ADLİYE CERİDESİ

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuzüçüncü sene
1 inci sayı

---

1 Kânun 1942

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1942

1

İÇİNDEKİLER

No.		Sahife No.
1	**Resmî veya meslekî vesayet nedir?**..... *(Yazan : Dr. K. Fikret Arık)*	3
2	**Hükmî şahısların sahip olabilecekleri medenî haklar**..... *(Yazan : Necip Bilge)*	22
3	**Modern ceza hukukunda hata meselesi**..... *(Yazan : Dr. iur Pulat Gözübüyük)*	44
4	**Nafaka ilâmlarının icrasından mütevellit başlıca hukukî meselelerin tetkiki**..... *(Yazan: Dr. Amil Artus İstanbul İcra Muavin Hâkimi)*	51
5	**Medenî kanundan evvel arazi intikali**..... *(Yazan: Eyyüp Sabri Erman. Menemen Hukuk Hâkimi)*	68
6	**Kriminoloji: suçlulukla mücadele ilmi**..... *(Yazan : Dr. Nurullah Kunter)*	78
72	**Konferans No. 72, Hava hukuku**..... *(Konferansı veren : Rifat Taşkın Askerî Temyiz M. Baş Müddeiumumisi General Hâkim)*	85
	3780 Sayılı Millî Korunma Kanununa göre İttihaz ve Resmî Gazete ile neşredilen kararların ve adı geçen gazetelerin tarih ve No. larını gösterir liste.....	112

Mecmuaya bastırılmak istenen her yazı doğrudan doğruya Vekilliğe gönderilir. Neşrolunan makalelerdeki fikir ve mütalâalar münhasıran yazı sahiplerine aittir. Her yazı on satırı geçmiyecek şekilde bir hülâsayı ihtiva etmelidir. Basılmıyan yazılar geri verilmez.

1958 A. 208/1

ADLİYE CERİDESİ

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuzüçüncü sene
1 inci sayı

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1942

3

No: 1

Resmî veya meslekî vesayet nedir?

(İsviçre ve Almanyada meslekî vesayet teşkilâtına toplu bir bakış)

Yazan:

Dr. K. Fikret ARIK

Plân:

A — Resmî vesayet teşkilâtına niçin lüzum vardır?
- I — Nesebi sahih çocukların menfaatlerini koruma bakımından,
- II — Nesebi gayri sahih çocukları ve analarını himaye bakımından,
- III — Tabiî baba ile ana arasındaki ciddi anlaşmaları kolaylaştırma bakımından,
- IV — Çocuk hukukunda ihtisas bakımından,
- V — Meslekî terbiye işlerinin düzelmesi bakımından,
- VI — Gençler tarafından işlenen suçların azalmasına yardım bakımından,
- VII — Çocuk ölümünün azalması bakımından,
- VIII — Gayri meşru çocukların düşürülmesini azaltması bakımından,

B — İsviçre ve Almanyada resmî vesayet,

AA — İsviçrede,
- I — Tarihçesi
- II — Hukukî mahiyeti
- III — Cenevrede resmî vasayet
- IV — Bâle – Ville de
- V — Zürich de

BB — Almanyada resmî vasayet.

Memleketimizde suçlu çocukların ıslâhı, bunlara ait patronaj meseleleri, hülâsa, çocuk cinaiyatının gittikçe artan mütekâsif bir alâkaya mihrak teşkil ettiği şu sırada, bu meselelerin hallinde umumî bir önleyici tedbir rolünü oynayabilecek ve bu itibarla, memleketimize

1956 SA 94 5

ithâlinden faydalar beklediğimiz resmî veya meslekî vesayet [1] müessesesi üzerine nazarı dikkati celbetmenin lüzumlu olduğuna inanıyoruz.

Bu incelememizde iki gaye gütmekteyiz:

I — Resmî vesayet müessesesinin gördüğü muhtelif işlere kısa bir nazar atfetmek; gördüğü ehemmiyetli vazifelerle bu müessesenin kabulünün adeta bir zaruret haline geldiğini göstermek;

II — Bu müessesenin İsviçrenin belli başlı kantonlarında ve Almanyadaki tatbik tarzını muhtasaran memleketimiz hukuk efkârı umumiyesine takdim etmektir. Şu halde yazımız, ana hatları bakımından kısmen telkinî, kısmen de tasvirî bir mahiyeti haiz olacaktır.

A. Resmî vesayet teşkilâtına niçin lüzum vardır?

Resmî vasayetin hukukî mahiyetini ve muhtelif memleketlerdeki tatbik tarzlarını görmeden önce, kendilerine ehil ve lâyık bir kayyım veya bir vasi tayinine imkân bulunamayan, mânen terk edilmiş çocuklarla gayri meşru çocukların, vesayet işlerinde ihtisas kesbeden muayyen ve resmî ellere tevdii fikri etrafında toplanan bu teşkilâtın hangi bakımlardan faydalı olduğunu, kısaca, tebarüz ettirmek lâzımdır. Resmî vesayet müessesesi, bilhassa aşağıda gösterilen sahalarda ehemmiyetli bir rol oynamaktadır.

1 — MEDENÎ KANUNUMUZUN NESEBİ SAHİH ÇOCUKLARIN ŞAHSÎ VE MAMELEKÎ MENFAATLARININ KORUNMASINA DAİR SEVKETTİĞİ HÜKÜMLERİN TATBİKİNDE RESMÎ VASİDEN ÇOK İSTİFADE EDİLİR.

Filhakika medenî kanunumuz boşanma ve ayrılık hallerinde, velâyet hakkının istimalinde çocukların himayesile titiz bir surette meşgul olmaktadır. [2]:

a) Boşanma veya ayrılık davasını müteakib hâkim, lâzım gelen ve bilhassa kadının iskân ve infakına ve karı kocanın malî münasebetlerine ve çocukların muhafazasına müteallik muvakkat tedbirleri ittihaz eder. (MK. 137). Diğer cihetten, boşanma veya ayrılık vukuunda hâkim ana ve babayı dinlendikten sonra velâyet hakkının kullanılmasına ve ana baba ile çocuklar arasındaki şahsî münasebetlere dair iktiza eden tedbirleri ittihaz eyler. (MK. 148/1). *Bu takdirde bir resmî vasinin mevcudiyeti hâkim için pek mühimdir.* Çünki, boşanma neticesinde velâyet hakkının ana babaya bırakılması icab e-

[1] Amst — oder Berufsvormundschaft (tutelle officielle ou professionnelle). Son dakikada neşrini haber aldığımız İzmir ticaret mahkemesi âzasından Feyzullah Uslu'nun (Vesayet) adlı mufassal ve emek mahsulü eserinin fihristinde "Resmî vesayet„ müessesesine temas edilmediğini gördük.

[2] Memleketimizde çocuk hukuku hakkında, eğer aldanmıyorsak, biricik eser rahmetli Necip Ali Küçük'a nın Çocuk Hukuku (A. İhsan matbaası, İstanbul. 1936) adlı kitabıdır. Maamafih bu eserde resmî vesayet meselesine temas edilmemiştir. N. A. Küçük'a ve eserleri hakkında, bakınız. Dr. Hikmet Belbez: Adliye ceridesi sayı 11, 1941

dip etmediği, bırakılmak icab ediyorsa hangisine tevdi edilmesi gerekdiği hususunda resmî vasi hâkime bitaraf, itimat edilebilen çok kıymetli malûmat verebilir. Bu malûmatın istişarî bir mahiyeti haiz olduğunu, hâkimi bağlamadığını söylemeğe, şüphesiz, lüzum yoktur. Hâkim, evlenmenin butlanına hükmedildiği zaman dahi velâyet hakkının devamı veya ademi devamı, kime tevdi edileceği hususlarında resmî vasinin tahkikat neticesinde vereceği rapordan istifade eder. (MK. 125 bakınız). Boşanma veya ayrılık hükmünden sonra yeni hadiseler (M. K. mad. 149) münasebet resmî vasiye keza ihtiyaç hissedilir. (2 a)

b) Velâyet altında bulunmayan her küçüğe bir vasi tayin olunur, (MK. 354/1). Vasi intihabında rüchan hakkı olan hısımları medeni kanun 264 üncü maddede göstermektedir. Çocuğun yakın akrabasından ibaret olan bu şahısların vasi olarak tayini, ekseri ahvalde, küçüğün şahsî bakımı ve serveti için hiç de hoş neticeler vermez. Öksüz yiğenlerini uşak gibi kullanan, cahil bırakan, yahut çocuğun ana babasından kalan bir kaç servet kırıntısını yiyip bitiren hayırlı (!) amcalara, dayılara tatbikatta ne kadar çok rastlandığını biliyoruz. İşte bu gibi şüpheli vaziyetlerde vesayeti, doğrudan doğruya bir devlet memuru sıfatını ve teminatını haiz bir *resmî vasiye* tevdi etmek çok yerinde bir hareket olacaktır.

c) Çocuğun, bedenî veya fikrî tekâmülü tehlikede bulunur veya çocuk mânen metrûk bir halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile nezdine veya müesseseye yerleştirir; bu tedbirlerin iltizam ettiği masraflar — ana baba ile çocuk tediyeden âciz iseler — devletçe tesviye olunur. Medeni kanunumuzun 273 üncü maddesinde mevcut şu hüküm, *ancak resmî vesayet teşkilâtının kurulması ve işlemesile* fiilî bir ehemmiyet iktisap edecektir. Filhakika, çocuğun bedenî veya fikrî tekâmülünün tehlikede bulunduğu veya manen metrûk kaldığı hususunda ancak resmî vasi (yani bu işi meslek ittihaz etmiş bilgili bir zat) devamlı tahkikatta bulunabilir; hâkimi, alelacele aktedilen bir celsenin kendisinde bıraktığı sathî bir kanaata göre hüküm vermekten kurtarır; edindiği doğru ve bitaraf malûmatla onu tenvir, ve hatta icabında, vak'alara daha önce muttali olması hasebile, ikaz eder.

Mamafih, RESMÎ VASİNİN rolu burada nihayet bulmaz: Ana ba-

[2 a]. Ana veya babanın başkasile evlenmesi, başka yere gitmesi, ölümü gibi bir halin tehaddüsünde *hâkim, resen* hâdisenin iktiza ettirdiği *tedbirleri ittihaz eyler*. «Fakat hâkimlerin daima passif bir mevkide bulunmaları meslekleri icabıdır. Kaldı ki teşkilâtımız bakımından hâkimin bu gibi vaziyetleri bilmesine imkân da yoktur... Fikrimce yeni tetbirlerin ittihazını icap ettiren sebeplerin asliye mahkemeleri nezdine tâyin olunacak salâhiyettar bir memur tarafından hâkime arzedilebilmeli ve bu ihtiyacı karşılamak için de adlî teşkilâtımız tevsi olunmalıdır»: E. Arsebak, medenî hukuk C. II, s. 791, not 92. İşte bu ihtiyacı karşılayacak olan, teklif ettiğimiz resmî vesayet müessesesidir.

basından alınarak bir aile veya müessese yanına yerleştirilen çocuğun vaziyeti ile kim alâkadar olacaktır? Mânen metruk çocuğun saf bir manevî hava içinde yetiştirildiğinden, fikrî ve bedenî tekâmülünün normal seyrini aldığından hâkim nasıl ve ne vasıta ile emin olacaktır? Böyle aile yanına veya müesseselere yerleştirilen çocuklar üzerinde müessir ve devamlı bir nezâret, ancak selâhiyetli, bilgili, tecrübeli ve bu gibi işleri meslek edinmiş kimseler, yani resmî vasiler, tarafından başarılabilir. Aksi takdirde, kanunu vaziinin pek yüksek duygularla koyduğu bu ileri ruhlu hükümler, ya hiç bir zaman tatbik edilememek, yahut daha fenası, kötü tatbik edilmesi tehlikesine maruzdırlar.

d) Medenî kanunumuz, biliyoruzki, velâyet hakkını ana baba lehine mevzu, roma hukukunun (Patria Potestas)ına benziyen mutlak bir hak olduğunu kabul etmeyor. Velâyet müessesesinin, çocuğun cem'iyetin ülküsüne uygun bir şekilde yetişmesine yarayan tabiî ve hukukî bir müessese gibi görüyor. O kadarki, velâyeti ifadan aciz veya mahcur olan veyahut nufuzunu ağır surette sui istimal eden veya fahiş ihmal de bulunan ana ve babadan hâkim, velâyet hakkını nezedebilir, (MK. 274/1). Hâkim, bu vakiaların mevcudiyetine her türlü delillerle kanaat edebilir. Bu arada, çocuğun yetişmesinin tetkikini meslek edinen resmî vasinin, incelemelerden sonra vereceği raporun kıymeti üzerinde bilhassa durmak lâzımdır. Meselâ kocası askerde bulunan ve başkasile metres hayatı yaşıyan bir ananın iki yaşındaki çocuğu üzerindeki velâyetinin nez'etmenin doğru olmadığını [3], çünkü velâyetin nez'inin ancak çocuğun şahsî, manevî, mamelekî menfaatları haleldar olduğu zaman caiz olacağını, vak'ada çocuğun, ahlaksız bir hayat sürmesine rağmen hiç olmazsa muayyen bir yaşa kadar kendisine iyi bakan anası yanında kalması icabettiğini, bir resmî vasinin vakıfane raporu kolayca ortaya koyabilirdi.

Velâyet ana ve babadan her ikisinden birden nez'edilirse (veya velâyetin yalnız ana ve babadan nez'i çocuğun menfaatlarını korumaya kâfi değilse [4] çocuğa bir vasi tayin olunur, (MK. 274). münasip ve ehil bir vasi bulunmadığı takdirde ve böyle bir vasi bulununcaya kadar resmî vasinin hizmetinden, tabiatile, istifade edilecektir.

[3] Bu misali tatbikattan alıyoruz: Bir mahkeme yukarıda mezkûr şartlar içinde yaşayan bir ananın ahlaksızlığını velâyetin nez'i için kâfi bir sebep addetmiştir.

[4] Kanunumuz bu son şıktan sarih olarak bahsetmeyor. Fakat bir misal alalım: Hayatını gayri meşru münasebetlere hasreden bir kadının kocasının bu vaziyeti müsamahayla karşıladığını ve kadının on dört yaşında bir kızı olduğunu farzediniz. Bu takdirde velâyet hakkının anadan nez'i icap ediyorsa, babadan dahi nez'i zarurî olacağı ve kıza bir vasi tâyin edileceği pek tabiîdir.

II — NESEBÎ GAYRÎ SAHİH ÇOCUKLARIN VE ANALARININ KORUNMASINDA RESMÎ VASİNİN ROLÜ.

Evlilik haricinde bir çocuğun tekevvünü iki çeşit mes'ele doğurur.

1 — Nesebi gayri sahih çocuğun himayesi,

2 — Anasının himayesi.

1 — Medenî kanunumuzun telekkisine göre nesebi gayri sahih çocuk, anasının babasının yanlış hareketlerinin kurbanı olması icab etmeyen; her bakımdan korunması, kurtarılması zarurî olan zaif bir şahıstır. Gayri meşru babasını aramak, babalığa hüküm istihsal etmek, hiç olmazsa, nafaka elde etmek haklarına maliktir. Bütün bu hususlarda gayri meşru çocuğun temsil hakkını anaya bırakmak bir çok sebeplerden dolayı doğru olamazdı: Tecrübe göstermiştir ki bir takım vicdansız tabiî babalar, çok kerre, tecrübesiz ve saf anaları almak vâdile aldatıyorlar, sukutu hak müddeti içinde dava açmalarına mani oluyorlar, böylece çocuğun, babasını tesbit ettirmek ve nafaka talep etme hakları ebediyyen zayi oluyordu. Sonra, böyle meşru baba ile uyuşup babalık davası açmaktan tamamen ferağat eden, yahut çocuğun aleyhine baba ile anlaşmalar yapan analar da görülüyordu. Bu sebepten kanunumuz aşağıdaki hükmü kabul etti: Mahkeme, evlilik haricinde bir doğumdan haberdar olduğu veya böyle bir gebelik ana tarafından kendisine haber verildiği takdirde, çocuğun menfaatlerini siyanet etmek üzere hemen bir kayyum tayin eder, (MK. 298). Hiç bir kimse, uzun tecrübeli, çocuk hukuku hakkındaki kanunî hükümlere ve mahkeme içtihatlarına vakıf, bitaraf ve dürüst karekterli bir resmî vasi kadar bu kayımlık hizmetinin ehli değildir. Kayyumlığa tayin olunur olunmaz, resmî vasi, gayri meşru baba nezdinde nafaka, tanıma, evlenme ve saire... hususlarında icabeden teşebbüslerde bulunacak ve vakit geçirmeden babalık davasını açacaktır.

Resmî vasinin rolü gayri meşru çocuğun kayyumluğunu deruh'te etmekle bitmez. Filhakika babalık davası bittiği veya ikamesi için muayyen müddet geçtiği takdirde çocuğun ana veya babanın velâyeti altında bırakılmasını faideli görmezse hâkim, kayyum yerine bir vasi tayin eder. Kayyımlık vazifesini muvaffakiyetle başaran resmî vasinin, vasi alarak ibkası (münasip ve hususî bir vasi yoksa) en kısa ve emin yol olacaktır.

2 — Gayri meşru çocuk doğuran kadının himayesi: Evlililik haricinde gebe kalan bir kadın muhtelif yönlerden himayeye muhtaçtır.

a) *Sıhhî bakımdan:* gebelik kadının içinde bulunduğu normal bedenî ve ruhî şartları değiştirir. Bilhassa doğuma yakın zamanlarl

doğumda ve doğumdan sonraki haftalar zarfında, kadın sağlık bakımından en büyük ihtimama muhtaçtır.

b) *İktisadî bakımdan:* evlilik haricinde çocuk doğuran kadın, yüzde doksan, cem'iyetin fakir, hatta çok fakir ancak elinin emeğile hayatını kazanan kısmına mensuptur. Bu kadın umumiyetle gebelik ve doğum yüzünden calışamıyacek, işinden gücünden olacak, perişan bir vaziyete düşecektir. Doğum için icabeden masrafları yapması, kendisinin ve çocuğunun hukukunu muhafaza için gayri meşru babayı dava etmesi; namuslu, vicdanlı ye bu mes'elelerde ihtisası olan bir avukatın yardımına mazhar olması ihtimali pek az olduğu gibi halâ kendisini alacağından bahseden gayri meşru babanın vaidlerine inanarak istikbal hususunda hayal içinde oyaladması da pek mümkündür. [5] Babalık davasında, ve umumiyetle (Nesebi gayri sahih çocuk hukuku) ndan ihtisas kazanmış, vicdanlı, tecrübeli ve hizmetini meccanen arzeden, gayri meşru babayı dava yoslu ile takip ederek hukukî vaz'iyete bir istikrar veren resmî bir vasinin ne hayırlı bir rol oynıyacağını tasavvur etmek kolaydır. Resmı vasi, evlilik haricinde bir doğurmanın verdiği utanma içinde kıvranan, cem'iyet tarafından damgalanmış bulunan ananın ailesi, patronu nezdinde icap teşebbüslerde bulunur. Cem'iyet dışına atılmak, iş bulamamak yüzünden ahlâkan düşmesi mümkün olan bu kadının nasihatlarile, delâletlirile kurtarmağa çalışır.

Gayri meşru çocuk ve anasını himaye eden bir uzuv olarak kendisini gösteren resmî vasinin, bu yoldaki çalışmalarında ÇOCUK ESİRGEME KURUMU, YARDIM SEVENLNR CEM'İYETİ gibi hayır müesseselerimizle ve sağlık bakanlığının bu husus için ayıracağı elemanlarla iş birliği etmesi gayet tabiî ve zarurî bir mes'eledir. Adı geçe büyük hayır müesseselerimizin iyi kalpli ve aydın kadın âzâsı gayri meşru çocukların ve analarının korunmasında, resmî vasinin yanında mühim bir yardım payını üzerine alabilirler, diye düşünüyoruz.

III — Müessir ve münasip müdahalelerile resmî vasi' gayri meşru çocuğun anasile babası arasındaki EVLENMELERİ mümkün kılabilir. Filhakika, tecrübesinin, vereceği nasihatların, nihayet unvanının tesirile resmî vasi, babalık davası açılmasına lüzum kalmadan iki taraf arasında bir anlaşma hususu bünü temin edebilir.

IV — Bu gün gayri meşru çocukların hukukî vaz'iyetlerini tanzim eden kanun hükümleri, Hukuk ilmi ve mahkeme içtihatlarının vus'atı, incelikleri o dereceye vasıl olmuşturki ancak bu mes'eleler-

[5] — Bu münasebetle, Victor Hugo'nun (Sefiller) adlı eserinde ölmez kıldığı Fantina adlı betbaht kadını hatırlamamak mümkün mü ?

le uğraşmağı meslek edinen kimseler tarafından lâyıkile kavranabilirler. Resmî vasiler, bu bilgi, tecrübe ve ihtisas şartlarını tamamile nefislerinde cem ederler. İlâve edelimki iyi avukatlar, hukuktaki bilgileri ne olursa olsun resmî vesinin yerlerini tutamazlar. Çünki onların mahkeme haricinde tabiî baba ile uzun uzun temas edip bir anlaşmaya varmağa ne vakit, ne de tahammülleri müsaittir.

V — Nezareti altına konan çocuklarla yakından alâkadar olan, onların temayüllerini sezen ve kontrol eden tecrübeli resmî vasi, MESLEKÎ TERBİYE işlerinin düzelmesinde hayırlı bir rol oynayabilir. Meselâ, el işlerine; marangozluğa, elektrikçiliğe meraklı küçüklerin, memleketimizde taze bir mevzu olarak işlenmekte olan teknik öğretim okullarına girmesini temin etmek gibi...

VI — Genç suçluların çoğu manen ve madden terk edilmiş, kötü terbiye almış, yahut öksüz ve kimsesiz kalmış çocuklardır. Çok müşfik ve sadık, icabına göre hareket etmesini bilen, alelade bir bürokrat zihniyeti taşımaktan uzak bulunan bir resmî vasinin bunlarla meşgul olması onları icabeden yerlere yerleştirmesi GENÇLER TARAFINDAN İŞLENEN SUÇLARIN azalmasına, hatta önlenmesine yarar. Şu noktaya de işaret edelimki çocuk mahkemelerinde (bu çeşit mahkemelerin ehemmiyeti ve lüzumu hakkında memleketimizde yapılan neşriyatı biliyoruz) resmî vasinin vücudundan bir çok hususlarda istifade ediledilir. Ezcümle, nezaret altında bulunmak şartile serbest bırakılan küçük suçluların üzerinde icabeden nezareti ifa vazifesi pek alâ resmî vasiye yükletilebilir.

VII — İyi seçilen, vazifesinin gayesini idrak eden resmî vasi, aldığı ihtimamkâr tedbirle *çocuklarda ölümün* azalmasına hizmet etmiş olur.

VIII — Mühim bir kısmı gizli kaldığı için mikdarını kat'iyetle bilmek imkânı olmayan ÇOCUK DÜŞÜRME VAK'ALARI, Nesebi gayri sahih çocuğu ve anasını koruyan, haklarının ve mümkün olduğu kadar, insanlık haklarının temin edileceği hissini veren resmî vesayet müessesesinin kuruluşundan ve faaliyetile kendisini tanıtmasından sonra herhalde azalacaktır, diye düşünmekde fazla bir nikbinlik olmaz, sanıyoruz.

Yukarıda hulâsaatan arzedilen hususlarla resmî vesayet müessesesinin içtimaî, hukukî ve cezaî bakımlardan ehemmiyetini yetesiye ortaya koyduğumuzu sanıyoruz. Bu müessese hakkında kanunumuzun ne gibi hükümler koyduğunu anlamak isteyince derin bir

sükût ile karşılaşıyoruz, [6] Filhakika, aslı olan İsviçre medenî kanunu gibi, medenî kanunumuz resmî vesayet müessesesini derpiş etmiş değildir. Fakat, iptidaî ve çiftci kantonlar müstesna, bu gün İsviçre'de hemen her kantonda - kantonların teşkilâtı mehakim ve usulü muhakeme sahasında kanun koyma hakkına istinaden ve medenî kanunun mer'iyetine müteallik kanunlar kanalile kurulan -- resmî vesayet müessesesi tatbikat sahasında pek mühim bir rol oynamakta iken, memleketimizde bu yolda hiç bir harekete şahit olmuş değiliz. Filvaki, medenî kanunun velâyet, vesayet, veraset hakkındaki hükümlerinin sureti tatbikine dair 1934 yılında bir nizamname neşredildiğini biliyoruz. Lâkin bu nizamname, itiraf edelimki, sadece velâyet, vesayet, veraset işlerinde tutulması gereken defterleri tanzim suretile pek mahdut bir sahaya tealluk etmektedir. Esasen, zannımıza göre, resmî vesayet teşkîlâtını memleketimize doğrudan doğruya bir nizamname kanalile ithale hukukî imkân da yoktur. Filhakika teşkilâtı esasiye kanunumuzun 52 inci maddesine göre ancak kanunların tatbik suretlerini göstermek veyahut kanunnn emrettiği hususları tesbit için, yeni hükümler koymamak şartile bir nizamname yapılabilir. Şu halde memleketimize ithali takarrür ettiği takdirde medenî kanunumuzun vasi tayinine dair 364 üncü maddesine, resmî vesayet teşkilâtının hususî bir nizamname ile tanzim edileceğine dair bir fıkra ilâve etmek, yahut hususî bir kanunla mezkûr müesseseyi kurmak gerekecektir. Müessesenin mahiyet ve şümulü göz önüne alınırsa bu hususta devlet daireleri ve bilhassa Maarif, Adliye, Sıhhiye Vekâletleri arasında sıkı bir iş birliği zarureti de meydana çıkacaktır. Bu müeseseyi daha önce kabul ve tatbik etmiş olan memleketlerde cari hükümler nelerdir, şimdi mevzuumuzun bu ikinci ve tasvirî kısmına geçelim.

B. İSVİÇRE VE ALMANYA' DA RESMÎ VESAYET

AA — İsviçrede resmî vesayet.

[6] Bu münasebetle işaret edelimki medenî kanunumuzun sâkit olduğu hususlar hayli çoktur. Bunun sebebi şudur: İsviçre MK. alınırken kantonlara muayyen hususları hâl için teşriî selâhiyet veren maddeler tercüme edilmemiştir. Bu hususların ayrı kanun veya nizamnamelerle halli de derpiş edilmediğinden kanunumuzun boşluklar, müphemiyetler ihtiva etmektedir. Meselâ hacirde selâhiyetli makam ve tâkip edilecek usulü muhakeme hakkında kanuuumuzda umumî ve sarih bir hüküm bulunmaması yüzünden sulh mahkemesi tarafından verilen hacir kararına karşı asliye mahkemesine müracaat mümkün olup olmadığı mes'elesinde fikir ve içtihat ihtilâfları doğmaktadır. Halbuki İsviçre medenî kanunu bu hususların tanzimini kantonlara bırakmıştır. ve kanton kanunları bu me'seleleri halletmiştir. (İ. M. K. 373) 18/3/914 tarihli Federal mahkeme sikulerine bakınız.)

1 — İsviçrede bu müessesenin tarihçisi [7]:

Prof. Eugen Huber, İsviçre M. K. projesinin yazdığı ve Mutahassıslar komisyonu bu projeyi müzakere ettiği sıralarda resmî vesayet İsviçrede henuz bilinmiyor, daha dorusu pek tanılıyordu. Eğer böyle olmasa idi, yaptığı kanunu çocuk ve bilhassa gayri meşru çocuğu korunması bakımından en mükemmel bir eser haline getiren Huber, bu mes'leye İsviçre medenî kanununda lâyık olduğu ehemmiyeti ve yeri vermekten, şüphesiz, geri kalmazdı. Bu tarihte Leipzig'de Doktor Taube, vesayet altına alınacak çocuklar ve bilhassa gayri meşru çocuklar üzeride resmî vesayet tesisi hususundaki gayretlerine yeni başlamış bulunuyordu. Mamafih, İsviçre medenî kanununun parlementoda müzakeresi esnasında vekil Dr. Brenner, bir meb'usun sualine karşı, kantonların medenî kanunun tatbikine müteallik kanunlarda resmî vesayet müesse sine yer vermekte temamile serbest olduklarını beyan etmiştir. İsviçre M. K. 1907 tarihinde kabul edildi. Kantonların tatbikat kanun larile aynı zamanda 1912 de mer'iyet mevkiine girdi. Fakat daha 1908 de İsviçrede çocukların himayesi yolunda büyük bir hareket kendisini göstermişti. İsviçrenin en büyük hayır cemiyetlerinin murahhaslarından müteşekkil büyük hususî komisyon (bu komisyonu Prof. Egger ve Dr. Silbernagel,de hukukçu aza sıfatile dahil bulunuyorlardı.) kantonlara, çocuk himayesi sahasında bir çok islâhattan başka gayri meşru, fakir, pansiyona yerleştirilmiş ve kendisine münasip vasi bulnamayan çocuklar için bir resmî vesayet müessesesini ihdasını teklif etti. Bu teklif rağbete mazhar oldu. Bir çok kantonlar kendi tatbikat kanunlarında bu müesseseye yer verdiler. Daha 1909 yılında Bâle-Ville kantonu resmî ve meslekî vesayeti kabul etmiş bulunyordu. Bu gün bir kaç kanton müstesna, bütün İsviçre'de resmî ve meslekî vesayet müessesesine kabul edildiğini görüyoruz.Bu hususta en yeni adımı Fribourg kantonu atmıştır. Bu kantonunun umumî vasilik (yani resmî vesâyet) teşkilâtın, henüz kurulma devesinde olduğu için mahallinde bulunmamıza rağmen, fazla tetkik etmek fırsatını bulamadık.

Bu münasebetle derhal kayıt edeceğimiz nokta şudur: Resmî vesayet her kanton tarafından kabul edilmekle beraber bu müessesenin teşkilâtı kantondan kantona değişmektedir. Bunun sebebi, kantonlar vesayet teşkilâtının, İsviçre medenî K. nun bu hususta verdiği selâhiyete dayanarak, kantonlar tarafından başka başka tanzim edilmiş olmasıdır: Fransızça konuşulan kantonlarda vesayet makamı

[7] İsviçrede resmî vesayete müteallik Bibliyoğrafya için şu esere bakınız. Silbernagel: Verwandschaftrecht. 2 Auf. 311 inci madde.

(bizdeki sulh mahkemesine tekabul eden müessesedir.) Adlî mahiyeti muhafaza etmektedir.

Fribourg ve Vaud kantonlarında sulh hâkimi ve asesörler; Cenevre'de, sulh hâkimlerinden müteşekkil vesayet meclisi; Nöşatelde kaza mahkemesi reisi ve asasörlerin vesayet makamı vazifesini görmektedir. Murakabe makamı (bizde asliye mahkemesine tekabul eden müessese) vazifesini Nöşatel ve Vaud kantonlarında kanton mahkemesi görmektedir. Les Grisons ve Le Valais kantonları yarı adlî, yarı idarî bir vesayet sistemine sahiptirler. Almaca konuşulan bütün kantonlarla Tessin vesayet makamı ve vesayet murakabe makamı vazifeleri idarî makamlara tevdi edilmiştir.

II — İsviçrede resmî vesayetin hukukî mahiyeti:

Her şeyden önce, vesayet nedir? Vesayet, medenî hakları istimale ehil olmayan (küçük veya mahcur) ve velâyet altında bulunmayan kimselerin şahsî ve mamelekî menfaatlarını korunması ve temsilleri için devlet tarafından tanzim olunan bir muavenet müessesidir. Bu dar tarife, kayyımlık mefhumunu da ilâve edersek, geniş manada vesayet mefhumunu da tarif etmiş oluruz.

Fakat resmî vesayet nedir? Başka tabirle, resmî veya meslekî vasinin alelâde vasiden ayrı hukukî bir vaziyeti mevcutmu dur? Hayır. İzâh edelim: Kantonlar, muayyen bazı hallerde, kandisine, bir vasi veya kayyım tayin edilmesi gereken şahsa her hangi bir kimseyi vasi veya kayyım olarak tayin edeceklerine, vesayet ve kayyimlığı bu işlerde ihtisası olan bir memura tevdi edebilirler. İşte bu memura RESMÎ VASİ [8] meslekî vasi [9] Veya UMUMÎ VASİ [10] adı verilmektedir. Medenî hukuk bakımından resmî vasi ile alelâde vasi veya kayyımın vaz'iyetleri arasında hiç bir fark yoktur; Yani aynı haklara ve borçlara maliktir. Resmî vasiyi, alelâde vasi veya kayyımdan ayıran nokta, kendisinin sırf icabında vesayet ve kayyım işlerile tavzif edilmek üzere Devlet tarafından tayin edilmiş bir MEMUR olmasıdır. Bununla beraber, resmî vasi medenî kununun anladığı manada bir *vesayet dairesi* değildir. Çünki İsviçre medenî kanunu, vesayet dairelerinin vesayet makamı [11] (bizde sulh mahkemesi) murakabe makamından [12] (bizde asliye mahkemesi) ibaret olduğunu tasrih etmiştir. Nihayet, şunuda ilâve edelim ki İsviçre hu-

[8] Amtsvormund
[9] Berufsvormund
[10] Tuteur général
[11] L'autorité tutélaire; die Vormundschaftsbeaörde
[12] L' autorité de surveillanc; Aufsichtsbörde

kuku Alman hukukunun hilâfına olarak, resmî vasinin kanundan doğan selâhiyetle — yani ayrıca hâkim tarafından tayin edilmeğe hacet kalmaksızın — vasi veya kayyım sıfatını ihraz edeceğini kabul etmemişti. Vesayet daireleri her münferit hadisede, resmî vasiyi usulüne tevfikan vasi veya kayyım olarak tayin etmek mecburiyetindedir.

Resmî vesayet teşkilâtının her kantona göre değişmesi, ancak muayyen ve en mühim kantonların teşkilâtını kısaca tetkik etmeğe bizi mecbur bırakıyor.

III — Cenevre'de resmî vesayet teşkilât:

Cenevre kantonunda 2 Temmuz 1937 tarihli bir kanunla çocukların ve gençlerin bedenî ve manevî sıhhatlarını korumak ve sureti umumiyede, inkişaf etmesine yardım etmek gayesini güden bir (çocuk ofisi) kuruldu. Bu ofis, ailelerin hususî veya resmî müesseselerin bu yoldaki gayretlerini tanzim eder ve bu çeşit çalışmalara hız verir. Bu sahaya temas eden vazifelerinde adlî makamlara yardım eder.

Çocuk ofisi, geniş ve sosyal bakımdan pek ehemmiyetli teşekkül olup altı kola ayrılmıştır:

1 — Okullar hekimliği kolu
2 — Okullar müşahede kolu
3 — Okullar sosyal yardım kolu
4 — Meslekî yön verme ve çıraklık işleri kolu
5 — Küçükleri koruma kolu
6 — Umumî vasiyet kolu

Çocuk ofisi, kanton Maarif Vekâletine bağlıdır. Lâkin isviçre medeni kanunun tatbikinden mütevellit faaliyetleri esnasında küçükleri koruma ve umumî vasilik kolları, aynı zamanda, vesayet dairelerine tâbidirler.

Ofis memurları hükûmet tarafından tayin olunur. Küçükleri koruma kolu şefi ve umumî vasi (resmî vasi), vesayet makamının mütalâası alındıktan sonra tayin olunurlar. Ofisin verimli bir şekilde çalışabilmesini temin için ana baba ve çocukların ofis kollarının davetlerine icabetmesi ceza tehdidi altında emredilmektedir. Umumiyetle, ofisin gayesine varmak için ibraz ettiği faaliyete engel olmak cezayı muciptir.

Vazifeleri bakımından küçüklerin vaz'iyeti ile meşgul olan resmî daire, tıbbî sırra riayet kaidesi mahfuz kalmak şartile, çocuk koruma ofisinden geregen faydalı malûmatı alırlar. Hatta, ofis bu malûmatı resen de verebilir, verilen malûmatın ifşası caiz değildir.

Ofis tarafından tutulan dosyalar ancak bir dava esnasında ve talebi üzerine hâkime ibraz edilebilir. Çocuğun menfaatlarını korumak için aleyhine bir tetbir ittihaz edilen veli de (meselâ çocuğun bir pansiyona yerleştirilmesi, velâyetin nez'i gibi hallerde) ofisin topladığı malûmatın kendisine tebliğini isteyebilir.

Çocuk koruma ofisinin altı kolu vardır. Ayrıca birde (ÇOCUK OFİSİ İSTİŞARE KOMİSYONU) vardır. Bu kolların teşekkül sebeplerine ve vazifelerine bir kaç kelime ile temas etmek faydalı olacaktır:

1 — UMUMİ VASILIK (Resmi vesayet):

A — Vazifeleri:

a) Vasi ve kayyım tayinine müteallik kanun hükümlerinin tatbik hususunda vesayet makamının [13] işini kolaylaşıtırır.

b) Vasi veya kayyım tayinini mucip, fakat medeni kanununun 380 ve 381 inci maddeleri (bizde 364 ve 365 inci maddeler) kabili tatbik olmayan hallerde resmî vasi, vasi veya kayyım olarak tayin olunabilir.

c) Çocuk ceza mahkemesi [14] bir küçüğü nezaret altında bulunmak üzere serbest bıraktığı hallerde bu mahkemeye yardım etmek üzere tayin olunabilir.

d) Mahkeme kararile anasının babasının yanından alınan çocukların muhafazasını der'uhte eder. Çocuğun ana ve babasının yanından alınmasına veya velâyetin nez'ine müteallik ve kaziyei muhkeme halini almış kararın icrasını her hangi bir sebeple tehir etmeyi muvafık bulduğu takdirde, umumî vesayet makamının tasvibini istihsal etmelidir.

Umumî vasi, medeni K. nun 383 maddesinin 1,3,4 üncü maddelerinde (bizde 367 inci madde) derpiş edilen mazaret sebeplerini ileri süremez.

Resmî vasinin mes'uliyeti, idarî kaideler mahfuz kalmak şartile, medenî kanun hükümlerine tabidir.

B — Teşkilâtı: Umumî vasilik kolu, bir umumi vasi [15], bir müfettiş, bir kadın müfettiş ile kâfi miktarda kâtip ve saireden müteşekkildir. (ÇOCUK OFİSİ hakkındaki kanunun tatbik suretine müteallik ve 5/1/938 tarihli nizamnamenin 50 inci maddesine bakınız).

[13] L' autorité tutélaire (yani bizde vesayet işlerinde sulh mahkemesi vazifesini gören makam).

[14] Chambre pénale de l'enfance.

[15] Cenevrede tahsilde bulunduğumuz sırada malûmat almak için kendisini ziyaret ettiğimiz umumî vasi ilk mektep müfettişi vazifesini görmekte iken yeni vazifesine tayin edildiğini, resmî vasi olmak için daima hukukçu aramağa lüzum olmadığını söylemişti.

Vesayeti altında bulunan çocukların bir müesseseye yerleştirilmesi ve terbiyesi masrafları için ana babaları tarafından yapılan tediyat kâfi gelmezse, umumî vasi bu hususta selâhiyetli içtimaî yardım makamına baş vurur. Mevzubahis olan çocuk, Cenevre tabiiyetinde ise Hospice général'ın yardımı istenir. Başka kantondan olan İsviçrelilerin veya yabancıların içtimaî muavenet işlerile uğraşan makamları, kendilerine mensup küçüğün bakımı için gereken yardımı yapmazlarsa, bu küçüğün kanton veya memleketine geri yollanması hususunda umumî vasi, Adliye ve polis Vekâletine muracaat eder.

