikdar üzerine terazi vaki olursa bu takdir hüküm ile takdir gibi muteberdir.

Taraflar uyuşamaz ve sebep veya mikdarında ihtilâf ederlerse hâkim takdir eder. rıza ile takdir bir kayde tâbi değilse de hâkim tarafından tayin ve hükmolunacak nafaka mikdarı kayt ve şarta tâbidir. Şöyleki:

Nafaka davacının geçinmesi için iktiza eden mikdarda diğer tarafın geliri ile mütenasıp olacaktır. Nafaka mıkdarı müddeinin mevkii içtimaisi; mesken, yiyecek, giyecek gibi levazım fiatları ve müddeaaleyhin ailesi efradı ve geliri velhasıl mes'elede müessir olan cihetler anlaşıldıktan onra tayin olunur. icabeden noktaları hâkim ehli vukuftan tahkik edebilir. Takdir ve hükmolunacak nafaka her helde müddeiyi sefaletten kurtaracak ve müddeaaleyhi imkânsızlığa ve muzayakaya düşürmeyecek derecede olacaktır. Müddeaaleyhin gelirinin çok olması nafakanın çok olmasını istilzam etmez.

Gerek tarafların gerek hâkimin tayin ve takdir ettiği nafaka kat'î değildir. Müddei ve müddeaaleyhin vaziyetinde tebeddül vukuunda tezyid veya tenzil olunmak caizdir. Meselâ çocuk büyüyerek tahsil çağına giripde evvelce takdir olunan nafaka bedeli zarurî ihtiyaçlarını karşılayamaz bir hale gelse müddeaaleyhin geliri ile mütenasip olarak mukadder nafaka tezyid olunabilir. Vaziyette hiç bir tebeddül yok evvelce veya var da ehemmiyetsiz ise tezyid ve tenzil yapılmaz.

Usulve furu üzerine nafakanın vücubunda refah şart olmadığı halde kardeş üzerine nafakanın vücubu bu şartla mukayyettir. Şarih Roselin garip bulduğu bu kaydın sebebini İsviçreli müellifler izâh ve beyan etmişlerdir. sebebi ne olursa olsun kanunu bu kaytle tatbik zaruridir.

Mücmel olan ve içtihat ve tefsire müsait bulunan refah muhit ve yaşayış tarzına göre tefsir olunur. Hali refah, ihtiyaç gibi umuru

nisbiyedendir. Refah sahibini servet ve geliri olup varidatı ihtiyaçlarına maazîya detin tekabül eden ve muhitinde zengin addolunan kimse manasında anlamak doğru olur. masraf ve borçları tenzil olunduktan sonra geri kalan varidatı kendi ve efradı ailesini sıkıntıdan azâde olarak geçindiren kardeşler nafaka ile mükelleftir.

Vaziyet yaşanılan muhite nazaran değişir. Köyde zengin ve müreffeh olan kimse o servetle şehirde müreffeh yaşayamiyabilir. Binaenaleyh hadiseler bu dairede takdir olunacaktır.

316 ıncı maddenin son fıkrası sarahatı veçhile dava, nafaka istemek hakkına malik olan kimseler veya mümessilleri tarafından veyahut o kimse resmî bir müessesede infak olunuyorsa o müessese veya o müessesenin tâbi olduğu idare tarafından müddeaaleyhin ikametgâhı mahkemesinde ikame olunur.

Menlehünnafakanın alacaklısı veya bu kimseyi infak eden ve temsil salâhiyeti bulunmiyan adam dava kakkına malik değildir.

Bazı öksüz çocukları evlât edinmeksizin yanlarına alıp bakanlar dahi vasi nasbedilmiş olmadıkça akribasından nafaka isteyemezler.

Kanununda salâhiyetli mahkeme tayin olunmakta ve 315 inci madde hükmünce ikame olunacak nafaka davalarının müddeaaleyhin ikametgâhı mahkemesinde bakılacağı tasrih kılınmaktadır.

Şu halde bu davalara herhangi bir mahal mahkemesinde bakılamiyacağı gibi davacının ikametgâhı mahkemesinde de bakılamiyacaktır.

Temyiz mahkemesi hey'eti umumiyesince tevhidi içtihat suretile karı ve küçükler için tedbir kabilinden olarak takdir olunacak nafaka davaları her hangi bir mahkemede bakılabilip bunda salâhiyet mevzuubahs olamiyacağı takarrür etmiştir. [1]

Meselâ karı kocası bakmadığını iddia ile kendi veya yanında bulunan küçükler için nafaka takdirini istese buna her hangi bir mahal mahkemesinde bakılabilir müddeaaleyh salâhiyet itirazında bulunamaz.

Fakat 315 inci madde mucebince lâzımgelen nafaka davalarının rüyeti Ancak müddeaaleyhin ikametgâhı mahkemesine aittir.

İkametgâh ne demektir?

İkametgâhı medenî kanun tarif etmiştir. «bir kimsenin ikametgâhı yerleşmek niyetile oturduğu yerdir» (Madde — 19)

[1] H.U. M. kanununun 500 üncü maddesinde yazılı aile birliğinin korunmasına matuf umumî hükümlere tevfikan (salâhiyet) aranması mes'elesinin gereklendirdiği sür'at ve sühulete ve kanunun istihdaf eylediği amaç ve ereke münafi olacağından ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi bu kabil tedbir dileklerinde dahi (salâhiyet) mevzuubahs olamiyacağı çoklukla kararlaştırıldı. 7 — 6 — 935 92 16 Numara Umumî hey'et

543

Bir de kanunî ikametgâh yani kanunun ikametgâh addeylediği yer varki bunu da yine kanun gösteriyor.

"Kocanın ikametgâhı karının ve ana ve babanın ikametgâhı çocuğun ve mahkemenin bulunduğu yer vesayet altındaki kimsenin ikametgâhı addolunur» (Madde — 20)

Metnin sarahatından anlaşıldığı üzere ikametgâh için iki unsur var biri maddî diğeri manevî tabiri aharle biri zahiri diğeri batınî.

Bir yerde mesken ittihaz edip ailesini orada bulundurmak ve muhaberatını oradan idare etmek gibi haller Maddî ve orada yerleşmeği niyet etmek manevî unsurdur. orada oturmak bir iş ve meşguliyet dolayısile olmayıp yerleşmek niyetile olmak manevî unsuru teşkil eder. Asıl mühim ve esaslı olan budur. maahaza mücerret niyet kâfi değildir. Orada mesken itihazile oturmak şarttir. Binaenaleyh mücerret bir iş dolayısile uzunca müddet olsa dahi bir yerde ikamet etmek o yerin ikametgâh olmasını istilzam etmez.

Bu cihetledirki Asker, muallim, Hâkim, Kaymakam gibi memurların memuren bulundukları mahal ikametgâh sayılamaz. Çünki bunların oralarda ikametleri oturmak niyetile değil vazifeleri dolayısiledir. Her zaman diğer bir yere nakil ve tahvilleri mümkündür.

Eğer bunların buralarda ikametleri sırf vazifeleri dolayısile değil de yerleşmek niyeti varsa o halde burası ikametgâhları olmuş olur.

Bunun içindirki H. U. M. kanunu yirminci maddede memur; asker mektep talebesi, amele, çırak ve hizmetçi gibi bir mahalde muvakkaten sakin bulunanların oradaki ikametleri meşguliyetlerine göre uzunca bir zaman devam edebilecek ise bu kabil kimseler aleyhine alacak ve emvali menkule davaları bulundukları mahal mahkemesinde bakılabilir diyerek bu yerleri ikametgâh addetmemiştir.

Mes'ele nüfus kanununun 37,38,39 uncu maddeleri hükümlerine muvafık olarak bu şekilde mütalâa olununca nüfus kanununun mezkûr maddeleri ile medenî kanunun 19 uncu maddesi arasında tenazur gözedilmiş olur.

Bu salâhiyet mes'elesi münasebetile mahkemelerce tatbikatta ittirat bulunmiyan vazife mes'elesine temas etmek muvafik olur.

Malûm olduğu üzere H. U. M. kanununun 500 üncü maddesi mucebince evlilik birliğinin siyaneti için kanunu medenide mevzuubahs olan tedbir sulh hâkimi tarafından ittihaz olunur Ve bu meyanda evlilik mevcud iken karı ve keza çocukların nafakalarına mütaallik davalar mezkûr madde sarahatı veçhile sulh hâkimi tarafıdan rüyet ve tetkik olunur.

Mezkûr kanunun muaddel 18 inci maddesi mucebince medenî

544

kanunun 315 inci maddesine tevfikan ikame olunacak davaların rüyeti keza sulh mahkemesine aittir.

Bunların haricinde boşanma veya ayrılığa karar verildikten sonra çocuklar için nafaka talebi veya boşanma veyahut ayrılık hükmile asliye mahkemesince küçükler için takdir olunan nafakaların tezyid ve tenzili ve nesebi gayri sahih çocuklar için nafaka takdiri veya nesebe hükmolunurken takdir kılınan nafakaların tezyid ve tenzili davaları kalıyor. Bu davaların evlilik birliğinin siyanetine matuf olmadığı aşikârdır. 315 inci maddeyi bunlara teşmil mümkin olmakla beraber bazı hasusî hükümlere tâbi ve bir taraftan hakkı vilâyetle de alâkadar bulunmak hasebile muaddel 18 inci maddeye istinaden bu kabil davalara sulh hâkimleri bakamazlar. [1]

Farzedelimki asliye mahkemesinde karı ile kocanın boşanma veya ayrılıklarına ve küçüğün vilâyetinin anası tarafından kullanılmasına karar verilerek küçüğün iaşesi hususunda bir karar verilmemiştir.

Ana sulh mahkemesine müracaatla vilâyetine tevdi edilen çocuk için nafaka takdirini talep ederse sulh hâkimi vazife noktasından bu davayı reddetmek lâzımgelir.

Keza bir kadın gayri meşru tevlit ettiği çocuğu; tâbiî babası tanıdığı veya babalığa hükmolunduğu halde mahkemece nafaka takdir edilmediğini iddia ile sulh hâkiminden nafaka takdirini istese sulh hâkimi bu davayı rüyet etmez. Asliye mahkemesine havale eder.

Bu kabil çocuklara müteallik nafakanın tezyidi ve tenzili ve kat'î hakkındaki davaların rüyeti de yokarıdaki davalar gibi asliye mahkemelerine aitdir.

---

[1] Boşanma hükmile anasının vilâyeti altına tevdiine karar verilen çocuğun nafakasına ait davanın rüyeti asliye mahkemesine aittir.

Temyiz kararı 23-9-1939 No: 2970

Taraflar arasındaki evlenmenin zevalinden sonra nafaka kat'î davasının rüyeti sulh mahkemesinin vazifesinden hariç asliye mahkemesine aittir. Temyiz kararı 22-11-938 No: 4009

545

No: 29

HAKSIZ İKTİSAP

Yazan : Pr. S. Ş. ANSAY

Borçlar kanunu, umumî hükümler kısmında borçların teşekkülü (doğumu) sebebleri olan akdi, haksız fiili ve haksız iktisabı sırasile tanzim etmiştir. Bunlardan bilhassa haksız iktisap hükümleri yeni hukukumuzun en yeni kısımlarından birini teşkil eder. Bundan dolayı da zannediyorumki karışık bir bahis gibi görünmüştür ve hakikatta da basit değildir. Mahkemelerimizden sadır olan muhtelif kararlar haksız iktisabın çetinliğini göstermektedir. Buna belki kanunun bazı sakat tabirleri de sebep olmuştur, meselâ 61 inci ve sonraki maddelerin ünvanında bu borç sebebi, haksız bir fiil ile mal iktisabı diye ifade edilmiştir. Bu doğru olmıyan tabir kanunun 413 üncü madde son fıkrasında da görülmektedir. Bunlar zannolunabilirki haksız iktisabın ancak haksız bir fiil zımnında olabileceği zehabını uyandırmıştır ; halbuki haksız iktisap kanunda görüldüğü üzere haksız fiilden sonra müstakil yer almış ve ondan tamamen ayrı bir borç sebebi olmuşdur. Kanunun 66 ıncı maddesinde kendi mamelekinden mal iktisap edilen kimse için kullanılan mutazarrır tabiri de haksız fiilden zarar gören kimse ile karıştırılmamak lâzımgelir.

Haksız iktisap hakkında Türk hukukçularının eserlerinden başka Rossel, Martin ve Funk gibi İsviçreden tercüme edilen eserlerde oldukça malûmat verilmiştir. Temyiz reislerinden muhterem meslekdaşım Bay Fuat Hulusî ile birlikte on beş yıl kadar önce henüz borçlar kanunu mer'iyete girmeden çıkardığımız şerhde ve bana ait kısımda Oser'den naklen bazı ve nakıs izahat da vardır. Bugün İsviçre kanununun tadilindenberi otuz seneye yakın bir zaman geçmiştir. Oser'in birinci tab'ı da hemen hemen o kadar yaşlıdır. Bugün bu eserin ikinci tab'ı çıkmıştır. Bu ikinci tab'ıdan bir kaç yıl önce de v. Tuhrun kıymetli ve meşhur eseri intişar etmiştir. Pek özlü olan bu 800 sahifelik kitap ağır olmakla beraber şüphesiz borçlar kanunumuzun umumî hükümlerinin iyice anlaşılması için en elverişlidir ; hatta yalnız borçlar kanunu umumî hükümleri hakkında değil, bütün İsviçre hukukunun ve hususî hukukun prensip ve istikametleri hakkında muhtelif vesilelerle ışıklar vermektedir.

546

Memleketimizde ilk defa olarak bu eserden Adliye ceridesinde ve daha sonra 1928, 1929 istanbul baro mecmualarında bazı bahisler nakletmiş idim ; fakat maalesef toplu ve tam olarak tercümesini neşredemedim. Daha sonra prefesör Sıddık Sami — Hazım Atıf Baylar tarafından tam bir tercümesine teşebbüs edilmiş isede bu da devam ettirilmemiş ve bu suretle haksız iktisap bahsi de dilimize nakledilememiştir.

Burada büyük âlimin haksız iktisap hakkındaki yazılarının tam bir tercümesini verecek değilim; mahkemelerimizin haksız iktisaba dair tesadüf ettiğim bazı kararlarından okuyucuları haberdar etmek istiyorum, ancak bu vesile ile ve bu kararların kanuna ne dereceye kadar uygun olduğunu tebaruz ettirmek için v. Tuhru esas ittihaz ederek Oserden ve daha başka eserlerden bu bahse dair bazı nakiller yapacağım :

Borçlar kanunumuzda haksız mal iktisabı (M. 39 f. son), haksız mal edinme (M. 498), haksız surette mal iktisabı (M. 66 f. 2) veya sadece haksız iktisap (M. 117 f. 2) veya daha kısa olarak iktisap ettiği (M. 412 f. 1) ve medenî kanunda bigayrî hakkın mal edinme (M. 86. f. 2), sebepsiz mal edinme (M. 699, 700) gibi tabirlerle gösterilen bu iktisabı aşağıdaki satırlarda haksız iktisap sözüle ifade edeceğim ve mamelekinden iktisap edilen kimseyi A ve iktisap eden kimseyi de F olarak göstereceğim.

I — Haksız iktisap ne akit ve ne de haksız bir fiil ile meşrut değildir. Bir kimsenin kâfi bir hukukî sebep olmaksızın başka birinin mamelekinden bir istifade elde etmesi halinde bahis mevzuu olur. Bu itibarla haksız iktisap mamelekin bir artmasından ibarettir ve bu manada zararın zıddı demek olur. Fakat mamelekte vukubulan her artma bir iade alacağı doğurmaz. Bir zarardan tazminat alacağı doğmak için bir kusur bulunmak yahut hiç olmazsa zarara sebep olmak nasıl lâzım ise bir iktisapdan iade alacağı doğmak için de iktisabın başka birinin mamelekinden olması ve mamelekteki intikalin haksız bulunması şarttır: evimin önünü kapayan bir binanın yıkılmasile manzarasının açılması ve bu suretle kıymetinin çoğalması mamelekimde bir ziyadeliği mucip olursada benim için komşunun mamelekinden iadesi lâzımgelen haksız bir iktisap edinilmiş olmaz.

İktisap ile ziyan arasında bir sebep rabıtası, alâkası bulunmak lâzımdır; fakat ileride görüleceği üzere bir mamelekten başka bir

547

mameleke intikal keyfiyetinin bir ve aynı hâdise ile vukubulmuş olması, ara yere başka bir hukukî muamelenin haylûlet etmemiş bulunması haksız iktisap mefhumunda zarurî bir unsur değildir, meselâ C, F ye A nın mamelekinden bir şey'i hibe etse burada F nin bir haksız iktisabı bahis mevzuu olabileceği gibi C, F ye mefruz bir borcu A nın mamelekinden ödese F bir haksız iktisapda bulunmuş olabilecektir.

Haksız iktisapda iade alacağı, tazminat gibi A nın bir ziyanına müsteniddir ve bu ziyanı aşamıyacaktır; fakat iktisabın muhtevası, yani iktisap alacağının mıktarı ziyana göre değil, o bir tarafın mamelekindeki artıma göre tayin edilir; halbuki tazminatın mikdarında mutazarrırın zararı esasdır, diğer tarafın kendi fiilinden bir menfaat elde edip etmemesine ve ne mıktarda bir menfaat elde etmiş olmasına bakılmayacakdır.

II — Zarar nasıl mutazarrırın hali hazır mamelekile zararı mucip hadisenin ademi vukuu halinde mamelekinin bulunduğu vaziyeti arasında mevcut farktan ibaret ise haksız iktisap da bugünkü mamelek vaziyeti ile bir mamelekten o birine vukubulan haksız intikalin olmaması halindeki mamelek vaziyeti arasında görülen farktan ibaret olacaktır.

Haksız ikisap ya mamelekin, aktif tarafında bir ziyadeleşme veya passif tarafında bir eksilme suretinde büyümesi ile olurki buna pozitif şekilde bir haksiz iktisap denebilir; ve yahutta mamelekin azalmaması suretinde olurki buna da menfi şekilde bir haksız iktisap denilebilecektir.

Şu halde iktisapda bulunan kimsenin, yani mamelekteki intikalden faydalanan kimsenin mamelekine mülkiyet, alacak gibi yeni bir hak inzimamı suretile meselâ arsası üzerine bir bina yapılarak kıymetinin artması suretiyle veya yine F nin mamelekinin mes'ûl olduğu borcun bir hukukî sebeb olmaksızın, meselâ ibra veya bir üçüncü şahıs tarafından ödenmesi suretiyle bir haksız iktisap meydana geleceği gibi F ye düşen bir masrafı başka birinin bir hukukî sebep olmaksızın yapmış olmasından dolayı bu masrafa mahal kalmaması suretiyle, meselâ bir kimsenin bir çocuğu infak ederek veya tahsil ve terbiye masraflarını ödeyerek babayı bu mükellefiyetlerden kurtarması suretile de bir haksız iktisap olabilir [1]. Bu hallerde ba-

[1] Temyiz mahkemesi bir kararında çocuğun babası askerde olduğundan dolayı dedesine hükmedilen nafakası ile birinci derecede mükellef olan baba haksız bir iktisapda bulunğundan dedenin istirdat davası yapabileceğini söylemiştir (1931 Temyiz kararları s.134. No. 75).

ba bir haksız iktisapda bulunmuştur; meğerki bu kimse bu masrafları hibe maksadile yapmış olsun [2].

Bir borcun ödenmesi suretiyle bu borçtan mes'ûl olan kefil ve rehin malikleri gibi, şahıslar da dolayısiyle bir iktisapda bulunacaklarından eğer borç sebebsiz ödenmiş ise ödemiş olan kimse bu şahıslara karşı da bir iktisap iddiasında bulunabilecekdir.

Haksız iktisabı mucip olan mamelekteki intikal, yer değiştirme, yukarda işaret ettiğimiz üzere muhtelif hadiselere müstenit olabilir ve kaideten, cok defa, bir kimsenin doğrudan doğruya veya dolayisile bir teberruu ile olur, fakat F nin fiilile veya iki mamelek sahibinden hiç birine isnad edilemiyen bir hadise ile de olabilir.

Bir teberru kaideten bir tasarruf muamelesi zımmında olur ve taraflarca takarrur eden bir hukukî sebebe müstenit bulunur. Bununla beraber teberruun meselâ başkası hisabına tasarrufda olduğu gibi yalnız teberruda bulunanın arzusuna, onun bir taraflı olarak tayin ettiği sebebe müstenid olduğu da vakidir. Sebeb hakkında bir anlaşma, mukavele, bulunmadığı takdirde teberru sebebsizdir. Taraflarca mukavele edilen sebep tahakkuk etmez, bilhassa bir mükellefiyetin ifası için yapılan edada ifa edilen borç mevcut olmazsa teberru hukukî sebepden mahrumdur.

Bu gibi hallerde teberru sebebsizlikten dolayı hükümsüzmüdür? yoksa bir hukukî sebebin fıkdanına rağmen mutebermi dir ? diğer tabirle sebebsiz teberrula mamelekte bir intikal vukubulurmu? meselesile karşılaşılmış olur.

Muteberliği sebebin mevcudiyetine, muallak, mütevakkıf bulunan teberrulara sebebe bağlı causal, bir hukukî sebebin fikdanı halinde dahi muteber olan teberrulara mücerred, abstrait, derler. Mücerred teberrularla iki mamelek arasında bir intikal olabilir. İşte buna karşı 61 inci ve sonraki maddeler mucibince teberruda bulunan için F. aleyhine bir iade alacağı tevellüt eder.

Kaideten bütün tasarruf muameleleri mücerred karakteri haizdir. Yani taraflarca mukavele edilmiş olan sebep mevcut olmasa veya muteber olmasa veya tahakkuk etmese dahi temlik hüküm ifade eder. Mücerred borç mukaveleleriyle de mamelekte bir intikal vukubulur.

Tapu sicilinde mukayyed mülkiyetin ve diğer aynî hakların teberruu hakkında keyfiyet böyle değildir. M.K. 932, 933 üncü maddelerinden anlaşıldıdığı üzere bu hukukî işler sebebe bağlı, yani mül-

[2] Fakat asıl olan hibe değildir; hibe kasdi asıl ve mefruz olmadığından F istirdat davasına karşı böyle bir iddiada yani hibe iddiasında bulunursa bunu isbat etmesi lâzım gelir, Egger m. 272 n. f.

529

kiyetin intikali sebebin mevcudiyetine mütevakkifdir. Tapu marifetiyle yapılan teberrûlarda daima bir sebep aranacağından ve hukukî sebebi olmayan bir tescil ve devir ile gayri menkul diğerinin mülkiyetine geçmeyeceğinden bu halde bir haksız iktisap olmıyacaktır, meselâ A kendisini malik C nin göya vekili imiş gibi gösteren B den C nin bir gayri menkulünü satın alsa ve halbuki B nin satış zamanında vekil olmadığı anlaşılsa A keyfiyeti bilmese, hüsnü niyet halinde bulunsa, dahi muteber bir hukukî sebebin fıkdanından dolayı o gayri menkulün mülkiyetini iktisap emiş olmaz. Bundan dolayı C haksız iktisap alacağı ile değil mülkiyet (istihkak) iddiasile o gayri menkulün iadesini isteyebilir (Tapu sicili nizamnamesi M. 67 ye bakınız) [3]. Bu hususda aşağıda da izahat verilecektir.

İsviçre hukukunda menkullerde mülkiyetin naklindeki teberrûun mahiyeti mücerred olup olmadığında ihtilaf edilmiştir. v. Tuhr, Leemann, Bussy ve daha sair hukukçular mücerred olduğu, wieland, Egger gibi diğer bazı hukukçularda sebebe bağlı olduğu fikrindedirler.

Teberrû F lehine bir sarfiyattan veya A nın yapdığı bir hizmetten ibaret ise bu kabil teberrûlar mahiyetleri itibariyle gayri muteber olamıyacaklarından hukukî sebebin fıkdanı halinde dahi bir haksız iktisap vukubulacak ve F ye karşı bir haksız iktisap alacagı doğacakdir.

III — Bir teberrû yukarıda denildiği üzere kaideten sebebe müstenittir. Ancak istisnaî surette hukukî sebebden âri bir teberru yapılabilir. Borçlar kanunu 61 inci madde 2 inci fıkrasında haksız teberrûlar üç hal üzerine mutalâa edilmiştir:

1 — Herhangi muteber bir sebeb olmaksızın yapılan teberrular. Burada şunlar dahildir:

a) sebebi hakkında tarafların uzlaşmamış oldukları teberrûlar; buna şu misal verilebilir: A, F ye namınıza şu kadar lira gönderdim, mektup postadadır diye yazsada F parayı alsa bu alış tarafların muvafakatı ile olmuş isede sebebi hakkında bir uzlaşma henuz yoktur; paranın karz içinmi, bir borç edası hakkındamı, yoksa hibe olarakmı gönderildiği sonraki mektupda tayin edilecek ve bildirilecektir. Eğer böyle bir mektup gönderilmezse teberruun sebebi hakkında taraflarca bir uzlaşma yok demektir; binaenaleyh F nin aldığı para bu vaziyette haksız bir iktisap olacaktır.

b) İfası lâzım bir alacak mevcud olmadığı halda ifa maksadile

[3] Profesör Arsebük'ün nakilleri karışmış görünmektedir (s. 135,136 ve 181,182 ve 219,220 ve 297,298). aşagıda s. 528 bakınız.

550

yapılan teberrular. Bu ademi mevcudiyet esasen alacağın hiç vücud bulmamış olması veya vücud bulmuş da eda zamanında sukût etmiş bulunması suretiyle olabilir. Bu hal 62 inci madde de bilhassa tanzim edilmiştir; aşağıda IV bendinde görülecektir.

2 — Hukukî sebebi tahakkuk etmemiş olan teberrular. Bunlar hakkında aşağıda (V) de izahat verilecektir.

3 — Sebebi sakit olmuş (nihayet bulmuş) teberrular. Bunlardanda (VII) da bahs edilecektir.

Teberru A nın yani iktisabı verenin mümessili tarafından, yahut F nin yani iktisabı alanın mümessiline temsil edilenin bir salâhiyet veya icazeti ile yapılmış olursa haksız iktisap iddiası A nın lehine veya F nin aleyhine doğar, meselâ bir kimse A namına bir şey satmış olursa A hakkında yalnız 182 inci maddeden mütevellit mükellefiyetler değil, hukukî ve maddi ayıplardan dolayı tekeffül de tevellüt eder. Mümessilin şahsında rıza fesadı bulunduğu takdirde mümesselünleh için fesih hakkı doğar; diğer taraf da fesih hakkını mümessile değil mümesselunlehe karşı kullanır. Şu helde mümessil tarafından veya ona karşı yapılan sebebsiz bir teberrû halinde temsil edilenin lehine veya aleyhine 61 inci ve sonraki maddelerden mütevellit bir haksız iktisap iddiası bahis mevzuu olacaktır.

Bir temsil salâhiyeti veya icazet bulunmadığı takdirde A nın mümessilinin sebepsiz edayı A nın mamelekinden mi, yoksa kendi mamelekindenmi yapmış olduğuna bakmak lâzım gelir. Birinci halde haksız iktisap iddiası A nın lehine doğar, yoksa mamelekinden hiç bir masraf, teberrû, yapmamış olan mümessil için doğmaz. İkinci halde ise mümessil lehine doğar. Sebebsiz eda F nin salâhiyeti haiz olmayan mümessiline yapılmış olursa haksız iktisap iddiası ona karşı dermiyan edilir. F ye karşı bu iddia yapılabilmek için mümessil, aldığı malı F nin mamelekine sarf etmiş olmalı ve bu suretle kendisi bir haksız iktisap yapmamış bulunmalıdır.

İki kimse arasında yapılan teberrularda üçüncü şahıs vasıta olarak kullanılmış olduğu takdirde, yanı bilvasıta teberrularda edanın müstenit olduğu sebebli münasebetlerin her biri malûl olabilir. Böyle bir halde haksız iktisap iddiası aralarında, sebepsiz olduğundan dolayı malûl bulunan teberrûun vukubulduğu şahıslar arasında tevellüt eder, meselâ A nın havalesi üzerine X in F ye yaptığı bir teberruda A nın F ye ödemek istediği borç mevcud değilse A lehine, F ye bilvasıta yaptığı teberrudan dolayı F ye karşı bir istirdat alacağı doğar; fakat X in A nın havalesini ifa etmesini mucip olan hukukî sebep malûl ise X in F ye edasından dolayı A ya karşı bir hahsız iktisap iddiasına hakkı olur, X yapdığı eda noktasından kendisile F arasında

bir hukukî sebeb mevcud olmamakla beraber F ye karşı bir istirdat hakkını haiz değildir, çünkü X in edası F ye bir teberru yapmak sebebine istinad etmez, bu eda ile hakikatde X den A ya ve A dan F ye teberrular yapılmışdır.

Bununla beraber şu halde F ye karşı bir haksız iktisap iddiasında bulunulabilir: A nın X in F ye edada bulunmasına vesile olan havalesi hakikatda verilmemiş olursa X, F ye karşı bir haksız iktisap iddiası yapabilir, çünkü X in edası sadece görünüş de A nın bir teberrûudur, hakikatta hukukî sebebden âri olarak X tarafından F ye yapılmış bir teberrûdur.

IV — 62 inci madde mucibince borç olmadığı halde yapılan edanın istirdadı için şu şartlar aranır:

1— Bir mükellefiyetin ifası için yapılmış bir teberrû, yani tarafların mukavelesine göre ister borçlanılan şey, ister ifâ yerine başka bir şey eda edilmiş olsun, bir borcun ifasına yarayacak bir eda yapılmış olmalıdır.

İki taraf esasen bir borç olmadığını biliyor idiseler teberru bir mükellefiyetin ifası zımmında ve kaideten bir hibe arzusile yapılmış sayılır.

Eğer F kendisine yapılan edayı hibe diye aldığı halde A bununla borcunu ödemek istemiş olsa burada borç olmıyan bir şeyin hataen edası bahis mevzuu olmaz. Bu, yukarıda III bendinde görülen 1 numaradaki hal olur. Ve yine A kendi borcunu ödemek ister ve F, A nin edasını üçüncü bir şahsın borcunun ifası olarak alırsa aynıdır. Bu hallerde A teberruunu istirdat edersede bu istirdat borç olmıyan şey'in hataen verilmesi halinde olduğu gibi A nın bir hatasına müstenid değildir.

2 — İfâ edilen borç hiç vücud bulmamış veya eda zamanında sukût etmiş olmak suretiyle mevcut bulunmamış olmalıdır. Burada şekle tâbi borçlarda şekil noksanından dolayı taahhüdün batıl olmasına rağmen yapılan edalar bilhassa hatıra gelir. Bu gibi taahhütler eda ile sıhhate inkılap etmezler ve ancak kanunî şekle uygun surette yeniden yapıldığı takdirde mevcudiyet ihraz edebilirler. Şekil noksanından dolayı hükümsüzlüğü bilerek tediye yapılmış ise bir istirdatta bulunulamaz, fakat mükellefiyette hata edilerek muteber zannı ile ödenirse haksız iktisap iddiasile geriye istenebilir.

Osere göre umumî surette şekil noksanından dolayı butlanda bir tâbiî borç dahi olmayacağından hata altında edada, bu edanın istirdadı için 65 inci madde bir mani olmadığı gibi şekil noksanına istinat M. K. 2 inci madde 2 inci fıkrası mefhumunca bir hakkın suî istimâli de sayılmaz, çünkü kanunun himayekâr hükmünden istifâde

etmek isteyen kimse hüsnü niyete muhalif hareket etmiş olmaz [4]. V. Tuhr kefilin tediyeden sonra kefâlet senedinin usulünde olmadığını tesadüfen öğrenmiş olması halinde parayı geriye istemesi caiz olursa alacaklının meselâ kefilin tediyesi üzerine borçluya karşı bir teşebbüsde bulunmağa lüzum görmemesi ve borçlunun bu sırada malî acze düşmüş olması veyhut alacağın müruru zamana uğraması gibi vaziyetlerde alacaklı telâfisi kabil olmıyan bir zararla karşılaşacağını, kefâlet taahhüdünü güçleştirmek ve kefili teemmüle sevk etmek için kabul edilmiş olan şeklin fıkdanına rağmen tediyede bulunmuş olan kefilin böyle bir halde edasını geri istemesi bir hakkın fena kullanılması mahiyetinde telâkki edilmesine mütemayil olduğunu beyan etmektedirki haklı ve mâkûl görünmektedir. Alman ve Fransız hukukunda da istirdat caiz değildir [5].

Şarta muallak bir alacak şartın tahakkuku ile doğacağından (M. 149 f. 2) şartın tahakkukundan önce bir edada bulunulursa bu eda geri istenebilir. Şüphesiz istirdattan önce şart tahakkuk ederse istirdat alacağı sakit olur. Bir miadın hululüne muallak olan alacaklarda da böyledir, yani bu gibi alacaklarda da miadın hululundan önce alacak henüz doğmamış olduğundan meselâ Temmuzda başlayacak olan bir kira bedeli hata ile Şubatta ödenmiş olursa Temmuzun hululile kira lâzım olmadan önce bir istirdat caizdir. Fakat müeccel bir alacak filhâl doğmuş ve yalnız edası te'cil edilmiş olduğundan böyle bir borcun vâktinden önce ödenmesi halinde bir istirdat hakkı olup olmadığında tereddüt ve ihtilâf vardır. 62 inci madde borcun olmamasını şart koştuğundan ve müeccel borcda henüz muaccel olmamakla beraber borç mevcut olduğundan bir istirdat yapılamaması fikri daha racih görünür. Bununla beraber arayerdeki fâiz haksız iktisap olarak istirdat edilebilecektir.

Daimî defi denilen defiilerle malûl olan alacaklar da gayri mevcut bir alacak sayılır, meselâ sebepsiz yapılan bir mücerred borç ikrarından mütevellit alacak yahut 207 inci maddeden mütevellit defilere maruz bir semen alacağı gibi. Bundan 62 inci madde 2 inci fıkrasında müruru zaman defi noktasından bir istisna vardır, yani müruru zamana uğramış bir alacak müruru zaman vukuunu bilmeyerek ifâ edilse dahi istirdat edilemez; fakat borçlu talikî bir defi hata ile dermeyan etmemiş olursa, meselâ 81 inci madde mucibince akdin ifâ edilmediği def'ini yapmamış olsa veya kefil 486 ıncı maddedeki şartlara müteallik def'ini dermeyan etmemiş olsa istirdat talebinde bulana-

[4] M. 11. No. 30,

[5] kefâlet hukuku hakkında mülâhazalar, v. Tuhr dan, Sabrî Şakir Ansay, adliye ceridesi 1937, sayı s. 148, 149; v. Tuhr s. 210 N. 30.

553

maz, çünkü borcun mevcudiyeti borçlunun hususî sebeblerden dolayı muvakkatan edadan imtinâ etmek salâhiyetini haiz olması ile mürtefi olmaz. Bununla beraber burada borçlu istirdat hakkından mahrum olmakla hakkı nihaî, kat'î bir zarara uğramış değildir; Borçlu 81 inci maddeden mütevellit defi yapmazsa kendisine ait olan mukabil edayı yine isteyebilir, netekim kefil de 486 ıncı maddeden mütevellit def'i yapacak yerde asıl borçluya karşı rucu hakkını kullanır.

Ve yine borçlu alacağı bertaraf edebilecek olan bir inşaî hakkını kullanmamış olursa, meselâ takas suretile itfa edebileceği bir borcu ödemiş olursa yahut fesih suretile ref edebileceği bir akdi ifa ederse haksız iktisab iddiasında bulunamaz ; fakat borçlu borcu ödedikten sonra akdi feshederse vücudu nihayet bulmuş bir sebebe müsteniden alınmış olan şey'in istirdadı şeklinde bir haksız iktisap iddiası tevellüt eder.

Rıza fesadı ile malul olan bir borç 23 ve sonraki maddeler mucibince lüzum ifade etmediğine göre fesada vakıf olmıyarak ifada bulunulduğu takdirde bundan borç olmıyan şey'in edası yolunda bir istirdat iddiası tevellüt eder.

Burada rıza fesadı hakkında v. Tuhr da şu izahat vardır [6]: Rıza fesadı ile malul olan bir taahhüdün ifası zımnında yapılan edalar istirdat edilebilir, meğerki ifa zımnî bir icazeti tazammun ede. İstirdat, ifa muamelesinin (meselâ mülkiyeti nakil, yahut temlik) gayri muteber veya muteber olduğuna göre başka başka tarzda olur. Birinci halde eda edilen şey mülkiyet iddiasile geri alınır. Mülkiyet iddiası müruru zamana tâbi olmadığından akid derhal feshedilmiş olursa her zaman yapılabilir. İkinci halde obligation noktasından 61 ve sonraki maddeler mucibince bir iktisap iddiası vücud bulur. Obligation sahasındaki bir mukavelede mevcut rıza fesadı ifayada şamil ve müeessir olmuş ise ifa işi muteber değildir. Bu hal hile ve ikrahda hemen hemen daima vardır. Filhakika hile veya ikraha maruz olan kimse akdi ifa ederse bu kaideten hile ve ikrahın devamı suretile olmuş demektir.

