ADLİYE CERİDESİ

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay
neşrolunur

Otuz üçüncü sene
7 inci sayı

ANKARA
Matbaa Yeni Cezaevi
1942

İÇİNDEKİLER

No.		Sayfa No.
51	**Hukuk dâvalarında hüküm lâhik olduktan sonra dâvadan feragat temyiz mahkemesince bozma sebebi ittihaz olunabilirmi?** *(Yazan: Akil Önder) Ankara sulh hâkimi*	799
52	**İngiliz çocuk ceza hukuku ve infaz sistemi** *(Yazan: Dr. Hadi Tan) ceza T. Ev. Um. Md. de*	811
53	**Objektif mesuliyet yahut ihdasedilen** *(Yazan: K. Fikret Arık) Hukuk iş. Um. Md. de*	838
54	**Türk ceza kanununun 434 üncü maddesine tevfikan tecil kararı verme salâhiyeti** *(Yazan: Mithat Etem) Bodrum C. M. U. si*	858
55	**Cezada gaye ve cezaevleri** *(Yazan: Hayri Elbeyli) Serik C. M. U. si*	860
56	**İsviçre Voud kantonu küçükler ceza M. usulü K.** *(Tercüme eden: Dr. iur. Polat Gözüböyük) Ankara Hanef Ap. No. 7*	866
57	**Akdi feshetmek hakkının sulistimali** *(Yazan: Dr. Ferit H. Saymen) İstanbul Üniver. Medenî Hukuk Asistanı*	879
58	**Türk ceza kanununun 434 üncü maddesinde ahvalde men'i muhakemenin hukukî sebebi olabilirmi** *(Yazan: Veysi Ünser) Safranbolu H. M.*	903
59	**Arama ve zabıtanın arama usulü** *(Yazan: Rıza Sembol) Tavas sorgu hâkimi*	910
60	**Türk ceza kanununun muaddel 524 üncü maddesi üzerinde bir tetkik** *(Yazan: Azmi Odyakmaz) Emet sorgu hâkimi*	913
74	**Konferans, No. 74 — ahlâkla hukukun münasebeti** *(Konferansı veren: Prof. Abdülhak Kemal Yörük)*	915
	Millî korunmaya ait kararların tarih ve numaralarını gösterir liste	927
	Tevhidi içtihat kararlarını gösterir liste	929

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 hulâsayı ihtiva etmelidir. Basılmıyan yazılar geri verilmez.

İstatistik ve Mevzuat Müdürlüğü
Kütüphanesi

No: 51

1958 A. 208/2

Hukuk dâvalarında hüküm lâhik olduktan sonra dâvadan feragat temyiz mahkemesince bozma sebebi ittihaz olunabilir mi?

Yazan: Akil Önder
Ankara sulh hâkimi

Makkeme kararlarına karşı kanun yolları mevzuatımıza göre üçtür.

Bunlarda temyiz, iadeyi muhakeme ve hükümlerin tavzihi yollarından ibarettir. Bizim burada inceliyecegimiz temyiz yolu ve temyiz mahkemesinin hangi sebeplerden dolayı bir hükmü bozabilecegi keyfiyetidir.

Temyiz mahkemesi, şübhesiz mahkemeler tarafından yapılan hatalar neticesi husule gelen adaletsizliğe karşı kanunî bir teminattır. Ve hükümden Mütezarrır olduğuna kani bulunan tarafın en son müracaat edeceği mercidir. Bu bakımdan temyiz mahkemesi adalet cihazı içinde en geniş mânasile bir emniyet regülâtörüdür. Türkiye Cumhuriyeti dahilinde meri bulunan kanunlara Kanun vazının maksadına ve adalet icaplarına en uygun mânayı verecek ve bunların aynı şekil ve surette filen tatbikını temin edecek en salâhiyetli merci bu mahkemedir. Temyiz mahkemesinin ilmî içtihatları ve kazaî kararları hâkimler, hukuk profesörleri ve hukuk müntesipleri için bir irfan meşalesi, bir ilim kaynağıdır. kanun fertlerin içtimaî münasebetlerini tanzim ve cemeyet hayatını takib eylediği için kütle tekâmül ettikçe genişleyen ve degişen ihtiyaçları karşılıyacak yeni mevzuata ihtiyaç hissolunur. Fakat durmadan muhtelif tezahurat arzeden cemiyetin doğan her yeni ihtiyacını tatmin edici bir kanun o zaman mevcut olmayabilir, bundan başka bazı hâdiseler nedreti itibarile kanun vazının gözünden kaçtığı için o hâdise hakkında müdevven bir hüküm bulunmayabilir; işte bu boşluğu dolduracak ve bu ihtiyacı karşılıyacak ve işbu sahada en son sözü söyleyecek makam temyiz mahkemesidir. Bu itibarla temyiz mahkemesinin kararları üzerinde hassasiyetle durmak ve bunların mevzuatımız mukabilinde ilmî kıymetlerini anlamak lâzımdır.

1956 MİLLİ KÜTÜPHANE SA 94 3

Asliye mahkemlerinden sadır olan nihayi kararların hepsi aleyhinde temyiz yoluna gidilebilir. Sulh mahkemesinden verilen nihayi kararlardan 25 liraya kadar olan alacak dâvaları müstesna diğerleri kabili temyizdir. 25 lira veya bundan aşağı bir alacak dâvası asliye mahkemesine açılıpta bu mahkeme tarafından nihayi karara raptedilmiş bulundugu takdirde hukuk usulü muhakemeleri kanununun 427 inci maddesinin mutlâk sarahati karşısında bu karar aleyhinde temyiz yoluna gidilebilecegi anlaşılmaktadır. Maddede bir mantıksızlık göze çarpıyor. Çünkü asliye mahkemeleri sulh mahkemeleri fevkinde ve taraflar için daha kuvvetli teminatı haiz bulunduklarından bu mahkemelerden verilen yirmi beş liraya kadar nihayi kararların evveliyetle temyiz kabiliyeti bulunmaması iktiza eder. Bununla beraber usulün 427 inci maddesinde mutlak olarak asliye mahkemelerinin bütün nihayi kararlarının kabili temyiz bulunduğu yazılı olmasına nazaran bu miktara kadar olsa dahi asliye mahkemesinden verilen hüküm temyiz olunabilecektir.

Yirmi beş liraya kadar olan ve sulh mahkemelerince karara raptedilmiş bulunan dâvalardan yalnız alacak dâvaları hakkında verilen hükümler taraflarca temyiz olunamaz, yoksa gayrimenkule mütaallik dâvalarla menkulün aynine ait dâvalar, bunların kıymetleri yirmi beş liradan aşağı olsada temyiz olunabilirler. Burada da bir insicamsızlık göze çarpmaktadır. Dâva, yirmi beş liraya kadar kıymeti haiz bulunan menkul bir malın aynine taalûk eylediği takdirde temyiz olunabileceği kabul edildiği halde dâvanın bedele inhisarı halinde temyiz kabiliyeti tanınmamıştır. Bu bir noksandır gerçi yirmi beş liraya kadar alacak dâvaları mahiyetleri itibarile basit işlerden olmaları bakımından bu hususta verilecek hükümlere karşı temyiz yolu kapanmıştır. Dâva yirmi beş lira kıymet taşıyan gayrimenkulûn veya menkulûn bedeline taallûk eylediği takdirde işin besateti ileri sürülerek aynı noktai nazar müdafaa olunabildiği halde dâvanın ayne taallûku halinde mahiyetindeki basitliğin neden muğlâk bir şekil aldığını anlamak kabil değildir. Fakat ne olursa olsun hukuk usulü muhakemeleri kanununun bu babtaki hükümlerine göre yirmi beş liraya kadar sulh mahkemelerinden verilen hükümlerin kabili temyiz olmadığını ve bu yirmi beş liranın da alacak olduğunu kabul etmek zaruriyeti vardır.

Bununla beraber akitlerden ve haksız fiillerden doğan alacaklarla tazminat bu alacak mefhumu içinde bulunmaktadır. Buraya kadar izahatımızdan kastedilen (Alacağın) para olduğu anlaşılmaktadır. Nakit ile takvimi kabil ayne mütaallik alacaklar maddenin şumulü haricinde kalmaktadır.

Mamafih mevzuu yirmi beş liraya kadar olan alacak dâvalarında temyiz yolu tamamen kapanmış değildir. Baş Müddeiumumi alâkadarın veya alâkadr olmayanın ihbarı üzerine veya resmen sulh mahkemesi tarafından böyle bir kararın yanlış verildiğine diğer bir deyimle bozma sebeplerinden biri ile maalûl bulunduğuna muttali olduğu takdirde kanun nefine olarak bu kararın bozulmasını ait olduğu temyiz dairesinden isteyebilir. Baş müddeiumumi bu bozmayı isteyip istememekte takdir hakkını haizdir. Vaki ittila üzerine evrakı celbederek gereken tetkikatı yapar. Ve bozma sebeplerinin mevcut bulunduğunu görürse kararın bozulmasını dairesinden talep edebilir. Bu bozma tarafların hukukuna müessir olmamakla beraber muhakemenin tekrar rüyetine sebep teşkil etmez. Buradaki bozma kanun nefinedir ve memleketin her tarafında kanun aynı şekil ve surette tatbikinit emin maksadına matuftur.