2 — OKULLAR HEKİMLİĞİ KOLU

A — Vazifesi: Okullarda sağlık bakımı ile ve okurların sıhhatını ilgilendiren bütün mes'elelerle meşgul olur. İlk mektep okurlarında diş sağlık bilgisinin gelişmesine ve okurlarda diş çürümesinin önünü alacak tedavilerde bulunmak gayesini güden (okullar diş kilinigi), hekimlik kolunun bir şubesidir.

B — Teşkilât :

Okullar hekimliği kolunda bir baş hekim, mutahassıs hekimler, ve hükûmetin tayin ettiği teftiş bölgelerinde çalışan müfettiş hekimler, okul hasta bakıcıları bulunur.

3 — *Okullar müşahede kolu:* Karakter veya zekâlarındaki teşevvüşler sebebile yahut aile hayat şartları bakımından inkişafları köstekleнmiş olan ve dersleri istifade ile takip etmeyen okurlarla meşgul olur.

4 — *Okullar sosyal yardım kolu:* gayri kâfi maddî şartlar içinde bulunan mektep çocuklarını korumağa çalışır. Cılız çocukları, sıhhatları için lüzumlu tebdil hava ve tedavi yerlerine gönderir. Fakir çocuklara elbise temin etmek, mektebe mecburî devam çağında bulunan çocukların istihdamı hakkında kanunun tatbikine nezaretle mükelleftir. Mektep mutbakları, açık hava mektepleri, tatil kolonileri gibi sosyal faaliyetleri tanzim eder.

5 — *Meslekî yön verme ve çıraklık işleri kolu:* Rasyonal bir şekilde bir sanaat ve meslek seçmek hususunda ana babalara ve devlet okulları talebelerine gerekli öğütler verir; gençlerin iş bulmasına yardım eder. (Meslek terbiyesi) ne [16], müteallik federal kanunla, çırak olmayan küçüklerin çalışmasını koruma ve mesleki yetişmeye mütedair kanton kanunlarının tatbikine nezaret eder. Bilhassa çırakların nazarî ve amelî meslek tahsilini mürakebe eder.

6 — *Küçükleri koruma kolu:* Küçükler üzerinde umumî bir nezareti haizdir; çocuklar ve gençleri korumak için gerekli bütün ted-

[16] Formation prfessionnelle

birleri alır. Polis makamları icabında, küçükleri koruma koluna yardımla mükelleftirler. Çocukları korumağa müteallik kanun hükümlerinin tatbiki esnasında vesayet dairelerine ve hukuk mahkemelerine yardım eder. Adlî ve idarî makamlar tarafından küçükler hakkında ittihaz edilen kararların tatbikine iştirâk eder. 15 yaşından aşağı çocukların ana babalarının veya büyük ana babalarının evinden dışarda otuz günden fazla süren ikâmetlerine, icabında, mümanaat eder.

ÇOCUK OFİSİ İSTİŞARE KOMİSYONU

A — Vazifeleri: Muhtelif çocuk mes'elelerine ait umumî davaları tetkik etmek ve ofisin muhtelif kolları arasındaki rabıtayı temin etmek gayesini güder. Zaman zaman kanton Maarif Vekilinin veya murahhasının reisliği altında toplanır.

B — Teşkilâtı: Komisyon şu kimselerden müteşekkildir. a) çocuk ofisi kol başıları, b) vesayet mahkemesi reisi, c) çocuk mahkemesi reisi, d) ilk öğretim müdürü, e) Cenevre belediye idare azasında bir kimse, f) çocukları koruma işlerile uğraşan iki hususî hayır müessesinden hükûmetce seçilen iki aza. [17]

RESMÎ ÇOCUK TESİSİ: (ÇOCUK OFİSİ) nin istenilen verimle çalışmasını temin için, 2 Temmuz 1937 tarihli bir kanun, çocukları, bilhassa terbiyevî sebebler (karakter teşevvüşleri, kötü muhit) yüzünden aileleri yanında yetiştirilmeyen çocukları alıp onları misafir etmek gayesini güden ve müstakil hükmî şahsiyeti haiz bir (RESMÎ ÇOCUK TESİSİ) meydana getirir. Varidatı, kanton devlet bütçesine konan tahsisat, hususî teberrüler ve kendisine devredilen emlâkin gelirinden ibaret olan bu tesis, gayesi tahakkuk ettirme yolunda sahip olduğu müesseseleri resmî makamların, ve mümkün olduğu takdirde, hususî şahısların emrine amade bulundurur.

IV — *Bâle - Ville kantonunda resmî vesayet*

Diğer hususî müesseselerle de iş birliği ederek Bâle–Ville kantonundaki bütün çocuk koruma işlerinin resmî merkezi olan vesayet dairesi bir reis, dört muavin, dört kâtipten müteşekkildir. Vesayet meclisi, vesayet dairesi reisinin başkanlığı altında toplanır. Bu meclise bir hekim, bir pedagok, bir hukukçu, bir tacir dahildir. Vesayet dairesi bir reis, dört muavin, dört kâtipten müteşekkildir. Vesayet meclisn vesayet dairesi reisinin başkanlığı altında toplanır. Bu meclise bir hekim, bir pedagok, bir hukukcu, bir tacir dahildir. Vesayet meclisi; diğer vazifelerinden maada çocuk mahkemesi işini de görür. Kâtiplerden

[17] Là Fondation officielle de l'enfance.

iki erkek, bir kadın resen resmî vasi sıfatını haizdir. Resmî vasilerden ikisi münhasıran babalık davası ve nafaka işlerinin tanzim ve hallile uğraşır. Ana veya babalarının velâyeti altına konmayan veya kendilerine münfeiit bir hususî bir vasi tayin edilmeyen gayri meşru çocuklar, ipso facto, resmî vasinin vesayeti altına geçerler.

Gayri meşru çocuğa ait nafaka mes'elesi hal edildikten sonra, hâkim çocuğu ana veya babanın tahtı velâyetine tevdi etmeği münasip görmezse, o ana kadar kayyım vazifesini gören resmî vasi, doğrudan doğruya vasi sıfatı verilir.

Bâle — Ville kantonunda resmî vasi yalnız gayri meşru çocuklarla uğraşmaz. Filhakika, kendilerine bir kayyım veya bir vası tayini icabeden nesebi sahih çocuklar (kimsesiz öksüzler, ana ve babasından velâyet hakkı nez'edilmiş çocuklar) için münasip ve ehil bir kayyım veya vasi bulunmazsa, resmî vasi bu vazifelere tayin olunur.

Bâle şehri birinci reisi vasisnin verdiği rapordaki bazı noksanları resmî vesayet müessesesinin hayırlı faaliyetine bir misal olarak zikrediyoruz: 1930 yılında kayyımlık altında bulunan gayri meşru çocukların sayısı 277, mezkûr yıl içinde yeniden kayyımlık altına konanların miktarı 154 idi. Bu yıl içinde bu çocuklardan 165 inin vaz'iyeti aşağıdaki tarzlarda halledilmişti: Resmî vasinin müessir müdahalelerile 64 çocuğun vaz'iyeti dava açmadan halledilmiştir. 21 çocuğu babaları resmen tanıdı. 32 davadan 20 si kazanılmış, beşi sulh yolu ile halledilmiştir; beş çoçuğun ana babalarının sonradan evlenmelerile nesebi tashih edilmiştir.

V – ZÜRİCH KATONUNDA RESMÎ VESAYET:

1917 yılında (Zürich kantonu gençlik ofisi) [18] ihdas edildi. Bu ofis, küçüklerle alâkadar cezaî ve hukukî mes'lelerde değerli işler görmektedir. Gençliğe yardım için kurulmuş hususî mahiyette teşekküllerin merkezi olduğu gibi devlet tarafından muavenete mazhar olan ve gençliğe yardım gayesini güden müesseselere de nezaret eder. Bu ofisinin kazalardaki teşkilâtı GENÇLİK KOMİSYONU adını alır. Ayrıca tali komiteleri ihtiva eden bu komisyonlar, kazalarda çocuk koruma işlerinin merkezini teşkil ederler.

GENÇLİK OFİSİNİN mühim vazifelerinden birisi, resmî vesayet teşkilâtile iş birliği etmektir.

Zürich şehri için kabul edilen 1928 tarihli wohlfahtrmt kanunu

[18] Jugendamt

resmî vesayet müessesesini, asistanlar ve davaları takip etmek için bir hukukçu mümessil tayin etmek suretile takviye etmiştir.

Zürich belediye meclisinin 1930 yıllık raporuna göre mezkûr şehirde mevcut 9 resmî ve meslekî vasi, sadece gayri meşru çocuğun menfaatlerini korumakla kalmamışlar, bilhassa gebelik devresinde, ananın menfaatlarile de meşgul olmuşlardır. Ananın, tabiî babayı hukukan takibini mümkün kıldıkları gibi sıhhî, ahlâkî bakımdan kendisine yrrdım etmişler, öğütler vermişlerdir. Nüfus dairesi tarafından derhal gayri meşru çocukların doğumundan haberdar edilen resmî vesayet dairesi dava veya uzlaşma yolu ile % 79 nisbetinde gayri meşru çocukların babalarını tesbite muvaffak olmnştur. 299 vak'adan 66 sında dava yolu ile tabiî babayı takip zarureti hasıl olmuş, resmî vesayet teşkilâtının daimî mümessili olan tecrübeli bir hukukcu tarafından takip edilen bu davalarının % 79 kazanılmıştır. Resmî vesayet müessesinin hukukcu mümessili yalınız babalık davasında değil, boşanma ve ayrılık davalarında, medeni kanunun 319 uncu maddesine göre nafaka ile mükellef kimselerin takibin de, nihayet, küçükleri alâkadar eden ceza davalarında resmî vesayet altındakî çocuğun hukukunu temsil ile mükelleftir. Bir pansiyona veya messeseye yerleştirilmiş çocukları ziyaret ederken resmî vasiye bir kadın yardımcısının refakat ettiğini, bu çeşit kadın yardımcılarının sayısının 11 olduğunu, en güç saatlerinde genç anaların yardımlarına koştuklarını ailleri, patronları nezdinde genç ana için iş aradıklarını, yaşama ve hem namuslu yaşama cesaretini aşıladıklarını biliyoruz.

Zürich şehri gençlik ofisinin bir şubesi de, bir hekim marifetile pansiyona yerleştirilmiş çocuklara nezaret eder.

BB – ALMANYA'DA RESMÎ VESAYET [19]

Alman medenî K. nun sureti mer'iyetine dair kanunun 136 ıncı maddesini ilga eden 1923 tarihli Gençliği koruma kanunu (Jugendwohlfahrt sgesetz) resmî vesayete müteallik aşağıdaki hükümleri ihtiva etmektedir:

Gençlik ofisleri ki (bu kanunu 8 inci ve müteakip paragraflarına göre komün veya komünler birlikleri tarafından kurulurlar) bir çok ahvalde resmî vesayeti haizdir. Bu ofisler, vesayetten mütevellit vazifelerin istimalini aza veya memurlarından bazılarına devir ve tahmil edebilirler. Bu devir ve tahmilin şümulü nisbetinde mezkûr aza veya memurlar vesayet altına alınan çocuğu kanunen temsil

[19] Almanyada resmî vesayete müteallik bibliyografi için şu esere müracaat olunabilir: Enneccerus - Kilpp — Wolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, vierten Bd. 1931. Marburg.

etmeğe selâhiyetlidirler. Lâkin bu takdirde ofis yine vasi sıfatını muhafaza eder.

2 — Kanunî resmî (Gesetzliche Amtsvormundschaft).

a) Nesebi gayri sahih bir çocuğun doğumunda, doğum yerindeki gençlik ofisi doğrudan doğruya vesayeti iktisap eder, (35/1), Nizasız kazaya müteallik kanunun 48 inci maddesine göre, nesebi gayri sahih bir çocuğun doğumu hakkında vesayet mahkemesine yapılması icabeden ihbarı nüfus memuru, gençlik ofisine yollar. Bu ihbarnamenin gayri meşru çocuğun veya ailesinin dini ve mezhebi hakkında bir tebliğ ilâve edilmelidir. Gençlik ofis, vakit geçirmeden, doğum ihbarnamesini vesayet mahkemesine ulaştırarak vesayetin başladığına haber vermeğe mecburdur, (m. 36) Vesayet mahkemesi vakit geçirmeden, vesayetin başladığına dair gençlik ofisine bir vesika vermekle mükelleftir; vesayetin hitamında bu vesika geri verilir, (m. 37). Bu vesika, alelade vasi tayinini tazammun ve tesbit eden belgenin yerini tutar; alenen yemin ederek teahhütte bulunan merasimi cereyan etmez. Selâhiyetli vesayet mahkemesi müdahele edinceye kadar doğum yerindeki bidayet mahkemesi, vesayete müteallik gerekli tedbirleri almakla mükelleftir, (m. 35 2).

b) Vesayet altındaki çocuğun menfaatı icabettiği takdirde vesayeti ifa etmekte olan gençlik ofisi vesayeti, bir başka mahal gençlik ofisinin der'uhte etmesini talep etmekle mükelleftir. Bu yoldaki bir talep, başka bir mahal gençlik ofisi veya vesayet altındaki çocuğun anası veya çocuğun haklı bir menfaatini dermeyan eden her hangi bir kimse tarafından yapılabilir. Vesayet vazifesini bırakan ofis, vakıt kayıp etmeden, intikal keyfiyetini vesayet mahkemesine bildirilir. Böyle bir talebin reddi aleyhine vesayet mahkemesine müracaat olunabilir, (m. 39).

c) Resmî vesayet, alelade vesayete nazaran, aşağıdaki hususiyetleri haizdir:

aa) Mukabil vasi tayinine lüzum yoktur, (m. 33/1).

bb) Resmî vasi, Alman medenî kanunun 1852 — 1854 üncü maddelerinde yazılı muafiyetlerden istifade eder, (33/1). Ezcümle, mukabil vasinin tavsvibi olmaksızın vesayet altındaki küçüğe ait alacaklar, kıymetli evrak üzerinde vasinin tasarruf edemiyeceğine, vazifesinin devamı esnasında hesap vereceğine .....dair kayıtlar resmî vasi hakkında tatbik olunmaz.

cc) Alman medenî K.nun bir çok hükümleri resmî vasiye kabili

[18.] Amtsgericht.

tatbik değildir. Ezcümle ehil olduğu halde vesayeti kabulden istinkâf edenlere müteallik cezaî hükümler (Amk: 1788), vasi ile vesayet altındaki küçüğün mezhepleri ayrı olduğu takdirde küçüğün mezhebî terbiyesi için bir kayyım tayin edileceğine mütedair 1801 inci madde hükümleri gibi.

dd) Cençlik ofisi, vesayetin ifası münasebetile yaptığı masrafları tahsil eder; fakat umumî idare masraflarını talep edemez, (m.32-2).

ee) Resmî vasi, çocuğun bir aile veya müesseese yanına yerleştireceği zaman, küçüğün veya ailesinin mezhebini ve cihan telâkkisini nazarı itibhra almakla mükelleftir, (m.33-3).

ff) Land kanunları, Alman medenî kanununun, vesayet mahkemesinin mamelek hukukuna mütedair nezaret hakkına teallûk eden hükümlerinin resmî vasiye tatbik edilemeyeceğini emredebilirler. Vesayet mahkemesi tarafından hesabı kat'inin tetkiki ve bu hesabın ibrasını temin hususları mahfuzdur.

d) Vesayet altındaki küçüğün menfaatine mügayir olmadığı takdirde, vesayet mahkemesi gençlik ofisin, talebi üzerine, resmî vasilikten affeder ve yerine münferit ve hususî bir vasi tayin eder, (m.40.) Henüz doğmamış bulunan nesebi gayri sahih bir çocuğa bir kayyım tayin edilmiş idiyse, bu kayyım, gençlik ofisinin muvafakatile, çocuğun duğumunda vesayeti ibraz eder.

3 — Mansup resmî vasi [20]

a) Başka münasip bir vasi bulunmadığı takdirde kendi muvafakatile, Gençlik ofisi, Alman medenî kanununun 1776 ıncı meddesinde gösterilen kimselerden önce bütün vesayet hallerinde vasi olarak tayin olunabilir. Tayin keyfiyeti, vesayet mahkemesinin yazılı emrile yapılır; vasi tayin edilen gençlik ofisi için resmen yemin ederek taahhüt altına girmek mevzuubahis olmadığı gibi, ayrıca vesayetini mübeyyin hususî bir belge [21] dahi verilmez.

b) Kanunî resmî vasinin alel'ade vasiye nazaran haiz olduğu hususî vaziyet masup resmî vasi hakkında da caridir.

c) Gençlik ofisi, mansup resmî vasilik vazifesinden her zaman ayrılabilir, yerine münferit ve hususî vasi tayin olunabilir; bu netice mansup resmî vasiye ancak başka münasip bir vasi bulunmadığı zaman müracaat edilebileceği prensibinden çıkar.

d) Gerek kanunî resmî vasi, gerek mansup resmî vasi için aşağıdaki hususlar caridir:

Vesayet altındaki çocuğun menfaati icap ettirdiği zaman, gençlik ofisi, münferit bir şahsın vasi olarak tayinini talep etmek mecburiyetindedir. Muayyen bazı hususlar için bir müşterek vasi tayi-

[20] Bestellte Amtsvormundschaft (yani hâkimin kararile nasbedilen resmî vasi.)

[21] Bestallug

nini de talep edebilir. (44-1). Bu tayin keyfiyeti, vesayet altındaki küçüğün meşru bir menfaatini ileri süren her hangi bir kimse tarafından, yahut 14 yaşını doldurduğu takdirde, küçük tarafından istenebildiği gibi, resen dahi yapılabilir. Karar vermezden önce vesayet mahkemesi, gençlik ofisini ve bilhassa küçüğün annesini dinlemek mecburiyetindedir, (44-2).

4. Muvafakati alınmak şartile gençlik ofisi, müşterek vasi, mukabil vasi, gayri meşru çocuk doğuran ananın kayyımı olarak dahi tayin edilebilir.

5. *Bir müessese ve cem'iyet tarafından ifa edilen vesayet* [22]

a) Devletin veya bir huhuku âmme hükmî şahsının idaresi altında bulunan müesseselerin müdürleri ve Land Gençlik ofisi tarafından bu husus için münasip oldukları beyan edilen hususî müessese veya cem'iyetlerin müdürleri talepleri üzerine, bir küçüğe vasi tayin oluna bilirler, (m: 47/I). Adı geçen kanunun 6 ıncı maddesine göre, Land Gençlik ofisleri tarafından hilâfına karar verilmedikçe, müesseseler münasip addsdilirler.

Bu müdürlere bir vasiye terettüp eden bütün hak ve vazifeler tevdi edilebileceği gibi sadece münferit hak ve vazifeler de verilebilir. (m 47/I). Şu halde müşterek vasi veya mükabil vasi olarak tayin edilmeleri mümkündür, diye kabul olunur. Keza, ananın veya yalnız küçüklerin kayyımı olarak tayin edilebilecekıeri de şüphesizdir. Küçük bir Gençlik ofisi tarafından iaşe edilmekte ise vesayet veya vasilere müteallik bazı hususî hak ve vazifeler bu müessese müdürlerine verilmezden önce mezkûr ofisin dinlenilmesi lâzımdır.

Münasip ve ehil bir vasi bnlunamadığı takdirde, müdürler vasi tayin edilebilirler. Tayin keyfiyeti, vesayet mahkemesinin yazılı bir emrile tekemmül eder; yemin ederek taahhüt altına girmek mavzuubahis olmadığı gibi, vesayete tayini mutazammın bir belge de verilemez.

d) Bir müessese veya cem'iyet tarafından ifa edilen vesayette, umumiyet itibarile, resmî vesayete müteallık hükümler kabili tatbiktir; yalnız şu farklâki burada bir mukabil vasi tayini imkânı mevcuttur. Bu mukabil vasi, bir Gençlik ofisi dahi olabilir. 34 üncü madde hükmünün kıyasen burada kabili tatbik olduğu beyan edilmemiştir. Binaenaleyh Land kanunları, müessese veya cem'iyet tarafından ifa edilen vesayete daha şumullü muafiyetler bahşedemezler.

c) Resmî vesayetin yerine alal'ade vesayet ikame etmeğe müteallik hükümler, bir müessese veya cem'iyet tarafından ifa edilen vesayete dahi kabili tatbiktir.

---

[22]. Anstalts — oder Vereinsvormundschaft.

No: 2

Hükmî şahısların sahip olabilecekleri Medenî haklar

Dr. Necib Bilge

1 — Mevzuun tahdidi.

Tetkatımızı yalnız medenî kanun hükmî şahıslarına (cem'iyet ve tesislere) hasredeceğiz. Âmme hukuku hükmî şahıslariyle Ticaret hukukunun mevzuunu teşkil eden şirketler esas itibarile bizi alâkadar etmeyecektir; bununla beraber âmme hükmî şahıslarından ve ticaret şirketlerinden bazan bahsedecek olursak, bunun tek sebebi, medenî hukuk bakımından bizi alâkalandırdığını düşünmemiz olacaktır.

Muayyen herhangi bir hakka malik olmanın ilk şartı medenî haklardan istifade ehliyetinin mevcudiyeti olduğu için bu son tabirin iyice anlaşılması lâzımdır: Medenî haklardan istifade ehliyeti, muayyen bir hakkı veya muayyen bir borcu göz önüne almaksızın (çünkü, muayyen bir kaktan istifade veya muayyen bir borca ehil olmak selâhiyeti bazı sebeplerden dolayı bir şahısta mevcut olmaya bilir) bir şahsın, mücerret olarak, hukukî nizamdan istifade edebilmesi ve o nizamın doğurduğu hak ve borçlara ehil olabilmesi keyfiyetidir. Meselâ, bir kimse hacir altına alınması veya küçük bulunması [1] veya kadın olması [2] dolayısile bazı haklara sahip olamazsa, bundan, o şahsın medenî haklardan istifade ehliyetine malik olmadığı manası çıkarılamaz.

Medenî haklardan istifade ehliyeti umumî bir mefhumdur; halbuki muayyen bir haktan istifade keyfiyeti hususî bir haldir. Bunun içindirki, medenî haklardan istifade ehliyeti olan varlık (bu varlığa hukuk dilinde «şahıs» adı verilir) kanun dairesinde bütün haklara sahip olabilecek vaz'iyette ise de, muayyen bazı haklara sahip gibi gözüken bazı mevcudiyetler, hukukî nizam kendilerine o ehliyeti

[1] Medenî kanunun 14, 15, 16, 394 ve ondan sonra gelen maddelerine bakınız.

[2] Medenî kanunun 152 inci maddesi mucibince "birliğin reisi kocadır.„; 154 üncü madde birliği temsil selâhiyetini esas itibarile kocaya vermiş ve 155 inci madde karının birliği temsil selâhiyetini "evin dâimi ihtiyaçları„ sahasını tahdit etmiştir. Bundan başka 159, 196 ve 200 üncü maddelere bakınız.

tanımadıkça, medenî haklardan istifadeye ehil sayılamazlar. Anonim ve kooparatif şirketlerle mahdut mes'uliyetli şirketler hükmî şahıs olarak tanındıkları ve bu itibarla medenî haklardan istifadeye ehil sayıldıkları halde, şirket olarak [3] bazı haklara sahip gözüken kollektif ve komandit şirketlerin hükmî şahıs olup olmadıkları münakaşalıdır. [4].

Ticaret. K. nun, bütün ticaret şirketlerine hükmî şahsiyet tanıyan 122 inci maddesi karşısında, Türk hukukunda böyle bir münakaşaya yer olmadığı aşikârdır.

Bu münakaşayı ve muayyen bir hakka veya muayyen bir borca ehliyet mes'elesini bir tarafa bırakarak medenî haklardan stifadeye ehliyet umumî mefhumunu tetkik edelim:

Medenî haklardan istifadeye ehil olabilmek için lâzım olan tek şart hukukî bir şahsiyete sahip bulunmaktır. Bu günkü hukuk nizamı hukukî şahsiyeti ancak insanlara ve bazı insan topluluklarına tanımaktadır.

Hukukî şahsiyete sahip olma bakımından insanlar arasında bir fark gözetilmediği halde [5], insan toplulukları adeta derecelere ayrılmışlar, adî şirketlerden hükmî şahıslara kadar, objektif hukuk tarafından muhtelif şekillerde tanzim edilmişlerdir. Bunun sebebi, insan topluluklarının fert unsuru ile içtimaî unsur arasında bir terkip vucuda getirmiş olmalarıdır. Bu içtimaî terkibin hukukî tanzimi gurupta hâkim olan unsura göre — ferdî unsur veya içtimaî unsur — değişir [6].

Görülüyorki bu günkü hukuk nizamı insan topluluklarını, bir az da keyfî olarak ikiye ayırmakta; bir kısmına hukukî şahsiyeti tanıdığı halde, diğerlerine bu şahsiyeti tanımamaktadır: Evlenmeden doğan aile yuvası, hısımlar arasında ve tereke malı üzerinde kurulan aile şirketlerile, taksimden evvel tereke malları ve borçlar K. nun 520

[3] Her kollektif ve komandit şirketin bir ticaret unvanı (ticaret kanunu madde 44, 147, 254) bir merkezi (147, 254) bulunduğu gibi, bu şirketler iflâs hükümlerine de tâbidirler ve şirketin iflâsı muhakkak olarak şeriklerin iflâsını intaç etmez (madde 178).

[4] Siegwart, Obligationenrecht, V, 4 madde 553 numara 1; Wieland, Handelsrecht, 1, 397 ve 417 ve sonraki sahifeler; N. Bilge, Capacité civile des personnes morales en droit civil suisse, sahife 14.

[5] — Medenî kanun, madde 8.

[6] — Adî şirketlerde fert unsuru hâkimdir; halbuki hükmî şahıslarda içtimaî unsur daha ehemmiyetlidir. Kollektif ve komandit şirketler bu iki topluluk şekli arasında adeta dir köprü vazifesi görmektedir. Çünkü hükmî şahıslara tanınan bazı haklardan istifade etmelerine rağmen bu şirketlerin hükmî şahsiyete malik olmadıkları iddia edilmektedir.

inci ve sonra gelen maddelerinde adı geçen adî şirketler hukukî bir şahsiyete sahip mevcudiyetler olarak kabul edilmemekte ve halbuki cem'iyet ve tesislerle, anonim ve kooparatif şirketler ve nihayet mahdut mes'uliyetli şirketler böyle bir şahsiyete malik sayılmaktadırlar.

Hukuk dilinde insanlara „hakikî şahıslar" denmesine mukabil, hukukî şahsiyete malik olan insan topluluklarına da „hükmî şahıslar" adı verilmektedir [7]. Biz tetkikimizi yalnız hükmî şahıslara tahsis edeceğiz.

II — Hükmî şahıslar hangi haklara malik olabilirler?

Hükmî şahısların hukukî mahiyeti hakkındaki nazariyeler, bu şahıslara tanınacak hakların hududunu tayinde işe yaramakla beraber, mevzuu dağıtmamak için bu nazariyeleri bir tarafa bırakarak doğrudan doğruya müsbet mevzuatı tahlile geçelim:

Medenî kanunumuzun 46 ıncı maddesi „hükmî şahıslar cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icabı olarak ancak insana has olanlardan mada bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler" demekle hükmî şahısların hukukî ehliyetlerini, yani medenî haklardan istifade kabiliyetlerini tanımıştır.

Hükmî şahıslara — insanlara has olan haklar müstesna — tam bir ehliyet tanıyan bu maddenin yazılış şekli bir az tashihe muhtaçtır. [8] Çünkü bu madde, „medenî haklardan istifade" başlığı altında „hakları iktisap" ve „borçları iltizam" ehliyetinden bahsediyor ki, bu son tâbirler „medenî hakların kullanılması" mefhumile alâkalı olan tâbirlerdir. Eğer 46 ıncı maddeyi kanunun 8 ve 9 uncu maddelerile karşılaştırırsak fikrimizi daha iyi anlatmış oluruz:

Hakikaten kanunumuzun 8 inci maddesi „medenî haklardan istifade ehliyeti" ni tarif ederken «her şahıs medenî haklardan istifade eder. Binaen'aleh kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta her kes müsavidir» demekte ve 9 uncu madde ise „medenî hakları

[7] — Fransızca'da hükmî sahıs tâbirinin karşılığı olarak, "personne fictive, personne morale, personne juridique„ tabirleri vardır. Personne fictive tâbiri eski bir nazariyeyi hatırlat makta olduğu ve hükmî şahısların hukukî mahiyetini tayinde batıl fikirlere — prejugés — yol açtığı için son iki tabir daha fazla kullanılmaktadır. Alman hukuk edebiyatında "collectivistische Person„ yahut ta daha fazla kullanılan bir tabirle "juristische Person„ denilmektedir.

[8] — Kanunumuzun bu maddesinde göze çarpan ifade yanlışlığı, başka noktalarda görüldüğü şekilde, bir tercüme hatası değildir. İsviçre medenî kanununun bizim kanunun 46 ıncı maddesine tekabül eden 53 üncü maddesinde "hükmî şahıslar bütün hakları iktisap ve dütün borçları iltizam edebilirler "Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations . . .„ denilmektedir.

kullanmaya selâhiyettar olan kimse iktisaba da, iltizama da ehildir. «deyerek medenî hakları kullanma mefhumunu izah etmektedir.

Demekki, „haklara ve borçlara ehil olmak" keyfiyeti (madde 8) medenî haklardan istifade ehliyeti mefhumuna; „hakları iktisap ve borçları iltizam" keyfiyeti ise (madde 9) medenî hakları kullanma ehliyeti mefhumu sahasına giren bir şeydir. Halbuki, hükmî şahısların medenî haklardan istifade ehliyetine tahsis edilen 46 ıncı madde, 8 inci maddenin değil, 9 uncu maddenin ifadelerini almakta ve 47 inci madde ise medenî hakları kullanma selâhiyetine hükmî şahısların malik olup olamıyacaklarını değil, bu selâhiyetin kullanma tarz ve şartlarını izah etmektedir. Medenî hakları kullanma selâhiyetinin tarz ve şartlarından bahsedebilmek için o selâhiyetin mevcudiyetini kabul etmek lâzımdır.

Bu itibarla 46 ıncı maddeyi „hükmî şahıslar ... ancak insana has olanlardan maada bütün haklardan istifade ederler" şeklinde yazmanın ve „hakları iktisap ve borçları iltizam" tabirlerini de 9 uncu maddede olduğu gibi, „medenî hakları kullanma selâhiyeti" başlığı altına koymanın doğru olduğu fikrindeyiz.

Şu noktayı tesl,m etmek icabederki, pek düzgün olmamakla beraber, kanunun bu günkü ifade şekli tatbikatta güçlük çıkartacak mahiyette değildir. Bizim bu nokta üzerinde duruşumuzun sebebi, kanunlarımızın her düşünceyi en doğru bi şekilde ifade etmeleri lâzım geldiğini göstermektir. Hukuk ilminde ifadelerin çok ehemmiyeti vardır ve bir tâbiri diğeri yerine kullanmak çok tehlikelidir. çünkü, şu mes'elede zararsız gözüken yanlış bir ifade tarzı, öteki mes'elede büyük güçlükler çıkartabilir.

Nasılki, hakikî bir şahıs kukukî ehliyete malik olmak için sağ olarak doğmuş bulunmak lâzımsa (madde 27), aynı şekilde, hükmî şahıslar da ehil olabilmek için şahsiyet kazanmış olmak icabeder. Şahsiyetin kazanılmasından evvel veya gayıp edilmesinden sonra hükmî şahısların ehliyetinden bahsedilemez.

Hukukî şahsiyetin kazanılması şartları hükmî şahısların nev'ilerine göre değişir:

Medenî kanunun 45 inci maddesi hükmî şahsiyetin kazanılmasını esas prensip olarak „sicille kayıt" şartına tâbi tutmuştur. Bu prensibin istisnasını cem'iyetlere taallûk eden 53 üncü maddede görüyoruz. Bu maddeye göre, asıl gayesi iktisadî olmayan cem'iyetlerin hükmî şahsiyet kazanmaları için bu toplulukların nizamnamelerinde cem'iyet olarak teşekkül arzusunu göstermeleri lâzımdır. Fakat, kanunun

mevcudiyetini istediği bu şartin yerine gelmiş olması kâfi değildir. Çünkü, Türk mevzuatında cem'iyetleri yalnız medenî kanun hükümleri idare etmez; bu kanun hükümleri yanında ayrıca cem'iyetler kanunu da tetkik etmek lâzımdırki, bu son kanunun hükümleri (madde 4) şahsiyetin iktisabını cem'iyet nizamnamelerinin mahallin en yüksek mülkiye memuruna bildirilmiş olması şartına bağlamıştır. O halde bir cem'iyetin hükmî şahıs olarak tanınması için iki şartın mevcudiyeti esastır:

a — Cem'iyet olarak teşekkül arzusunun nizamnamelerde gösterilmesi (medenî kanun madde 53)

b — Nizamnamelerin mahallin en büyük mülkiye memuruna bildirilmiş olması (cem'iyetler kanunu, madde 4)

Bu son şart, bir izin alma şeklinde telâkki edilemezse de, serbest teşekkül ile izne tâbit teşekkül arasında yeni bir tarzı temsil etmesi itibarile mühimdir.

Teşekkül şartları ne olursa olsun, insan toplulukları, hukukî şahsiyete malik olur olmaz, medenî haklardan tam istifade ehliyetini kazanırlar. Bu iki mefhum (hukukî şahsiyet ve medenî haklardan istifade ehliyeti) daima bir birini takip eder: Hukukî şahsiyete malik olan her varlık medenî haklardan istifadeye ehil olduğu gibi, medenî haklardan istifadeye ehil olan her varlık da hukukî bir şahsiyettir; çünkü şahsiyet, medenî haklardan istifadeye ehliyet demektir. Bu itibarla hukukî bir şahsiyet olarak tanınan insan topluluklarına medenî haklardan istifade ehliyetini red etmeğe imkân yoktur. Zira onlara bu şahsiyeti tanımaktan gaye medenî haklardan istifade etmelerini temindir. Bunun içindirki, hükmî şahısları kabul eden bütün nazariyeler - teferruat farkı müstesna - onlara medenî ehliyeti tanımakta müttefiktirler. Nazariyelerin birbirlerinden ayrıldıkları nokta, bu ehliyetin nerelere kadar uzayacağını tayin mes'elesidir. [9]

Fiksiyon nazariyesi (th. de la fiction) taraflarları hükmî şahısların ancak kanunun musaade ve serahatla tayin ettiği haklara malik olabileceklerini ve bu hakların iktisadî kıymeti haiz olan, yani para ile ölçülmesi kabil bulunan haklar sahasından dışarı çıkamıyacağını ileri sürmektedirler. [10]

Hükmî şahısların ancak kanunun musaadesi dahilinde hak sahibi olabilecekleri fikri kabul edilmiş olsa bile, bu fikrin hükmî şahıs-

[9] N. Bilge, adı geçen eser sahife 37, 141;

[10] Savigny, Système du droit romain, II, sahife 276; Aubry et Rau, cours de droit civil francais, 6 edit. I, sahife 324; N. Bilge adı geçen eser sahife 37, 38.

ların yalnız iktisadî kıymeti olan haklara malik olabilecekleri iddia sile alakasını sezemiyoruz. Bizce bu iki fikir birbirinden ayrılmaz şeyler değildir. Çünkü, fiksiyon nazariyesinin mantıki neticesi hükmî şahısların ancak kanunun müsaadesine dayanarak hak sahibi olabilmeleridir; Yoksa bu hakların iktisadî kıymeti olan haklar şahasından dışarı çikamıyacağı değildir. Kanun isterse para ile ölçülemeyen hakları bile hükmî şahıslara pek âla tanıyabilir. Bundan onu men'edecek nazarî hiç bir sebep yoktur. Tatbikatta da fiksiyon nazariyesinden mülhem olan kanunların bile hükmî şahıslara iktisadî olmayan hakları tanıdıkları istisnaî bir şey değildir. Hükmî sahısların bir isme, bir mesleğe, bir ikametgâha malik olmak hakları, bir mes'ele hakkında karar vermek, üyeler ve uzuvlar hakkında tedbirler almak ve bu tedbirleri tatbik etmek hakları fiksiyoncular tarafından münakaşa edilmeyen ve - bazan iktisadî neticeler doğurmakla beraber - esas itibarile iktisadî kıymeti olmayan haklardır.

Hakikat nazariyesi (th. de la réalité) hukuk bakımından hükmî şahısların hakikî şahıslarla tam bir surette mukayese edilebileceğini ileri surerek, şahsiyet sahibi toplulukların hakikî şahısların malik olabilecekleri bütün haklardan istifade edebileceklerini iddia etmektedirler. Hatta bu nazariye taraftarlarından bazıları hükmî şahısların şu veya bu cinse malik olabileceklerini ve binnetice evlenebileceklerini iddiaye kadar ileri gitmişlerdir.

Kanunumuzun 46 ıncı maddesi bu gibi müfrit iddialara yer bırakmamak için hükmî şahısların «cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icabı olarak ancak insana has olanlardan maada» bütün haklardan istifade edebileceklerini kayıt etmiştir. Şu kayıt, hükmî şahıslarla hakiki şahıslar arasında tam bir ayniyet olmadığını ve insanlar hak sahibi modeli oldukları için, onların medenî ehliyetinin hükmî şahısların medenî ehliyetini tayinde örnek olabileceğini ifade etmesi dolayısile çok mühimdir. Çünki bu kayıt, hükmî şahısların medenî ehliyetini tayinde onları hakikî şahıslarla ne dereceye kadar mukayese edebileceğimizi gösteren bir mihenktir.

Hükmî şahısların mahiyetleri ve ihtiyaçları hakikî şahıslarınkinden başka olduğundan, bu başkalık o şahıslara tanınacak hakların da ayrı olması neticesini doğurur. Esasen insanlarda bile medenî ehliyetin prensip olarak kabulü, o ehliyete sahip olan şahısların bazı haklardan istifade edememesine mani olmaz. Çünkü, medeni haklardan istifadeye ehil olmak için insan olmak kâfi olduğu halde her hangi muayyen bir haktan istifade etmek için bazı şartların bir araya gelmesi icabetmektedir ve her insan her zaman o şartları ha-

iz olmayabilir. Meselâ, velâyet hükümlerinden istifade etmek için yalınız insan olmak değil, aynı zamanda baba veya anne olmak ve velâyet haklarından mahrum edilmemiş bulunmak lâzımdır. Diğer taraftan amme hukuku sahasında şahısların ehliyetlerine konulan tahditler pek çoktur. Fakat, medenî hukuk sahasında ulaşılmak istenilen gaye mevcut olan tahditlerin kanun dairesinde ortadan kaldırılmasıdır (madde 8).

İnsanlar hakkında bile bahis mevzuu olan tahdidî hükümler, hükmî şahıslar hakkında da tabiatile tatbik olunurlar, çünkü, hakikî şahısların aksine olarak, hükmî şahıslar muhtelif ihtiyaçlara cevab vermek üzere muhtelif örneklere ayrılmışlardır: bu ayrılık onların istifade edebilecekleri hakların hududunu tayin de de rol oynar.

Bu itibarla hükmî şahısların malik olabilecekleri hakları tetkik ederken, mücerret ve nazarî düşünceler üzerinde durmaktansa, münferit hadiseleri tetkik ederek bahis mevzuu olan hakları ve o haklardan istifade ehliyetini göz önüne almak ve hükmî şahısların bu ehliyetten istifade edebilmeleri için lâzım olan vasıfları haiz olup olmadıklarını ve bu ehliyetin kendilerine lûzumu bulunup bulunmadığını aramak usulünü daha muvafık buluyoruz. Hükmî şahısların medenî ehliyetini tayinde kabul edeceğimiz eses şu olacaktır: Hükmî şahıs gayesine ulaşabilmek için kendisine lâzım olan ve ademi mevcudiyeti hukukî muameleler yapmasına mani olan bütün haklardan istifadeye ehil olmak lâzımdır.