Yalnız obligation sahasındaki akitde rıza fesadı bulunurda ifa işinde bulunmazsa ifa muamelesinin muteberliği bu işin mücerred veya sebebe bağlı olmasına göre değişir. Gayri menkul üzerindeki mülkiyet ve diğer aynî haklar sebebe bağlı olduğundan eğer ifaya esas teşkil eden akid lüzum ifade etmiyorsa ifa muteber değildir. Diğer tasarruflar, meselâ menkullerin teslimi, alacakların temliki mücerred olduklarından lüzum ifade etmeyen bir akdin ifası zımnında yapılmış olsalar dahi muteberdir. Bu kabil edaların istirdadı hak-

[6] v. Tuhr s. 275,276

552

sız iktisap yolu ile olur. Mülkiyetin nakli bir rıza fesadından dolayı gayri muteber olursa hata eden veya hile ve ikraha maruz kalan kimse iktisap edenden, mirascısından ve hususî halefinden mülkiyet (istihkak) iddiasile istirdadda bulunabilir ; fakat hususî halefin hüsnü niyet halinde bulunmaması şarttır, aksi takdirde M K. 901 inci maddesi mucibince hüsnü niyet ile himaye edilir. Bir rıza fesadı altında teslim edilen, şey rıza ve ihtiyar haricinde elden çıkmış olmamasına göre 902 inci madde burada bahis mevzuu olamaz.

Rıza fesadı ile malul olan akid hata veya diğer rıza fesadı altında bulunan kimsenin hasmı hakkında iptidaen lüzum ifade eder; fakat hatada bulunan kimse akdi ifa etmemek hakkındaki kararını beyan edince hasmın da akdi ifa mükellefiyeti sakit olur. Bu hasım daha önce bir edada bulunmuş ise edasının sebebi nihayet bulduğundan bunu geri isteyebilir (aşağıda VII bakınız). Eda rıza fesadı ile malul değil idise bir mülkiyet davası, ancak sebepli teberrularda (gayri menkul mülkiyetinin naklinde) bahis mevzuu olabilir. Diğer edaların istirdadı, haksız iktisap iddiasile yapılır. Her iki tarafın edaları iade edilecek olduğu takdirde iade karşılıklı vukubulur (MK 864 ve BK 81 bakınız).

Borçlu olduğu şeyden başka bir şey'i hata ile eda eden kimse o şeyi borçlu olmadığından istirdat edebilir ve yine muhayyer bir borçda veya nevi üzerine muayyen bir borçda borçlu, bir şeyi, mükellefiyetin mevzuu ancak bu şey olduğu zannı ile hata ederek edada bulunsa yine istirdat mümkündür ; bundan başka alacaklı olmıyan bir kimseye edada bulunulması halinde de istirdat caizdir. Borçlu, F yi alacağın sahibi sanarak değilde yanlışlıkla asıl alacaklı C. ile karıştırarak ve onun yerine koyarak edada bulunsa yine 24 üncü madde 2 inci numarası mucibince eda istirdat edilir. Ancak borçlu, 165 inci madde mucibince temlik halinde, hüsnü niyetle hakikî olmıyan alacaklıya edada bulunmakla barcundan kurtulur ve bu eda muteber olduğuna göre esas alacaklı edayı haksız alan F ye karşı haksız iktisap iddiasını haiz olur.

Bir kimse başkasının borcunu kendi borcu sanarak ifa etmiş olursa istirdat yapılabilir ; filhakika bu eda da mevcut olmıyan bir hukukî sebebe müstenittir ve eda istirdat edilebileceğine göre alacaklı nihaî surette alacağını almış olmaz ve bu itibarla da borçluya karşı alacağı muhafaza eder.

Bil'akis A, X in borcunu hataen kendisi edaya mükellef olduğunu zannederek F ye ödese istirdat yapılamaz. F kendisine borçlanılmış olan şeyi almıştır [7] ve iade etmesine mahal yoktur ; Fakat

[7] Aşağıda n. 20 bakınız.

555

A nın tediyesinde X e bilvasıta yapılmış bir teberru mevcuttur ve bu teberru hukukî sebebden mahrumdur. Bu itibarla A lehine X e karşı bir haksız iktisap iddiası doğmuş olur.

62 inci madde 2 inci fıkrası mucibince müruru zamana uğramış bir borcun yahut bir ahlâkî vazifenin ifası halinde istirdat caiz değildir. Edada bulunan kimse müruru zaman def'ini kullanabileceğini bilmemiş olsa bile, yahut hata ederek ahlâkî vazifeyi cebri kabil bir mükellefiyet sanmış olsa bile verdiğini yine istirdat edemez. Bundan anlaşılıyorki kanun, müruru zamana uğramış olan borçları ve ahlâkî vazifeleri kabili dava saymamakla beraber muteber surette ifası kabil borçlar gibi tutmuştur. Bu borçlara tabiî borçlar denilmektedir. Davası kabil olmıyan ve fakat ifa edilebilen borulardan olmak üzere 505 inci maddede kumar ve bahisden mütevellit mükellefiyetleri de zikretmek lâzımdır. 408 inci madde mucibince evlenme dellalının iddiası da böyledir ve umumiyetle tabiî borçlar hakkında aynı netice kabul edilmektedir [8]. Oser kumarda kayıp eden bir kimsenin kumar borcunu mirascısının böyle bir borç olduğunu bilmeyerek ödemesi halinde istirdat edilebileceği fikrinde isede v. Tuhr buna iştirak etmemektedir.

Ahlâkî vazife hakkında burada biraz daha izahat vermek faydalı olacakdır :

Görüldüğü üzere tabiî borçların karakteristik vasıfları ahlâkî vazifedede vardır, yani dava yolu ile, devlet kuvveti ile icbar edilemez, fakat tediye edildiği takdirde bu tediye muteber olur. Tediye birriza olursa bu hibe değildir, hata ile olursa 61 ve sonraki maddeler hılafına olarak istirdad edilemez (M. 234 f 3. 62 f 2 bakınız). Ahlâkî vazife natemam bir mükellefiyet olduğundan bunun alacaklısı mükellefin kendisindeki bir tam alacağı ile takas yapamaz.

Medenî kanunun 315 inci maddesi mucibince bir muzaheret ve infak mükellefiyeti bulunmıyan akrabaya nafaka edaları bir ahlâkî vazifenin ifası için verilmiş borç sayılır; bu edalar 62 inci madde 2 inci fıkrası mucibince geri alınamazlar [9].

Ahlâkî bir vazifenin muteber surette taahhüd edilebilüp edilemiyeceğinde ihtilaf edilmiştir. V. Tuhr a göre ahlâkî vazifenin kumar borcundan farklı olarak hukukan muteber suretde ifası taahhüd edilebilir; böyle bir taahhüd hibe sayılmayacağından hibe şekline tabi değildir.

Oser kitabının birinci tabînda tabiî borçlarda bir ifa taahhüdü

[8] Konkordato halinde, Adliye ceridesindeki yazıma bakınız (1940 sayı 3 s.175.

[9] V. Tuhr un Adliye ceridesi 1936 sayı 23 deki tarafımdan nakledilen „ hibe hakkında düşünceler „ yazısına (III) bakınız.

556

imkanını kabul etmekle beraber ahlâkî vazife hakkında bir ifa taahhüdü, hukukî manada bir obligation mevcut olmadığından tasavvur edilemiyeceğini söyler ; ikinci tabında bu kabil ifa taahhüdünün haddı zatında ancak bir ahlâkî mükellefiyet tevlid edeceğini beyan etmekle beraber böyle bir taahhüde ivazsız teberru kasdı asas teşkil etmekde ise hibe şekline riayet etmeksizin muteber olacağını beyan eder.

İsviçrede federal mahkeme müteaddid kararlarında ahlâkî bir vazifenin ifası için imzalanmış bir tediye taahhüdünün bir hukukî kıymeti olduğunu kabul etmemişdir. Bu noktai nazara göre ifa taahhüdü hukukî sebebden mahrumdur ve bu itibarla hükümsüzdür.

V. Tuhr akrabayı infak taahhüdü gibi ahlâkî vazifelerin taahhüdünde bir hukukî sebeb mevcud olduğunu ve bu sebebin taahhüdde bulunanın semahat kasdında mündemiç olduğunu söyler ve eğer 234 inci madde 3 üncü fıkrasında bir ahlâkî vazifenin ifası hibe ve binaenaleyh böyle bir ifanın taahhüdü hibe taahhüdü sayılmıyacağı tasrih edilmemiş olsaydı taahhüd hibe olur ve şekle tabi bulunurdu der.

Euğene Huber de bir mütalâasında evlilik haricinde babalığı tesbit edilmemiş olan bir adamın çocuk hakkındaki infak taahhüdünün icbarı kabil bir obligation doğuran ahlâkî bir vazife olduğunu beyan etmişdir.

Haksız iktisab hakkında güzel bir tez yazmış olan Bussy de Federal mahkemenin ahlâkî vazife hakkındaki tediye taahhüdünü ikrarın yani başında mücerred bir taahhüd gibi sayarak ictihadını değişdirmesi zarurî olduğu kanaatini izhar eylemektedir. Şunuda ilave edelimki gerek Alman ve gerek Fransız hukuku bir ahlâkî vazifenin ifası taahhüdünü muteber ve hukukan mülzim ad etmekdedirler [10].

Başkasının borcu için kendi malini rehin veren, şahsen bir borç ile mükellef olmadığından kendisini şahsen borçlu zannederek tediyede bulunsa edasını geri isteyebilir; bu itibarla bu tediye ile rehin bakkı sakit olmuş değildir.

3 — Haksız iktisap zımmında bir istirdat alacağı doğmak için edada bulunan kimsenin veya mümessilinin borç mükellefiyeti hakkında bir hatası olmak şarttır. Edayı alan kimsenin borcun mevcudiyetine inanmış olması veya olmaması istirdat alacağının tevellüdü hakkında bir kıymeti haiz değildir; bunun ancak istirdat hakkının şümulü noktasından ehemmiyeti vardır (M.63). Bununla beraber borçlanılmamış olan bir edanın bilerek alınmasında bir hile mevcud olabilir (M. 28) [11].

[10] Planyol cild 2 No 344, 345.

[11] Aşağıda n. 31 bak.

Mevcud olmadığı kendisince malum olan bir borcu ifa için edada bulunan kimse verdiğini geri isteyemez; meğerki edada bulunan kimse aşağıda görüleceği üzere borçlanılmamış olan bir mukabil edaya intizar ederek hareket etmiş ola.

62 inci maddede bahs edilen hata, edanın hukukî sebebine taallûk eder; bu itibarla saikde bir hata olduğundan 23 ve sonraki maddeler mefhumunca esaslı değildir. Bu hata eda muamelesinin muteberliğini ihlal etmez; belki edada bulunan için diğer tarafın elde ettiği haksız iktisabın geri verilmesi hakkında bir iddia vücuda gegetirir. Hata, edada bulunan kimsenin mevcud olmayan bir vakiaya meselâ asla veya muteber surette inikad etmemiş olan bir akdin münakid olduğuna inanmasından veya meselâ borcunun daha önce ödenmiş olduğunu bilmemesinden ibaret olabilir. Edada bulunan kimsenin, borcu olmadığını isbat edemiyeceğine hatalı olarak inanması, bir borcun bulunmadığına hatalı olarak inanması gibidir, meselâ borclu ilk edası hakkında bir makbuza malik olmadığına kani olduğundan bir daha tediyede bulunmuş olursa makbuzu bulduğu takdirde edayı istirdat edebilecektir.

Hata, hukukî kaidelerin bilinmemesinden veya yanlış anlaşılmasından da ileri gelebilir [12]. Hatanın mazur olması istirdad alacağının şartı değildir.

Bir kimse alacağın mevcudiyetinde tereddüt ettiği halde edada bulunursa bunu bir sulh zımnında vermiş sayılabilir ve bu takdirde istirdat iddiasında bulnamaz [13]. Alacaklı ihtirazî kayıt altında yapılan edayı kabule mecbur olmadığından borçlu alacağın mevcudiyetinde tereddüt ederek böyle bir kayıt altında edada bulunmak istediği takdirde bunu red ve şartsız, kayıdsız eda hakkında dava edebilir.

4 — 62 inci maddeye göre istirdatta hata şartı ancak borc olmıyan şeyin rıza ile verilmesi halindedir. Rıza hilafı yapılan tediye bu tediye borcun olmadığı bilinerek yapılmış olsa dahi yine istirdat edilebilir. V. Tuhr burada gabin halinden bahs ediyor (M 21).

Bir kimse medenî kanunun 864 üncü ve borçlar kanununun 267 ve 482 inci maddeleri mucibince mevcud bir hapis hakkını bertaraf etmek için borcu olmıyan bir şeyi tediye etse ihtiyari olmaksızın bir eda yopmış sayılmaz. Burada edada bulunan kimse hiç bir borcu olmadığını biliyor idise ihtirazî kayıt altında tediye etmeli idi ve alacaklı böyle bir kayıt altında edayı kabul etmediği takdirde hapis hakkının önüne teminat vermek suretile geçebilirdi.

[12] Oser M. 63 No. 8, v. Tuhr s. 377 n. 71

[13] Oser M. 63, No. 10; v. Tuhr s. 377 n. 75 — 78; Fick n. 26 bakınız.

Borç olmıyan şeyin rıza hilâfına tediyesinin en meşhur hali icra ve iflâs kanununun 72 inci maddesindeki haldir. Bu maddeye göre ödeme emrine itiraz etmemesi veya yaptığı itirazı mercice ref edilmesi üzerine borç olmıyan şey'in tediyesine mecbur kalan kimse borcun olmadığını bilerek edada bulunmuş olsa dahi verdiği şey'i geri isteyebilir [14]. Bu istirdat bir hata ile meşrut olmadığından müruru zamanı aynı madde mucibince tediye ile yani icra dairesine ödeme gününden başlar, yoksa borç olmadığı halde ödenenin 66 ıncı maddedeki müruru zamanı gibi başlamaz. Taksitle ödeme halinde her taksit için bir müruru zaman değil, bütünü hakkında son taksitin ödenmesi tarihinden itibaren bir müru ru zaman işler [15]; fakat itirazın muvakkatan ref'inden sonra açılan borçdan kurtulma davasında borçlu davayı kayıp ederse artık bir istirdat bahis mevzuu olamaz.

İcra ve iflâs kanunumuzun iflâs hükümleri iflâs yolunda tasfiye neticesi alacaklıya verilen paranın istirdat edilup edilmiyeceğinde terendüde mahal vermektedir, Prof. Hirsch de poliçe, çek ve emre muharrer senetlerde gerek iflâs yolu ile ve gerek haciz yolu ile yapılan takibde itirazın refinden sonra dahi bir istirdat yapılabileceğini söyliyor [16]. 174 üncü maddenin 2 inci fıkrasından anlaşıldığı üzere itirazın refi halinde paranın geri alınması yalnız haciz suretile takip haline maksurdur. Filhakika gerek adî iflâs yolunda ve gerek ticarî senetlere mahsus yolda iflâs kararı kanunumuza göre İsviçrede olduğu gibi basit usulü mahkeme ile değil, seri mahkeme usulü altında verilecekdir ve bu tahkikatda alacağın esası hakkında tam bir tahkikat yapılacakdır; şu halde verilecek hüküm kaziyei muhkemeye salih bir hüküm olacakdır. Temyiz mahkemesi bu mülâhazalarla olacak ki 172 ve 174 üncü maddelerdeki istirdadın haciz haline maksur olduğunu, hacizde basit usulü muhakeme ile tetkik edilecek olan itirazın yapılmaması veya yapılıpda reddi halinde verilen paranın geri alınabileceğini ve fakat «iflâs talebi üzerine borçlunun bu talebe karşı itirazlarla esasa karşı defileri tetkik edildikden ve karar verildikden sonra 72 inci maddeye tevfikan istidat davası açılamıyacağını kebul etmişdir [17].

Adî iflâsda 174 üncü maddede olduğu gibi 72 inci maddeye hiç

[14] İtirazın refi kararının tamyizce tasdik edilmiş olması istirdada mani değildir; burada alacağın esası hakkında kaziyei muhakeme halinde bir hüküm yokdur, aşağıda IX 4 bakınız.

[15] Sabrî Şakir Ansay, Hukuk icra usûlleri s. 118.

[16] Eernst E. Hirsch, Ticaret hukuku dersleri 1939 cild 3 s. 94 C.

[17] Temyiz ticaret dairesi (Adliye Ceridesi 193) Sayı 11 No. 206

559

bir âtıf bulunmadığından bu yolda bir istirdat hiç bahis mevzuu olmıyacakdır.

Doğrudan doğruya iflâsa gelince Temyiz mahkemesinin müteaddit kararlarına göre bu yolda iflâs kararı basit muhakeme usulü altında verileceğinden [18] bir istirdat davasına da mahal olabilecek demekdir.

Fakat 174 üncü madde 1 incf fıkrasından anlaşıldığı üzere tâkibe itiraz etmiyen borçlu her kim olursa olsun yani iflâsına hüküm edilmiş veya haciz yolu ile takib edilmiş kimse olsun verdiğini istirdat edebileceğine göre adî iflâs yolu ile takib edilen ve takibe itiraz etmemiş olan borçluya da aynı hakkı tanımak lâzımgelir.

Bir kimse âmme hukukundan mevcut olmıyan bir borcun tediyesine, meselâ bir vergi borcunun tediyesine, borcun mevcudiyeti hakkında mahkeme yolu ile bir itiraz imkânını bulmaksızın, mecbur kalsa burada da bu kimse için bir hata ile meşrut olmıyarak bir istirdat alacağı tevellüt eder; bununla beraber haksız olarak alınan verginin istirdadı, bizzat vergi mükellefiyeti gibi bir âmme hukuku meselesi olduğundan borçlar hukuku sahasından hariç olmak lâzım gelir. Devlet Şûrası bu kabil iâde alacaklarında bir müruru zaman cereyan etmiyeceğini mütalâa etmiştir [19].

5 — Borç olmıyan şeyin istiradadı davasında beyyine külfeti M.K. 6 ıncı maddesi mucibince tevzi edilir, yani müddei şunları isbat ile mükellef tutulur.

a) Yapılan edanın, bir borç mükellefiyetini ifa için yapılmış olduğu;

Halbuki bir teberruda hangi hukukî sebebin sözleşilmiş olduğunda ihtilaf edilse bir hukukî sebebden kendisine hak istinbat eden taraf isbatla mükellef olur, meselâ A, X e karz olarak bir para vermiş olduğunu X ise bu parayı hibe olarak aldığını iddia etse müddei olan A karz sözleşilmiş olduğunu isbatla mükellef olur.

b) Bir borç mükellefiyetinin, hatta tabiî bir borç mahiyetinde dahi bir borcun, mevcud olmadığı

c) Hata ile bir mükellefiyet var zannettiğini

6 — 62 inci madde ancak bir borç mükellefiyetinin ifası için yapılan edalardan bahs etmektedir, fakat bu hukukî kaide kıyas suretiyle şu hallere de tatbik edilir:

a) bir kimse bir şartın ifası sadedinde bir edada bulunur ve şartını ifa etmek istediği hukukî iş mevcut olmazsa, meselâ A ya

[18] Sabrî Şakir Ansay, Hukuk icra usûlleri s. 74 N. 8; Temyiz kararları 1938 s. 554 No. 315

[19] Devlet şûrası mecmuası 1937 n. 1. s. 7 — 9.

560

F ye bir para tediye ettiği takdirde bir şey teahhüt edilmiş veya vasiyet edilmiş olsada A bu parayı tediye etmiş olsa bu tediyeyi bir mükellefiyetin icrası için yapmiş olmamakla beraber şüphesiz taahhüt veya vasiyeti nazarı itibare alarak yine bir borçlu gibi yapmıştır. Bu halde şarta bağlı teberrunu hükümsüz olduğu ve A nın bu hususta hata ettiği anlaşılırsa A yapdığı edayı F den geri istiyebilir

b) A bir mükellefiyeti olmadığı halde başkasının bir borcunu bu borç için rehin olarak mes'ul tuttuğu kendi bir malini kurtarmak için ödese ve hakikatte böyle bir rehin hakkı mevcut olmasa A bu noktada hata etmiş ise ödediğini geri alabilir, fakat A başkasının borcunu kendisini bu hususda borçluya karşı mükellef sanarak tediye etmiş olursa yukarıda görüldüğü üzere alacaklıdan bir istiradatta bulunamaz [20] .

c) Hakikatta mevcut olmıyan ahlâkî bir mükellefiyetin ifası için edada bulunmuş ise.

V — Tarafların ileride tahakkukunu derpiş ettikleri hukukî sebep tahakkuk etmezse yapılan eda 61 inci madde 2 inci fıkrasına göre istirdat edilir.

Meselâ şarta bağlı veya ilerideki bir alacağın vaktinden önce ödenmesi ve alacağın da tevellüt etmemesi, yahut faizin peşin olarak eda edilmesi ve ana alacağın vaktinden önce sakıt olması ve yine peşin bir kira ödenmiş olup da işlemeden icarın ortadan kalkması, evlenme olacak diye bir cihaz yahut bu kabil eşya verilmiş ve evlenmenin de yapılmamış olması, yahut sözleşilmiş olan fakat lüzum ifade etmiyen bir mukabil ivaza intizar ederek bir edanın yapılmış olması ve mukabil edanın ise vuku bulmaması gibi.

Bu son hal şu suretle olabilir: meselâ evlâtlığa kabul taahhüdüne veya mirascı nasbı taahhüdüne karşı bir hizmet ifa edilmiş olur. Burada mukabil eda mahiyeti itibarile lüzum ifade eder surette taahhüt edilemez; bir mirascı nasbını veya muayyen bir şey vasiyetini, evlâtlığa kabulü taahhüt, taahhüt edeni ilzam etmez; binaenaleyh bu kabil taahhütlere karşı yapılan edalar da istirdad edilebilir. Ve yahut taahhüdün muteber olması için lüzumlu olan şekil yerine getirilmemiş ve bir taraf buna rağmen diğer taraf da edada bulunacaktır diye eda etmiş olur. Burada eda da bulunan kimse şekilsiz taahhütle mükellef olmadığını bilmekle beraber diğer tarafın bu şekilsiz akdi rızasiyle ifa edeceğine intizar ederek edada bulunmuştur. Eğer mükellefiyetin muteber olmadığını bilmiyerek edada bulunulmuş olsaydı 62 inci madde mucibince borç olmıyan şeyin edası zımmında bir istirdat bahis mevzuu olurdu. Ancak 238 inci madde 3 üncü fıkrası

[20] Yukarı da n. 7 bakınız.

561

mucibince şekilsiz bir hibe taahhüdünün ifası elden hibe sayıldığından eda geri istenemez. Edada bulunan hata ile ifaya mükellef olduğunu zan etmiş olsa dahi istirdat caiz değildir.

1932 Temyiz kararları s. 29, No. 16 da neşredilen bir karardan anlaşıldığı üzere haricen satılan bir gayri menkulde semen olarak verilen 24 altının, satışın tapuya tescil edilmediğinden dolayı Asliye mahkemesince aynen iadesine karar verilmişdir. Temyiz hususî dairesi «bu para müddeinin murisine emanet verilmiş olmayup semen olarak verildiğinden altın olarak tediyesine müddeinin icbarı lâzımgelmezken hilafına karar verilmesini yolsuz» görmüş ve kararı bozmuştur. Asliye mahkemesi emvali gayrî menkulenin haricen alım ve satımı gayri müteber olmasına göre bu alım ve satıma bey ve bedeli mebi namı verilemiyeceğinden bahisle hükümde israr etmiş ve hukuk umum hayati bu ısrarı tasdık etmişdir. Hâdiseye nazaran dava bir haksız iktisab davası olacakdır. Bununla beraber dikkate şayandır ki ne Asliye mahkemesi ve ne Temyiz hususî dairesi venede Hukuk umum heyeti bundan hiç bahsetmemişdir. Bütün mesele paranın semen veya emanet olarak verilip verilmediği etrafında dönmüşdür ve neticede ancak bu paranın semen olarak verilmediğine cebren inanılarak altın olmak üzere iadesine cevaz verilebilmişdir. Halbuki para gayri menkul satış bedeli olarak verilmişdir; müşteri verdiği parayı Bk 463 üncü maddesi mucibince emin bir mahalde hıfzetsin diye bayia vermiş değildir ve böyle bir şey akıllarına da gelmiş olmiyacakdır. Altınlar haksız iktisab edildiğine göre aynen mevcud ise aynen ve değilse bayi bunlardan ne iktisab etmiş ise o iade edilecekdir.

Mukabil edaya intizar bir sözleşmeye, mukaveleye, değilde edada bulunanın bir taraflı farz ve tahminine müstenit olursa bu intizar, edanın hukukî sebebî olmaz; belki saiki sayılır ve yanlış farz ve tahminde bulunan kimse istirdatta bulunamaz, meselâ vahip mukabil bir hibeye intizar ettiğinden bahsile hibeyi geri alamaz.

Taraflar arasında müteber bir akidde bir taraf edada bulunur ve o bir taraf edasını yapmazsa burada sebebsiz bir teberru bahis mevzuu olmaz, çünkü A nın edası hakkındaki hukukî sebeb kendi mükellefiyetini ifa etmesinde mündemiçdir, yoksa mukabil edaya intizar değildir. A yapdığı böyle bir edayı ancak 106 ve 107 inci maddeler mucibince akdi feshederek ve edasının hukukî sebebini bu suretle sonradan bertaraf ederek istirdad edebilir. Şu halde bayi sıfatı ile mebii müşteriye teslim etsem bu teslimim hukukan akdi ifa maksadiyledir. Bu teslimde müşterinin semeni ifa etmesi hakkında mürtebit bir intizarım varsada asıl hukukî sebeb bu

562

değildir. Bu intizarda yanılma, ilerideki bir hukukî sebebin tahakkuk etmemesinden dolayı caiz olan istirdada hak veremez.

V. Tuhrun naklettiği üzere F, Aya A nın kendisine bir mukabil eda yapması şartı altında bir eda taahhüdünde bulunsada şartın tahakkukundan sonra F kendi edasını yapmaktan imtina etse vaziyet bunun gibi olacaktır. Burada da A, yapmış olduğu edayı haksız iktisap iddiasile geri isteyemez; fakat 106 ıncı maddenin kıyası suretiyle akdi feshettikten sonra edasını istirdat etmesi caizdir [21].

Tahakkuk etmiyen sebebden dolayı istirdat, borç olmıyan şeyin istirdadı hilafına olarak eda edenin bir hatasiyla meşrut değildir. ve esasen burada bir hatada varid olamaz, çünkü müstakbel ve bu itibarla gayri muayyen bir hâdise bahis mevzuudur. Edada bulunan kimse hukukî sebebin tahakkuk edemiyeceğini biliyor idise ve daha doğrusu buna kani idise istirdat yine caizdir; Fakat her iki taraf kararlaşan hukukî sebebin tahakkukunu imkânsız saymışlar ise kaideten hakikî sebeb hibe olacaktır. Ve ortada bir haksız iktisapdan bahs edilemeyecektir.

Tahakkuk etmiyen sebebden dolayı istirdat alacağı ilerideki bir hâdiseye mütevakkıf ve bu itibarla şarta bağlı bir alacağa müşabih bulunmasına göre edada bulunan kimse hukukî sebebin tahakkukuna hüsnü niyet kaideleri hilafına olarak mani olursa 154 üncü maddenin kıyası suretile istirdat yapılmayacağını kabul etmek icap eder.

Taraflar ilerideki hâdiseyi meşkûk sayarlarsa ekseriya hâdisenin ademi tahakkuku halinde edanın iade edileceğini mukavele ettikleri kabul olunacakdır; bu suretle istirdat alacağı 61 inci madde hükmüne istinad etmiyecek, şarta bağlı bir akde istinad edecektir. Bu farkın müruru zaman noktasından ehemmiyeti olabilir, çünkü bir iade taahhüdünden mütevellit iddia 66 ıncı maddenin kısa müruru zamanına tabi değildir.

Temyiz mahkemesi umum hey'eti de bu ciheti teyid ederek 29-2-940 Tarihinde iâde taahhüdü dolayısile tevhidi içtihat suretile : her nakadar gayri menkulun haricen satışına ve satış vadine muteallik akit ve muameleler kanunen muteber bulunmamış isede satıcının memuru mahsus huzurunda ferağın icrasını ve aksi taktirde almış olduğu bedelin iadesini taahhüt etmiş ve alıcınında aralarında tekarrür eden bedeli bu şartla satıcıya vermiş olmasına ve

[21] Oser, M. 62, No. 16; v. Tuhr s. 380 n. 99 ve sonrakiler.

563

şu suretle şartın tahakkuk etmediği takdirde bedelin iadesi müteahhedun beh bulunmasına göre bu taahhütden doğan borçların hakli bir sebep olmaksızın mal iktisabından tevellüt eden borçlar mahiyetinde olmadığından hadisede borçlar kanununun 66 ıncı maddesinde yazılı müruru zaman müddeti kabilî tatbik bulunmadığı ve mezkûr kanunun 125 inci maddesi mucibince kanunda başka suretle bir hüküm mevcut olmayan her dava on senelik müruru zamana tâbi tutulduğu cihetle bu misilli davalar on senelik umumî müruru zaman hükümlerine tâbi olduğu gibi satıcının rıza ve ihtiyarile taahhüdünü ifa edebileceğine göre bunun icrasını beklemek zaruretinde bulunan alıcı için ancak şartın tahakkuk etmediği ve ferağ ümüdi münkatı olduğu takdirde bedelin istirdadını davaya salâhiyet geleceğinden müruru zamanında paranın verildiği tarihden değil, satıcının birrıza ferağdan nukul ve imtina ettiği zamandan başlıyacağına ekseriyetle karar vermişdir. (aşa s. 557 No. 1 bak)

Sebebin tahakkuk etmemesi hasebile husule gelen haksız iktisabın iadesi davasında müddei yapdığı edayı ve onun kararlaşmış olan hukukî sebebini ve birde o hukukî sebebin ademi tahakkukunu isbatla mükellefdir, çünkü edayı alan kimsenin bu teberruu, hukukî sebebin tahakkukundan önce elde etmesi tarafların maksudu olduğundan istirdat alacağı ancak hukukî sebebin tahakkuk edememesi yahut tahakkuk edeceği zamanın mürur etmesi halinde tevellüt edebilir.

VI— 65 inci madde mucibince haksız veya ahlâka muğayir bir maksadın istihsali için verilmis olan şey istirdat edilmez, meselâ icradaki artırmada artırmaya iştirak etmek isteyenlerden birinin artırmadan sarfınazar etmesi için verilen para gibi. Bu hükümden edayı alan kimseyi memnu veya gayri ahlâkî bir hareket ile mükellef tutan memnu veya gayri ahlâkî mukavelelere müstenid yapılmış edalar yahut böyle bir hareketi yapdırmak için verilen şeyler maksuddur.

Bununla beraber burada bir tefrik yapmak lâzım gelir :

1 — edada bulunan kimsenin teberruu taahhüt etmekle beraber bu akdin hak ve ahlâka muğayir olmasından dolayı muteber olmadığına vukufu yok idise 62 inci madde mucibince borç olmadığı halde verilen şeyin istirdadına salâhiyeti vardır, çünkü edada bulunan kimsenin haksız veya ahlâka muğayir bir netice meydana getirmek kasdi yoktur; bu itibarla 65 inci madde istirdada mani değildir.

2 — Fakat edada bulunan kimse akdin hükümsüzlüğüne vakif idise yahut bir mükellefiyet deruhde etmiş olmaksızın edayı alan kimsenin haksız veya adaba muhallif bir mukabil edada bulunması için edada bulunmuş ise beklenilen mukabil edanın yapılmaması halinde tahakkuk etmiyen sebebden dolayı bir istirdat alacağı bahis

564

mevzuu olabilirdi. İşte 65 inci madde böyle bir istirdat alacağını men etmektedir. Bu hüküm, kanun vazîinin zecrî bir maksadına müstenittir ve eski hukukda çok defa vaki olduğu üzere ceza fikrinin medenî hukuk münasebetlerin de tesirinin bir bakiyesidir: teberruda bulunan, gayesi hasıl olsa dahi, fena niyetinin cezası olarak edasını kayıp edecektir. Fakat bunun nahuş ve bazan da ahlâkan merdut tarafı ve tesiri, edada bulunan gibi aynı suretle kanun ve ahlâka aykırı hareket eden diğer tarafın iade ile mükellef olmıyarak aldığını kendine alıkoyabilmesidir. Meselenin ahlâk noktasından tatmin edici hal suretini eski Prusya hukuku bulmuştur. Bu hukuka göre haksız veya gayri ahlâkî gaye için verilmiş olan şey müsadere edilecektir. Yine v. Tuhr diyorki 65 inci maddeyi, doğurduğu nahoş tesir göz önünde bulundurularak dar bir tefsire tabi tutmak ve ancak vad edilen yahut mutasavver bulunan bir haksız veya gayri ahlâkî fiili mükâfatlandırmak için yapılan edalara tatbik etmek ve tarafların mukavelesi mucibince edada bulunana iade edilecek olan teberrulara teşmil etmemek icap eder [22].

65 inci madde mefhumunca «verilen şey» tabiri ancak bir tasarruf muamelesi ile yapılan teberruları ifade eder. Bir haksız veya gayri ahlâkî netice elde etmek için bir taahhüt yapılmış ve taahhüt sebebe bağlı bulunmuş olursa bu taahhüt 20 inci madde mucibince batıldır. Mücerred bir taahhüt borçlunun gayri ahlâkî maksadına rağmen muteberdir, fakat muteber bir hukukî sebep bulunmadığından 61 inci madde mucibince istirdat alacağına ve bu alacağa tekabül eden bir def'e tâbidir. Yani sened varsa istirdat edilebiceği gibi senedden dolayı dava edilirse defi yolu ile edadan imtina da edilebilir. Gayri ahlâkî maksadla tanzim edilen mücerred bir borç senedinin istirdadına 65 inci madde mani değildir, çünkü gayri ahlâkî surette hareket eden kimse kanunen makduh maksad altında verdiği şeyi kayıp ederse de bu maksadla tanzim edilmiş olan senedi velevki bundaki taahhüt mücerred olsa dahi ifaya cebredilemez

VII — Haksız iktisap, sebebin sonradan sukût etmesile de tevellüt eder, meselâ 180 inci maddeye tevfikan fesih halinde, karşılıklı akidlerde edalardan birinin gayri mümkün olması halinde (M.117), hibeden rucu halinde (M.244), haksız iktisaba müstenit bir istirdat iddia edileceği gibi 21 ve 31 inci maddeler mucibince feshedilen akidlerde feshedenin hasmının edası noktasından, nişanın feshi halinde hediyeler noktasından (M. K. 86) [23] istirdat hakkında bir alacak doğar.

[22] Keza Oser m. 66 No. 5

[23] 1931 Temyiz kararları s. 113, No. 61

585

Şu hallerde sebep bilâhire sukût etmekle beraber 61 inci ve sonraki maddeler hükümlerine göre bir istirdat bahis mevzuu olmaz: mebiin zabtından mütevellit istirdat alacakları (M.192), beyin feshinden mütevellit istirdat alacakları (M.205), iade taahhüdüne müstenit, meselâ mahfuz tutulmuş olan fesih hakkına yahut tahsil edilen meblağın temlik edene iadesi zımnında yapılan temlike müstenit istirdat alacakları gibi. Bu istirdat alacakları 66 ıncı maddenin kısa müruru zamanına tâbi değildir. (yuk. s. 537 bak)

122 inci madde 2 inci fıkrası mucibince makabiline şamil bir takas ile bertaraf edilen bir borç için takasın kabil olduğu günden itibaren faiz işlemiyeceğinden tediye edilen faiz hakkında bir istirdat alacağı tevellüt eder.

VIII — F nin A nın mamelekinden bir haksız iktisabı, teberrudan başka bir suretle, F nin haksız bir fiiliile tevellüt edebilir. Haksız fiilden veya akidden bir mes'uliyet mevcut olmasa dahi F nin fiilinden bir haksız iktisap doğabilir. İşte meselâ 412 inci madde mucibince başkası hesabına tasarrufda bulunan kimse, akd ile iltizama ehil değilse yapdığı tasarrufdan iktisap ettiği ve suiniyetle elinden çıkardığı mikdarda mes'uldur. MK. 395 inci maddesi mucibince de aynı terzda bir mes'uliyet tasrih edilmiştir.

Filhakika F, A nın mamelekinden onun iştiraki olmaksızın bir hak iktisap edemez; buna rağmen A nın mamelekinden kendi mamelekine bir şey sokduğu takdirde burada F nin haksız ve tazminatı mucip bir muamelesi bahis mevzuu olabilir.

Fakat F ye hiç bir kusur isnad edilemese dahi A için F ye karşı bir haksız iktisap iddiası tevellüt eder, çünkü haksız iktisap, F nin mamelekinde onun medenî hakları istimal ehliyeti ile hiç bir suretle meşrut olmıyan opjektif bir vakiadır.

F nin, A nın mamelekinden bir kıymeti kendine edinmek suretile iktisabına şunlarda birer misaldir :

1 — A nın bir malinin F tarafından istihlaki. Başka birinin malini tağyir, eğer bu tağyir MK. 699 uncu maddesi mucibince amile yeni malin (şeyin) mülkiyetini edindiriyorsa bir istihlâk sayılır. Başkasının malzemesini kendi gayri menkulündeki inşaatta kullanma da böyledir. V. Turh burada 649 uncu maddedeki «muhik tazminat» ın haksız iktisabın iadesi demek olacağına işaret etmektedir. F başkasına ait malin zilyedi sıfatı ile onu malike iade ile mükellef bulunmakta idise şey'in istihlak edlimesi ile o şey'i mülkiyet davasile istirdat sakit olur ; onun yerine malikin haksız iktisap iddi sı kaim olur, yani zilyed mali başkasına temlik ederse bu suretle is-

546

tihsal ettiği bedel noktasından haksız iktisap nisbetinde mes'ul olur [24].