Kanun yallarını ve hangi hükümlerin temyiz olunabileceğini anladıktan sonra temyiz mahkemesinin hangi sebeblerden dolayı mahkeme kararlarını bozabileceğini tetkik edelim.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesinde bu sebebler tadat edilmiştir. Bunlarda:

1 — Kanun ve iki taraf beynindeki mukavelenin yanlış tatbik edilmiş olması;

2 — Mahkemenin dâvayı ruyete vazifedar bulunmaması;

3 — iki tarafı ve sebebi müttehit bir dâva hakkında yekdiğerine mütenakıs kararlar verilmesi ;

4 — Usulü muhakemeye muhalefet edilmesi ;

5 — Meseleyi maddiyenin takdirinde hata edilmesi ;

6 — İki taraftan birinin dâvasını ispat için serdettiği delillerin sebebi kanuniye müstenit olmayarak kabul edilmemesinden ibarettir:

Şimdi bu sebebleri inceleyelim:

Birinci sebeb; Kanunun ve iki taraf beynindeki mukavelenin yanlış tatbik edilmesi mahkeme kendisine arz olunan bir ihtilafı hükme bağlarken vazi kanunun maksadı dahilinde karar vermesi lâzımdır.

Hâkim halletmek mevkiinde bulunduğu bir ihtilâfı mevcut hukuk kaidelerine göre halletmek mecburiyetindedir. Hâkim hiç bir zaman kanun hükmünü ihmal edemez. Kanunun yanlış tatbiki hususunda şu misali verebiliriz. Meselâ karı kocadan biri diğeri tarafın-

1946

dan hayatına yapılan bir tecavüzü sebeb göstererek boşanma dâvası açmış ve fakat dâvayı ikâmeden evvel müddeaaleyhi affetmiş ise ve bu affa rağmen mahkemece boşanmaya karar verilmiş ise bu karar temyiz mahkemesi tarafından bozulur. Çünkü burada kanun yanlış tatbik edilmiştir. Usulun 428 inci maddesinin birinci bendindeki kanunun yanlış tatbik edilmesi cümlesinin içinde kanunun hiç tatbik edilmesi halide vardır. Buna binaen hâkim mevcut bir hukuk kaidesini ihmal ederek tatbik etmediği takdirde dahi hüküm bozulur. İcra kuvveti tarafından tanzim olunan nizamnameler kanuna istinaden tetvin olunduklarından nizamnamelerin yanlış tatbik edilmesi de bozmayı icap ettiren sebeblerdendir. Fakat Müdüri umumiler tarafından yapılan tamimlere riayetsizlik bu sebepler içine girmez.

Kanunun açık hükümlerinin ihmal edilmesi veya tatbik olunmaması bozmayı mucip olduğu gibi ruhan ve zımnen temas eylediği hadiselere tatbik olunmaması halinde de hüküm böyledir.

Bir de Ecnebi kanununun tatbiki icabeden hallerde hâkim bu Ecnebi hukukuna yanlış mana vererek tatbik etmiş veya bunu ihmal etmiş ise hüküm bozulurmu? Bu noktada müellifler arasında ihtilaf vardır. Bazılarına göre Ecnebi kanunları bir meseleyi maddiyedir. Bunun yanlış tatbiki bozmayı icap ettirmez. Fakat fikrimizce Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını veya teamülünün kabul etmiş olduğu hukuku düvel prensiplerine göre Ecnebi bir kanunun tatbiki icabeden ahvalde bu kanunun tatbik olunmaması veya yanlış tatbik edilmesi bozmayı müstelzim ahvaldendir.

Medenî kanun birinci maddesinin ikinci fıkrası mucibince hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hakim örfi adete göre hükmeder. Bu takdirde hâkim örfi adetin yanlış tatbik eder veya hiç tatbik etmezse hüküm yine bozulur. Burada dolayısiyle Hâkim yine kanun hükmünü ihmal etmiş demektir. Çünkü bu gibi hallerde örfi adetin tatbiki icabettiğini kanun emretmektedir. Bundan maada kanun ve tefsirinde, örfi adet hukukunda halli icabeden meseleye temas eden bir hüküm mevcut olmaması halinde Hâkim vazii kanun olsa idi o meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hüküm verir. Kanunu tatbik eden hâkim pozitif huhuk kaynaklarının tamamile sakıt olması halinde maseleyi halletmekten imtina edemez. Kendisi bu takdirde kanun vazıı salâhiyetile mücehhez ve meselenin halline en muvafık olan kaideyi objektif bir tarzda bulup ortaya koymak ve halledilecek meseleye tatbik etmekle mükelleftir. Hâkimin koyduğu bu kaide objektif ve hadiseye uygun değilse bu hal

dahî hükmün bozulması sebeblerindendir. Hâkim bu hukuk kaidesini bulmak için ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan istifade eder.

İki taraf arasındaki mukaveleler taraflar için kanun hükmünde bulunduğundan bu mukavele hükmünün de iki tarafın maksadına uymayan bir şekilde tefsir ve tatbik edilmesi veya ihmal olunması hükmün nakzını muciptir. Ancak taraflar arasındaki mukavelenin kanun muvacehesinde batıl bir mukavele olmaması lâzımdır. Mevzuu gayri mümkün veya gayri muhil veyahut umumî intizama veya şahsî hükümlere ve ahlâk kaidelerine muhalif bulunan bir mukaveleden doğan ihtilâf nazarı kanunda batıl telâkki edildiğinden mahkemece bu mukavele hükmünü nazara alınamayarak verilen karar kanuna uygun bir karardır. Burada kanun vazıının kasdettiği mukavele hukukan muteber mukavelelerdir.

İki taraf akdın esaslı noktalarında uyuşarak ikinci derecedeki noktaları sükütle geçilmiş olan ahvalde mesküt bırakılan cihetler hakkında doğan bir ihtilâfın mahkemeye intikali halinde hâkimin bunları işin mahiyetine göre takdir etmesi lâzımdır. Hâkim bu takdirde isabetsizlik etmiş ve tali noktaları tarafların maksadına ve işin mahiyetine uygun şekilde tayin etmemiş bulunursa bu karar dahi bozulur.

İkinci sebep; mahkemenin, dâvayı rüyete vazifedar bulunmamasıdır.

Her dâvanın kanunen vazifeli mahkemede görülmesi icabeder. Vazifedar olmayan mahkemenin vereceği karar bozulmağa mahkûmdur. Bilfarz 15 yaşını ikmal eden küçük kendi rızası ve ana ve babasının muvaffatile asliye mahkemesince mezun kılına bilir. Böyle bir talebin sulh mahkemesi tarafından tetkik olunarak karara raptolunması yolsuzdur. Ve bu karar bozulur. Keza rüyeti idarî mercilerin yazifeleri dahilinde bulunan dâvalara umumî mahkemelerde bakılamaz. Böyle bir ihtilâf umumî mahkemelerce halledildiği takdirde verilen karar bozulur. Binaenaleyh mahkeme dâvaya rüyete vazifedar değilken görmüş ve kararı nihaiye bağlamışsa bu karar nakzedilir.

Üçüncü sebeb; iki tarafı ve sebebi müttehit bir dâva hakkında yekdiğerine mütenakız kararlar verilmesi halidir.

Bir dâva mahkemede rüyet edilirken diğer tarafda bunu başka bir mahkemede açmış olabilir. Ve karşı tarafda bu dâvanın diğer bir mahkemede derdest bulunduğunu veya evvelce hükme bağlan-

dığını defan dermeyan etmeyebilir. Bu takdirde her iki mahkemeden yekdiğerine mütenakız kararlar çıkması mümkündür. Bir hâdise hakkında yekdiğerine mütenakız kararlar verilmesi bozma sebeplerinden addedilmiş isede bu sebeb daha ziyade iadei muhakeme esbabındandır. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 445 inci maddesinin 10 uncu bendinde iki tarafı ve sebebi müttehit bir dâva hakkında sadır olan bir ilâma mugayir yeni bir ilâm suduruna sebeb olabilecek bir madde yokken yine o mahkeme veya diğer bir mahkeme tarafından evvelki ilâmın hükmü hilâfında bir hüküm ve karar verilmiş olupta her iki ilâmın katiyet kesbetmiş olması halinde iadei muhakeme talep olunabileceği yazılıdır. Fakat iadei muhakeme yoluna gitmek için her iki ilâmın katiyet kesbetmiş olması lâzımdır. Aynı zamanda bu yol külfetlidir. Muhakemenin iadesi talebinde bulunan kimse icra takibatına maruz kalmak tehlikesinde bulunduğu gibi tehiri icra kararı almak için de teminat vermesi lâzımdır. Binaberin ilâmın katileşmesini bekleyip bu külfetli yola gitmektense temyiz tarikine başvurması daha doğrudur. Burada göze çarpan bir cihet vardır. 445 inci maddenin 10 uncu bendinde; sonradan verilen kararın suduruna sebeb olabilecek bir madde yokken bu kararın verilmesi hali iadei muhakemeye sebeb telâkki edildiği halde iki tarafı ve sebebi müttehit bir dâva hakkında yekdigerine mütenakız kararlar verilmesi temyiz bozma sebebi kabul edilmiş ve evvelki kükme muhalif bulunan kararın yeni bir sebepten doğup doğmadığı aranmamıştır. Şüphesiz bu bir noksandır. Usulün 428 inci maddesinin 3 üncü bendinde bu kaydın bulunmaması kasdi değildir. Nasılsa kanun vazının gözünden kaçmıştır. Hiç şüphesiz evvelki hükme mübayin bulunan ilâm yeni bir sebepten neşet etmiş bulunupta ortada mütenakız hükümleri hâvi iki ilâmın mevcudiyeti bozma sebebi olamaz. Faraza A, B aleyhinde bir gayri menkule vaki müdahelenin meni hakkında bir dâva açmış ve hüküm de A, lehinde verilmiş ve katileşmiştir. Bu defa A gayri menkulü B satıp teslim ettikten sonra mezkûr gayri menkule müdahale de devam eder ve bu yüzden B tarafından aleyhinde bir meni müdahele dâvası açılarak lehte hüküm istihsal olunursa bu son ilâm evvelki hükme muhalif olmakla beraber bu ne iadei mahkeme ve ne de nakız sebebi ittihaz olunabilir. Çünkü ikinci ilâmın bu şekilde sudur etmesi A ile B arasındaki akitten neşet etmiştir. Bu sebeple hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesinin üçüncü bendi 445 inci maddesinin 10 uncu bendi kadar vazıh değildir.