Şu şekilde ileri sürdüğümüz prensibin neticelerini çıkartarak hükmî şahısların hangi haklardan istifade edebilecekleri mes' elesini gözden geçirelim:

Hükmî şahısların malik olabilecekleri hakları tayinde hakikî şahıslar örnek vazifesini görmekle beraber bu iki şahsın istifade edebilecekleri haklar arasında keyfiyet noktasından bir fark olmasa bile kemiyet noktasından bir fark bulunabilir. 46 ıncı maddenin sathî olarak okunuşu bile bu farkı göstermektedir. Fakat bu hükümden hakikî şahısların hükmî şahıslardan her hususta daha fazla haklara sahip olabilecekleri manasını çıkarmamalıdır. çünkü, hakikî şahıslara has haklar bulunduğu gibi, hükmî şahıslara has olan haklarda vardır ve bu haklardan istifade kapısı hakikî şahıslara kapalıdır.

1 — İnsana has haklar ve borçlar.

46 ıncı madde bu hakları «yaradılış icabı olarak ancak insana has olan haklar» tabirile ifade etmekte ve «cins, yaş, hısımlık» gibi

insanın yaradılış vasıflarından bazı misaller vermektedir. Bu vasıflara bağlı olan haklardan hükmî şahısların istifadesine imkân yoktur. Meselâ, hükmî şahıslar aile hukukundan istifade edemedikleri gibi kanunî mirascı da olamazlar [11], vasiyet yapamazlar [12], rüşte müteallik hükümlerden istifade demezler, vesayet altına alınamazlar. Çünkü, bu hükümler ve onlardan doğacak haklar «yaradılış icabı insana has olan» vasıflara bağlıdırlar.

Maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere ,kanun insana has olan vasıfları tahdidî olarak saymış değil, fakat bu vasıfların bir kaç misâlini vermiştir. Kanunun saydığı vasıflar yanında daha başkaları da vardır: İnsanın maddî mevcudiyeti, temyiz kudreti, manevî şuuru ve saire ....

Bu itibarla şahsî tamamiyeti muhafazaya matuf olan kanun hükümleri (borçlar kanunu madde 45,46,47 ve ceza K. nun bu meseleye müteallik maddeleri) hükmî şahıslara tatbik edilemez .Bundan başka ,teşkilatı esasiye kanununun 70 inci maddesinde „Türklerin tabiî hukukundan" olduğu bildirilen hüriyetlerden «şahsî masuniyet, vicdan, tefekkür, kelâm, seyahat ,sayuamel »hüriyetleri hükmî şahıslara tanınamaz. Bütün bu hak ve hüriyetler ve onların karşılığı olan borçlar ancak insanlar hakkında kabul olunabilirler.

İsviçre müelliflerinden Egger kanunun ifadesini bir az dar bulmakta ve yaradılış icabı insanı has olan haklardan başka, şahsen kullanılması lâzım olan haklardan da hükmî şahısların istifade edemiyeceklerini ilâve eylemektedir [13]. Fakat Egger koymuş olduğu prensibin bir çok istisnalarını saymaktadır. Bu istisnaların mikdarı o kadar çoktur ki bahis mevzuu olan prensibi tehlikeye koymaktadır. Diğer taraftan Egger şahsen kullanmayı icabettiren hakların, istisnaen bu haklar hükmî şahıslara tanınmış ise, ancak hükmî şahsın uzuvları tarafından kullanılabileceğini, vekil ve mümessilerin bu hakları kullanmaya selâhiyetleri olmadığını söylemektedir.

Eğer hakikaten Egger'in dediği gibi şahsen kullanılması lâzım gelen hakları hükmî şahıs yerine uzuvlar kullanabiliyorsa, hükmî şahısların bu haklardan istifade edemiyeceği kaidesini koymağa hiç de lûzum yoktur. Zira hükmî şahıslar diğer hakları da başka suretle

[11] — Bununla beraber 448 inci madde devleti kanunî mirascılar sırasına koymuştur. Bu hüküm istisnaî bir mahiyette olduğundan kıyas usulüle başka hükmî şahıslara tatbik edilemez.

[12] — Fakat lehlerine yapılan vasiyeti kabul etmelerine kanunî bir mani yoktur; Cem'iyetler kanununun 17 inci maddesi cem'iyetler hakkında bazı tahdit hükümleri koymaktadır.

[13] — Egger, kom. Z. schweiz. 1. madde 53 No. 4

31

kullanmak imkânına sahip değildirler. Kanunumuzun 48 inci maddesi "hükmî şahsın iradesi uzuvları vasıtasile ifade olunur. Uzuvlar hukukî tasarrufları veya diğer her hangi bir fiillerile hükmî şahsı ilzam ederler.„ diyerek hükmü şahsın bütün haklarını uzuvları vasıtasile kullanabileceğini açıkça göstermiştir.

Şahsen kullanılması lâzım gelen haklarda olduğu gibi; diğer hakların da uzuv olmayan vekil veya mümessil tarafından kullanılması ancak uzuvların murakabe ve mes'uliyeti şartile mümkündür.

Şu izahatımızdan anlaşılacağı üzere, şahsen kullanılması zarurî olan haklardan hükmî şahısların istifade edemiyeceğini bir prensip mes'lesi yapmaktan ve bir çok istisnalarla bu pirensibi tehlikeye koymaktansa, münferit halleri tetkik ederek hükmü şahısların bu haklardan istifade edip edemiyeceği hakkında bir karar vermek, kanaatımızca, daha doğru olur.

2 — Hükmî şahsa has haklar ve borçlar.

Hükmî şahıslara ait olabilecek haklar her hususta hakikî şahısların malik olabilecekleri haklardan daha az değildir. Hatta bazı sahalarda hükmî şahısların hakikî şahıslardan daha fazla haklara malik olduklarını söylemek yanlış olmaz.

Nasıl ki bazı haklar insanın tabiî vasıflarına bağlıdır ve hükmî şahıslara tanınamazlar (cins, yaş, hısımlık gibi hashaslara bağlı haklar), aynı şekilde hükmî şahısların topluluk vasıflarına bağlı olan haklar vardır ki, bu haklardan da insanlar istifade edemezler. Bu itibarla bu haklara «topluluk hakları» [14] diyebiliriz. Meselâ, üyelerden veya uzuvlardan muayyen bir hareket tarzı istemek, onlar hakkında bazı tedbirler tatbik etmek, aidat almak, nizamnameyi tadil etmek [15] ve tatbik etmek hakları gibi.....

Bundan başka, hükmî şahısların hukukî mahiyetlerile alâkalı olmayan ve fakat yalnız onlara tanınan haklar vardır: Kanunun 49 uncu maddesinden anlaşılacagağı üzere hükmî şahıslar ikametgâhlarını tamamile keyfi bir şekilde tayin edebilirler: halbuki fertlerin ikametgâhları tayin ederken iki unsurun bir araya gelmesi lâzımdır.

a — Sübjektif bir unsur olan yerleşmek niyeti

b — Objektif bir unsur olan oturma keyfiyeti.

Hükmî şahısların ikametgâhının tayinde ne yerleşme niyeti, ne de oturma keyfiyeti hakikî rol oynamazlar ve hükmî şahısların ikametgâhları da her vakid «muamelelerin tedvir olunduğu» mahalde

[14] — droits sociaux, gemeinheitliche Rechte.

[15] — Hükmî şahıslar nizamnamelerile birlikte doğarlar. Bu itibarla hükmî şahıs nizamnamelerini yapmak değil ancak tadil etmek hakkına maliktir.

değildir ve kanun hükmî şahsa, nizamnamesile ikametgâhını tayin hususunda, gayet geniş bir serbestlik vermiştir (madde 49).

İsmin değiştirilmesi hususunda da hükmî şahıslara has bir kolaylık vardır: Fertler isimlerini değiştirmek için hâkime müracaata ve «muhik sebebler» ileri sürmeğe mecburdurlar. Halbuki hükmî şahıslar hakkında bu mecburiyetlerden hiç birisi yoktur; onlar isimlerini istedikleri gibi ve hâkime müracaata lüzum olmadan değiştirebilirler. [16]

23 üncü maddeye göre fertler medenî haklardan ve onları kullanmak selâhiyetinden kısmen olsun feragat edemedikleri halde, bu kaideyi hükmî şahıslara tam bir surette tatbik doğru olamaz. Mevcudiyetinden bile feragat ederek kendi kendisini fesih etmeğe her zaman karar verebilen hükmî şahsın (madde 69, ticaret kanunu madde 181, 442) medenî haklardan ve onları kullanmak selâhiyetinden vaz geçebileceğini kabul etmek lâzımdır.

Görülüyor ki insanın tabiî vasıflarına bağlı olan haklar mevcut olduğu gibi, hükmî şahsın mahiyetine bağlı olan veya kanun tarafından yalnız ona tanınan haklar da vardır.

Bu umumî mütalâalardan sonra hükmî şahısların malik olabilecekleri medenî hakları ayrı ayrı tetkike geçebiliriz. Bu hakları iki gurupta toplamak mümkündür:

A — İktisadî kıymeti olan, yani para ile ölçülebilen (mameleke müteallik olan) haklar: Mülkiyet, miras, alacak hakları gibi;

B — İktisadî kıymeti olmayan, yani para ile ölçülemeyen haklar: İsim, ikametgâh hakları, hükmî şahsın dahilî işlerine müteallik haklar gibi.

A — Para ile ölçülebilen haklar [17]

Hükmî şahısların mahiyetleri hakkındaki münakaşalar ne olursa olsun, bütün müellifler bu şahısların para ile ölçülebilen haklardan istifade ehliyetlerini kabulde müttefiktirler:

Saviğny, hükmü şahısların malik olabilecekleri hakları anlamak için bu şahısların tarifini göz önüne getirmek lâzım olduğunu hatır-

[16] — Bir ismin değişmesinden mutazarrır olan şahsın itiraz hakkı bittabi mahfuzdur (Madde 26 fık. 3).

[17] Fransızca'da "*droits patrimonniaux*„ ve Almanca'da "*Vermögensrechte*„ tabirleri ile ifade edilen haklardır ki, bu tabirleri "mameleke müteallik haklar„ veya "para ile ölçülebilen haklar„ şeklinde tercüme etmek mümkündür. Daha fazla tafsilât için, Esat Arsebük, Medeni huhuk, sahife 148 ve ilâ...

latıyor. Bu müellife göre hükmî şahıs, para ile ölçülmesi kabil haklara ehliyeti olan bir şahıstır [18].

Hükmî şahısların kukukî mahiyetini müşterek mülkiyet şeklinde izaha çalışan müellifler ise, serdettikleri nazariyenin icabı olarak, topluluğu vucude getiren kimselerin malik olabilecekleri para ile ölçülebilen bütün haklardan hükmî şahıslarında istifade edebilecekleri kabul ediyorlar demektir.

Hakikat (th. de la réalité) ve tecrit (th. de l'abstraction) yahut (th. de la réalité juridique) nazariyeleri de hükmî şahısların para ile ölçülebilen bütün haklardan isfade edebilecekleri tabiatile kabul etmektedirler.

Esasta birleşen bu nazariyeler hükmî şahısların malik olabilecekleri mamelek'e müteallik hakların hududunu tayin mes'elesinde birbirlerinden ayrılmaktadırlar:

Fiksiyon nazariyesi, bu sahada bile, hükmî şahısların istifade edebilecekleri hakların kanunun tanıdığı imtiyaz hududundan dışarı çıkamayacağını iddia eder. Demek ki, bu nazariyeye göre kanunun sarih imtiyazı hududuna dahil olmayan haklardan hükmî şahısların kıyasen istifade etmelerine imkân yoktur. Bununla beraber, bu nazariyenin bazı taraftarları hükmî şahısların medenî ehliyetinin mameleke müteallik haklar sahasında tam olduğunu ve bu ehliyetin hakikî şahısların ehliyetine müsavi olduğunu ileri sürmektedirler ki [19], bu müellifler bu sahada hakikat ve tecrit nazariyeleri taraftarlarile birleşiyorlar demektir.

Biz nazarî münakaşaları bir tarafa bırakarak, müsbet mevzuatı tetkik edecek olursak bu mevzuatı iki gurupta toplayabiliriz:

a — Bazı kanunlar hükmî şahısların sahip olabilecekleri mamelekî hakları dar veya geniş bir takım tahditlere tâbi tutmuşlardır. Fransızların 1901 tarihli cem'iyetler kanunu bu meyandadır [20]. Alman medenî K. nun meriyet mevkiine konulması hakkındaki kanun da ufak bazı tahditleri ihtiva etmektedir [21].

[18] — Savigny, système du droit romain 11. sahife 276; bu eserin, tercüme olan, Fransızca metninde (sujet capaple de propriété) denilmekte isede, Almaca metninde "vermögensfähige Rechtssubjekte„ yani "para ile ölçülmesi kabil—mamelekî— haklara ehil olan hak sahibi„ denilmektedir. Almanca "vermögens„ tabirinin Fransızcası "propriete„ değil, "patrimoine„ dır. Şu itibarla Almanca metindeki cümlenin Fransızca doğru tercümesi "sujet de droits patrimoniaux„ olmak gerektir.

[19] — Aubry et Rau, cours de droit civil français 1, sahife 324

[20] — Bu kanunun 6 ve II inci maddelerine bakınız.

[21] — Bu kanunun 86 ıncı maddesine bakınız.

b — Diğer bazı kanunlar ise, hükmî şahısların medenî ehliyetlerini tam olarak tanımışlar ve bu sahada tahdit edici hükümler koymamışlardır: İsviçre ve Türk medenî kanunları gibi.

Medenî kanun hükümleri itibarile bir birinin aynı olmakla beraber, İsviçre'deki vaz'iyetle Türkiye'deki vaz'iyet bir birine benzemez. İsviçre'de medenî hukuk hükmî şahısları (cem'iyetler ve tesisler) yalnız medenî hukuk hükümlerine tâbi oldukları halde Türkiye'de medenî hukuk hükümlerinden başka cem'iyetleri idare eden 1938 tarihli cem'iyetler kanunu vardır. Bu son kanun 1901 tarihli Fransız cem'iyetler kanununa çok benzer:

Cem'iyetler kanunumuzun hükümlerine göre, üyelerin vereceği senelik aidat miktarı 120 lirayı geçemez (madde 2 N. 9), Cem'iyetler ikametgâhlarile gayeleri için zarurî olanlardan başka gayri menkullere tasarruf edemezler (Madde 31), cem'iyetler bağışlama ve vasiyet suretile uhdelerine intikal eden gayri menkulü hükûmetin tayin edeceği müddet içinde paraya çevirmeye mecburdurlar (Madde 17).

Şunu kaydetmek lâzımdırki, bu tahditler yalnız cem'iyetlere mahsustur. Cem'iyetler kanunu tesisler hakkında tatbik edilemeyeceğine göre, tesislerin medenî ehliyetlerinin — âmme hukuku hükümleri mahfuz kalmak şartile — temamile 46 ıncı maddeye tâbi olduğu neticesine varılır.

Bu umumî görüşten sonra, hükmî şahısların istifade edebilecekleri mameleke müteallik hakları ayrı ayrı tetkike geçebiliriz:

1 — *Aynî haklar*, Hükmî şahısların menkul ve gayri menkul mülkiyet hükümlerinden, irtifak ve intifa haklarından, gayri menkul mükellefiyetlerinden, gayri menkul rehninden istifadeleri mes'elesinde hiç bir ihtilâf yoktur, ve bu hakların mahiyeti hakikî veya hükmî şahsa ait olmalarile degişmez. Bununla beraber intifa hakkında ufak bir hususiyet vardır: Hakikî bir şahsın intifa hakkı o şahıs ölünceye kadar devam ettiği halde, hükmî şahsın intifa hakkı yüz seneden fazla devam edemez. [22] Kanunumuzun 748 inci maddesinde bahis mevzuu olup şahsî bir irtifak hakkı demek olan sükna hakkı hükmî şahsın mahiyetile telif edilebilir mi? Ekserî Alman müellifleri bu mes'eleyi sukût ile geçmektedirler. Yalnız temyiz mahkemesi

[22] — Medenî kanun, 721; Alman hukukunda hükmî şahsın intifa hakkı feshile nihayet bulur, Alman medenî kanunu § 1061.

azaları tarafından çıkartılan şerh hükmî şahıslara böyle bir hakkın tanınabileceğinden bahsetmektedir [23].

İsviçre müellifleri ve İsviçre içtihatları bu hususta bir şey söylememektedirler. Biz şahsen bu hakkın hükmî şahısların hukukî mahiyetile telif edilemiyeceği, çünkü bu hakkın insanın yaradılış vasıflarına bağlı bulunduğu kanaatındayız [24].

2 — Zilyetlik. Hükmî şahsın zilyet olabileceği herkesce kabul edilmektedir. Münakaşalı olan nokta, bu zilyetliğin bir taraftan aslî veya fer'î, diğer taraftan doğrudan doğruya veya bilvasıta olduğu mes'elesidir.

Medenî kanunun 888 inci maddesinin ifadesi veçhile bir şeyin maliki, onun aslî zilyedi olarak kabul edildiğine göre, hükmî şahsın zilyetliğinin mahiyeti şüphe götürmemek lâzımdır; Çünkü, hükmî şahsın malik olması kabul edilince, malik sıfatile zilyetliğinin mahiyeti aslî olmak icabeder.

Doğrudan doğruya veya bilvasıta zilyetlik mes'elesine gelince: Bu mes'eleye verilecek cevap şu noktanın hal şekline bağlıdır: Hükmî şahsın uzvu zilyet midir, yoksa sadece zilyetlik vasıtası mıdır? [25]

Ostertag ve Homberger hükmî şahsın uzuvlarını zilyetlik vasıtası telâkki ettikleri halde, Wieland onları fer'î ve doğrudan doğruya zilyet saymaktadır. Şu hale göre birinci müellifler nazarında hükmî şahıs doğrudan doğruya zilyet, ikinci müellif nazarında ise bilvasıta zilyettir. [26]

V. Tuhr ise muhtelif halleri tefrik etmek fikrindedir. Bu müellife göre hükmî şahsa ait olduğu beili olan eşyayı - hükmî şahsın ikametgâhı ve orada bulunan şeyler gibi — doğrudan doğruya hükmî şahsın zilyetliğinde saymak ve binnetice uzuvları, bu eşyaya nisbetle, ancak zilyetlik vasıtası olarak kabul etmek; halbuki uzuvların muhafazasında bulunup kime ait olduğu açıkca belli olmayan eşyayı ise uzuvların doğrudan doğruya ve hükmî şahsın bilvasıta zilyetliğinde telâkki etmek lâzım gelmektedir [27].

Biz böyle bir tefrike lüzum olmadığı kanaatındayız. Çünki, hük-

[23] — Das BGB Mit besonderer Berüksichtigung der Rechsptrechung des Reichsgerichts, sahife 433, 434

[24] — N. Bilge, Capacité civile des personnes morales en droit civil suisse, Sahife 55.

[25] — Fransızca "İnstrument de possesion„, Almanca "Besitzdiener„.

[26] — Ostertag, madde 911 N. 17; Homberger, madde 919 N. 14 Wieland, madde 919 N. 2, 920 N. 1; Bakınız, Meurer, die juristischen Personen, sahife 171; Baumgarten, die Wissenschaft von Recht, 11. S. 61

[27] — v. Tuhr, Allg. Teil, 1. sahife 525

mî şahsa ait olduğu açıkca belli olan veya olmayan eşyayı elinde tutan uzvun bu vaz'iyeti her iki halde de aynı sebebe, yani uzuv olmak vasfına istinat etmektedir. O halde, hükmî şahsa ait olan malların uzvun hangi hukukî sebebe istinaden elinde tuttuğunu tayin etmek icabeder ki, bu mes'ele de bizi uzuvla hükmî şahıs arasındaki hukukî münasebeti tahlile sevkeder:

Müsbet mevzuatta hükmî şahısla uzuv arasındaki hukukî münasebeti sarahatla tayin eden bir hüküm bulunmadığından, doktirin ve mahkeme içtihatları, bu münasebetin, kıyasen, vekâlet ve temsil hükümleri dairesinde, yani şahsî haklar bakımından takdir edileceği mütalâasındadır [28]. Şu halde hükmî şahsa ait olan malların, 888 inci madde (İsviçre 920) dairesinde, yani «şahsî bir hakkın tefvizi için» uzve teslim edilmiş olduğunu kabul edebiliriz. Bu noktai nazar bizi uzvun zilyetlik vasıtası değil, doğrudan doğruya zilyet olduğu neticesine gö ürür ki, buda hükmî şahsın bilvasıta zilyet bulunduğunu isbat eder.

3 — *Miras hukuku.* Medeni kanunun 519 uncu maddesinin matlabı mirasa ehliyet için medeni haklardan istifadeyi şart koşmakta ve madde metni de ehil olmayanlardan başka herkesin kanunî mirasçı olabileceğini veya ölüme bağlı tasarruflarla mirasçı tayin edilebileceğini göstermektedir. Hükmî şahıslar mevcudiyetlerile beraber medeni haklardan istifade ehliyetini kazandıklarına ve 520 inci maddenin saydığı ehil olmayan kimseler arasına hükmî şahsı ithâle imkân olmadığına göre, hükmî şahısların miras hukukundan istifade etmeleri lâzım gelir. Yalınız şunu unutmamalıdırki, hükmî şahıslar yaradılış icabı olarak insana has olan haklardan istifade edemezler; kanunî miras hakkı ise insana has olan hısımlık, evlilik veya evlât edinme gibi vasıflara bağlıdır. O halde, kanunî miras hakkından hükmî şahısların istifade edememeleri esastır. Bu kaidenin istisnasını, hazineyi mirasçı yapan, 448 inci madde de görüyoruz. Bu madde bir istisnanın ifadesi olmak dolayısile hazineden başka hükmî şahıslara tatbik olunamaz.

Ölüme bağlı tasarruftan doğan mirasçılığa gelince, burada insana has olan vasıflar bahis mevzuu olmadığından, miras ehliyetini kaide olarak kabul etmek lâzım geldiği gibi [29], bu noktada âmme hukuku hükmî şahıslarile, hususî hukuk hükmî şahısları arasında bir fark yapmağa lûzum yoktur.

[28] — v. Tuhr, partie générale du CO, 1. sahife 307; Allg Teil 1. sahife 523; Egger, madde 54 — 55 N. 17.

[29] — Escher, madde 539; Tuor, madde 539 N. 2, 545. N. 6; Egger madde 53 N. 6

37

Ölüme bağlı tasarrufu yapan kimse, halen mevcut olan bir hükmî şahsı mirasçı veya lehine tasarruf olunan kimse olarak tayin edebildiği gibi, yapdığı tasarrufla yeni baştan bir hükmî şahıs vücüde getirebilir. Hakikatan kanunumuzun 473 üncü maddesinde bahis mevzuu olan hal, bir tesisin yeni baştan vücude getirilmesi olup yoksa mevcut olan bir tesis lehine tasarruf yapılması değildir.

Escher ve Tuor,un da işarat ettikleri vechile miras ehliyetini derpiş eden 519 (İsviçre 539) ve miras açıldığı zaman mevcut olmayan bir kimseyi namzet tayin etmeğe müsaade eden 525 (İsviçre 545) inci maddeler, hükmî şahıslar hakkında da tatbik olunurlar [30].

İlâve etmeliyizki, ölüme bağlı tasarruftan, yalınız vasiyeti değil, ayni zamanda miras mukavelesini de kast ediyoruz. Miras mukavelesi de vasiyet gibi, murisin bizzat akdi yapmasını icap ettirirse de lehine tasarrufta bulunulan kimse kendisini temsil ettirebilir [31]. Zaten kanunumuzun 474 üncü maddesi, akit olmayan üçüncü bir şahıs lehine miras mukavelesile tasarrufta bulunulabileceğini kaydetmektedir. Binaenaleyh miras mukavelesile lehine tasarruf yapılan kimse hakiki bir şahıs olduğu gibi, hükmî bir şahıs ta olabilir. Fakat hükmî şahıs 475 inci maddede derpiş edilen ferağat mukavelesi hükümlerinden ne taraf olarak, nede üçüncü şahıs olarak istifade edemez; çünki, bu mukavele ancak kanunî mirascılar için bahis mevzuu olabilirki, hükmî şahısların kanunî mirasçı olamıyacaklarını bir az evvel zikrettik.

Hükmî şahıslar, medenî kanun hükümleri dahilinde, lehlerine yapılan ölüme bağılı tasarruflardan istifade edebilirlerse de, cem'iyetler K. nun 17 inci maddesi mucibince cem'iyetler, bu şekilde elde edecekleri, gayri menkulleri paraya çevirmeye mecburdurlar.

Görülüyor ki, hükmî şahıslar miras hukukunun bazı hükümlerinden mirasçı olarak istifade edebiliyorlar. Burada ikinci bir sual akla gelebilir: hükmî şahsın malları hakkında miras hükümleri tatbik edilebilirmi?: Mevcudiyeti sona eren hükmî şahısların malları hakkında miras hükümleri değil, hükmî şahsın nev'ine göre tayin edilmiş olan tasfiye hükümleri cari olur(Medeni kanun 51, Ticaret kanunu 210 ve müteakip, 442 ve müteakip maddeler)

4 — Alacaklar ve borçlar. Hükmî şahıslar hakkındaki bütün nazariyeler, bu şahısların alacaklı ve borçlu sıfatını iktisap edebileceklerini kabulde müttefiktirler. Fakat burada da nazarî veya tatbiki bazı düşünceler bir takım alacak ve borçların hükmî şahıslara tanın-

[30] — Escher, madde 493 N. 1; Tuor, madde 544 N. 5, 545 N. 6

[31] — Tuor, madde, 512 N. 4

38

masına manı olmaktadırlar. Binaenaleyh bu mes'elede de münferit alacak ve borç sebeblerini ayrı ayrı tetkik daha muvafık olur; bununla beraber bütün alacak ve borç sebeblerini bu yazıda tafsile ne lûzum var, nede imkân. Hükmî şahısların satış, kira, kefalet gibi mukavelelerde taraflardan birisini teşkil edebileceklerinde hiç kimsenin şüphesi yoktur. Binaenaleyh biz herkeznsce kabul olunan noktaları değil, bilâkis üzerinde ihtilâf olan mes'eleleri tetkik edeceğiz.

a — Mukaveleden doğan alacaklar ve borçlar.

Hükmî şahısların medenî hakları kullanmak selâhiyeti kabul edilmese bile, şahsiyet sahibi olmaları, kendi menfatlarına yapılmış olan mukavelelerden doğan alacak ve borclara ehil olmaları için kâfi bir sebebtir. Bununla beraber bazı mukavelelerin hükmî şahışların mahiyetlerile kabili telif olup olmadıkları düşünülebilir: Meselâ, hükmî şahsın kaydı hayatla irat ve ölünceye kadar bakma akitlerinden alacaklı sıfatile [32] istifade edebilecekleri iddia olunamaz. (BK. 507 ve sonraki 511 ve sonraki maddeler) zaten bu mukavelelerin temin etmek istedikleri maksad böyle bir imkânı ortadan kaldırmaktadır. Mirascılara intikal edebilecek olan (BK. 507 Fıkra 3) veya ölünceye kadar bakılmayı tazammun eden (BK. 511) bir alacağın hükmî şahıslara tanınamayacağı gayet tabiidir.

Hükmî şahıs bu mukavelelerde alacaklı sıfatını iktisap edemezsede, borçlu sıfatını iktisap edebilir (BK. 509 fıkra 3, 514, fıkra 3)

Hizmet aktinin tarifinden de anlaşılacağı veçhile, hükmî şahıs işçi olamaz ve fakat iş sahibi sıfatile bu mukaveleyi aktetmesine hiç bir mani yoktur. İşin icapları mani olmadıkça hükmî şahıslar vekâlet ve istisna akitlerini de yapabilirler.

Hükmî şahıs naşir veya halefi sıfatile neşir mukavelesi yapabilirse de aynı mukavelede müellif sıfatını iktisap edemez (BK. 372 ve müteakip maddeler)

b — Haksız fiilden doğan alacaklar ve borçlar

1 — Hükmî şahısların bir çok haklara sahip olabileceği kabul edilince, o hakların tecavüzden masun olması ve tecavüz vukuunda hasıl olacak zararın tazmin edilebilmesi ve bunun içinde hükmî şahıslara haksız fiilden doğacak davaların tanınması icabeder. Bu mes'elede müşkilatı mucip olacak bir nokta yoktur: hükmî şahıs kendisine tanınan hakları koruyabilmek için tecavüzün men'i, eski hale iade tazminat davaları gibi haklara sahip olmalıdır. Aksi takdirde hükmî şahsa tanınan hakların ancak manevî bir kıymette olduğunu kabul etmek lâzım gelir.

2 — Haksız fiillerden hükmî şahısların mes'ul olup olmadığı

[32] Rentinglaubiger, Pfründuner

meselesine gelince, bu, uzunca tetkik edilecek bir mevzudur ve bu makalenin çerçevesi dahiline giremez. Yalınız şu noktayı işaret edebilirizki, medeni kanunun 48 inci maddesi, uzuvların işledikleri haksız fiillerden hükmî şahısların mesul olacağı kaidesini koymuştur.

c — Sebepsiz iktisaptan doğan alacak ve borçlar. Hükmî şahsın uzuvları tarafından yapılan her hangi bir muamele hükmî şahıs veya üçüncü bir şahıs lehine sebebsiz bir iktisap doğurursa borçlar K. nun 61 ve müteakip maddeleri hükmü tatbik olunur. Aynı kanunun 62 inci maddesinde bahis mevzuu olan hata, veya 66 ıncı madde mucibince müruru zemanın işleyebilmesi için mevcudiyeti istenen «ittilâ» keyfiyetlerile 63 ve 64 üncü maddelerde bahis meuzuu olan «sui niyet» uzuvların şahsında hasıl olup hukukî neticeleri hükmî şahsa atfolunan hukukî hadiselerdir.

d — İlân suretile vukubulan vait (BK.8) ve vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf (BK.418 ve müteakip) hükümlerinden alacaklı veya borçlu olarak hükmî şahısların istifade edebilecekleri şüphesizdir.

5 — Şimdiye kadar hükmî şahısların malik olabilecekleri, mameleke müteallik haklardan bahsettik. Bu hakların yanında diğer bazı haklar vardır ki, vasıfları itibarile hem para ile ölçülebilen haklara, hemde para ile ölçülemeyen haklara müşabihdirler ve iki sınıf hak arasında adeta köprü vazifesi görürler. Çünki, esas itibarile manevî olan kıymetleri yanında aynı zemanda iktisadî değerleri de vardır.

Bu haklar arasında sınaî, edebî mülkiyeti ve ferdin iktisadî şahsiyetini teşkil eden hakları zikredebiliriz: Hükmî şahısların alâmeti farikaya, ticaret ünvanına, işletme ve istihsal sırlarına hak iddia edebileceklerinden kimse şüphe etmez [32a].

Fakat ihtira beraatı ve müellif hakları için de böylemidir?

İhtira beraatı kanununun sureti tatbikini gösteren 9/7/928 tarihli talimatnamenin ikinci maddesinden ihtira beraatının ticarî şirketlere, yani hükmî şahıslara tanınabileceğini anlayoruz. Esasen borçlar K. nun 336 ıncı maddesi de bu görüşü takviye etmektedir. Bu madde hangi hallerde ihtiraın iş sahibine ait olacağını bildirmektedir. Yukarıda söylediğimiz şekilde hükmî şahıs iş sahibi sıfatile hizmet mu-

[32] a — Egger madde 28 N. 22: 53 N. 6 ;Federal mahkeme kararları,56.11. 24 (jdt, 1930, 194), 52. 11. 351 (jdt, 1929, 578); ihtira beraatı K.nun sureti tatbikini gösterir 9-7-928 tarihli talimatname: Madde 2, fıkra 2; ticaret kanunu, madde 41 ve müteakip.

40

kavelesi yapabileceğinden, işcilerden birisi bir ihtira vucude getirirse, bu ihtirai hükmî şahıs olan iş sahibine reddetmeğe imkân yoktur.

Telif hakkına gelince : 8/Mayıs/1326 tarihli hakkı telif K. nun 15 inci maddesi, devairi resmiye ile hükûmetçe tanınmış cem'iyat tarafından neşrolunan asar üzerindeki hakkı telifin neşreden daire ve cem'iyete ait olacağını, 27 inci maddesi de başkası nam ve hesabına çalışan muharrir ve san'atkârın, hususî bir mukavele olmadıkça, telif hakkını satmış olacağını kaydetmektedir ki, bu hükümler hükmî şahıslara müellifin halefi sıfatile telif hakkının tanınabileceğinin bir delilildir.

B — Para ile ölçülmesi kabil olmayan haklar.
(droits extrapatrimoniaux)

Fiksiyon nazariyesinin aksi iddialarına rağmen bu gün hükmî şahıslara para ile ölçülmesi kabil olmayan bir çok haklar tanınmaktadır. Hükmî şahıs, dahilî hayatını tanzim etmek ve maksadına erişmek için, bir çok kararlar almak ve bu hususta bir çok haklara sahip olmak mevkiindedir ki, bu hakların para ile ölçülmesi kabil olan haklarla hiç bir alâkası yokdur. Demek ki fiksiyon nazariyesinde bile hükmî şahıslara iktisadî ehemmiyeti olanlardan başka hakları da tanımağa mecburiyet vardır.

İktisadî olmayan bu hakları dört grupta toplayabiliriz :

I — Hükmî şahsın dahilî hayatına has olan haklar

II — Hükmî şahsın, şahsî istatüsünden doğan haklar (doits de statut personnel)

III — Şahsiyetin himayesine matuf olan haklar (droits de la protection de la personnalite)

IV — Dava açmak ve davada taraf olmak hakkı

I — Hükmî şahsın dahilî hayatına has olan haklar.

Hükmî şahıs dahilî hayatını tanzime ve gayesine erişmek için gayret sarfetmeğe mecburdur. Hükmî şahsın üyeleri veya faaliyetinden istifade eden şahıslar vardır. Üyelerin veya bu şahısların toplulukla münasebetlerini tayin ve tanzim etmek lâzımdır. Bu muameleler hükmî şahsa bazı hak ve salâhiyetlerin verilmesini icabettirir. Hükmî şahsın dahili hayatını tanzime matuf olan bu hakları topluluk hakları «droits sociaux» diye tavsif edebiliriz [33].

Bu hakları şu veya bu uzuv kullanır ; Fakat bundan bu hakların

[33] — Gierke, Genossen schaftstheorie, sahife 150 ; Michoud,la théorie de la personnalite morale, II sahife 7

o uzva ait olduğu manası çıkarılmamalıdır. Bu haklar hükmî şahsa aittir ve uzuvlar onları hükmî şahıs namına kullandıkları için, kanunî istisnalar mahfuz kalmak şartile, hükmî şahıs nizamnamelerile o hakları bir uzuvdan alıp diğerine verebilir.

II — Hükmî şahısların şahsî istatüsünden doğan haklar (droits de statut personnel)

Şahıslar hukukuna müteallik olan haklardan hükmî şahısların mahiyetlerile telif edilebilenlerin, bu şahıslara tanınması lâzımdır. Bu itibarla hükmî şahsın bir isme, ikametgâha (merkez) bir tabiiyete, bir mesleke, malik olabileceği hususunda tereddüt etmemelidir.

a — *İsim*, hakikî şahıslarda olduğu gibi, bir hükmî şahsada diğerlerinden tefrika yarar. Binaenaleyh hükmî şahıs alelade bir isme malik olabileceği gibi, ticarî şekilde her hangi bir işle meşğul olduğu takdirde, ticarî bir unvana da sahip olabilir ve neticeten ismin himayesine matuf olan medeni kanunun 25 ve 26 ıncı maddelerinden ve ticarî unvanları himaye eden ticaret K. nun 52 inci maddesinden istifade edebilir.

Bundan başka olarak hükmî şahıs isim değiştirmek için mahkemeye muracaata ve muhik sebebler iradına mecbur değildir.

b — Hükmî şahıs bir ikametgâha da malik olabilir (madde 49) eğer nizamnameler hükmî şahsın merkezi hakkında bir hükmü ihiiva etmiyorlarsa, bu merkez, muamelelerin tedvir olunduğu mahaldedir; fakat nizanameler merkezi tayin etmek hususunda en geniş selâhiyete maliktirler. Bu itibarla hükmî şahsın ikametgâhı temamile keyfî olarak tayin edilebilir demekte hata yokdur [34].

c — Tabiyet. Hükmî şahıslar, hakikî şahıslara tanınan manada, bir tabiiyete malik olamazlarsada, hangi hukukî sisteme, hangi kanuna tabi olduklarını ifade eden bir tabiiyete malik olabilirler. Bu manada hükmî şahıs ekseriya merkezinin bulundugu memleketin tabiiyetindedir [35].

d — Meslek. Hükmî şahıslara bir meslek sahibi olmak hakkını red etmek için meşru hiç bir sebeb bulunmadığından bu hakkın onlara tanınması lâzımdır; Çünkü, meslek bir çok zamanlarda topluluk hayatının bütün tezahürlerini ihtiva eder ve bu suretle hükmî şahsın mevzuu (but), meslekine müşabih bir karakter arzeder. Binaenaleyh hükmî şahsın tüccar, mümessil, komisyoncu olabileceklerini kabul etmek gerektir.

[34] — Egger, madde 56 N. 8

[35] — Arminjon, précis de dr. intern. privé, II sahife 17

Ticaret kanunumuz hükmî şahısların, şahıs şirketi olan kollektif ve komandit şirketlere aza olabilecklerini işaret etmişse de (Ticaret K. madde 147 N 2, 254) anonim ve limitet şirketlerle kooperatiflere aza olup olamıyacakları hususunu sukût ile geçiştirmiştir.

Bu sükûttan hükmî şahısların bu şirketlere âzâ olamıyacakları değil, bilâkis aza olabilecekleri neticesi çıkarılabilir. Çünkü şahsî itimat üzerine müesses olan şahıs şirketlerine aza olabilen hükmî şahısların, şahsî itimadın bahis mevzuu olmaıdğı sermaye şirketlerine aza olabilecekleri gayet tabiidir [36]. Hükmî şahısların şirket îdare meclislerine ve murakaba hey'etlerine aza olup olamıyacakları hususu bizim kanunlarımızda derpiş edilmemiştir; Fakat İsviçre borçlar kanunu hükmî şahısların murakıp olabileceklerini (726 III , 819 II , 906 IV) ve fakat idare meclisi azası olamayacaklarını (707 III 894 II) tasrih etmiştir. Bizde de hükmî şahısların idare meclislerine aza olabilmeleri kabul edilmese bile, murakaba hey'etlerine girebilmelerini kabul etmek lâzımdır. Çünkü, bu günkü ticaret hayatında yalnız murakaba işlerini kendilerine ihtisas yapan şirketler vucuda gelmiştir (İsviçre borçlar K.727 III, 906 IV).

Bu gün hâhim olan doktirin hükmî şahısların vasi, kayyım veya müşavir olamıyacaklarını fakat vasiyeti tenfiz memuru (497) ve 553 üncü maddede gösterilen terekeyi resmen idare edecek memur olabileceklerini kabul etmektedir [37].

III — Şahsın himayesine matuf olan haklar.

Bir varlığa hukukî şahsiyet tanımınca o şahsiyeti vucude getiren hukukî unsurları da himaye etmek lâzımdır. Medenî kanunumuzun 23 ve 24 üncü maddeleri umumî olarak işte bu himayeden bahsetmektedirler ve hükmî şahısların medenî ehliyetinden bahseden 46 ıncı maddenin ifade şekli hükmî şahısların bu himaye hükümlerinde istifadelerini men'edecek vaz'iyette değildir.