2 — Başkasına ait bir parayı kendi parasile karışdırma istihlâk gibidir. A kendi paralarının hüviyetini artık tesbit edemeyince mülkiyet iddiasında (istihkakda) bulunamaz, bu dakikada F. paranın kıymeti miktarında haksız iktisabda bulunmuş olur.

3 — F, A nın bir hakkı üzerinde tasarrufda bulunur ve iktisap edenin hüsnü niyetinden dolayı veya medenî kanunun 701 inci maddesindeki iktisabî müruru zamandan veya 902 inci maddedeki müddetin mürurundan dolayı bu tasarruf muteber olursa bir haksız iktisap iddiası bahis mevzuu olur. F A nın malini hukukî sebep olmaksızın X e temlik etmekle ve X malik olmakla F maldan elde ettiği bedelde haksız iktisap etmiş olur. Malin elden çıkması ile F, A nın mamelekinden bir kıymet nez' etmiştir ve bu mikdarda onun mamelekinden iktisapda bulunmuştur. F, A nın bir malini X lehine kullanır ve bundan dolayı X den mukavele mucibince bir ivaz alırsa yine bir haksız iktisabda bulunmuş olur.

Ve yine F hamile muharrer alacaklarda kolayca vukua gelebileceği üzere ve alelâade alacaklarda ancak meselâ 165 inci maddedeolduğu gibi borçlunun hüsnü niyeti himaye edilen istisnaî hallerde A ya ait bir alacağı muteber surette tahsil ederse böyledir. Fakat F nin tasarrufu muteber olmazsa tarafından elde edilen bedel A nın mamelekinden bir iktisap sayılmaz, çünkü A hakkını zayi etmiş değildir. A, F tarafından satılmış olan şeyin milkiyet davasıla istirdadını yahut F nin tahsil ettiği alacağın tekrar tediyesini isteyebilir. A, F nin muteber olmayan tasarrufundan elde ettiği bedeli almak isterse F yi kendi hesabına tasarrufda bulunan bir kimse gibi tutarak 414 üncü maddeye istinatla bu bedeli F den isteyebilir.

4 — Bir alacaklının X e karşı alacağından dolayı icra takibatında A ya ait bir mal haciz edilmiş ve paraya çevrilmiş ve A da takip muamelesinde İcra ve İflâs Kanununun 97 inci maddesinden mütevellit iddialarını dermiyan edecek vaziyette bulunamamış ise bundandan A nın lehine bir haksız iktisap iddiası tevellüt eder; fakat bu haksız iktisap iddiasının X e karşımı yoksa alacaklıya karşımı olacağı ihtilâflıdır. Bir noktai nazara göre alacaklı X in mamelekinden alacağı meblağı takip yolu ile A nın mamelekinden almış olduğundan A nın zararına iktisabda bulunmuş olur; tıpkı A nın kendi rızasiyle X in bir borcunu kendi borcu zannederek ödemiş olması gibi. diğer bir reye göre icraca usulü dairesinde yapılan takip suretiyle alacaklının üçüncü şahsın mamelekinden almış olduğu parayı kendisine terk etmek ve malı, başkasının

[24] v. Turh, s. 384 n. 126 ; Wieland m. 938 no. 6.

567

borcunun ödenmesi için sarf edilmiş olan A ya, alacaklıya karşı değilde borcundan kurtulan borcluya karşı bir haksız iktisap iddiası tanınmak lâzım gelir. V. Tuhur birinci ve Yâger ikinci telâkkidedir [25].

Mahkemelerimizin bir hâdise münasebetiyle verdiği bir kararı bu vesile ile aşağıya maklediyorum. Bu karar anladığıma göre bilhassa haksız iktisap eden kimsenin sui niyet sahibi olan kimse olacağını söyleyor, yako Samiye husumet tevcihi onun hüsnü niyet veya sui niyetle hareket etmiş olmasına bağlanmaktadır. Yako Sami Hüsnüniyet ile hareket etmiş olduğu takdirde haksız iktisapda bulunmuş olmayacakdır; ancak Hacı Mehmed bu iktisabı yapmış olacaktır [26].

IX — A ve F arasındaki bir mamelek intikali bir üçüncü şahsın fiili veya haricî bir hâdise ile olabilir. Bu takdirde bu intikal hukukan sebepsizmi sayılmak lâzım gelir ve A için bir haksız ikti-

[25] Sabri Şakir ansay, Hukuk icra usulleri s. 179 ve n. 13

[26] Temyiz 4 üncü hukuk dairesinden ekseriyetle verilen bu karar henüz neşredilmemiştir, Tarihi 3-7-939, No. sı 1876/1485:

Hâdisenin mahiyeti: Hacı Mehmet namına ziraat bankasından mahfuz bulunan paradan bir kısmına Hacı Mehmedin alacaklısı Yako Saminin haciz koyarak istifayı matlup etmesi ve üçüncü şahıs Hakkının ziraat bankasiyle Hacı mehmet aleyhine açdığı ve Yako Samiye ihbar edilmiyen bir dava neticesinde Hacı Mehmet namına ziraat bankasında bulunan bu paranın Hakkıya ait olduğunun Subutuna mebni Hakkıya itasına dair müttehaz bir karar üzerine Hakkının bu paraları tamamen ziraat bankasından istifa etmesi hasabiyle ziraat bankasının hem Yako Samiye ve hem de Hakkıya tamamen tediyatta bulunduğundan dolayı Yako Saminin aldığı paranın haksız alınmış olmasından bahsile istirdadını dava ederek binnetice Yako Samiden müddeabih meblağın tahsiline karar verilmesinden ibarettir. Bu Hâdisede Yako Sami Hacı Mehmet namına mukayyet paranın Hakkıya aidiyetine dair verilen hüküm kesbi kat'iye etmeden ve hakkı tarafından mezkûr paraya Yako Saminin koydurduğu haciz üzerine bu paranın Yako Samiye verilmemesi için ikinci bir haciz vaz edilmeden evvel istifayı matlup etmiş olmasına göre Yako Saminin bu istifayı matlubunda hüsnü niyet veya suiniyetle hareket ettiği keyfiyetinin tedkiki ve suiniyetle istifayı matlup etmediğinin tahakkuku halinde binnihayet alacağını almaktan ibaret olan hareketi vakiasında bir haksız mal iktisabı mutasavver olamıyacağına göre *tazminat davasının Yako* Samiye değil aherin malinden borcunu ödemiş bulunan ve *bu suretle haksız mal iktisap* eden Hacı Mehmet aleyhine teveccüh eyleyeceği tabiîdir. Evvelce vaki nakız kararı, ikame edilen haksız iktisap davasında müruruzaman olmadığının tesbitini mutazammın olup Yako Saminin haksız mal iktisabını tazammun etmediğine göre *mahkemece Yako Saminin hareketinde haksız mal iktisebı olup olmadığının evvel emirde tayini için hâdisede hüsnü niyet ve suiniyet esasları nazara alınarak kendisine* o dairede husumet teveccüh edip etmeyeceği derpiş edilmek ve neticeye göre hüküm verilmek lâzım gelirken bu bapda tedkikat icrasından zuhul olunarak ve mücerred Hacı Mehmedin namına mukayyet olan bir paradan alacağını istifa etmesinin Yako Saminin tazmin ile mes'uliyetini mucip ne gibi bir fiili hukukî olduğu izah olunmaksızın yazılı olduğu üzere karar verilmesi muhalifi kanun olduğundan ilâmın nakzına ekseriyetle.....

568

sap iddiası meydana gelirmi meselesi bu vakıanın mahiyetine göre tayin edilir. Yine v. Tuhr diyorki F. nin A nın, rızası hilâfında ki zarariyle sebebiyet irtibatı halinde bulunan her iktisabından A lehine bir iktisap alacağı doğmasını icap eden umumî bir hüküm yoktur. Konjonktur [27] denilen vaziyetten ve sair tesadüfî ahvalden husule gelen her mamelek naklini ıslâh etmek vazifî kanunun vazifesi değildir.

1 — M K. nun 700 üncü maddesi başka başka maliklerin menkul mallarını karıştırma ve birleştirme suretile vaki olan mamelek naklinin sebebsiz olduğunu ve haksız iktisap iddiasile tadili lâzım geleceğini göstermektedir. Bir kimse başkasının malzemesini F nin gayri menkulü üzerindeki inşaatta kullanırsa yahut başkasının mallarını sair suretlerle F nin mamelekine sarf ederse yahut hayvanları başkasının gayri menkulünde otlatırsa aynı hüküm cari olmak lâzım gelir.

2 — Hüsnü niyete yahut mürüru zamana müstenit bir îktisap, mali nez' edilen malike karşı sebebsiz değildir. Mal, onu bu suretle iktisap edenden haksız iktisap notasından bir iddia ile geri alınamaz, çünkü hüsnü niyet ve iktisabî mürüru zaman müesseselerinde iktisap edenin vaziyetini taarruz edilemez bir hale sokmak gayesi vardır. Bil'-akis X, A nın bir malını sebebsiz F ye vermiş ve F de o mali hüsnü niyetle veya mürüru zamanla iktisap etmiş olursa göya ona kendi bir malini vermiş gibi F den geri alabilir; ancak mal X in mamelekinden değil, A nın mamelekinden gelme bir mal olduğundan X o malın iadesini kendisi için isteyemeyip A için isteyebilir. X in malin A ya iadesi hakkındaki iddiası X in bir haksız iktisabını mucip olur; bu itibarla X bu iddiasını A ya temlik mecburiyetindedir.

3 — Bir alacaklının bir mehli kaçırmak suretiyle yahut mürüru zamanı geçirmek suretiyle uğradığı zarar bir haksız iktisap iddiası yolu ile bertaraf edilemez, çünkü böyle bir yol kabulü mehillerin ve mürüru zamanın gayesine aykırı düşer. Alacağını iflâs masasına kayıt ettirme müddetini (icra ve iflâs kanunu M.219) kaçırmış olan alacaklının da iflâs masasına karşı bir haksız iktisap alacağı yoktur.

4 — Bir kimse kaziyyei muhkeme halini alan hükümle mahkûm olduktan sonra hükmün yanlış olduğu ve bu itibarla diğer tarafın hükümle haksız bir iktisapda bulunduğu iddiasiyle kaziyyei muhkemenin nüfuzundan kurtulamaz. Kaziyyei muhkeme ancak muhakemenin iadesi yolu ile bertaraf edilebilir. Bu hüküm 2500 kuruşa kadar olan ve temyizi kabul edilmiyen alacak davalarında da aynıdır

[27] Bu kelime fransızca tercemede conditions du marché diye ifade edilmişdir; Ticaret vekâletinin konjonktur mecmuasının seri A. No 1 (ikinci kanun 1940) nushasına bak.

569

(Hukuk muhakeme usulü m. 427). Gerçi böyle bir hüküm baş müddeiumuminin talebi üzerine nakız edilirse paranın tahsili sebebsiz ve haksız bir iktisap suretinde görünecektir. Ancak kanunun böyle bir iktisap iddiasile istirdadı tasavvur etmediği ve icraya karşı bu nakzın ileri sürülmesine cevaz vermediği aşıkârdır, çünkü nakız mahkûmünaleyhin lehine değil, sırf kanun nef'inedir.

Fakat bir hükme müsteniden yapılan bir eda, hükmün kaziyyei muhkeme halile alâkası olmuyan vakialardan dolayı yapılmış ise vaz'iyet başkadır, meselâ borçlunun akdin ifasına mahkûm edilerek edada bulunmuş ve sonra hüküm zamanında mevcud olmıyan bir sebebden dolayı akdi feshetmiş olması yahut vahibin mahkûmiyetten ve edadan sonra 244 üncü madde mucibince hibeden rücu etmesi yahut bir kimsenin evlilik harici baba diye çocuğu infaka mahkûm olup edada bulunması ve sonra çocuğun nesebinin, ananın asıl baba olan üçüncü şahısla evlenmesi suretiyle tashih edilmesi gibi. Gényve Yüksek mahkemesi babanın, tashihden sonra bu tashihi bilmiyerek yaptığı tediyelerin istirdadı davasını kabul etmiştir.

X — Haksız iktisap esas itibarile tarafların hukukî iş nevinden bir muamelesine mütevekkif olmaksızın iki mamelek arasında ceryan eden bir hadisedir. Bundan dolayı haksız iktisap iddiasının tevellüdü için her iki tarafdan hiç birinde medenî hakları istimal ehliyeti şart değildir; medenî hakları istimale ehil olmıyan bir kimse de haksız iktisapda bulunabilir ve bu suretle kendisi için bir iade mükellefiyeti doğabilir. Haksız, iktisap haksız iktisapda bulunanın fiili olmaksızın da vaki olabilen bir vaziyet olduğundan bu mükellefiyette M. K. 15 inci maddesinden bir istisna mündemiç değildir.

Medenî hakları istimale ehil olmıyanın yapdığı gayri muteber akde müsteniden verilen edalar her iki tarafca istirdat edilebilir. Gayri reşidin yapdığı veya gayri reşide yapılan temlikler hükûmsüz olduğundan bu istirdat evvelâ milkiyet davasıla olur. Eda edilen şeyin istihlâk edilmesi veya başkasına temliki dolayısila milkiyet (istihkak) davası yapılamazsa 61 inci ve sonraki maddeler mucibince haksız ikitisab yolu ile istirdad bahis mevzuu olur. Mk 395 inci maddesinde kanunî mümessilin icazet vermemesi halinde her iki tarafın iade mükellefiyeti tasrih edilmişdir. Aynı hüküm umumî principler mucibince kanunî mümessilin icazeti bahis mevzuu olamıyan bir akıl hastasının hukukî muamelesinde de cari olmak lâzımgelir. İade mükellefiyetinin muhtevası tasarrufa ehil olmıyan hakkında Mk 395 inci maddesi mucibince ve hasmı hakkında Bk 61 inci maddesi mucibince tayin edilir.

Mk 395 inci maddesi yalnız haksız iktisaptan bahsetmekde ve

570

bu suretle eda edilen şeyin milkiyet davasıla istirdat edilemiyeceği zannını vermekdedir. V. Tuhr diyorki bu her halde gayri reşit tarafından temlik edilen şey noktasından doğru degildir, çünkü şey şübhesiz gayri reşidin milkiyetinde kalmakdadır ve fikrimce gayri reşide temlik edilen şey hakkında da doğru olmaz. 395 inci madde ancak edanın milkiyet davasila istirdadı bahis mevzuu olamıyorsa o vakit tatbik edilebilir.

XI — Haksız iktisapda bulunan kimsenin mamelekinde bir mahfuz mal bulunursa burada iktisabın esas mamelekdemi yoksa ayrı tutulan mallardamı (Biens réserves) tevellüt etmiş olduğu, meselâ iktisabın borçlunun iflâsdan hariç mamelekinemi yoksa iflâs masasınamı [28], karının şahsî mallarınamı yoksa mahfuz mallarınamı [29], mirascıların zatî mameleklerinemi, terekeyemi ait olduğunu ayırmak lâzımdır. Bir iştirak (ortak) halindeki mamelekin (Communaute = karı koca ortak mallarının, miras şirketinin, şirket mallarının) hakzıs iktisabı halinde şerikler için, iştirak halindeki mamelekin mes'ul olacağı müşterek mükellefiyetler tevellüdeder.

İktisap ve buna tekabül eden iade mükellefiyeti bir mamelek ile aynı süjeye ait mahfuz mal arasında da doğabilir, meselâ karının şahsî mallariyle mahfuz malları arasında ve kezalik bir iştirak emvali ile bir şerikin iştirak mallarindeki münferid bir mameleki arasında olabilir.

Haksız İktisabın mevzuu ve şumulü

I — 61 inci madde mucibince iade edilecek haksız iktisap evveli emirde hukukî sebep olmaksızın iktisabda bulunan kimsenin mamelekine girmiş olan şey (objet) den ibarettir. Bu şey mümkün oldukca, yani tamamen veya kısmen mevcut olanı, aynen geri verilmek lâzımdır: Muayyen bir şey'in haksız iktisabı halinde bunun hakkında aynî bir dava tevellüt etmemekle beraber iktisap olunan şey'in kıymeti değil, kendisi iade edilecektir. Haksız iktisap diğer tarafın bir taahhüdünden, mükellefiyetinden ibaret ise bunu natık bir borç senedi mevcut olduğu takdirde senedin iadesi, para ve diğer mislî şeylerde iktisab olunan şeylerin kabili tesbit oldukça tah-

[28] İflâs masasının haksız iktisabından bir masa borcu tevellüt eder, v. Tuhr s. 387 n. 152.

[29] M. K. 203 üncü maddesinden şahsî malların, mahfuz malların haksız iktisabından mes'ul olmadığı anlaşılmaktadır, v. Tuhr s. 387, n. 153.

371

sisen borç olmak üzere bunların iadesi, temlik edilen bir alacağın aynı muhteva ile yani bir teminata merbut idise aynı veya o kıymette bir teminat ile geriye devri, ibra halinde alacağın yeniden tesisi, kefalet halinde kefalet senedinin, rehin senedinin iadesi istenebilir.

Haksız olarak ibra edilen alacağın yeniden tesisinden önce bu alacak muaccel halini alsa doğrudan doğruya ifa talep edilebilir.

Aynen iade hakkındaki hüküm Alman medenî kanununun 818 inci maddesinde olduğu gibi kanunumuzda tasrih edilmiş değilse de haksız iktisap hakkında kanunun daima kullandığı «red, iade, istirdat, geri almak» sözlerinden anlaşılmaktadır. Aynen iade müddei ve müddeaaleyhin de menfaatlerine uygun olan bir tesviye tarzıdır.

Sebebsiz eda geri verilemiyecek mahiyette idise, meselâ hizmet ifası yahut bir şeyin kullanılması idise bunların, ancak iktisap eden için nakdi kıymeti iade edilebilir. İstirdat, iktisabın esas unsurlarından başka iktisap edenin istihsal ettiği tabiî ve medenî semerelere, bilhassa haksız olarak alınan paranın faizlerine, işbu intifalardan haksız iktisap müddeisinin mahrum kaldığı mıkdarda, şamil olur.

Alman medenî kanununun 818 inci madde 1 inci fıkrasında olduğu üzere kanunumuzda iadenin, elde edilen menfaatlere şamil olduğu hakkında sarih bir hüküm yoksada haksız iktisapda umumî prensip olarak iktisab eden istirdat zamanındaki iktisabını iade ile mükellef olduğuna ve bu menfaatler de diğer taraf zararına bir iktisapdan başka bir şey olmadığına göre kanunumuz noktaî nazarından da bunda tereddüt etmemek lâzım gelir (151 inci maddeyede bakınız) İsviçrede de gerek dokterin ve gerek jürisprdans bunu böyle kabul etmektedir.

Medenî kanunun 907 inci madde son fıkrasında «zilyedin elde ettiği semereleri kendi sarfiyatı dolayısiyle olan alacaklarına mahsup edeceği» ve 908 inci madde 1 inci fıkrasından da «bir şeye suî niyetle zilyed olan kimsenin o şey'i hak sahibine iade etmekle beraber haksız alıkoymuş olmasından mütevellit zararları ve elde ettiği veya elde etmeği ihmal eylediği semereleri tazmin ile de mükellef olacağı» daha hususî bir surette emir edilmiştir.

II — 63 üncü maddeye göre (hüsnü niyetle iktisapda bulunan kimse istirdad zamanında artık bir şey iktisap etmiş halde değilse iade mükellefiyeti sakit olur. Haksız iktisap alacağı diğer ekseri alacaklar hilafına olarak mütehavvil bir şumulü, sebebsiz iktisabın iktisabı yapanın mamelekinde almış olduğu talie beğlı bir muhtevayı

572

haizdir; halbuki meselâ bir karz borçlusunun veya müşterinin mükellefiyeti hakkında karz alınan paradan veya mebiden ne hasıl olduğuna bakılmaz. Haksız iktisapda bulunmuş olan kimseye tahmil edilen iade mükellefiyeti eğer bu kimseye bir kusur isnad edilemezse mamelekinde hiç bir azalmağı mucip olmamalıdır. Bu, haksız iktisabın iadesinde bir temel fikir teşkil eder. Esasen iade edilecek iktisabın şumulü zararın şumulü gibi bir çok hallerde ancak hâkimin serbest takdiri dairesinde tesbit edilebilir.

Bahs ettiğimiz temel fikirden şu neticeler çıkar:

1 — Haksız iktisabın asıl mevzuu artık mevcud değilse iktisapda bulunan kimsenin esas itibariyle bir mükellefiyeti yoktur. Ve hatta bu kimse iktisabın mevzuunu bizzat yok etmiş olsa dahi böyledir, cünkü bu kimsenin hüsnü niyeti ile kusur ortadan kalkmıştır. Bir iade mükellefiyeti ancak artık mevcud olmıyan mal yerine başka bir kıymet (bir bedel) kaim olmuş ise o bedel nisbetinde mevcud olabilir; bu itibarla iktisap eden kimsenin şunları iade etmesi lâzım gelir.

a) İktisap eden kimsenin iktisap ettiği malin tahrip edilmesi veya elinden alınması veya o male bir zarar verilmesi karşılığı tazminat olarak aldığı,

b) Hukukî sebeb olmaksızın iktisap edilen alacağın tahsili suretiyle aldığı,

c) İktisap edilen asıl mal iktisabı yapan tarafından istihlâk edilmiş olursa iktisap ettiği mıktarda, bilhassa istihlâk suretiyle tasarruf ettiği masraflar miktarında iade ile mükellefdir.

d) İktisabı yapan kimse iktisap olunan malı başkasına temlik ederse bu kimsenin iktisabı, temlik suretiyle elde edilen mukabil kıymetten, bir malin bey'i halinde semenden ibaret olur.

Ve yine sebebsiz elde edilen paranın sarfı halinde bununla elde edilen mallar yahut bu para ile ödenen borç mıktarı, iade edilecek iktisabı teşkil eder.

Sebebsiz iktisabın ivazsız elden çıkarılması halinde iade mükellefiyeti sakit olur. İktisap edilen asıl malin bedeli olarak alınan mal, faydasız surette istihlâk edilmiş yahut ivazsız olarak başkasına temlik edilmiş olursa yine böyledir.

e) Haksız iktisap borçlusunun, iade edilecek mali hata ile mamelekinden iktisapda bulunduğunu zan ittiği bir kimseye vermesi, mesalâ F nin başka birinin, A nın, malini istihlâk etmiş ve onun kıymetini malin maliki sandığı X e ödemiş olması ile haksız iktisap sukût edebilir. Pirensip itibariyle bir borçlu hakikatte alacaklı olmıyan kimseye edada bulunmakla borçdan kurtulamazken F nin mükel-

583

lefiyeti iktisabile birlikte ortadan kalkar. Netice itibariyle A, kendi alacağını muteber surette tahsil etmiş olan X e karşı bir haksız iktisap iddiasında bulunabilir.

Haksız iktisabın sukutu veya azalması, hakkı ref eden ve müddeaaleyh tarafından isbatı lâzım gelen vakialardandır.

2 — Haksız iktisap mıktarı, iktisap eden kimsenin iade olunacak mala kendi mamelekinden yapdığı sarfiyatile azalabilir. Haksız iktisap iddiası halinde sarfiyatın ne suretle tazmin edileceğini 64 üncü madde mülkiyet (istihkâk) davasında M K. 907 inci maddesinde olduğu gibi tanzim etmekdedir : haksız iktisapda bulunan kimsenin hüsnü niyeti halinde zarurî ve faydalı masraflar tazmin edilecekdir, fakat diğer sarfiyat, iktisapda bulunan kimsenin zevkî yahut şahsî emelleri için yapılmış olan masraflar, tazmin edilmiyecekdir . V. Tuhr bu hüküm, haksız iktisap davasının hüsnü niyet sahibi müddeialeyhi izrar etmemesi hakkındaki prensibe bir aykırılık teşkil eder, milkiyet davasında müddeaaleyhin zevkî masraflarının tazmin edilmemesini meşru kılan sebep bu müddeaaleyhin şey'in menfaatlerini elinde alıkoymasıdır, halbuki haksız iktisap borçlusu yukarıda gürüldüğü üzere bunları iadeye mecburdur. Tadilde borçlar kanunu 64 nücü maddesile M K. 907 maddesini yeknesak bir şekilde tahrire çalışacak yerde acaba her iki madde unsurları birbirine karşı esaslı farklar irae etmemektemidir ciheti tetkik edilseydi daha iyi yapılmış olurdu, diyor. Alman hukuku bütün masrafların ödenmesini kabul eder.

Bununla beraber iktisap eden kimse zevkî masraflar için kendisine bir tazminat teklif edilmeyecek olursa mali iadeden önce onunla birleştirdiği şeyleri ayırıp alabilir; fakat bu hakkı istimal suretiyle iade olunacak mal üzerinde vukua gelecek zararı tazmine mecburdur.

3 — Masraflardan başka diger haller de haksız iktisabın azalmasını mucip olabilir : İktisapda bulunan kimsenin edindiği iktisap vesilesile bir zarara uğraması bu azalmayı icap edebilir. Haksız fiillerde zarar tayin edilirken zararı mucip olan hadiseden ileri gelen menfaatler nasıl nazara alınıyorsa haksız iktisapda da bu iktisabın zararlı olan ferî neticeleri öylece nazara alınmak lâzımdır ; şu kadarki bu neticelerin haksız iktisapla hukukan itibare şayan bir sebeblik irtibatı halinde bulunması şarttır.

a) İkisap edenin iktisaba kapılarak mamelekinden yapdığı masraflar bir iktisap azalması olmak üzere iktisaptan mahsup edilir, meselâ F. sebebsiz olarak A dan aldığı bir altın saat üzerine kendi gümüş şaatini X e hediye etmiştir. Şimdi A altın saatini geri isterse F gümüş saatin kıymetini iktisabından tenzil edebilir.F, X den gümüş saatinin iadesini isteyemez, çünkü bu hibede ancak saikde

574

bir hata bahis mevzuu olabilir. Esasen A iktisap ettigi altın saati başkasına hediye etmiş olsaydı temamen iadeden beri olacakdı.

b) F nin haklı sebep olmaksızın iktisap ettiği mal dolayısiyle uğradığı bir zarar da iktisabından mahsup edilir, meselâ sebepsiz verilmiş olan bir hayvanın hastalıklı olup iktisap etmiş olanın sürüsüne bir hastalık bulaştırması gibi.

c) iktisapla mürtebit bir zarar, iktisap eden kimsenin iktisabı elde etmesile kendisine aid olan bir hakkın ziyaa uğramasından ve ya kıymetden düşmesinden ibaret olabilir. Böyle bir hal bilhassa D nin bir borcu, kendisini yanlışlıkla borçlu sanan üçüncü bir şahıs yani X tarafından kendi namına ödenmesi suretinde mümkündür. F D ye karşı olan alacağını muhafaza ettiği nisbetde X den aldığı eda ile haksız iktisap etmiş olur ve bunu X e geri vermeğe mecburdur; fakat olabilirki F, X in edasını almkkla D ye karşı olan alacağında temamen veya kısmen kat'î bir ziyaa uğramış olur, meselâ D, nin borç senedini yirtmış yahut diğer sübut vasıtalarını zayi etmiş, D deki alacağını müruru zamana uğratmış ve bilhassa D borcunu ödeyemez hale girmiş olur. Bu gibi hallerde F edayı X e iade etmekle yalnız iktisabını geri vermiş olmaz, alacağın kıymeti mıktarında fakirleşmiş de olur. Bu zarar F ye yükledilemiyeceğinden X edasını isteyemez, belki ancak F den D ye karşı olan ve az veya çok kıymetsiz alacağın temlikini isteyebilir.

d) İade sırasında iktisap masrafları, meselâ nakliye, gümrük, okturuva ve bu gibi edanın icab ettirdiği noter, mahkeme, verği masrafları kabilinden masraflar iktisapdan tenzil edilir; fakat F nin kendi iktisabı için sarf etmiş olduğu mukabil edanin, iktisabında bir azalma olarak nazara alınacağı keyfiyeti ihtilaflıdır. Bu mesele meselâ batıl olan veya lüzüm ifade etmiyen ve feshedilen akitlerde tarafların yapdıkları edaların iadesi noktasından ortaya çıkar, meselâ A tarafından F ye yapılan bir satış A nin medenî hakları kullanmağa ehil olmamasından dolayı yahut onun şahsında mevcud olan rızadaki fesaddan dolayı hükümsüz olur. Bu halde F, mali veya o malden elde ettiği iktisabı geri vermeğe mecbur olursa semeni iktisabından tenzilmi ettirebilir, yoksa mali geri vermeğe ve A nın semenden iktisab ettiği mikdarı geri istemeyemi mecburdur? v. Tuhr ikinci noktaî nazarı doğru bulmakta ve hele A tarafından eda edilen mal (kendi medenî hakları istimal ehliyetsizliğinden dolayı veya başka sebeblerden dolayı) F nin mülkiyetine dahil olmamış ise böyle olacağını ve filhakika A, malin maliki oldukça onu mülkiyyet davasıla geri alabileceğini ve semeni istifadesiz istihlâk etmiş ise geri vermeğe mecbur olmiyacağını söylemektedir ; F A nın malini temlik eder

575

veya istihlâk eder ve bu suretle haksız iktisap borçlusu olursa v. Tuhr fikrince, F nin vaziyeti daha iyi olmıyacak ve evvelce mali nasıl iade ile mükellef ise şimdi malin kiymetini, ödediği semen için bir tazminat elde etmeksizin A ya iadeye mecbur olacaktır.

Fakat A nın gayri muteber bir akidden dolayı yaptığı eda F ye mülkiyet temin etmiş ise A nın iade iddiası mülkiyet davası olmayıp iktisabın iadesi olacağından A nın ve F nin aldıkları edalardan ettikleri iktisap ayrı ayrı hesap edilmek lâzım gelecektir. F, A nın edasından halen elinde ne var ise onu iade ile mükellef olacaktır ; tarafından ödenen semen kendi iktisabının hesabında tenzili icap eden bir kalem olarak nazara alınmıyacak, belki ona A ya karşı, A nın semenden halen iktisap ettiği miktarla mukayyet, bir istirdad alacağı temin edecektir. Her iki istirdat alacağı paraya dair ise bir takas yapılabilir. v Tuhr bu noktaî nazarın şu misalden belki daha vazih surette, anlaşılacağını söyleyerek diyorki:

X, A nın alacaklısı olduğunu zannederek bu mefruz alacağını F ye temlik etse ve A da hata ile F ye tediyede bulunsa benim red ettiğim noktaî nazara göre F, A nın haksız iktisap iddiasını, temlik için tarafından verilmiş olan semeni ileri sürerek bertaraf edebilecektir. A için müracaat edecek bir hukukî vasıta yoktur; filhakika hiç bir tediye de bulunmadığı X e karşı istirdat için bir sebep mevcut değildir. Doğru hâl sureti ancak A ya F tarafından temlik edilen semen nazara alınmaksızın F ye karşı bir istirdat hakkı kabul edilmesi ve F nin parayı A ya iâde etdikten sonra 169 uncu madde mucebince kendisine temlikte bulunan X e rücu etmesidir.

e) İâde masrafları iktisabın bir azalması sayılmak lâzımdır. Bu masraflar hüsnü niyet ile iktisap eden kimseye tahmil edilemez, çünkü aksi takdirde iktisabı iadeden sonra iktisapdan önceki vaziyetten daha fakir vaziyete düşmüş olur. Bundan dolayı bu kimse bir para iade edecek ve bunu 73 üncü madde 1 inci numarası mucibince diğer tarafa gönderecek ise irsâl masraflarını tenzil edebilir. Bunun gibi bir gayri menkûlün iadesi lâzım geldikte tahliye masrafları diğer taraf hesabına olur.

f) Nihayet iktisapda bulunan kimsenin iktisabının kat'iliğine itimad etmesinden dolayı uğradığı zararın iktisapdan mahsubu lâzım gelirmi meselesinin tetkiki kalır, meselâ iktisapda bulunan kimse, haksız iktisabı göz önünde tutarak başka bir mal satın almamış ve şimdi iktisabı kendisinden geri alınınca onu daha yüksek bir fiatla almağa mecbur olmuş, yahut haksız iktisap edilen malı satmış ve malı iade müddeisine geri verince müşterisine tazminat vermek mecburiyetinde kalmıştır yahutta sattığı evin satışını muteber zannede-

576

rek başka bir ev satın almış ve kendi müşterisi tarafından şimdi evinin satışı bozulduğundan dolayı aldığı eve ihtiyacı kalmamışdır. İktisap eden kimsenin bu gibi zararlar iade edilecek iktisapdan mahsup edebileceğinde tereddüt edilebilir, çünkü bu gibi zararlara kendine terettüb eden mükellefiyeti bilmeyerek yanlış tasarrufda bulunan bütün başka borçlular da uğrayabilir. Ancak haksız iktisap borcu diğer mükellefiyetlerden başkadır : prensip olarak bu borç hüsnü niyetle iktisap eden kimsenin zararına sebep olmamalıdır; bunun için bu kimse, kendi iktisabının veya bu iktisabın iadesinin velevki bilvasıta sebebiyet verdiği bu gibi zararları da iktisabından tenzil edebilir. Bununla beraber iktisap edenin bu suretle himayeli bir muameleye tâbi tutulması ancak F nin iktisabı A nın bir edasile vukua gelmiş ise muhik olacakdır : eğer A umumiyetle hataya müstenit edasile, hususile ihmâlli bir hataya müstenit eda ile meydana getirdiği veziyeti bertaraf etmek isterse F nin bundan her hangi bir zarara uğraması caiz değildir. İktisap F nin bir fiilile tevellüt etmiş ise, meselâ F, A ya ait bir malı satmış yahut istihlâk etmiş ise hüküm başkadır; F bir kusuru olmadığı takdirde A nın zararını tazmin etmeğe mecbur olmayup yalnız onun mamelekinden kazandığı şey'i iade ile mükellef olur. Bu takdirde de objektif noktadan haklı olmıyan fiilinin neticesi olarak mamelekinde uğradığı bu gibi zararları F ye karşı mahsup edemez.

Haksız iktisap paradan ibaret ise haksız iktisapdan mahsup edilecek kalemler bu paradan tenzil edilir, başka şeylerde müddeaaleyh M. K. 864 üncü maddesi mucibince hapis hakkını istimâl eder.

III — 63 üncü maddeye göre iade mükellefiyetinin iktisabın ogünkü mevcuduna, yani istirdat zamanında bulunana hasrı, aşağıdaki vaziyetlerde sakıt olur.

1 — İade talebinin yapıldığı, yani iktisap edene karşı velevki mahkeme harici olsun istirdat iddia edildiği andan itibaren.

Rossel Alman kanununda (M.818) olduğu gibi bu sukutu dava ikame edilmiş olması halinde kabul etmekte isede [30] v. Tuhr ve Oser ve Fick iktisap edenin mahkeme harici bir talepden sonra dahi mes'uliyetinde bir tahdit olamıyacağında müttefiktirler.

2 — İktisap eden kimse hüsnü niyet halinde değil ise yani iktisap sırasında ve yahut sonra bir hukukî sebebin fıkdanına vakif idise yahut hal icaplarına göre muktazi ihtimamı sarf etseydi bilmesi lâzım geliyor idise, M. k. 3.

Bununla beraber borç olmıyan bir edanın bilerek kabulünde bir

[30] Rosel (Türkce tercüme) No. 159

377

hile, haksız fiil, mündemiç olabilir (M. 28), bu takdirde eda hükümsüz olur ve şey hakkında mülkiyet dava edilebilir [31].

3— iktisap eden iadeyi hesaba katmak mecburiyetinde idise. İlerideki bir hukukî sebeb altında iktisapda iptidaen bu hal vardır; bütün diğer iktisaplarda hukukî sebebin ortadan kalkabilecegi, iktisapda bulunana malûm olur olmaz iktisap eden bu mecburiyetdedir.

63 üncü madde mucibince mükellefiyetin ağırlaşması, iktisap edenin iktisabını elden çıkarmasile beri olmasından ibarettir. Elden çıkarma tabirinden temlik ve iktisabı yok eden diğer her bir muamele (istihlâk, itlaf) anlaşılmak lâzımdır. İktisap eden kimse bu gibi muamelelerden ve iktisabın bütün diğer ziyalarından (üçüncü şahsın muamelesiyle veya harici bir hadise ile) umumî kaideler mucibince (M. 98) yani kusur halinde mes'ul olur. 100 üncü madde mucibince muavin şahısların fiilleri noktasından da böyledir.

İktisap eden kimse tam surette medenî hakları istimale ehil degilse M. k. 395 ve B. k. 412 inci maddelerindeki hallerde ve iktisabın diğer hallerinde ancak iktisabı suî niyetle elden çıkardığı takdirde mes'ul olacaktır.

Ağırlaşdırılmış mükellefiyette, haksız iktisapda bulunan kimse elde edebilir olduğu menafi ve faizlerden mes'ul olur; bu kimse iade talebinden itibaren temerrüt faizlerini ödemekle mükellefdir.

64 üncü madde 1. inci fıkrası mucibince iktisap eden kimse suî niyetle faydalı masraflar yapmış ise ancak iade zamanında mevcud fazla kıymet (nisbetindeki) miktarında bir tazminat isteyebilir. 64 üncü maddenin bu bapdaki metni bizi şaşırtmamalıdır. İsviçre kanununda da aynı metnin kullanılmasina rağmen müddeaaleyhin faydalı masrafların yapıldığı zamandaki suî niyeti o şey'i kabzettigi zaman suî niyet ile hareket etmiş olması gibi kabul edilmektedir [32]. İktisap eden kimse iade talebinden sonra veya iktisabı iade edeceğini hesap etmek mecburiyetinde olduğu zamanda faydalı masraflar yapmış olursa hüküm aynıdır; yani ancak iade zamanındaki fazla kıymet hakkında bir tazminat bahis mevzuu edilebilir.