Dördüncü sebep; Usulü muhakemeye muhalefet edilmesidir. Bu sebebi incelemeden evvel bunla irtibatı olan usulün 428 inci mad-

desinin son fıkrasını gözden geçirelim. Bu fıkrada usulü muhakemeye muhalefetten dolayı bir hükmün bozulması için mahkemeye ait vazâifde usulü muhakemenin ihlâl olunmasına ve işbu kusur ve hatanın lâhik olan hükmü tagyir edecek derecede bulunmasına veya müddei veyahut müddealeyh tarafından usulü muhakemenin tagyir ve ihlâl olunduğunu isbat edecek derecede itiraz olunupta mahkemece tetkik edilmemiş olmasına vabestedir «denmektedir.» Bu fıkradan mücerret usulü muhakemeye muhalefetin nakız sebeplerinden olmadığını anlamış bulunuyoruz. Usul hükümlerine muhalefetin nakız sebebi olması için usulün hâkime tahmil ettiği vazifelere müteallik bulunması veya hükmü tagyir ve ihlâl edici mahiyette olması lâzımdır. Meselâ âmme mürakabasını temin için muhakemenin aleni yapılmasını usul hükümleri hâkime emretmiştir. Hâkim bu emri hükmü dinlemeyerek sebep beyan etmeksizin buna riayet etmezse vereceği hüküm nakzolunur. Fakat ahlâk ve adâba mugayir dâvalara gizli celsede bakılması usulün emri hükümleri iktizasından bulunmadığı için hâkim bu nevi dâvalara alenî celsede bakmışsa bu hal onun takdirine muhavvel bulunduğundan verilecek karar nakza mahkûm değildir. Keza tarafların iddia ve müdâfaalarının ve ikrarlarının zapta yanlış veya noksan geçirilmesi veyahut hiç geçirilmemesi suretile usule muhalefet hükmü ihlâl ve tagyir edici mahiyette bulunduğundan bu haller bozma sebeplerindendir. İkrarın mukirre ve şahide ifadesinin imza ettirilmemesi keza bozma esbabındandır. Birde müddei veya müddeaaleyh tarafından usulü muhakemenin tagyir ve ihlâl olunduğunu isbat edecek derece itiraz olunupta bu itirazın mahkemece tetkik olunmaması nakız sebeplerindendir. Burada dikkat edecek cihet itirazın, hükmün tagyir ve ihlâl olunduğuna değil usulün ihlâl olunduğuna matuf bulunması ve tagyir ve ihlâl keyfiyetini ispat edecek derecede olması lâzımdır. Yoksa usul; hükümlerinin mücerret ihlâl olunduğu yolundaki itirazın ademi tetkiki bozma sebeplerinden değildir. Bozma sebeplerinden olabilmesi için itirazın usul hükümlerinin tagyir ve ihlâl edildiğini ispat edecek derecede kuvvetli ve muşahhas olması iktiza eder.

Beşinci bozma sebebi; Meseleyi maddiyenin takdirinde hata edilmesidir.

Meseleyi maddiyenin takdirinde hata edilmesi, maddî vekayi'n yanlış takdir ve tefsir olunması demektir. Meselâ müddeinin ikame eylediği deliller mahkemece yanlış takdir edilerek dâvaya sabit nazarile bakılmış olmasına rağmen temyiz mahkemesi mevcut delillerin

iddianın sübutu için kâfi bulunmadığını görürse hükmü bozar. Bir boşanma dâvasında fena muamele telakki edilen bir vakıa temyiz mahkemesince bu yolda kabul edilmez. Boşanma neticesi çocukların velâyeti anaya tevdi edimiş iken temyiz mahkemesi mevcut ahvâle nazaran bunun babaya tevdii lâzım geldiğine karar verir keza hâkimin takdir eylediği tazminat miktarının fâhiş veya noksan olduğu hususunda temyiz mahkemesinin murakabe hakkı vardır.

Altıncı bozma sebebi: İki taraftan birinin dâvasını ispat için serdettiği delillerin sebebi kanuniye müstenit olmayarak kabul edilmemesi halidir.

Hukuk usulü muhakemeleri kanununa göre deliller muhteliftir. Onlarda; İkrar, kaziyyei muhkeme, şahâdet, ehli vukufun rey ve mütalâaları, senet, kuyudatı resmiye, defateri ticariye, keşif ve yemin ve hâkimin tefehhus ve kanaatından ibarettir. Her dâva ayni delillerle ispat olunamaz bazı deliller bütün ihtilaflarda ikame edilebildiği halde bazıları ikame olunamazlar. Bazı ahvalde kanun bir hususun muayyen bir delil ile ispatını emreder. O husus hakkında böyle bir kanunî emir mevcut ise o başka bir delil ile ispat edilemez. Keza iki tarafta aralarında ihtilâf zuhuru halinde bunun muayyen bir delil ile ispatını tahriren mukavele etmişler veya muhakeme esnasında olveçhile aralarında karar verildiğini ikrar etmişlerse o ihtilaf hakkında başka bir delil ikame ve istimâ olunamaz. Bunun gibi bir hakkı ihdas, nakil ve tahvil, tecdit, ikrar, itfa ve iskat maksadile icra olunan bütün tasarruflar bin beş yüz kuruşu tecavüz ettiği takdirde senetle ispat olunması lâzımdır. Keza tahriri olan bir akdin tadili hakkındaki anlaşmanın yazılı olması iktiza eder. Bu itibarla mahkeme arzedilen bir ihtilâfı ispat için alâkalının ikame etmek istediği deliller yukarıda zikredilen sebeplerden birinin mevcudiyeti halinde mahkemece kabul edilmez. Fakat bazan mahkeme tarafından şahit ile ispatına mesağ bulunan bir vakanın böyle bir delille ispat olunamayacağı zan edilerek müddei veya müddeaaleyhin gösterdikleri şahitleri istimâ edilmez. Bunun neticesi verilen hüküm temyiz mahkemesince bozulur. Çünkü mahkemenin şahitlerin ademi istimâı yolunda verdiği kararın müstenedâtı kanunî değildir.

Bütün bu izahatımızdan hükümlerden hangilerini temyiz olunabileceğini ve temyiz bozma sebeblerinin nelerden ibaret bulunduğunu anladık. Temyiz mahkemesi ancak bu sebeblerle malul hükümleri bozabilir. Bu sebeblerden biri mevcut değilse temyiz mahkemesi o hükmü bozamaz.

Şimdi hüküm lâhik olduktan sonra temyizi dâvadan ferağatın caiz olabilip olamayacağını araştıralım. Bunu tetkiketmekle beraber temyiz mahkemesinin bu hususta verdiği bir kararıda gözden geçirelim:

Temyiz yoluna müracaat alâkalısı için bir haktır. Bu hakkı istimale selâhiyet kesbetmiş kimse bunu istimal edip etmemekte serbest bulunduğu gibi istimâl etmeye başladıktan sonra bundan feragatta da hürdür. Çünkü temyiz neticesi elde edilmesi muhtemel menfaatlar münhasıran mümeyyize ait bulunacağından bu menfaatlardan vaz geçip geçmemesi kimseyi alâkadar etmez. Temyiz yoluna gitmek bir hak olduğu için bu hâktan ferağat etmekte kanunun emri hükümlerine ve âmme intizamına müessir bulunmadığından câizdir.

Temyiz talebinden ferağat halinde bunu tetkik edecek mercî temyiz mahkemesidir. Çünkü esas davâ karara bağlandıktan sonra mahkemenin elinden çıkmış ve temyiz tetkikatı talebi temyiz mahkemesinde ait bulunmuş olduğundan bu talepden ferağatin dahî temyiz mahkemesinde tetkiki tabii bulunmaktadır. Binaenaleyh bu talepten ferağat halinde dosyanın temyiz mahkemesine sevki icap eder.

Temyizi dâvadan ferağat halinde temyiz mahkemesinin yapacağı muamele temyiz istidasını redden ibarettir. Bu hususta temyiz mahkemesinin muhtelif dairelerinden sadır olmuş bir çok kararlar mevcuttur.

Fakat biz burada temyiz ikinci hukuk dairesinin yalnız bir kararını zikr ile iktifa edeceğiz.

B ile T arasında geçen bir boşanma dâvası sonunda Ankara asliye birinci hukuk mahkemesi tarafından boşanmaya hüküm ve müddeaaleyh tazminata mahkûm edilmiştir. Dâva temyiz olunduktan sonra her nedense mümeyyiz temyizi dâvasından ferağat ederek vekili vasıtasile mahkemeye bu yolda bir istida vermiştir. Temyiz mahkemesi 2 inci hukuk dairesi tarafından 24/4/942 tarihinde ittihaz olunan

1356/1640 sayılı karar aynen şöyledir:

(Temyiz müddeiyesi T nin vekili 23/3/942 tarihli istida ile temyizi dâvadan ferağat etmiş olmasına mebni tetkikat icrasına mahal olmadığına .....)