Kanunumuz şahsiyete bağlı olan hakları ayrı ayrı saymamış, bütün bu hakları «şahsî menfaat" mefhumu altında toplamıştır. Hükmî şahıs, bu şahsi menfaat mefhumu altında toplanan hakların hepsine bittabi malik olamaz. Çünkü o haklardan maddî mevcudiyet, sıhhat, his hayatı gibi bir çokları insanın yaradılış vasıflarına bağlı-

[36] — İsviçre barçlar kanununda hükmî şahısların kollektif şirketlere ve gayri mahdût mesuliyetli aza sıfatile komandit şirketlere aza olamıyacakları (552 , 594) ve fakat anonim şirketlere (707) kooparatiflere (828 , 921 , 925) ve limitet şirketlere (772) aza olabilecekleri sarahaten kaydedilmiştir.

[37] — V . Tuhr . allg . teil , I , sahife 595 Not 7 ; Capitaine; la liquidation officlle d'une succession, sahife 130; Tuor , madde 595 N. 3, 4; Egger madde 53 N.8

dırlar ve bu haklardan ancak hakikî şahıs olan insanlar istifade ederler. Fakat bir şahsın medenî hüviyetini veya iktisadî hayatını başka şahıslarınkinden ayırmaya yarayan isim, ticaret unvanı, fabrika ve ticaret markalarına teallûk eden hükümlerle bir şahsın hususî veya meslek hayatını himayeye matuf olan kususî hayat, meslek ve ticaret sırlarına müteallik hükümlerden hükmî şahısların istifade etmemeleri için hiç bir sebep yoktur.

Burada federal mahkemenin 1/ Mart/ 1938 tarihli bir kararının bir kaç satırını nakletmekle iktifa edeceğiz: «Şahsın derunî hayat hakkı bir çok modern hukukda olduğu gibi İsviçre hukukunda da hem umumî olarak, hem de fabrika ve iş sırları hukuku bakımından tanınmıştır. Bu hak, yalnız hakikî şahıslar lehine değil, fakat hükmî şahıslar lehine de tanınmıştır. İktisadî hayat sahası dahi kanunla himaye edilmiştir....» [38]. Demek oluyor ki mameleğe taallûk etmeyen haklardan da hükmî şahısların istifade etmeleri esas itibarile kabul edilmektedir. Fakat bu sahada münakaşayı mucip olan mes'ele, hükmî şahısların bir şerefe malik olup olmayacakları ve binnetice manevî tazminat isteyip isteyemeyecekleri mes'elesidir. Bir çok müellifler hükmî şahısların bir şeref ve haysiyete sahip olamayacaklarını ve manevî tazminat istemeğe hakları olmadığını iddia ederler [39].

Fakat diğer müellifler başkasının hürmet ve itibarının tahrik ettiği derunî aksülâmel manasına bir şerefin hükmî şahıslara ait olamıyacagını kabul etmekle beraber, içtimaî ve hukukî münasebetlerde bir şahsa atfedilen şöhret ve itibar manasına gelen şeref ve haysiyeti hükmî şahıslara reddetmek için bir sebep olmadığını iddia ederler. Federal mahkemede bu görüşü kabul ederek hükmî şahısların manevî tazminata hakları olduğunu kabul etmiştir. [40].

IV — Dava hakkı (Droit d'ester en justice)

Dava hakkı esas itibarile usul hukukuna ve bu itibarla âmme hukukuna ait bir mes'eledir, fakat maddî hukukun meydana çıkmasının teminatı olmasından dolayı, maddî hukuka taallûk eden diğer haklar arasında tedkik etmekte bir mahzur görmiyoruz.

Medenî haklardan istifadeye ehil olan şahıs dava hakkına da maliktir. Bu itibarla bir topluluğun hükmî şahıs alarak tanınma-

[38] — Federal mahkeme kararları, 64. 11. 169

[39] — V. Tuhr allg. Teil, 1 sahife 457; Baumgarten, die Wissenschaft vom Recht. 11 sahife 61.

[40] — Federal mahkeme kararları 31. 11. 246, 32. 11. 360, 53. 11. 326, 64. 11, 14; Hafter madde 53 N. 7; Egger madde 53 N. 11; Tuor, das schweiz. ZGB. sahife 98

sı o tapluluğun bu haktan istifadesi için kâfi olup, ticaret kanunumuzun yaptığı gibi (madde 122) hükmî şahısların dava açmağa ehil olduklarını ayrıca tasrih etmeğe lüzum yoktur. Böyle sarih bir hükme ancak, hükmî şahsiyeti olmayan bir topluluğa dava hakkı tanınmak istendiği zaman kat'i ihtiyaç vardır. Dava açmak ve davada taraf olmak ehliyeti uzuvlara veya üyelere değil hükmî şahsa tanınmıştır. Binaenaleyh hususî bir menfaat ihtilâfı olmadıkça bir üyenin hükmî şahsa ait bir davada şahit veya hâkim olmasına kanunî bir mani yoktur. Fakat hukuk usulü K. nun 28 inci maddesinin 4 üncü numarası mucibince, bir şahıs uzvu bulunduğu bir hükmî şahsın davasına hâkim olarak bakmaktan memnudur. Dava ehliyetinin neticesi olarak hükmî şahıs aktif veya pasif olarak icra veya iflâs ehliyetine de maliktir.

Hükmî şahıslar hususî hukuk haricinde âmme hukukunun da bazı hükümlerinden istifade ederlerse de bu mes'elenin tedkiki mevzuumuzun çerçevesi dahiline girmez.

45

No: 3

Ceza hukukunda yeni cereyanlar

Modern Ceza hukukunda Hatâ Meselesi

Yazan: Dr. İur Pulat Gözübüyük

Son zamanlarda Hatâ meselesi modern ceza hukukunda büyük bir inkişaf kazanmış ve bir çok cezacıların dikkatini üzerine çekmiş mühim bir meseledir. Türk ceza hukuku edebiyatında bu konuya ait şimdiye kadar hiç bir tedkika tesadüf edilmemiştir. Halbu ki avrupanın türlü milletleri hukuk edebiyatında mesele esaslı bir surette incelenmiş ve sistemleştirilmiştir. Böylece yeni bir olgunluk seyrini takip etmekde olan bu ilmî meselenin tahlili faydalı olacaktır. İşte bu yazının gayesi hatâ meselesinin mahiyeti, inkişaf ve neticelerini incelemekden ibarettir.[1]

Hatânın ceza hukukunda yerini belirtmek için her şeyden evvel kendisile doğrudan doğruya ilgili bulunan bir meseleden, Cezaî ehliyet (La capacité criminelle) den bahsetmek faydalıdır.

İşlenmiş bir suç mevcut olduğu zamandır ki cezaî ehliyet bahse mevzu olur. *Suç*, prensip itibarile ceza kanununa *aykırı şuurî* ve *iradî* bir fiildir. Bu tarife göre suç işlemek her şeyden evvel istemek, bu isteği kanunun emirlerine aykırı olarak tahakkuk ettirmek, icra etmekdir.

İstemek felan veya felan şekilde hareket etmeğe veya etmemeğe karar vermektir. Kanuna şuur ve iradesi ile aykırı bir şekilde hareket eden kimse kusurlu (coupable) dir. Bu keyfiyete ceza da SUÇLULUK (culpabilité) denmektedir. [2] Suçluluk ancak fiilin şuurî ve iradî olarak işlenmesi şartile mevcuttur. Şuhalde bu iki Pisikolojik vakıa suçluluğun temelini teşkil etmektedir. Suçluluğun mevcudiyeti manevî isnadiyet (L'imputabilité morale) in bulunmasına bağlıdır ve sonuncu birincinin ilk şartıdır.

[1] — Bilhassa işaret etmeliyiz ki bu yazı sırf bir Deneme'den ibarettir. Maksat mesele hakkında umumî bir tedkik yaparak işlenmesine vesile hazırlamaktır.

[2] — Bu izahatımız pek sayın üstadım André Mercier'nin doktrininden mülhem bulunmaktadır. Bak. André Mercier, Cours de droit criminel, Lausanne, 1940.

Manevî isnadiyetin esaslı unsurları, şuur ve irade dir. Bu unsurlardan biri veya her ikisi yok olur, bozulur, ortadan kalkar ise manevî isnadiyet doğamaz. Bu takdirde ona bağlı olan suçluluk'da yoktur. Başka deyimle şuur ve iradeyi ortadan kaldıran sebebler aynı zamanda suçluluğu yok eden, ortadan kaldıran sebeblerdir. [1]

İşte hatâ bu hallerden biridir. Hatâ bulunduğu takdirde suçluluk mevcut olamaz; çünkü, mademki şuur veya iradeyi yokeden bir sebeb vardır bu halde mevcut olmayan şuur ve iradenin kanuna aykırılığı bahse mevzu olamaz. Bundan dolayıdır ki kanuna aykırı iradenin hali demek olan suçlulukda mevcut olamaz.

Hatâ hakikatın görülmemesi, bilinmemesi sebebile işlenir. Ya failin düşündüğü şey ile hakikat birbirine uymamaktadır, ve yahut fail mevcut olan felan veya felan halin mevcudiyetini bilmemektedir. Mesele tamamile bir pisikoloji meselesidir. Failin iradesi hakikatın şu veya bu türlü keyfiyetine taallûk etmemekte, bir takım saiklerin tesiri altında yanlış kararlar almakdadır. Bu yüzden hakikat ile iradenin mevzuu olan şey arasında bir ilgi mevcut değildir. [2]

Ceza hukukunda hatâ meselesi suçluluğa bilhassa kasdî suçluluğa müteallik kaidelerle sıkı bir surette alâkalıdır.

Kasdî suçluluk (La culpabilité intentionnelle) bir mumnu fiilin şuur ve irade ile işlenmesi halidir [3]. Bilerek ve isteyerek bir suçun işlenmesi şartile kasdî suçluluk bulunabilir. Bu türlü kasit, suçun kanun tarafından tesbit edilen bütün maddî unsurlarını hedef edinmiş olmalıdır. Failin şuur ye iradesinin düşeceği bir hatâ yüzünden ortadan kalkacağının esas olarak alınması keyfiyetinden kasdî suçluluğun mevcut olamayacağını mantıkan istintaç etmek lâzımgelir. Buradan hareketle hatanın kanunî hükümlerle tanzimi ilk bakışta bilhassa hukukcu hâkimler için lüzumsuz görülebilir ise de bütün ceza hâkimlerinin hukukcu olmaması meselenin kanun hükümlerile tanzimi ihtiyacını zarurî kılmaktadır. Bundan başka, bazı hadiselerde hatanın suçun esaslı unsurlarından başka bir şeye taallûk etmesi halinde kasdî suçluluğa ait kaidelerden yapılan istintaclarla meselenin halli mümkün olamaz.

[1] — Mes'uliyet, manevi isnadiyet ve suçluluk meseleleri hakkında uzun analiz ve ceza felsefesi yönünden inceleme için bakınız:
Pulat Gözübüyük, La responsabilité pénale, Lausanne, 1941. sahife. 23 ve 116-118.

[2] — Iradenin ceza felsefesi yönünden incelenmesi hakkında fazla bilgi ve tafsilât için bakınız : Dumas Georges, Traite de psychologie , Paris 1934 . Tarde Gabriel,La philosophie penale„ Paris. Lèvy—Bruhl, L'idée de responsabilite, Paris, 1884. Pulat Gözübüyük, La responsabilité, pénale, Lausanne, 1941. vs.

[3] — Paul Logoz, Commentaire du Code penal suisse, s. 72, madde. 19.

Nihayet doktrinde ezcümle hukuka aykırı hareket etmek şuurunun, kasıtın unsurlarından biri olup olmadığı meselesi münakaşalıdır. Bu sebeble hatânın mes'uliyet üzerindeki tesirinin ne olacağını tedkik etmek zarureti vardır. [1]

Failin bir fiilî hal, hadise, maddî bir vaziyet hakkındaki düşüncesi hakikata tevafuk etmez, bu halde fiilî hatâdan bahsolunur.

Diğer tarafdan, failin düşüncesi bir hukukî kaidenin mevcudiyet veya tefsirinde hakikata uygun değildir. Fail ya böyle bir kaidenin bulunmadığı veya bu kaidenin varlığını bilmekle beraber tefsiri hususunda hakikattan ayrılmış bulunmaktadır. Bu takdirde hukukî hatâdan bahis olunur. Bu mahiyet ayrılığı sebebiledir ki cezacılar hatâyı tedkik ederken iki kategori, fiilî hatâ (Erreur de fait) ve hukukî hatâ (Erreur de droit) yı bir birinden ayırırlar. Mahiyetleri ayrı olduğu için bu hatâ nevilerine taallûk eden şartlar ve hükümlerde tabiatile farklıdır.

Avrupa devletleri ceza hukuku edebiyatında hatâ'nın başlı başına bir mesele olarak tedkiki çok yenidir. Bu sebebledir ki 19 uncu asırda yapılan ve neşredilen bir çok ceza kanunlarında hata'ya ait hükümlere raslanmaz. Meselâ, Fransız, Belçika, Holanda, ilh.. ceza kanunları gibi. 1889 tarihli İtalyan ceza kanunu (765 sayılı ve 1926 tarihli Türk ceza kanunu mehazı) hataya ait yalnız bir tek hüküm koymuştur. Bu da yalnız şahısda hatâ (Error Personae) ye münhasır bulunmaktadır. Buna karşılık yeni ceza kanunlarının çoğunda bu hususa ait hükümler vardır. Bu keyfiyet modern ceza hukukundaki yeni cereyanların müsbet hukuk üzerindeki bariz tesirinin misalidir. Pisikolojinin, soslojinin inkişaflarına müvazi olarak ceza hukuku ilmi, sözü geçen ilimlerin mütalâlarından mülhem olarak yeni bir inkişafa doğru ilerlemektedir. Hatâ meselesinin önemi bu devrimin tabiî seyrinde aranmalıdır.

Hatâya müsbet hukukda, kanunlarda yer ayıran devletler ezcümle İsviçre Vaud kantonu ve İsviçre birleşik devleti dir.

Buraya kadar verdiğimiz zarurî izahdan sonra sistemli olarak tabiatları farklı olan çeşitli hataları ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.[2]

1 — Fiilî hatâ

Fiilî hatâyı doğuran, hadiselerin, maddî vakıaların yanlış bir surette kıymetlendirilmesi, takdiri, ölçülmesidir. [3]

[1] — Aynı eser, sahife. 72.

[2] Vaud kantonu ceza kanununun 15 ve 16 ıncı maddelerinde yalnız fiilî hatâdan bahis etmekde, hukukî hatâya ait hüküm koymamaktadır.

[3] Yeni İsviçre ceza kanunu fiilî hatâ tabiri yerine "hadiselerin hâtalı takdiri„ tabirini kullanmaktadır. Bak, madde. 19, ve matlabı.

Maddî bir hal ve vaziyet hakkında aldanıldığı takdirde fiilî hatâ veya fiilde hatâ vardır. [1]. Ceza hukukundaki yeni doktrinler fiilî hatânın mes'uliyeti ortadan kaldıran bir sebeb olduğunu ortaya atmakda ve müdafaa etmektedirler. Bu fikir kanaatımızca çok doğrudur. Doğrudur, çünkü, mes'uliyetin temeli şuur ve iradenin muayyen bir fiile tâallukudur. Hatâ halinde irade işlenmiş fiile müteallik değildir.

Başka deyimle, kanunca suç sayılan bir fiil manevî unsurun iştiraki olmaksızın işlenmiş demektir. Manevî isnadiyet (L'imputabilité morale) yoktur, bu sebeble meu'liyet de doğamayacaktır. Bu kaide latince olarak: Voluntas non fectum puniendum est» tarzında ifade edilmiştir.

Bir kahve fincanının içine bir miktar şeker koyduğu zannile hatâen arsenik koyarak bir ferdin zehirlenmesine sebebiyet vereni zehirleme cürmünün suçlusu olarak hakkında takibat yapılıp mahkûm edilemez. Ancak fiilî hatâ ihmal, tedbirsizlik gibi bir kusurdan doğmuş olmaması şartile mes'uliyeti ortadan kaldırır. Eğer faile kusur (la faute) isnadı münmkün ise mes'uliyetten tamamen muaf tutulamaz. İşlenmiş fiilin ve kusurun mahiyet ve derecesine göre az çok bir cezaya çarpacakdır.

Eski cezacılar, Roma hukuku bilginleri *sakınılmaz hatâ* (L' erreur invincible) dan bahsederler. Sakınılmaz veya çekinilmez hatâ halinde faile isnad edilebilecek bir kusur yoktur. Bir yabani domuza ateş ederek öldürdüğüm kanaatindeyim. Fakat içinde bulunduğum vaziyet ve merminin mümkün ve muhtemel istikameti her makul insanda tüfeğin ateş menzilinde bir avcı yahut bir yolcu bulunabileceği şüphesini doğnracaktır. Acaba bu misalde fiilî hatâ ile işlenmiş bir adam öldürme cürmü varmı dır? Bütün dikkat ve ihtimamı yapmış olsaydım böyle bir hatâya düşmüş olmayacakdım, şuhalde kusurluyum. [2] Bu misalde hatâ, kusurdan doğmakda olduğundan mes'uliyeti ortadan kaldıran bir sedeb sayılamaz.

Hiç bir kusurun mevcut olmadığı kaza (Le cas fortuit) ve kasıtsız kusur hallerinde işlenmiş olan bir suçdan dolayı yalnız sebebiyet bakımından fail mevkiinde bulnan bir ferde bu suç isnad olunamaz. Çünkü, birinci halde yani kazada kusur yoktur, ikinci halde ise kusur kasıtsızdır. (La faute inintentionnellé).

---

[1] Fiilî hatâ veya fiilde hatâ: Bu tabirleri eçık bir ifadeyi temin için aynı manada kullanıyoruz. Maksat fiilî bir vaziyet, şart, hal hakkında yanlış bir takdirde bulunma kiyfiyetidir. Henri Capitant, Vocabulaire juridique'inde fiilî hatâ, maddî bir hâl hakkında aldanmaktır, diyor.

[2]. René Garraud, Traité théorique et pratique du droit pènal,3e édit, cilt. 1, sahife, 605.

Laborde, Précis de droit pénal, 3e édit, no: 159.

Bir takım yabancı ceza kanunları cezaî mes'uliyeti doğuran bir kusur bulunduğu takdirde fiilî hatânın bu mes'uliyeti kaldıran bir sebeb olamayacağını ifade etmektedirler. Alman ceza kanunu (§ 59), Macar ceza kanunu (§ 94,) İsviçre ceza kanunu (madde, 19, fıkra, 2) bu cümledendir.

Fiilî hatâ türlü şekillerde doğabilir. Suça hedef olan kimsenin hüviyetine, suçun esaslı unsurlarından birine, ve nihayet fiilin neticelerine mütaallik olmak üzere bir kaç şekilde olabilir. [1]. Kısaca bunlardan bahsetmek faydalıdır.

1 — Hüviyette hatâ (L' error personas):

Hüviyette fiilî hatâya düşülmesi himaye edilecek bir keyfiyet olarak düşünülmemekdedir. Bir kimse öldürmek isdediği şahıs zannile hataen diğer birini öldürüyor. Adam oldürme cürmü teşekkül etmiştir Bu cürümde unsur mücerret «hayatta bulunan insan» olduğundan suça hakikatta hedef olanın felan veya falan şahıs olmasının ehemmiyeti, bu suçun teşekkülü bakımından, yoktur.

Hüviyette (Şahısda) hiç bir hatâya düşmeksizin isabetli ateş edilmemesi yüzünden merminin bir başka kimseye rastlaması halinde de vaziyet aynıdır .Bu hadisedeki hatâ suçluluğu kaldıran veya azaltan bir sebeb sayılmamaktadır. Çünkü bütün bu hadiselerde failin az çok kusuru, tedbirszliği, dikkatsizliği vardır.

2 — *Suçun esaslı unsnrlarının birinde Fiilî Hata :*

Suçun esaslı unsurlarından birinde hatâ mes'uliyeti bazı şartlar altında ortadan kaldırır· Bu meseleyi tedkik ederken kasıtlı ve kasıtsız suçlar ayırımını yapmak muvafık olur. Kasıtlı suçlar, teşekkülleri kasdın bulunmasını şart kılan cürümlerdir. Kasıtsız suçlar ise doğuşları kasıdın bulunmasına bağlı bulunmayan suçlardır. Bu suçların mahiyet farkları itibarile hatayı her iki nevi suçda ayrı ayrı araştırmak zaruridir.

A — Kasıtlı suçlar (Delits intentionnele):

Kasıtlı suçların esaslı unsurlarından birinde fiilî hatâ suçluluğu kaldırır. Böyle bir vaziyette hatânın mevcudiyeti cürmi kasıtın bulunmasına manidir. Hatâ neticesinde işlenmiş bulunan fiiller failin Hakiki iradesinin ifadesi olarak alınamaz. [2].

B — Kasıtsız suçlar (Délils non intentionnels) :

Kasıtsız suçların esaslı unsurlarından birinde fiilî hatâ, bu hatâ failin bir kusuruna isnad edilmemek şartile, suçluluğu kaldırır.

[1]. Donnedieude Vabres, Traité élémentaire de droit criminel, s. 89-93.

[2]. Sayın üstatdım André Mercier hatâyı tedkik ederken suçları böylece ilmî bir tasnife tâbi tutmaktadır. Bak.A,Mercier. Gocrs de droit criminel.

50

Faile isnad edilebilecek hiç bir kusur olmadığı takdirde, kendisi mes'ul tutulamayacaktır. Kusur tedbirsizlik, dikkatsizlik veya ihmal şekillerinde belirebilir.

Umumiyetle suçun esaslı unsurlarından birinde hatâ bazan suçun temamen ortadan kalkmasına sebeb olur. Meselâ bir kimse dul bir kadınla evlendiği zannile hakikatta evli bir kadınla evleniyor. Bu şekilde hatâen evlenen bu şahıs hakkında ikinci defa evlenmek suçuna ortak sıfatile takibat yapılamaz.

Fiilî hatâ bazan suçun mahiyetini değiştirmek suretile belirir. Bu suretle bu hatâ kasıtlı bir suçu kasıtsız olan, ihmalden doğan bir suça tahvil eder. Meselâ, bir kimse doldurulmuş olmadığı inancile eline aldığı bir silahı diğer bir kimseye karşı ateş ederek öldürüyor. Ateşi açan bu kimse hakkında adam öldürmekden değil tedbirsizlik ile ölüme sebebiyet cürmünden takibat yapılacaktır.

Nihayet fiilî hatâ bazan cezanın azalmasını intac ettirir. Meselâ, diğer bir kimseyi öldürdüğü zan ve inancile babasını öldüren fail hakkında baba öldürme cürmünden değil âdi adam öldürme cürmünden dolayı takibat yapılır. [1] Söz arası şunu ilâve edelimki Türk ceza kanununda baba öldürme müstakil bir suç olmayıp, adam öldürmenin ağır bir şeklidir.

3 — Suçun neticelerinde fiilî hatâ:

Suçlu suçun işlenmesinden doğacak bütün neticeleri hatâ sebebile önceden kesdirememiştir. Acaba suçlu bütün bu neticelerden mes'ul sayılacak mıdır? Bundan başka bu neticelerde hatâsı mes'uliyti üzerinde nasıl müessir olacakdır?

Fransız ceza kanunu bu suretle işlediği şuçun bütün neticelerini hatâen kesdiremeyen faili bu neticelerdende mes'ul saymakda ve cezasını artırmakdadır. Fransız ceza kanunu, madde, 434, son fıkra.

Fakat bu ictihat hiç bir suretle adâlet ve ictimaî menfaat prensiplerine uygun değildir. [2]. Suçlunun normal bir surette fiilinin husule getirebileceği, kendisinin mâkul bir surette mülâhaza edeceği, neticelerden mes'ul sayılması ilmî bir hal tarzıdır.

Failin hatâsı kanunî veya takdirî ağırlatıcı veya hafifletici sebelere mütaallik olabilir. Bütün bu çeşitli hatâ hallerinde failin yalnızca böyle bir hatâya düşmüş olduğunu bildirmesi, ileri sürmesi

[1] Donnedieu de Vabres, Traiti élémentaire de droit criminel, s. 90.

[2] A. Roux, Traité élémentaire de droit pénal, Paris, 1927, sahife. 179

kâfi değildir. Hatanın Hâkime kanaat verici delillerle isbatı zarurî bir şarttır. Hâkim, hatanın nazara alınması suçlnuun lehine olması halinde tedkik edecek ve serbestce bir mikdar ceza tayin edecek veya suçluyu büsbütün cezadan muaf tutacaktır.

Fiilî hatanın hükmünü İsviçre umumî ceza kanunu şöyle formülleştirmiştir: „Hadiselerin hatalı bir surette takdiri neticesi olarak işlenen suçda, lehine olduğu surette suçlunun mes'uliyeti bu hatâlı takdire (L'appréciation erronée) göre tayin edilir." madde, 19/1.

Kanun bu suretle hâkime geniş bir takdir hakkı tanımaktadır.

«Devamı Vardır»

52

No : 4

Nafaka ilâmlarının icrasından mütevellit başlıca hukukî mes'elelerin tetkiki

Yazan:
Dr. Amil ARTUS
İstanbul İcra Muavin Hâkimi

Plân

I. Mevzuun izahı.
II. Muhtelif nafakalar:
1. Tedbir nafaksı.
2. Yoksulluk nafakası.
3. Çocuk nafakaları:
A. Nesebi sahih çocuklar lehine hükmedilen nafakalar.
B Nesebi gayri sahih çocuklar lehine hükmedilen nafakalar.
4. Bazı kan hısımları arasındaki nafaka.
III. Nafaka ilâmları ve takip hukuku:
A. Tedbir nafakası:
I. Nafakanın iptidası (muhtelif ihtimaller)
II. Nafakanın sonu.
B. Yoksulluk nafakası:
I Nafakanın iptidası
II. Nafakanın sonu
C. Çocuk nafakaları:
I. Nesebi sahih çocuklar lehine hükmedilen nafakalar:
a. Boşanmadan evvel.
b. Boşanmadan sonra:
1. Nafakanın mebdei
2. Nafakanın sonu:
aa. Rüşt hali
bb. Vefat hali
cc. Evlenme hali

II. Nesebi gayri sahih çocuklar lehine hükmedilen nafakalar:
a. Nafakanın mebdei (muhtelif haller)
b. Nafakanın sonu.
D. Usul ve furuğ ve kardeşler arasındaki nafaka:
1. Nafakanın mebdei
II. Nafakanın sonu
IV. Nafaka ilâmlarına müstenit İcra emrine karşı itiraz ve defiler:
A. Müruru zaman def'i
B. Takas def'i
C. Haricen vaki tediye iddiası.
a. İlâm sadır olmadan evvelki tediyeler.
b. İlâm sadır olduktan sonraki tediyeler.

1. Mevzuun izahı. - Bu yazımızda İcra dairesine tevdi edilen bir nafaka ilâmının infazından mütevellit ve takip hukukuna müteallik muhtelif meseleleri tetkik etmek istiyoruz. Nafaka ilâmı İcraya tevdi edilerek takip talebinde bulunduğu tarihten itibaren İcranın nihayet bulduğu tarihe kadar İcra memuru muhtelif meselelerle karşı karşıya dır ki mevzuatımızda bu meselelerin hepsine sarih cevaplar verilmiş olmadığı için tatbikatta daima tereddütler ve muhtelif İcra daireleri arasında zıt içtihatlar hasıl olmaktadır. Nafaka ilâmların İcrasına temas eden kanunî hükümlerin tefsir ve tatbikinde muhtelif İcra organları arasında mevcut bu noktai nazar farkları nasıl izale olunabilir? Takip hukukuna ve esas hukuka ait meseleler üzerinde mevcut bu tereddüt ve ihtilâflar başta Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs dairesi olmak üzere mahallî Merci hâkimlerinin hâdiseye temas eden hukukî kaideler üzerinde tesis edecekleri vazıh ve sarih bir içtihatla hallolunabilir ki bu içtihat İcra daireleri için de direktif mahiyetinde olacaktır. Meselenin ehemmiyetini anlatmak için nafaka işlerinin İcra dairesinde çok büyük bir yekûna baliğ olduğuna da burada ışaret etmek isteriz. Yalnız İstanbul İcra dairelerinde mevcut nafaka dosyalarının 8000 ni mütecaviz olduğu ve bu rakamın derdest işlerin takriben üçte birine yaklaştığını kaydedersek nafaka işlerinin takip hukukumuzda işgal ettiği mühim mevki hakkında küçük bir fikir vermiş oluruz.

Aşağıdaki satırlarda nafaka ilâmlarının icrasından mütevellid hukukî meseleleri Temyiz mahkemesi İcra ve İflâs dairesi içtihadlarını mebde ittihaz ederek tetkik edeceğiz. Bu suretle bütün icra dairelerince bu meseleler de ittihaz edilmesi lâzım gelen müttehid ve müşterek içtihadı tebarüz ettirmeğe çalışacağız.

II — Dört nevi nafaka tasavvur etmek mümkündür:

I — Haklı bir sebeble kadın kocasından ayrı yaşadığı takdirde kocanın vermeğe mecbur olduğu nafaka. Bu (le devoir d'entretien du mari) denen kocanın karıyı iaşe ve ibate mükellefiyetinin ayrı yaşamak dolayisile nakde tahavvül etmesinden mütevellit bir nafakadır. Bu nafakaya tatbikatda (tedbir nafakası) ismi verilmektedir. Şu aşağıdaki hallerde böyle bir nafaka mevzubahs olabilir:

a) — müşterek hayatın devamı yüzünden sıhhatı, şöhreti veya işinin terakkisi ciddi surette tehlikeye düşen ve bu yüzden ayrı bir mesken ittihaz eden karı lehine sulh hâkimi tarafından tedbir nafakası hükmedilebilir. (K. M. 161/162 f. I. 3. 152)

b) — boşanma veya ayrılık davası ikame edildikden sonra kadın kocasından ayrı yaşamak hakkına malikdir. Bu takdirde keza kadın lehine nafaka hükmolunabilir. (K. M. 162. f. 2. 3.)

c) — koca evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadiyle ve muhik bir sebeb olmaksızın karısını terk ettiği takdirde kadın muayyen müddetin hitamında ihtar davası açabileceği gibi daha evvel nafakada talep edebilir. (K. M. 132, 162 f. 3)

d) — medeni kanunun 138, 139 uncu maddelerine tevfikan ayrılığa hükmedildiği takdirde eğer daha evvel nafaka talep edilmemiş ise karının talebi ile tedbir nafakası hükmedilebilir.

Bütün bu hallerin müşterek bir vasfı vardırki oda karı koca arasında evlilik rabıtasının zeval bulmamış olmasıdır. Bu nafaka sulh mahkemesinde [1] tahtı hükme alınabileceği gibi boşanma veya ayrılık davası cereyan ederken asliye mahkemesinden de talep olunabilir. Esas itibariyle tedbir nafakasının takdiri için boşanma davasının ikame edilmiş olması meşrut olmayıp ayrı yaşamakda haklı olmak kâfidir [2].

2 — Yoksulluk nafakası — boşanma neticesinde büyük bir yoksulluğa düşeceği anlaşılan tarafa [3], diğer tarafın kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka hükmedilebilir.

[1] "Bu tedbir nafakası davalarında hukuk usulü muhakemeleri kanununun 500 üncü maddesinde yazılı aile Birliğinin korunmasına matuf umumî hükümlere tevfikan salâhiyet aranması meselenin gereklendirdiği sür'at ve sühulete, kanunun istihzan eylediği amaç ve ereğe münafi olacağından bu kabil tedbir dileklerinde salâhiyet mevzubahs olamaz.„ Temyiz mahkemesi tevhidi lçtihad kararı. Temyiz mahkemesi hukuk kararları sene 935 sahife: 211.

[2.] Temyiz mahkemesi hukuk kararları. Sene 1935, sahife: 234.

[3.] Kanunun mutlak ifadesine göre eğer şartları mevcudsa koca lehinede nafaka hükmolunabilir.

55

Lehine nafaka hükmedilen tarafın kabahatsız olması şartdır. Fakat nafaka vermeğe mahkûm edilebilmek için mutlaka kabahatli olmak, boşanmaya sebebiyet vermiş bulunmak şart değildir. (K. M. 144) Bu nafakaya tatbikatta (yoksulluk nafakası) denir. İsviçre hukukunda (Pension alimentaire) tabiri kullanılır. Bu nafakanın tedbir nafakasından en mühim farkları şunlardır:

a. Yoksulluk nafakası muayyen bir zaman için, yani bir sene müddetle hükmolunur. Tedbir nafakası ise tedbiri ihtiyatî mahiyetinde olduğundan bu tedbirin ittihazını icab ettiren ahval ve şerait devam ettiği müddetce devam eder.

b. Tedbir nafakası taraflar arasında henüz karı kocalık rabıtası devam ederken hükmolunur. Ve bu nafakanın hukukî sebebi, mesnedi bu zevciyet rabıtasıdır. (K. M. 151, 152 ye bakınız.) Koca, kadını iaşe ve ibase ile mükellefdir. Halbuki yoksulluk nafakasında artık zevciyet rabıtası hitam bulmuşdur. Karı kocalık rabıtası kalmamışdır. Fakat boşanma ile büyük bir yoksulluğa düşeceği anlaşılan kabahatsız tarafa diğer tarafın muayyen bir müddet yardım etmesi adalete uygundur. Çünkü büyük bir yoksulluğa düşen (bu ekseriya kadındır) kabahatsız taraf evlilik vaziyetinin kendisine temin ettiği menfaatleri ve müesses bir vaziyeti birdenbire kaybetmişdir. Cemiyet içinde tekrar kendisini toparlıyabilmek, mevki yapabilmek veya iş bulabilmek için zamana ihtiyacı vardır. Tekrar evlenmek istiyen kadının boşanmayı müteakip 300 gün beklemesi lâzımdır. (K. M. 95) İşte bu sebebler dolayisiyle boşanmayı intaç etmiş olan hadiseleri hazırlamamış bulunan, yani kabahatsız olan tarafın imdadına yetişmek ve kendisine diğer tarafın kudretiyle mütenasip bir yardımda bulunmasını kabul etmek adalete muvafıkdır.

c. tedbir nafakasını boşanma veya ayrılık davası açılmadan evvel sulh mahkemesi hükmedebildiği halde yoksulluk nafakasını mutlaka asliye mahkemesi hükmeder. Bu nafaka hemen ekseriya boşanma kararıyle beraber tahtı hükme alınır.

3 — Çocuk nafakaları — Bunu ikiye ayırmak icab eder:

A. nesebi sahih çocuklar lehine hükmedilen nafaka.

B. nesebi gayri sahih çocuklar lehine hükmedilen nafaka.

A. Nesebi sahih çocuklar lehine hükmedilen nafaka — burada yine bir tefrik yapmak münasip olur:

a. boşanmadan evvel — Kanunu medeninin 261 inci maddesi hükmüne göre nesebi sahih çocuğun iaşe ve terbiyesine muktezi masraflar, kendilerinin mallarını idare hususunda kabul ettikleri usule göre, ana babaya terettüp eder. Şu halde ana ve baba arasında

mal avrılığı sistemi mevcud ise - ki memleketimizde ekseriyetle vaziyet böyledir — ana ve babanın malî kudretleri nisbetinde çocuğun iaşe ve terbiye masraflarına iştirakleri lâzım gelir. Karı koca arasında evlilik münasebeti devam etmekle beraber yukarıda gördüğümüz sebebler dolayısiyle (yukarıda I. II ye bakınız) ayrı yaşıyorlarsa her iki tarafda yanında kalan çocuğun iaşe ve terbiye masraflarına diğer tarafın iştirakini talep edebilir. Eğer boşanma veya ayrılık davası da açılmış ise bu ciheti esas davaya bakan mahkeme tanzim eder. (K. M. 151, 152, 261)

b . Boşanma kararından sonra - Boşanma veya ayrılık kararı verildiği takdirde hâkim ana ve babayı dinledikden sonra, ahval ve şeraite, çocuğun yaşına, tarafların içtimaî vaziyetlerine göre velâyet hakkının hangi tarafa verilmesi lâzım geldiği hakkında bir karar ittihaz eder. Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükellefdir. (K. M. 148. f. I. 2.)

B. Nesebi gayri sahih çocuklar lehine hükmedilen nafaka. — Evlilik haricinde doğan çocuğun babaya nisbeti babalık hükmü veya tanıma suretile taayyün ettiği takdirde, hâkim ana ve babanın içtimaî vaziyetlerine göre çocuğa bir nafaka bağlar. (K. M. 310, 312.)

Bundan başka, babalık davasında, kanunun tayin ettiği haller haricinde (K. M. 310.) ahvali şahsiyeye aid bütün netayici ile birlikde babalığa hükmedilemezse de çocuk lehine babanın nakdî tediyatta bulunmasına karar verilebilir. (K. M. 297, 306) bütün bu hallerde babanın tediyesile mükellef tutulacağı nafaka, çocuğun iaşe ve terbiye masraflarına adilâne bir iştirak teşkil edecek mahiyette olmalıdır. Nafaka, bu son halde, çocuk on sekiz yaşını bitirinceye kadar ve hâkimin tayin edeceği zamanlarda peşin olarak verilir. (K. M. 306. f. 3)

4. Bazı kan hısımları arasındaki nafaka. – Bu, usul ve furuğ, erkek ve kız kardeşler arasındaki nafakadır. (K. M. 315. 316.) buna İsviçre hukukunda «La dette alimentaire» [1] denir. Kanunumuz buna sadece nafaka ismini vermişdir. Usul ve füruğ fakruzaruret halinde birbirlerine yardım ile mükellefdirler. Erkek ve kız kardeşler arasında ki nafakada ise müddeaaleyhin halirefahda olduğunun tahakkuku lâzımdır. [2] Nafaka borcu yaşamak için zaruri olan her şeyi ihtiva eder. İlbas, ibate, iaşe gibi. [3] Nafaka telep eden şu cihetleri isbatla mükellefdir:

[1] F. Aslaner L' obligation alimentaire entre parents. Lausanne 1940 adlı esere bakınız.

[2] Temyiz mahkemesi hukuku kararları. sene 1938 sahife 233

[3] Planiol — Ripert. Traité Elémentaire T. I. n. 681, Rossel t. ı. n. 715

57

1. zaruret içinde bulunduğunu. Bu zaruretin sebebleri nafakanın takdirine kat'i surette müessir değildir. Bu zaruret kaza, hastalık, israf veya sui idareden mütevellid olabilir. Mehazimiz olan İsviçre medenî kanunu ve bizim medenî kanunumuz Alman medenî kanununun 1611 inci maddesine benzer bir hükmü ihtiva etmezler. Alman medenî kanununun sözü geçen maddesine göre kendi hatası ile zarurete düşen kimse ancak yaşaması için en fazla lüzumlu olan asgarî mikdarı talep edebilir .

2. Kendi kazancı ve menabii ile bu zarureti gidermeğe muktedir olamadığını.

III. Kısaca hatırlattığımız bu dört nevi nafakaya aid ilâmların şimdi takip hukukuna müteallik cephelerini görelim:

A. Tedbir nafakası.

I. Nafakanın iptidası: Bunu tayin için evvelâ ilâma bakılır; ilâmda ekseriya bu hususda sarahat mevcuddur:

1 — Nafakanın dava tarihinden itibaren hükmedilmiş olduğu ilâmda yazılı olabilir. Bu takdirde bu tarihden itibaren nafakayı hesap etmek zaruridir.