Suî niyetle iktisap edene karşı olan iddia çok defa haksız fiilden doğan tazminat alacağı gibi gösterilmiştir [33]; bu doğru değildir Suî niyetle iktisap eden kimse ancak diğer tarafın mamelekinden elde ettiği şey'i geri vermekle mükellefdir, yoksa diğer tarafın belki daha büyük olan zararını tazmin ile mükellef de-

[31] Yukarda n. 11 bak.

[32] Oser M. 95, No. 4 sonu, Funk N. 1; v. Tuhr § 53 n. 49

[33] Meselâ Martin [1931 türkçe tercümesi s. 89] bakınız. Keza Rossel bakınız [Borçlar, Türkçe tercüme No. 159] : 64 üncü maddenin son fıkrası bir zarar ve ziyan davasından başka bir şey değildir. 41 inci ve müteakip maddeler

578

gildir. Onun suî niyeti ile mükellefiyeti ağırlaşacaktır; fakat bu ağırlaşma ancak, iktisabın ziyaile onun doğrudan doğruya beri olmamasından ibarettir. Bu kimse hakkında 66 ıncı madde mucibince başlayan müruru zaman ceryan eder, suî niyet ile bir tazminat alacağı doğsaydı bu iddianın müruru zamanı 60 ıncı madde mucibince diğer taraf iktisap edenin suî niyetinden haber alır almaz başlardı [34].

Haksız İktisap İddiası

I — Haksız iktisabın iadesi hakkındaki iddia, borçlar hukuku nevinden şahsî bir iddiadır ve haksız iktisabın esas (ilk) mevzuu mevcut olsa ve aynen iadesi lâzımgelse bile yine bu mahiyette bir iddiadır. Burada bahis mevzuu olan, iktisapda bulunan kimsenin mamelekine intikal eden malin A nın mamelekine geri ferağıdır, yani eşyada mülkiyet (istihkak) davasında olduğu gibi zilyedliğin iadesi değil, mülkiyetin tekrar tesisidir.

Haksız iktisap iddiasının borçlar hukuku noktasından mahiyeti ve mülkiyet davasından (istihkakdan) farkı en açık surette iktisap edenin iflâsı halinde görülür. İktisap paradan başka bir şey ise icra ve iflâs kanununun 198 inci maddesi mucibince bu iddia haiz olduğu kıymet nisbetinde para alacağına döner. Haksız iktisap iddiası iflâs alacakları arasında 6 ıncı sıraya girer (icra ve iflâs kanunu madde 206). İktisabın esas mevzuu iflâs masasında aynen mevcut olsa bile bunu aynen masadan ayırarak almak hakkı tanınmamaktadır ; fakat bu netice tenkide müsaiddir, çünkü bu suretle iktisap edenin alacakları hiç bir sebep olmaksızın müflisin eline geçen mallardan kazanç temin edeceklerdir. Mal kendisine ait olan alacaklının bu malle müflise bir kredî temin etmek arzu ve maksadı olmadığından iflâsda şahsî kredinin temini için bütün şahsî alacaklar hakkında müsavat fikri de burada pek varid olmamaktadır. Ancak iktisap, müflisin bir başkasının malini satmış olmasından ibaret ise eski malik icra ve iflâs kanunun 189 uncu maddesi mucibince müşteriden tahsil edilmemiş olan semenin temliki yahut o sırada iflâs idaresi tarafından tahsil edilen semenin iadesini talep edebilir. Mezkûr maddede tasrih edildiği üzere mal sahibi müflisin sattığı mal üzerinde yaptığı masrafları masaya tesviye edecekdir.

[34] Yukarda n. 26 bak.

İflâs idaresi başkasının malını satmış ise bundan masa borcu olmak üzere bir iade mükellefiyeti doğar.

II — İktisap iddiasının borçlar hukuku sahasında bir iddia mahiyetinde, yani şahsî karekteri haiz olmasından anlaşıldığı üzere bu iddia, kendisinde sebepsiz iktisabın unsuru tahakkuk eden şahsa veya mirascılarına karşı yapılabilir. Bir eda ile birden ziyade şahıslar iktisapda bulunurlar ve bunlardan her birinin edadan ne mıktar elde ettikleri tesbit edilemezse bunlar müsavi hisse üzerine iade ile mükellef olurlar.

Haksız iktisap iddiası iktisapda bulunan kimsenin münferit halefine karşı dermeyan edilemez. F sebepsiz iktisap ettiği malı X e temlik etse X haksız iktisap iddiasına muhatap olmaz. Hatta selefinin haksız iktisabını bilmiş olsa dahi böyle bir iddiaya maruz kalmaz: filhakika X malikden iktisap ettiğinden kendisinin hüsnü niyet veya suî niyetine bakılmaz. Buna mukabil F mal yerine kaim olan semeni haksız iktisap olmak üzere mali kendisinden sebepsiz iktisap ettiği A ya iadeye mecburdur.

V. Thur bu prensibi iki cepheden tetkik etmektedir:

1 — haksız iktisap edilen malin ivazsız başkasına temliki halinde F nin iktisabı ve binaenaleyh mükellefiyeti (obligationu) sakit olur. Bu halde iktisap eden ancak mevhubunleh olan X dir; fakat X in iktisabı haksız değildir, çünkü kazancı muteber bir hibeye izafe edilebilir. Buna rağmen gerek Alman medenî kanunundan önce cari olan umumî hukuk ve gerek ona imtisalen Alman medenî kanunu 822 inci maddesi, malından iktisap yapılan kimseye mevhubunlehe karşı mevhubun iadesi hakkında bir iddia tanımıştır. Bundaki maksad ivazsız iktisap eden kimsenin ivazlı iktisap eden kimseden daha az bir himayeye lâyık olması ve başka birinin zarardan vikayesi iktiza ettiği takdirde geri çekilmek mecburiyeti bulunmasıdır. Borçlar kanununun 245 inci maddesi son fıkrası mucibince bir borç ödemeden aciz vesikası tanzimi veya iflâsın açılması halinde hibe taahhüdünün ref ve iptali ve İcra ve İflâs Kanununun 278 inci maddesi mucibince hibelerin alacaklılar tarafından kolay şekilde iptali bu mülâhazaya müstenittir.

Borçlar kanunu Alman medenî kanunu 822 inci maddesine uygun bir hüküm ihtiva etmemekle beraber v. Tuhr mütalâalarına devam ederek İsviçre hukukunda bu boşluğun umumî hukukdan doldurulabileceği ve 62 ve sonraki maddelerin dar hükümlerinin bu umumî hukukun mükemmel olan haksız iktisap sistemine istinat etmekte olduğunu söylemektedir. Şu halde kendisinden iktisap yapılan kimse için ilk iktisap eden, mali 63 üncü madde mucibince suîniyetle temlik-

580

ten dolayı mes'ul olmadığı takdirde mevhubunlehe karşı bir haksız iktisap iddiası tanılacaktır; filhakika ancak ilk iktisap eden kimsenin iade ile mükellef tutulması hakkındaki haddi zatında mantıki olan kaidenin adâlet zararına mutlak bir şiddetle tatbiki caiz olmaz. Aynı mülâhazalar altında v. Tuhra göre mali, F tarafından hüsnüniyet sahibi X e hibe edilmiş olan malike Alman medenî kanunu 816 ıncı madde 1 ve 2 inci fıkralarına imtisalen X e karşı bir haksız iktisap iddiası tanınmak muvafık olacakdır. Bu halde X kendi iktisabını haklı kılmak için muteber bir hibeye de istinad edemez; çünkü 234 üncü madde hibe için vahibin mamelekinden bir teberruu şart koşmuştur, burada ise F başkasının mamelekinden bir teberruu yapmıştır.

Oser bu noktai nazarı kabul etmez; Oser e göre F A nın bir mali üzerinde haksız surette tasarruf ettiği takdirde A o mali iktisap eden üçüncü şahıs C ye karşı velevki ivazsız iktisab etmiş olsun, iade davası yapamaz; meğerki F, A nın mümessili sıfatı ile bu tasarrufu yapa. C ye karşı haksız iktisap iddiası, Alman medenî kanununun 816 ıncı maddesi hilâfına olarak, C ivazsız iktisap etmiş olsa dahi caiz değildir, meselâ tamir için kendisine bırakılan bileziği kuyumcunun bir şantöze hibe etmesi gibi. Çünkü hibe, Borçlar kanununun 245 inci ve İcra İflâs kanununun 278 inci maddelerinde olduğu üzere sarih istisnalarından sarfınazar, muteber hukukî bir sebep teşkil eder [35]. Egger de bu fikirdedir.

2 — Haksız iktisapda bulunan kimse, yani F, A dan iktisap olunan mali üçüncü bir şahsın, X in, mamelekine sarf etse haksız iktisap iddiası kaide mucibince ilk iktisap edene, yani F ye karşı yapılır. Aldığı mali X in mamelekine sarf eden F nin iktisabı, sarf suretile tevellüt eden tazminat alacağından ibaret olur. Nasılki mali satsaydı bu iktisap semenden ibaret olurdu. F tazminat iddiasını haksız iktisap olmak üzere A ya temlik etmekle mükellefdir. F iflâs etmiş olsaydı onun X e karşı olan tazminat iddiası iflâs masasına girer ve A bir iflâs alacağı ile masaya müracaat ederdi. Haksız iktisap iddiası aynî bir iddia olmadığından A yı F nin diğer alacaklılarına tercih için bir sebep yoktur.

Fakak F, A dan haksız iktisap ettiği mali değilde A ya ait bir mali doğrudan doğruya X lehine sarf etse hüküm başkadır. F için X e karşı sarfiyat namile bir alacak doğmaz, çünkü F kendi mamelekinden bir fedakârlık yapmış değildir; bu itibarla A ya karşı bir haksız iktisap mes'uliyetine de düşmez. Bil'akis A X e karşı bir haksız ikti-

[35] Oser M. 62, No. 14.

381

sap iddiasını haiz olur, çünkü X, A nın malinin sarfından menfaat elde etmiştir.

F kendinin X e olduğunu zan ettiği bir borcu A nın parasile öderse mesele yine bu dairede halledilmek lâzım gelir, çünkü F için başkasının parasını sebepsiz teberrudan X e karşı borç olmadığı halde verilen şey'in iadesi hakkı çıkamıyacağından para elinden çıkdıktan sonra A ya karşı artık iktisap etmiş değildir. Buna mukabil A, ya X e karşı bir haksız iktisap iddiası tanımak lâzım gelir.

III — 66 ıncı maddede haksız iktisap iddiası için kısa bir müruru zaman kabul edilmiştir. Bu iddia, mutazarrır olan tarafın kendi iddiasına ittilâğ hasıl ettiğinden itibaren bir yıl geçmekle müruru zamana uğrar. Bu suretle haksız iktisap alacağı müruru zaman noktasından 60 ıncı maddedeki tazminat alacağı ve rızadaki fesatların dermiyanı, M, 31, gibi tutulmuştur. İddiaya ıttılağda mamelekte sebebsiz uğranılan azalmıya ve iktisapda bulunan kimsenin şahsına ıttılağ dahildir. Ittılağ ile başlayan kısa müruru zamandan başka 66 ıncı madde, 60 ıncı maddedeki tazminat alacağında olduğu gibi iddianın tevellüdile başlayan 10 yıllık bir müruru zaman daha koymuştur. Sebebsiz edadan mütevellit iddia, bilhassa borç olmadıgı halde verilenin iadesi hakkındaki alacak, edanın yapılmasile doğar; sebebi nihayet bulmuş hasız iktisapdan mütevellit iddia sebebin sukutile tevellüt eder, ileride tahakkuk edecek sebebden mütevellit haksız iktisap iddiası edanın gayesinin tahakkuk etmiyeceği sabit olur olmaz vücud bulur. Haksız iktisap F nin başkasının mamelekine müdahalesine (A nın bir malini istihlâk veya temlik etmesine) müstenit ise ***bu müdahale F ye*** bir iktisap temin ettiği anda iddia doğar, meselâ A nın bir şey'i bir aidiyeti olmaksızın F nin zilyedliğinde bulunursa F ye karşı müruru zamana uğramıyan bir mülkiyet iddiası vücut bulur; F, mali istihlâk eder yahut hüküm ifade eder surette başkasına temlik ederse o vakit A nın mamelekinden bir iktisapda bulunmuş olur ve bundan itibaren müruru zamana uğrayacak bir haksız iktisap iddiasına maruz kalır.

66 inci made 2 inci fıkrasına göre hukukî sebep olmaksızın yapılan mücerred bir alacak taahhüdüne karşı haksız iktisap def'i haksız iktisap iddiasının müruru zamanından müstakildir. Alacak mevcud oldukça defi yapılabilir. Borçlu kendi alacaklısından bir mukabil ivaz almış ise haksız iktisap defini dermiyan ettiği takdirde mukabil edayı geri vermesi adâlet icabı olur.

Rıza fesadıla malûl bir muamelenin ifası zımmında yapılan edada bu ifa işinin müteber olması halindeki haksız iktisap iddiası,

582

[36] iddiaya vukuf hasıl oldukdan itibaren işlemiye başliyacak olan bir yıllık müruru zamana tâbidir, yani hata ve hile halinde müruru zaman 31 inci maddenin fesih müddetile aynı zamanda cereyana başlar ve fesih ile değil ancak bir yıl içinde dava edilmekle kesilebilir. İkrah halinde de 66 inci maddenin metnine nazaran istirdad müruru zamanı iddiaya vukuf ile başlar, korkunun devamına bakılmaz; fakat tehdid edilen kimse, müruru zamanı katetmesine mani olunmuş ise hasmın müruru zaman defini bertaraf edebilir.

Rıza fesadıla malûl olan bir akdı ifa etmek istemiyen tarafın hasmı haksız iktisap iddiasını akdin feshine ittila tarihinden başlıyan bir yıl içinde yapar; görüldüğü üzere bu müruru zamanın başlangıcı feshedenin iddiasının müruru zaman başlangıcından sonradır [37].

Her iki tarafın edaları iade edilmek lâzım geldiği takdirde bu iade karşılıklı (Zug um Zug) vukubulur; feshedenin haksız iktisab iddiası müruru zamana uğrarsa hasım taraf fesh ile sebebsiz kalan edasını ancak feshedenden almış olduğu şeyi geri vermek süretile istirdat edebilir; fesh edenin istirdad alacağı kendi iddiasının müruru zamana uğramasına rağmen defi yolu ile dermiyan edilebilir. Fesh edenin mülkiyet davasına karşı hasım tarafa, kendi istirdad alacağı müruru zamana uğradıkdan sonra dahi edasının geri verilmesini defi yolu ile istemek hakkını vermek lâzımdır [38].

IV — Haksız iktisap iddiasının başka iddialarla ve hangi iddialarla birleşeceği meselesi hakkında muhtelif noktaî nazarlar vardır.

1 — Bir akid mükellefiyetinin ifası hakkındaki iddia ile haksız iktisap iddiası birbirini menederler. A, F ye bir mali satmış olsa verilen malin mukabili olan semen alacağını iktisap eder ve F semeni ödemese dahi o mal noktasından bir iktisapda bulunmuş olmaz, ancak bey'i mukavelesi batıl olur veya 106 ıncı madde mucibince fesh ile ref edilmiş olursa A için malin iadesi hakkında sebebi nihayet bulmuş iktisaba müstenit bir iddia doğar. Bir edanın hukukî sebebi mevcud olmaması, tahakkuk etmemesi veya nihayet bulması halinde iade edileceği mukavele edilmiş olursa iade alacağı mukaveleden tevellüt eder, yoksa haksız iktisaba müteallik kanun hükmünden tevellüt etmez.

2 — Bir mülkiyet davasının mevcudiyeti halinde de aynı suretle bir haksız iktisap iddiası mehfumu (tarifi) icabi yapılmaz. A tarafınan,

[36] İfa işi de müteber olmadığı takdirde eda edilen şey mülkiyet (istihkâk) iddiası ile istirdad edilir. Mülkiyet iddiasi müruru zamana tâbi değildir ve zamanında akit bozulursa her zaman yapılabilir. Yak. s. 528,529 bak.

[37] Hasmın edası bir riza fesade ile malûl olmadığından mülkiyet iddiası ancak sebebe bağlı teberrülarda (gayri menkul milkiyetinin naklinde) bahis mevzuu olur.

[38] v. Tuhr s. 277 n. 38 ve 39.

583

F ye sebebsiz verilen mal, A nın mülkiyetinde kalırsa F kendi mamelekine intikal etmemiş olan şeyin kıymetinde bir haksız iktisapda bulunmuş olmaz, belki ancak şeyin zilyedliğini iktisap etmiş olur. Eğer A mali geri isterse mülkiyet iddiasında bulunur, yoksa haksız iktisap dava etmez. Bilhassa sebebsiz temlik edilen bir gayri menkul geri istenildiği takdirde böyle yapılır. Mülkiyet davasında borç olmadığı halde verilen şey'in istirdadında şart olan hata bahis mevzuu olmaz. Buna mukabil 65 inci maddede tasrih edilen istirdat memnuniyetini, ahlâka muğayir maksad istihsali için verilen bir şeyin mülkiyet davasınada teşmil etmek doğu görülmektedir.

F, A dan sebebsiz iktisap ettiği mali istihlâk eder yahut muayyen surette başka birine temlik ederse mülkiyet davası yerine bir haksız iktisap iddiası kaim olur. A tarafından F ye verilen mal A ya aid değil idise haksız iktisab iddiası A için değil, malin istihlâki veya temliki suretile mülkiyetini zayi etmiş olan malike aittir.

3 — Hahsız bir fiil (meselâ başka birinin malini istihlâk etmek veya satmak) A nın zararını mucip olmuş ve aynı zamanda F ye bir haksız iktisap temin etmiş ise A nın bir tazminat alacağı bir haksız iktisap iddiası ile içtima eder, bu suretle bir iddianın ifası diğer iddiayı da birinci iddia mıktarına kadar iskat eder. F, A nın bir malını istihlâk eder ve A ya iktisabını iade ederse A bilâhire F nin bir kusuru olduğunu isbat edebildiği takdirde F nin iktisabından fazla olan zararı ona tazmin ettirebilir. F, A nın malini X in mameleki lehine sarf ederse ve bunda kendisine bir kusur isnad edilebirse F ye karşı bir tazminat alacağı ile birlikte X e karşı bir haksız iktisap iddiası içtima eder. Fakat bu iki iddia arasındaki münasebete 50 ve 51 inci maddeler tatbik edilmez, çünkü tazminata müteallik iki iddia bahis mevzuu değildir. Burada umumî prensiplere istinad ederek şu netice çıkarılır : X in haksız iktisabı A ya geri verilirse iade edilen mıktar nisbetinde F, nin borçlu olduğu tazminat mıktarı azalır, A, F den tazminat isterse A,X in borçlu olduğu iktisabı F ye karşı olan alacağından mahsup ettirmek yahut X e karşı olan kendi haksız iktisap iddiasını F ye temlik etmek mecburiyetindedir.

4 — Haksız iktisap iddiasile vekâleti olmadan başkası hesabına tasarrufdan çıkan iddialar arasında prensip itibarile bir içtima yoktur.

a) Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf edenin 413 üncü madde mucibince rücu iddiası, ona iş sahibinin bu mıktarda bir iktisapda bulunmuş olduğuna bakılmaksızın bütün masraflarının tediye edilmesini temin eder ; ancak vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf iş sahibinin menfaatine veya arzusuna tevafuk etmezse tasarruf eden kimse iş sahibinin iktisabına maksur bir iddiayı haiz olur.

584

b) Başkası hesabına tasarruf eden kimse, 392 inci maddedeki vekil gibi, tasarruf dolayısile herhangi bir sebebden iktisap ettiği şeylerin hepsini iade ile mükellefdir. Bu mükellefiyet kanunda yazılı değilse de başkası hesabına tasarrufun mahiyetinden ve vekâletle olan müşabehetinden anlaşılır. Bu mükellefiyet de iş sahibi bizzat bu kazancı yapabilirmi idi diyede sorulmaz. Bu münasebette iş sahibinin iddiası haksız iktisap iddiasının mefhum itibarile haiz olduğu hududu tecavüz eder.

Kazancın iadesi hakkındaki iddia 414 üncü madde de başkası hesabına gayri hakikî tasarruf denilen tasarrufa yani başkası hesabına tasarruf iş sahibinin menfaati nazara olınarak yapılmamış olan hale teşmil edilmiştir. Objektif surette A ya ait olan bir işin (meselâ A nın bir malini satmak veya icar etmek) F tarafından yapılmış olması, bu ister gayri meşru maksadla ister kendi işi s a y a r a k y a p ı l s ı n, bu nevi bir tasarruf halidir. Bu gibi vakıalardan bir haksiz iktisab iddiası doğacağı gibi 414 üncü maddeye müstenit bir iddiada tevellüd eder. Bu ikinci iddianın umumiyet itibarile daha büyük bir şümulü vardır, çünkü bu iddia iş sahibinin tasarrufda bulunanın kazancına tekabul eden bir ziyana uğramış olmasını şart koşmaz.

585

NO: 30

Yeni Yunan Medenî Kanunu

Kod Napolyonun intişarından sonra o zamana kadar mahallî kanunlar ve an'anelerle medenî münasebetleri idare eden memleketler 19 uncu asırın bu en büyük medenî kanununa yüz çevirdiler. Çünkü o ihtilâli kebirin bir semeresi ve müsavat fikrinin bir mevlûdü idi. Bu kanunun haiz olduğu vahdet, usûl, vuzuh ve kat'iyet diğer milletlere örnek olmuştur. Napolyonun fütuhatı neticesinde tatbik ettiği memlekeler haricinde 1808 de Vestefalya, Hanovr ve bir çok İsviçre kantonları Danzig şehri, Varşova dukalığı, Kod Nopolyonu doğrudan doğruya kabul etmişlerdi. Bu gün Fransa kanunu medenisi prensipleri Belçika, Romanya gibi memleketlerin mevzuatında yer almış bulunmaktadır. 1900 tarihinde Alman medenî kanunu meriyete girdikten sonra nazarlar bu kanun üzerine çevrilmeğe başladı. Bu kanunda hâkim olan ilmî ve pratik ruh Fransız kanunu medenisini esas ittihaz ederek medenî kanunlarını tedvine çalışan milletleri tevekkufa sevketti. Komşumuz Yunan milletini de bu vakfeye dahil memleketler içinde görüyoruz.

Yunanistan konunu medenî yapmağa 1827 senesinde başlamıştır. Kral Othon Maurer isminde bir Almanı Fransız kanunu medenisi prensiplerini esas ittihaz etmek üzere bir proje hazırlamağı memur etmişti. Fakat Maurer Yunan hükûmetine kızarak hazırladığı bütün dosyasını aldı kaçtı. 1835 tarihinde bir emirname ile eski Bizans kanunlarile karışık millî âdetlerin tatbik edildiğini görüyoruz. Daha sona 1830 da vasiyet kanunu 1836 ipotek 1836 da ahvali şahsiye ve sair kanunlar neşrediliyor. 1870de Frasız ve İtalyan kanunlarına göre bir kanunu medenî hazırlandı ve 1874 de neşredildi ise de meriyete girmedi. 1896 da Alman kanunu medenisinin neşrinden sonra onun teknik vasifleri Yunan Hukukçularında tekrar bir hareket uyandırdı ve teşkil olunan komisyon 1894 den ve 1906 ya kadar bu işle meşgul oldu. 1922 ye kadar devam eden faaliyet yine netice vermedi. 1930 tarihine kadar bir hareket görmüyoruz. 1930 dan itibaren yeni bir temayül var. Filhakika bu tarihte bir kanun ile profesör ve avukatlardan müteşekkil bir komisyon teşkil ediliyor. Bu komisyon 1934 de vazifesini bitirerek plânını tanzim ediyor. Ve lây-

586

iha halen mer'î olan Yunan millî kanunu esas ittihaz etmekle beraber boşlukları bu günün modern hukuk nazariyelerinden ve muasır kanunu madenilerinden mülhem hükümlerle ikmal ediyor. Fakat terminologie itibarile yeknasaklık olmadığı ve maddeler arasında bir ahenk ve irtibat bulunmadığı cihetle yine meriyet mevkiine giremeyor. Bundan sonra preje üzerinde münakaşalar oluyor bunun mahzur ve faydaları tebarüz ettiriliyor ve Hükûmet hazırlanan bu kanunu tekrar gözden geçirmek ve bütün bu münakaşaların verdiği neticeleri nazarı itibara alarak projeyi ikmal etmek üzere 1938 de Profesör G. Ballis'i kanunu tekrar tanzime memur ediyor. Profesör Ballis bu vazifeyi mükemmelen ifa ile hazırladığı kanunu hükûmete tevdi ediyor. Bu gün kanun tekemmül etmiş ve 1 /Haziran / 941 tarihinden itibaren meriyet mevkiine geçecek bir hale gelmiş bulunuyor. Kanun Atinada Adliye vekâletinde Kralın huzurile tes'it edilmiştir.

Kanunun istinad ettiği prensipler ve ihtiva ettiği hükümler nelerdir ? Bu gün elimizde kanunun tam metni olmadığı için bir şey diyemeyeceği.z Ancak Le Messager d'Athens gazetesinde okuduğumuz Başvekil Metaxas ve Adliye nazırı Tambakopulos ve Profesör Ballis'in nutuklarından bazı unsurlar istihrac edebiliyoruz.

Başvekile göre kanunun Yunan milletine göre ihtiva ettiği yenilik tedvininde bu günün içtimaî temayüllerine yer verilmiş olmasıdır. Filhakika Başvekil şöyle diyor " Ferdlerin hakları heyeti umumiyenin nef'ine istimâl için bir vasıtadır. Millî devletin başlıca hedefleri tedrici bir tekâmül ile adâlet ve içtimaî tesanüdün hâkimiyetini temindir. Nihayet cemiyetimizin esası olan aile kuvvetlendirilmeli ve onun dinî mahiyeti takviye edimelidir ..... Bu kanunun bazı hükümlerinin aynını eğer ecnebi kanunlarında yahut Roma veya Bizans hukukunda bulunuyorsak bu , ecnebi memleketlerin nazariyelerini veya içtihatlerini memleketimize nakletmek mecburiyetini ifade etmez. Nereye müracaat edilirse edilsin Yunan kanunu medenisi müstakil bir kanun addedilmelidir. "

Profesör Ballis bize kanunu hazırlarken hangi esaslardan mülhem olduğunu şöyle anlatıyor: " bir zaman geldiki ileri ecnebi bir devletin kanunu medenisi almanın zarurî olduğu iddia edildi. O zaman Kod Napolyon intihap edildi ve bu esas üzerine bir Kod hazırlandı. Fakat 1874 de Almanyada başlayan faaliyet bizi hazırlanan bu kanunu tehir etmek mecburiyetine sevketti. 1894de bu proje tamam olduğu zaman artık Alman kanununun örnek ittihaz edilmesini tavsiye edenler oldu. Fakat Yunan ilmi 1907 de İsviçre kanunu medenisi neşrolunduktan sonra da veçhesini değiştirmedi. On sene evvel yeni bir komisyon teşkil edildiği zaman ecnebi bir kanuna sap-

587

lanmanın muvafık olmadığı ve bilâkis Yunanistanda mevcut kanunu medeniyi yeni baştan tanzim fakat modern hukuk ilminin telkin ettiği yenilikleri ithâl etmenin daha uygun olacağı anlaşıldı. İşte bu kanun da bu esas üzerine hazırlandı. Komisyon kanunu tanzim ederken esaslı ve mütezat iki teklif ile karşılaştı: Birisine göre ; kanun basit ve muhtasar ve her müessesenin umumî hükümlerine dair esaslı kaidelerle münhasır olmalıdır. Teferrata girmemeli ve zamana ve ahval ve şeraite nazaran hükümler istihracını hâkime bırakmalı daha doğrusu hâkimi hukuk ihdasına mezun ve Roma pretörü gibi telekki etmelidir. Bu fikir şüphesiz hak fikrinin tekâmülüne büyük mikyasta yardım ede, çünkü vazıı kanun tekevvün edebilecek bütün hadiseleri evvelden derpiş edemez. İkinci sisteme göre; Kod, mümkün olduğu kadar mufassal olmalı ve vazıı kanun teferruata kadar girmelidir. Bunu hâkime bırakmak keyfilik ihdas eder. Yalnız umumî esasları ihtiva eden bir kanunun olması ile olmaması arasında pek az fark vardır. " Profesör yalnız umumî esasları ihtiva eden kanunlar arasında Mısır muhtelit kodu ile 1907 tarihli İsviçre kanunu medenisi saymakta ve bu sonuncuyu ifadesindeki vuzuh, üslubundaki sadelik itibarile methettikten sonra bu kanunun diğer memleketler ve hususuile Yunanistan için kâfi gelmeyeceği günden güne karışan asrî muamelelerin ihtilâtı itibarile tam addolunamayacağı ve eğer bu boşluk İsviçre Konfederasyonunda his olunmuyorsa bunun komşu memleketlerin hukukile ve hususile vazıı kanunun hâkime verdiği büyük salâhiyetle doldurulduğunu fakat buna rağmen bu boşluğun dolamayacağını ve komşu mevzuatı hukukiyesinin bu ibhamı izale edemeyeceğini beyan ediyor. Profesör şu suretle devam ediyor: " Bütün devletlerin kodları bu iki sistem arasında mutavassıt bir yol takibetmişler ve ilme ve hâkime bir yer bırakmışlardır. İşte Yunan kanunu da bu yolu tutmuştur. Kanunun ihtiva ettiği bahislere gelince ; iş hukuku, edebî mülkiyet gibi tamamen ve kabili tâdil münasebetler diğer kanunlarda da hariç bırakılmıştır. Bizde de delile ve beyyine külfetine dair hükümler kanuna sokulmadı. Kanunun tanziminde Fransız kanunile 1927 Fransız İtalyan Projesinden ve Alman hukuku akademisinin mesaisinden istifade ettik. Napolyon kodu, eski olmasına rağmen muasir hayatın icaplarına uygun hükümleri ihtiva etmektedir. Bu kod ile İtalya kanununun Yunan kanununun tanziminde çok faydalı tesirleri görülmekle beraber aynen takibedilmemiştir. Alman kanununun tatbikatında maruz kaldığı tenkitlerden de çok istifade edilmişti. Fakat bütün bu ecnebi hükümleri kendi müessese ve ihtiyaçlarımıza uydurduk. Kanunda tabirlerde vuzuh ve inklâb fikrile muhafazakâr fikirlerin telifine çalışılmıştır.

588

Kanunun ana hatları. — Aile hukukunda Yunan kanunu muhafazakâr bir sistem takibetmiştir. Evlenme, memnuiyet sebepleri, tabiî çocuklar, vesayet, kayyumluk bahisleri bu noktadan az çok millî karakterlerini muhafaza etmektedirler. Evlenme eski şekilde dinidir. Evlenmeyi vadetmek bir mecburî akit tevlit etmez. Evlenmenin ademi vukuu halinde bir tazminat teahhüt edilmesi batıldır. Fakat ciddî bir sebep olmaksızın nişanı bozan kimse diğer tarafa yahut ana babasıba veya onlar yerine kaim olanlara yaptıkları masrafları tazmine mecburdur. kendi kusurile nişanın bozulmasına sebep veren de aynı mükellefiyeti haizdir. Evlenme vaki olmadığı takdirde nişanlılardan her biri haksız iktisab kaidesine tevfikan verdiği hediyeleri veya nişanın remzini teşkil eden şeyleri istirdat edebilir. Bu hususta müruru zaman nişanın bozulduğu senenin inkizasından itibaren iki senedir .

Yunanistanda diğer memleketlerden farklı olarak dinî nikâh esastır. Bu hususta kendi an'anelerine sadık kalmışlardır. Profesör, asırlardan beri devam eden bu dinî sistemi terk ile bürokratik bir şekil ikamesi için sebep görmemekte ve menevî unsurun evlenmenin çözülmez bir rabıta olan telekkisine yardım ettiğine kani bulunmaktadır. Binaenaleyh yeni kanuna göre Şark Ortodoks Kilisesine mensup olan taraflar bu kilisenin bir rahibi tarafından merasim ikmal edilmedikçe evlenmiş addedilemezler. Kezalik ortodoks bir hıristiyanın diğer mezhepteki hiristiyan ile evlenmeleri de böyledir. Evleneceklerin rizalarını rahip huzurunda aynı zamanda bildirmeleri lâzımdır. Rahibin müsaade varakasından sonra evlenme muamelesi yapılır.

Evlenmek için erkek 18 , kadın 14 yaşını ikmal etmiş olmalıdır. Hukukan ehil olmayan kimse evlenemez. Mahdut ehliyeti haiz olan sagir velâyet hakkını haiz olan kimsenin muvafakatı ile evlenebilir. Bunların imtinaı halinde hâkim yakın akrabasını dinleyerek ve çocuğun menfaatı icabettiriyorsa evlenmeğe izin verebilir.

Boşanmaya gelince ; Yunan kanunu bu hususta eski hükümleri idame etmiştir. En çok münakaşayı mucip olan boşanma sebebi , kabili tedavi olmayan hastalığı sarî olsa bile bir boşanma sebebi olarak kabul etmemiştir.

Veraset hususunda ekseriyetle şimdiki hükümlerin muhafazasile iktifa edilmiştir. Bununla beraber bir çok yenilikler konmuştur. Mahfuz hisse sahipleri arasına müteveffanın karı ve kocası da ithal edilmiş ziraî teşebbüslerin intikalinde içtimaî iktisat ve mülâhazalarile hususî bir halefiyet kabul olunmuştur.

Aynî haklarda eski hükümlere ilâveten zilyedlik , mülkiyetin tahdidi , gayrimenkullerin nakli, irtifak hakkı, menkul rehni hakkında

589

yeni esaslar konmuş ve üst hakkı kaldırılmıştır. Fakat üst hakkının kaldırılmasına mukabil bazı şartlar altında raşa hakkı kabul olunmuştur.

Yani Yunan kanununun kabul münasebetile yapılan merasimde söylenen nutuklardan toplayarak hülâsa ettiğimiz şu hükümleri Profesör Ballisin şu faydalı sözlerile hitam vermek isteyoruz:

" Hukuk sadece kaideleri bilmek işi değildir. Hukuk hissinin cemiyet azâsı arasında hususile onu tatbik edenlerde de fışkırması lâzımdır. Yeni kaideler koymak için kanunlara ihtiyaaç hissetmeyen fakat millî ruhlarında doğan hukuk hissini teyit için kanunlara lüzum gösteren milletler en mes'ut milletlerdir. Fakat gençlikleri veya sair ahval ve şerait itibarile bu vaziyette bulunamayan Milletler ecnebi kanunlara müracaat mecburiyetinde dirler. Eğer Yunan kanunu ecnebi memleketlerden alınmış hükümleri muhtevi ise bundan dolayı Yunan ilmine hiç bir muahazede bulunulamaz. Bu sadece, bu memleketlerin Roma hukuku meyanında Yunan ilminden aldıklarını şimdiki iade ettiklerine delalet eder."

T.

590

No : 31

Ceza İnfaz Sisteminin Tekâmülü

Yazan : Sakip GÜRAN

«Hürriyeti tahdid» in ceza mahiyetini iktisap ettiği zamanlardan bu güne kadar hapishanecilik bir çok safhalar geçirmiştir.

Roma hukukunda «hürriyeti tahdid» e cezaya çarptırılacak mücrimin adaletin elinde bulundurulmasını temin eden bir tedbir olarak tesadüf edilir. «Hapis» in ceza mahiyetini iktisap etmesi, ceza telâkkilerini değiştiren kilise hukukile başlar. Cezayı işkence ve azap telâkkisinden kurtarıp ona daha insanî bir mahiyet veren kilise hukukukunda «hapis» i bir ceza olarak buluyoruz. Burada ceza, cismanî bir azaptan ziyade bir mahrumiyet halinde tecelli eder. Bu mahrumiyet şahsın hürriyetini tahdid etmekle temin olunur.

Bu itibarla hapishanecilik bu telâkkilerle birlikde meydana gelmiş ve «müşterek hapis sistemi — Système Commun» nin tenkidile hakikî ve ilmî hapishanecilik başlamıştır.

Ötedenberi cezanın ve binnetice «hürriyeti tahdid» in gayesi muhtelif düşünüşlerle izah olunmuş ve bu mevzuda bir çok fikirler yürütülmüş münakaşalar yapılmış ve bu noktai nazarlar bittabi dinî ve içtimaî tesirlerden azade kalmamıştır. Cezanın gayesi etrafında bu muhtelif izah ve telâkki tarzı, onun infazına da müessir olmuş ve bu sebeble hapishanecilik kendi hususîyetlerinden maada, ceza telâkkilerine muvazi değişiklikler arzetmiştir.

Cezanın gaye ve maksadı mahkûma yalnız maddî ve manevî bir azab vermekden ibaret bulunduğu zamanlarda infazın hususî bir hedefi olamazdı. Bu günün suçluya ve suçun ikaı sebeblerini tetkik eden, suçluyu cürüm işlemeğe sevkeden saiklere, hadisenin pisikolojik âmillerine yer veren müterakkı ceza kanunları cezanın infazı şekline de daha başka bir hedef, daha nazik bir istikamet vermiştir.