İkinci hukuk dairesinin bu kararı kanun ve usul hükümlerine uygun bulunduğundan bu hususta bizde daire ile ayni fikirdeyiz.

Fakat temyizi dâvadan ferağat etmeyipte hüküm âhik olduktan sonra esas dâvadan ferağat halinde yapılacak muamele nedir?

Hukuk usulü muhakemeleri kanunu dâvadan feragatı tecviz etmiştir, esasen muayyen haller haricinde hiç bir kimse dâvasını ikame veya hakkını talebe icbar olunamaz. Bu hukukî bir kaidedir, bunun gibi dâvayı ikame eden kimseyi bundan feragatten hiç bir şahıs men edemez. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 93 üncü maddesinde feragat ve kabulün iki taraf hazır ise mahkeme huzurunda şifahen, değilse bir sureti diğer tarafa tebliğ edilecek istida ile tahriren yapılacağı yazılıdır.

Buradaki feragatin, maddenin sarahatine göre dâvayı gören mahkeme huzurunda yapılacağına ve dâva karara bağlanmadan dermeyan edilmesi lâzımgeleceğine şüphe yoktur. Esasen dâva neticelendikten sonra mahkemenin elinden çıkmıştır. Hâkim verdiği karar bozulmadan dâvaya yeniden bakamaz ve yeni vaziyetleri nazara almaz. Bu itibarla hüküm lâhik olduktan sonra feragatın dâvayı rüyet eden mahkemeye bildirilmesine ve mahkemece bu vaziyetin karar altına alınmasına imkân yoktur.

Fakat bize şu mukadder sual irat olunabilir. Hüküm lâhik olduktan sonra mahkeme nezdinde feragat caiz olmadığına göre mahkûmunleh bu feragatını icra dairesine dermeyan eylemek veya notere bir ibra senedi tanzim ettirmek suretile yapamaz mı? Yaptığı takdirde tevellüt edecek hukukî neticeler aynı değil midir. Bu suale tereddütsüz hayır cevabını verebiliriz. Çünkü mahkeme huzurunda feragat kati bir hükmün neticelerini tevlit ettiğinden bu feragatın her hangi bir suretle iptali mevzuubehis olamaz. Fakat hükümden sonra mahkûmunlehi mahkûmunaleyh lehinde yapacağı ibra ve hibeyi mutazammın her hangi bir tasarrufu muayyen şartların tahakkuku halinde iptal olunabilir. (İcra ve iflâs kanunu 277) Binaenaleyh dâvanın rüyeti sırasında feragat hakkını kullanamayan mahkûmunleh bu tasarrufunu iptal tehlikesine maruz kaldığı için infaz safhasında yapmamayı tercih eder. Bu itibarla dâvanın rüyeti sırasındaki feragatle infaz sırasındaki feragatın hukukî neticeleri başka başkadır.

Acaba hüküm katileşmeden evvel mahkûmunleh bu feragatını temyiz mahkemesine dermeyan ederek hükmü ortadan kaldıramaz mı? Bu hususu incelemeden evvel hükümleri mahiyetleri itibarile tasnif etmek lâzımdır. Mahkeme hükümlerini ilmî tasnife tabi tutarsak iki kategoriye ayrıldıklarını görürüz. Birinci hakkı izhar eden hükümler diğerinde hak tevlit eden hükümlerdir. Hakkı izhar edici bir hükmü istihsale muvaffak olan bir kimse yukarda da söylediğimiz gibi hükmün infazı safhasında mahkumunaleyhini ibra ve mahkûmunbihi ona hibe veyahut muvazaa tarikile bedelsiz bir temlik yapmak suretile bu

12

hakkından vazgeçirebilir. Fakat hak tevlit eden hükümlerde vaziyet böyle değildir. Burada üçüncü şahısların ve hattâ âmmenin hakları daha bâriz bir şekilde kendini gösterir. Ve icra safhasında mahkûmunlehin bundan feragati bir kıymet ifade etmez. Meselâ alacagı yüz liranın tahsiline hüküm almış olan bir şahıs bunun infazı esnasında hasmını herhangi bir suretle ibra veya icra takibatından feragat edebilir. Fakat bir boşanma hükmü sâdır olup katileştikten sonra alâ kalılardan birinin bu hüküm müeddasını infaz ettirmek istemesi meselâ nüfus dairasine tezkere yazdırarak veya ilâm ibraz ederek buradaki evlilik kaydının terkini talebinden vazgeçirmesi hiç bir faide temin etmez. Kanun nazarında bu vaziyette olan iki taraf boşturlar. Yekdiğerine mirasçılık haklarını kaybetmişlerdir. Artık herbirinin mirasına diğer varislerin hakları terettüp etmektedir. Çocukların velâyeti hakkında alınan kararlar hüküm ifade etmeye başlamıştır. Çocukların velâyeti ana babadan hangisine tevdi edilmiş ise ilâmın infazı istensin istenmesin kanun onu veli tanır. İmdi açtığı boşanma dâvası üzerine hüküm lâhik oldukdan sonra ve katileşmeden evvel karı koca barışdığı ve müddei de dâvasından feragat ettiği takdirde boşanma hükmünün ortadan kaldırılmasına mevzuatımız müsait midir? Bu husus hakkında buraya kadar biraz izahat verdik, fikirlerimizi takviye için meseleyi bir ikinci cephyden münakaşa edelim.

Kaideten talebi dairesinde hüküm almaya muvaffak olan bir kimse bunu temyiz edemez. Gerçi hukuk usulü muhakemeleri kanununda bunu nehyedici sarih bir hüküm mevcut değilse de kununun ruhundan bunu istimbat etmek mümkün olduğu gibi bu artık hukukî bir taammül halini almıştır. Binaenaleyh isteği veçhile hüküm alan kimsenin bunu temyiz edememesi iktiza eder. Bundan başka bozma sebeplerini kanun tâyin ve tâdat eylemiştir. Temyizi dâva eyleyen kimsenin talebini bu sebeplerden birine istinat ettirmesi lâzımdır. Bu sebeplerden birine istinat etmeyen temyiz talepleri nazara alınamayacağı gibi yukarda zikredilen altı sebep haricinde temyiz mahkemesi de başka bir sebep göstererek hükmü bozamaz.

Bunu anladıktan sonra asıl üstünde tevakkuf etmek istediğimiz temyiz kararını elç alalım :

T. Tarafından Ankara birinci asliye hukuk hâkimliğine A aleyhinde ikame olunan boşanma âdvası üzerine tarafların boşanmalarına dair verilin 9/12/1942 tarihli hüküm müddeaaleyh tarafından temyiz edilmiş ve iş bu safhada iken iki taraf müşterek imzaları ile mahkemeye verdikleri istidada barıştıklarını beyanla beraber mahkûmunaleyh de temyiz talebinden ferağat eylediğini ifade eylemiştir. Temyiz mahke-

since yapılan tetkikat sonunda verilen kararı aynen aşağıda gösteriyorum. (Boşanma hükmünden sonra tarafların barışıp bir araya geldikleri ve dâva ve temyizden feragat eyledikleri verdikleri istida münderacatında anlaşılmakla mümeyyizünbih hükmün nakzına .....

Buraya kadar verdigimiz izahata göre hangi cepheden tetkik edecek olursak kararın usul hükümlerine muhalif bulunduğunu görürüz. Mümeyyiz temyiz talebinden feragat eylediği için bunun temyiz arzuhalinin reddedilmesi lâzımdır. Kadının talebine gilince: talebi dairesinde karar verilmiş oldğundan dolayı bu hüküm hakkında temyiz yoluna müracaat edemez. Hükümden sonra vaki barışma usulde yazılı bozma sebeplerinden hiç birine temas etmediği için temyiz mahkemesince nazara alınmaması icabeder. Bundan başka dâvayı gören mahkemede dermeyan edilmeyen bir husus temyizen serdolunamayacağından hüküm lâhik olduktan sonra vaki barışmanın temyize serdi caiz bulunmamaktadır. Bu itibarla boşanma hükmü verildikten sonra tarafların barışmaları hükmün bozulmasını icabettirmez. Vakıa boşanma kararının luhuku üzerine nedamet duyan bir ailenin yıkılmasının önüne bu suretle geçilmesi insan psikolojisine uygundur. Fakat bu daha ziyade ruhu okşayan bir hissin tezahürüdür. Hukukçular hislerinden ziyade mantıklarının lisanile konuşurlar. Çok kerre insan ruhuna mülâyim gelen bir hareket objektif hukuk prensiplerine aykırı düşer. Hukuk kaideleri sertdirler. Çünkü onlar bir zümrenin değil cemiyetin hukukî ekonomik bakımından hayatını tanzim için tedvin edilmişlerdir. Burada aklımıza şu cihet gelir. Temyiz mahkemesi medenî kanunun birinci maddesi hükmünden istifade ederek kanun vazı salâhiyetile kendisini mücehhez görmüş ve bu gibi ahvalde temyiz tetkikkatı yapabileceği hakkında bir hukuk kaidesi kabul etmiştir denemez mi. Buna da menfi cevap vermek zaruriyetindeyiz. Medeni kanunun birinc maddesindeki salâhiyet yalnız dâvayı gören hâkime verilmiştir. Bu hâkim kendisine arzedilen bir hâdise hakkında müsbet bir hukuk kaidesinin bulunmadığını gördüğü takdirde o hâdiseye en uygun objektif hnkuk kaidesini bulup tatbik edecektir. Temyiz mahkemesi ise ancak hâkimin bulduğu bu kaidenin hâdiseye uygun olup olmadığını murakabe edebilecektir. Yoksa bu hukuk kaidesini kendisi bulacak değildir.