2 — Nafakanın ilâm tarihinden itibaren hükmedilmiş olduğu ilâmda yazılı olabilir. (Bu günden itibaren, veya ilâm tarihinden itibaren .....) gibi tabirlerle bu husus temin edilmişdir. Bu takdirde yine mesele basittir. İlâm tarihinden itibaren nafakanın hesap edilmesi lâzım gelir.

3 — Bazen ilâmda nafakanın mebdei hakkında sarahat yokdur. Bu ihtimal nadir olmakla beraber vukua gelebilir. Bu takdirde üç tarzı hal mevcuddur:

1 — Nafaka için dava ikamesi tarihini mebde ittihaz etmek. Nafaka boşanma veya ayrılık davası ceryan ederken talep edilmiş ise talep tarihini mebde olarak kahul etmek.

2 — İlâm tarihini mebde ittihaz etmek.

3 — İlâmın kat'ileşdiği tarihi mebde ittihaz etmek.

Tatbikatta hâkim olan reye göre, taraflar aid olduğu mahkemeden tavzihi karar yolu ile, hilâfına bir karar getirmedikçe ilâm tarihini mebde ittihaz etmek muvafık olur.

Bütün bu hallerde müşterek olan bir noktanın halli lâzımdır: Eğer nafaka ilâmı nafakaya mahkûm olan şahıs tarafından temyiz edilmiş ise ve bu şahıs icra dairesine müracaatla icra ve iflâs kanununun 36 ıncı maddesi mucibince teminat göstermeğe amade olduğunu ve temyiz mahkemesinden tehiri icra kararı isteyeceğini beyan ederek mühlet isterse bu talep kabul olunacak mıdır? burada hu-

kuk usulü muhakemeleri kanununun 443 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesindeki hüküm meseleyi halle kâfidir. Bu hükme göre borçlu mahkûminbih nisbetinde teminat gösterirse temyiz mahkemesinden tehiri icra kararı verilmesini talep edebilir, fakat nafaka hükümleri müstesnadır. Yani nafaka mevadında teminat dahi gösterilse tehiri icra kararı verilmez, binnetice icra dairesi derhal icraya başlayıp borçluya hiç bir vechile mühlet veremez.

II. Tedbir nafakasının sonu: Burada da muhtelif ihtimaller mevcuddur:

1 — Taraflar barışarak tekrar müşterek hayata avdet etmiş olabilirler. Lehine nafaka hükmedilmiş olan kimse barışdıklarını icra zaptına geçirterek takibin durdurulmasını talep etmiş olabilir. Bu takdirde takip durur. Binnetice borçlunun maaşı üzerine mevzu bir haciz mevcud ise kaldırılır. Bir müddet sonra tarafların tekrar darılmaları ve fiilen birbirlerinden ayrılmaları halinde tekrar mahkemeye müracaatla nafakaya hükmettirmek lâzımdır. Evvelki ilâma istinad ederek icraya devam olunamaz. Çünkü nafaka talep edenin ayrı yaşamakda haklı olup olmadığını ve ne mikdar muavenete muhtaç olduğunu ancak hâkim takdir edebilir. Yeni bir vaziyet mevcud olduğuna göre tekrar hâkimin huzuruna gidilmesi iktiza eder. Filhakika temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin bir kararında [1] deniliyorki (nafaka ilâmını icraya vaz eden alacaklı ile borçlu kocasının barışıp bir araya gelmeleri ile mezkûr ilâm hükümsüz kaldığı ve alacaklının nafaka hakkında tekrar bir hüküm almadıkça barışma tarihinden itibaren hükmü kalmayan mezkûr ilâmla nafaka istemeğe hakkı bulunmadığı halde mercice hükümden düşen mezkûr ilâmın icrası lâzım geldiğinden bahsile .....) icranın devamına karar verilmesi yolsuz ve bozmayı mucibdir.

Acaba nafaka alacaklısı, barışmadan evvel, tekrar darıldıkları takdirde ilk nafaka ilâmına müsteniden icranın devam etmesini şart etse ve borçlu da icra zaptında bunu kabul etse yine bu kaidemi tatbik olunur? Yani böyle bir şart muteber midir? Böyle bir şartın muteber olamayacağı yukarıdaki izahatımızdan kolayca anlaşılır. Tatbikatta bu şart ile barışmak üzere icraya müracaat edenler çoktur; icra memurunun vazifesi böyle bir şartın muteber olmadığını kendilerine ihtar etmektir. Nafaka alacaklısı eşi ile barışıp eşinin maaşı üzerine mevzu haczin fekkini istemiş ise acaba onun bu talebi müterakim nafakadan da feragatı tazammun eder mi? Cevabın müsbet

[1] — Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesi kararı : 29/1/940 tarih 307 esas 343 karar numaralı (bu karar henüz neşredilmemişdir).

olması için hiç bir mantıkî zaruret yoktur. Netekim temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesi alacaklının kocası ile barışıp mevzu haczin fekkini istemesini müterakim nafakadan feragat şeklinde kabul eden bir icra hâkimliğinin kararını bozmuştur. (İcra ve iflâs dairesi kararı 21/3/941 ve 27/33 No.)

2 — Tedbir nafakası boşanma ilâmı ile kat edilmiş olabilir. Bu takdirde yine muhtelif ihtimaller mevcuttur:

a. Boşanma ilâmında tedbir nafakasının ne günden itibaren kesileceğine dair sarahat vardır; meselâ ilâm tarihinden itibaren evvelce tekdir edilmiş olan tedbir nafakasının kat'ına karar verilmiş olduğu ilâmda yazılı olabilir. Bu takdirde bu tarih esasdır. Fakat boşanma ilâmı temyiz edilmiş ise veziyet ne olacaktır? Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 443 üncü maddesi mucibince aile ve şahsın hukukuna müteallik hükümler kat'ileşmedikçe infaz edilemezler. Boşanma kararı ile beraber tedbir nafakasının kesilmesine dair verilen karar da aile hukukuna aid bir hüküm olmak itibarile bu maddenin şümulüne girer mi? Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesi bu suale müsbet cevab vermiştir [2]. Bunun manası şudur: Boşanma ilâmında tedbir nafakasının ilâm tarihinden itibaren kesilmesine karar verilmiş olduğu halde ilâm temyiz edildiği ve binnetice henüz kat'ileşmediği için tahsilâta devam etmek lâzım gelecektir. Temyiz mahkemesi ilâmı tasdik ederek ilâm kat'ileşirse tedbir nafakasını derhal kat etmek lâzım geldiği gibi ilâm tarihi ile hükmün kat'ileşmesi tarihleri arasında tahsil edilmiş olan nafakanın borçluya iadesi icabeder. Bu ise nafakaya muhtaç olanların malî durumlarına göre ekseriya çok müşküldür. Bu sebeble tatbikatta icra dairelerinin tevessül ettiği bir tedbir mecuddur:

Eğer boşanma ilâmında nafaka ilâm tarihinden itibaren kat edilmiş olup da ilâm da temyiz edilmiş ise temyiz tedkikatı neticesine kadar nafaka tahsil olunmakla beraber para icra veznesinde mahfuz tutulmakta, nafaka alacaklısına verilmemektedir. Eğer temyiz tedkikatı neticesinde ilâm tasdik edilirse aile hukukuna aid olan hüküm kat'ileşmiş ve artık infazına bir mani kalmamış olduğundan nafakanın tahsiline nihayet verilmekle beraber ilâm tarihinden itibaren ilâm kat'ileşinceye kadar geçen zamana aid olup icra veznesinde teraküm etmiş bulunan nafaka borçluya iade olunur. Eğer ilâm temyiz mahkemesince nakzedilirse veznede birikmiş olan nafaka alacaklıya verilir ve icraya devam edilir. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi bu daha ziyade nafaka borçlusunun lehine ittihaz edilmiş bir ted-

[2] Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesi K. 27/10/939, esas: 4101, karar 4621.

60

birdir çünkü bu suretle ilâmın temyiz mahkemesince tasdik edilmesi halinde hiç müşkilâta uğramadan geri alması lâzım gelen parayı alabilmektedir. Vakıa tedbir nafakasına boşanma kararı tarihinden itibaren nihayet veren bir ilâm mevcudsa da bu ilâm henüz kat'ileşmediği için lâzımülinfaz değildir. Şu halde henüz sebebsiz mal iktisabı mevzubahis olamaz. Fakat ileride mezkûr ilâm kat'ileşirse nafaka borcunun hukukî sebebini muayyen bir tarihe kadar (boşanma ilâmının tarihi) makabline şamil (rétvoactif) olarak ortadan kaldıracağı için sebebsiz mal iktisabı vaziyeti hasıl olacakdır. İşte böyle bir ihtimalin mevcud olması ve nafaka alacaklılarının borç ödeme kabiliyetinin (Solvabilité) meşkûk bulunması yüzünden paranın icrada hıfzı cihetine gidilmektedir. Bilhassa ayda 70 – 80 lira gibi yüksek nafakalarda temyiz tedkikatı neticesine kadar icra veznesinde 400 – 500 lira birikmektedir. Sözü geçen tedbire tevessül edilmediği zamanlarda bu parayı nafaka alacaklısından geri almak bir emri âzim idi. Nafaka borçlusu paranın kendisine iadesi için sızlanır. Muhtelif makamlara baş vurur, fakat bir netice cıkmazdı; çünkü ortada kanuna muhalif bir hareket mevcud değildi. Paranın veznede hıfzı usulü tatbikattaki bu müşkilâtı bertaraf etmiştir, fakat bu usul alacaklıyı memnun etmez; (nafakanın kat'ına dair olan ilâm henüz kat'ileşmemiştir, neden benim paramı vermiyorsunuz?) diye sızlanır. Fakat bu bir tedbirdir ve tarafların menfaatlarını imkân nisbetinde telif maksadiyle kabul edilmiştir. İcra memuru daima tarafların menfaatlarını telif ile mükellefdir.

Fakat Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesi çok yeni bir kararile bu tedbiri tasvib etmemiştir. Bu kararda [1] aynen şöyle denmektedir: (Mahkemece takdir olunan nafakanın boşanma ile kat'ına müteallik hükmün kat'iyet kesbetmedikçe muhkûminbih nafakanın cereyanı zarurî olduğu halde mercice nafakanın kesilmesine karar verildiğinden bahsile tahsil olunan paranın alacaklıya verilmeyerek veznede hıfzına karar verilmesi yolsuzdur). Bu karardan sonra izah ettiğimiz şekilde bir tedbire tevessül etmek imkânı kalmamışdır.

b. Boşanma ilâmında nafakadan hiç bahsedilmemiş olabilir. İlâmda yoksulluk nafakasına hükmedilmemiş olduğu gibi tedbir nafakasının kat'ına dair sarih bir hükümde mevcud değildir. Bu takdirde kaide şudur: Tedbir nafakası boşanma ile nihayet bulur. Çünkü bu nafaka evlilik birliliğinin devamı ile mukayeddir, evlilik birliği zeval buldukdan sonra bu birliğin siyaneti için hükmedilmiş olan bir nafakanında devamına mahal yokdur. Fakat boşanma ne zaman tahakkuk

[1] Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesi kararı. Tarih 17-9-941 esas numarası 3382 karar numarası: 3242 (bu karar henüz neşredilmemişdir).

eder? asliye mahkemesinin boşanmaya hükmettiği tarihde mi, yoksa bu hükmün kat'ileşdiği tarihde mi? burada iki tarzda da düşünmek mümkündür.

1 — Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 443 üncü maddesinin son fıkrasına göre aile hukukuna müteallik hükümler kat'ileşmedikçe infaz olunmaz. Aile hukukuna aid bir hüküm olan boşanma kararı da kat'ileşdikden sonra infaz olunabileceğine göre ancak hükmün kat'ileşdiği tarihde boşanma vücüd bulur. Şu halde hükmün temyiz mahkemesince tasdik edildiği tarihde taraflar boşanmış addolunurlar. Binnetice tedbir nafakası da hükmün kat'ileşdiği tarihe kadar devam eder.

2 — İkinci fikre göre — ki bizde bu şekilde düşünüyoruz — boşanma hadisesi asliye mahkemesinin boşanmaya hükmettiği tarihde vukua gelir. Çünki bidayet mahkemeleri hüküm mahkemesidir. Temyiz mahkemesi hüküm mahkemesi değildir. Bundan başka boşanma hükmü inşaî bir hükümdür (leJugement constitutif) yeni bir hukukî vaziyet ihdas eder. Taraflar arasındaki evlilik hali bu hükümle boşanma haline inkılâp eder. Temyiz mahkemesinin tasdiki hükümün bir unsuru (Élément) değildir. Eğer böyle olsaydı bütün boşanma hükümlerinin temyiz mahkemesine resen sevki lâzım gelirdi. Halbuki taraflar muayyen bir müddet zarfında boşanma ilâmını temyiz etmezlerse hüküm kat'ileşir. Yani artık temyiz mahkemesine müracaat edilemez. Temyiz mahkemesince ilâmın tasdiki bu ilâm aleyhine yapılmış olan müracaatın reddi demekdir. Bilmukabele, bidayet mahkemesi ilâmının bozulması da bu ilâm aleyhine vaki olan müracaatın kabulü demekdir. [1] Bidayet mahkemesi ilâmının tasdiki veya nakzı geriye şamil olarak (rétroactif), yani ilâm tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Aile ve şahsın hukukuna müteallik hükümlerin kat'ileşmedikçe infaz edilemeyeceğine dair olan hukuk usulü muhakemeleri kanununun 443 üncü maddesinin son fıkrasına gelince; bunun esbabı mucibesi başkadır. Bu gibi ilâmlar (Statut personnel) mevaddındandır. Ferdlerin ahvali şahsiyesine müteallik hususların kat'î ve takarrür etmiş bir halde olması lâzımdır. İçtimaî nizam ve üçüncü şahısların menafii de bunu icab ettirir. Aksini düşünürsek boşanmış bir erkeğin hüküm temyizde tetkik edilmekte iken diğer bir kadınla evlenebilmesini kabul etmiş oluruz ki bu gibi hallerin içtimaî bünyede ne kadar büyük nizamsızlıklar tevlid edeceğini izaha hacet yokdur. Binanealeyh hukuk usulü muhakemeleri kanununun bu hükmüne bakarak ancak temyizen ilâmın tasdiki ile

[1] Koutaïssoff. Cour de la Procedure Civile S. 95

62

boşanmanın vücud bulduğunu zan etmek hatadır. Bu fikri kuvvetlendiren diğer bir esbabı mucibe de şudur: Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 443 üncü maddesinin ilk fıkarasında (temyizi dava icrayı tehir etmez) kaidai esasiyesi vaz edilmiştir. Bu maddenin diğer fıkraları bu kaidenin müstesnalarıdır. İlk fıkrada ifade edilen ana kaide de gösteriyorki hüküm bidayet mahkemesinden sadır olduğu tarihden itibaren hukuken mevcuddur. Vaziyet böyle olunca tedbir nafakası da ancak boşanma ilâmı tarihine kadar verilir. Bu tarihden sonra tedbir nafakasının işlemesine mahal yokdur. Çünkü taraflar arasındaki evlilik rabıtası boşanmaya inkılâp etmiş ve tedbir nafakası denen borcun hukukî sebebi zaval bulmuşdur. Fakat boşanma ilâmı temyiz edilmiş ise vaziyet ne olacakdır? nafaka hakkındaki cebri icranın boşanma ilâmının kat'ileşdiği tarihe kadar devamı lâzım gelir. [1] Binaenaleyh bir tedbir mahiyetinde olmak üzere icra memurluğunca nafaka tevkifatının temyiz neticesine intizaren veznede alıkonulmasına imkân yokdur. Burada bir sual hatıra gelmekdedir: Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 112 inci maddesine göre ihtiyatî tedbir kararı esashakkında verilen kararın tefhim veya tebliği ile mürtefi olur. Bu madde nafaka mesailinde kabili tatbik midir? eğer bu suale müsbet cevab verilirse bu takdirde esas hakkındaki kararın yani boşanma kararının tefhim veya tebliğ olunmasını müteakip tedbir nafakasının da mürtefi olması icab eder. Binaenaleyh ilâmda nafakanın kat'ına dair sarahat olması bile temyiz tetkikatını beklemeden bu madde mucibince tedbir nafakasının kat edilmesi iktiza eder.

Tatbikatta hâkim olan reye göre nafaka mesailinde hukuk usulü muhakemeleri kanununun 112 inci maddesi kabili tatbik değildir. Bu fikir doğrudur. Çünkü hukuk usulü muhakemeleri kanununun 443 üncü maddesine göre aile ve şahsın hukukuna müteallik hükümler kat'ileşmedikçe infaz olunamayacağı için aile bukukuna mütedair mesailde esas hakkındaki hüküm kat'ileşmedikçe mücerred bu hükmün sadır olması, ihtiyatî tedbir kararını kendiliğinden ortadan kaldıramaz.

C — Boşanma ilâmında tedbir nafakasının aynı veya azaltılarak veya çoğaltılarak yoksulluk nafakası haline kalbedildiği yazılı olabilir bu takdirde mebde yine asliye mahkemesi ilâmının tarihi olmak lâzım gelir. Eğer ilâmda bir zuhul eseri olarak daha muahhar bir tarih kabul edilmiş ise bu icra memuru için esasdır. Keyfiyetin kanunî yollarla tasrih ettirilmesi taraflara aid bir işdir.

[1] Temyiz Mahkemesi İcra İflâs Dairesi Kararı 27/10/939 tarih Esas 4101 Karar: 46201

63

B. Yoksulluk nafakası:

I — Nafakanın iptidası — Medenî kanunun 144 üncü maddesinin sarih hükmüne göre bu nafakanın boşanma tarihinden itibaren başlaması lâzım gelir. Boşanma ilâmlarının ekserisinde bu cihet (bu günden itibaren veya ilâm tarihinden itibaren) gibi tabirlerle tavzih edilmişdir. Lâkin boşanma ilâmında yoksulluk nafakasına hükmedilmiş olup da bunun mebdei hakkında sarahat olmazsa ne yapmak lâzımdır? Fikrimizce tereddüde mahal yokdur. Asliye mahkemesinin boşanmaya hükmettiği tarihden itibaren yoksulluk nafakasını işletmekde lâzımdır: Çünkü bu tarih boşanma tarihidir. Burada yine bir sual ile karşılaşıyoruz: Boşanma ilâmı kat'ileşmemişse boşanma zımnında hükmedilen yoksulluk nafakası hakkında hemen icraya başlanabilirmi? Yoksa başanma ilâmı ve bunun zımnındaki yoksulluk nafakası kat'ileşdikden sonramı nafaka hükmünün infazına başlamak icab edecekdir? Bu son suale hukuk usulü muhakemeleri kanununun 443 üncü maddesinin son fıkrasına istinad ederek müsbet cevap verilebileceği gibi aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki (nafaka hükümleri müstesnadır) hükmüne istinad ederek de menfi cevap verilebilir. Acaba hangi şık daha doğrudur?

Birinci fikre tarafdar olanlara göre vaziyet şöyle muhakeme olunabilir: Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 443 üncü maddesine göre aile ve şahsın hukukuna müteallik hükümler kat'ileşmedikçe infaz edilmez. Yoksulluk nafakası ise boşanma neticesinde takdir edilebilen maddî ve manevî tazminat gibi boşanmanın fer'î hükümlerindendir. Binaenaleyh aile hukukuna aid olan boşanma hükmü gibi bunun fer'î neticelerinden olan yoksulluk nafakasının da kat'ileşmedikçe infaz edilmemesi lâzım gelir.

Bu fikre muhalif olan ikinci rey'e göre: Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 443 üncü maddesine göre ilâmın temyiz olunması icrayı tehir etmez, fakat mahkûmunbih nisbetinde teminat gösterilirse temyiz mahkemesinden tehiri icra kararı istenebilir. Nafaka hükümleri bundan müstesnadır yani nafaka hükümlarinde temyizi dâva icrayı tehir etmediği gibi teminatta gösterilse yine temyiz mahkemesinden tehiri icra kararı istenemez. Maddedeki (nafaka hükümleri) tâbiri mutlak olduğuna göre bu tabirin şumulüne bütün nafakaların girmesi makul ve mantıkıdır.

Bize görede bu ikinci rey daha doğrudur.

II; Nafakanın sonu: Medenî kanunun 144 üncü maddesi mucibince yoksulluk nafakasının müddeti bir senedir. İlâmlarda daima (bir sene müddetle) tabiri mevcuddur. Fakat ilâmda böyle bir sarahat ol-

64

masa bile bir senenin hitamında borçlunun talebi ile icra memurunun nafakaya nihayet vermesi mümkünmüdür? yoksa aid olduğu mahkemeye müracaatla borçlunun tavzihi karar talebinde bulunması mı lâzımdır? Vakıa icra memuru, ne eksik ne fazla, harfi harfine ilâmı icra etmekle mükelleftir. Fakat kanunu medeninin sarih ve mutlak hükmü karşısında ilâmda zuhul eseri olarak (bir sene müddetle) kaydı mevcud olmadığı için, icra memurunun bir seneden fazla icraya devam etmesi ilâmın harfiyen icrası prensibinin tatbikinde fazla ileri gitmek olur. İcra dairesinin sarih kanunî hükümlere iltifat etmeyerek yalnız ilâma bağlanması doğru olmaz kanaatındayız.

C. – Çocuk nafakaları:

I. Nesebi sahih çocuklar lehine hükmedilen nafakalar.

a. boşanmadan evvel: kocasından ayrı yaşayan kadının kendisi için nafaka talep edebilmesi için ayrı yaşamakda haklı olması lâzım geldiği halde kadın ayrı yaşamakda haklı olmasa ve hatta aleyhine nez'i velâyet dâvası açılmış olsa bile yanında bulundurduğu çocuk için nafaka talep edebilir. Filhakika temyiz mahkemesi ikinci hukuk dairesinin bir kararına göre [1] çocuğun infakı babaya aid olup ananın ayrı yaşamakda haklı olup olmaması bu hususda haizi tesir değildir.

I : Nafakanın mebdei. Nafakanın mebdei hakkında yukarıda tedbir nafakasının mebdei hakkında söylediklerimize ilâve edecek bir şey yoktur.

Aynı mülâhazalar buradada caridir (yukarıda III. A. 1. e bakınız)

II :Nafakanın sonu; Boşanmadan evvel çocuk nafakasının hitama erebilmesi için şu hallerden birinin tahakkuku lâzım gelir:

1 — Taraflar barışmış ve müşterek hayata avdet etmiş olursa. (yukarıda III A. II e baknız).

2 — Boşanma veya ayrılık davası intaç edilmeden, bazı sebepler dolayısile, çocuğun manevî ve maddî terbiye ve inkişafının selâmeti namına hemen babanın nezdine tevdiine, tedbir kabilinden olmak üzere, karar verilmiş olabilir.

3 — Babanın kadın aleyhine açdığı nez'i velâyet davası kabul olunarak kadının velâyetinin nez'ine ve çocuğun babaya tevdiine karar verilmiş olabilir.

4 — Boşanmaya ve çocuğun babaya tevdiine karar verilmiş olması halinide düşünmek lâzımdır .

Bütün bu hallerde kadın, çocuk kendi yanından ayrıldığı güne kadar işleyen çocuk nafakasını, nafaka ilâmına müsteniden, talep et-

[1] Temyiz mahkemesi ikinci hukuk dairesi kararı tarih 10/9/940 esas 2014

65

mek hakkına malikdir. Bu son iki halde hüküm aile hukukuna taâllûk etmesi itibariyle kat'ileşmedikçe infaz edilemez. Bu hususda nafakanın ceryanı hakkında yukarıda gördüğümüz mülâhazalar caridir. (Tedbir nafakasına bakınız).

b . Boşanmadan sonra —

Burada medeni kanunun 148 inci maddesinin tatbik sahasındayız. Boşanmayı müteakip çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükellefdir. Bu nafakaya tatbikatta (iştirak nafakası) denir.

I — Nafakanın mebdei : Boşanma ilâmı aile hukukuna müteallik bir ilâm olmak itibariyle ancak kat'ileştikten sonra infaz olunabilir. Binaenaleyh bu ilâm kat'ileşdikden sonra evvelâ çocuğun teslimi talep olunacak, bilâhare nafaka istenebilecektir. Fakat çocuk evvelce kimin yanında ise yine onun yanında bırakılmış ise hükmün kat'ileşmesini beklemeden çocuğun iştirak nafakası talep olunabilir. (Hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde 443 fıkra 2)

2 . Nafakanın sonu — aa) rüşd hali : tatbikatta mevcud kanaata göre bu nafakanın sonu çocuğun sinni rüşde vusulü olup eğer reşit olan çocuk gene pederinin veya valdesinin muavenetine muhtaç olduğunu iddia ediyorsa medenî kanunun 315 inci maddesi mucibince aid olduğu mahkemeye müracaatla zarurette olduğunu isbat ile nafaka talep etmesi lâzım gelir. Bu içtihada tevfikan baba icraya müracaatla çocuğun sinni rüşde vasıl olduğunu nufus kayıtlariyle isbat ederek nafaka hakkındaki icranın durdurulmasını talep ederse ne yolda muamele yapmalıdır? Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesi haklı olarak ilâma merbut bir nafakanın icra dairesince kesilemiyeceği kanaatındadır. Filhakika icra ve iflâs dairesinin bir kararına göre [1] takipde bulunanın sinni rüşde vusulü, mahkûmbih nafakanın kesilmesi hakkında mahkemeden bir karar alınmadıkça nafaka ilâmının icrasını geri bırakamaz. Çocuğun sinni rüşte vusulü dolayısiyle nafakanın kat'ına dair bir ilâm alınmışsa bu ilâmdaki sarahat dairesinde nafaka kesilir.

bb. Vefat hali. Nafaka alacaklısının öldüğüne dair nüfus memurluğundan resmî kayıd sureti ibraz edildiği takdirde icra memuru veya icra merci hâkimi nafakanın kat'ına karar verebilirmi? Tatbikatda bu suale müsbet cevab verilmiştir. bunlara göre; ibraz edilen tasdikli nüfus kaydı sureti medeni kanunun yedinci maddesi mucibince hilâfı isbat edilinceye kadar muteber vesikalardan maduddur.

[1] İcra iflâs dairesi kararı tarih 27/8/940 esas 3838 karar 4003

bu itibarla nafakanın kat'ına icra dairesince de karar verilmesi lâzım gelir. (Yukarıda aa. ya bakın)

cc. Evlenme halinde. Nafaka alacaklısı olan çocuğun evlenmesi nafakanın kat'ını istilzam edebiliyorsa (kız çocuğun evlenmesi gibi) evlenme keyfiyetinin rasmî kayıtlarla tevsiki halinde icra memuru tarafından nafakanın kat'ına karar verilebilirmi? bir hadisede mahalli icra hâkimliği bu suale menfi cevab vermişdi. Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesi mahalli icra hâkimliğinin bu kararını şu ifade ile tasdik etmişdir [2]: «Nafakaya müstehik olan Meziyetin evlendiği iddia edilerek bu hususu müsbit vesikada ibraz edilmiş isede nafakanın kat'ına dair vazifeli hukuk mahkemesinden verilmiş bir karar olmadıkça bu sebebden dolayı nafakaya mütedair icranın durdurulmasına kanunen imkân yoktur.»

II. Nesebi gayri sahih çocuklar lehine hükmedilen nafakalar :

a. Nafakanın mebdei. İlâmdaki sarahata göre tayin olunur. Eğer ilâmda muayyen bir tarih zikredilmemiş ise ilam tarihinin mebde ittihaz edilmesi muvafık olur. Tatbikatta da bu şekilde hareket edilmektedir. Henüz ilâm kat'ileşmemiş ise nafaka hükmünün icasına başlanabilirmi? buruda bir tefrik yapmak icab eder:

1 — Çocuk baba tarafından tanınmış ve bu tanınmaya müsteniden baba aleyhine nafaka davası açılarak çocuğun terbiye ve iaşe masraflarına babanın muayyen mikdarda yardımda bulunması tahtı hükme alınmış olabilir. Bu takdirde ilâm kat'ileşmemiş bile olsa nafaka hakkındaki hükmün derhal icrasına başlanabileceğine şüphe etmemelidir. (Hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde 443 fıkra 2)

2 — Nafakaya babalık davası zımmında hükmedilmiş olabilir. Bu takdirde de iki hal tasavvur olunabilir :

aa. Ahvali şahsiyeye aid bütün netayiciyle birlikte babalığa hükmedilerek çocuk lehine nafaka takdir edilmiş olması hali. (medeni kanun 310)

bb. Babalık davası sabit olmakla beraber kanunî şartlar mevcut olmadığından babalığa hükmedilmemiş fakat çocuk lehine nafaka takdir edilmiş olması hali. (medenî kanun madde 306)

Acaba bu iki halde aile hukukuna aid olan ilam kat' ileşmeden nafaka hakkındaki kükmün ıcrasına başlanabilir mi? Bu hususda tatbikatda tereddüdler mecuddur. Temyiz mahkemesi icra ve iflas

[2] İcra ve iflâs dairesi kararı tarih 26/5/941 esas 220 karar 3131

dairesinin bu babdaki ictihadı da henüz malûm değildir. İki zıd mütalâa ileri sürmek mümkündur:

1 — Nafakanın hukukî sebebi babalık keyfiyetidir, binaenaleyh babalık davasının sübutuna dair verilen hükmün kat'ileşmesi lâzımdır ki nafaka borcu hukukî bir sebebe istinad edebilsin. Yani vaziyet nesebi sahih çocuklardaki gibi değillir. Nesebi sahih çocuklarda babalık keyfiyeti esasen sabittir ve babanın evlâdının terbiye ve iaşe masraflarını deruhde etmesini kanun emretmişdir. Nesebi gayri sahih çocuklarda ise ancak maddî bakımdan babalık rabıtasının isbatından sonradır ki babanın infak ve iaşe mükellefiyeti tekevvün edecekdir. Bu sebeble ilâm kat'ileşmeden nafakanın infazına başlanmaması icab eder. (hukuk usulü muhakemeleri kanunu madde 443 fıkra 4).

2 — Buna zıd diğer bir fikre göre; yoksulluk nafakasında ve tedbir nafakasında olduğu gibi buradada ilâmın kat'ileşmesini beklemeğe mahal yokdur. Çünkü temyizi dava icrayı tehir etmez, nafaka hükümlerinde teminat dahi verilse icranın duramayacağı kanunun sarahatı icabıdır. (H. U. M. K. madde 443 fıkra 3)

b. Nafakanın müntehası—Nesebi gayri sahih çocuk lehine kanunu medenînin 306 ıncı maddesine tevfikan hükmedilmiş olan nafaka, çocuk 18 yaşını bitirinceye kadar devam eder. Bu cihet ilâmda tasrih edilmiş ise çocuk 18 yaşını bitirince icra dairesinin nafakayı kesmesi lâzım gelir. İlâm bu ciheti tasrih etmemiş ise ne yabmak lâzım gelir? nesebi sahih çocuklarda çocuğun sinni rüşde vüsulü selâhiyetli hukuk mahkemesinden hüküm alınmadıkça nafakanın icra dairesince kesilmesini istilzam edemeyeceğine dair icra ve iflas dairesinin ictihadını görmüşdük; bu içtihad burada da kabili tatbik midir? tatbikatta bu nokta henüz tavazzuh etmemişdir. Fikrimizce burada da selâhiyetli hukuk mahkemesinden nafakanın kat'ına dair ilâm alınması lâzım gelir.

Ölüm, evlenme halleri için yukarıda nesebi sahih çocuklar lehine hükmedilen nafaka bahsinde söylediklerimiz buradada aynen caridir.

D. Usul ve füruğ ve kardeşlar arasındaki nafaka.

1 — Nafakanın mebdei, ilâmda tasrih edilen tarihdir. Eğer ilâmda sarahat yoksa ilam tarihini mebde olarak almak lâzım gelir. İlâm kat'ileşmeden de lâzimülicradır.

II — Nafakanın müntehası. Eğer nafaka borçlusu nafakanın kat'ına dair diger bir ilâm ibraz ederse bu ilamda gösterilen tarihden itibaren nafakanın kat'ı zaruridir. Nafakanın tezyit veya tenkisine dair bir ilâm ibraz edildiği takdirde vaziyet yine döyldir.

68

(Ölüm ve evlenme sebebiyle nafakanın kat'ı hali için yukarıda nesebi sahih çocuklar lehine hükmedilen nafakalar bahsine müracaat.)

IV. Nafaka ilâmına müstenid icra emrine karşı itiraz ve defiler : Bu defilerin en mühimlerini şöylece sıralamak mümkündür :

A. Müruru zaman def'i. – İlâmın müruru zamana uğramış bulunduğu iddia edilebilirmi?

Cevabın menfi olması için hiç bir sebeb yokdur. Fakat bu husunda temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin şayanı dikkat bir içtihadı var. Bu içtihada göre [1]: Nafakaya müteallik ilâmlar diğer ilâmlar gibi zimmete teretüp eden bir borcu veya bir kakkın vücudunu izhar ve tesbit kabilinden olmayıp zaman geçtikçe hüküm ifade edeceğine göre icraya vaz yani müruru zamanın kat olunduğu tarihten geriye doğru on sene içinde işleyüp birikmiş nafakalar müruru zamana uğramamış ad olurur.

B. Takas def'i. – borçlar kanununun 123 üncü maddesinin 2 numaralı bendinde nafaka ve iş ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin iaşesi için mutlak surette zaruri olup hususi mahiyeti itibarile fiilen alacaklının eline verilmesi lâzım gelen alacaklar hakkında, alacaklıların arzusu hilâfına takas dermeyan olunamayacağı yazılıdır [2]. İcra iflâs dairesinin bu hükmü tayid eden kararları mevcutdur [3].

C. Haricen vaki tediye iddiası: Bunuda ikiye ayırmak lâzımdır :

a. — İlâm sadır olmadan evvelki tediyeler. – bunları icra dairesi nazara alamaz. Bu gibi tediyelerin nafakaya hükmeden mahkemeye dermeyan olunması ve icap ediyorsa mahkeme huzurunda usulü dairesinde isbat olunarak hükümde nazara alınması temin edilmelidir.

b. — İlâm sadır olduktan sonraki tediyeler.–İlâm sadır oldukdan ve icraya vaz olunduktan sonra haricen vaki tediyeler, alacaklı tarafından inkâr edildiği takdirde tetkik merciinde usulü dairesinde isbat olunarak borca mahsub ettirilir. İlâm sadır olduktan fakat henüz icraya tevdi olunmadan evvel vaki olan tediyeler için de hüküm böyledir.

Son

---

[1] İcra ve iflâs dairesi kararı. Tarih 30/1/940 esas: 4522 karar: 367

[2] Von Tuhr «cild 11·§ 78,» VII. 3. sh. 592

[3] İcra ve iflâs dairesi kararı : 16/9/941 tarih, 5739 esas ve 8194 karar numaralı.

No: 5

Medeni Kanundan evvel Arazi İntikali

Menemen Hukuk Hâkimi:
Eyyüp Sabri Erman

Medenî Kanunun mer'iyet ve şekli tatbikine ait kanunun 16 ıncı Maddesi umumi prensip ve nazariyata uygun olarak yeni kanunun yürürlüğe geçmesinden evvel ölen kimsenin mirasına terekenin açıldığı tarihteki kanun hükümlerinin tatbik edileceğini ve bu kaidenin gerek mirascılara ve gerekse mirasın intikaline şamil olduğunu açıkça zikretmektedir. Medenî Kanunun neşrinden çok zaman evvel açılmış terekelerdeki bir çok arazi mirasçılar arasında şayi'an tasarruf edilerek bu güne kadar intikal muamelesi yaptırılmadığından halen dahi (intikale) ait eski hükümlerin tatbikine sık sık zaruret duyulmaktadır.

Yekdiğerini tadil eden veya tamamlayan muhtelif nizamname, kanun ve iradelerde yazılı bu hükümler yürürlükten kaldırılmış, tatbiki yolnız muayyen bazı hadiselere inhisar etmiş olduğundan tatbik ile mükellef şahıslar bu muhtelif belgeleri toplayup tetkik etmeğe zaman ve fırsat bulamayarak müşkilât çekmekte veyahut bu sahada yapılmış incelemelere ait bir esere rastlamadığından yeni baştan inceleme yaparak en kıymetli vakıtlarını buhususa hasretmeğe mecbur kalmaktadırlar. Ölü Kanunlar üzerinde uzun tetkikler neticesi hazırlanan bu yazı tatbikatta hissedilen büyük bir ihtiyaca az çok bir cevap verebilecek kanaatındayım.

Medenî kanunun Yürürlüğe girdiği 4/ teşrini Evvel /926 Tarihinden evvel açılan terekelerdeki menkul mallar veya intikalde bu meyana sokulan diğer bazı mallar hakkında kütübu fıkhiyede münderiç miras hükümleri tatbik olunurdu. Arazi bu mallardan tefrik edilmiş, intikali ayrı hükümlere bağlanmıştı. Arazinin intikaline ait hükümler 23 Şevval 1274 Tarihli arazi kanunnamesi, 17 Muharrem 1284 Tarihli arazii emiriye ve mevkufenin tevsii intikalâtı hakkında kanun, 21 Şubat 1328 Tarihli emvali gayri menkulenin intikalatına ait kanunu muvakkat ve bu arada çıkarılan bir takım iradelerde yazılıdır. İntikale ait bu hükümleri sıralamadan evvel tarihçesi ve arazi nevileri üzerinde inceleme yapmak faideli olur.

Osmanlı Devleti Hudutları içinde araziye dair kanunlar (Şer'i Şerif) üzere verilen emirlerden ibaretti. Sultan Süleyman zamanında bu emirler ikmal olunarak (Divanı Humayun) Kaleminde Kayt edildi. Bu emirlere dayanarak İslâm meşayihinin verdikleri fetvalarda fetva kitaplarında yazılıydı. Fakat Sahibi arz denilen Sipahi vesaire teşkilâtının kaldırılması, yeni ihtiyaçlar ve zaman icapları yeni bir arazi kanunu çıkarılmasını zaruri kılmakta idi. Divanı humayun kaleminde yazılı araziye ait eski ve yeni iradeler, fetvalar üzerinde inceleme yapılmak ve yeni iradelerle yeni yeni Hükümler konulmak suretile 23 — Şevval — 1274 Tarihli arazi kanunnamesi vucuda getirildi. Bu kanun osmanlı devleti hudutları içindeki araziyi;

1 — Araziyi Memlüke
2 — Araziyi Miriye.
3 — Araziyi Mevkufe.
4 — Araziyi Metruke.
5 — Araziyi Mevat.

Olmak üzere Beş kısma ayırmakta ve herbiri için ayrı ayrı hükümler koymaktadır.

1 — Araziyi Memlüke:

Berveçhi mülkiyet tasarruf edilen yerlerdir bu kabil arazinin rakabesi ve mülkiyeti sahip ve malikine aittir. (Madde: 2) Dört kısımdır.

A — Kariye ve kasabalar içindeki arsalar veya bunların kenarlarında bulunupta tetimmei sukna sayılan nihayet yarım dönüme kadar yerler.

B — Miri eraziden İfraz edilerek mesa'ı şeriye bina'en emva'ı vucuhu mülkiyet ile tasarruf edilmek üzere temliki Sahih ile temlik edilen arazi.

C — Feth edildikleri sırada ganimine tevzi ve temlik edilen yerler bu kabil araziye araziyi öşriye denir.

D — Feth edildikleri sırada müslüman olmayan yerlilerin ellerinde bırakılan arazi. Bu araziye araziyi haraciye denir. Haraç yerin tahammülüne göre arazi hasılatının onda birinden yarısına kadarı alınmak suretiyle tayin edilirse haracı mukasama, böyle olmayupta maktu'an muayyen mıkdar akça tayini suretiyle alınırsa haracı muvazzaf ismini alır. Araziyi öşriye ve araziyi Haraciye sahibi mirasçı bırakmaksızın öldüğü takdirde beytülmale kaldığından miri arazi hükmünü iktisap ederler.