İlk ceza evleri «hürriyeti tahdid edici ceza» nın müşterek hapis şeklinde infazını temin eden mahallerdir. Klâsik olarak «müşterek hapis» mahpusların ister gece ve gündüz, ister yalnız gece yahut çalışma esnasında beraber bulunmalarıdır.

Hürriyeti tahdid edici cezalar taammüm ettiği zaman, bu cezala-

rın infazı için, eski ve metruk binalardan başka mahal bulunamayordu. Kilise mensuplerının mallarına vaz'ı yed edilmesi suretile elde edilen bir çok bina ceza evine tahvil olundu.

Mahkûmları gruplar halinde gece gündüz birlikte bulunduran ceza evlerinin en eski misali Amsterdam'da 1596 da inşa edilmiş olan erkek ceza evidir.

Ceza infazı hakkında değişen telâkkiler bu sahada geniş tetkik mevzuları açtı ve müşterek hapisin ferdî ve içtimaî bir çok mahzurlar tevlit eden iptidaî bir infaz usulü olduğu çabuk anlaşıldı. Zaten tatbikatta bu sistemin elim neticeleri görünüyor, biliniyordu. Daimî bir temas halinde bulunan mahkûmlar ceza evinde islâhı kabil olmayan bozuk bir muhit teşkil ediyor ve her hangi bir sebeble olursa olsun bir kerre hapishaneye düşen mahkûm, oradan manen ve maddeten daha perişan bir vaziyette ve tekrar avdet etmek üzere çıkıyordu.

«Müşterek hapis» in ilk fena neticeleri mahkûm çocukların büyüklerle birlikde bulunmasından neş'et etmiştir. Çocukların cezalarının kendilerine mahsus yerlerde infazı, ilk tecrübelerin verdiği çok acı neticelerden sonra tatbik olunabilmiştir.

Bu devirde İtalya'da Tolosano, Bonavita, Bona costa gibi tanınmış profesörler cezanın islâh edici vasfı hakkında tedisata başladılar. Bu fikirler mahkûmlar arasında bir tefrik yapılması suretile tatbikatta yer buldu. Mamafih İtalya'da da tasnife esas teşkil eden mülâhaza küçükleri büyüklerden tefrik etme şeklinde tezahür etmiştir.

Çocukların büyüklerden ayrı mahallerde bulundurulmaları, onlar hakkında tamamile başka rejim tatbiki zaruretini ve bu zaruret de çocuk islâh evlerini meydana getirdi.

İtalya'da ilk çocuk islâh evi Filippo Franci adında bir rahip tarafından tesis edilmiştir. Daha sonra 1703 de Papa Clément II Romada'da ikinci bir islâh evi vücude getirdi. Bu müesseselerde Çocuklara bir san'at öğretiliyor, tam dinî bir terbiye veriliyordu. Nezaret vazifesi rahipler tarafından ifa edilirdi. Hapishanecilik tarihinde St. Michel namile meşhur olan bu müessese yalnız mahkûm çocuklara tahsis edilmemiştir. Hususî kısımlarına yetimler, öksüzler, ihtiyarlar ve fakir kadınlar da kabul olunuyordu.

Bu tefrik, mahkûmların yaşlarından başka, diğer hususiyetlerine nazaran da bir tasnife tâbi tutulmaları fikrini meydana çıkardı.

Mazarratın, mahkûmların hir arada bulunmasından neş'et etmesine göre, bu temasa mani olmak icap ediyordu. Önce kat'î bir sükût mecburiyeti ile mahzurun bertaraf edilmesi düşünüldü. Bu, iki sebeple hatalı idi:

1 — Ceza evinde kat'î bir sükût temininin imkânsızlığı,

2 — Sükûtun, ihtilâtın tevlit ettiği her türlü mahzuru bertaraf edemiyeceği,

Fakat ilk ceza evlerinde müşterek hapisin mazarratlarını ortadan kaldırmak için kat'î sükût mecburiyeti lâzım ve kâfi görüldü. Sükût temini için o derece şedit cismanî cezalar tatbik edildi ki daha büyük mahzurlar baş gösterdi. Varılmak istenilen gaye ceza infaz yolunda müterakki bir nokta idise de, takip olunan yol iptidaî ve sakattı. Neticede kat'i sükût temin edilemedi, elde edilen sükût mahzuru gidermeğe kâfi gelmedi.

Nihayet Mahkûmların birlikte bulundurulmaması düşünüldü. Bu, «müşterek hapis»in mahzurlarını bertaraf edebilirdi. Bu fikir, ceza infaz usulünde «Hücre hapisi sistemi — Système Cellulaire» ni meydana getirdi: cezanın mahkûmu tecrit etmek suretile infazı.

Hücre taraftarları, avantajlarını ileri sürdükleri hücre hapisinin ceza infazındaki gayeyi daha iyi ve daha emin olarak temin ettiğini iddia ediyorlardı.

Çok kıymetli bir tatbikatçı olan «Jean Stevens» nin hücre hapisinin avantajlarını gösteren cedveli bize bu hususta iyi bir fikir verebilir:

I — Hücre, şu mazarratlara mani olur:
- a) Disipline muhalif hareketlere
- b) Tahliyeden sonra müştereken bir suç işlenmesine
- c) Fena misal ve nasihatlere
- d) Mahkûmun olduğundan fazla ifsat edilmesine
- e) Tahliyeden sonra ceza evi arkadaşlarınca tanınmasına ve yeni bir suç ikaına sürüklenmesine

II — Hücre, şu avantajları temin eder:
- a) Ceza gayesinin elde edilmesi. Bu gaye üçtür:
  - 1 — Tecziye
  - 2 — Müessir ibret
  - 3 — İslâh
- b) Her karaktere uygun disiplin tatbiki
- c) Serkeş tabiatlıları itaate, nedamete ve iyi yola sevketme imkânlarının temini
- d) İşin ve dinin islâh edici tesirinin tezayüdü
- e) İslâh nisbetinde cezanın tenakusu
- f) Ceza müddetinin kısalmasile masrafın azalması
- g) Aile babasının ocağına mümkün olduğu kadar çabuk iadesi.

Filhakika «müşterek hapis» te temas halinde bulunan mahkûmlar hemen daima en şerir, en azılı olanların tesiri altında bozuk bir

593

muhit teşkil ederler. Topluluğun verdiği cür'et, serkeşane hareketlerle koğuş arkadaşlarına gösteriş yapma arzusu «müşterek hapis» te disipline muhalif hareketlerin başlıca âmillerindendir. Bu ise ceza evinde arzuya şayan olmayan şedit bir idareyi neticelendirir. Halbuki zor kullanma suretile zahirî bir disiplin temini faideli değil, mahzurludur.

Bundan başka idareciler her mahkûm üstünde ayrı bir tesir icra edemezler. Mahkûmları bir kütle halinde nazara almak mecburiyeti hasıl olur. Bu, iyiden kötüyü, islâhı nefsedenden etmeyeni tefrika imkân vermez.

Bilhassa, müşterek hapiste, her biri bir suç faili olan mahkûmlar arasında suçluluk, mazur görülebilen bir hal, bir mağduriyet gibi telâkki olunur. Suçlular birbirini felâket arkadaşı, dert ortağı ve hatta bazan bir fedai, bir kahraman addeder, öyle görür öyle hissederler. Cezanın islâh edici rolünü tesirsiz bırakan bu hisse inzimam eden fena misal ve nasihatlar mahkûmu cemiyet hayatında düştüğü mevkii tevekkülle karşılayan ve bu itibarla yeni bir suç ikaında yakalanma tehlikesinden başka bir endişesi olmayan bir müstereddi menzilesine indirir.

Suçlu, müşterek hapiste kendini, vicdanını oyalıyabilecek mütenevvi hadiseler, vak'alar muvacehesindedir. Ceza evinde karşılaştığı hadisat, dinlediği menkabeler onu daha uzun müddet içinde bulunacağı bu hayata alıştırır ve hissedilemiyen, bilinemiyen ruhî bir tegayyür, derunî bir sukut ve ahlâk düşkünlüğü başlar.

Nihayet müşterek hapis, tahliyeden sonra yeni bir suç ikaındaki iştiraki kolaylaştırır. Bu ya ceza evinde düşünülmüş, tertip veya temenni edilmiş bir vurgun veyahut sonradan, tesadüfler karşısında birlikte ikaından kaçınılamıyan veya müştereken kolayca işlenebilen yeni bir cürüm olabilir.

Bütün bu mahzurları tebarüz ettiren mufrit hücre taraftarları «hürriyeti tahdit edici ceza»nın hücre sistemi şeklinde infaz edildiği takdirde istenilen neticeyi verebileceğini iddia etmişlerdir.

Hücrenin, cezanın maksat ve gayelerini elde edebileceği noktasında bir çok âlimler müttefiktirler. Tecridin mücrimi daha ziyada islâha ve nedamete sevkedeceği de muhakkaktır. Howard, «ceza evlerinin vaziyeti» adlı eserinde hücrenin ceza infaz sistemindeki gayeyi temin eden rolünü şu suretle anlatıyor:

«İnziva ve sükût suçun en büyük düşmanıdır. İnsanı düşünceye ve düşündükçe nedamete sevkeder. İnziva ve sükût en şiddetli cezalardan, en ulvî dinî telkinlerden daha ziyade insanı iyiliğe ve dürüstlüğe kavuşturur.»

594

Mahkûm hücrede yalnız vicdanile karşı karşıyadır. Orada avunacak bir sohbet, oyalanacak bir değişiklik yoktur. Yalnızlık suçluyu düşünceye sürükler. Serkeş ve asi karakter zamanın sağırlığı ve yeknesaklık içinde yumuşar ve mahkûm ilk günlerin kararsızlığından sonra kendini tamamile nezaretçisine terkeder.

Hücre hapisinin muvaffakiyetsiz taraflarını tetkik edecek olursak, bu aksaklıkta derhal noksan bir teşkilât görür veya personellerin ehliyetsizliğine veyahut azlığına şahit olur, hücrenin ceza infazındaki kat'î lüzumuna inanırız.

Bir sistemi tenkit etmeden evvel onun hakkile tatbik edilmiş olup olmadığını araştırmak lâzımdır. İstinat ettiği prensiplere ve esasata temamile uygun bir şekilde tatbik edilmeyen bir sistem hakikî mahiyetini değiştirir. Bu itibarla şu veya bu sebeple hücre iyi netice vermiyor diyebilmek için karşımızda matlûba uygun hücrelerile, tecrübeli personellerile bir ceza evi bulunması icap eder.

Hücrenin, müşterek hapis sisteminin kötü cihetlerini bertaraf etme düşüncesinin verdiği ilham ile meydana getirilmiş olması sebebile onda, yukarıda saydığımız mahzurlar mevcut değildi. Ancak, hücrenin gayri kâfi vasıtalarla ve lüzumundan fazla şiddetle tatbiki neticesinde bir çok yeni mahzurlar baş gösterdi. Her şeyden evvel, müşterek hapisten hücre hapisine intikal eden infaz sistemi tatbikatta büyük bir güçlükle karşılaştı :

Hücre pahalıya mal oluyor, vasatî mahkûm adedince hücre inşası, ceza evlerinin bu sisteme uygun şekilde teşkilâtlandırılması büyük masraflara mütevakkıf bulunuyordu.

Bundan başka hücre usûlünden istenilen neticeyi alabilmek için fazla miktarda iyi personele ihtiyaç vardı.

Nihayet hücrede mahkûmun çalışması ancak küçük el san'atlarına inhisar ediyor, mahkûmlara yalnız bu gibi san'atlar öğretebiliyordu. Bir kaç yüz amelenin birlikte yapacağı, organizasyonu icap ettiren işlerin hücre hapisile elde edilmesi imkânsızdı.

Hücrenin her türlü içtimaî duyguları, birlikte yaşama zevkini öldüren, sihhati ihlâl eden bir sistem oldugu iddiası üzerine münakaşalar hararetlendi. Neticede bu iki infaz usûlünün mahzurlarını atarak avantajlarını bir araya getiren mutavassıt bir sisteme ihtiyaç olduğu anlaşıldı.

1853 te İngilterede mahkûmların müstemlekelere sevkedilmesinin kolonilerce eyi karşılanmaması üzerine yeni caza evlerinin inşa-

595

sına lüzum hasıl oldu ve bu müesseselerin ne gibi bir esas üzerine kurulacağının tetkiki icap etti. İngilizler ve İrlandalılar hücre sistemine taraftar idiler. Hücrenin ceza infazının esasını teşkil ettiğini kabul ediyorlardı. Fakat uzun müddetli hücrenin mazarratlarını da münkir değildiler. Şu halde esasını hücre teşkil eden muhtelit bir infaz usûlü, daha doğrusu cezanın maksat ve gayelerini «müşterek hapis» in ve «hücre hapisi»nin tevlit ettiği mahzurları bertaraf etmek suretile, daha eyi bir şekilde temin eden bir sistem bulmak gerekti.

İngilterede, nefi cezasını mültelzim bir suç işleyip mahkûmiyetini Avusturalyada ikmal ettikten sonra yeniden bir cinayet suçu ika edenler «Norfolk» adasına gönderilirlerdi. Bu adada tatbik olunan infaz sistemi ve inzibatî cezalar çok şedit ve gayri insanî idi Mahkûmlar sık sık isyan ediyor, inzibatî cazaya çarpılmaktansa intiharı tercih eyleyorlardı. Öyle bir zaman geldi ki Norfolk İngiltere için mühim bir mes'ele oldu. Bu ada ile ciddi surette meşgul olmak lâzım geliyordu. Nihayet yüzbaşı «Maconichie» kendi teklifi üzerine bu adaya hususî bir infaz usûlü tatbik etmek üzere memur edildi.

Maconichie'nin Norfolk'ta tatbik ettiği sistem, mahkûmların tahliye edilebilmelerini suçlarının ağırlığına göre tayin edilmiş miktarda not kazanmış olmalarına tâbi tutar. Mahkûmlara mesailerine, umumî vaziyetlerine nazaran her gün not verilir, fena hareketler kazanılmış notların tenzilini intaç eder.

Tahliyeyi, o zamana kadar pek ağır şerait altında bulunan mahkûmların iyi hareketlerine istinat ettiren bu mülâyim sistem pek müsait neticeler verdi. Esası günlük notlara dayanan bu infaz usûlü Norfolk'ta muvaffakiyetle tatbik olundu ve ada dört senede islâh edildi.

Maconichie bilâhare Birmingam evi müdürlüğüne gönderildi. Ancak sistemi, kanun icaplarınca yapılan tadilât sebebile Birmingam'da iyi netice vermedi. Fakat bu muvaffakiyetsizliğe rağmen esası, islâh notuna müstenit sistemin taraftarları çoğalmıştı.

1857 de İngilterede nefi cezası ilga edilerek Norfolk sistemine bir devre daha ilâvesile İngiliz tedricî serbestî sistemi tesbit ve kabul olundu.

İrlandada, eski bir hâkim olan «Crofton» ceza evleri umum müdürlüğüne yükseldikten sonra devre esasına müstenit ve mahkûma tedricen serbestî bahşeden bir sistem tatbiki fırsatını elde etti.

Crofton'nun tatbik ettiği tedricî sistem iki devreli idi. Suçluyu mahkûmiyetinin ilk günlerinde ağır şartlar altında bulunduran, onu tam bir mahrumiyet içine bırakan ilk devrenin nedamet gösteren iyi hallerle ikmali halinde diğer devreye geçiren bu sistem muvaffa-

596

kiyetli neticeler verdi. İkinci devre mahkûma biraz daha serbestî bahşediyor, tazyiki yavaş yavaş azaltarak onu cemiyet hayatına ünsiyet etmiş bir halde iâde ediyordu.

Bu sistemin tekâmülü devre adedinin tezayüdünü neticelendirmiştir.

Bu tecrübeler, bu suretle üçüncü bir sistem meydana getirdi ki buna infaz şekli dolayısile «tedricî serbestî sistemi — Système progressif» veya menşei sebebile «Système Anglo — İrlandais» veya sadece «Système İrlandais» denir.

Ceza İnfaz sistemlerinin tekâmülü mevzuunda «Howard» ın [1] hemen her vesile ile ismi geçer. Hapishanecilik tarihinde Howard kadar bu işe kendini vermiş, bütün benliğile sarılmış bir ilim adamı yoktur. Howard'ın hapishanecilik sahasında nazarî ve tatbikî çok kıymettar faaliyeti sebketmiştir. Ona göre :

„Bir suçluyu islâha başlamadan evvel, onun olduğundan daha düşkün bir vaziyete gelmesine mani olmak gerektir. İslâhta her şeyden evvel nazara alınması icap eden cihet budur ve bu ancak hücre ile temin olunabilir. Fakat bazı sınıf mahkûmlar müstesna olmak

[1] "Howard„ 1726 da „Hackney"da doğdu. Ebeveyninin vefatında 17 yaşında idi. Babası ufak bir dükkâncı olmasına rağmen ona epice bir servet bıraktı.

Fakir ve sefil bir halde yaşayan hemcinslerine yardım etme Howard'ın bütün hayatını dolduran bir gaye olmuştur.

Avrupada yaptığı büyük bir seyahattan sonra tecrübelerle olgunlaşmış bir kafa ve bir ruh ile İngiltere'ye avdet etti.

1755 de Lizbon'da vukua gelen büyük bir zelzele sonunda yersiz, yurdsuz kalan felâketzedelere yardım için memleketinden tekrar ayrıldı. Fakat gemi ile yaptığı yolculukta Fransızlara esir düştü. „Brest„ ceza evine atıldı. Burada geçirdiği elim ve iğrenç sahnelerle dolu acı günler Howard'ın hayatında takip edeceği yolu gösterdi.

Memleketine avdetinde bu hapishane hayatını neşrederek efkârı âmmede bir aksülâmel uyandırmağa başladı.

1773 te Beddord mıntakası şerifliğine tayin edildikten itibaren büyük bir mücadeleye girişerek mevkuf ve mahkûmların sefil hayatını, hapishanelerin perişan vaziyetini islâha çalıştı ve muvaffakiyet kazandı.

İngiliz hukukuna kefaletle tahliye müessesesinin ithaline âmil oldu.

İngiliz. hahpishaneciliği hakkında büyük bir îslah projesi hazırladı. Hayatının son seneleri hapishaneciliğe ait tetkikat ile dolu seyyahatlerle geçmiştir. 1777 de meşhur eseri „States of prison"u neşretti.

Bir eserinde (her şeyi kendi gözlerimle görmek istedim) demişti. Hapishane hayatile o derece yakından alâkadardı ki o devirde ceza evlerinde büyük tahribat yapan ve "Hapishane humması„ denilen hastalığa tutuldu.

Hastalara, fakirlere, kimsesizlere yardım etme arzusu, onların izdirabını dindirme emeli bütün ömrünce devam etmiş ve bu yolda hayatını vermiştir. Tedavi etmekte olduğu bir hastadan kaptığı hummadan öldü : 20 Mart 1790.

üzere mutlak bir tecrit, müşterek hapis kadar muzir neticeler tevlit eder. Geceleri tam ve mutlak bir hücre hapisi, gündüzleri bazı şartlara bağlı müşterek bir hapis gayeyi temin edebilir.»

Howard, ceza infazında hücreyi esas olarak kabul ediyor, infazın gayesinin ancak hücre ile elde edilebileceğini bildiriyordu. Fakat hücrenin lüzumundan fazla şedit tatbik edilmek suretile sui istimal edilmemesi hususunu daima göz önünde bulunduruyordu.

Bu gün hemen bütün müterakki memleketlerde tatbik olunan infaz sistemlerinde Howard'ın fikirlerinin tesirlerini buluruz. Mahkûmu islâh esasına müstenit bulunan müterekki infaz sistemleri onun açtığı çığırın takibi neticesinde elde edilmiş muvaffakiyetlerdir. Ve bu sistemler, mahiyet ve derecesi ne olursa olsun, onun prensiplerinden mülhemdir denilebilir.

O devirde «Howard», Amerika ceza infaz müesseselerinin islâh ve tekâmülünde de âmil olmuştur. Pansilvanya 'da «william penn»in önayak olduğu ceza evleri islâhatı bunun en büyük delilidir.

«william penn" bir Avrupa seyahatinde İngiliz ve Hollanda ceza evlerini ziyaret etmişti. Pansilvanya'ya avdetinde hapishanelerle çok yakından alâkadar oldu ve bu müesseselerin islâhına çalıştı Ceza infazı sahasında teceddüt yapılması lüzumunun "william penn"den işidilmesi mühim bir hadise teşkil etti. Bu onun için büyük bir kolaylık oldu. Efkâri âmme kazanılmıştı. 1787 de Fladelfia'da « Ceza evlerindeki sefaletin önüne geçme" cemiyeti kuruldu. Bu cemiyet «Howard» ile muhaberede bulunuyor ve hemen her işte onun fikrine müracaat ediliyordu. Nihayet 1790 da «walnut steet Jail" hapishanesinin geniş avlusunda hücre esasına müstenit bir ceza evi kuruldu. Bu binada 30 hücre vardı.

Hücrelere konulan mahkûmlar mutlak bir tecride tâbi tutuldular. Bu şedit infaz usulünün ve meşguliyetsizliğin tesirile mahkûmlarda ruhî teşevvüşler, marazî haller müşahede edildi. Bu netice, hücre alehtarlarına hücre sistemine şiddetle hücüm fırsatını verdi. Buna rağmen en salâhiyettar tatbikatçılar hücre usulünün tecrübesi lehinde bulundular. 1817 kanunile biri Pittsbourg'da memleketin garp mıntakalarına, diğeri Fladelfia'da memleketin şark mıntakalarına mahsus olmak üzere hücre esasına müstenit iki büyük ceza evinin tesisi kabul olundu.

Pansilvanya'da yeni cereyanlar devam ederken Nuyork hükûmeti de 1797 den itibaren hapishanelerin islâhı işlerile meşguldu. Fakat burada mahkûmların çalıştırılmasının ihmali, noksan ve yanlış tatbikler sebebile muvaffak neticeler elde edilemiyordu. Bu suretle hücre sisteminin şiddetini azaltmak lehinde bir cereyan hasil oldu.

598

1816 da «Auburn» ceza evi tesis edildi. Bu ceza evinde her hücreye iki mahkûm konuluyordu. Fakat bu, bilhassa ahlâkî bakımdan çok kötü neticeler verdi. Bunun üzerine ceza evine 80 kadar hücre ilâvesile her mahkûmu yalnız olarak hücreye almak imkânı temin olundu. Fakat mahzurlar temamen zail olmamıştı. Hücre hapisinin bu suretle tatbiki sonunda bir senede beş mahkûm olmüş, bir mahkûm çıldırmıştı. Yeniden islâhat lüzumu kendini gösterdi. Etraflı tetkikat neticesinde bilâhara» Auburn» sistemi ismini alan meşhur sistemde karar kılındı. Bu infaz usulünde mahkûmlar geceleyin mutak tecride tabidirlar. Gündüzün atelyelerde müştereken çalıştırılr. Mamafih «Auburn sistemi» o zeman için tamamile yeni bir infaz şekli addolunamaz. Zira Amsterdam Çocuk islâh müessesesinde, Roma'daki St. Michel ceza evinde ve nihayet Gand hepishanesinde bu usuller tatbik edilmiştir. Fakat «Auburn» sistemi, gece ve gündüz tecrit olan Pansilvanya sistemi yanında tamamile ayrı bir usul teşkil ettiğinden ve avantajları izah olunmak suretile metodik bir şekilde tatbik sahasına konulmuş bulunduğundan iştihar etmiş, hususiyet kazanmıştır.

Avrupada tatbik edilen sistemler arasında «Vilain» sistemini zikretmek lâzımdır. Gand Belediye Reisi Belçikalı « Vilain XIIII » 1777 de, bilhassa mahkûmların çalıştırılması hususuna ehemmiyet veren bir proje hazırladı. Bu projenin ana hatları şunlardır:

A — Suçun mahiyetine ve yaşa göre tefrik

B — Mahkûmların çalıştırılmak suretile islâhı

C — Gece tecrit, gündüz sükût şartile çalışma

Büyük bir mıntaka ceza evi tesisi lüzumunu müdafaa eden Vilain projesi kabul olundu ve leh ve aleyhinde bir çok sözler söylenmiş ve münakaşalar yapılmış olan meşhur Gand ceza evi inşa edildi. Bu ceza evinde mahkûmlar ilk defa isabetli ve ilmî bir tesnife tâbi tutulmuşlardır.

Vilain sisteminin en bariz vasfı mahkûmların çalıştırılma suretile islâhıdır. Bu sistem bihakkın tatbik edilebilseydi belki müsait bir netice temin olunabilirdi. Fakat suiistimal edildi. Ve bu itibarla bittabi eyi netice vermedi.

Belçikalı Vilain'den sonra ceza infaz sistemlerinin tekâmülü sahasında yine belçikalı Ducpétiaux'yu görürüz [2]. Ducpétiaux hapis-

[2] Ducpétiaux 29 Haziran 1804 de Brüksel'de doğdu. Tahsilini Paris'te ve Belçikada yaptı. Liége üniversitesinde hazırladığı tezinin mevzuu " ölüm cezası „ idi. Ölüm cezası aleyhinde bulunarak yerine hürriyeti bağlayıcı cezaların ikamesini müdafaa ediyordu.

599

hanecilik tarihinde nadir tesadüf olunan semereli faaliyet göstermiş çok kuvvetli şahsiyetlerden biridir.

Ceza evleri umumî müfettişi iken, 1831 de yaptığı icraat, bu gün bütün Avrupa devletlerinin ilerisinde giden Belçika hapishaneciliğinin temelini teşkil eder. Bu icraat arasında bilhassa şunları zikretmek lâzımdır:

1 — Mahkûmların ceza evlerinde yaşama şartlarının düzeltilmesi

2 — Mahkûmlara verilen gıdanın islâhı

3 — Yatacek yerlerin sıhhî ve temiz bir hale ifrağı

4 — Alkollu içkilerin ceza evinde satılmasının yasak edilmesi

5 — Mahkûm çocuk ve kadınların diğer mahkûmlarla hiç bir suretle temas ettirilmemesi

6 — Bilgisiz ve dürüst olmayan personellerin işten çıkarılarak yerlerine ehil kimselerin tayini.

Ducpétiaux hapishanecilik sahasında faaliyete atıldığı zaman tatbik edilmekte olan iki sistem mevcuddu:

Birincisi, gece tecrit, gündüz sükût şartile çalışmadan ibaret olan Auburn sistemi

İkincisi, gece ve gündüz mutlak tecrit olan pansilvanya sistemi

Bu sistemlerden birincisini tecrübe ve tatbik eden Vilain XIIIJ muvaffak olmamıştı. Ducpétiaux ikinci sistemi esas tuttu. Ve 1837 de neşrettiği «ceza evlerinin bu günkü islâhatı vaziyeti ve terakkileri hakkında» isimli eserinde «suça karşı yalnız hücrenin müessir bir vasıta» olabileceği tezini müdafaa etti. Bu eser Belçikada büyük akisler uyandırdı. Münakaşalar parlâmentoya kadar sirayet etti. Ve nihayet Belçikada 4 Mart 1870 tarihli bir kanun ile hücre sistemi kabul olundu.

Ducpétiaux'nun fikirleri tenkide maruz kalmıştır. Hücre usulünün insanî bir sistem olmadığı, mahkûmların vahşi birer hayvan gibi hücrelerde kapatılması iptidaî bir düşünüş mahsulü olduğu ve hücrenin mahkûmu cemiyetten uzaklaştıran bir vasıtadan ibaret bulunduğu iddia edilmişiir.

Halbuki Ducpétiaux'nun tahayyül ve tatbik etmek istediği böyle mutlak bir tecride dayanan hücre sistemi değildi. "Des conditions de L'emprisonnement séparé et cellulaire„ adlı eserinde, düşündüğü in-

Ducpétiaux 1827 de gazeteciliğe başladı "Courrier des Pays—Bas„ adlı mecmuada Hollanda aleyhine neşriyat yaptığından dolayı 1828 de bir sene hapise mahkûm oldu. Ceza infaz edildi.

1830 da Ducpéciaux'yu ihtilâlin başında göriyoruz. Bir müddet sonra hapishaneler nmumî müfettişi oldu. Bu vazifeyi 1861 e kadar ifa etti.

21 Temmuz 1868 de, çok dolgun ve fırtınalı geçen bir hayattan sonra, Brüksel'de öldü.

600

faz şeklinin ne gibi şartlar altında tatbik edilmesi lâzım geldiğini şu satırlarla ifade etmiştir:

(Her hangi bir mes'ele hakkında münakaşaya başlamadan evvel münakaşanın mevzuunu sarıh ve doğru olarak tesbit etmek lâzımdır. Mutlak bir inziva günlerce, haftalarca, aylarca ve senelerce hücre, barbarlıktan başka bir şey değildir. Aklı selim ve merhamet duygusuna malik olan hiç kimse böyle bir tezi müdafaa edemez . . . . Her mahkûm her gün gardiyanlar ve atelye şefleri tarafından ziyaret edilecektir. İki günde bir rahip ve müessese tabibi mahkûmu görmeğe gelecektir. Müessese öğretmeni mahkûmla mümkün olduğu kadar sık temas edecek müessese müdür mavini sık sık, Müdür haftada en az bir defa mahkûmu ziyaret edecekler ve onunla konuşacaklardır. Diğer taraftan mahkûmun akrabası arasında şeref ve düstisi ile tanınmış olanlar varsa onlar da mahkûmu ziyaret edeceklerdir. Başkaca patronaj cemiyetleri âzalarının mahkûmu görmelerine, onun dertlerini dinlemelerine müsaade olunur.

Görülüyor ki Ducpétiaux sisteminde mahkûm hücrenin sonsuz sessizliğine insafsizca terkedilmiş değil, bilâkis kendisile daimî temas halinde bulunulan, eyi nasıhat ve telkinlerle islâhına çalışılan bir insandır. Burada hücre, her şeyden evvel, ifsat edici tesirlere karşı tecridi temin eden bir vasıdadır. Zaten sistemin bariz vasfını islâh edici ziyaretler teşkil eder. Mahkûm, haricî hiç bir tazyik altında kalmaksızın, bu ziyaretlerin tesiri altında, ziyaretçilerin dürüst ve insanî muameleleri; iyiliğe sevkeden nasihatları ile nedamet hissedecek, islâhı hal eyliyecektir.

Ducpétiaux sisteminde mahkûmlar yekdiğerile asla temas ettirilmez, İş esnasında dahi bu prensibe riayet olunur. Mahkûm, hücrede çalışır, yemeğini hücrede yer. yalnız günde bir saat ceza evi avlusunda teneffüs etmek için hücreden çıkarılır. Hücrelerinden dişarı çıkarılan mahkûmların kapuşon takmaları şarttır.

Bu mutlak tecrit, her şeye rağmen, şüphesiz ki ağır bir infaz usulüdür. Bu ciheti bizzat Ducpétiaux dahi nazara alarak, haklarında hücre sisteminin tatbikinden bir faide memûl edilmiyen mahkûmların bu usulden müstesna tutulmasını kabul ve bu hususta bir liste tanzim etmiştir:

1 — Oldukça uzun bir hücre devresine tâbi tutulmuş olan mükerrirler.

2 — İtiyadî hırsızlar

3 — Yaşı 60 dan yukarı olanlar

4 — Hücreye konulduktan sonra bu rejimden istifade edemiyeceği ve rejim değiştirmeksizin maruz bulunduğu muhtemel sıhhî bir tehli-

kenin önüne geçilemiyecek halde olduğu anlaşılanlar.

5 — Marazî bir sihhate malik olanlar

6 — Çocuklar

Ceza infaz sisteminin tekâmülü mevzuunda adının ve icraatının zikredilmesi icap eden en salâhiyettar şahsiyetlerden biri de, ceza hukukile ceza infazını telif etmiş bulunan meşhur"Prins" tir.

Prins «Cemiyeti koruma nazariyesi - La théorie de la défense sociale» ni vazetti. Ondan evvel suça karşı yapılan mücadele yalnız tedibî mahaiyette idi. Bu nazariye ile suçtan evvel müdahale, önleyici tedbirler meydana çıktı. Prins'e göre:

Ceza evi bir cemiyeti koruma müessesesidir. Binaenaleyh bu mahallin gerek evsafı haiz olması icap eder. Halbuki hücrenin bu suretle telâkkisine imkân var mıdır? Hücre iyiliği, fenalığı, mükâfati tecziyeyi daha geniş bir tabir ile bütün hayatı güçülten bir vasıtadır.

Orada iyilik, disipline uygun hareket ve itaattan, fenalık, serkeşlik ve tenbellikten ibarettir. Mükâfat hücreye bir resim asabilmek, orada bir kuş besliyebilmek, mücazat katıktan, havadan güneşten mahrumiyettir. Böyle bir mahal bir cemiyeti koruma müessesesi olamaz.

Prins «mutlak tecrit»e hücum etmiş ve cezanın ferdileştirilmesi sistemi üzerinde ısrarla durmuştur. Mahkûmlar arasında bir tasnif yapılmasını ve buna göre ceza evleri inşasını ileri süren Prins bir tefrik sistemi teklif etmiştir:

1 — Genç suçlular. İslâh edilmeleri icap eder.

2 — Normal mahkûmlar

A — Tehlikesiz suçlular

a) Mahkûmiyetleri az olanların cezalerının hücrede çektirilmesi

b) Mahkûmiyetleri fazla olanların bir hücre devresini müteakip birlikte çalıştırılmaları

B — Tehlikeli suçlular

Haklarında çok ciddî hareket etmek lâzımdır. Bunların cezalarının mümkün mertebe uzun olması arzuya şayandır. Zira islâh ve tedibleri hemen imkânsızdır. Temin edilmek istenilen şey bunların yeni bir suç işlemelerini, cemiyetin asayışını yeniden bozmalarını önlemek olmalıdır. Bu itibarla bu sınıfta bulunan mahkûmlar için en eyi infaz usulü şudur : gece hücre hapisi, gündüz birlikte ve ağır işlerde çalıştırılma

3 — Aklen malûl olanlar

Bunlar için hususî müesseseler vücude getirmek gerektir. (Prison - Asile), zira bunların umumî ceza evlerinde bulundurulması gerek idareciler ve gerek diğer mahkûmlar için tehlike arzeder. Bunların bir akıl hastahanesine konulmaları da doğru değildir. Çünkü deli olmalarına rağmen suç işlememiş olanlarla, suç faillerini bir arada bulundurmağa cemiyetin hakkı yoktur. Ayni mülâhaza ile bunların serbest bırakılmaları da muvafık olmaz.

4 — Ne akıllı ne de deli addine imkân olmayan Anormal mahkûmlar Bunlar için de hususî mahaller tesisi lâzımdır. Bu müesseselerde tatbik edilecek infaz sistemi iki esasa müstenittir:

A — Hastalıkları nisbetinde tedavi

B — Fiillerinden dolayı mes'uliyetleri derecesinde tecziye

Prins'in ceza hukukile mezcettiği infaz sistemi tatbikatta yüksek bir muvaffakiyet kazanmıştır. Belçika sisteminin büyük şöhreti onun fikirlerine dayanan 9 Nisan 930 tarihli cemiyeti koruma kanunile temin edilmiştir.

Ne yazık ki Prins fikirlerinin tatbik mevkiine konulduğunu göremeden 1919 da hayata gözlerini yumdu.

Medenî memleketlerde tatbik olunan infaz sistemlerini tetkik edecek olursak istikrar bulmuş bir rejim görürüz. Bu istikrar, cezanın maksat ve gayelerinde elde edilen telâkkî birliğile yakından alâkadardır. Müşterek gayeye vasıl olabilmek için takip edilen yollar, muhtelif değişiklikler arzetmekle beraber, mahiyet itibarile ayni esasa dayanır. Ceza ve infazı hakkındaki son nazariyeler dahi suçluyu şeditten hafife mütehalif bir grafik çizen tedricî sisteme tâbi tutmaktadır.

Esasını Prins'e dair verdiğimiz izahatta kısaca söylediğimiz Belçika infaz sistemi bu gün en mütekâmil rejimlerden biridir ceza infazı sahasında meşhur şahsiyetler yetiştirmiş ve nazariyat ile tatbikatı mezcetmek kudretini göstermiş olan belçikalılar bilhassa muhtelif sınıf suçlular için vücude getirilmiş oldukları ceza evlerile hapishanecilikte mühim muvaffakiyetler kazanmış, «Système progressif — tedricî serbesti sistemi» ni en musait bir şekilde tatbik imkânlarını elde etmişlerdir. Suçluyu müşahedeye alan, onu islâhı hali nisbetinde devreden devreye geçiren Belçıka sistemleri tatbikatta tecrübeli ve ehil ellerde azamî randımanını vermektedir. Çocuklar için

603

tatbik olunan rejimler, mükerrirler hakkındaki Merxplas usulü Belçika infaz sistemlerinin tekâmül derecesini göstermeğe kâfidir. [3]

İtalyada 1892 tarihinde 2461 olan hücre adedi 1927 de 3650 gece hücresi hariç olmak üzere 9650 ye baliğ oldu· Fakat buna ve kabul edilmiş olan rejime rağmen mahkûmların bir çoğunun cezaları müşterek hapis sisteminde infaz ediliyordu. 1915 e doğru hücre aleyhtarlığı baş gösterdi. Bazı müesseselerde, mahkûmlar en çok üç sene hücre hapisine tâbi tutularak, tedricî serbestî sisteminin tatbikine başlandı. Umumî harpten sonra ayağa zincir vurma, karanlık zindana koyma gibi inzibatî cezaların ilgasına ve hapishanecilik sahasında geniş terakki hamlelerine şahit oluyoruz.