No: 52

İngiliz çocuk ceza hukuku ve infaz sistemî

Yazan : Dr . Hadi Tan
Ankara hukuk fakültesi ve Marburg üniversitesi hukuk ve siyasal bilgiler fakültesi mezunu

1 — MEVZUAT VE TEŞKİLÂT

İngiliz ceza ve infaz hukuku [1], Türk ve diğer avrupa devletlerinin mevzuatına benzemediği için, İngiliz ceza ve infaz sisteminin kavranmasında hayli müşkülât çekilmektedir. Zira, bilindiği üzere, İngiliz hukuku bugün dahi tamamile kot halinde tesbit ve tasrih edilmiş değildir. Nitekim ceza hukukuna ve ceza muhakeme usulüne mütaallik ahkâm, bazı hususî kanunlar halinde tedvin edilmiş ise de bu kanunî hukukun yanı başında faal bir rol oynayan ve mahkeme kararlarına istinadeden umumî hukuk hâkimdir.

Ceza dâvaları ait oldukları mahkemenin vazifesine göre ve birinci derecede olmak üzere üç muhtelif mahkemede [2] Courts of Summary, Cou. of .Qu. Session ve Assizes) görülür. Polis mahkemeleri denilen Cours of Summary Yurisdictiom mahkemeleri, ya iki müntehip hâkimden veya meslekden yetişme bir hâkimden teşekkül eder. Bu nevi mahkemeler meslekten yetişme hâkimden teşekkül ediyorsa yalınız büyük şehirlerde vazife görür. Hafif suçlara bu mahkemelerde bakılır. Ağır suçlar üç aylık mahkemeler denilen Cou. of. Qu. Session ve Assizes mahkemelerinde görülür. Üç aylık mahkemeler, ya mütaaddit sulh hâkimlerinden yahut meslekten yetişme bir hâkimden teşekkül eder. Assizes mahkemeleri hususile taammüden katil, casusluk ve ilâ..... gibi ağır suçlara ve iki evlilik dâvalarına bakar. Bu mahkemelerin reisi, Londra'daki büyük

[1] Hapishaneciliğin geçirdiği tarihi tekâmül ve istihale tetkik mevzuu olarak ele alındıkda, bu bahi-te ilk dikkat nazarı tanınmış infaz âlimi İngiliz Jonhn Howard, (1726 — 790) a tevecüh eder. Tam mânasile bir infaz âlimi ve hapishaneci olan Howard, yalınız İngiliz hapishaneciliğinin tekâmül ve inkişafına yardım etmekle kalmamış aynı zamanda avrupa hapishaneciliğinde ve bilhassa Amerika infaz sistemleri üzerinde derin tesirler icra etmiştir. Bu bakımdan İngiliz hapishaneleri ve infaz sistemi diğer devletlere daima örnek olmuş ve bugünün anladığı ve tatbikına çalıştığı terbiye — islâh fikri ilk önce Howavrd'ın memleketinden İngiltereden çıkmıştır.

[2] İngiliz mahâkim teşkilâtı nev'i kendine has bir teşkilât olduğundan mahkeme isimlerini aynen derç etmeği muvafık gördük.

kıral mahkemesine mensup bir hâkimdir. Müntehip âzaların adedi (juriler) 12 olup bunlar müttehimin yalnız suçlu veya suçsuz olduğuna karar verir. [1]

İngiliz ceza muhakemeleri usulüne göre, cazayı müstelzim fiillerin bir kısmı ancak şikâyete bağlı olup diğer bir kısmıda doğrdan doğruya takip edilebilir. 1939 seneside, şikâyet yolu ile takibi icabeden 55062, Dâva, Summary Jurisdictinon mahkemelerinde rüyet edilmişdir. Bu miktar takibi şikâyete bağlı suçların%87 sini teşkil etmektedir. Yine aynı senede 665322 dâvaya bu mahkemede ve yalnız 8384 dâvaya da di ğer yüksek mahkemelerde bakılmıştır. Bu mahkemelerden sadır olan hükümler, ekseriyetle kaziyei muhkeme halindedir. Kanunî yollara müracaat pek nadir ahvalde mümkün ve vâki olmaktadır. Zira, itiraz masarifi yüksek bir meblâğa baliğ oluyor. 1930 senesinde bu mahkemenin yalnız 267 hükmüne itiraz edilmiştir. yüksek mahkemelerden sadır olan hükümler aleyhine Sourt of Criminal Appeal mahkemesinde masrafsız itiraz mümkündür.

1933 senesinde hususî bir kanunla muhtelif maddeleri tadil ve ilğa edilen aynı zemanda yeni hükümler vazolunan 1908 tarihli Childern Act (çocuk kanunu) da sekiz ilâ 16 yaş arasındaki suçlu cocukların ne şekilde tecziye edilecekleri tasrih ve tesbit edilmiştir. Bu kanun aynı zamanda gençliği koruma ve cocuk mahkemeleri kanunu olup ceza hukukuna mütaallik hükümlerden başka terbiye ve islâh tedbirlerini, çocukların ahlâkını ve sıhhatını koruyan, baştan çıkmalarına ve fuhşa atılmalarına mani olan önleyici tedbirleri ve çocukları himaye ile mükellef müessese veya şahıslara mürettep vazifeleri, cecuklara alkolli içki, tütün ve sigara satılması yasağını da muhtevidir.

1933 tarihli Childern Act, çocukları iki büyük kısma ayırır. Birinci kısımda 14 yaşından küçük olanlar ki, bunlara çocuk (Chirldern) denmekte ikinci kısımda 14 — 16 yaş arasında bulunanlardırki, bunlarada genç (Young Person) namı verilmektedir.

İngiliz mevzuatına göre cezaî mee'uliyet [2] çok erken başlamaktadır. Yedi yaşından küçük olan çocuklar mutlak olarak ademi mes'uldürler. 7 — 14 yaş arasındaki çocuklar ancak, işledikleri memnu fiilin haksız ve kanuna muğayir bulunduğunu idrak edecek şekilde fark ve temyiz kudretine sahip iseler mes'uldürler. Aksi takdirde yani ef'al ve hareketlerinin mebdei fark ve temyiz kudretine irca edilemez-

[1] Vakıalar tetkik edildikden ve hâkim tarafından kendilerine kanun hükümleri izah olunduktan sonra juri kararını bildirir.

[2] Dr. Hadi Tan (çocuk ve ceza Adliye Ceridesi 1942)

se, bu takdirde mutlak olarak gayri mes'uldurlar. 14 – 16 yaş arasındaki gençler, fark ve temyiz hassasına sahip bulundukları, kaideten kabul edilmiştir. 7 — 16 yaş arasında bulunan küçük ve gençlerin cezaî mes'uliyetleri çocuk kanununa (Childern Act) tevfikan çocuk mahkemelerinde tayin edilir. Mes'uliyetin takdir ve tayini sırasında ilk safda çocuğun terbiye ve islâhı düşünülür.

1908 tarihli çocuk K. nun 111 inci maddesi, polis mahkemeleri diye anılan Court of Summary Jurisdiction mahkemelerine, 7 – 16 yaş arasında bulunan suçlu çocuk ve gençleri muhakeme etmek salâhiyet ve vazifesinide bahşederek bildiğimiz manada çocuk mahkemesi vasfını vermiştir. Çocuk mahkemelerindeki duruşma, diğer mahkemelerden tamamile ayrıdır. Çocuklar, gerek duruşma sırasında vegerek duruşmadan sonra büyüklerle asla temas ettirilmez. Duruşma gizlidir. Yalnız matbuat mensupları Hususî müsaade ile duruşmada hazır bulunabilir. [1]

Çocuk hâkimleri hususile yetiştirilmekte ve çocuk ruhî haletine, çocuk terbiyesine vakıf kimselerdedn seçilmekdedir. Bu hususa son senelerde bilhassa ehemmiyet verilmekde ve çocuk hâkimleri tam manasile ihtisaslandırılmaktadır. [2] Çocuk hâkimi, çocuk mahkemeleri kanununun islâh ve terbiye esasına matuf olmak üzere kabul ettiği bir çok önleyici ve islâh edici tedbirleri suçlu çocuk hakkında hükmedebilir. Bu tedbirler şunlardır:

1 — Cezadan sarfı nazar etme,

2 — Muayyen bir külfet tahmil ederek faili muvakkaten serbest bırakma,

3 – Faili tahliye ederek bir memurun himaye ve muhafazası altına verme,

4 — Faili, akrabalarının veye diğer bir şahsın terbiyesi altına verme,

5 — Faili bir terbiye müessesine göndermek,

6 — Faili bir islâh müessesine gönderme,

7 — Faili dayak cezasile makkûm etme,

8 — Faili işlediği fiilin tevlit ettiği zarar ve ziyanı tazmin ile mahkûm etme (para cezası),

[1] Dâva mevzuu, çocuğun ism ve adresi yazılmak suretile gazetelerde neşredilemez.

[2] Dr. Hadi Tan (Çocuk mahkemeleri ve Alman çocuk mahkemeleri kanunu. Âdliye ceridesi 1942)

17

9 — Faili ebeveynine veya vasiye teslim ederek tekrar suç işlememesini emniyeti altına alma,

10 — Muayyen müddetle emniyet altında bulundurma,

11 —14 – 16 yaş arasında olan faili (genç) hapis cezasına mahkûm etme.