2 — Miri arazi: Rakabesi Yani Zati ve mülkiyeti beytülmale ait olarak ihale ve teffizi devlet tarafından yapılan tarla; Çayır, Yaylak,

Kışlak, Korular ve emsali gibi yerlerdir. (Madde 3) Bidayette bu kabil arazinin ferağan veya mahlülen tasarrufu arzın sahibi itibar edilen timar ve zaamet eshabının ve bir aralıkta mültezim ve muhassılların izin ve teffizine bağlı idi. Bunlar lağvedilerek tasarrufa izin vermek selâhiyeti Devlet tarafından tayın edilen memurlara bırakıldı. Mutasarrıflarının ellerine yokarısı tuğralı tapu senetleri verilmeğe başlandı.

3 — Araziyi Mevkufe: Muayyen bir hususa vakfedilen arazilerdir. İki kısma ayrılır. (Madde: 4)

A — Araziyi memlükeden ayrılıp şeriat hükümlerine göre vakfedilen arazilerdir. Bu kabil arazilerin zati ve mülkiyeti ve bilumum tasarruf hakları canibi vakfa aittir. Bunlarda Kanuni muamelât ceryan etmez vakfın şartı ve gayesine göre idare olunur. Arazi kanunu hükümleri bu kabil araziye tatbik edilmez.

D — Miri araziden İfraz edilerek sultanlar veya sultanın izniyle başka şahıslar tarafından vakfedilen arazidir.

Bu kabil arazinin vakfiyeti; Miri araziden ifraz edilen parçanın aşar ve rusumat gibi devlete ait men'featlarının saltanat tarafından bir cihete tahsisi demektir. Bu sebeple; bu kabil arazi evkafı sahihadan sayılamaz. (Memaliki Mahrusada) Kâin Evkaf arazisinin ekserisi bu nevidendir. Yani tahsisat kabilinden vakıf edilmişlerdir. Sırf miri arazi gibi bunların zati ve mülkiyetide beytülmale aittir. Fakat ferağ resmi intikal resmi, mahlülat bedeli miri arazide devlete ait olduğu halde bu nev'i arazide vakfi tarafına aittir miri arazi hakkındaki bilumum hükümler bu arazilerdede kabili tatbiktir. Vakıf arazinin diğer bir şekli daha vardır. Miri araziden müfrez parçanın rakabesi beytülmale aşar ve rusumatın canibi miriye ait olmak üzere yalnız hukuku tasarrufiyesi veya rakabesi beytülmale ait olmak üzere aşar ve rusumatile birlikte hukuku tasarrufiyesi bir cihete tahsis edilir. Bu kabil Vakıf arazide ferağ ve intikale ait kanunî hükümler ceryan etmez ancak vakıf tarafından bizzat veya icara verilmek suretiyle Ziraat ve tasarruf edilir. Hasılatı Vakfın gayesine ve idaresine sarfedilir.

4 — Metrük arazi: Umumun veya muayyen bir kariye ve kasaba veya müteaddit kariye ve kasabalar halkının istifadesine terk ve tahsis edilen arazilerdir. Umumi Yollar, Kariye ve Kasabalar Halkına tahsis edilmiş mer'alar gibi (Madde 5)

5 — Araziyi Mevat: Hiç bir kimsenin tasarrufunda bulunmayan, ahaliye terk ve tahsis edilmeyen, (Cehirülsavt) bir şahsın aksayı

umrandan sayhası eşitilemeyecek derecede kariye ve kasabalardan uzak bulunan yani aksayı umrana bir buçuk mil saat ile ifade edildikte yarım saat uzaklıkta bulunan boş arazidir. (Madde 6)

İntikale ait hükümler.

Araziyi Memlükenin her dört nev'i ile (Emri intikalde bu kısma dahil yeri vakıf binası mülk, yeri miri arazi veya mevkufa üzerindeki ağaç ve gurumu mülk) olan yerlerde intikal kütübü fıkhiye hükümlerine göre ceryan eder yani bu kabil arazi intikalâtında arazi kanunnamesi ve muahhar Kanun hükümleri tatbik edilmez. Miriarazilerle intikalde bu meyana idhal edilen evkafı sahihe haricindeki vakıf arazilerin intikaline ait hükümler arazi kanunnamesinin 54 ve Müteakip maddelerinde yazılıdır bu hükümlerdeki başlıca hususiyet şudur: Muayyen bazı Eşhasa arazinin parasız itikali kabul edilmiş ve bu muayyen intikal eshabından hiç biri bulunmadığı takdirde Dokuz derece olarak tesbit edilen diğer bir kısım şahıslara (Tapuyu mislile) almak selâhiyeti verilmiştir. Kız ve erkek Çocuklar arasında tefrik yoktur. Musavat üzere intikal hakkına maliktirler. Yedi Cemaziyül evvel 1263 Tarihinden evvel kız evlâda parasız intikal hakkı tanınmamış iken bu tarihte çıkan bir irade ile kız Çocuklara dahi bu hak verilmiş, arazi kanunnameside bu prensibi kabul ederek hükümleri arasına almıştır. Müteveffanın karı veya kocası bedelsiz intikal eshabından değildir. Bunlara ancak beşinci derecede tapuyu mislile almak hakkı verilmiştir.

17 — Muharrem — 1284 Tarihli araziyi miriye ve mevkufenin tevsii intikalâtı hakkındaki kanunun yürürlüğe geçtiği tarihe kadar arazi kanunnamesinin tatbik edilen intikale ait hükümleri şu şekilde sıralanabilir.

Parasız intikal eshabı üç derecedir.

1 — Birinci derecede intikal eshabı ölenin erkek ve kız çocuklarıdır. Bunlar gerek arazinin bulunduğu yerde ve gerekse başka mahalde bulunsunlar meççanen ve musavat üzere araziyi iktisap ederler. Eğer ölenin ölümü anında karısı gebe ise üzerindeki arazi çocuğun doğumuna kadar durdurulur. Daha evvel ölen evlâdı bunun çocukları temsil edemez yani daha evvel ölen çocuğun çocukları hiç bir hisse alamazlar halefiyet usulü kabul edilmemiştir. Torunlara ancak mahlülat vukuunda bedeli misli ile almak hakkı verilmiştir ki aşağıda görülecektir. Müteveffanın ölümünde sağ ne kadar çocuğu varsa arazisi bunlar arasında müsavat üzere paylaşılır. (Madde 54)

2 — İkinci derece intikal sahibi ölenin babasıdır. Birinci derecede intikal eshabından hiç biri yani ölenin erkek ve kız çocuğu bulunmazsa arazisi babasına intikal eder.

3 — Üçüncü derecede intikal sahibi anadır. Birinci ve ikinci derece intikal eshabından biri yani ölenin çocukları ve babası bulunmadığı takdirde arazisi anasına intikal eder. (Madde 56)

Bedeli Misli ile almak hakkını haiz olanlar:

Bedelsiz intikal hakkını haiz yukarıda sayılan şahıslardan hiç biri bulunmadığı takdirde muayyen bazı kimselere bu araziyi bedeli misli ile almak hakkı tanınmıştır. Bu şahıslar araziyi mıkdar, Dönüm, Hudut, Mevki, Kuvvei inbatiyesi ilâ itibariyle vukuf ehline takdir ettirilen kıymet üzerinden muayyen müddet içinde almak hakkına maliktir. Bedeli misli ile almak hakkını haiz şahıslara ait dereceler akrabalık veya gayri menkulde müşterek bulunmak esasına göre tayin ve tesbit edilmiştir.

Akrabalara taallûk eden dereceler:

1 — Ana baba bir veya baba bir erkek kardeş bunlar on sene içinde araziyi bedeli misli ile talep edebilirler.

2 — Ana baba bir veya baba bir kız kardeşler: Bunların talep ve dava müddeti beş senedir.

3 — Oğlunun oğlu Oğlunun kızı: Bunlar müsavi hisseye maliktir talep ve dava müddeti on senedir.

4 — Karı veya koca: Talep ve dava müddeti on senedir.

5 — Ana bir erkek ve kız kardeşler: Müsavi hisseye maliktir. Talep ve dava müddeti beş senedir.

6 — Kızının oğlu, Kızının kızı: Müsavi hisseye maliktir. Talep ve dava müddeti beş senedir.

7 — Yukarıda sayılan derecelerden hiç biri yoksa arazi üzerinde mülk ve eşçar veyahut mülk ebniyesi bulunduğu halde eşçar veya ebniye intikal eden veresesi: Müsavi hisseye maliktirler. Talep ve dava müddeti on senedir.

Akrabadan gayriye taalluk eden dereceler:

8 — Arazide şerik ve halit olanlar: Talep ve dava müddeti beş senedir.

9 — O. Karye halkından yere zaruret ve ihtiyacı olanlar: Talep ve dava müddeti bir senedir.

Yukarıda gösterilen sıralardan bir evvelki müteakip sıradakilerin hakkını iskat eder. Bu dokuz derece itibar edilen hakkı tapu eshabından derecesi daha evvel olanlar araziyi tapuyu mislile almak-

tan istinkâf ederlerse sonraki dereceye teklif edilir. Bunlar dahi istinkâf eder ve sırasiyle daha sonra gelen derecelerde de talip çıkmazsa arazi müzayede ile satılır. Bu derecelerden her hangi birinde bulunan bir şahıs araziyi tapulamadan evvel ölürse tapu hakkı mirasçılarına intikal etmez. Arazi kanunnamesinin ihtiva ettiği intikale müteallik bu hükümler 17 — Muharrem — 1284 Tarihli araziyi miriye ve mevkufenin tevsii intikaline ait kanunun yörürlüğe geçtiği tarihe kadar tatbik edilegeldi.

17 — Muharrem — 1284 Tarihli kanunla vaz edilen hükümler:

Bu kanun arazi kanunnamesinde üç derece üzerinden tesbit edilen bedelsiz intikal eshabını sekiz dereceye çıkartmıştır. Bu dereceler şu şekilde sıralanabilir.:

1 — Erkek ve kız çocuklar. Müsavi intikal hakkına maliktirler.
2 — Torunlar.
3 — Baba ve ana.
4 — Ana baba bir ve baba bir erkek kardeşler.
5 — Ana baba bir ve baba bir kız kardeşler
6 — Ana bir erkek kardeşler.
7 — Ana bir kız kardeşler.
8 — Karı veya koca.

Bu derecelerden önde geleni müteakip dereceleri intikal hakkından mahrum eder. Meselâ müteveffanın erkek ve kız çocukları varken torunlar, baba ve ana ilâ hisse alamazlar. Ölenin bir kızı bir oğlu ve birde kendinden evvel ölen çocuğunun çocuğu bulunduğunu tasavvur edersek araziyi kız ve erkek çocuklar aralarında paylaşır toruna hisse gitmez. Bunun gibi ölenin hayatta torunu ile ana ve babası bulunduğu kabul edilirse arazinin tamamını torunlar alır ana ve babaya hisse gitmez fakat 10 — Nisan — 1294 Tarihli bir irade ile ikinci ve sekizinci derecelerdeki intikal eshabi lehine yeni bir hüküm kabul edildi. Bu hükme göre: müteveffadan evvel ölen çocukların çocukları kendi ana veya babasına düşecek hisseyi almak hakkını haizdir. Binaenaleyh müteveffanın çocukları ile içtima eden torunları adetleri neye varırsa varsın kendi babalarına düşen hisseyi aralarında paylaşırlar. Fakat torunlar müteveffanın çocukları ile ictima etmeyip müstakillen intikal hakkına malik oldukları takdirde halefiyet kaidesi cereyan etmeyip adetlerine göre müsavat üzere araziyi paylaşırlar. Meselâ müteveffanın kendinden evvel ölen oğlunun bir ve kızının üç çocuğu bulunduğu kabuledilirse arazi dört müsavi parçaya ayrılarak her birine birer hisse verilir yoksa torunlardan her

biri kendi baba veya anasından gelen hisseleri paylaşmaz. Müteveffanın karı veya kocası birinci ve ikinci derecede bulunanlarla birleşirse intikal hakkına malik değildir. Bunlardan sonra gelen derecelerle birleştiği takdirde arazinin dörtte birini alır.

21 – Şubat – 1328 Tarihli kanun ile kabul edilen hükümler:

21 — Şubat — 1328 — 27 — Rabiülevvel — 1331 Tarihli emvali gayri menkulenin intikalâtına dair kanunu muvakkat ile arazi kanunnamesi, tevsii intikal kanunu ve bu arada çıkarılan bir kısım iradelerle konulan intikal hükümleri yeni esaslara göre değiştirildi. Bu kanunun başlıca hususiyeti; intikalde Medenî kanunun takip ettiği prensibe az çok yakın esaslar kabul etmiş oluşudur. Sıra ve nisbetlerin bir dereceye kadar uygunluğu ve halefiyet usulünün kabul edilmiş oluşu ezcümle bu meyanda sayılabilir. Miri arazi ile evkafı sahihe haricindeki arazinin intikalâtına ait olan bu kanun hükümleri sekizinci maddesiyle icareteyinli, icarei vahidei kadimeli müsakkafat ve müsteğılâtı vakfiye ile mukataai kadimeli müsteğılâta da teşmil edilmiştir. Bu kanun (Eshabı hakkı intikali) üç derece üzerinden tesbit etmiş karı veya kocayı bu dereceler arasına sokmayarak bunlardan her hangi biriyle içtima ettiği takdirde ayrı nisbetli intikal hakkı bahşetmiştir. Bu üç derece şunlardır.

1 — Birinci derece intikal hakkı sahipleri ölenin çocuklarıdır. Kız ve erkek müsavi hisse alır. Müteveffadan evvel ölen çocukları her tabakada halefiyet tarikiyle kendi çocukları temsil eder. Yani bunlar kendi ana veya babalarına düşen hisseyi aralarında paylaşırlar. Müteveffadan evvel ölen çocuğun füruğu bulunmadığı takdirde hissesi müteveffanın diğer çocuklarına geçer. Batınlar taaddüt ettikçe hep bu şekilde muamele yapılır. (Madde. 2)

2 — İkinci derece intikal hakkı sahipleri ölenin ana ve babasıyla bunların füruğudur. Ana ve baba her ikisi Hayatta ise müsavi intikal hakkına maliktir. Bunlardan evvelce ölene füruğu halef olur. Füruğu yoksa hissesi hayatta kalan ana veya babaya veya bunun füruğuna gider. Ana ve babadan her ikisi daha evvel ölmüşlerse kendilerini füruğları temsil eder. (Madde: 3) Kanun Altıncı Maddesiyle ana ve babaya mümtaz bir hal tanımıştır. İkinci dereceyi teşkil eden ana ve baba birinci derecedekiler ile yani müteveffanın evlât ve ahfadı ile birleşirse südüs hisseye malik olurlar. Fakat bu hak yalnız ana ve babaya tanınmıştır bunların füruğlarına verilmemiştir:

3 — Birinci ve ikinci dereceden hiç bir kimse bulunmadığı takdirde üçüncü derece olarak intikal hakkı sahibi ced ve ceddeler ile bunların furuğudur. Ana ve baba tarafından ced ve ceddelerin hepsi berhayat ise müsavat üzere intikal hakkına sahipdirler. Bunlardan daha evvelce öleni her derecede furuğu temsil eder. furuğu yoksa hissesi hayatta bulunan bunun karı veya kocası ced veya ceddeye intikal eder. Bunlarda sağ değilse furuğu intikal sahibidir ana veya baba tarafından yani bir taraftan ced ve ceddeler sağ olmadığı ve furuğlarıda bulunmadığı takdirde diğer cihetteki ced ve ceddeler veya furuğları münhasıran intikal hakkına malik olurlar. (Madde 4)

Yukarıda gösterilen derecelerde çocuklar muhtelif cihetten intikal hakkına malik olabilir. Bu takdirde her cihetten gelen hisseyi alırlar. Meselâ müteveffanın ana baba bir kardeşi ile yalnız ana veya baba bir kardeşi içtima ettiği kabul edilirse ana baba bir kardeş iki cihetten hisse aldığı halde yalınız ana veya baba bir kardeş bir cihetten hisse alır. Üç derecede tesbit edilen intikal hakkına sahip şahıslardan evvelki dereceye mensup olanlar sonra gelen derecedekileri intikal hakkından mahrum ederler.

Karı veya Kocanın Vaziyeti:

Yukarıda hükümleri hülâsatan gösterilen 1328 Tarihli tevsii intikal kanunu karı veya kocayı; intikal dereceleri arasına sokmamış bunlara her hangi bir derece ile birleşirse birleşsin daima intikal hakkı tanımıştır. Yalnız hısımlık derecesine göre intikal nisbeti değiştirilmiştir. Ölenin karı veya kocası birinci derecede sayılan furuğ ile birleşirse dörtte bir, ikinci derece sayılan ana ve baba veya bunların furuğu ile veya üçüncü derecedeki ced ve ceddelerle birleşirse yarım hisse alır. Üçüncü derecedeki ced ve ceddelerin furuğu müteveffanın karı veya kocasıyla birleştiği takdirde intikal hakkına nail olamaz. Bu furuğa düşen hisseleride kendi yarım hissesine ilâveten sağ kalan karı veya koca alır. Birinci ve ikinci derecedeki intikal hakkı sahiplerinden veya üçüncü derecedeki ced veya ceddelerden hiç biri bulunmazsa sağ kalan karı veya koca münhasıran intikal hakkına nail olur.

Evkafı sahihe hakkındaki Hükümler:

Araziyi memlükeden ayrılıp şeriat hükümlerine göre vakfedilen araziler hakkında arazi kanunnamesi hükümleri tatbik edilmez. Bunların zatı ve mülkiyeti ile bilumum tasarruf hakları vakfa aittir. Sonra-

77

ları icareteyn ve icarei vahide adları verilerek rakabesi vakıf uhdesinde bırakılmak ve sahiplerine takyiden tasarruf hakkı verilmek ve bunları hükmen kiracı mesabesinde saymak suretile tedavülleri kabul edildi. Ahkâmülevkafın 85 ve ilgili sair maddelerinde yazıldığı veçhile bidayette bu kabil eşhasın vefatında şartı vakıf başka hususu emretmediği takdirde ahkâmı şeriyeye göre yalnız ölenin erkek ve kız çocukları mirasçı sayıldılar 6 — Sefer — 1284 Tarihli tevsii intikal kanunu tedavülü kabul edilen bu icareteyn ve icarei vahideli vakıf arazi hakkında ecrimisli olan para tesviye edilmek şartiyle mutasarrıfının kendi ihtiyaç ve arzusu tahtında bu dereceleri yediye çıkarttı. Yani böyle bir araziye sahip şahıs muayyen olan harcı vererek kendi adına bulunan kaydın bu suretle tevsii intikalini istediği takdirde bu dereceler üzerinde intikal hakkına malik olurdu. 4 – Recep — 1292 Tarihli nizamnamede tevsii intikalin ihtiyari bulunduğuna dair bir kayt ve sarahat olmadığından intikal mecburi sayıldıysada bilahire 15 — Zilkade — 1292 Tarihli irade ile tekrar mecburi bulunmadığı kayt ve işaret edildi. Bu kanunun tesbit ettiği dereceler şu şekilde sıralanabilir .

1 — Erkek ve kız çocuklar .
2 — Torunlar .
3 — Ana ve baba .
4 — Ana baba bir erkek ve kız kardeş .
5 — Baba bir erkek ve kız kardeş .
6 — Ana bir erkek ve kız kardeş .
7 — Koca veya karı .

Bir evvelki derecede bulunanlar sonra gelen sıralardakileri intikal hakkından mahrum ederler. Ölenin çocuğu ile torunları birleştiği takdirde torunlar kendi ana veya babalarına ait hisseyi aralarında paylaşırlar. Torunların çocukları hissedar olamaz karı koca birinci ve ikinci derecedekilerle içtima ederse hisse alamazlar müteakip derecedekilerle birleştikleri takdirde dörtte bir hisseye maliktirler. 21/Şubat/1328 Tarihli gayri menkulâtın intikalâtına müteallik kanun bu kabil arazilerde miri araziye müteallik intikal hükümlerinin tatbik edileceğini kabul etti.

Medeni kanunun yörürlüğe girmesi :

Medeni kanun arazi kanunnamesi ve müteakiben çıkan kanun ve iradelerle tayin ve tesbit edilen intikal hükümlerini ve kütübü fıkhiyeye müstenit miras meselelerini tamamiyle kökünden halledererek yeni esaslera bağlamış ve basitleştirmiştir. Halen terekeye dahil menkul veya gayri menkul malların kâffesi ayni hükümlere gö-

re mirascılara intikal etmektedir. Eskiden açılan terekelerdeki arazi intikallerinin bir an evvel tamamlanması için muayyen bir müddet tayin edilerek bu müddet içinde ikmal edilmeyen muamelelere medeni kanun hükümleri tatbik edileceği bir madde ile kabul edilmiş olsaydı hakkı müktesep kaidesi ihlâl edilmeden tatbikattaki keşmekeşin ve arazinin uzun müddet intikâlsiz bırakılmasının temamen önüne geçilmiş olurdu. Bidayette arazi kanunu hükümlerine tâbi bunlunmayan evkafı sahiheden mahdut arazi intikalleri bilahere bir takım safahat geçirdiğinden yukarıda bir nebze bahsedilen bu kabil araziler hakkındaki tetkikat başka bir yazı mevzuu olarak seçildi.

No: 6

Kriminoloji, suçlulukla mücadele ilmi

plân

Dr. Nurullah Kunter

I — Pozitivist mektep, suçlulukla mücadeleye ilmî usullerle ve sistematik bir şekilde başladığından beri kriminoloji ilmi meydana gelmiştir.

II — Bu yeni ilme Garofalonun verdiği Kriminoloji ismi artık her lisanda yerleşmiştir.

III — Kriminoloji, suçluluk ve suçlulukla mücadele ilmidir. Bu itibarla Ceza hukuku, ceza usul hukuku, ceza infaz hukuku, suçlu antropolojisi, suçlu psikolojisi, suçlu istatistikleri kriminolojinin birer faslından ibarettir.

IV — Kriminoloji ve suç siyaseti.

V — Sırf ceza hukuku ile meşgul olan kimse nihayet yine bir (hukukçu) dur. Fakat suçlulukla mücadelede muvaffak olabilmek için kriminolojiden anlayan hakikî (cezacı) lara ihtiyaç vardır.

Son zamanlarda memleketimizde kriminoloji mevznunun ele alındığını, bu hususta kıymetli makaleler yazıldığını memnuniyetle görmekteyiz. Bu yazımızla düşündüklerimizi açıkça söylemek, bizden evvel bu sahifelerde tetkiklerini neşretmiş olan meslekdaşlarımızdan hangi noktalarda ayrıldığımızı göstermek istiyoruz.

I

Malûm olduğu üzere, klasik cezacılar suçluyu değil suçu görürler. Suç onlara göre mücerred hukukî bir mefhumdan başka bir şey değildir. Cezalandırılan da sanki suçlu değildir de suçtur. Bir tarafta suçlar, diğer tarafta cezalar listeler halinde kanunlarda sıralanmıştır: Filân suçu işleyen falan cezaya çarptırılır. Positivistler ilk defa olarak bu usule itiraz ettiler ve bu günkü kriminolojinin esasını kurdular. Suçlulukla esaslı bir şekilde mücadele için körü körüne ceza vermek kâfi değildir, denildi. Ceza hukukuna suç ve ce-

zadan başka bir de suçlu unsuru ilâve edildi. Cezayı suçlunun şahsiyetine uydurmak, bu suretle cezadan beklenilen gayelere daha müessir bir surette ve daha çabuk varmak istenildi. Fakat bu da kâfi gelmedi. Suçlulukla mücadele için körü körüne, hatta suçlunun şahsiyetine uygun bir surette ceza vermekte kâfi değildir, bu afetin sebeplerini araştırmak ve derdi bulduktan sonra devsını aramak icap eder, denildi. İlk defa, *Enrico Ferri* bu esası metodik bir şekilde izah etti: «Klasiklerin yaptığı gibi, suçun hukukî bir mefhum olarak mütalâası faydasızdır demiyorum, fakat her şeyden önce suçu işleyen adamın ve suçun işlendiği muhitin müsbet usullerle tetkiki lâzımdır ki en sonunda işlenen suçu, bizatihi ve mücerret bir mefhum olarak değil fakat failinin ruhî ve uzvî karakterini gösteren bir âraz olarak ele alalım ve hukukî bakımdan tetkik edebilelim» dedi [1]. Klasik bir cezacı, bir suçun ne vakit işlenmiş sayılacağını, ne vakit tam veya nakıs teşebbüs halında kaldığını, suçun mevsuf olup olmadığını, kanunun hangi maddesine temas ettiğini bilir. Fakat cemiyetin müessir ve pratik bir hâl çaresi aradığı suçluluk meselelerine, meselâ filân memlekette adam öldürme suçlarının neden arttığı ve bu artışı önleyecek tedbirlerin nelerden ibaret olduğu hakkındaki suallere cevap veremez. Suçluluk afetine karşı ilâç olarak belki cezayı gösterenler olacaktır. Fakat bütün dünyadaki tatbikat ceza sisteminin kâfi derecede müessir olmadığını göstermiştir. Yeni çareler araştırmak, her gün artan suçluluk ile mücadele etmek lâzımdır. Bu yeni çareleri mücerret mantık oyunlarile elde etmek kabil değildir. Suçluluk meselelerinin tetkikinde müsbet usuller kullanılmalıdır. Klasikler pratik sahada cezaların azalmasını, nazarî sahada suçun mücerret bir şekilde tetkikini prensip olarak almışlardı. Pozitivistler ise pratik sahada suçların azalmasını, nazarî sahada da, pratik sahadaki gayelerine varmak için, suçun insanî ve içtimaî bir vakıa olarak müşahhas bir şekilde tetkikini prensip olarak kabul etmişlerdir.

Görülüyor ki, yenilik ceza hukukuna bir suçlu unsur ilâve etmekle kalmamış, ceza hukukunun hudutlarını aşmıştır. Suçlulukla mücadelede ceza kâfi görülmemiştir. Filhakika şâfi bir tedbir olan ceza, suçlulukla mücadele de baş vurulan en son bir tedbirdir. Fakat vâki mahiyette, önleyici tedbirlerle suçluluğun önüne geçmek daha esaslı, daha akılâne bir hareket olur. Sıtma ile mücadele için kinin dağıtmakla iktifa etmediğimiz, fakat mikrop yuvası bataklıkları kurutmağa çalıştığımız gibi.

[1] Ferri: sociologia criminale, 5 inci tabı, Torino, 1930

II

Ferri, suçluluk meselelerini toplu bir şekilde tetkik eden bu yeni ilme *suçlu sosyolojisi* (sociologia criminale) ismini verdi [2]. Ferriye göre, nasıl içtimaî hadiselerden, yani insanların cemiyet dahilindeki faaliyetlerinden bahseden ilim sosyoloji ise, bu faaliyet bir suç şeklinde tezahür ederse bu cürmî faliyeti doğuşunda, tekâmülünde ve hukukî ifadesinde, suça karşı cemiyet müdafaa vasıtalarının teşriî, kazaî ve idarî nizamında tetkik eden ilim de sosyolojinin hususî bir şubesi olan suçlu sosyolojisidir. İnsanların faaliyetini normal ve anormal diye ikiye ayırabiliriz. Normal faaliyet, her ferdin yaşama mücadelesi için yapmağa mecbur olduğu ve cemiyetin ve başkalarının yaşama şartlarına uygun bir faaliyettir. Ferdî ve içtimaî şartlara uygun olmayan faaliyet ise anormaldır. Normal faaliyet hukukî bakımdan hususî hukuku ve amme hukukunu alâkadar eder. Anormal faaliyet ise ceza hukukunun mevzuunu teşkil eder.

Garofolo 1884 de bu yeni ilme *kriminoloji* (criminologia) adını verdi. [3] Bu isim bugün artık her lisanda yer etmiştir. Fakat bu benimseniş, kriminolojik tetkiklerin yarım asrı geçen tarihine rağmen nisbeten yeni olmuştur. Ferri'nin koyduğu suçlu sosyolojisi adı suitefehhümlere ve münakaşalara yol açtı. Bilâhara Ferri'nin de 1928 senesinde Rabinowicz'in *Emniyet tedbirleri* (Les mesures de sûrté) isimli eserine yazdığı mukaddemede itiraf ettiği gibi, bu isim daha ziyade suçun içtimaî amillerini tetkik manasına kullanılmakta olduğu [4] için revaç bulamamış, ve Garofalonun verdiği isim suçluluğu bir kül halinde tetkik eden bu yeni ilme daha uygun görülmüş ve bu itibarla daha çok taammüm etmiştir. Son zamanlara kadar fransızcada *sciences criminelles* suçluluğu alâkadar eden bilgiler namı altında tanılan kriminoloji daha ziyade İtalyan, İspanyol, İngiliz ve Alman lisanlarına girmiş bulunuyordu [5]. Müzakerelerine iştirak etmek fırsatını bulduğumuz Birinci Beynelminel Kriminoloji Kongresinden (Roma 1938) sonra bu isim artık daha esaslı olarak takarur etmiş bulunuyor.

[2] Sociologie criminelle'i cinaî sosyoloji şeklinde tercümeyi doğru bulmuyoruz. Suç sosyolojisi veya suçlu sosyolojisi denebilir. Suça değil suçluya ehemmiyet verdiğimzi tebaruz ettirmek için suçlu sosyolojisini tercih ediyoruz. Suçlu antropolojisi, suçlu psikolojisi gibi.

[3] Garofalo : *criminologia*, Roma, 1884.

[4] Meselâ Dr. Cemil Bengü (Suç politikası, Adliye Ceridesi, 1941, s. 797)

[5] Muhtelif lisanlarda kriminoloji kelimesini kendisine başlık yapan şu bir iki kitab ve mecmua bu kelimenin nasıl tutunduğunu pekâla gösterir:

Ingenieros : *Criminologia*. Buenos—Aires, Madrid, 1920

III

Pozitivist mektebin müsbet tetkiklerinden doğan bu ilim artık pozitivist mektepten müstakil bir varlık kazanmış, başlı başına bir mevcudiyet olmuştur. Öyle ki, bir kriminoloğun bugün bir pozitivist olması icap etmemektedir.

Kriminoloji, suçu tabiî ve içtimaî, bu itibarla hukukî bir hadise olarak tetkik eden, suçun işlenmesinden *önce* ve *sonra* aldığı tetbirlerle cemiyetin suçluluğa karşı daha iyi, daha müessir bir şekilde müdafaasını temine çalışan bir ilimdir. Bu itibarla ceza hukuku, ceza usul ve infaz hukukları, suçlu antropolojisi ve psikolojisi, suçlu istatistikleri hep suçluluk ilmi olan kriminolojinin birer aslından ibarettir.

Suçlulukla mücadele için suçun sebeplerine tesir etmek istenilmiş, suçun sebeplerini araştırırken suçluyu tetkik etmek lâzım gelmiştir. Suçlunun bünyesi uzvî olarak iki bakımdan tetkik edilir. Vazifeden önce uzvu anlamak gerektiği için ilk önce uzvî tetkik yapılmıştır. Morfoloji, Bioloji, Endocrinoloji, suçlu antropolojisine yep yeni ve parlak istikbal vaadeden ufuklar açmışlardır. Şurasını ilâve edelim ki, bir kriminoloğun suçlu üzerinde bizzat antropolojik tetkikler yapması mükellefiyeti hiç bir zaman bahis mevzuu olamaz. O yalnız, hukukî ve İçtimaî hükümlerini istihraç ederken, suçun ferdî sepepleri hakkında suçlu antropolojisinin verdiği malumata dayanmak mükellefiyetindedir.

Ruhî tetkik uzvî tetkiki takip etmiştir. Lombrozo bile *L'uomo de linquente*'nin son tabılarında ruhî tetkikin, suçlulukta tesiri bakımından, uzvî tetkikten daha üstün tutulabileceğini kabul etmiştir. Suçlu psikolojisi ve psikopatolojisi bugün kriminolojiye baha biçilmez esaslar vermektedir.

Parmelee : *Criminology*, New-York, 1918
Sutherland: *Criminology*, New—York, 1924
Mac Donald: Criminology, New—York, 1893
Archivio de psiquiatria y criminologia, Buenos—Aires
Archiv für Kriminologie, Leipzig
Boletin do Istituto de Criminologia, Lisbon
Boletin de criminologia, Peru
Bollettino di criminologia, Buenos—Aires
Etudes criminologiques, Paris
Journal of criminal Lawand Criminology, Chicago
Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles

83

Suçlu istatistikleri ise - bugün buna daha ziyade suçlu sosyolojisi denilmektedir - suçu içtimaî bir vakıa olarak ele alır. Suçun içtimaî amillerini araştırır. İçtimaî hadiselerin tetkikinde tecrübe çok güç ve çok defa imkânsız olduğu için ilmî araştırmalara en uygun gelen yol müşahede yoludur. İşte istatistik bu müşhadenin en faydalı vasıtalarından biridir. Suçlulukla mücadelede suçlu istatistikleri o kdar ehemmiyetlidir ki, daha 1860 senesinde Londra istatistik kongresinde Lord Brougham «bir gemici için harita ve pusula ne ise bir kanun vazıı için de suçlu istatistikleri odur» demiştir.

Kriminolojiyi suçlulukla mücadele ilmi olarak tarif ettik. Bu mücadele ya suç işlendikten sonra olur: Tenkil (Repression), yahutta suç işlenmeden önce olur: Önleme (Prévention). Tenkili tanzim edenler ceza hukuku, ceza usul hukuku, ceza infaz hukuku ve infazdan sonra da serbest bırakılan suçlu ile yakından meşgul olan patronaj müessesesidir.

Kriminoloji önlemeye tenkilnden daha çok ehemmiyet vermektedir. [6].

Her nekadar ta Montesqieu'den, Beccaria'dan beri suçları önlemenin faydalarından bahsoluna gelmişse de bunlar hep lafta kalmış, sistematik bir inkişaf görülmemiştir. Zira önleme güçtür, tenkil gibi kolay değildir. Uzun müşahedeler, derin tetebbüler ister. Önleme iki kısma ayrılır: *Yakın önleme* polise terettüp eder. İşlenme üzere iken suçun önlenmesidir. *Uzak önleme* (ceza yerine gecen tedbirler – sostitutivi penali) ile olur. Bu tedbirler psikolojik, sosyolojik ve ekonomik kanunlarla suçun şahsî, içtimaî ve tabiî amillerini yok eder ve bu suretle suça ta esasında mani olmağa çalışır. Quételet şu sözleri söylemekte ne haklıdır: «Her sene işlenen suçlar içtimaî teşkilâtımızın zarurî bir neticesi gibi görünmektedir. Eğer esaslı sebebler önleme ile tadil edilmezse suç sayısının azalmayacağı anlaşılmaktadır. Bu itibarla bu sebebleri tanımak, ve onları kabil olduğu

[6] Bazıları, meselâ: Dr. Bengü (suç siyaseti, Adliye Ceridesi, 1941, s, 796) kriminolojiyi sırf suçun amil ve şartlarını tetkik eden bir ilim olarak almışlar ve suç ilmi diye tercüme etmişlerdir. Suç işlendikten sonraki, tenkil kelimesile anlattığımız, neticelerini de suç soravı veya suç mesuliyeti ilmi diye isimlendirilen bir diğer ilmin mevzuu olarak göstermişlerdir. Her iki ilim, bu müellife göre, suç politikasının birer desteğidir. Hafter'in suçla mücadelenin en doğru yolunu arayan bir politika diye tarif ettiği bu suç siyaseti bizce kriminolojiden başka bir şey değildir. Etiket meselesi. M. Ali sebük (Adliye Ceridesi, 1941, s. 548) *Kriminoloji veya cinaî sosyoloji* adlı makalesinde *veya* kelimesi ile bu iki ismin aynı ilmi kastettiklerini tebarüz ettirmekte, diğer taraftan da bunlardan birincisine vâki ikincisine şâfi tedbirler, kısacası önleme ve tenkil mahiyeti izafe etmekle başka başka şeyler olduğunu göstermek tedir. Bu ikinci noktai nazara ne için iştirak edemiyeceğimizi izah edebildiğimizi umuyoruz.

84

kadar ortadan kaldırmak kanun vazıına düşer. Büdcenin muvazenesi gibi suçların muvazenesini de yapmak onlara tereddüp eder»[7].

IV

Bir de (cezaî siyaset) veya (suç politikası) diye tercüme edilegelen ve bilhassa Alman cezacılarının dillerinden düşürmedikleri bir *Kriminalpolitik* meselesi vardır. Ceza hukukunu da ihtiva eden bir Kriminolojiyi kabul etmek istemeyenler ceza hukukuna karşılık olarak ceza siyasetini ileri sürmüşlerdir. Liszt'e göre suçu veya cezayı hukukî cephesinden mütalâa eden ceza hukukundan temamen ayrı ve müstakil olan ceza siyaseti «suçun sebeblerinin ve cezanın tesirlerinin ilmî bir şekilde mütalâasına istinad eden ve devletin suçluluğa karşı ceza ve buna benzer müesseselerle mücadelesinde esas olan prensiplerin heyeti mecmuası» dır. Eğer ceza siyaseti suçu yalnız hukukî olarak değil, fakat tabiî ve içtimaî bir had se olarak ilmî metodla tedkik ediyorsa, kriminolojiden başka bir şey olamaz. Fakat maksat ceza hukuku ile kriminolojiyi ayırmak ise bu, cemiyetin müdafaasını hukukî müdafaadan ayırmak, hukukî hadisenin aynı zamanda içtimaî bir hadise olduğunu kabul etmemek demek olmazmı? Eğer cezacı yalnız hukukî bir hadise olarak suç ve ceza ile meşgul olursa ve tabiî ve içtimaî bir hadise olarak suçun tetkikini ve ona karşı tedbirler alınmasını kriminologa, cezanın infazını da ceza infazcısına bırakırsa, bunlardan her biri kendi sahasında çalışır ve birinin yaptığından diğerinin haberi olmaz. Suçlulukla mücadelede kuvvetlerin dağılmasından zarar gören yine cemiyet olur. Biz, Ferri ile beraber, cezaî siyaseti «Kriminoloji ilminin neticelerinin muayyen bir zamanda muayyen bir devletteki hususî şart ve icaplara uydurulabilmesi sanatı» olarak tarif edeceğiz.

V

Sırf ceca hukuku ile meşgul olan kimse nihayet yine bir *hukukçu* dur. Fakat, suçlulukla mücadelede muvaffak olabilmek için kriminoloji mütehassıslarına, yani hakikî *cezacı* lara ihtiyacımız vardır. Bu maksatla ileri memleketlerde Hukuk fakültelerine bağlı ihtisas mekteplerinde kriminolojik bilgiler öğretilmektedir. İtalyada genç ceza hâkimlerinin kriminolojik bilgileri her sene açılan tekâmül kurslarında yeniletilmekte ve ilerletilmektedir. Bu teşekküller hakkında M. Ali Sebük (Kriminoloji veya cinaî sosyoloji) adlı makalesinde malu-

[7] Quételet: Physique sociale, Bruxelles, 1869.

mat vermektedir [8]. Türk Hukuk kurumunun bu kış için hazırladığı serbest konferanslar arasında kriminolojinin de bulunduğunu sevinçle görüyor ve bunu bu sahada atılan ilk adım olarak kabul ediyoruz. Daha esaslı teşekküllerin memleketimizde de yeni ve daha verimli bir manada cezacılar yetiştirmesini temenni etmek ve beklemek hakkımızdır. Ancak bu şekildedir ki memleketimizde suçlulukla esaslı bir şekilde mücadele etmek imkânını bulacak, bütün dünyada aczi tahakkuk etmiş olan tenkilî müeyyidelere bel bağlamaktan kurtulmuş olacağız. Önleme tedbirlerinin fayda vermediği hallerde dir ki en son olarak başvuracağımız tenkilî müeyyidelerin en faydalı, en müsmir bir şekilde tatbiki imkânlarını araştıracağız.