Bu gün İtalyada gece gündüz tecrit suretile müşahade safhasını, mahkûmun yalnız geceleri hücrede bulundurulmasını, muhabere serbestisini hariçte çalıştırılmasını, meşruten tahliyesini temin eden bir tedricî serbesti sistemi tatbik edilmektedir.

İtalyada 1 İkincikânun 1931 de mer'iyet mevkiine giren kanuna göre ağır hapis ve hapis cezaları şu şekilde infaz olunur:

Müebbet ağır hapis, Bu cezaya tahsis edilmiş olan müesseselerde mecburî çalışma ve geceleyin tecrit suretile. Kanun müebbet ağır hapiste evevlce tatbik olunan gece ve gündüz hücre hapisini ve 1889 kanununun emrettiği sükût mecburiyetini kaldırmıştır. Ancak müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bir suç ile muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezaları müstelzim bir veya bir kaç suçun içtimaı halinde neticeten müebbet ağır hapis cezasına hükmolunur ki bu halde ceza asgarî 6 ay ve azemî 4 sene hücrede gece gündüz tecrit şeklinde infaz edilir.

Ağır hapis cezasını üç sene çekmiş olan mahkûmun hariçte çalışmasına müsaade verilebilir. Bundan başka Adliye nazırı bu cezanın bir kolonide veya deniz aşırı bir memlekette infazını emredebilir. Bu takdirde mahkûmun hariçte çalışmasına üç senelik müddetten evvel de müsaade edilebilir

15 Günden 24 seneye kadar olan muvakkat ağır hapis, bu cezaya tahsis edilmiş müesseselerde mecburî çalışma ve geceleyin tecrit suretile çektirilir. Hariçte çalışma müsaadesi, infazın başlangıcından itibaren bir sene sonra verilebilir. Keza mnvakkat ağır hapiste de Adliye nazırı cezanın bir kolonide veya deniz aşırı bir memlekette

[3] Bu sistemler hakkında etraflı malûmat edinmek istiyenlerin Dr. Faruk Eremin„ Türk çocuk islâh evi sisteminin ilmî esasları„ — Ad. ceridesi 31 inci sene 3 üncü sayı Sa. 190 — ve„ Belçika ceza evlerinde mükerrirlerin islâhı„ — Ad. Ceridesi 31 inci sene 1 inci sayı Sa. 47 — isimli özlü yazılarına müracaatları.

infazını emredebilir. Bu halde hariçte çalışma müsaadesi daha evvel de verilebilir.

5 Günden 3 üç seneye kadar olan hapis bu cezaya tahsis edilmiş olan müesseselerde veya muvakkat ağır hapis ceza evlerinin hususî kısımlarında mecburi çalışma ve gece tecrit suretile çektirilir.

İtalyada bütün hürriyeti bağlayıcı cezalarda çalışma mecburiyeti vardır.

İngilterede cinayet cezaları 19 uncu asrın ortalarına kadar mücrimi cemiyetten uzaklaştırma esasına müstenit bulunan «Nefi» cezasından ibaretti. Bu cezanın ilgası tarihi olan 1857 den itibaren mahallî ve merkez ceza evlerinde esası islâh notuna dayanan serbestî sistemleri tatbik olunur.

Meselâ cezaları üç seneden müebbet mahkûmiyete kadar olanlar hakkında tatbik edilen «Servitude pénale» in infaz şekli üç devreye tefrik edilmiştir.

Birinci devrede, teneffüs zamanı müstesna gece gündüz hücre hapisi. Bu devre 8 ilâ 9 ay devam eder. Bu müddet kadınlar için 4 aydır.

İkinci devre gece hücre gündüz birlikte çalışma. Bu devre dört sınıfa ayrılır :

4 Üncü sınıf — 3 ay devam eden tecrübe sınıfıdır.
3 " " — 700 İslâh notu kazanmış olan mahkûmlara mahsustur. (günde azamî 8 islâh notu verilebilir.)
2 " " — 2920 İslâh notu kazanmış olan mahkûmlara mahsustur.
1 " " — Son sınıftır.

Mahkûm, devreleri ve sınıfları tâkiben gıda rejiminin, yatacak yerin, iş nevinin tedricen iyileşmesi, ziyaretçi kabülünün ve mektuplaşma mıktarının artması, giyinmede serbestî gibi imtiyazlara nail olur ve bunlar mahkûma yavaş yavaş daha iyileşen, daha rahatlaşan bir hayat bahşeder.

Üçüncü devre meşruten tahliye devresidir.

İspanyollar tedricî serbestî sisteminin menşei İspanya olduğunu iddia ederler. Filhakika 1804 de hidematı şâkke ceza evlerinin birinde böyle bir infaz usûlünün tatbik edilmiş olduğu söylenmektedir. Umumî harpten evvel «Ceuta» ceza evinde mahkûmiyet dört devre üzerinde infaz ediliyordu. Hâlen Ispanyada hücre aleyhtarlığı vardır. Tatbikatçılar hücrenin İspanyol karakterine uymadığı fikrindedirler. Bu günkü İspanyol tedricî sistemi şöyledir :

605

Birinci devre — mutlak hücre. Bu devre 8 ilâ 12 ay arasında devam eder.

İkinci devre — İş ve idman zamanları müşterek, mütebaki müddet hücre hapisi.

Üçüncü devre — İkinci devreden işlerin daha hafif olmasile ayrılır. Mahkûm, cezasının 3/4 nü ikmal etmeden bu devreyi bitiremez. Ancak bazı ahvalde «ceza evi disiplin heyeti» devre müddetini kısaltabilir.

Dördüncü devre — Meşruten tahliye.

Danimarkada 1932 tarihli bir kanun üç devreli tedricî serbestî sistemini ihdâs etti.

Birinci devre, cezanın müddet ve nev'ine göre, 2 ilâ 6 aydır. Üçüncü devre, 1 ilâ 2 ay yirmi gündür.

İkinci devre müddeti tahdit edilmemiştir. Birinci ve üçüncü devre arasında kalan müddet ikinci devre müddetini teşkil eder. Şu suretle cezanın mühim bir kısmı ikinci devrede çekilir.

Mahkûm devreden devreye geçtikçe tedricî bir serbestîye, kitap tedariki, gazete ve mecmualara abune olmak, tütün satın almak, hücresini süsliyebilmek gibi imtiyazlara nail olur.

Son zamanlara kadar ceza hukukunda ceza vermek ve cezayı infaz etmek salâhiyetleri, tefriki kuvva prensibine müsteniden birbirinden tamamile ayrı uzuvlara tanınmıştı. Yine ayni prensibe dayanarak infaz salâhiyeti olan makamın cezanın mahiyet ve müddetine müteallik hiç bir salâhiyeti olmaması icap etmekte idi. Bu, klasik ceza infaz hukukunun iki ana kaidesini meydana getirmiştir:

1 — Kaza kuvveti cezanın infazına müdahale edemez.

2 — İcra kuvveti cezanın mahiyet ve müddeti üzerinde tadilât yapmağa salâhiyettar değildir.

Fakat son zamanlarda bu iki kaide bazı tadilâta uğradı. Evvelâ İcra kuvvetinin cezanın mahiyet ve müddeti üzerinde tadilât yapmaması mutlak bir prensip olmaktan çıktı. Nitekim tedricî serbestî sistemi icra kuvvetine mahkûmun cezasını azaltmak imkânlarını verdi. Diğer taraftan kaza kuvvetinin cezanın infazına müdahale edememesi prensibi de kat'iyetini gaip etti. Bu gün bu müdahale lehine kuvvetli bir cereyan vardır. Bu noktai nazarda bulunanlar nazariyelerini yine tefriki kuvva prensibine istinat ettirilmektedirler. Onlara göre:

606

Tefriki kuvva prensibi hâkimin ceza infazına müdahalesini menetmez, meşru kılar. Zira teşkilâtı esasiye kanunları ferdin şahsî hürriyetini tehdit salâhiyetini yalnız kaza kuvvetine tanımıştır. Ceza infazının öyle hususiyetleri ve bazan alınması icap eden öyle zarurî tedbirleri mevcutturki bu, cezanın evvelce hâkimin derpiş etmediği, belki de edemiyeceği bir şekilde infazını intaç eyler. Bu ise tefriki kuvva prensibini hiçe saymaktır.

Nihayet ceza hukuku prensibleri cezanın ferdileş tirilmesi, hâkimin infaza müdahalesini hattâ infaz salâhiyetinin ancak hâkime tanınmasını icap ettirir. Hâkim, cezanın mahkûm üzerinde tevlit ettiği neticeyi müşahede ve tetkik ederek ona göre cezada tadilât yapacak, cezanın müddet ve şeklini tesbit edecektir. Bu itibarla kaza kuvvetinin cezanın infazına nazaret ve müdahalesi lâzımdır.

İnfaz sahasında büyük bir değişiklik husûle getirmekte olan bu nazariye «tedricî serbestî sistemi — Système progressif»ni tekâmül ettirmekte ve bu sisteme cezanın maksat ve gayelerini daha isabetli olarak elde etmek imkânlarını vermektedir.

Bu fikirlerin tatbikine de şu misâlleri gösterebiliriz:

Fransada çocuk mahkemelerini ihdas eden 1912 kanunu,

Belçikada çocuk mahkemelerini meydana getiren 1912 tarihli çocukları koruma kanunu ve 1930 tarihli cemiyeti koruma kanunu,

Danimarkada 1933 ceza kanunu,

Norveçte 1923 kanunu.

607

No: 32

Devletin ve diğer amme hükmî şahıslarının mesuliyeti meselesi [1]

(Teşkilât kanunumuzun 51 inci maddesile Devlet Şûrası kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrası üzerinde etüt)

Konferansı veren :
Ord. Pr. Dr. A. Fuad BAŞGİL
İstanbul Hukuk Fakültesi Dekanı.

Sayın dinleyicilerim !

Bu salonda iki sene evvel klâsik ferdî hak ve hürriyetler üzerine verdiğimiz bir konferansı şu fikir ile neticelendirmiş ve hülâsaten demişdik ki :

On sekizinci asır felsefelsi, devlet faaliyet ve icraâtının ferde karşı hududunu metafizik bir kanaatta aramıştı. Bu kanaata göre, insan, tınet ve tabiatında bir takım ezelî haklar ve imtiyazlar taşımaktadır. Hürriyet, emniyet ve mülk hakları bu imtiyazların başında gelir ve devletin ferde karşı muamelelerine üstün birer hudut teşkil eder.

Halbuki, demiştik, devrimizin müsbet düşünceleri önünde bu kanaat sarsılmıştır; bugün böyle bir kanaat devlet kuvvetini zapt için kifayetsiz bir hale gelmiştir. Fakat, buna mukabil, zamanımızda aynı hudutlar müsbet ve mevzu hukuk kaide ve prensiplerinde aranmaktadır. Bu prensiplerden biri ve, belki ehemmiyet ve vusatta, başta geleni devletin de hukukî bir şahıs sıfatile, fert gibi, işlerinden ve icraâtından hukukan mesul olması, idarî faâliyetlerinde gerek şahsa ve gerek mülke karşı yaptığı zararları bu zarar sahiplerine ödemeğe mecbur olması prensibidir. Bugünkü telekkilerimize göre, hukukî devlet, işlerinde ve icraâtında hukuk kaidelerine tâbi olan devlettir. Hukuk kaidelerinin teminatı ve müeyyidesi ise bunlara aykırı hareket edenlerin mesul olmasıdır. Şu halde hukukî devlet, netice itibarile, mesuliyet kabul eden devlet demek olur.

İşte biz bu konferansımızda hukukî devletin bu en esaslı vasfını

[1] Bu konferans 4-3-939 tarihinde Ankarada verilmiştir.

yani mesuliyeti fikrini mevzu alacak ve klâsik ferdî hak ve hürriyetler üzerindeki konferansımızı en can alıcı bir noktasında ikmale çalışacağız.

*
* *

Evvelâ, mesuliyet fikri üzerindeki bilgilerimizi tazeleyelim :

Hukukta mesuliyet, bir şahsın hakka ve kanuna uymayan fiilinin başkası hakkındaki zararlı neticesinden hesap vermeğe mecbur olmasıdır. Bu mecburiyetin müeyyidesine göre, mesuliyet ya cezaî olur, fâile ceza kanunu hükümleri tatbik olunur; yahutda malî olur. Yani hasıl olan zararın imkân dairesinde izalesi cihetine gidilir; Fâile yaptığı zarar tamir ve tazmin ettirilir.

Şu halde, tarifimizden de anlaşıldığı üzere, malî mesuliyet tahakkuk etmek ve bir kimseye fiilinden hukukan hesap sorabilmek için :

a) — O kimse bu fiilile başkasının şahsına veya mülküne bir zarar vermiş olmalıdır. Şahsa veya mülke karşı maddî veya manevî bir zararla neticelenmeyen fiilimiz, hakka ve kanuna aykırı görülse bile, malî mesuliyet doğurmaz. Çünkü bu türlü mesuliyet, meydana gelen bir zararın tâmir ve tazmini şeklinde zuhur eden bir mecburiyettir. Ortada kırılan dökülen bir şey yok ise tabiatile böyle bir mecburiyet de yoktur.

b) — O kimse bu fiilini memleket mevzualarına aykırı olarak yapmış olmalıdır. Hakka ve kanuna uygun fiillerimizden dolayı, başkaları hakkında zararla neticelenseler bile, prensip itibarile mesul olmayız. Bir tâcir komşusu tâcire meşru rekabette bulunduğundan ve müşterisini azaltıp onu bu suretle zarara soktuğundan dolayı mesul olmaz. Kanunun lâfzı, ruh ve maksadı dahilinde ve hüsnü niyetle idarî bir fiilde bulunan bir memurun bu fiili başkasına zarar vermiş olsa bile zarar memura ödettirilmez.

c)—Malî mesuliyet doğmak için, ortada tazmin borcile mükellef bir kimse, mesul bir «şahıs» mevcut olmalıdır. Hattâ vukua gelen zararın bu şahsa isnadı ve izafesi de kabil olmalıdır yahut hiç olmazsa zarar ile bu şahsın fiili arasında bir nevî illiyyet rabıtası bulunmalıdır.

Yalnız, şuna dikkat edelim ki, mesul şahsın Ali Veli gibi fizik bir kimse olması şart değildir. Hukukta hükmen şahıs itibar olunan «manevî mevcutlar» da tazmin borcuna hem pasif, hem de aktif surette süje olurlar. Başka bir ifade ile «hükmî şahıslar cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icabı olarak insana has olanlardan maada bütün

hakları iktisap ve vecibeleri iltizam edebilirler» (Kanunu Medenî: madde 46).

Malûm olduğu üzere, hukukta hükmî şahıs dediğimiz manevî varlıklar iki nevidir. Bunlardan bazısı, cemiyet ve şirket gibi, hususî hukuk kaidelerine göre teşekkül eder ve iktisap ve iltizamda bu kaidelere tâbi olur. Diğer bazısı da amme menfaatlerini temsil etmek, amme otoritesine dayanarak faaliyet icra etmek üzere teşekkül eder ve tabiatile amme hukuku kaidelerine tâbi olur. Bu berikiler, başta devlet gelmek üzere, vilâyetler ve belediyeler gibi amme hükmî şahıslarıdır.

İşte biz bu konferansımızda şu amme hükmî şahıslarının ve bunlar arasında bilhassa devletin mesuliyetini mütalâa edeceğiz. Devlet mesuliyeti hakkındaki hükümlerimizin, prensip itibarile, vilâyetler, belediyeler ve amme menfaatları için kurulup işleyen diğer müesseseler gibi amme hükmî şahıslarına da tatbiki kabil olacaktır.

Yalnız, devletin mesuliyeti hukukun en geniş ve en çapraşık meselelerinden biridir. Ve, itiraf edelim ki, bizde lâyık olduğu ehemmiyet ve ciddiyetle de işlenmemiştir. Bunu göz önünde tutarak, konferansımızın sayılı dakikaları içinde bu geniş meseleyi bütün ihatasile mütalâaya girişmiyeceğiz; meselenin büyük prensiplerini göstermeğe ve ana hatlarını çizmeğe çalışacağız. Bunun için de mütalâalarımızı aşağıdaki birkaç nokta etrafında toplayacağız:

1 — Devlet de, hukukî bir şahıs sıfatile, işlerinin fert hakkındaki zararlı neticelerinden mesul müdür?

2 — Mesul ise bu mesuliyetin vüs'ati ve hukukî esası nedir? Devletin hangi nevi faaliyetleri hukukun umumî mesuliyet kaidesine tâbidir, hangileri değildir?

3 — Hükmî şahıslar bizzat değil, uzuvları marifetile yahut hükmî şahsı temsil eden kimseler vasıtasile iş ve icraâtta bulunacağına göre, devletin mesuliyeti ile devlet namına hareket eden memurların şahsî mesuliyeti arasındaki münasebet ve bu iki mesuliyeti ayırd etmek için miyar nedir?

*
* *

I

Devlet hukuken mesulmüdür?

Eski hukukun hâkimiyet telekkisine göre, aslâ! Devlet iş ve icraatından kimseye hesap vermekle mükellef değildir. Bu telekkide «din ve devletin sahibi» hükümdardır. Ve devlette hükümdar şahsi-

610

le temsil olunan hükümranlık hakkı mutlâktır. Devletin ferde karşı mesuliyeti, netice itibarile, hükümdarın mesuliyeti demek olur. Çünkü devlet müsavi hükümdardır. Hükümdar ise hâmi ve metbudur. Fert sadece tâbi ve kuldur. Kulun efendisinden ve hâmisinden hesap istemesi metbuluk ve tabilik sıfatlarının inkârı demek olur.

Bütün eski zaman devletlerinde hâkim olan kanaat bu olmuştur. Bu zalim kanaatı dinler bir dereceye kadar tehvine çalışmış, hükümdarlara adâlet ve hakkaniyet duyguları ve âhiret korkusu telkin etmiştir.

Onsekizinci asrın akliyeci ve ferdiyetçi felsefesi, insanı mutlak bir değer, bir gaye değeri alarak vatandaşlık hukuku tesis edince; bu türlü bir köhne hâkimiyet ve kahir bir devlet telekkisinin de tarihe karışması lâzım geliyor idisede, malesef böyle olmamıştır. Çünkü bu felsefe, eski hâkimiyet telekkisini esasından değiştirmemiş, yalnız eskiden hükümdar ile temsil olunan hâkimiyeti bu defa camia ile temsil etmek istemiştir. Ve eski Romadan sürüklenip gelen (imperium) yani sulta fikrini olduğu gibi muhafaza etmiştir. Başka bir deyişle, bu felsefe devlet tacını hükümdarın başından alıp câmia yahut millet diye tasavvur ettiği manevî bir şahsın başına geçirmiş ve eski hükümdar gibi bu manevî şahsıda lâyüsel addetmiştir. Hülâsa, eski hükümdarların lâyüselliği yerine onsekizinci asır felsefesi devlet lâyüselliği koymuştur.

Bundan dolayı idi ki, muassır amme hukukunun en büyük esaslarını vez eden Fransız inkilâpcıları, devletin hukukî bir şahıs sıfatile mesuliyetine dair ortaya müsbet bir kaide koymamışlardır. Filhakika «İnsan ve yurttaş hakları beyannamesi» nin 15 inci maddesinde «camianın her memurdan idaresi hakkında hesap sormağa hakkı vardır» deniliyordu. Fakat bu hüküm hukukî bir şahıs sıfatile bizzat devletin değil, devlet namına hareket eden memurların şahsî mesuliyeti esasını vaz ediyordu. Halbuki aşağıda göreceğizki yalnız memurun şahsan mesuliyeti vatandaş hukukunu tam bir surette korumak için kâfi değildir. Sonra, Fransız beyannamesinin koyduğu mesuliyet esası da hukuk tarihinde yeni bir şey değildi. Fransız inkilâpçılarından asırlarca evvel islâm hukuku «Hepiniz râisiniz ve her raî rayyesinden mesuldür» kaidesile bu esası çoktan koymuştu.

Bugün bir çok memleketlerin hukukunda, memurun şahsî kusuruna müstenit şahsî mesuliyetinden başka, bu mesuliyetin yanı başında, hatta bu mesuliyeti de içine almak üzere, umumî hizmetleri çekip çevirici bir hukukî ve hükmî şahıs sıfatile Devlet mesuliyeti ka-

611

bul edilmiştir. Ve Devletin bu mesuliyeti çok yeni bir fikirdir. Bu fikir geçen asrın, hususile asrımızın gittikçe umumileşen müsavatcı demokrasi cereyanlarile iktisadî ve içtimaî tekâmülünden ve bu tetekâmül önünde Devlet foksiyonlarında ve hâkimiyet telekkilerinde vukua gelen derin tahavvüllerden doğmuştur.

Eskiden ferdin Devletle münasebetleri vergi ve askerlik işlerile polis, zabıta ve adliye faâliyetleri gibi mahdut sahalara inhisar etmekte idi. Bu vaziyette fert ile Devlet menfaatleri arasında temas ve tesadüm fırsatları hemen hemen hiçe inmekte idi. Halbuki, geçen asırdan başlamak üzere, zamanımızda Devletin fonksiyon ve faaliyet sahası gittikçe genişlemiş fert hemen her işinde ve her adımda Devletle karşılaşır olmuştur. Bugün, hususile Devletçilik politikası takip eden memleketlerde Devlet elinin uzanmadığı yer kalmamıştır denilebilir. Buna bir de karışık bir büro ve idare teşkilâtı ve kötü bir kırtasiyecilik de inzimam edince Devlet mesuliyeti fikri ister istemez doğacaktır. Aksi taktirde eski Babil hükümdarlıkları devrine dönülmüş olur.

İlâve edelim ki, bu noktada müsavatcı demokrasi hareketleri ve demokratik fikirler de ayrıca rol oynamış; devlet hayatının hem nimet ve hem külfetlerinde herkesin müsavi olduğu yolunda umumî vicdanda kuvvetli bir kanaat uyanmıştır. İdarenin hakka ve kanuna uymayan bir fiilinden zarar gören bir vatandaşın bu zararı tazmin edilmezse, demokrasinin en mühim esaslarından birini teşkil eden külfette müsavat kaidesi ihlâl edilmiş olur.

İşte şu iki vakıa, yani bir taraftan iktisadî ve içtimaî hayatın icapları önünde Devletin faaliyet sahasının gittikçe genişlemesi, diğer taraftan da müsavatcı demokrasi kanaatinin teammümü; eski gayri mesul Devlet telekkisini ve eski *inperium* fikrini esasından sarsmıştır. Artık Devlet hukukî bir şahıs sıfatile işlerinden ferde karşı mesuldur fikri kafalarda yer etmeğe başlamış; artık hâkimiyet, umumî ve millî menfaatler için işleyen ve faâliyetlerinde hakka ve kanuna tâbi olan bir salâhiyet manasını almağa gitmiştir.

Bu suretle ortaya çıkan devlet mesuliyeti fikrinin tarihî tekâmülü bir kaç safha arzeder. Bu safhaları çarçabık gözden geçirelim:

I — İlk bir safhada, dediğimiz gibi, devlet mesuliyeti diye bir şey yoktur. Devlet faâliyet ve icraâtından eşhas hakkında hasıl olan zararların mesuliyeti, o faaliyeti icra eden kusurlu memura aittir. Fakat memurun kusuru yoksa, zarar memura kabili isnat değilse mesuliyet mevzubahs olmaz. Zarar heder olur. Zarar sahibi bahtına yansın.

Hatırlarız ki, Türkiyemizin eski hukukunda hâkim olan prensip

612

de bu idi. Filhakika eski hukukumuzda devlet işlerinden ferd için hasıl olan zarardan o işi ifa eden memur veya mümessil mesul olurdu. Tabiî, kusuru varsa. Eğer memura hiç bir veçhile kusur isnadı kabil değil ise; yani memur tamamile kanun ve nizam dairesinde hareket etmişde bundan şahıs hesabına bir nevi zarar husule gelmiş ise, memur için de mesuliyet mevzubahs olmaz. Çünkü «cevazı şer'î zımana münafidir»; yok eğer memur hareketinde «cevazı şer'î» haddini aşmış, kanun ve nizam dışında hareket etmiş ise, şahsen kusur işlemiştir, fiilile yaptığı zararı şahsen ödemeğe mecbur olur. Çünkü memur kanun ve nizam dairesinde hareket etmek şartile ve böyle hareket ettiği müddetce memurdur. Ve yalnız bu sıfatla yaptığı işlerden dolayı kanununun himayesi altındadır. Mecelle hukukunda «raiyye üzerinde tasarruf maslahata menut» olduğundan memurun kanun dışındaki hareketi maslahat icabından değildir ve binaenaleyh memurluk sıfatına yabancıdır. [1]

Nitekim bütün Avrupa memleketlerinde de ondokuzucu asrın hemen hemen sonlarına kadar hâkim olan da bu esas idi. Demin de söylediğimiz gibi, Fransız Beyannamesi yalnız memurların şahsî kusurlarından dolayı şahsî mesuliyetlerini tesis ile iktifa etmiş ve ayrıca devlet mesuliyeti diye bir şey tasavvur etmemişti.

Ondokuzuncu asrın ikinci yarısından sonra, hususile kara Avrupada, iktisadî hayat ve faaliyete devlet müdahalesinin gittikçe artması vakıası karşısında bu esas hakkaniyet duygularını tatmin edemez olmuş ve yavaş yavaş memurun şahsî kusuruna müstenit şahsî mesuliyetinin yanı başında ve bundan ayrı olarak devletin mesuliyeti esası kabul edilmeğe başlanmıştır. Ve bu suretle mesuliyet fikri ikinci bir tekâmül safhasına girmiştir.

II — Bu safhada, devletce icra edilen bin bir çeşit faaliyet arasında bir mahiyet farkı aranmış ve devlet faaliyetleri mesuliyet bakımından bir tasnife tabi tutulmuştur.

Filhakika devlet faaliyetlerine dikkatle bakacak olursak, bunlardan bir kısmının doğrudan doğruya devlet mefhumuna bağlandığını, fertler yahut hususî şirketler tarafından ifasına imkân tasavvur olunamayan işler olduğunu görürüz. Emniyet, zabıta, adliye ve millî müdafaa gibi hizmetler bu kabildendir. Bu işlerde devlet amme otoritesine dayanmakta ve millî ideal ve menfaatlerin hamili ve mümessili sıfatile hareket etmektedir. Bu gibi hizmetlerin bir şirket veya hususî bir cemiyet tarafından temini tasavvur bile olunamaz. Bunlar devlet mefhumundan ayrılmaz.

Devlet faaliyetlerinden diğer bir kısım daha var ki bunlar, de-

[1] — Tırnak içindeki yazılar Mecellenin kavaidi külliyyesi maddelerindendir.

minkilerin tamamile zıttına olarak, ötedenberi fertlerin yahut şirketlerin yapa geldiği ve daima da yapabileceği patrimoniyal işler ve faaliyetleridir. Bir çok nafia hizmetleri, münakale ve her çeşidile istihsal ve ticaret işleri gibi devletin iktisadî faaliyetleri de bu kabildendir.

Bundan evvel Türkiyede demir yollarını birer şirket işletmekte idi. Bu gün devlet işletiyor. Daha geçen seneye kadar İstanbulun tramvay, su, elektrik, hava gazı, telefon, tünel gibi şehir hizmetlerini hususî şirketler idare ediyordu. Bu gün bunları devlet yahut belediye ele almıştır. Bu gün devlet buğday satın alıyor; tütün, alkol satıyor. Devlete geçmekle yahut devlet tarafından tesis olunup idare edilmekle bu işlerin hukukî mahiyetleri değişmiş değildir. Sadece tesis uzvu ve idare merkezi değişmiştir. Bu türlü işleri tesis ve idare eden devlet yahut belediye sadece fert yahut şirket yerine kaim olmuş, bir nevi tacir, müteşebbis yahut müteahhit rolü almıştır.

Bu işleri fertler yahut hususî şirketler idare ettikleri zaman hususî hukukun mesuliyet kaidelerine tâbi olurlar. Yani memur ve müstahdemlerinin zararlı fiillerinden cevap vermekle mükellef tutulurlar. Hakkaniyet isterki, bu gibi hizmetleri devlet eline alınca, o da aynı kaidelere tâbi olsun. Çünkü orman, vapur, tramvay işleten devlet bu işlerde amme hükmî şahsı sıfatile degil, fertler ve şirketler gibi hususî hukuk hükmî şahsı sıfatile hareket etmektedir. Binaenaleyh bu sıfatın hukukî icaplarına tâbi olması lâzım gelir. Şirketi hayriyenin müstahdemlerinden birinin fiilinden zarar gören bir kimse hususî hukuk kaideleri mucibince şirket aleyhine dava açabildiği gibi, Akay müstahdemlerinden birinin fiilinden zarar gören de açabilmelidir. Çünkü bunların ikisi de şehir servisidir. Ve mesuliyet bakımından aralarında hiç bir fark yoktur. Bunlar arasında bu bakımdan bir fark görmek, devleti imtiyazlı bir hukuk süjesi kabul etmek olur.

İşte tekâmülün bu ikinci safhasında bu türlü mülâhazalardan hareket edilerek evvelâ, hak ve vecibe süjesi sıfatile devlette, yaptığı işlere göre, iki nevi şahsiyet tasavvur olunmuş; bazı işlerinden dolayi devlet hususî hukuk hükmî şahsı, bazı işlerinden dolayı da amme hükmî şahsı itibar olunmuştur. Saniyen hususî hukuk hükmî şahsı sıfatile yani sırf malik, mucir ve müstecir ve zilyet sıfatile gördüğü işlerden dolayı devletin de tamamile ve tıpkı fertler ve şirketler gibi hususî hukukun mesuliyet kaidelerine tâbi olması ve bu mesuliyetin adlî kaza mercilerince tesbit ve hükmedilmesi esası kabul edilmiştir.

614

Hukukçular bu iki nevi muameleyi ayırt etmek için, devletin hususî hukuk hükmî şahsı sıfatile yaptığı muamelelere « temşiyet tasarrufları», amme hukuku hükmî şahsı sıfatile yaptıklarına da «otorite tasarrufları» demişlerdir. Bu iki zümre muamele arasındaki fark ve miyar meselesi üzerindaki münakaşaları bir tarafa brakırsak, diyebiliriz ki, bugün, Anglo — Amerikan hukuk müstesna olmak üzere, hemen bütün memleketler hukukunda bu esas; yani devletin hususî hukuk hükmî şahsı sıfatile yaptığı temşiyet tasarruflarından dolayi hususî hukuk kaidelerine göre mesuliyeti esası yerleşmiştir.

Yalnız Anglo — Amerikan hukuk bu esastan bir istisna teşkil eder. Anglo — Amerikan hukukta yani İngiltere ve Amerika birleşik devletlerile Kanadada, bazı istisnaî hükümler bir tarafa bırakılırsa, ne devlet mesuliyeti diye bir prensip, ne de otorite ve temşiyet tasarrufları diye bir tasnif yoktur. Devlet faaliyetlerinden dolayı hasıl olan zarar, eğer kanun ve nizamın tatbikinden ileri gelmiş ise mesuliyet mevzubahs olmaz. Yok eğer kanun ve nizamı tatbik eden memurun kusurlu fiilinden ileri gelmiş ise, tıpkı bizim eski mecelle hukukunda olduğu gibi, mesul olan memurdur. Şu halde devlet mesuliyeti meselesinde Anglo — Amerikan hukuk, kara Avrupa hukukundan prensip noktasında ayrılmakta ve bizim eski mecelle hukukile birleşmektedir. Mamafi bu memleketlerde de son zamanlarda müdahaleciliğin az çok ilerlemesi yüzünden istisnaî hallerde devletin mesuliyetine gidilmektedir [1]. Mecelle hukukile Anglo — Amerikan hukuk zümresine Sovyetler hukukunu da ilhak etmek lâzımdır. Sovyetler hukukunda, tıpkı mecellede olduğu gibi, devlet, memurlarının gayri kanunî muamelelerinden dolayi mesuliyet kabul etmez. Kezalik devlet, memurlarının kanun dahilindeki muamelelerinden hasıl olan zararları ödemez [2].

III — Devlet mesuliyeti fikrinin üçüncü tekâmül safhası, devletin hususî hukuk hükmî şahsı sıfatile yaptığı patrimoniyal faaliyetlerindeki mesuliyeti esasının amme hukuku hükmî şahsı sıfatile yaptığı otorite tasarruflarından bazılarına teşmili ile başlar. Bu safhada devletin amme hükmî şahsı sıfatile icra ettiği bazı faaliyetlere de hususî hukukun mesuliyet kaidesi tatbike çalışılmıştır. Ve bu noktada kazaî merciler hususî hukukun istihdam edenle işçi ve müstahdem arasındaki münasebetten ve bu baptaki mesuliyet prensibinden istifade etmişlerdir. Filhakika bir çok kanunu medenilerde bizim borçlar kanununun 55 inci maddesine benzer hükümler mev-

[1] Anglo- Amerikan hukukta devlet mesuliyeti meselesi üzerine bakınız: Memoires de l'Academie internationale de Droit comparé, T. II, Part. III, Pa. 49. 1935.

[2] Bakınız: Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, I-II-1936, pa. 196.

615

cuttur. Malûm olduğu üzere, bizim 55 inci maddeye göre istihdam eden kimse işinde ve nazareti altında çalıştırdığı kimselerin iş üzerinde başkasının şahsına veya mülküne ika ettikleri zarardan zamin sıfatile mesuldür. Çünkü işci ve müstahdem kullanan kimsenin bunları iyi intihap etmesi lâzım gelir. Zararın ikaı iyi intihap edemediğine ve iyi bir nazaret altında bulunduramadığına karinedir ve binaenaleyh mesuldür. Ancak bu karinenin reddi ve cerhi kabildir. O suretle ki, iş sahibi ne intihapta ve ne nazaret hususunda hiç bir gûna kusur etmediğini isbat ederse mesuliyetten kurtulur ve zarar sahibinin zararı yapan işci veya müstahdeme baş vurması icap eder.

İşte tekâmülün bahs ettiğimiz üçüncü safhasında devlet ile memuru arasındaki münasebet, iş sahibi ile işci veya müstahdem arasındaki münasebete kıyas edilerek Devletin de amme hizmetlerine angaje ettiği memurlarını iyi seçmesi ve onlarda bilgi, kuvvetli bir terbiye, dikkat, ihtiyat ve basiret gibi seciyeler araması lâzım gelir, denilmiştir. Meselâ, memleketin dahilî emniyet hizmetleri için alacağı polis memurunda bu hizmetin icap ettirdiği bütün şart ve vasıfları görmesi icap eder. Memurun hizmet üstünde başkasının zararını mucib olacak bir fiilde bulunması Devletin bu memuru iyi seçememiş ve lâzım gelen şart ve vasıfları iyice tehkik ve tesbit edememiş olmasına karine teşkil eder. Ve istihdam eden sıfatile memurun yaptığı zarardan mesul olması lâzım gelir, denilmiştir.

Şüphesiz bu mantık kuvvetlidir. Ve Devletin hiç mesuliyet kabul etmediği devirlere nisbetle büyük bir terakkidir. Fakat zamanımızda Devletin pek çok genişlemiş ve mudilleşmiş olan fonksiyon ve faaliyetleri karşısında hakkaniyet duygusunu tatmine kâfî gelememektedir.

Bir kerre bu mantık Devletin mesuliyetini sırf muayyen bir memurun fiilile vaki olan zararlara hasretmektedir. Meselâ; yeni şehir polis merkezine mensup filan polisin filan zamanda ve filan yerdeki hareketinden hasıl olan zararın mesuliyeti bu mantığa girer. Fakat ortadaki zararı isnad edecek ne bir muayyen fiil, ne de bir muayyen fail bulunamayan hallerde bu kaideye göre mesuliyet, zamin sıfatile, Devlete atfedilemez. Edilemez, çünkü 55 inci maddenin verdiği kaide bir sigorta fikrine değil, kusur fikrine müstenittir. Böyle olunca Devlet yalnız zararı işleyen memuru iyi intihap edememek kusurundan mesul olacaktır. Fakat kusuru isnad edecek ortada bir fâil, muayyen bir memur bulunamayınca mesuliyet mevzubahs olamayacaktır. Halbuki zamanımızın amme hizmetlerine dikkatle bakarsak, ekseriya bu hizmetlerin ifası sırasında şahsa veya mülke vaki olacak

zararları atf ve isnat edecek muayyen bir fail bulamayiz. En basit görünen bir amme hizmeti bile haddizatında hiyerarşize olmuş bir çok memur ve müstahdemden, birbirine eklenmiş bürolar ve kalemlerden müteşekkildir. Postada kaybolan bir emanetin hangi istasyonda hangi nakil vasıtasında ve hangi müvezzi elinde kaybolduğunu tesbit etmek çok kerre mümkün olmaz. Kalabalık bir halk toplantısında intizamın lâyikile temin edilememesi yüzünden vukua gelen bir panik esnasında bir kaç kişi ayaklar altında ezilirse bu fecaatın ne failini ve ne müsebbibini bulmak çok kerre imkânsız bir hal alır. Çünkü aynı bir hizmette zaman ye mekân icinde bir çok el ve salâhiyet değişmektedir. Bununla beraber, malûm ve muayyen olan bir şey varsa o da postadaki emanetin kaybolması ve bir kaç kişinin ezilmesidir. Hattâ bu hallerde, farzedelim ki, fâil bulunsun, mesuliyetin tehakkuku için yalnız fâilin bulunması kâfi gelmeyecek, aynı zamanda kusurunun sabit olması icap edecektir. Fakat kusura delil olacak elemanlar çok kerre fâil memurun yahut mafevkinin, meslek arkadaşlarının kendi eli altındadır, binaenaleyh kusurunun sübutu her zaman kolay ve mümkün de olmayacaktır.