Cezadan sarfı nazar etme, muayyen bir külfet tahmil ederek faili serbest bırakma tetbiri ekseriyetle tatbik edilmektedir. çocuğu, terbiye veya islâh müessesine gönderme halleri tatbikatta tefrik edilmektedir. Netekim, 7 – 14 yaş arasında olan ve terkedilmiş manen tehlikede bulunan çocuklar kaideten terbiye müesseselerine, 7 – 14 arasındaki suçlu çocuklar da tayin edilen islâh müesseselerine gönderilir.

1933 tarihli çocuk mahkemeleri K. nun 52 inci maddesi ölüm, ağır hapis cezalarile diğer fer'i cezaların çocuklar hakkında tatbikini men'etmiştir. Hapis cezası ancak, ağır suçlara karşılık olup delâlete duçar mücrim çocuklar hakkında tatbik edilir. İngiliz çocuk ceza hukuku gerek suçlu olan ve gerek manen tehlikede bulunan çocukların muhafaza altında bulundurulmalarına ziyadesile ehemmiyet atfetmekde olduğundan tatbikatta bir çok tetbirler muhafaza tetbirlerile birlikte icra edilmektedir. Zira tecrübeler göstermiştirki, muhafaza tetbiri terbiye ve islâh ve önleme bakımlarından müsbet neticeler temin etmektedir. Yine bu cümleden olmak üzereçocuk mahkemeleri kendilerine arzedilmiş olan çocuk dâvalarının kısmı azamını, çocuk mahkemeleri K. nun terbiye ve islâha mütedair olan hükümlerile neticelendirirler. 1930 senesi İngiliz çacuk kriminel istatistiklerine göre: 7042 çocuk muhafaza altına alınmış, 1743 çocuk şartla serbest bırakılmış, 6666 çocuk hakkında cezadan sarfı nazar edilmiş, 1204 çocuk himaye terbiyesi altına alınmış, 5177 çocuk para cezasına (tazminat nev'inden) mahkûm edilmiş ve 130 çocuk da dayak cezasile tecziye olunmuştur. 2593 adet çocuk vak'ası da çocuk mahkemesine intikâl ettirilmeden halledilmiştir. [1]

17 — 21 yaş [2] arasında bulunan kimselerin cezaî mes'uliyetleri mutlak olarak kabul edilmiştir. Bu yaşda olanlar daha doğrusu bu guruba dahil bulunanlar hakkında çocuk kanunu tatbik edilmediği gibi mes'uliyetlerini takdirde çocuk mahkemelerinin vazifesi haricinde bırakılmıştır. Buna rağmen 1908 tarihli Prevention of Crime Act'da ehemmiyetli hususî hükümlere tesadüf edilmektedir. Bilhassa terbiye ve islâh gayesine matuf olmak üzere kabul ve tesis edilen (Borstal-

[1] Calvert (kriminal istatistik 1928--1930)

[2]Son senelerde bu had 23 yaşa iblâğ edilmiştir.

Haft)şayanı zikirdir. Aynı zamanda ölüm, ağır hapis , hapis, dayak ve para cezaları da tatbik edilmektedir. Yalnız ölüm ve dayak cezası pek nadir ahvalde yapılmaktadır.

II— HAPİS CEZASI:

Hapis cezasının bu günkü tatbik şekli ve mahiyeti şitdetle tenkit edlimekde ve hatta bu cezanın kriminaliteyi kat'iyen karşılayamadığı vè tekerrüre de mani olamadığı bilâkis mahkûmların ahlâkî, ruhî ve uzvî durumları üzerinde bozucu tesirler icra eylediği ileri sürülmektedir. Bu sebeplerdirki, hapis cezasının ve infazının islâh ve tadil edilmesi yönünde gayretler sarfedilmekte olup bu arada 17—21 yaş arasındaki suçlular için tatbik edilecek hapis cezasının şekil ve mahiyeti husu sile yeniden tanzim edilmiştir.

14 yaşını ikmâl etmeyen çocuklarla 14—16 yaş arasındaki gençler hakkında çocuk kanununun kususî kükümleri caridir. Yine bu kanuna göre hapis cezası yerine emniyet altına alma cezası tatbik edilmektedir. Esasen hapis cezası pek az tatbik sahası bulmaktadır. Zira çocuk mahkemeleri, çocuk kanununda yazılı terbiye ve islâh tetbirlerini ekseriyetle ve tercihan hükmetmektedirler. [1] Hapis cezası, 14 yaşından küçük olanlar hakkında (aynı şekilde ağır hapis cezası) çocuk kanununun 52 inci maddesine tevfikan hükmedilemez. 14 — 16 yaş arasında olan suçlu gençler hakkında şayet mahkemece hapis cezası hükmedilmesine lüzûm görür veya genç suçlu hakkında tatbik edilecek emniyet altına alma cezasının müsbet şekilde tesir icra edeceği gayri varit bulunur, yahut genç suçlu delâlete duçar olmuş addedilirse bu taktirde hapis cezasına hükmedilir. Buna rağmen tatbikatta bu nevi genç suçlulara pek ender ahvalde tesadüf edilmektedir. 1935 İngiliz kriminal istatistiği, 14— 16 yaş arasında olup da hapis cezasına mahkûm olanların miktarını 27 olarak göstermektedir. Görülüyorki, 14—17 yaş arasında olan suçlu gençler hakkında, hapis cezası pek ender ahvalde mevzubahis olmaktadır.

Mes'elenin esasını, 17 — 21 yaş arasında olan suçlular hakkında tatbik edilecek hapis cezasının mahiyet ve şumulü teşkil etmektedir. Hapis cezasile tecziye edilen bu yaşdaki suçluların miktarı oldukça yüksektir. Netekim, 1935 – 1936 senelerinde umumî yekûnun % 40 ını teşkil etmektedir. 1935 senesinde 2653 genç erkek suçlü ve 128

[1]Emniyet altına alma cezası bir senede 30 çocuk hakkında tabik edilmiştir.

kız Hapis cezasına mahkûm edilmiş ve aynı senede 1895 genç erkek suçlu ve 114 kız Borstal infaz muessesesine gönderilmiştir. Hapis cezasına mahkûm olanların ceza müddetleri ve adetleri aşağıda yazılıdır.

355	kişi	7 gün veya daha az
981	»	8 günden bir aya kadar
740	»	1 aydan üç aya kadar
430	»	3 » altı aya kadar
90	»	6 aydan bir seneye kadr
37	»	1 seneden ziyade

1936 senesinde ağır hapis ve hapis cezasına mahkûm edilen 17 – 21 yaş arasındaki suçluların miktarında bir eksilme müşahede edilmektedir. [1] Netekim, aynı senede 1608 genç erkek suçlu ve 99 kız suçlu mahkûm edilerek bunlardan 686 erkekle 35 kız Borstal infaz müessesesine sevkedilmişlerdir. Borstal müessesesine gönderilen 686 suçlunun durumları kriminoloji bakımından tetkik edilmiş ve bunlardan %62 si mükerrir ve %38 i ilk suçlu olarak tesbit olunmuştur. Mükerrirlerden 321 i iki def'a, 244 ü üç def'a, 182 si dört def'a, 105 i beş def'a, 61 i 6 def'a, ve 86 sı da altıdan fazla olmak üzere suç işlemişlerdir. Mahkûm oldukları hapis cezasının müddeti ve mahkûmların adedi şöyledir;

256	kişi	7 gün ve daha az
562	»	8 günden dir aya kadar
478	»	1 aydan üç aya kadar
337	»	3 aydan altı aya kadar
63	»	6 aydan bir seneye kadar
11	»	1 seneden ziyade

Yukarıda yazılı olan istatistiğin tetkikinden anlaşılacağı üzere, İngiliz mahkemeleri, çocuk ve gençler hakkında uzun müddetli hüriyeti tahdit cezasını hükmetmekden daima çekinmektedirler. Buna da sebep, hapis cezasının maruz kaldığı tenkitlerin umumî efkârda hasıl ettiği aksülameldir. Fakat İngiliz cezacılarının ve infaz alimlerinin çoğu, kısa müddetli hüriyeti tahdit cezasının faide bahşolmayacağını bunun yerine uzun müddetli hüriyeti tahdit cezasının tercihen kaim olmasını ısrarla müdafaa etmektedirler. Kısa müddetli hüriyeti tahdit cezasının terbiye ve islâh gayesile kabili telif olmayacağı, suçlunun ruhunda mevcut olan kötü temayüllerin izalesine

[1] 1935 senesinde İngiliz ceza hukukuna para cezasından muhavvel hapis cezası idhal adilmiştir.

imkân bulunmadığı ve cezadan beklenilen«korku» vasfının zail olacağı ileri sürülmetedir. Zira, her hangi bir suçluyu terbiye ve islâh edebilmek için onun gerek ruhî ve gerek içtimaî durumunun lâyikile bilinmesi icab etmektedir. Bu lüzûmlu bilgilerin istihsali de zamana mütevakkıftır. Bir kaç gün için hapishaneye konulan suçlunun terbiye ve islâhı asla mevzubahis olamaz. Halbuki uzun müddetli hürriyeti tahdit cezalarının tatbik şekli yukarıda arzettiğimiz bilgilerin istihsalini mümkün kılacağı gibi suçlu hakkında tatbik edilecek değişik muamelelerin, terbiye ve islâha matuf hallerin neticelenmesini de temin eder.