---

[8] M. Ali Sebük: Kriminoloji veya cinaî sosyoloji, Adliye Cerîdesi, 1941, s, 548).

No: 72

Hava hukuku [1]

Konferansı veren Rıfat Taşkın
General Hâkim, Askerî temyiz Baş
Müddei umumisi

Aziz meslekdaşlarım, sayım dinleyicilerim.

Hava hnkukuna taallûk eden millî ihtiyaçlarımızı karşılamak için 1934 senesindenberi bu mevzu üzerinde çalışmaktayız. Bu çalışmaların mahsulü olarak hava hukukunun ana hatları hakkında edindiklerimi ve her bahse taallûk eden Türk görüşünü huzurunuzda kısaca arzedeceğim.

Evvelâ şunu arzedeyim ki:

Hava hukukunun mevcut ve bilinmesi mümkün ve faideli olan geniş bir nazariyatı ve mevzu bir çok esasları ve kaideleri vardır. Bu hukuk üzerinde mühim eserler vücuda getirilmiş olduğu gibi bir cihetten de mevkut mecmualarla bu ilmin inkişafları ehemmiyetle takip edilmetedir.

Konferansımı üç kısma ayıracağım : Birinci kısımda umumî surette hava hukukuna, ikinci kısım da hava amme hukukuna ve üçüncü kısımda da hava hususî hukukundan bahsedeceğim.

HAVA HUKUKU

BİRİNCİ KISIM

Umumî surette

Uçmak, hava içinde yüzmek okadar yeni ve mühim bir hadise olarak ortaya çıkmış ve o nisbette nazik hukukî muammalar vücuda getirmiştir ki mevcut hukuk, bu yeni ihtiraın doğuracağı meseleleri, ihtilâfları hatırından bile geçirmemiştir.

Sürat itibarile mevcut vasıtaların en serii olan ve mahiyeti icabi toprak ile alâkasını keserek kendisine müstakil bir mavcudiyet temin eden hava nakil vasıtaları hukuk ilminin mühlm esaslarını ve mselâ şahısların mülkiyet ve devletlerin hâkimiyet prensiplerini alt üst etmiştir.

[1] Bu konferans 10/2/941 tarihinde Ankara halkevinde verilmiştir.

8.7

Mevcut mevzuatta, kanun ve mukavelenamelerde böyle bir vasıta yüzünden tahaddüs edebilecek ihtilâfların halline yarayan hiç bir hüküm bulunmayordu.

Havada yüzmek hadisesi okadar başka ve müstakil bir mahiyet arzetmiştir ki havada cereyan eden her hangi bir vakıa ve hadise hakkında mevcut metinleri tefsire mezun olan hâkimler de kıyas yoluna müracaat imkânını bulamamışlardır.

Bu yeni nakil vasıtasının inkişafını temin için, yalnız kendisine mahsus olmak üzere müstakil ve hususî esaslar ve hükümler vazedilmek, ve bu yeni vasıtayı kullanmak isteyenlerin hak ve vazifelerini başka suretle tanzim ve tayin etmek, ve binnetice dahilde hususî kanunlar vücuda getirimek, devletler arasında da yeni mukavelenamaler akdolunmak zarureti hasıl olmuştur.

İşte bu yeni hukukun esasları ve yeni kanunların ve yeni mukavelenamelerin muhtevaları hava hukukunun mevzuunu teşkil eder.

Her şeyden önce; hukuk ilminin bu yeni şubesine muhtelif milletlerin vermiş oldukları isim hakkında kısaca bazı malûmat arzedeceğim: Fransızlar 1909 senesinde Parisde «L.école supérieure d'' aéronoutique de Paris» mektebini tesis ettikleri sırada hukuk ilminin bu yeni branşina Droit aérien ismini vermişlerdir. Bu isim zarif görülmesine rağmen bir çok tenkitlere maruz kalmıştır. Bilhassa havadaki seyriseferlere ve hava münakalâtına tahsis edilmek istenilen bu isim çok geniş ve umumî görülmüştür. Almanlar daha katiyet ve hususiyet ifade eden iki unvan bulmuşlardır: Birisi Luftrecht diğeri de Luftfahrecht dir. Bu kelimelerden birincisi Fransızların Droit aérien kelimesinin temamen aynıdır; Bu ıstılah, ne suretle olursa olsun havadan istifadeye taallûk eden bütün meselelerin (maselâ telsiz telgraf, telefon, telsiz alektirik, telsiz kuvvet nakli) ihatası içine alır.

Almanların ikinci ıstılâhına gelince, Bu fransızca Droit aéronautique suretile tercüme olunabilir. Mevzuun temas ettiği meselelerin yalnız havada seyri sefere ait olması itibarile, ikinci tabirin kullanılması daha doğru olur. Netekim Fransızlarda bu yanlışlığı teslim etmekte ve fakat artık alışılmış olan ıstılahın değiştirilmesi için çok geç kalındığını söylemektedirler. «Sahife 4 Marcel Le goff».

İtalya hukukçuları prófesör «Ambrozi»nin teklifi üzerine Droit aéromautique ıstılahını kabul etmişlerdir.

İngilizler ve Amarikalılar Hava hukukuna taalluk eden kanunlarına Aire Navigation act yani Navigation Aérienne ismini vermişlerdir ki yukarıda arzettiğim ıstılâhlardan ikincisine yakın ve daha doğrudur.

Bizde yeni yaptığımız kanun projesinde (hava seyri sefer kanunu) kelimelerini kullandık, fakat (hava hukuku) ıstılâhı da alışdığımız bir tabirdir. Bu ıstılâh Fransızların Droit Aerien kelimesinin aynen tercümesidir. Yukarıda söylediğim mahzurlar (Hava hukuku) ıstılâhında da aynen mevcuttur; binaenaleyh (hava seyrü seferleri hukuku) kelimelerini kullanmak maksada daha muvafık ve sahih görülmüştür.

Bu bahisden sonra hava nakil vasıtalarına verilen isimleri de burada söylemek muvafık olur: Hava seyrü seferleri hakkındaki talimatı ihtiva eden 13 teşrini evvel 1919 tarihli beynelmilel mukavelenamenin (D) harfli zeylinde bu nakil vasıtalarına şu muhtelif isimler verilmiştir:

Aéronef kelimesi, sevk ve idare kabiliyeti olsun olmasın bütün balonları, ve dirijapları, aviyonları ifade eder;

Ballon kelimesi havadan hafif bir gaz ile şişirilmiş olan ve seyir ve hareket için hiç bir cihazı olmayan serbest veya sevk ve idareye kabiliyetli Aéronefleri ifade eder;

Dirigeabl kelimesi havadan daha hafif bir gaz ile şişirilmiş ve seyir ve hareket içinde bir cihaza malik olan Aéronef leri ifade eder.

Avion kelimesi ise bütün Aéreplan ları, hydroplan ları ve havadan daha ağır ve seyir ve hareket için bir makine ile mücehhez sair bütün Aéronef leri ifade eder..

Bundan sonra, hava hukukunun kısaca bir tarihçesini yapacağım:

Hava hukuku üzerinde ilk eser M. Paul Fauchilinin Domaine Aérien et le regime Juridique des àerostats ismindeki meşhur eseridir. Bu eser 1901 de Parisde neşrolunmuştur. 1900 senesini takip eden senelerde Hukuku düvel Enstitüsü de hava hukukuna ait bir çok meselelerle meşgul olmuş ve Madriddeki içtimaında hava hukukuna dair sulh zamanına ait olmak üzere (28) ve harp zamanına mahsus olmak üzerede (30) maddelik bir nızamname yapmıştır.

1910 da İtalyada (Verone) de toplanan beynelmilel Hukuk kongreside hava işlerine dair bir çok tetkikler yapmış ve bir hayli de temenniler izhar etmiştir.

Bu devirdeki mesainin en mühimini (Comite Juridique internati onal de l' avion) tarafından yapılan mesai teşkil eder. Bu komite (Code de l'air) unvanı altında hava hukukuna dair bir çok hükümler tesis etmiştir. Hava hukuku hakkında Türk hava kurumu tarafından neşrolunan eserimin (210 uncu sahifesinde) bu kod aynen yazılıdır. Bu komitenin tesis ettiği müteaddit şubelerin mütemadi mesaisi La Revue Juridique international de la lecomotion Aérienne namındaki

89

mecmua ile muntazaman neşrolunmuştur. Bu komite (31) maddelik bir metin vücuda getirmiştir.

Yukarıdan beri saydığım ilim adamlarından ve heyetlerinden başka hükümetler ve parlomentolarda hava nakil vasıtalarının terekki ve inkişafına lâkayt kalamamışlar ve bunlarda bir çok mevzuat vücuda getirmişlerdir.

Bu sıralarda beynelmilel faaliyetler başlamışdır. 1899 La Hay konferansında bazı esaslar müzakere olunmuş ve meselâ balonlardan ve buna mümasil diğer vasıtalardan, iştial edici maddelerin atılması menedilmiştir.

10 Mayıs 1910 da Parisde Hariciye nezaretinde hava seyri seferlerine dair beynelmilel bir konferans toplanmıştır, on sekiz Avrupa hükûmeti bu konferansa iştirak ederek tayyarelerin tabiiyeti, tescili seyahat ruhsatiyyeleri tayyare müstahdemlerinin ehliyet vesikaları, yere inmekserbestisi, gümrük işleri gibi muhtelif meselelerle görüşülmüş ve fakat en nazik bir mesele olan hava sahasındaki hâkimiyet meselesinin münakaşsından içtinap olunmuştur. Bu konfarans bir çok ihtilâflar yüzünden müsbet bir netice verememiştir.

26 Temmuz 1913 de Fransa ile Almanya arasında muvakkat bir itilâfname akdolunmuş ve her iki taraf toprakları üzerine gelecek olan tayyarelere tatbik olunacak kaideleri tesbit etmişlerdir. Diğer tarafdan birleşik Amarika kukûmetile komşuları arasında da buna mümasil itilâfnameler tanzim ve taati edilmiştir.

1914-1918 harbinden evvel vücuda getirilen ve yukarıda kısaca bahs olunan esaslarda bir birine zıd iki noktai nazar görülür: Bu noktai nazarlardan birincisi, hükûmetlerin hava seyrü seferleri hakkında vazetmek istedikleri takyidatın, aleyhindedir; Diğeri ise en başda İngiltere olmak üzere bazı hükûmetler, hava seyrüseferlerine çok ciddî tahyidat vaz etmek istemişlerdir. Birisi liberal diğeri nasyonalist olan bu fikir ayrılığı bir çok ihtilâfların esasını teşkil etmiştir.

Hava seyrü seferlerinin gittikce artan inkişafı ve bilhassa 1914-1918 senelerini birbirine bağlayan harp esnasındaki ehemmiyetli faaliyeti her milletin gözünü dört açmış ve hava hukukuna ait esaslar cihan harbinden sonra büyük bir hızla ve ciddiyetle vazedilmeğe başlanmıştır.

Hava hukukunun esasları beynelmilel mühim üç mukavelename ile tesis edilmiştir. Bu mukavelenamelerden birincisi Parisde kararlaşdırılan 13 Teşrini evvel 1919 tarihli La convention relative à reglementation de la navigation aérienne Mukavelenamesidir. Bu mukavelename sulh muahedesi hakkın-

daki mesai ile alâkalıdır. 1914 - 1918 harbinden sonra sulh muahedesini akdetmek üzere Parisde toplanmış olan devletlerin mümessillerine Fransız hükûmeti hava seyrüseferleri hakkında beynelmilel ve yeknasak hukukî bir rejim temini için, bir metin kaleme alınmasını teklif etmiştir. Bu teklif kabul edimiş ve on iki devlet mümessilinden mürekkep bir tayyare komisyonu [Commission de l aéronautique] teşkil olunmuştur.

Bu komisyon vazolunacak esas ve kaidelerin hava seyrü seferleri hakkında beynelmilel umumî bir mukavelename şeklini almasını tensip ederek evvelâ prensiplerin bir listesini tanzim etmiş ve sonra kendisi de üç tali komisyona (Sou Commission) ayrılmıştır. Bu komisyonlar, teknik komisyon, askerî komisyon, hukukî komisyondur. Bunların her birisi umumî mukavelenamenin kendilerile alâkalı olan fasıllarını aralarında taksim ederek tanzim ve tedvin etmişlerdir. Mukavelename metni 13 Teşrini evvel 1919 da müttefik hükûmetlerin mümessillerine arzedilmiş ve 13 Teşrini evvel 1919 ile 22 Mayıs 1922 Tarihleri arasında yirmi dokuz Devlet mümessilleri tarafından imza olunmuştur. Bu tarihden sonra mukavelenameye daha bir çok Devletlerde iştirak etmiş ve nihayet mukavelename bu gün 27 devlet nezdinde mer'i bulunmuştur. Bu mukavelename bilâhare ikinci bir tetkikden geçirilerek müteaddit protokollarla bazı tadilatta yapılmıştır. (Mukavelenamenin metni hava hukuku hakkındaki eserimde aynen yazılıdır.)

Bu mukavelename 43 maddedir. Ve müteaddit zeyilleride vardır. Bu zeyiller teknik bir çok kaideleri ihtiva eder. Hava tekniği çok mütehavvildir. Bu tebeddüllere tetabuk etmek üzere o kadar çok da zeyiller vücuda gelmiştir.

1919 Paris mukavelenamesinde 34 üncü maddesi ile (Commission international de Navigation aerienne) unvanı ile cemiyeti akvamın oteritesi altında hususî bir komisyon tesis edilmiştir. (C. İ. N. A.) remzile gösterilen bu komisyon akit devletler arasında bir rabıta hizmeti görür. Bu komisyonun bürosu Parisde (20 Avenu kleber) de idi. Bu hususî komisyon ilk defa olarak 11 Temmuz 1922 de içtima ve birinci içtimaa mösyo Simon Puankare riyaset etmiştir. Bu komisyonun mesaisini tanzim eden nızamnameler yapılmış ve bir çok talî komisyonlarda teşkil edilmiştir.

Beynelmilel hava hukukuna ait esasları ve prensipleri vazeden beynelmilel mukavelenamelerden ikincisi de 1 Teşrini evvel 1926 tarihinde Madridde imza olunan «La Conveution ibero americaine relative a'la navigation aérienne Madrid» dir.

(L'iberie) İspanyanın eski ismidir. İspanya hükûmeti 1926 senesinde beynelmilel hava işleri için ırki rabıta ile bağlı olduğu cenubî Amerika hükûmetlerine müracaatla bir kongre akdini teklif etmiştir. 25 ilâ 30 Teşrini evvel 1926 tarihinde Madridde toplanan bu kongre yukarıda arzettiğim unvan altında bir mukavelename metni vücuda getirmiş ve bu mukavelename yalnız İspanya devleti tarafından imza olunmuştur. Diğer Amerika hükûmetleri de Ad referendun kaydile imzalarını koymuşlardır. Bu kongrede hazırlanan mukavelename esaslı bir şey yapmamıştır. 1919 Paris mukavelenamesini gözden geçirmiş ve bazı tadilât ile iktifa etmiştir. Paris mukavelenamesinin tesis etmiş olduğu komisyon gibi Madrid mukavelenamesinin 34 üncü maddesi de (C. i. a. n. o.) remzile maruf bir komisyon teşkil etmiştir. (bu mukavelenamenin metni de hava hukuku hakkındaki eserimde yazılıdır.)

Yukarıda arzettiğim beynelmilel iki mukavelename ile âmme hukuku sahasında devletler arasında hasıl olan itilaflar hususî hukuk sahasında da tesirlerini göstermeğe başlamıştır. Hava seyrü seferlerinin terekkiyatı ve mühim surette inkişafı ve bilhassa hava yollarile umumî nakliyatın başlaması âcilen halli lâzım gelen bir çok meseleleri ortaya çıkarmıştır. Bazı memleketlerin millî kanunları az çok bu zarureti karşılamak istemiş isede, mevzuatın çokluğu ve bir birine zıd hükümleri ihtiva etmesi itibarile pek çok müşkiller zuhur etmiş ve devletler arasında bu işler için yeknasak metinler vücuda getirmek zaru reti hasıl olmuştur. Bu zaruret dolayısile beynelmilel ticaret odasının hava komisyonu 30 teşrini evvel 1923 deki içtimaında hava işlerine dair olan hususî hukuku tanzim etmek için beynelmilel bir konferans akdini teklif etmiştir. Aynı sebeplere binaen 1923 ve 1925 senelerinde Fransa hükûmeti de bu arzuyu resmen izhar etmiştir. Bilhassa Tayyare nakliyecilerinin mesuliyeti meselesi en ileri sürülen meselelerden birisi olmuştur. Bu teşebbüs üzerine 1925 senesinde Parisde hava işlerine dair hususî hukuku tetkik ve tanzim temek üzere kırk üç hükûmet mümessilinden müteşekkil bir konferans akdedilmiş ve bir çok esaslar hazırlanmıştır. Bu konferan sın vermiş olduğu neticelerden biri olmak üzere 17 ilâ 21 mayıs 1926 tarihinde Parisde Hariciye nezaretinde (Hava hükuku mutahassısları beynelmile teknik komitesi) C. İ. T. A. ismi altında içtima eden bir komiteden hava hususî hukukuna dair beynelmilel bir kanun lâyihasının tanzimi ve beynelmilel konferanslara takdimi kararlaşdırılmış ve bunun için dört komisyon ihdas edilmiştir. Bu komisyonlar hava işlerine müteallik hususî hukuku tedvin ile meşguldürler. Ve bazı projelerde yapmışlardır.

Hava hukuku esaslarını vazeden beynelmilel mukavelenamelerden üçüncüsü de 20 Subat 1928 de (La Havane) de imza olunan La Conveutifon panamericain relativâ l'aviation commercial dir. Bu mukavelename Amerika hükûmt lerininteşebbüsü üzerine vücuda getirilmiştir. Bu mukavelename 16 Şubat ilâ 20 Şubat 1928 tarihinde Havanada Amerika hükûmetleri mümessillerinden müteşekkil bi konferansda büyük bir ihtimamla hazırlanmış ve 20 Şubat 1928 de imza edilmiştir. Pan Amerikan mukavelenamesi 37 maddedir. Lahavan mukavelenamesi ile diğer mukavelenameler arasında bazı farklar vardır. Bunları iyice ayırmak için mukavelenamelerin metinleri karşılaşdırılmak ve dikkatle tetkik edilmek iktiza eder.

Yukarıdan beri saydığım beynelmilel mukavelenamelerin ve hava hukuku mutahassısları beynelmilel teknik komitenin hava hususî hukuku hakkın da hazırlamış olduğu lâyihanın dilimize çevrilmiş metinleri Türk Hava kurumu tarafından tabolunan (Hava hukuku) namındaki eserimin nihayetinde aynen yazılmıştır.

Sayın dinleyicilerim, Yukarıda saydığım mesai ve gösrerdiğim mukavelenamelerden başka hava hukukunun menbalarından olmak üzere, devletlerin dahilî kanunlarile idarî kararlarını da zikretmek lâzımdır. Sulh muahedelerinde ve beynelmilel mukavelenamelerde yazılı olan hükûmler, hükûmetleri bir çok mevzuat vücuda getirmeğe mecbur etmiştir. Bu mevzuat üç nevidir: birincisi idarî mevzuat, ikincisi millî kanunlar, üçüncüsü beynelmilel itilâflardır. İdarî mevzuat bittabi pek çoktur. Ve muhtelif makamlardan ısdar edilmiştir. Bunlar tayyarelerle müstahdemleri hakkında teknik bir takım kaideleri muhtevidir. Takip olunacak hava yolları, hudutlardaki geçid yerlerini, hava meydanlarını tayin eder.

Millî kanunlara gelince, hükûmetler hava seyrü seferleri hakkında müstakil kanunlar vaz ve tedvin etmişlerdir. Bunlardan bazıları kanunlarını yenilemişlerdir. Bazılarında ise halâ 1914 harbinden evvelki kanunlar caridir. Bazılarında da henüz millî bir kanun yokdur.

Beynelmilel itilâflara gelince, halen cari olan ve komşu devletler tarafından akdedilmiş olan iki taraflı mukavelenameler muhteviyatı bu itilâfları teşkil eder.

Hava hukukuna dair bir çok müellefat mevcut olduğu bir hayli mevkut mecmualar da intişar etmekte olduğunu yukarıda arzetmiştim. Hukuk ilminin bu yeni şubesi hakkında müsaadenizle kısa bir Biblioğraphie arzedeyim.

Traité Théorique et pratique
de Droit Aérien.

Marcel le Coff Paris 1934
Traité de droit international puplique
Aérien
Joseph Kroell Paris 1934
Deutsche Luftfahrt gesetzgebung
Wegerdt Berlin
Revue genéràle de Droit Aérien fondéet dirigés
Par de geouffre de la pradelle her üç ayda bir çıkar Paris
Bu mecmua hava hukukuna taallûk eden doktrinleri ile hava hukuku hakkında devletlerin dahilî mevzuatı ve beynelmilel mukavelenameler üzerindeki cereyanları mahkeme içtihatlarını, konferans ve kongreleri pek muntazam ve mufassal bir surette takıp eder.
Rivisita di Dritto Aéronautico
Roma
The Journal of Air Laud
Şikago
Amarika
Studi di Dritto Aéronautico
Roma
Archive Für Luftrecht
D. Hans Aphi koffer
Königs berg

Hava hukukunu mütalâa ederken evvel emirde bu hukukun diğer hukuk prensipleri ile olan alâka ve münasebetlerinden yani iki mühim bahisden başlamak icap eder.

Bu mühim bahislerden birincisi Hava sahası ve mülkiyet hakkı diğeri de hava sahası ve devletlerin hakimiyet hakkıdır.

Havada uçmak hadisesi keşfolunmazdan evvel hava sahasında dünya sakinleri ve bunların devlet namı altında teşkil ettikleri gruplar için iki hak tanınmıştı, Bu iki eski hak şahıslar için mülkiyet, devletler için de hakimiyet hakkı idi.

Mülkiyet hakkı ile bir mal mutlak surette bir şahsın arzu ve iradesi altına girerdi, Hakimiyet hakkı ise, müstakil bir devlete ait bulunan ve menkul ve gayri menkul mal sahiplerini bu devletin hakimiyeti altına koyan hakların heyeti mecmuası idi.

Gerek mülkiyet ve gerek hakimiyet hakları en iptidai diğer iki hakkın tatbikat sahasındaki tecellisinden ibaretti. Bu iki iptidai hakkın birisi gerek şahıslar için gerek devletler için kendini muhafaza etmek hakkı, ikincisi de arzu ve iradenin icrası hakkı idi ki bu so-

nuncusu şahıslar için serbesti hakkı ve devletler için de istiklâl hakkı ismini almış idi. Bu iptidai iki hakkın gerek şahıslar ve gerek devletler tarafından mütevazin bir surette tatbiki ancak tabii olan müsavat fikrine riayetle kabil olabilirdi. Hiç şüphesiz, cemiyet halinde yaşamak ancak bu fikre istinat eder. Çünki ancak bu suretle dir ki; şahıslar iptidai haklarını kullanırken diğerlerinin de haiz oldukları aynı hakka riayet etmeyi düşünerek hareket etmeğe mecbur olurlar. Eğer devletlerin hakimiyeti ile şahsın serbestisi arasında bir ihtilâf varsa, şahs hakkını terketmeğe mecburdur. Çünki devlet herkesin serbesti hakkını himaye maksadile umumî hizmetleri görmek vazifesini üzerine almış olan kuvvettir.

İçtimaî hayat inkişaf ettikçe ibtidaî haklar üzerindeki mutlakiyyetin azaldığını ve binaenaleyh mülkiyet ve hakimiyet haklarının da her gün bir çok kayıtlara maruz kaldığını görüyoruz.

İçtimaî hayat bu yolu takip ediyor ve evvelce şahıslar ve devletler hakkında mutlak ve değişmez zan edilen haklar üzerindeki formüller yavaş yavaş çözülüyor. Buna reğmen hakimiyet ve mülkiyet haklarının da yine kuvvetli bir tesiri vardır. Fakat bu hakları ne umuma ait olan havada, hatta bu havayı ihtiva eden ve fiilen temliki kabil olmayan boşluk sahasında tarif ve tatbik etmek çok güç bir iştir.

Bu müşkülü yenmek için şimdiye kadar nasıl çalışılmış olduğunu arzedeceğim :

Hava sahasında mutlak bir mülkiyet hakkı tanıyan ilk nazariye havaya sahil ve civar olmak sıfatile toprak sahiplerine topraklarının üzerindeki hava sahasında mutlak ve nmumî bir hak tanımıştır. Roma hukukunun prensibi budur. Bir çok devletlerin mdeni kanuularında da aynı prensip kabul edilmiştir. Bu hakka istinaden toprak sahipleri diledikleri kadar yüksek bina yapabilirler. Toprakları üzerindeki hava sahasını sata bilirler, arazileri üzernden bir başkasının uçmasını men'edebilirler.

Fakat ilmin, sanatın, fennin inkişafı yavaş yavaş temlik hakkını tahdid etmeye ve nihayet bu tahdit lehinde içtihadlar ve mevzuat görünmeye başlamıştır. Havada uçmak hadiseside bu hususda en mühim âmillerden birisi olmuştur. Asıl müşkül olan cihet toprak sahiplerinin hava sahasındaki tasarruflarının ne suretle takyid edileceğini tayin etmek meselesi olmuştur. Bu hususda ortaya atılan nazariyelerden birincisi (Faculté légale) nazariyesidir ki arz sahibine hava sahasında ancak meşru olabilecek derecede bir tasarruf hakkı tanıtmıştır. Fakat bu nazariye, beklenilen neticeye nazaran

pek hayalî kalmıştır. Çükü fiilen işgal edilen sahanın üstündeki tabaka tamamile serbest kalmıştır. Arz sahibi daha yükseklerden istifadeyi men için türlü maniler ihdasına kadirdir. Binaenaleyh bu nazariye umulan neticeyi vermemiştir.

İkinci nazariye (Espace utilisalbl) nazariyesidir. Bu nazariyeye göre arz sahibinin fiilen istifade ettiği sahadan başka bunun tarafından istifade edilmesi kabil ve mümkün görülen hava sahasının da arz sahibine ait olması düşünülmüştür.

Bu nazariyede hava seyrü seferleri için evvelki nazariyeden daha mahzurludur. Çünkü muhtemel bir işgal hakkını açıkca mahfuz tutmaktadır. Faculté légal nazariyesi fiilen tasarrufu şart koşduğu halde bu nazariye tasarrufun fiilî olmasını değil, ihtimalî olmasını da kabul ediyor.

Üçüncü nazariye, Amerika Jürisprüdansinin vazettiği prensiptir 1923 senesinde Amerikada bir gayri menkul sahibi, bir tayyareci aleyhine dava açarak bu tayyarenin arazisi üzerinde yapmış olduğu hasarın tazminini istemiştir. Hava sahasındaki mutlak tasarruf hakkını da davasına bir delil olmak üzere serdetmiştir. Bu dava Amerika mahkemesinden şu mucip sebeplere istinaden reddolunmuştur:

«Davanın mevzuu şudur: Müddeialeyhe ait bir tayyare, makinesine arız olan sakatlık yüzünden, müddeiye ait bir çayıra düşmüştür. Bu çayır birinci sınıf bir şehirde bulunmakdadır: Bu hadise yüzünden husule gelen zarar ve ziyanın tazmini için dava açılmıştır .Müddei aleyhin ne yükseklikte olursa olsun davacının arazisi üzerinde tayyarelerini uçurmasının memnu olduğu iddia edilmiştir»·

«Mevcut kanunlarda bu hususa dair hiç bir sarahat bulunmamasına nazaran, müddei, hukukun pek malûm olan, ve bir yere sahip olana onun üstünde ve altında dahi, bir tasarruf hakkı temin eden eski kaidesine istinad ederek ne suretle olursa olsun kendi arazisi üzerinde uçan tayyarelerin bu hareketleri tasarruf hakkına bir tecavüz olduğunu iddia etmektedir.

«Fakat' bu kaide, kanunların bir çok vecizeleri gibi pek umumî bir mana ifade eder ve sanayie ait inkişaflar pek iptidaî olduğu zamanlarda vazolunmuştur. Bu gün vaziyet tamamile başkadır. Makinelere ait ihtiralardan pek çok istifade edilmektedir, havalarda uçmak hadisesi de bu sayede emri vaki halini almıştır'»

«Hava sahası bütün dünya sakinleri için tabiî bir mirasdır. Bundan makul ve meşru bir tarzda istifade işleri, sunî suretle yapılmış olan bir kanunun pek eski bir kaidesi ile tanzim edile-

96

mez; eğer müddeinin talep ettiği kaide tatbik olunacak olursa havada uçmak nimetinden meşru surette istifadeye imkân kalmayacaktır.

«Hava yollarını evvelce tayin ve tesbit etmekde mümkün değildir. Çünkü hiç bir tayyarenin sabit ve muayyen bir hattı takıp etmesine imkân yokdur.»

«Hukuk esasları asrî terekkiyatın ihdas ettiği yeni şartlara uymaya kâfi derecede müsaittir .Ve bu tarzda hareket emek de mahkemelerin vazifesidir. Müddeinin istinad ettiği eski kaide yer altındaki mecralara ait bir mesele dolayısiyle ittihaz olunan içtihadlarla da zaten tadil edilmiştir.

«Şüphesiz uçmak yüzünden bazı hadiseler ve tehlikeler zuhura gelebilir, fakat bu hadiseler hayatta tesadüf edilen diğer tehlikelere nisbetle pek azdır. Böyle tesadüfî olan kaza ve hadiseler faideli bir teşebbüsü tamamile ortadan kaldırmak için kâfi ve makul bir sebep olarak telekki edilemez.»

İsviçre kanunu medenisi bu hususda çok makul bir nazariye ortaya koymuştur. Bu kanun bizim kanunu medenimizin de mehazıdır. İsviçre kanununun 667 ve bizim kanunumuzun 644 üncü maddelerine nazaran bir arza malik olmak onu istimalde faideli olacak derecede altına ve üstüne malik olmayı tazammun eder. Burada müşkül olan cihet istimalde faideli olacak irtifaı tayin meselesidir. İhtilâf halinde, menfaatlarının hangi irtifaa kadar sari olduğunu isbat külfeti arz sahib ne düşer.

Dördüncü bir nazariye olarak (Abus du Droit) hakkın sui istimali nazariyesi vardır ki buna nazaran yer sahibinin hava sahasındaki hakkı tamamen mahfuz tutulmakla beraber başkalarının bu hava sahalarındaki faaliyetlerini menetmek kendisi için hiç bir faideyi mucib değilse mümanaat edemeyeceği ileri sürülüyor. Kendisine hiç bir zararı dokunmayan bir tayyarenin faaliyetine mümanaat yer sahibi için haiz olduğu hakkın suiistimali demek olduğu iddia olnnuyor. Alman kanunu medenisinin 905 inci maddesinde arz sahibinin ne kadar irtifada veya derinlikde olursa olsun men'i kendisi için bir faideyi mucip olmıyan her türlü teşebbüslere muhalefet ve mümanaat edemiyeceği yazılıdır. Bu nazariye müphem ve daima mütenevvi ve mütehavvil tefsirlere maruz kalmıştır. Binaenaleyh sabit bir kaide olarak telâkki olunamıyor.

Yukarıda arzettiğim nazariyelerin hepsinin aynı esastan mülhem olduğu açıkca görülüyor. Bu muhtelif nazariyeler, şahıslara ait topraklar üzerinde uçmak mes'elesi için kat'î şekilde hukukî bir hal sureti bulamamışlardır. Şu hale nazaran bu müşkile Çare bulmak ve

arz sahipleri ile hava seyrüseferlerinin mütekabil menfaatlarını temin etmek için teşrîî kuvvetlerin müdahalesi zaruridir. Ve umumî menfaatlerin icapları için hususî menfaatler üzerine bazı takyidler ve tahditler koymaktan başka çare yoktur.

İngilterede, hava ve zaman ve sair ahval ve şerait nazara alınmak suretile makul ve kat'î olduğu anlaşılan bir uçuş dolayısile temlik hakkına tecavüz davası ikame olunamaz.

Fransa kanununda daha açık ve fakat arazi sahipleri aleyhine bir metne tesadüf olunur. Bu kanun iki hüküm koymuştur. Birisi tayyarelere her zaman için bir geçmek hakkı tesis edilmiştir. Diğeri de bu hakka ait bazı tahditler vazolunmustur. 19 uncu maddede «Tayyareler Fransız toprağı üzerinden serbestce geçebilirler. Hususî şahıslara ait arazi üzerinde uçmak için tayyarelere verilen hak bu şahısların temlik haklarını ihlâl edecek tarz ve surette kullanılamaz» denilmiştir.

Bu husus hakkında Türk projesinde kabul edilmiş olan esas şudur: Hiç bir kimse, bir mülkiyet hakkına istinat ederek kendisine hiç bir zararı dokunması melhuz olmıyan şartlar dairesinde arazi ve gayrimenkul üzerinde hava gemilerinin uçmasına ve bunlar için işaret ve saire konulmasına muhalefet edemez.

Devletlerin hakimiyet hakkı — Yukarıda gördüğümüz gibi yeni içtihadlar ve mevzuat hava sahasındaki mülkiyet hakkını yavaş yavaş kaldırmakta iken, Devletler bu sahadaki hakimiyet haklarını bunun aksine olarak büyük bir dikkatle müdafaa ve muhafaza etmektedirler.

Hava sahasının serbestisi meselesi tetkik ve münakaşa olunurken bir birine zıt iki prensip ileri sürülmüştür. Birisi hava sahasının serbestisi prensibi, diğeride hava sahasında mutlak hakimiyet prensibidir. Bu iki prensibin her birisi hararetle müdafaa olunmuştur. Hukuku düvel enstitüsü bir birine zıt bu iki prensip arasında şöyle mutavassıt bir haide koymuştur : «Hava serbesttir, devletler hava üzerinde gerek sulh ve gerek harp zamanlarında ancak kendilerini muhafaza ve müdafaa için lâzım ve zarurî olan hakları haizdirler.» Fakat bu kaideler konurken havacılık daha doğum halinde idi ve tayyare tehlikesi henüz görünmüyordu.

Bilâhara du tehlike kendisini göstermeğe başlayınca havaların serbestisi nazariyesi etrafındaki münakaşalarda tekrar canlandı. Hukuku düvel enstitüsü 1911 nisanında Madriddeki içtimaında şu metni vücuda getirdi.

„Beynelmilel hava seyrü seferleri serbesttir. Yalınız devletler ken-

dilerinin ve tebealarile onların mallarının emniyet ve selâmetini temin için lâzım gelen tedbirleri almak hakkını haizdirler.»

İngiltere hükûmeti havada mutlak bir hakimiye tiddiasında musır kalmıştır. Bu fikir bir müddet sonra her devlete sirayet etmiş ve her devlet bir çok mıntıkalarda hava seyrü seferlerini menetmiş ve hatta bu memnueiyetin mutlak bir surette kullanılabilecegini gösteren kanunlar yapmıştır. Umumî harpte bu hak daha ziyade şiddetlendirildi. 1914 de Fransa ve İsviçre hükûmetleri yabancıları kendi toprakları üzerinde uçmakdan tamamen men etmişti.

Sulh zananında kısmen teslim olunan ve fakat harp zamanlarında umumiyetle iddia olunan bu hakimiyet meselesi 1919 Paris mukavelenamesi yapılırken esaslı bir surette tetkik edildi. Ve o zamanlar da Tayyarelerin tehlikesi okadar teslim edilmişdi ki hiç tereddüt edilmeksizin havalardaki hakimiyet nazariyesi hemen kapul edildi. Bu mukavelenamenin birinci maddesinde şu esas vazedilmiştir.

„Yüksek âkitlerden, her devlet kendi arazisi üzerindeki hava sahasında tam ve mutlak bir hakimiyet hakkına maliktir. Bu mukavelenamenin manasına göre bir devletin arazisi millî toprakları ile müstemlekeleri ve bu araziyi ihata eden kara sularıdır".

Mukavelenamenin bu hükmü bir çok devletlerin millî kanunlarına da alınmıştır.

Hava seyrüseferlerine dair olan bütün mukavelenameler aynı esası muhafaza etmiştir. Ciana ve La Havane Amerika mukavelenameleri (Cina) nun bu hususdaki hükümlerini aynen almışlardır.

Beynelmilel ve millî hukuk kaynaklarından çıkan bu hava hakimiyeti fezada temlik ve tasarruf hakkını tesbit etmek itibarile bir cihetten müsbet ve yabancı ticareti ve bilhassa yabancı tayyareleri bu sahadan hariç tutmak suretile de bir cihetten menfi bir tesir vücuda getirmektedir.

Devletlerin hakimiyet hakkının açık denizler üzerinee ne dereceye kadar sari olabileceği meselesi henüz karanlıktır. Bu hususda hiç bir karar alınmamıştır. Şimdiye kadar bu hususda tebellür eden müşterek bir fikir varsa oda, bizzat tayyarelerin ve tayyarelerin bordasında zuhur eden hadiselerin tayyarenin sancağını taşıdığı devletin kanunlarına tabi olması keyfiyetidir.

Devletler bu hakimiyetleri üzerinde mukavelenamelerle bazı tahditler vazetmişlerdir. Meselâ sulh zamanına ait mütekabil bazı husu-

sî şartlar koymuşlardır. Tescil, seyrüsefer ve mürettebat vesikaları vè ruhsatnamelerini mütekabilen tanımayı taahhüt etmişlerdir. Kendi arazileri üzerinde serbestçe geçmek hakkını kabul ve taahhüt etmişlerdir. Münakalâtın men'i için mütekabil musavat esası koymuşlardır.

Türk projesinde havada hakimiyet meselelesi hakkında ayrıca bir hüküm konulmasına lüzum görülmemiştir. Binaenaleyh beynelmiel cari olan umumî esas yani mutlak hakimiyet esası caridir.

İKİNCİ KISIM

Hava Âmme Hukuku

Hava âmme hukukundan, hava seyrüseferlerine taallûk eden ve fakat hususî hiç bir menfaata temas etmeyen hukuk esasları ve kaideleri anlaşılır. Binaenaleyh Hava âmme hukuku, hava seyrü seferlerinde daima devletin hazır bulunduğu ve karıştığı hukukî münasebetlere taallûk eden hukukdur. Hava hususî hukuku ise, hava seyrü seferlerine dair sırf hususî şahıslar arasında zuhur ve teşekkül edebilen veyahut hava seyrü seferlerini malî yardımlarile himaye noktasından devlet ile ferd arasında cereyan eden münasebetlere taallûk eden hukuktur.

Hava âmme hukukunu, 1919 beynelminel Paris mukavelenamesi ile teessüs etmiş ve heman her devletin dahilî kanunlarile de kabul ve teyid edilmiş olan esaslara göre ve aşağıdaki sırayı takip ederek tetkik ve tahlil edeceğiz.

1 — tayyarenin tarifi;

«Tayyare» yahut «hava gemisi» nin en son ve en mütekâmil tarifi şudur: sevk ve idare kabiliyeti olsun olmasın, su üzerinde, yüzsün, yüzmesin havaya yükselen, havadan hafif veya havadan ağır her dürlü vasıtalara tayyare denir. (aéronef) Türk hava seyrü seferleri kanun projesindeki tarif de aynen budur. Her hükûmette devlete ait tayyareler imtiyazlı bir muameleye mazhar olmuşlardır. Hangi tayyarelerin devlet tayyaresi olarak kabul edilmesi lâzım geleceği ve bu vaziyetin husule getirdiği tesirler ve neticelerin ne gibi şeyler olacağı meselesi alâkadar her hükûmetin idare hukukuna taallûk eder; hava seyrü seferlerine dair olan kanunların ekserisinde tayyarelerin kullanıldığı maksadlar bu hususda bir esas olarak kabul edilmiştir. Şu halde Devlet idaresinin kullandığı tayyareler devlet tayyaresi addolunmuştur. Keza devlet nam ve menfeatına kullanılan

hususî eşhasa ait tayyarelerde devlet tayyaresi olarak iddia olunabilir.