Şu da var ki, Devlet istihdam eden kimseye her noktadan kıyas edilemez. İstihdam eden kimse gerek ferd olsun ve gerek şirket ve cemiyet gibi manevî şahıs olsun müstahdemini ve işcisini kendi işinde kullanmak üzere bizzat seçiyor yahut seçtiriyor. İntihabın yerinde olmaması onun için bir kusur teşkil edebilir. Halbuki Devlet memurlarını yine memurları vasıtasile intihap ve tayin ediyor. Binaenalyh Devlet diye bir hükmî şahıs farzederek memurlarını intihap noktasından bu şahsa kusur isnad etmek nihayet bir faraziye kurmaktır. Zâten Devletle memuru arasındaki münasebetin hukukî mahiyeti istihdam edenle müstahdem arasındakinin aynı da değildir. Beriki aktîdir. Öteki kanunî ve statüterdir. Devletle memuru arasında bir mukavele yok, bir kanunî vaziyet ve statü vardır.

Görülüyor ki, amme hükmî şahsı sıfatile Devletin ifa ettiği hizmetler dolayisile eşhas hakkında vukua gelen zararların tazmini meselesinde hususî hukukun istihdam edenle müstahdem arasındaki münasebete ait mesuliyet kaidesi her noktadan kabili tatbik değildir. Bundan dolayi Devlet mesuliyeti hakkında doğrudan doğruya amme hukukundan kaide aranmak lâzım gelmiş ve bu suretle mesuliyet fikrinin tekamülünde dördüncü bir safha daha açılmıştır.

IV — Bu safhada, Devletin amme hükmî şahsı sıfatile ve amme otoritesine dayanarak ifa ettiği hizmetlerde mesuliyet meselesi doğrudan doğruya amme hukuku kaidelerine göre halledilmeğe başlanmıştır. Bu kaideler Almanya ve İsviçre gibi bazı memlektlerde

sarahaten vazii kanunlarca vaz olunmuş; Fransa gibi bazı memleketlerde de sırf kazaî içtihatlardan tehassül etmiştir.

Gerek o ve gerek bu şekilde olsun, mesuliyet fikrinin bu safhası bir kaç hususiyetle fârikalanır: evvelâ, bu safhada, Devlet ile memuru arasındaki münasebet bir nevi organ ve organizm münasebeti alınmış ve memur Devlet dediğimiz organizmin bir organı, bir uzvu itibar olunmuştur. O suretle ki, zarar vukuunda memura isnadı kabil bir kusur mevcut olmadığı takdirde, memurun şahsı ortadan silinerek, mesuliyeti, hamili irade bir organizm sıfatile, Devlet kendi üstüne almış ve bunun için de memurun şahsî ve sübjektif kusurunun yanı başında ve böyle bir kusurun fıkdanı halinde, «hizmet kusuru» diye sırf objektif yani hizmetin kötü işlemesinden veya hiç işlememesinden veyahut geç işlemesinden ibaret bir kusur tasavvur olunmuştur.

Saniyen, yine bu safhada, hizmet kusuru fikrinin tabiî bir neticesi olarak, Devlet mesuliyeti sahası hayli genişlemiş; eskiden temamen mesuliyet hududu haricinde kalan otorite muamelelerinden bir çoklarını ihata etmiştir. Nihayet, bu safhada, Devletin mesuliyeti, bundan evvelkinde olduğu gibi, istihdam eden sıfatile bilvasıta mesuliyet şeklinden çıkarak doğrudan ve bizzat mesuliyet şeklini almış; hatta hizmetin ifası sırasında memurun şahsî fiili ve kusuru ile husule gelen zararın mesuliyetini bile, bilâhara memura rücu etmek şartile, doğrudan doğruya Devlet deruhte etmiştir.

İşte, Anglo—Amerikan memleketler hukuku müstesna olmak üzere, bugün hemen bütün memleketlerde amme hükmî şahıslarının mesuliyeti fikri tekâmülünün şu dördüncü safhasındadır. Hatta, Fransa gibi, bazı memleketlerde bu safha dahi aşılarak hatar (Risque) fikrine müstenit ve tamamile objektif bir devlet mesuliyeti esasına bile yükselinmiştir. Bir az sonra daha etraflıca görüşeceğimiz bu fikre göre, hizmet kusuru esası bile bir tarafa bırakılarak amme hizmetlerinin ifası sırasında eşhas hakkında vukua gelen zararlardan, ictimaî hayatın umumî nazımı ve kefili sıfatile, Devlet mesul tutulmaktadır.

Hulâsa, son devrin umumî temayülü göz önünde tutulursa denilebilir ki bugün memur ve mümessillerinin bu sıfatla ika ettiği zarardan dolayi Devletin mesuliyeti bir muttarit kaide halini almıştır.

***

Türkiyemize gelince, bizde, demin de söylediğimiz gib, memurun hizmete müterettip fiilinin neticesinden Devletin mesuliyeti eski

618

hukukumuza yabancı kalmış bir fikirdir. Bütün eski devirler hukukunda olduğu gibi, Türkiyemizin eski islâmî hukukunda da memur ile devlet yani «hukuku hükümranî» ye sahip hükümdar arasındaki münasebet bir nevi vekâlet alınmıştır. Bilindiği üzere, hususî hukukta asîl vekilinin fiillerinden ancak ona verdigi salâhiyet nisbetinde ve vekâletin şümulü dairesinde mesul olur. Bu kaide devlet sahasına nakledilince şu netice çıkar: Devlet, memurunun yani vekilinin hizmet haricindeki şahsî fiilinden mesul olmadığı gibi, hizmet üstündeki fiilinden de mesul olmaz. Çünkü iki şıktan biri: ya, memur kanun ve nizam dahilinde yani haiz olduğu vekâletin şümulü dairesinde hareket etmiştir; yahutta bu hududu aşmıştır. Eğer kanuna ve nizama uygun bir surette hareket etmiş ise, bu hareketile başka bir şahsa zarar vermiş olsa bile bundan mesuliyet doğmaz. Çünkü "cevazı şerî zımana münafidir" yani kanun dahilinde vaki olan hareketten doğan zarar ödenmez. Çünkü bu hareketi kanun emretmiş veya müsaade etmiştir. Kanunun emrine veya müsaadesine imtisal mesuliyet değil vücup ifade eder. Yok eğer, memur kanun ve nizama uygun olmayan bir fiille başkasına zarar vermiş ise, bundan Devlet değil, şahsen kendisi mesul olur. Çünkü «raiyye üzerinde tasarruf maslahata menuttur» [1] binaenaleyh memur vazifesini ifa sırasında başkalarına zarar vermeğe aslâ mezun değildir. Zarar vermiş ise, izin ve icazet hududunu aşmıştır. Fiilinden şahsen kendisi cevap verir.

Hülâsa, mütehassısları bilirler ki, eski hukukumuzda, vesayete ve evkafa müteallik bir iki müstesna mesele bir tarafa bırakılırsa; umumî kaideler ahkâmı dairesinde «beytülmal» in yani devlet hazinesinin mesuliyeti yoktur. Ve olamazdı, çünkü bugünkü devlet mesuliyeti yahut, başka bir tabir ile hazinei maliyenin tazmin borcu amme yahut devlet hukuku telâkkimizin mantığına bağlanan bir neticedir. Bu ise mantık ise Devleti camia, yurt, siyasî ve idarî teşkilât gibi elemanlardan mürekkep hükmî bir şahıs kabul eder. Halbuki eski islâmî hukukta böyle bir amme hukuku telâkkisi yoktu. Devleti şahsen gayri mesul bir halife—sultan temsil eder. Memur ise halife—sultanın icra ve infaza vekili ve «naibi»dir. Amme işlerinden dolayı gayri mesul olan halife—sultan gibi memur da, vekâletin şümulü dairesinde kaldığı müddetce, gayri mesul idi. Hizmet fiilinden dolayı eşhas hakkında vukua getirdiği zararları tazmin ile mükellef değildi.

*
* *

[1] — Bunlar ve aşağıda söyleyeceğimiz kaideler Mecelle kaideleridir.

Bizde eski Şûrayi devletin kurulması Devlet mesuliyetine doğru atılmış geniş bir adım gibi görünürse de, hakikatta bu müessese eski hukukun hülâsa ettiğimiz esaslarında dikkate değer bir tahavvül vucude getirmemiştir. Filvaki 1284 de tantanalı merasimle ve bizzat Abdülazizin de huzurile eski «Meclisi valâyi ahkâmı adliye» yerine kaim olmak üzere kurulan «Şûrayi devlet»e büyük ümitler bağlanmış ve bu heyet efkârı ammece kanunîliğin muhafızı mahiyetinde bir nevi memleket meclisi telâkki olunmuştu. Efkârı bu telekkiye sevkeden, Şûranın Esasî ve Dahilî nizamnamelerindeki sarahatler olmuştu.

Filhakika, Esasî nizamnamesinin 2 inci maddesinde şûranın vazifeleri arasında «eşhas ile hükûmet beynindeki davaların» halli de gösterilmişti. Ve Dahilî nizamnamesinin 3 üncü maddesinde de «devairi idare ile eşhas beyninde tahaddüs» eden davalardan bazılarının istinafen ve «ehemmiyeti cihetile havale kılınan» bazı davaların da bidayeten Şûra tarafından rüyet ve halledileceği tasrih edilmişti.

Bu sarahatlerden Şûranın Devlet mesuliyetini tayin için tesis olunmuş kazaî bir merci olduğu manası anlaşılmak lâzım geliyor idi ise de; bilâhara kabul edilen 1293 Kanunu Esasinin 85 inci maddesinde «eşhas ile hükûmet beynindeki davalar dahi mehâkimi umumiyeye aittir» denilmiş ve bu suretle Şûranın işi sırf memurin muhakemelerine inhisar ettirilmişti. Hatta bir aralık, Şûrayi Devlet nizamnamesinin gösterdiğimiz hükümlerile Kanunu Esasinin 85 inci maddesi mahkemeleri ve devlet dairelerini tereddüde bile düşürmüş idi. Çünkü bir taraftan şûra nizamnamesinin 3 üncü maddesinde «devairi idare ile eşhas beyninde tehaddüs» edecek davaların Şûrayi Devlette rüyet olunacağı söylendiği halde, diğer taraftan kanunu esasinin 85 inci maddesi aynı davaların umumî ve mutat mahkemelerce görüleceğini ilân ediyordu. Bu tereddüt ve iphamı izale için 1294 de Şûrayı Devletce verilen karar üzerine sadaretten mahkemelere ve dairelere bir tebliğ gönderilmişti. Sadaret bu tebliğinde «eşhas ile hükûmet beyninde tekevvün edecek davaların» umumî mehakimde rüyet olunacağını, fakat buna mukabil «icrayi memuriyetinden dolayı kanunen mücazatı mucip harekette bulunan memurin muhakemesinin» de vilâyet idare meclislerinde «ve istinafen Şûrayi Devlette» icrası lâzım geleceğini bildirmişti.

Bundan başka, resmî daireler ile eşhas beyninde tehaddüs edecek davalardan alınacak harç ve bu davalar için devairden tayin kılınacak vekiller hakkındaki 1294 tarihinde neşredilen bir kararnamede aynen «Dersaadet ve taşralarda devaire müteallik tehaddüs

620

edecek deavinin mehâkimi nizamiyede rüyet ve fasl» olunacağı tasrih edilmiştir.

Şu halde ve netice itibarile, Şûrayi Devlet yalnız memurların kanunen mücazatı mucip hareketlerinden dolayı haklarında ikame olunan davaları rüyet edecek; fakat şahıs ile Devlet arasındaki davalar adlî kazaya ait kalacaktı. Bu çok güzel idi zâten ideal olan da budur, nitekim idarî kaza diye Adlî kaza haricinde bir dava ve ihtilaf mercii tanımıyan memleketlerde, meselâ İngilterede, iş böyledir. Fakat o devirde Adlî kazanın kanunu Mecelle idi. Mecellede ise, deminden beri söylediğimiz gibi, akdî muamelelerden başka, sırf memurun hizmet fiilinden veya hizmetteki bir noksanından dolayı şahıs hakkında hasıl olan zarardan Devleti mesul edecek bir kaide mevcut değildi. Mecelle hukukunda, memuriyetini ifa sırasında ika ettiği zarardan şahsen memur mesuldür, aslâ Devlet değil. Çünkü Mecelle hukukunda «bir fiilin hükmü fâiline muzaf kılınır ve mücbir olmadıkca âmirine muzaf kılınmaz.» Mademki mevzuubahs olan zarar memurun fiilile vukua gelmiştir, şu halde mesul olan memurdur. Âmir, yani burada Devlet, hiç bir zaman mücbir olamaz. Çünkü Kanunu Esasinin 41 inci maddesi mucibince, memurun âmirine itaati kanun dairesine münhasırdır. Ve kanun dairesindeki emirde aslâ cebir mahiyeti yoktur. Bilakis bu emre itaat vazifedir. Fakat «hilâfi kanun umurda âmire itaat mesuliyetten kurtulmağa medar olamaz» yani kanun hilâfinda hareket âmire itaat demek olmaz; şahsî bir haraket olur ve şahsen memur mesul olur.

Bundan başka, yine Mecellenin bir diğer kaidesi mucibince bir işde «Mübaşir ile mütesebbip müctemi oldukta hüküm mübaşire yani faile muzaf kılınır». Memurun âmme hizmeti sebebile bir şahsa ika ettiği zararda bu zararın mübaşiri yani faili daima memurdur. Devlet ise nihayet bir mütesebbip telekki olunabilir. Buna göre de mesuliyet devlete değil, memura raci olur. İlâve edelim ki Mecelle hukukunda memur yalnız kasden yaptığı zarardan değil, ihmal ve teseyyübü ile vukua getirdiği zarardan da mesul olur. Çünkü «Mübaşir yani fâil müteammit olmasa da zamin olur». Bütün bu hükümleri Mecellenin demin söylediğimiz iki büyük kaidesi züpteler: «Cevazı şer'î zımana münafidir» ve «Raiyye üzerinde tasarruf maslahata menuttur".

Şunu itiraf etmek lâzımdır ki Mecelle hukukunun bu sistemi geridir denilemez, hayatın bu günkü gidişine göre noksandır denilebilir. Noksandır, Çünkü, demin de söylediğimiz gibi, şahsî kusurundan dolayi memurun mesuliyeti ile hizmet kusurundan dolayı devletin mesuliyeti birbirinin aynı şeyler ve aynı bir saha kaplayan

621

mesuliyetler değildir. Mesuliyeti yalnız memurun şahsî kusurundan mütevellit hallere hasretmek bu gün Türkiye gibi Devletci ve müdahaleci memleketlerde pek ziyade mudilleşen idare makinası karşısında vatandaşları çaresiz bir mevkie düşürmek ve ferdî patrimuanları sebepsiz zarara uğratmak demek olur.

*
* *

Türkiyemizde bu lâzımeyi gören ve memurun şahsî kusuruna, ihmal ve teseyyübüne müstenit şahsî mesuliyetinden başka ve hiç bir veçhile memura isnadı kabil olmayan zarardan dolayı; doğrudan doğruya amme hükmî şahsî sıfatile ve hizmet kusuru fikrine müstenit olarak devletin mesuliyetini tesis eden kaide Teşkilât Kanunumuzun 51 inci maddesi olmuştur. Şûrayı Devleti yeniden ve yeni bir ruh ile kuran bu maddede Şûranın vazifeleri başında «İdarî dava ve itilâfları hal ve rüyet» etme vazifesi gelmektedir.

İdarî dava tabiri Türkiye hukuku ıstılahları arasında yeni bir tabirdir. Bu tabiri maddî ve organik olmak üzere iki manada almak mümkündür. Maddî manada idarî dava demek, davanın zatî maddesi ve mevzuu itibarile idareyi alâkalandıran dava demektir. Malûm olduğu üzere, devlet, vilâyet ve belediyeler gibi idare cüzütamlarının iki nevi faaliyetleri vardır: Bir nevi faaliyetleri patrimonyaldir ki bunlar emlâki hususiyenin temşiyetine ve tasarrufuna mütedairdir. Diğer nevi faaliyetleri de, meselâ emniyet ve sıhhat zabıtaları gibi, idarî ve âmmevîdir. İşte idârî dava, amme hükmî şahıslarının bu sıfatla icra ettikleri idarî ve âmmevî hizmet ve faaliyetleri itibarile, alâkalandıran davadır. Organik manada da kanunen adlî kazadan istisna edilerek idarî kazaya terk edilen dava demektir.

İster maddî, ister organik manada alınsın, Teşkilat kanununun 51 inci maddesi, amme hizmetlerini kurucu ve idare edici sıfatile Devletin ve diğer amme hükmî şahıslarının mesuliyeti esasını vaz etmekte ve bu mesuliyetin tayin ve tesbitine Devlet Şurasını merci göstermekle de böyle bir mesuliyeti kabullenmektedir.

Nitekim, Mecliste 51 inci maddenin müzakeresi sırasında idarî davadan maksadın ne olduğu hakkında hayli münakaşa edilmiştir. Azadan Apdullah Azmi efendi idarî dava tabirinden memurin muhakematına dair olan davaları anlamış ve bu bapta idarî dava tabirini ıstılaha uyğun bulmayarak bunun yerine «idarî mesail ve ihtilâflar» denilmesini teklif etmiştir. Münakaşadan sonra, bu teklif reye konulmuş ve, bereket versinki, kabul edilmemiştir. Kabul edilse idi Şura-

622

nın işi yine eskisi gibi memurin muhakematına münhasır kalacak ve Türkiyede Devlet mesuliyeti prensibi doğmayacaktı.

Bundan evvelki Şurayi Devlet kanununun 19 uncu maddesi ve 21 kânunuevvel 1938 tarihli son Devlet Şurası kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrası Teşkilat Kanununun bahsettiğimiz 51 inci maddesinin manasını sarih ve kat'î bir surette tayin etmiştir. Bu fıkraya göre, «idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından» Devlet Şurasında dava açılabilecek ve neticede dava sabit olursa, fiil ve kararın ait olduğu idare patrimuanı, muhtel olan hukuku tazmine mahkûm olacaktır. Demek ki, gerek 51 inci madde ve gerek bunun manasını tayin eden Devlet Şurası kanununun 23 üncü maddesi mucibince bugün Türkıyede Devlet de ferde karşı olan haksız muamelelerinden mesuldur.

Şimdi bize bu mesuliyetin sahasını ve vusatını yani Devletin hangi nevi faaliyetlerinde mevzuubahs olabilecegini anlamak kalır.

II

Devletin mesuliyet sahası

Demin de söylediğimiz gibi, muasır Devletin hareket ve faaliyet sahası hayli geniştir ve gittikçe de genişlemektedir. Bu saha tacirlikten, orman koruculuğundan başlayarak, diplomatik münasebetlere, harp ilanına, ittifak ve sulh akdine kadar gitmekte ve bin bir çeşit iş ihtiva etmektedir. Bütün bu işlerde Devletin mesuliyeti alelitlak mevzuubahs olur mu ?

Bu suale bugün muhtelif memleketler hukuku muhtelif cevaplar vermektedir. Bazı memleketler büyük bir kısım devlet faaliyetlerini mesuliyetten istisna etmektedir. Türkiyemiz bunlar meyanındadır. Bazılarıda bilakis büyük bir kısım devlet faaliyetlerinde mesuliyeti esas almaktadır. Fransa ve İsviçrede bu memleketler meyanındadır. Diğer bazı memleketler ise, yukarda da mevzuubahs ettiğimiz gibi, memurun şahsen mesuliyetinden başka devlet mesuliyeti diye bir kaide tanımamakta ve devlet mesuliyetine pek istisnai bir gözle bakmaktadır. İngiltere ve Amerika da bunlar arasındadır.

Şu sonuncular müstesna olmak üzere, hemen bütün memleketlerde Devletin patrimoniyal münasebetlerinde yani Devletin, vilâyet ve belediyelerin tacir, mâlik, müstecir ve zilyet sıfatile icra ettiği faaliyetlerde hususî hukuk mesuliyeti kabul dilmiştir. Şu halde, tramvay işleten, banka açan, tütün, elektrik ve hava gazı satan Devlet, aldı-

ğı tâcir ve malik rolünün hukukî mantığına uyacak ve fert yahut hususî bir şirket gibi o da hususî hukuk hükümlerine tabi olacaktır. Kanunu medenimizin 48 inci maddesi mucibince «hükmî şahsın uzuvları hukukî tasarrufları veya diğer her hangi bir fiillerile hükmî şahsı ilzam» edebileceklerine göre Devlet de patrimoniyal tasarruflarında memur ve müstahdemlerinin iş üzerinde başkalarına verdiği zararlardan dolayı, hilâfına kanunlarda ayrıca sarahat olmadığı takdirde, deminki kaideye göre mesul olacaktır.

Devletin patrimoniyal mâhiyette olmayan münasebetlerine, doğrudan doğruya Devlet mefhumuna bağlanan ve Devletin amme hükmî şahsî sıfatile ifa ettiği hizmetlere gelince; işte ihtilâf burada kopmaktadır.

Bu hizmetler, malûm olduğu üzere, başta teşriî hüküm ve kararlar gelmek üzere, kazaî muameleler, hükûmet muameleleri ve diplomatik münasebetler ve nihayet her çeşidinden idarî «fiil ve kararlar» dır.

Bütün bu muamelelerde Devletin mesuliyet kaidesine tâbi olup olmayacağı meselesi her memlekette aynı şekilde mevzubahs olmaz. Çünkü, meselâ, Almanya, Yugoslavya ve Türkiyemiz gibi memleketlerde bu hususda sarih birer kanun metni vardır. Halbuki, Fransa gibi diğer bazılarında hiç bir kanunî hüküm yoktur. Mesele temamile hâkimlerin ve hukukçuların içtihadına bırakılmıştır. Tabiatile bu gibi memleketlerde mesuliyet hududu içtihatların ve ilmî münakaşaların seyrine tâbi kalır.

Bizde bu nokta üzerinde münakaşaya mahal yoktur. Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrası sarihtir. Bu fıkrada «idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar» deniliyor. Türkiyemizde adlî ve idarî kaza salâhiyetlerinin ayrılmasına ve Devletin amme hükmî şahsı sıfatile olan mesuliyetinin adlî kaza mercilerinde mevzubahs olamayacağına göre; Devlet Şûrasının salâhiyetine giren davalar, şu halde, sırf idarî olanlardır. Yani sırf idarî faaliyetler sebebile hadis olan davalardır. Binaenaleyh bizde teşriî ve kazaî hüküm ve kararlar toptan mesuliyet sahası dışında kalır. Ve kalması vazîî kanunun takip ettiği mantığa uygundur. Çünkü A fıkrasında «idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar» denilmesine göre, Şûranın bir davaya vaziyet edebilmesi muhakkak surette ve filhal bir hakkın ihlâl edilmiş olmasına bağlıdır. Halbuki, teşriî bir karar yahut kanun hak ihlâl etmez, tesis eder. Kanunun hak ihlâl ettiğini iddia etmek kanunun fevkinde hak vardır demek olur. Kanunun fevkinde tabiî yahut ideal bir takım haklar tasavvur olunabilir; fakat bunlar kazaî merciden ve binaenaleyh müeyyide-

den mahrum birer tasavvur kalır. Hatta kanun, hukukçuların müktesep hak dedikleri hakları bile tanımasa bundan dolayı baş vuracak mahkeme yoktur.

Şüphesiz ki bununla teşriî salâhiyet alabildiğine kanun yapsın, kanun üstündeki adâlet vicdanından doğan yüksek ahlâk ve insaniyet duyğularını tanımasın demek istemiyoruz. Memlekette ah ve feryat işitmemek ve yaptığı kanunlara gönüllerden kopan hakikî bir itaat temin etmek isteyen bir vaziî kanun, tabiatile adâlet vicdanının sesini duyacak ve müktesep haklara hususile bunlardan akde müstenit olanlarına hürmet edecektir. Fakat etmemiş olursa, bundan zarar görenler Devlet şûrasına baş vuramazlar.

Yalnız tabiî bundan kanunun yolunda yani ruh ve maksadı dahilinde tatbik ve icra edilmemesinden hasıl olan zararlar müstesnadır. Kanun dediğimiz teşriî muamele ile kanunun tatbik ve icrasından ibaret olan idarî ve icraî muameleyi bir birine karıştırmamak lâzımdır. Teşri, bir kanunun büyük Millet Meclisince kabulile biter. Neşir ve ilândan itibaren (neşir ve ilân dahil) icraî ve idarî muamele başlar. Kanunun tatbiki ise sırf icraî ve idarî bir muameledir. Ve daima mesuliyet kaidesine tâbidir.

Bu noktada nizamnameler de teşriî muamelelere ve kanunlara mümasil hüküm alır. Usulüne tevfikan vekiller Heyetince yapılıp Cümhurreisi tarafından meriyete konulan bir nizamnameden zarar gören vatandaş bu nizamnamenin kanuna aykırı olduğu iddiasile doğrudan doğruya Devlet Şûrasına müracaat edemez. Bu hususta Teşkilât kanununun 52 inci maddesi sarihtir. Yalnız, müracaât edememesi bazı müelliflerin zan ettiği gibi, nizamnamelerin bir nevi teşriî muamele mahiyeti taşımasından ileri gelmez. Nizamnamelerin teşriî mahiyeti yoktur. Bunlar idarî ve icraî muamelelerdendir [1]. Nizamnameler aleyhine Devlet Şûrasına baş vurulmaması, evvelâ teşkilât kanunun sarahaten bunu men etmiş olmasından, saniyen de, nizamnamelerin Türkiye teşkilât hukukunda aldığı mâna ve mahiyetten ileri gelir.

Teşkilât kanununun 52 inci maddesine göre, nizamnamelarin kanuna mugayereti iddiasının doğrudan doğruya tetkiki Büyük Millet Meclisine aittir. Yine aynı maddeye göre, nizamnameler ya kanunun «suveri tatbikiyesini irae» yahut da «emrettiği hususatı tesbit eder» ve her iki şekilde de, usulüne tevfikan yapılan bir nizamname kanun hüküm ve kuvvetinde ve kanun gibi «mamülünbih olur».

[1] Bu meseledeki noktayi nazarımızı neşrettiğimiz bir broşürde uzun uzadıya izah ettik. Bakınız: Türkiye Teşkilât hukukunda Nizamname Mefhumu, Üniversite kitabevi,

625

Şu halde nizamname teşriî bir muamele teşkil etmemekle beraber, kanuna mülhak olan, kanunu ikmal eden ve devam ettiren ve bu sebeple kanun hüküm ve kuvvetinin çerçevesine giren bir muameledir. Mahkemeler bir kanunun teşkilât kanununa mugayereti hakkında resen bir müracaat kabul edemediği gibi, bir nizamnamenin kanuna mugayereti hakkında da kabul edemez. Çünkü tekrar edelimki, nizamname idarî veya icraî bir kaide– muamele olmakla beraber; kanunun tatbiki ve ikmali yani kanun hükmünün temadisi mahiyetindedir. Binaenaleyh kanun gibi o da doğrudan bir kazaî mürakabeye tâbi değildir.

Kazaî muamelelere gelince; Bunlar da yine A fıkrasının «idarî fiil ve karar...» kaydile mesuliyet hududu dışında kalır. Ve kalması yerinde olur. Çünkü, bir kerre, Türkiyemiz gibi idarî ve kazaî otoritelerin birbirinden ayrıldığı memleketlerde kazaî muameleler idarî muamelelerden tamamen ayrı ve otonom bir kategori teşkil eder. Ve tabiatile kanunun «idarî fiil ve karar» tabirinin şumulünden kariçte kalır. Saniyen, hususile, mahkeme hükümleri birer kaziyyei muhkeme teşkil eder yani birer mütearife halinde hakikat itibar olunur. Ve böyle itibar olunmasını ictimaî nizam zarureti emretmektedir. Eğer kazaî mercilerden son verilen hükümler Devlet mes'uliyetine meydan verse idi, bunların kaziyyei muhkeme vasfı kalmazdı ve neticede ise memlekette davaları kesip atmağa imkân bulunmazdı.

Yalnız şu varki, medenî veya cezaî bir mahkûmiyetle neticelenen hükümler hakkında çok yerinde olan bu mutalâa, muhakemenin men'i veya mazunun beretile neticelenen hükümler hakında mantığının kuvvetinden kaybetmektedir. Çünkü bu takdirde kaziyyei muhkeme teşkil eden hüküm beraet yahut meni muhakeme kararıdır. Bu karar ile de maznunun masum olduğu sabit olmuş ve bundan evvelki tevkif ve hapis gibi muamelelerin yanlışlığı ortaya çıkmıştır. Beraat veya meni muhakeme kararile, evvelce maznun hakkında verilmiş ve tatbik edilmiş olan tevkif ve hapis kararlarının birer işkenceden ibaret olduğu sabit olmuştur. Bundan dolayı bu adamın tazminat istemeğe hakkı olmasın mı? Filvaki buna karşı denilebilir ki, maznunun beraet edip tahliye edilmesi kazaî hizmetin pek mükemmel işlediğini gösterir. Maznunun zaten istediği masumiyetinin sabit olması ve bir ittihamdan kurtulması idi. Beraat kararile bu netice hasıl olmuş ve maznunun artık isteyeceği bir şey kalmamıştır. İtiraf edelim ki meselenin bu şekilde hallinde adalet vicdanını inciten bir demagoji vardır. Beraat eden maznuna tazminat verilmesi şüphesiz devlet hayatı ve Adliye hizmetleri için nazik ve tehlikeli bir şey olmakla

beraber bir masumun çektiklerile kalması da hakkaniyete uygun görünmüyor. Şu notaya da dikkati çekelim ki masumiyeti sabit olarak tahliye edilen bir mevkufun tazminat isteyeceği muameleler kaziyyei muhkeme teşkil eden muameleler değildir; tevkif ve muvakkat tahliye kararından imtina gibi nihaî hükme hazırlayıcı kararlardır. Bunlar ise zaten kazaî mahiyette değildir. Binaenaleyh bu kararlardan dolayı tazminat davası açılabilmek icabeder. Hele adlî hata halinde masumu tazminatsız bırakmak adâlet vicdanını citten rencide etmektedir. Tasavvur olunsun ki, günün birinde vatandaşlardan biri cinayetle itham olunarak takip ve tevkif olunuyor. Bilâhare mahkemece failin Ali değil Veli olduğu anlaşılıyor ve Ali tahliye ediliyor. Ediliyor amma, zavallı Ali kazaî idarenin bu körlüğünün ve kötü işlemesinin kurbanı olsun gitsin mi ? Şüphesiz mesele çok nazik. Fakat meselenin nezaketi bir vatandaşın mağduriyetine mesağ vermeli midir ? Mesele Faransada haylı münakaşa edilmiş, nihayet 1895 de yapılan bir kanun ile yalnız cezaî meselelerde adlî hata sabit olduğu takdirde masuma tazminat verilmesi kabul edilmiştir.

Filvaki bizde ceza usulü kanununun 409 uncu maddesinde, beraatine yahut muhakemesinin menine karar verilen kimselerin, haklarında yapılan takibattan dolayı vermeleri lâzım gelen masrafların hazinece tahammül edileceği kaydediliyorsa da bu bir tazmin değil kanunî bir tavizdir.

Demin nizamnamelerin kazaî murakabeye tabi olmadıklarını söylemiştim. Nizamnameler ve hatta kararnameler, heyeti vekile ve vekâlet talimatnameleri gibi hükûmet ve idarenin yaptığı kaide—muameleler de «idarî fiil ve karar» kaydile malî mesuliyet prensipinden hariç kalır

Filhakika, bu muameleler tamamile idarî ve icraî mahiyettedirler. Bu itibar ile tazminat davasına mevzu olabilmeleri icabederse de bunlar karar kabilinden yani münferit ve müşahhas bir hal ve hadiseye münhasır muameleler değildir, kaide muamelelerdir. Yani umumî ve gayri müşahhas hal ve hadiselere müteallikdir. Ve bu itbar ile teşriî muameleye benzerler. [1]

*
* *

Hukukçular birde hükûmet muameleleri diye bir kısım muamele daha bulmakta ve bunları da mesuliyet kaidesinden istisna etmek-

[1] Bu mesele üzerine yukarıda kayıt ettiğimiz etüdümüze bakınız.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
627

tedir. Fakat devlet faaliyetlerinden hangileri hükûmet, hangileri idare muameleleridir noktasında birleşilememektedir. Bazı müellifler hükûmet ve idare muamelelerini, muamelede takibedilen maksada ve gayeye göre; bazılarıda muamelenin mahiyetine göre tayin etmeğe çalışmaktadır. Biz burada bu fikirlerin münakaşasına girişmeksizin kısaca diyeceğiz ki; ne beriki ve ne öteki nazariye bu bapta katî bir miyar vermemektedir. Hele maksat ve gaye nazariyesi eski «hikmeti hükûmet» efsanesinin hortlamasından başka bir şey değildir.

Bu bapta, itiraf edelim ki, kat'î bir miyar verilemez. Çünkü hükûmet ve idare muameleleri tefriki hukukî değil, siyasi bir tefriktir. İhtiyaca ve muayyen bir devrin hakkaniyet ülküsüne göre değişir. Meselede kat'î bir miyar aramağa da lüzum yoktur. Yapılacak şey, muayyen bir zamanda ve muayyen bir memlekette ihtiyaca göre hükûmet muamelelerinin nelerden ibaret olduğunu sayıp tesbit etmektir. Nitekim Fransada en muteber hukukcuların en son baş vurdukları çare bu olmuştur.

Türkiyemizde, prensip itibarile diyebiliriz ki, hükûmet tarafından rejimi, teşkilât ve inkilâbı, dahilî ve haricî emniyeti korumak için alınan zabıta, polis tedbirlerile sıhhî ve askerî tedbirler ve alelumum diplomatik muameleler hükûmet muameleleridir. Şu halde bugün hükûmetçe emniyete mütedair yahut sıhhî veya askerî mahiyette ittihaz edilen tedbirlerden zarar gören bir vatandaşın baş vuracağı kazaî bir mercî yoktur. Yalnız, şuna dikkat edelim ki, mesuliyetten müstesna olan muamele ve tedbirin kendisidir, yoksa tatbikatı değildir. Bir zabıta tedbirini usul ve nizamına aykırı tatbik eden bir zabıta memuru şahsen dâima mesuldur. Bu noktayı zabıta memurlarımızın ve hâkimlerimizin gayet iyi anlaması ve bizzat muamele ve tedbir ile bunun tatbiki suretini birbirine karıştırmamaları lâzım gelir.

Demek ki, bugün Türkiyemizde teşriî, kazaî hüküm ve kararlarla hükûmet muameleleri dediğimiz yüksek siyasî faaliyetler çıktıktan sonra, Devletin mesuliyeti sahası sırf idarî muamelelere inhisar etmektedir. Bunu anladıktan sonra, şu idarî muamelelerde devlet mesuliyetinin vüsatı nedir ? meselesine geliyoruz.

*
* *

III

Mesuliyetin vüsatı nedir?

Devletin idarî faaliyetlerinde mesuliyetin vüsatını tayin için hatıra iki sistem gelir: Bu muamelelerde Devletin ademi mesuliyetini

628

kaide ve mesuliyetini istisna almak; yahut mesuliyetini kaide, ademi mesuliyetini istisna kabul etmek mümkündür.

Filhakika muhtelif memleketlerin mevzuatına bakınca görüyoruz ki; meselâ İtalya ve Hollanda gibi, bazı memleketlerde Devletin ademi mes'uliyeti kaide alınmış, fakat müstesna olarak kanunlarla bazı nevi idarî faaliyetlerde devlet mesuliyetine gidilmiştir. Bu sistemde kaide ademi mes'uliyet olmakla beraber, nas ile sabit olan hallerde istisnaen devlet mesuliyeti kabul edilmiştir. Hattâ bu hallerde de mesuliyet hususî hukuk kaidelerine tâbi tutulmuştur. Yalnız, bu sistemi tatbik eden memleketlerde istisnalar o kadar çoktur ki, bunların yanında ademi mesuliyet kaidesi bir istisna gibi kalmaktadır.

İkinci sistemde, yani Devletin mesuliyetini umumî bir kaide almakla beraber bu mesuliyeti kanunlarla tahdit etme yolunu tutan memleketler de haddizatında ikiye ayrılmaktadır. Bazılarında devlet mesuliyeti kaidesi bir kanun ile hattâ teşkilât kanun ile tesis olunmuştur. Meselâ Almanyada (1919 weimar, Mad. 131) ilhaktan evvelki Avusturyada (1920 Teşk. K. M. 23) ilhaktan evvelki Çekoslovakyada (1920 Teşk. K. Mad 92 ve 104) Yugoslavyada (1921 Teşk. K. M. 18) iş böyledir. Fakat şu var ki, bu memleketlerde devlet mesuliyeti bir kaide alınmakla beraber, bu mesuliyeti tesbit edecek kâfi bir teşkilât ve müeyyide mevcut olmadığından buralarda, ademi mesuliyeti kaide alan memleketlerden daha çok mes'uliyet cihetine gidilmiş değildir.

Mes'uliyeti kaide kabul etmekle beraber bu bapta hiç bir kanun metnine sahip olmayan bir memleket var ki bu da Fransadır. Bugün Fransada diğer bütün memleketlere nisbetle en geniş bir sahada işleyen devlet mesuliyeti vardır. Bununla beraber bu mesuliyet tamamile içtihadîdir, Fransız Devlet Şûrasının kademe kademe vücude getirdiği eserdir.