İngiliz infaz sistemine göre uzun müddetli hürriyeti tahdit cezaları (17—21 yaş arasındakiler için) şu şekilde çektirilmektedir. 21 yaşından küçük olan mahkûmlar evvelâ üç aylık bir müddet infaz müesseselerinin hususî kısımlarında alıkonur. Bu müddet zarfında suçlunun mazisi, yaşama durumu, müktesabatı, tenevvür derecesi, kabiliyet ve istidadı, kendisini suç ikaına sevkeden sebep ve âmiller lâyikile tesbit ve buna göre terbiye ve islâh gayesine mâtuf olan muameleler tayin olunur ve bu esaslar dairesinde ceza infaza başlanır. Londra'da, Biristol de, Durham, Liverpol ve wincester'de genç erkek ve kızlar için bu nevi müesseseler kurulmuştur. Müesseselerin hususiyetleri meyanında bilhassa iş esası üzerine kurulmuş olmaları ve genç mahkûmların çalıştırılmasında onların kabiliyet ve istidatlarının ilk plânda tutulması zikre şayandır. Bu nevi müesseselerde vazife gören personellerin seçiminde bilhassa itina gösterilmektedir. Spora lâyik olduğu ehemmiyet verilip haftanın muayyen günlerinde metodlu spor mümareseleri yapılmaktadır. Tahliye edilen mahkûmlarla da ciddî şekilde gerek müessese ve gerek müesseseye bağlı himaye teşkilâtları alâkalanmaktadır. Terbiye ve islâh edilerek müesseseyi terkeden ve tekrar cemiyete faideli bir uzuv olarak iade olunan eski suçlunun serbest hayattaki her türlü hal ve hareketi daimi kontrola tâbidir.

III — Dayak Cezası:

19 uncu asrın başlarındanberi bir çok suçlara karşılık olarak tatbik edilen dayak cezası sonraları tahdit edilerek ancak muayyen hallerde ve muayyen suçlar için tatbik edilmektedir. Bilhassa 1914 tarihli Criminal Justice administration Act kanunu dayak cezasının hudut ve şümulünü açıkça tesbit etmiştir. Bugün dayak cezası yalnız aşağıda yazılı suçlara karşılık olarak kabul edilmektedir.

1 — Kızlar ve kadınlar hakkında dayak cezası memnudur.

2 — 14 yaşından küçük olan çocukların işledikleri ağır fiiller ezcümle katil gibi suçlar için altı adet değnek cezası,

3 — 14 — 16 yaş arasındaki gençler dayak cezasını müstelzim memnu bir fiil ika ettiklerinde, büyükler gibi değnek cezasile tecziye olunur. Hususile hırsızlık, eşyaya zarar irai ve hafif müessir fiil suçlarını işleyen, 14 — 16 yaş arasındaki gençler de dayak cezasile cezalandırılır.

4 — 14 — 16 ve 17 — 21 yaş arasında bulunan genç erkek suçlular, aşağıda yazılı hallerde dayak cezasile cazalandırılabilir.

a) İslâhi zor olan serseriler,

b) Kral ailesi aleyhine işlenen hafif suçların failleri,

c) Başkalarının behimî zevkleri için kadın ve erkek tedarik edenler,

d) soygunculuğu silâhla işleyenler.

5 — Dayak cezası infaz müesseselerinde disiplin cezası olarak da tatbik edilebilir. (müessese memurlarına hücum edenlerle isyan edenler hakkında.) Dayak cezası hafif suçların faili olan çocuklar hakkında hususî bir değnek vesair hallerde kırbaçla infaz olunur. Darba adedi ya kanunlarda tasrih edilmiş veya mahkemenin takdirine bırakılmıştır. 16 yaşından küçük gençlerin işledikleri ağır soygunculuk suçları 25 adet değnek cezasile tecziye olunur. Dayak cezası çocuklar ve gençler hakkında bazan aslî ceza ve bazan da ferî ceza olarak mahkemece hükmolunur. Çocuk Kanunun çocuk ve genç olarak tasrih ettiği 8 — 16 yaşındaki çocuk ve gençler hakkında dayak cezası tatbikatta ender ahvalde tatbik edilmektedir. Ezcümle 1913 senesinde 2079, 1925 senesinde 542, 1930 senesinde 130, 1937 senesinde 120 çocuk ve genç dayak cezasile cezalandırılmıştır. Buna mukabil 1937 senesinde, çocuk mahkemeleri 21237 çocuğu diğer cezalarla (terbiye ve islâha maluf) tecziye etmişlerdir. 16 — 21 yaş arasındaki suçlu gençlere tatbik edilen dayak cezası daha azdır. 1926 - 1935 seneleri arasında 253 genç dayak cezasile cezalandırılmış ve bunlardan 235 i ağır soygunculuk, 7 si başkaları için kadın ve erkek tedariki suçlarını işlemiş ve 93 üne de disiplin cezası olarak tatbik edilmiştir. 1935 den itibaren İngiliz infaz müesseselerinde bu ceza disiplin cezası olarak tatbik edilmemekte ise de bazı lüzumlu hallerde yine müracaat olunmaktadır. Son senelerde dayak cezasının ancak tarihî bir kıymeti mevcut olup suç politikası bakımından asla kıymet ve ehemmiyet arzetmemektedir. Umumî efkârda, dayak cezasının leh ve aleyhinde pek çok mütalâalar serdedilmektedir. Hü-

kümet 1938 senesinde tanzim ettiği bir kanun lâyihasile çocuk ve gençler hakkında dayak cezasının kaldırılmasını teklif etmiştir.

IV — Emniyet Ve Muhafaza Altına Alma:

Emniyet ve muhafaza altına alma, 1914, 1925, 1926, 1933 tarihlerinde ve muhtelif kanunlarla tadil ve islâh edilen 1907 tarihli Propation of Offenders kanununda tasrih ve tesbit edilmiştir. Bu kanunun ehemmiyetli hükümleri şunlardır.

1 — İleride iyi hal göstereceği açık delillerle sabit olan bir suçlu hakkında mahkeme, ya cezadan sarfı nazar edebilir yahut muayyen şartlar altında suçluyu emniyet ve muhafaza altına alabilir. Emniyet altında bulundurma müddeti üç seneyi geçemez.

2 — Suçlunun karekteri, mazisi, yaşı, sıhhatı veya aklî haleti dolayısile tecziyesine lüzum görülmediği takdirde emniyet ve muhafaza altına alınabilir.

3 — Suçlunun, muayyen müddetle emniyet altında bulundurulması lüzûmlu görüldüğü takdirde bu tedbire müracaat edilir.

4 — Suçlunun fiili hafif olup veya tahfif sebepleri bulunursa işbu tedbir ittihaz olunur.

5 — Mahkeme, bazı ahvalde suçlunun muayyen bir şahsın muhafazası altında bulundurulmasına karar verebilir.

Kanun, bu hükümlerden başka muhafaza memurlarının kimlerden ve nasıl tayin edileceğini de tasrih etmekdedir.Usulen muhafaza memurları' mahkemenin kaza sahası dahilinden intihap ve tayin olunur. Ayrıca merkez de lüzûmu kadar muhafaza memurunu tayine salâhiyetlidir. 1932 senesinde 274 muhafaza memuru (193 erkek, 81 kadın) merkezce tayin edilmişler ve 532 muhafaza memuru da (295 erkek, 237 kadın) mahkemelerin kaza sahası dahilinden seçilmişlerdir. Muhafaza memurları mahkemelerle daimî temas halinde bulunurlar. Bu memurların vazife ve salâhiyetlerinin hudud ve şumulü probation of Offenders act de yazılır. Ezcümle :

a) Faili muayyen zamanlarda ziyaret ederek hakkında malûmat elde etmek,

b) Mahkemece faile tahmil edilmiş olan bazı mükellefiyetlerin ve meçburiyetlerin ifa edilip edilmediğini kontrol etmek,

c) Mahkemeyi, failin durumu hakkında zaman zaman haberdar etmek,

d) Faile, lüzûmlu nasihatlarda bulunmak ve onun mahremiyetine girerek terbiye ve islâhını temin etmek, icabettiği takdirde kabiliyet ve istidadına, sempatisine uyğun bir iş temin eylemektir.

Probation of Offenders Act kanununa göre mahkemeler bir çok ahvalde (ağır hapis ve ölüm cezasını müstelzim suçlar hariç) o fiilin karşılığı olan ceza ile genç suçluyu mahkûm etmekden ferağat ederek ,muayyen müddetle emniyet altına alma veya bu ceza ile birlikde muhafaza altına alma tetbirine karar verebilir. Mahkeme, mezkûr kanuna göre şu üç imkânı hükmetmeğe mezundur.

1 — Cezadan sarfı nazar etme,

2 — Yalnız muayyen müddetle emniyet altına alma tedbirini ittihaz etme,

3 — Muayyen müddetle emniyet altına alma tedbirile birlikde muhafaza altına alma tedbirine de hükmetme,

Mahkemeler, tatbikatta her üç hali, yekdiğerinden dikkatle ayırırlar. 16 — 21 yaşındaki 11929 suçlu gençten, 1935 senesinde 7306 sı bu kanuna göre tecziye edilmiştir. Bunlardan 4941 suçlu genç emniyet altına alma tedbirile birlikde muhafaza altına alınmıştır. Diğerleri yalnız muayyen müddetle emniyet altına alınmış yahut teczi zelerinden sarfı nazar edilmiştir. Emniyet ve muhafaza altına alma tetbirleri sayesinde çocuk kriminalitesinde bariz eksilmeler müşahede olunmaktadır. Esasen bu tetbirler, kısa müddetli hüriyeti tahdit cezasının (hapis) mahzurlarını nisbeten bertaraf edici mahiyette kabul edildiğinden, mahkemeler tarafından ekseriyetle hükmedilmektedir. Aynı zamanda suçlu gençleri emniyet altında bulundurmakla mükellef olan muhafaza memurlarının sağlam karekteri ve dürüst haraketleri, gerek manen tehlikede bulunan küçüklere ve gerek kriminaliteye mevzu olan genç suçlulara iyi bir örnek teşkil elmekte ve binnetice onların terbiye ve islâhını tahakkuk ettirmektedir. Muhafaza memurları, suçlu gençlerin bilumum hareket ve yaşama tarzlarile yakından alâka ve münasebet tesis ederler. Bunun içindirki, muhafaza memurlarının intihap ve tayini hususunda azamî itina gösterilir.