Askerî tayyarelere gelince, mevzuatın hepsi, bunları devlet tayyaresi addetmiştir. Bir asker pilot tarafından idare olunan her hangi bir tayyare sahibi kim olursa olsun, daima askerî tayyare addolunur.

Bunlar haricindeki tayyareler hususî veya ticarî tayyarelerdir.

Bu tarifler beynelmilel seyrü seferlerde büyük bir ehemmiyeti haizdir; çünkü gerek devlete ve gerek eşhasa ait tayyareler hakkında muhtelif kaideler tesis eden beynelmilel mukavelenamelerde ekseriya bu iki gurupun katî ve sarih bir surette tarifi unutulmuştur. Şu halde dahilî hukukdaki tarife müracaat zaruridir.

Türk projesinde askerî hava gemileri, münhasıran devletin gümrük, zabıta, Posta, Sıhhiye ve harita hizmetlerile devletin amme hizmet ve işlerinde kullanılan ve keza türk hava kurumuna ait olan hava gemileri devlet hava gemileri ve bu tasnifin dışında kalan sair hava gemileri hususî hava gemisi addolunmuştur. Askerî maksadlar için tavzif edilmiş olan ve asker tarafından kumanda edilen hava gemileri de askerî hava gemisi addedilmiştir.

2 – *Tayyarelerin tescili ve tabiiyeti – Bir tayyareyi kullanmaya me*zun olmak için seyrü sefer kabiliyeti resmen tasdik edilmiş olmak kâfi değildir. Bu şarttan başka tayyareye bir marka vurulması ve resmî sicile kaydedilmesi iktiza eder. Resmî sicil tayyarenin sahibi, işleteni, amili, tipi, techizatı hakkında lâzım gelen malûmatı da cami olmak iktiza eder.

Sicile kayıt, sırf idari maksatlarla yapılan bir tedbirdir, İnzibatî işlerede yardım eder, bundan başka tavyare üzerindeki aynî hakları da meselâ temlik, ipotek haklarını da temin ve tevsik eder.

Tescil için bir çok şartlar vardır. Bir kere Tayyarenin seyrü sefer kabiliyeti tasdik edilmiş olmalıdır; bundan başka tayyare tescil muamelesini yapan devletin vatandaşlarından birinin veya bu devletin tabiiyetinde bir şirketin malı olmak lâzımdır. Şirketlerin tabiiyeti meselesinde devletler arasında mütebayin mevzuat vardır. Tescil hususunda lüzumlu dir şart daha vardır: Bir çok devletlerin mevzuatında da görüldüğü veçhile bir Devletin tescil ettiği bir tayyare artık-başka bir devlet tarafından tescil edilemez.

Türk projesinde tescil işi mühim bir bahis teşkil eder. Bu projeye nazaran tayyarelerin bir tescil tasdiknamesi almaları şarttır; Bu tasdiknamede hava gemisinin tipi, inşa eden fabrikanın ismi ve adresi, sahiplerinin isimleri, ikametgâhları, tabiiyetleri, geminin bağlı

bulunduğu esas liman veya meydan yazılı olacaktır. Bir hava gemisinin Türk siciline kayt edilmesi için Türk vatandaşının malı olması ve başka bir memlekette tescil edilmemiş bulunması meşruttur. Başka bir memleketde tescil edilmiş olan hava gemileri o memleket sicilinden kaydının silindiğine dair bir vesika getirmedikçe Türk siciline kaydedilelemez. Tescil edilecek hava gemisi bir şirketin malı ise bu şirketin Türk tabiiyetinde olması meşruttur. Türkiyede Tescil edilmiş olan hava gemisinin evvelce ecnebi bir memlekette tescil edilmiş olduğu sabit olursa Türk tabiiyetini gaybeder. Sicile kaydedilmesi icabeden şahsî haller ve hukukî münasebetlerdeki degişikliklerde sicile kaydolunmak icap eder.

Tabiiyet meselesine gelince; umumiyetle kabul edilen hukuk kaidesi şudur:
Bir tayyare tescil ile, bu formaliteyi yapmış olan devletin tabiiyetini ihraz eder.

Cina, Ciana, nın altınca maddeleri ve La havane mukavelenamesinin yedinci maddesi bu esası koydnğu gibi bir çok devletlerin mevzuatı da aynı esası kabul etmişlerdir.

Tabiiyet meselesi hukuk noktai nazarından çok ehemmiyeti haizdir. Billhassa hukuku düvel ile idare ve ceza hukukunda millî mevzuatın tatbikini tayin eden bir esas teşkil eder.

Bu izahdan anlaşılır ki tayyarelerin tabiiyetini gösteren alâmetler sabit ve açık olmalıdır, sabit olmalıdır yani seyahat esnasında kolayca değiştirilememelidir, gizlenememelidir, ayrılması sökülmesi mümkün olmamalıdır. Ve tayyarenin üstüne tersim olunmalıdır, uzaktan görüne bilmelidir.

Türk projesinde, Türk siciline kaydedilmiş olan hava gemilerinin Türk tabiiyetini iktisap edecekleri yazılıdır. Türk hava gemileri bir nizamname ile tayin edilecek olan şekillerde tabiiyet ve sicil markalarını taşımaya mecburdular.

3 — Tayyarelerini markalanması:

Tayyareler bir birinden ayırd edilmesi için tescil kaydında yazılı olan malûmata mutabık bazı şartları havi plâkalarla markalanır, her devletin mevzuatı hususî markalar vaz'ını mecburî tutmuştur.

Türk projesinde de tayyarelerin markalanması mecburi tutulmuştur. Her hava gemisinin kendisine mahsus bir markası bulunacak ve bu marka o hava gemisinin hususî çağırma işaretini teşkil edecektir.

4 — Seyrüsefere kabiliyet vesikası —

Ticarî hava nakliyatının emniyetle cereyanını imkân nisbetind

te'min etmek isteyen her devlet, hükûmetçe seyrü sefer yapmasına izin verilmeyen tayyarelerin kullanılamayacağına dair mevzuat tesis etmişlerdir. Teknik şartların yerine getirilmiş olduğunu tetkik ve tastik için tayyerelerin muayenesini devletler kendisi için bir hak olarak muhafaza eder. Bir tayyare seyrüsefere olan kabiliyeti resmen tanınmadıkça kullanılamaz. Eğer tayyare istenilen teknik şartlara mâlik ise, hükûmetin alâkadar idaresi bir vesika verir ve bu vesika ya yalınız seyrüsefere kabiliyetini gösteren hususî bir tarzda veyahut tescil vesikasına merbut bir varaka şeklinde olur. Bundan başka tayyare yine devletin mütemadi mürakabe ve kontrolu altında kalır. Kabiliyeti zayi olan tayyareler hakkındaki mezuniyet geri alınır.

Türk projesinde, hususî hava gemilerini, sahiplerinin alâkalı makama müracaatla muayene ettirmeleri ve seyrüsefere kabiliyeti veya mezuniyetini tasdik eden bir vesika istihsâl etmelerini mecburî tutmuştur. Kullanılmak kabiliyetini zayi eden gemiler hakkında bu mezuniyetin geri alınacağı da yazılıdır. Seyrüsefere kabiliyet vesikaları bir sene müddetle meridir. Yabancı tayyarelerin teftiş ve muayeneye tabi tutulacakları ve emniyet icaplarına uygun bir tarzda ve makul ve mantıkî şartlar altında olmayan yabancı vesikaların muteber sayılmayacağı da ayrıca tasrih olunmuştur.

5 — *Tayyarelerin mürettebati* — Havada seyrüseferin emniyet altında cereyanı için bunların mürettebatının da iyice tertip ve teşkil edilmiş olması zaruridir. Bunun içindir ki mürettebatın da bir vesika ile mücehhez olmaları icap eder. Tayyarelerde çalışacak insanların bedenî ve fennî iktidarlarının muayenesi için hususî servisler teşkil edilmiştir. Bu servisler bu insanlara birer vesika verir ve mezuniyetlerin şekli ve şartları ve meriyet müddetleri hakkında her devlet hususî hükümler vazetmiştir. Bazı devletler yalınız bir ruhsatname «Permis» ile iktifa etmiştir. Diğer bazı devletler de bn ruhsatname ile birlikte, ayrıca bir de «Licence» yani hamilin evsafı ve mesai tarzını gösteren ikinci bir vesika da vermektedirler.

Pilotlar, borda tarassutcuları, makinistler, seyir memurları, telsizciler, gibi her birisi bir nevi işde çalışan mürettebata ayrıca hususî vesikalar verilir.

Türk projesinde, hava gemilerinin adamları olan kumandanlar, pilotlar, seyir memurları makinistler ve diğer bütün müstahdemler selâhiyetli makamlardan sıhhî ve fenni evsafa malik olduklarını ve çalışmalarına müsaade edildiğini tasdik eden bir ehliyetname ve bir de zabıta ruhsatnamesi istihsâl etmeğe mecburdurlar. Bu adamların

sigorta ettirilmesi de mecburidir. Türk hava gemi adamlarının türk vatandaşı olması da meşruttur. Yabancı mürettebat ancak icra vekilleri heyetinin müsaadesi ile muvakkaten kullanılabilirler. Yabancı memlekette pilotluk şahadetnamesi alan Türkler memlekette bu vesikaları tasdik ettirmeğe mecburdurlar.

6 — Beynelmilel ticarî tayyarecilik üzerinde devletlerin koyduğu takyidat. Beynelmilel akdedilmiş olan mukavelenamelerde devletler hangi şekil altında olursa olsun gayri mütecaviz bir tayyarenin kendi arazileri üzerinden geçmesine esas itibarile cevaz veriyorlar. Bu mukavelenameler bir ivaz mukabilinde olmak şartile, yolcu, eşya nakliyatında bir çok tahditler vaz ve ticarî nakliyat için muayyen hava hatları tesis etmişlerdir. Yine bu mukavelenameler, arazisi üzerinden uçulacak devletin hususî bir müsaadesine lüzum gösteriyorlar. Cina ve ciana nın onbeşinci maddelerinin üçüncü zeyilleri bu hususda bir misal olmak üzere zikrolunabilir. Fakat Kabotaj, yani bir devletin arazisi üzerinde iki nokta arasındaki millî ticaret hemen bütün mukavelenamalerde vatandaşlara hasredilmiştir.

Türk projesinde bu hususda dikkate şayan şu hükûmler vardır. Bu projenin 33 üncü maddesinde şu hükümleri görürüz. Yabancı devletlere ait askerî veya hususî hava gemileri diplomasî tarikiyle bir müsaade almadan Türkiye cumhuriyeti hudutlarına giremez ve uçuş yapamaz. Müsade almadan sınırları geçmiş yabancı tayyareler hudutlarımız dahilinde bir yere indikleri takdirde memnu mıntakalarda uçuş yapmış gibi muamele görürler. Ancak hududlarımız dahilinde bir yere inmeyerek yalnız havalarımızdan müsaadesiz geçen tayyarelerin hüviyetrileve işaretleri tesbit olunarak icap eden teşebbüsler yapılmak üzere alâkalı makamlara bildirilir. Projenin 34 üncü maddesinde müsaade edilmiş olan yabancı tayyareler Türkiye cumhuriyeti dahilinde hükûmet tarafından tayin ve tesbit ve ilân olunan ve gümrük teşkilâtı bulunan giriş ve çıkış kapılarında inmeğe ve hükûmetçe tayin olunan hava yollarını takibe ve kendilerine muayyen davet işareti verildiği zaman en yakın hava meydanına inmeğe mecburdurlar. Türkiye cumhuriyeti toprakları ve suları üzerinde iki mahal arasında hava gemileri ile insan ve ticarî eşya nakliyatı ve transit suretile nakliyat münhasıran Türk vatandaşlarına aittir.

7 — Hava limanlar ıve toprak tesisatı — Toprak tesisatı mefhumundan hava ticaretini teshil için toprak üzerinde yapılan bütün tesisat anlaşılır. Hava limanları, hava meydanları, toprak üzerindeki işaretler, fenerler, Rasat istasyonları telsiz merkezleri gibi; bu tesisatın

706

en mühimi hava limanlarıdır. [Aeroports]. Bu limanların statüsu her devletin idare hukukuna nazaran tanzim olunmuştur. Binaenleyh umumî ve yeknasak bir tarifi yokdur. Devletlerin mevzuatından bazılarına nazaran Aeroport tayyarelerin tevakkufu (stationnement) karaya inmesi (Atterrissage) havalanması (Décollage) için velev muvakkat bir zamana mahsus olsun tahsis olunan toprak veya su satıhları hava limanı addolunur.

En son tariflere göre hava limanları (Aèroport) veyahut (Aérodrome) lar tamiratlar yapılması, yolcuların ikameti, ticaret eşyasının antropo edilmesi ve bunlara mütealllik sair işlerin görülmesi maksadile tayyarelerin indikleri ve havalandıkları yerlerdir.

Hava limanları ihdasında umumî siyaset, askerî ve himayekâr mülâhazalar, umumî emniyet menfaatleri işe müdahale ederler. Bazı yerlerde hava limanları ihdası hususî kanunlarla devlet idarelerine tahsis olunmuştur. Hava limanlarının tesis ve işletilmesi daima devletin kontroluna tabidir.

Aérorad lar yani sahillerdeki hava limanları da umumî surette olarak hava limanlarının tarifine girer. Binaenaleyh karadaki hava limanlarına ait hukuk kaideleri sahildeki hava limanları hakkında da aynen ve tamamen kabili tatbiktir.

Bu tafsilâttan anlaşılıyorki her yerde hava limanları devletin idaresine ve kontroluna tabidirler. Bunların hususî müteşebbüsler tarafından tesisine ve işletilmesine müsaade edilip edilmeyeceği keyfiyeti tamamen devletin takdirine bağlıdır. Hususî müteşebbislere ait olan hava limanlarını devlet daima istimlâk etmek hakkını haizdir. Hava limanları, teşkilât ve teknik cihetlerden de devletin idare ve kontroluna tabidirler. Keza hava limanları arasında irtibat vazifesini gören meselâ işaretler, fenerler, mecburi iniş yerleri, rasat tesisatı gibi talî tesisat da devletin idaresine tabidir.

Türk projesinin 7 inci maddesinde hava limanları şöyle tarif edilmiştir. Hava gemilerinin tevekkufları tamir ve techizleri ve yolcuların inip binmesi ve ahvali havaiye hakkında hava gemilerine her an malûmat verecek teşkilât ve tesisatı havi ve ticaret eşyasının tahmil ve tahliye ve antrepo edilmesi ve bunlara mütaallik işlerin görülmesi için kara ve suda tesis olunan iniş ve havalanma yerleridir.

Tayyare meydanları ise, yolcular ve eşya için sureti mahsusada tesisatı olmayan iniş ve havalanma mahalleridir.

Yine türk projesine göre yabancılar umumî ve hususî hava li-

manları tesis edemez. Vatantaşlar ancak devletin müsaadesi ile umumî veya hususî hava limanları tesis edebilirler. Bu hava limanları daimi olarak devletin teftiş ve muayenesine açık bulunur.

Devlet, hava limanları ve meydanları ve bunlara ait talî tesisat (işaretler, fenerler, rasat merkezi) vücuda getirilmesi için lüzumlu olan yerleri istimlâke salâhiyetlidir. Hiç bir kimse mülkiyet hakkına istinad ederek kendisine hiç bir zararı dokunması melhuz olmıyan şartlar dairesinde arazi veya gayri menkulü üzerinden hava gemileri için işaretler, fenerler konulmasına mümanaat edemez.

8 — *Memnu mıntakalar tesisi* — Hava seyrü seferlerine dair olan mukavelenamelerin ekserisi, hava yollarının arazisi üzerinden uçulan devlet tarafından tesis edilmesi hakkını yani her devletin arazisi üzerinde takip edilecek yolu kendisinin tesbit etmesi selâhiyetini tanımaktadır. Cina, Ciana § 15. Hava hatları tesis etmek hakkı şüphesiz duhul ve huruç mıntakalarını tesbit etmek hakkını da tazammun eder. Bu hak dolayısile devletlerin hakimiyetine büyük bir vüsat verildiği ve yabancı devletler arazisinden uçmak hakkından hiç istifade edilemeyeceği müteaddit defalar ortaya atılmış isede şurası da unutulmamalıdır ki Tayyarelere duhul ve huruç için hududları açmak, hududları nezaret ve teftiş işlerini güçleşdireceği gibi hiç bir devlet hakimiyetine ve emniyetine taallûk eden haklarından da vaz geçemez. Bu maksatlarla mıntakalar tesis etmek yani askerî veya diğer emniyet mülâhazalarile yerli, yabancı, hususî tayyarelerin uçması menedilen yerleri tesbit etmek hakkını da devletler ötedenberi muhafaza etmişlerdir. Cina Ciana § 3. La Havane § 5, ve sair bütün mukavelenamelerde bu memnu mıntakalar Zones interdites tesis hakkı teslim olunmuştur.

Türk projesinin 9 uncu maddesinde hava gemilerinin takip etmeğe mecbur oldukları yolların kararname ile tayin olunacağı ve 34 üncü maddesinde hükûmetten müsaade almış olan yabancı hava gemilerinin Türkiye cumhuriyeti dahilinde hükûmet tarafından tesbit ve ilân olunan ve gümrük teşkilâtı bulunan giriş ve çıkış hava kapularında inmeğe ve hükûmetçe tayin olunan hava yollarını takip etmeğe ve kendilerine verilen işaretlere itaat ederek en yakın hava meydanına inmeğe mecbur oldukları ve 35 inci maddesinde hükûmet icabında giriş ve çıkış kapılarının yerlerini ve hava yollarını kapamak ve memleket havalarında bilumum hava gemilerinin uçuşunu menetmek hakkını haiz olduğu yazılıdır. 62 inci maddeye nazaran hükûmet askerî sebepler ve umumî emniyet dolayısile hududları içinde bazı bölgeler üzerinde her dürlü hava faaliyetlerini muvakkat veya daimî olarak menedebilir. Memnu mıntakalar üzerine

106

mücbir sebepler dolayısile giren hava gemileri en yakın hava meydanına inmeğe ve bu hali tesbit ettirmeğe mecburdurlar. İcap ederse bu gibi hava gemilerinin kuvvet istimalile uçuşları menedilir.

9 — *Halk kütlesi üzerinde uçmak* — Survol des agglomérations. Devletler halk kütlelerinin bulunduğu mahaller üzerinde uçmak meselesini de dahilî kanunlarile bir takım kayıtlar ve şartlara tabi tutmuşlardır.

Türk projesinin 38 ve 39 uncu maddelerine nazaran toplu halk kütleleri veya şehir ve kasabalar üzerinden geçen hava gemileri en yakın bir tayyare meydanına veya üçüncü şahıslara zarar vermiyecek veçhile bir iniş mahalline inmesini mümkün kılan bir irtifadan uçmaya mecburdurlar. Hava limanları ve tayyare meydanları üzerinden geçecek hava gemileri de ayrıca hususî bir tahdit yoksa, bu yerler üzerinden 1000 metrodan aşağı irtifada uçamaz.

10 — *Mesuliyet ve teminat* — Bir tayyarenin kullanılmasına müsaade edilmek için aranılan şartlardan biride tayyarenin işletilmesi dolayısile vukua gelecek olan kazaların doğuracağı zarar ve ziyanları tazmin temek üzere ya bir teminatın veyahut bir sigorta mukavelenamesinin depo edilmesidir.

Türk projesinin 30 uncu maddesinde bir tayyare seyrü sefere çıkabilmek için üçüncü şahıslara karşı yapılması melhuz bütün zararların sigorta edilmiş olduğunu tasdik eden vesikaları veyahut teminat olarak millî hava kuluplarının bonolarını hamil olması meşrut tutulmuştur.

Seyrüsefer eden personel hakkındaki teminata gelince, bu tarzdaki içtimaî teminatlar beynelmilel muamelâtta muttarid bir şekilde değildir. Personel hakkındaki teminatın mecburimi yoksa ihtiyarî mi olması keyfiyeti her yerde başka dürlüdür. Hususî kanunlarla tayin ve tesbit olunmuştur.

Türk projesinin 25 inci maddesinde hava gemileri adamlarının gemi sahipleri veya işletenleri tarafından primleri tediye olunmak suretile her dürlü kazaya kaşı sigorta ettirilmesi mecburî tutulmuştur.

Hava âmme hukukuna dair olan meselelerden mühimlerini yukarıda kısaca arzetmiş bulunuyorum. Bu hukuka müteferri bir takım meseleler daha vardır. Bunlar meselâ mütekabil yardımlar, telsiz cihazları, rasat ve istihbarat hizmetleri, hava postaları, gümrük işleri, nakli memnu eşyaya, nakliyat müteşebbisleri ve bunlara tahmil edilen teklifler gibi beynelmilel mukavelenamelerde tesis edilmiş olan bir takım esaslardır.

167

Sizleri fazla sıkmamak için bu tafsilâttan sarfı nazar ediyorum.

ÜÇÜNCÜ KISIM

HAVA HUSUSÎ HUKUKU

1 — Tayyareler üzerinde mülkiyet kakkı — Kanunu medenide mevzu kaidelerin tatbikatında tayyereler menkul mal addedilirler. Tayyareler menkul mal addedilince bundan bir çok hukukî neticeler istihraç olunabilir, fakat tayyareler bu mephasde, gemiler gibi hususî bir karekter arzeder. Ve sair menkul mallardan bazı noktalarda ayrılır. 1. Tayyareler gemiler gibi her şeyden evvel imtiyazlı alacaklıların haklarına karşılık teşkil eder. 2. Tayyareler üzerine ipotek konulabilir. Tayyarelerin haczi ve satılması hususu bir usule tabiidir. 3. Alım, satım muamelesi tescile tabiidir. 4. menkul mallarda olduğu gibi zilyedlik tasarrufu isbat etmez.

2 — Beyenlmilel tayyarecilik — Bu hususda devletle olan münasebet. Toprakları üzerinde ticarî havaseyrü seferleri yapılan her bir devlet umumî emniyeti muhafaza ve millî teşebbüslerin inkişafını temin için adlî ve idarî sahalarda ittihaz olunan tedbirleri kâfi görmemişlerdir. Devletler bu teşebbüsleri devletin pek ciddi bir kotroluna tabi tutmak hususunda bütün gayretlerini sarfetmişlerdir. Devletleri hava seyrüseferleri ile alâkadar etmeğe saik olan sebeplerin iktisadî olmaktan ziyade siyasî olduğu şüphesizdir.

Son seneler içinde hava seyrüseferlerine dair bazı büyük devletlerin takip etlikleri siyaset tetkik edilecek olursa bu devletlerin ticarî hava seyrüseferleri hakkındaki politikalarının sırf askerî menfaatlere istinad ettiğini isbat eden müteaddit deliller görülür. Meselâ hava teşkilâtına dair olan bütün meselelerde askerî idarelerin nufuz ve selâhiyet itibarile haiz oldukları rüçhan; tayyarelere ait bütün malzemenin askerî mülâhazalara göre intihabı; nakdi yardımların mıkdarı ve istimali tarzı; personel teşkilâtı, yabancı tayyarelere karşı alınan hasmane tavurlar gibi. Binaenaleyh hava seyrüseferlerine dair olan politikanın daima bir silâhlanma poltikası olduğuna da şüphe yokdur.

Millî menfaatler dolayısile devletler hava seyrüseferlerine dair olan teşebbüslere faal surette karışmak zaruretinde kalmışlardır.

Devletlerin bu hususdaki müdahaleleri ekseriya malî ve nakdi yardım suretile tecelli etmektedir. Bazı memleketlerde meselâ Almanyada kısmen devletin malî yardımlarile ve kısmen de askerî malzeme verilmek suretile hava ticaretine ait seyrüseferleri temin eden hususî kumpanyalar teşkil edilmiştir. Yine aynı tarzda ingilterede ve Fransada müteaddit şirketler ve kumpanyalar vücuda getirilmiştir.

Bu kunpanyaların hepsi devletten Subvansiyon alıyorlar. Devletlerin muaveneti olmaksızın bu kumpanyalar yaşayamayacakları cihetle devletlerin arzularına inkiyat etmek mecburiyetindedirler. Binaenaleyh hava seyrüseferleri kumpanyaları üzerinde devletin haiz olduğu nufuz çok kuvvetlidir.

3 — Hava nakliyat mukaveleleri — Hava nakil vasıtaları ile emtea ve yolcu nakliyatına ait mukaveleler hava hususî hukukunun mühim bir kısmını teşkil eder.

Bir bedel mukabilinde tayyarelerle yapılan yolcu, ticaret eşyası ve bağaj nakliyatının ekserisi beynelmilel nakliyattandır. Binaenaleyh tayyarelerle beynelmilel nakliyat yapan nakliyecilerin mesuliyetleri ve hava nakliye senedleri hakkında beynelmilel mukavelename projeleri yapılmıştır. Hava hususî hukuku beynelmilel konferansının parisde akdettiği ve Türkiye cumhuriyetinin de iştirak etmiş olduğu 27/Teşrinievvel 1925 tarihli toplantısında bir çok meseleler ve bilhassa nakliyecilerin mesuliyetleri hakkında müşterek bir itilâf tesis olmuştur. Bilâhare beynelmilel hava hukuku mütahassısları komitesi 1929 daki üçüncü içtimaında tayyarelerle yapılan beynelmilel nakliyatta nakliyecilerin mesuliyetleri ve hava nakliye senedleri hakkında bir mukavelename projesi tanzim etmiştir. Bu mukavelenamenin birinci faslında, beynelmilel nakliyat şu suretle tarif olunmuştur: Tarafların koyduğu şartlara nazaran nakliyat inkıtaa uğrasın uğramasın, aktarma yapılsın yapılmasın, azimet ve muvasalat noktaları âkit devletlerden ikisinin arazisi dahilinde bulunan, veyahut âkit devletler arazinde olmasa bile, üçüncü bir devlet arazisi üzerinde iskele yapılmak meşrut olmak şartile, azimet ve muvasalat noktaları yalnız bir devletin arazis dahilinde bulunan her türlü nakliyat beynelmilel nakliyat olarak tavsif olunur.

Bu projenin ikinci faslı yolcu biletlerine ve bagaj ve eşya nakliyat senedlerine dair bir çok hükümler ihtiva eder. Üçüncü fasılda nakliyecilerin mesuliyetleri hakkında çok mühim hükümler vardır. (Bu projenin tercümesi benim kitapda vardır.)

4 — Avaryalar, yardım ve tahlis işleri — Nakliyat esnasındaki kazalara ve bu kazalar dolayısile zuhura gelecek Avaraya ve hasarlara ve yardım ve tahlisiye işlerine ve kazaları ve neticelerini tahkik ve halledecek olan mahkemelerin selâhiyetlerine ve nakliyecinin mesuliyeti halinde yabancı devlet kanunlarının tatbiki tarzına dair bir çok hadiselerde hava hususî hukukuna taallûk eden meselelerdendir.

5 — Hava hususî hukukuna taallûk eden mühim meselelerden birisi de, emtia va yolculara ve hava nakil vasıtaları ile mürettebatına ait

sigorta meselsidir. Kasda makrun olanlar müstena olmak üzere vukuu melhuz her türlü tehlikelere karşı hava gemilerile bunların üzerinde bulunan bütün menfaatler son haddine kadar sigorta ettirilebilir. Hava sigortaları hakkında her devlette mühimi ve mütenevvi mevznat vücude getirilmiştir.

Hava hususî hukuku hakkında Türk projesinin ihtiva ettiği hükümlere gelince: Bizim projenin beşinci faslında hava gemileri üzerindeki aynı haklar mütalâa edilmektedir.

Mülkiyet hakkı — hava gemileri tatbikatta menkul mal addedilmiştir. Bununla beraber bir hava gemisinin veya payının başkasına temliki ancak yazılı şekilde yapıldığı takdirde meridir. Temlikin üçüncü şahıslara karşı muteber olması için hususî sicilde mukayyet olması lâzımdır. Bir hava gemisinin temliki halinde alâkadar kendisine usulen tasdik edilmiş bir ferağ senedi verilmesini isteyebilir. Bir hava gemisi yolculuk esnasında temlik edildiği takdirde bu yolculukta elde edilen kazanç ile vaki olan zararlar, hilâfı meşrut olmadıkça, iktisap edene taallûk eder. Bir hava gemisindeki aynı haklara, ölüm veya ölüme bağlı tasarruflarda dahil olmak üzere, vuku bulan her türlü değişiklikler alâkalıların talebi veya ilâm veya muteber diğer vesikaların ibrazı üzerine tescil olunur.

Rehin hakkı — sicilde kayıtlı bir hava gemisi üzerinde bir rehin hakkı tesis edebilir. Bu hakkın sicilde tescil edilmesi meşruttur. Rehin hakkı tayyarenin ziyaı halinde alınacak tazminata da saridir. Rehin hakkı sicil kayıtlarındaki sıra ve tertibe göre rüchan hakkı da verir. Hava gemisi üzerinde, bazı mümtaz alacaklılar tesis edilmiştir. Rehin hakkında, projede hususî hükümler olmayan hususlarda deniz ticareti kanunu hükümleri cari olacaktır.

Haciz ve tevkif — hususî hava gemileri üzerine konulan hacizler ve bu hacizden dolayı gemi sahibinin veya vekilinin veya onu tescile selâhiyetli olanların kabul eylemiş oldukları sair bütün haklar hava gemisinin siciline kayıt olunur. Yolda bulunan veyahut yolcu veya posta taşımak üzere muntazam surette yola hazırlanmış olan hava gemileri cebrî icra usulü ile satılamıyacağı gibi haciz de edilemez. Ancak geminin hazırlandığı yolculuk için yapılan borçlar dolayisile yapılan hacizler ve cebrî satışlar bu hükümden müstesnadır. Bir de sahipleri Türkiyede mukim bulunmayan ve yabancılara ait bulunan hava gemileri haciz ve icra yolu ile satılabilirler. Bir geminin yola hazırlanmış addolunabilmesi için hareket saati tayin ve ilân edilmiş olmak ve harekete mani fennî bir hali bulunmamak, postasını almak ve yolculara bilet vermiş olmak şarttır.

110

Hava gemilerinin kiraya verilmesi— projenin 103 üncü maddesinde hava gemilerinin kiraya verilmesi esası kabul edilmiştir. Kira halinde her türlü kanunî mecburiyetler, ve geminin faaliyeti esnasında üçüncü şahıslara ika edilen zararlardan mütevellit mesuliyetler müteselsilen hava gemisinin sahibi ile kiracıya tevcüh eder. Eğer kira mukavelenamesinde hava gemisi sahibinin mesuliyetini kaldıran veya azaltan şartlar müderiç ise, bu şartlar sicilde kayıt ettirmiş olmak ve kiracı mndeni haklarını kullanmaya ehil bulunmak şartile muteberdir. Kira işleri hakkında sair hususlar da umumî hükümler caridir.

Bizim projenin onuncu faslında hava gemilerile yolcu ve eşya taşıma mukaveleleri hakkında mufassal hükümler konmeştur. Kısmen hava ve kısmen de diğer nakil vasıtalarile yapılan kombine nakliyat da bu faslın içine alınmıştır. Bu fasılda nakliye senedleri yani yolcu biletleri, bagaj pusulaları eşya nakliye senedleri nakliyecilerin mesuliyetleri hakkında çok mühim ve mufassal hükümler mevzudur. Projenin dokuzuncu faslını (sigorta) ya ait hususî hükümler teşkil eder. Kasda mukarin fiillerden tehaddüs edenler müstesna olmak üzere vukuu melhuz her türlü tehlikelere karşı kava gemileri ve bunların üzerinde bulunan bütün haklar sigorta ettirilebilir. Sigorta tanzminatı, hava gemisi makamına kaim olarak tayyare üzerindeki haklara teminat teşkil eder. Hava gemisinin sefere kabiliyet vesikası sigorta mukavelenamesine derç olunmak mecburidir. Hayat ve kazaya karşı olan sigorta senedlerinde taraflar, sigsrta olunan şahsın veya eşyanın muntazam hava seyrü sefer hatları üzerindeki naklinden tevel lüt edeçek tehlikeleri istisna edemez. Üçüdcü şahıslara yapılması melhuz bütün zararların sigorta edilmiş olduğu resmî bir vesik ile isbat edilmedikçe hiç bir hususî hava gemisi seyrüsefere kabul edilmez. Bu sigorta yerine muayyen bir meblağın veya kıymetli kâğıtların depo edilmesi veya muteber bir kefalet gösterilmesi de caizdir. Bir kazadan zarar gören üçüncü şahıs sigortacıya karşı sigortayı yapdıranın makamına kaim olur. Aksine dair bir mukavele olmadığı takdirde üçüncü şahıs davasını sigorta yaptıranla veya sigortacının ikametgâhı veya kazanın vukubulduğu mahkemelerden birinde ikame edebilir. Kazadan zarar gören şahıs sigorta bedeli üzerinden kendi hakları nisbetinde bir imtiyaza maliktir.

Projenin on ikinci faslında hava gemilerinin üçüncü şahıslara karşı sebebiyet verdikleri zarar ve ziyanların tazminine dair umumî hükümler haricinde fevkalâde tedbirler vazolunmuştur. Evvelâ hava gemilerinin sebebiyet verdikleri zarar ve ziyanlardan geminin sahibi ile gemiyi işletenlerin müteselsilen mesuliyetleri esas vazedilmiş-

111

tir. Bundan sonra hava gemilerinin üçüncü şahıslara karşı sebebiyet verdikleri zarar ve ziyandan mütevellit mesuliyetler, bu zararlar esbabı mücbireden neşet etmiş olsa bile, yine mevcuttur. Umumî hükümlere mühim bir istisna teşkil eden bu kaideyi her devlet kabul etmiştir. Bu noktadaki hukukî prensip tehlike nazariyesine istinat eder; bu nazariyeye göre bir tayyareyi faaliyete getiren kimse cemiyeti beşeriyeye karşı yeni bir tehlike ihdas etmiştir. Eğer bu kimse veya onun menfaatleri tatmin edilecek ise, kendisinin de hususî ve fevkalâde vecibelere tahammül etmesi iktiza eder; bu vecibelerde başkalarına zarar vermemek veyahut bu hareketi ile sebebiyet verdiği zararları tamamile tazmin etmektir. Burada zararı tevlid eden sebepler üzerinde tevakkuf etmeğe lüzum yoktur, çünkü en birinci ve mühim sebep havada tayyarenin mevcudiyetidir. Binaenaleyh bu bahiste hata ve esbabı mücbire düşünülmez yalnız tehlike nazariyesi mutlak surette caridir. Bazı devletlerde bu tazminatın mikdarı bir had ile tesbit olunmuştur. Bizim projede böyle bir had mevzu değildir. Şu kadar ki bu zararlar eğer hükûmetin bir emrinin icrasından veyahut bir harp hareketinden veyahut nakil olunanın hatasından münbais ise hava gemisi sahibine hiç bir mesuliyet teveccüh etmez, işte şu üç hal mesuliyeti kaldıran sebeplerdir.

Bir hava gemisinden atılmış eşya ve safradan veya kendiliğinden kopmuş ve ayrılmış maddelerden üçüncü şahıslara vaki olacak zarar ve ziyanlardan yalnız hava gemisi müs'uldür. Zarar sırf zarara uğrayanın hatasından ileri gelmiş ise hava gemisine mes'uliyet terettüp etmez.

Projemizde hava gemilerine ait bir hususiyetten daha bahis olunmaktadır; bir hava gemisinin enkazını karada ve denizde bulanlar gördükleri andan itibaren 48 saat zarfında en yakın hükûmet merkezine veya zabıtaya veya belediyeye haber vermek mecburiyetindedirler.

Enkaz denizde veya sahilde bulunduğu ve hava gemisinin inip kalkması için mani sebepler mevcut olmadığı takdirde bu mecburiyet hava gemileri kumandanları için de vardır.

Hükûmet enkazın muhafazası ve sahibinin bulunması için lâzım gelen tedbirleri alır. Enkazın sahibi bir sene müddet içinde muhafaza masraflarını ödeyerek bunları alabilir .Enkaz sahibi enkazı bulana kıymeti üzerinden yüzde on nisbetinde bir pay vermeğe mecburdur.

Seyrü sefere çıkan bir hava gemisi, kendisinden alınan en son haberin vüsulü tarikinden itibaren üç ay sonra gaip olmuş addolu-

nur. Gaiplik kararını bir mahkeme verir ve bu mahkeme de geminin müseccel bulunduğu mahallin mahkemesidir.

Projenin çok mühim olan bir faslı da hava işleri hakkında kaza mercilerinin tayinine taallûk eden bahisdir. Bu faslın ihtiva ettiği hükümler beynelmilel müesses ilmî içtihadlardan ve yapılan projelerden alınmıştır. Türk hava seyrüsefer kanunu projesine nazaran, Türkiye Cümhuriyeti toprakları ve suları üzerinde uçan hava gemilerinin, türkiyede insan ve mallara karşı yapmış oldukları zarar ve ziyanlar, Türkiye Cümhuriyeti kanunlarına göre hal ve tesviye olunur. Ve bu zarar ve ziyanlara ait davalar türk mahkemelerinde görülür.

Türkiye havalarında çarpışan veya her hangi bir suretle bir birlerine zarar ve hasar yapan hava gemilerinin ve keza bu gemilerin içinde veya türkiye toprak ve sularında bulunan insan ve malların bu yüzden uğradıkları zarar ve ziyanlar türk kanunlarına göre türk mahkemelerinde hal ve tesviye olunur. Şu kadar ki çatışan gemiler aynı yabancı devletin tabiiyetinde iseler ve bu çatışmadan türkiye hükûmetine ve türk vatandaşlarına bir zarar ika edilmemiş ise bu baptaki zarar ve ziyanlalar ancak alâkalıların müracaatı halinde türk kanunlarına ve türk mahkemelerine tâbi olur.

Zarar ve ziyan davaları dava olunanın ikametgâhı veya zararın vuku bulduğu veyahut hava gemilerinin tescil edilmiş olduğu mahallin mahkemesinde görülür.

Ceza işlerine gelince bu zaten ceza muhakeme usulü kanunumuzun on birinci maddesi ile tesbit edilmişdir. Türk bayrağını taşıyan hava nakil vasıtalarında işlenen veya böyle bir nakil vasıtası ile işlenmiş olan suçlar, vasıtanın Türkiyede ilk uğradığı veya kayıtlı bulunduğu yerin mahkemesinde görülür.

3780 sayılı Millî korunma kanununa göre ittihaz ve resmî gazete ile neşredilen kararların ve adı geçen gazetelerin tarih ve No. larını gösterir liste

Kararnamenin Tarihi	No. su	Karar No. su	Resmî gazetenin tarihi	No. su
10/11/941	16794/2	212	15/11/941	4959
11/11/941	16000/2	213	17/11/941	4960
10/11/941	16826/2	214	19/11/941	4962
15/11/941	16842/2	216	22/11/941	4965
16/11/941	16886/2	217	24/11/941	4966
16/11/941	16687/2	218	24/11/941	4966
16/11/941	16688/2	219	24/11/941	4966
24/11/941	16894/2	223	27/11/941	4969
24/11/941	16891/2	220	28/11/941	4970
24/11/941	16892/2	221	28/11/941	4970
24/11/941	16893/2	222	28/11/941	4970