*
* *

Türkiyemize gelince; bizde ilk bakışta Devletin ademi mesuliyeti bir kaide, mesuliyeti ise istisna gibi görünüyor. Çünkü bazı kanunlarımızla, ezcümle kanunu medeninin 410 ve 917, İcra ve İflâs kanununun 7 ve 8 inci maddelerile son çıkan adlî tebliğatın posta ile icrası hakkındaki kanun mucibince Devletin gerek doğrudan ve gerek teminatcı sıfatile mesul olacağı haller tesbit edilmiştir. Bundan ilk hatıra gelen, bu ve daha bu gibi kanunî metin ile sabit olan hallerden başka yerlerde Devletin ademi mesuliyetinin bir kaide

625

olmasıdır. Filhakika, mademki Devletin mesul olacağı haller kanunlarda sayılmış ve gösterilmiştir, o halde hakkında kanunî bir hüküm mevcut olmayan meselelerde devlet mesuliyetine gidilemeyeceği yolunda bir zan uyanır. Fakat bu sadece bir zandır. Bugün Türkiyede bilâkis sistem, Devlet Şûrasının salâhiyetine giren meselelerde yani idarî fiil ve kararlarda mesuliyetin kaide olmasıdır.

Evet, Türkiyede idarî fiil ve kararlardan dolayı Devletin mesuliyeti kaidedir. Çünkü, gerek Teşkilât kanununun 51 inci maddesi ve gerek bu maddenin manasını tayin eden Devlet Şûrası Kanunun 23 üncü maddesinin A fıkrası mutlaktır. Bu maddeler idarî meselelerde davaya mesağ vermekle ve kazaî merci göstermekle devlet mesuliyetini bir kaide kabul etmiştir. Bu maddeler yalnız kanun ile mesuliyet tesis olunan hallerde davaya merci göstermiştir denilemez. Çünkü, eğer böyle olsa idi maddede «idarî fiil ve kararlardan dolayı ... » tabirile iktifa edilmez; meselâ kanunen davaya mesağ verilen idarî fiil ve kararlardan ... gibi maddeye bir kayıt ilâve edilirdi. Malûm olduğu üzere, kanunların tefsirinde kaide, mutlak hükümleri itlâkı üzere almaktır. Kanunun mutlak bir hükmüne tefsir tarikile bir kayıt tazammun ettirmek kanuna yeni bir hüküm ilâve etmek demek olur ki, buna Teşkilât Kanununun 26 ve 52 inci maddeleri mucibince vazii kanundan başka hiç bir makamın salâhiyeti yoktur. Şunuda dikkate arzedelim ki, Devlet Şûrası her şeyden evvel bir hakkaniyet mahkemesidir. Burada, Ceza mahkemelerinde olduğu gibi, hukukun meşhur «*nulla poena sine lege*» kaidesi cari olmaz. Şüphesiz bununla Devlet Şûrası hükümlerine metin aramayacaktır demek istemiyoruz. Devlet Şûrası, diyoruz, önüne gelen bir davaya evvelemirde sırf hakkaniyet noktasından bakacak ve sonra metin arayacektır. Eğer hakkaniyet noktasından tasavvur ettiği kararı istinad ettirecek kanunî bir hüküm bulamazsa «kendisi vazii kanun olsa idi nasıl bir kanun koyacak idi ise ona göre hüküm edecektir.» Ve bu hususta umumî mevzuatın ruhundan, hakkaniyet kaidelerinden ve ilmî içtihatlardan istifade edecektir.

İlâve edelim ki, bu bapta Teşkilât Kanunumuzda Devlet Şûrası için kâfi hükümler de yok değildir. İdarî bir muameleden dolayı davaya kalkışanlar hiç şüphe yok ki, ya şahısları veya mal ve mülkleri itibarile idarenin bir fiil veya kararından zarar gördüklerini iddia edecek ve zararın tazminini isteyeceklerdir. Bu hususta teşkilât Kanununda hükümler vardır. Teşkilât kanununun 74 üncü maddesi bir kimsenin mal veya mülkünden mahrum edilebilmesi için istimlâk usulünü koymuştur. Ve istimlâkin kanunî olması için de iki şart vaz etmiştir: Evvelâ, istimlâkin umumî menfaatler için lüzûmu sabit ola-

630

caktır. Saniyen de mülkün değer bahası peşin verilecektir. Şu halde, aksi taktirde yani evvelemirde umumî menfaatlar için lüzumu sabit olmadığı yahut değer bahası peşin verilmediği takdirde mala ve mülke taarruz edilmiş olur. Mala ve mülke taarruz ise, yine Teşkilât kanununun 71 inci maddesi hükmünce yasaktır.

Şimdi aklı selim ile düşünelim: İstimlâk hakkında hüküm böyle olunca, idarî bir fiil ve karardan dolayı mülkünün tamamından yahut bir kısmından mahrum edilen ve bu suretle hakkı ihlâl edilen bir kimsenin muhtel olan hakkı bitarikılevlâ ödenmek lâzım gelmez mi? Mülk hakkında hüküm böyle olunca, şahsa vaki olan zararda da evleviyetle hüküm aynı olmak icap etmez mi? 71 inci madde mucibince vatandaşların yalnız mal ve mülkleri değil, aynı zamanda hatta daha evvel canları da taarruzdan masun değil midir ? Taarruzun yani haksız muamelenin bir fert tarafından gelmesile idare tarafından gelmesi arasında fark var mıdır ?

Bundan başka, Teşkilat Kanununun 69 uncu maddesi mucibince Türkler kanun nazarında yani kanun ile tesis olunan nimet ve külfetlerde müsavi değil midirler ? idarî bir fiil veya karar dolayısile hakkı ihlâl edilen bir vatandaşın bu hakkı tazmin edilmezse, başkalarına nisbetle daha ağır bir külfet karşısında bırakılmış ve bu suretle kanunî müsavât kaidesi bozulmuş olmaz mı ?

Hülâsa, bizde idarî fiil ve kararlarda Devletin musuliyeti bir kaidedir. Ve mesuliyete hükmetmek için de kanunî metinler yok değildir.

Burada belki denilebilir ki, madem ki bizde Devletin mesuliyeti kaidedir o halde, niçin yukarda adı geçen kanunlarda mesuliyet tasrih edilmiştir ? Eğer mesuliyet kaide olsa idi, böyle bir tasrihe lüzum hissedilmezdi.

Bizce bu itiraz varit değildir. Adı geçen kanunların saydığımız maddelerinde göz önünde tutulan hallere vazii kanun fevkalâde bir ehemmiyet vermiş kazaî merciler için mesuliyet kaidesinin tatbiki usulünü göstermek istemişde onun için tasrih etmiştir. Yoksa, bu tasrihten Devletin mesuliyeti maddeleri yalnız o kanunlarda zikredilen hallere inhisar eder manası aslâ çıkarılamaz.

Devletin mesuliyetinin sahasını ve vüsatını tayin ettikten sonra şimdi meselenin daha mühim ve nazik bir noktasına geliyoruz: Bu mesuliyetin hukukî esası nedir ? ve Devletin yahut idarenin mesuliyeti ile memurun şahsî mesuliyetini ayırdetmek için miyarımız ne olacaktır ?

*
* *

631

IV

Devlet mesuliyetinin hukuki esası nedir ?

Bugün umumiyetle, idarî faaliyetlerde Devletin mesuliyetini kabul eden memleketlerde, bu mesuliyetin esası klâsik hukukun kusur fikrinde aranmaktadır. Bilindiği üzere, kusur dar veya geniş manada alınabilir: Dar manada kusur, sahibinde az çok kötü bir niyet farzeder ki buna «sübjektif kusur» denir. Geniş manada ise, niyetten sarfınazar, sırf hakka aykırı fiil yahut haksız fiildir ki, buna da «objektif kusur» denir.

Son zamanlarda, yukarda işaret ettiğimiz gibi, bilhassa Fransada şu klâsik kusur fikrinin yanı başında birde Risque yahut hasar nazariyesi ortaya çıkmıştır. Bu nazariyede, fiilin haklı veya haksız olmasından sarfınazar, ortada mevcut olan zarar ile hizmet fiili arasında sadece bir sebebiyet rabıtası aranmakta ve böyle bir rabıta görülünce meydandaki zararı âmme patrimuanına malederek Devletin mesuliyetine gidilmektedir.

Eski kusur fikrile şu hasar fikri arasında, mesuliyete esas olmak bakımından, büyük farklar vardır. Evvelâ hasar nazariyesi hemen bütün amme hizmetlerinin ifası sırasında eşhas hakkında hasıl olabilecek zararlardan dolayı Devleti âdetâ umumî bir teminatcı, sosyal sigortacı almaktadır. Devlet böyle alınınca artık mesuliyet tahakkuk etmek için muhakkak surette bir hakkın ihlâl edilmiş olması şartı düşer; ortada hizmet sebebile bir zarar mevcut olması Devlet hesabına mesuliyetin tahakkuku için kâfi gelir. Başka bir ifade ile, bu nazariyede idarî bir fiil veya karar ile bir hak ihlâl edilmiş midir meselesinden evvel idarî bir fiil veya karar ile bir şahsa zarar verilmişmidir meselesi mevzubahs olur. Eğer zarar mevcut ise, külfette müsavat fikrinden hareketle, bu zarar idareye mal edilmekte ve amme patrimuanı zararı ödemekle mükellef tutulmaktadır. Şu halde bu nazariye kabul edilirse devlet mesuliyeti sahası fevkalâde genişlemiş olur.

Genişlemiş olur, çünkü kusur fikri, klâsik izahile alındığı taktakdirde, mücbir sebeple ortadan kalkar ve tabiatile mesuliyet de bertaraf olur. Halbuki hasar fikri mesuliyete esas alınırsa mücbir sebeple mesuliyet bertaraf olmaz. Hasar fikri sigorta mefhumuna, kusur ise irade esasına dayanır. Saniyen, kusur, failin niyetinden sarfınazar edilerek tamamile objektif manada da alınsa yine az çok bir suçluluk, bir kabahat ifade eder. Kusurundan dolayı vaki olan bir zararı tazmine mahkûm olan bir kimsenin bu mahkûmiyetinin

632

mesnedi normal bir aile babası, iyi bir komşu, normal bir memur gibi lâzım olan dikkat, ihtiyat ve itina ile hareket etmemiş olmasıdır. Şu halde kusura müsteniden tazmine hükmeden hâkim, netice itibarile kusurlu şahsın hereket tarzını tenkid etmiş oluyor. Halbuki, hasar nazariyesinde hâkim idarenin yahut memurunun hareket tarzını takdire veya tenkide gitmeden sadece zararın vücudünü tesbit edecek, zarar ile hizmet fiili arasında bir sebebiyet rabıtası arayacaktır. Bu rabıtanın vücudu hazineyi tazmine mahkûm etmek için kâfi gelecektir. Şu halde kusur fikrinde mesuliyet bir nevi sübjektifliğe dayandığı halde, hasar fikrinde tamamile objektif ve otomatik bir hal almaktadır.

Bugün muhtelif memleketler mevzuatında şu hulâsa ettiğimiz hasar fikrine müstenit mesuliyet bir istisna teşkil etmektedir. Fikrin hararetle müdafaa edildiği Fransada bile Fransız Devlet Şûrası tarafından mahdut ve müstesna bazı hallere tatbik ile iktifa edilmektedir.

Binaenaleyh diyebilirizki, bugün fert mesuliyetinin olduğu gibi amme hükmî şahıslarının mesuliyeti esası da bildiğimiz klâsik kusur fikridir.

*
* *

Türkiyemize gelince, Devlet Şûrası kanununun 23 üncü maddesinin A fıkrasından anlaşıldığına göre, bizde de Devletin ve diğer amme hükmî şahıslarının mesuliyetinin esası kusur fikridir. Bu fıkrada «*İdarî bir fiil veya karardan dolayı hukuku muhtel olanlar*» deniliyor. Şu halde, vazii kanun idarî dava imkânını ve binnetice Devletin mesuliyetini yalnız bir zararın vukuuna değil, aynı zamanda ve bilhassa bir hakkın ihlâl edilmiş olmasına bağlamaktadır. Hakkın ihlâli ise ancak hakka ve kanuna uymayan bir fiil veya karar ile kabildir. Böyle bir fiil veya karar ise, klâsik manasile, bir kusur teşkil eder. Eğer idarî fiil veya karar her veçhile hakka ve kanuna uygun ise, bundan belki bir zarar doğabilir. Fakat aslâ bir hak ihlâl edilmiş olmaz. Çünkü hakka ve kanuna uygun bir fiil bizzat hakkın ve kanunun eseri olur. Eğer vazii kanun mesuliyete kusurdan başka bir esas almak isteseydi «hukuku muhtel olanlar» tabiri yerine «zarar görenler» derdi. Zararın vücudu muhakkak surette haksız bir fiil farzetmez.

Şu halde bizde devlet mesuliyeti meselesinde hasar fikrinin ve Risque esasının yeri yoktur. Bununla beraber, kusur fikri bizimle beraber geniş ve objektif manada yani niyetten sarfınazar hakka ve

633

kanuna aykırı fiil manasına alınır ve tatbik edilirse, hasar nazariyesinin neticelerine tamamen varilmiş olmasa bile mesuliyet sahası haylı genişletilmiş olur.

Hülâsa Devlet aleyhine tazmin davasına yol açan fiil veya kararın evvelâ idarî, saniyen kusurlu olması yani hakka ve kanuna aykırı olması icabeder. Binaenaleyh idarî mahiyette olmayan fiil ve kararlar ile her veçhile hakka ve kanuna uygun fiil ve kararlar, idarî de olsalar, tazmin davasına meydan vermezler.

V

Devletin mesuliyeti ile memurun şahsî mesuliyeti arasındaki münasebetin tayini

Mesuliyet meselesinin bu can noktasında evvelemirde memura isnadı kabil kusur ile hizmete mal edilmesi mümkün olan kusuru birbirinden dikkatle ayırmak lâzım gelir. Manevî bir şahıs olmak itibarile devlet, vilâyet gibi müesseeelerin mes'uliyeti ancak bunlar namına hareket eden memur ve mümessillerin faaliyeti sebebile tahakkak edecektir. Devlet dediğimiz şey binnefis hareket eden bir mahlûk değildir. Bir amme hizmetini kuran ve çekip çeviren memurlardır. Binaenaleyh, bir hakkın ihlâli dolayısile Devlete terettübeden mesuliyetle hizmet başındaki memura terettübeden mesuliyeti iyice ayırd etmelidir.

Bunu ayırd etmek için bakarız: Eğer hakkın ihlâlini mucip olan kusurlu fiil veya karar memurun şahsına isnadı kabil ise, kusur şahsîdir binaenaleyh mesul olan memurdur. Yok eğer kusurlu fiil veya karar laâlattayin bir veya bir kaç memura isnadı kabil değilde, anonim ve gayri şahsî bir şekilde ise, kusur hizmetindir yani idare makinesindeki bozukluktan neşet etmiştir, binaenaleyh mesul olan idaredir, Devlettir.

Yalnız, itiraf edelim ki, ne gibi fiiller ve kusurlar şahsidir, ne gibileri hizmet fiili ve kusurudur, meselesi tatbikatta hayli müşkülât çıkarmaktadır.

Almanya ve İtalya gibi bazı memleketler hukukunda her şeyden önce fiilin cezaî olup olmamasına bakılır. Buna göre, hakkın ihlâline sebep olan fiil kanunen cezayı mucip fiillerden ise, fiil ve kusur her ikisi de şahsîdir, değil ise hizmetindir. Hollanda gibi bazı memleketlerde ise salâhiyet noktası miyar alınmaktadır. Buna göre de memur, fiilile kanunî ve normal salâhiyetini aşmış ise fili ve

kusuru şahsîdir, aksi halde hizmet kusuru vardır. Fransanın mehakim içtihatlarından çıkan kaideye göre kusurlu fiilin, hizmetin normal icaplarından ve şartlarından kabili tefrik olup olmamasına bakılmaktadır. Eğer kusur hizmetten ayrılması kabil bir fiil ise şahsîdir, değil ise hizmet kusurudur. Şu halde memur hizmetin kanunî ve normal hudutları dairesinde normal bir tarzda hareket etmiş ise, mesuliyet idarenindir.

***

Bize gelince A fıkrası bu noktayı hal için de bize kâfi bir işaret vermiştir. Filhakika bu fıkra idare aleyhinde mesuliyet davası açılabilmek için iki sebep gösteriyor: İdarî fiil ile yahut idarî karar ile bir hakkın muhtel olması.

İdarî fiil kanun ve nizam dairesinde bir amme hizmetinin icaplarını yerine getirmak üzere, memurun yaptığı iş ve harekettir. İdarî karar da yine kanun ve nizam dairesinde bir amme hizmetinin tanzimi için icrası lâzım emir ve direktif demektir.

Bu tariflere dikkat edersek, idarî fiil ve karar ile şahsî fiil ve karar ve binnetice hizmet kusuru ile şahsî kusuru kolayca tefrik edebiliriz. Şöyleki; memur vazifesini yaparken, vazifenin mevzuunu teşkil eden hizmetin kanunî ve teamülî hudutları ve icapları dairesinde hüsnüniyetle hareket etmiş ise, fiil idarî ve zararı mucip olan kusur da hizmet kusurudur. Eğer memurun bir hakkı ihlâl eden hareketi hizmetin normal icaplarına ve kanunî hudutlarına riayet etmeği istememek gibi az çok bir suiniyeti gösteriyorsa, fiil de kusurda şahsîdir. Meselâ, bir posta memuru posta kutusundaki mektupları ayırırken, Samsuna gidecek bir mektubu (yanlışlıkla) Trabzon paketine yerleştirir ve bu yüzden mektubun geç ulaşmasından dolayı sahibi bir zarar görürse, bakarız : Eğer memurun bunda aslâ bir sui niyeti yok ise bu fiilin kusuru idarîdir, zararın tazmini hazineye teveccüh eder. Fakat farzedelim ki, müvezzi mektubu sahibine götürüyor ve mektup sahibinin adresini değişmiş buluyor. Mektubu sahibinin yeni adresine götürmesi icap ederken bir tarafa atıyor. Bu memur hizmetin normal icabına riayet etmediği için kusur şahsîdir. Hem tazmine hem de cezaya uğraması lâzım gelir. İcrası lâzım idarî kararlara gelince ; kararı veren memurun bu kararında açık bir kanunsuzluk, kanuna uygun bir surette karar vermek istemediğine delâlet edecek bir hal varsa, salâhiyetin açık bir tarzda suî istimali mevcut ise kusur şahsîdir. Bu karardan mütevel-

635

lit zararın tazmini karar sahibein aittir. Fakat böyle değilde, karar sırf bir salâhiyeti tecavüz mahiyetinde ise, salâhiyeti tecavüzde suyi niyet şart olmadığından, kusuru şahsî görmemek ve idarenin mesuliyetine gidilmek lâzımgelir.

Hülâsa kanaatımızca kusurun şahsîliğinin miyarı memurun suîniyetidir. Suîniyetin delili de açık bir kanunsuzluk, açık bir suretde salâhiyetin suî istimali ve ağır bir kusurdur. Yani iyi ve vazifesine bağlı normal bir memurun yapmıyacağı kusurdur.

Mesuliyeti idareye atfedilecek olan hizmet kusurlarının nelerden ibaret olduğunu her memleketin ihtiyaçlarına ve hususile hakkaniyet duygusuna ve medeniyetinin seviyesine göre mahkeme içtihatları tayin eder. Bugün devlet mesuliyetine geniş bir saha tanıyan Fransa gibi memleketlerde hizmetin fena kurulması, kötü işlemesi, hiç işlememesi yahut geç ve ağır işlemesi hizmette kusur sayılmakta ve hazinenin tazminatına yol açmaktadır.

Kusurun şahsî veya idarî olmasının tefriki idarenin veya memurun şahsen mesuliyetinin tayini noktasından mühim olduğu gibi, kazaî salâhiyet noktasındanda mühimdir. İdarî kusurdan doğan mesuliyetin tayini Devlet Şûrasına, şahsî kusurun mesuliyetini tayin ise adlî mahkemelere aittir.

Şu halde idarî veya adlî mahkemeler, idareyi alâkalandıran bir tazminat davasile karşılaştıkları zaman, her şeyden önce tazminata sebep gösterilen fiil sabit olsa idi idareye mi yoksa memura mı isnadı kabil olurdu meselesini halletmeleri lâzımdır. Tazminata sebep gösterilen fiil şahsî ise Devlet Şûrası, idarî ise adlî mahkeme ademî salâhiyete karar verecektir.

*
* *

Demek ki, kusur hizmette ise zararı hazine, memurda ise şahsen memur tazmin edecektir. Kusurun ve mesuliyetin şahsî ve idarî diye tefriki mantıkan bu neticeye götürmektedir.

Fakat, mesul olan memur acaba bilfiil tazmine muktedir olabilecek midir ? Ekseriya hayır. Şu halde hizmet kusuru ile zarara uğrayan bir kimse, karşısında Devlet gibi ödeme kabiliyeti yerinde bir borçlu bulacak; şahsî kusur ile zarara uğrayan ise ekseriya elindeki mahkûmiyet ilâmile kalacaktır. Bununla beraber hizmet kusuru daima hafif, şahsî kusur ise daima ağır bir kusurdur. Berikinin zararı ödenmeyecek, ötekininki ödenecektir.

Neticenin hakkaniyet hissini inciten şu mantıksızlığı karşısında

Alman ve Yugoslavya hukuku Devletin doğrudan ve umumî mesuliyeti sistemini kabul etmiştir. Buna göre Devlet, memurlarının iş üzerinde üçüncü şahıslara ika ettiği zararlardan dolayı, umumî bir teminatcı sıfatile, kusur ister memurda ister hizmette olsun, bilâhara kusurlu memura rücu etmek şartile, zararı tazmin eder. Bu suretle, zarara uğrayan kimse karşısında daima Devleti bulur. Devlet evvelâ zararı tazmin eder, sonra da memura rücu eder.

Fransada evvelce Devlet, kusurlu memurun şahsî mesuliyetini kendi üstüne almamakta idi. Son zamanlarda Fransız mahkemei içtihatları, mesuliyetin içtimaı diye bir esas kabul etmiştir. Bu esasa göre, memurun şahsî kusurundan başka ve bunun yanı başında hizmette de bir veçhile kusur sabit olursa; memurun şahsî kusurundan neşet eden mesuliyeti, bazı şartlar altında memura rücu etmek üzere, Devlet deruhte etmektedir.

Bizde bu meselede Borçlar kanununun malûm olan 55 inci maddesinin «istihdam eden kimsenin zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı hakkı rücu vardır» kaidesinden istifade edilebilir.

*
* *

Hülâsa ve netice

Sayın dinleyicilerim : Uzun süren izahlarımla şu neticeye geliyorum : Asrımızda bir devletin hukukî vasıf ve mahiyet alabilmesi için, işlerinde ve icraatında ferde karşı mesuliyet kabul etmesi lâzımdır. Eskiden Devlet farde karşı mesuliyet kabul etmiyordu. Hâkimiyet ile mesuliyet birbirini nefyeden prensiplerdir zan adiliyordu. Hâkimiyet ferde karşı direnen bir kuvvet telâkki edilyordu. Bugün bu telâkki esasından değişmiştir. Ve değişmelidir. Hâkimiyet ile sulta ve ceberutî birbirine karıştırılmamalıdır. Hâkimiyet cebir ve tehakküm demek değildir. Hâkimiyet memlekette memurlar zümresinin sultası demek değildir. Bugün Hâkimiyet ferdî ve kollektif emniyeti, huzuru, refahı koruyan millî ve maşerî kudret demektir. Bu kudret hükûmet ve idare teşkilât ve faaliyetinde maddileşmekte ve filiyatta amme hizmetleri şeklini almaktadır. Evet, bugün Devlet umumî hizmetleri kurmak, işletmek ve başarmakla muvazzaf teşkilâttır; millî ve maşerî vazifeler kadrosudur. Bugün artık, eski manasile, bir hâkimiyet ve mesuliyet meselesi karşısında değiliz; vazife ve mesuliyet meselesi karşısındayız. Vazife ve mesuliyet ise beraber giden ve birbirini istilzâm eden fikirler ve prensiplerdir. Binaenaleyh bugün Devlet man-

tıkan ve hukukan mesuliyet kabul etmeğe mecburdur. Aksi takdirde eski zamanların barbarlığına düşeriz.

Şuna kani olmalıyız ki, bir memleketin terekki ve inkişafı her şeyden fakat her şeyden evvel birer birer fertlerinin derunî bir emniyet ve huzur duymasile mümkündür. Ferdin bu emniyeti ve huzuru ise, her işte ve her adımda karşılaştığımız, devlet faaliyetinin ve idare makinesinin hakkaniyet miyarına göre ölçülü ve rasyonel olmasile kabildir. Ferde iç emniyeti ve huzuru veremeyen ölçüsüz bir devlet faaliyeti, irrasyonel bir idare makinesi memlekette vatandaşlık duyğusunun ve sevgisinin, ferdî ve içtimaî faziletin; ilmî, fikrî ve iktisadî terakki ve inkişafın en kahir düşmanıdır.

Hülâsa, devlet faaliyetinin ve idare makinesinin rasyonel bir şekilde, vaktinde ve hakkaniyetin icab ettiği tarzda yürümesi ve işlemesinin ilk ve en zarurî şartı Devletin idarî ve icraî muameleleriile ferde haksız olarak vereceği zararların mesuliyetini üstüne almasıdır. Bu hususta yalnız memurun mesuliyeti kâfi değildir. Memurun kusur ve mesuliyetini iddia ve isbat etmek çok kerre imkânsız ve daima müşküldür. Bu müşkülatı gözönünde tutan vadandaş ekseriya «zararın neresinden dönülürse kârdır» diyerek taliine küsmek mecburiyetinde kalır.

Fakat, itiraf edelim ki, Devletin mesuliyeti fikrinin tatbikatı muasır hukukun en mühim ve en çetin bir meselesini teşkil etmektedir. Hattâ bütün amme hükukunu züptelemektedir. Çünkü bu meselede bir taraftan hazine menfaatları, bir taraftan Devlet memurlarının mücehhez olması lâzım gelen mesuliyet duygusu, bir taraftan da hukuku zayi olan vatandaşın tatmini lâzımesı karşılaşmaktadır.

Ehemmiyeti bu üç faktörden hangisine verelim ? Eger sırf hazine menfaatlari endişesile hareket eder de idarenin mesuliyetini lüzumundan fazla tahdit edersek, hem memurda mesuliyet duygusunu öldürmüş hem de vatandaşlar ile resmî teşkilât arasına düşmanlık sokmuş oluruz. Bu iki neticeden ne berikinin ve ne ötekinin halkçı bir Devlette yer bulmaması icabeder. Ehemmiyeti sırf memurun mesuliyeti noktasına verirsek, memurda resen hareket ve teşebbüs kabiliyetini dumura uğratıcı bir mesuliyet endişesi yaratır ve bu sebeple memlekette menhus bir kırtasiyeciliğe yol açarız. Memur derin bir mesuliyet duygusu taşımalıdır. Fakt bu duygu bir fikri sabit halini alarak onu iş görmekten alıkoymamalıdır. Memur vazifesini bilmeli ve selâhiyeti dairesinde resen hareket etmeli, asla mafevkine bağlı bir otomat halini almamalıdır.

Ehemmiyeti zarar görenleri tatmine verirsek, Devlet namına

638

hareket eden memurların kusurundan, ihmal ve teseyyübünden yahut sadece cehlinden, netice itibarile, mükellefleri yani ammeyi mesul tutmuş oluruz. Çünkü neticede zararı ödeyecek Devlettir.

Şu halde kabul edeceğimiz sistem hem hazineyi korumalı, hem memurda mesuliyet ve teşebbüs fikir ve faziletlerini beslemeli, hem de idarenin kusurlu fiil ve kararlarından zarar görenleri sızlandirmamalıdır.

Böyle bir sistemi vazii kanundan değil, hâkimlerden ve hukukculardan bekleyebiliriz. Netekim Fransada Devlet mesuliyeti sistemi hâkimlerin ve hukukçuların eseridir. İngiltere ve Amerikada Devlet mesuliyeti diye bir prensip mevcut olmamakla beraber, İngiliz ve Amerikan ferdi idarî faaliyetler karşısında hakkından başka memleketlerden daha az emin değildir.

Türkiyemizde Devlet mesuliyetinin esası on oniki senelik ömrü olan yeni Devlet Şûrasiyle atılmıştır. Devlet Şurasının değerli erkânından muhterem İsmail Hakkı Göreli bu salonda verdiği zengin fikirli bir konferansta Şuranın on sene içinde baktığı dava yekûnunun 43631 e baliğ olduğunu söylemiştir [1]. Bu rakam bizce çok manalıdır. Bu rakamdan anlıyoruz ki, henüz çok genç olmasına rağmen Devlet Şuramız memlekette idarî faaliyetlerin yüksek mahkemesi rolünü başarmağa ve bu sayede Türkiyemizin bütün tarihinde muhtac olduğu bu büyük hizmeti ifaya başlamıştır. Temenni edelim ki, Şuramız bu yolda devam edecek ve memlekette kuvvetlerin üstünde kuvvet olan Devlet karşısında bile her türk ferdi hakkından ve varından emin olacaktır.

Ne mutlu o memlekete ki fertlerinin en zayıf ve âcizi bile, hâkimleri sayesinde, iç emniyeti ve huzurile yaşar!

*
* *

Aziz dinleyicilerim! Beni sabır ile ve alâka ile dinlemek zahmetinde bulunduğunuzdan dolayı sizlere teşekkür ederim. Devlet mesuliyeti üzerindeki düşüncelerimi bana söylemek fırsatını hazırladığından dolayı da Hukuk İlmini Yayma Kurumunun faal idare heyetine teşekkürlerimi sunmayi vazife bilirim.

---

[1] — Devlet Şurasının Faaliyeti üzerine bakınız: Ismail Hakkı Göreli, Bizde Şûrayi Devlet, 1937 — Cumhuriyetin 10 uncu yıllığı sah. 155.

639

Terfilerine halen kazaî ve inzibatî bir mani olmayup 4 üncü derecede bulunan Hâkim ve müddei umumilerle Hâkim sınıfından sayılanlardan 21/6/937 tarih ve 3206 sayılı kanun hükmünün biteceği 21/6/940 tarihine kadar terfi müddetlerini bitireceklerin sicil sıra numarası itibarile isimlerini gösterir liste hâkimler kanununnn 29 uncu maddesi mucibince her meslek sınıfları için ayrı ayrı hazırlanarak aşağıya derç edilmiştir. Kendilerini terfia şayan gördükleri halde bu listede isimlerini bulamıyanlar mezkûr maddenin ikinci fıkrasına tevfikan neşir tarihinden itibaren bir ay içinde ayırma meclisine yazılı olarak itiraz edebilirler.

HÂKİMLİK SINIFI

Sıra No.	Sicil No.	Memuriyet ve adı
1	329	Eskişehir ağır ceza mahkemesi Reisi İbrahim Etem Ertem
2	332	İstanbul ceza hâkimi Ömer Cemil Güzey
3	390	Samsun reisi Ali Afif Akan
4	448	Kastamonu reisi Nuri Tokses
5	611	Bursa ceza hakimi Nuri Ölker
6	707	İstanbul asliye hukuk hâkimi Suphi Tolon
7	788	Bursa hâkimi Mustafa Erdem
8	836	Afyou hukuk hâkimi İsmail Hakkı Ergüvenç
9	1029	Kayseri reisi Yusuf Sait Ada
10	1030	İstanbul 3 cü Ticaret mahkemesi reisi Ahmet İrfan Elgin
11	1057	Çanakkale reisi İsmail Hakkı Özkan
12	1082	Antalya hukuk hâkimi Rauf Kural
13	1084	İstanbul asliye ceza hâkimi Reşit Maykut
14	1162	Konya ağır ceza mahkemesi reisi Süleyman Sakıp Kınoğlu
15	1213	Antakya ağır ceza reisi Sadık Erden
16	1279	Bursa hukuk hâkimi İbrahim Senih Aslan
17	1353	Aydın reisi Mithat Bibioğlu
18	1472	Tekirdağ reisi Suzi Gürbüz
19	1505	Trabzon hukuk hâkimi Mehmet Özbilen
20	1569	Adliye baş müfettişi Bedrettin Köker
21	1629	Ankara Ağır ceza reisi Hüseyin Arif Güngören

Sıra No.	Sicil No.	Memuriyet ve adı
22	1876	Gaziantep reisi İbrahim Ethem Sandıkçıoğlu
23	1884	İstanbul asliye hukuk hâkimi Hilmi Kışlaloğlu
24	2048	İzmir ceza hâkimi İsmail Kemalettin Aksüt
25	2055	İstanbul asliye hukuk hâkimi Zeki Ferel
26	2080	Kütahya hukuk hâkimi Selâhattin Tuğlacı
27	2480	Ankara asliye hukuk hâkimi Vehbi gündüz
28	2592	Balıkesir hukuk hâkimi Arif Güven
29	3339	Ankara hâkimi A. Talat Tokuz
30	3340	İzmir Ticaret reisi Galip Kınoğlu
31	3542	Adliye Baş müfettişi Alâaddin Sabih Alpay
32	3574	İstanbul Ticaret reisi Faiz Yürükoğlu
33	3931	Çanakkale ceza hâkimi Osman Yümnü Altınel
34	3956	Zonguldak reisi Ekmel Kanur
35	4222	İstanbul ağır ceza reisi Refik Omay

Müddeiumumilik Sınıfı

1	258	İzmir Müddei umumisi Kemalettin Samu
2	1579	Afyon M. U. si M. Tevfik Erinç
3	1769	İstanbul M. U. si Hikmet Onat
4	1816	Ankara müddei umumisi Arif Yazar

Adliye Vekâletinden

Hâkimler kanunu mucebince toplanan ayırma meclisi umumî heyeti; 941 senesine mahsus olmak üzere hâkimlerin terfii için mahkemei temyizce tetkik edilen işlerinden % 55 şinden fazlasının tasdik edilmiş olmasını ve tercihan terfia lâyık olabilmeleri için de bu mikdarı % 75 şinden fazla bulunması lâzım geldiğini kararlaştırmıştır.

Adliye Ceridesine abone kaydı ve sair kitapların sipariş şartları

I — Kitap almak isteyenler kitabın bedelini bulundukları yer malsandığına yatıracaklar ve para karşılığına alacakları hasılatı müteferrika makbuzunu oturdukları yerin C. Müddeiumumiliğine teslim ile istedikleri kitabın adını ve açık adreslerini kayıt ettireceklerdir.

II — C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının açık adresini Adliye Bakanlığına gönderecektir.

III — Kitaplar yine C. Müddeiumumiliği vastasile ayrıca posta ücreti talep edilmeksizin Bakanlık Neşriyat Müdürlüğünden alıcının göndermiş 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 kaydi için de birinci ve ikinci maddede yazılı şekil tatbik olunur.

VI — Yeni neşriyat Adliye Ceridesi kapağında muntazaman gösterilecektir.

643

Adliye Ceridesi

Perakende satışı 30, yıllık abonesi 300 kuruşdur.

Adliye Vekâleti tarafından bastırılan ve satın alınıp mevcudu bulunan kitapların isimleri bedelleri aşağıda, tedariki yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

	Kuruş
Kanunu medenî (eski harflerle)	100
„ „ tatbikatı kanunu	35
Haşilyeli Ceza Kanunu (Kemal Bora)	200
Ceza K. üzerinde bir inceleme.	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden mercîler üzerinde mülâhazalar	40
Tadillerinden sonra Ceza Muhakemeleri usulü Kanunu	125
Tadillerinden sonra Ceza M. U. Kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu esbabı mucibesi	50
Cümhuriyet Müddeiumumilikleri kalem talimatı	50
Ceza Muhakemeleri U. kanunu alfabetik fihristi	75
Meşhut suçlar kanunu	15
Meşhut suçlar kanunu talimatı	15
Şahitlik ve şahidin psikolojisi	30
Deniz ticareti kanunu	50
Bağlamlar kanunu şerhi (H.Oser)	150
Borçlar kanunu şerhi (Fritz Funk'jun)	350
Hukuk Mahkemesinde Hak Nasıl Müdafaa edilir	60
Hukuku esasiyede yeni temayüller	75
Velâyet vesayet talimatı	50

	Kuruş
Yeni hâkimler kanunu	100
Avukatlık kanunu	50
Cinaî İlmibeşer	40
Orman işleri (Hususî kanunlar ve cezaları)	75
Devletler umumî Hukuku cilt 1	230
Devletler umumî Hukuku cilt 2	150
Varşova konferansları ve zabıtları	75
Bürüksel konferansları ve zabıtları	75
İngiliz ceza usulü	75
Alman ceza muhakemeleri usulü şerhi	175
Maliye ilmi 1. inci cilt	100
Tamimler mecmuası 1928-1937	175
„ „ 1938	100
Adliye ceridesi fihristi (1 - 149 eski)	100
930-934 Yılı Temyiz ticaret Hey'eti umumiye kararları	150
1935 Yılı Temyiz Hukuk K.	125
1935 „ „ Ceza „	125
1936 „ „ Hukuk „	125
1936 „ „ Ceza „	125
1937 „ „ Hukuk „	125
1937 „ „ Ceza „	125
1938 „ „ Hukuk „	200
1938 „ „ Ceza „	175

6444