V — SİSTEM — BORSTAL :

I — Borstal infaz sisteminin hukukî esasları.

Genç suçlular hakkında tatbik edilmekte olan ve iyi neticeler verdiği müşahade edilen borstal sistemi, 1908 tarihli Prevention Of Cri-

me Act de tasrih ve tesbit edilmiştir. Bu kanun, 1914 tarihli Criminal Justica administration act, 1925 tarihli Criminal Justice Act ile tadil edilmiş ve ayrıca bazı mühim ilavelerde yapılmıştır. Borstal ismi cenubî Kentğraflığında bir mahal ismidir. Bu mahalde 1902 tarihinde, yalnız genç suçluların terbiye ve islâh gayesine matuf olmak üzre bir islâh müessesi vücüde getirilmişti. Bu müessesedeki çalışmalar sonunda müsbet neticeler elde edildi. Bu teşebbüs muaffakiyet gösterdi ve tatbik ettiği hükümler kanuniyet kesbetti. Prevention of Crime Act ın birinci maddesinde: „Ağır hapis ve hapis cezasını müstelzim bir memnu fiili işleyen kimse hakkında mahkeme" aşağıda yazılı haller bulunduğu takdirde ağır hapis ve hapis cezası yerine iki seneden aşağı ve uç seneden yukarı olmamak üzere Borstal müessesinde hapsedilmesini karar altına alır.

a) Fail 16 yaşından küçük ve 21 yaşından büyük olmazsa,

b) Failin ruhunda suç işlemeğe karşı kötü bir temayül mevcud bulunmazsa,

c) İtiyadî suçlu denilebilecek bir karekter arzederse,

d) Failin temas ettiği kimseler ve yaşadığı muhit suç ikamı kolaylaştıracak mahiyette ise,

Mahkeme, genç suçlunun borstal müessesinde hapsedilmesine hüküm vermezden evvel, suçlu hakkında toplanmış olan malûmatı tetkik ve tahlil etmek suretile ve suçlunun karekteri, sıhhî durumu, aklî haleti de nazara alınarak müessesede tatbik edilecek muamelenin esasını tayin eder. Borstal müessesesine sevk edilen genç suçlular umumiyetle ağır suçlarla itham ve üç aylık mahkemeler veya Assizes mahkemeleri tarafından mahkûm edilmiş kimselerdir. 1914 tarihli kanunla yapılan ilaveye istinaden acele hallerde aşağı dereceli diğer mahkemelerde genç mahkûmun borstal müessesesinde hapsedilmesine karar verebilir. Bilâhere yüksek dereceli bir mahkeme, mahkûmun Borstal müessesesine gönderilmesine dair aşağı dereceli mahkeme tarafından verilen kararı tetkik eder.

Prevention of crime Act'e göre, Dahiliye Nezareti devlet umumî kâtibi ve hapishane yüksek makamatı Borstal müessesesine konacak genç mahkumların yaş hadlerini tebdil etmeğe selâhiyetlidir. İşte 1936 senesinde bu esasa dayanılarak Borstal müessesine kabul edilecek genç mahkûmların yaşı 23 e çıkarılmıştır. Yani Borstal müessesesine 16 — 23 yaş arasındaki genç mahkûmlar kabul edilmektedir. Yine

aynı kanunda tasrih edildiği üzere, Dahiliye nazareti devlet umumî kâtibi, hapishane yükek makamatının muvafakatile cezasının altı ayını (kızlar için bu müddet üç aydır) Borstal müessesesinde iyi halle geçirenleri şartla tahliye etmeğe salâhiyetlidir. Şartla tahliye edilen genç mahkûm, ya resmî bir müessesenin veya hususî bir şahsın emniyet ve mafazası altında bulundurulur. 3 üncü ve 7 inci maddelere göre devlet umumî kâtibi genç mahkûmların mahkûm olduğu hapis ve ağır hapis cezalarının Borstal müessesesinde infaz edilmesini emredebileceği gibi bu müessesede terbiye ve islâhları mümkün olmayan genç mahkûmları diğer hapishanelere sevkedebilir. [1] Devlet umumî kâtibi, Borstal müessesesinden tahliye edilen genç mahkûmların, bir sene müddetle himaye müesseselerine veya hapishane yüksek makamatının kontroluna tabi tutulmasını emreder. Bu takdirde tahliye edilengenç, bir sene müddetle himaye müesseselerile veya hapishane yüksek makamatının bu hususta vazifeli elamanlarile daima temas halinde bulunmağa mecburdur. Ayrıca, devlet umumî kâtibinin hima yesinde, Borstal müessesinden tahliye edilen mahkûmlarıhimaye etmek üzere bir himaye kulübü tesis edilmiştir. Devlet, bu nevi kulüpler için bütçede tahsis at kabul etmiştir.

Henuz kâhil addedilmeyen gençlar, işledikleri bazı muayyen suçlardan dolayı [2] borstal müessesesine konular. Ve bunlar hakkında tatbik edilen muamele ve müessesedeki infaz usulü tamamile terbiye ve islâh gayesine matuftur. Aynı zamanda suçlunun nedamet etmesi de mevzubahis olur. Genç mahkûma tatbik edilen muamele suçun nevine göre değil bilâkis suçlunun şahsiyetine göredir. İnfaz hukukunun yeniliklerine dâhil olan bu prensip ilk önce İngiltere'de ve borstal müessesesinde kabul edilerek tatbik edilmiştir. Nasılki ceza şahsileştirilmiştir binaenaleyh infazın esasını, suçlunun şahsiyeti teşkil etmektedir. 1930 yılına kadar borstal müessesesine gönderilecek genç mahkûmların bilhassa fikren ve bedenen normal bulunmaları şart tutuluyordu. Bu hal tatbikatta mahkemelerin işini şiddetle güçleştirdiğinden mezkûr tarihden itibaren «fikren ve bedenen normal» şartı tamamile aranmamaktadır. Bu sebepledirki, mahkemelerden sadır olan, borstal müessesesinde hapsederek islâh ve terbiye etme kararlarının miktarı yükselmektedir. Ezçümle :

579 Kişi	1924
602 =	1927
774 =	1930

[1] P. Of Crime Act madde 3 ve 7
[2] Kanunlarda tasrih edilmiştir.

1058	=	1932
898	=	1933
847	=	1934
721	=	1935
810	=	1936

Genç suçlu borstal müessesine sevkedilmişlerdir. Bu müessesedeki infaz, devlet umumî kâtibinin vazifesine dahildir. P – prevemtion of crime kanununa göre umumî kâtip, borstal müessesesinde terbiye ve islâh edilecek suçlu gençlere yapılacak muameleyi bidayette mahkemenin tesbit etmiş olduğu esaslara istinat ederek tanzim ve tesbit eder. Suçluların ahlâki ve fikrî inkişaflarına, bir meslek ve san'at öğrenmek suretile terbiye ve islâhlarına matuf bilcümle tedabir ittihaz edilir. Bilhassa suçlunun ruhunda mevcud olan kötü temayüllerin izalesi için uğraşılır. Borstal müesseselerinin yeniden inşası veya tesisi gibi hususlarda devlet umumî kâtibini ilgilendirir. Borstal müessesesinin taksimine, suçlulara tatbik edilecek muamelenin mahiyet ve şumulüne, mahkûmların çalıştırılmasına ve muhafaza tedbirlerine mütedair devlet umumî kâtipliğince hazırlanan bir dahilî talimatname bu nevi müesseseler için kabili tatbikdir. Borstal müesseselerini teftiş ve kontrol etme salâhiyetini haiz bir teftiş komisyonu mevcuttur. Bu komisyonun faaliyet şekli umumî kâtip tarafından tayin edilir. Bostal müesseseleri, hükûmetin konturolu altında yarı resmî bir şekilde idare edilmektedir. Devlet umumî kâtibinin reisliği altında teşekkül eden komisyon, diğer infaz müesseselerile birlikde borstal müesseselerini de teftiş ve kontrol etmektedir. Tatbikatta, borstal müesseselerinin idare tarzı bir hapishane idaresinden ziyade mektep idaresine daha çok yaklaşmaktadır.

2 — Borstal müessesesinde tatbik edilen terbiye sisteminin umumî metotları ve gayesi.

Yarı kâhil sayılan suçlu gençleri terbiye ve islâh etmek gayesile tesis edilen borstal müesseseleri, kabul ettiği terbiye prensibi ve tatbik ettiği metod bakımından tam bir «terbiye ve islâh mektebi» dir. Yalnız bu mektep müdavimleri, mutlak hürriyet haklarından mahrum kılınmıştır. Borstal müessesesinde bulunan her genç suçlu, iyi ile kötüyü tefrika ve dürüst bir vatandaşın yaşama şekline kendi yaşama şeklini uydurmağa, emir ve nehilere riayet etmeğe alışır ve çalışır. Borstal müessesesinin ilk tesis tarihindenberi hâkim olan prensip, genç suçlunun terbiye ve islâhını ve bilgilerinin artırılmasını müstelzimdir. İngiliz infazcıları ve cezacıları islâhı gayri müm-

kün mücrim tipini asla kabul etmezler. Bunlara göre en ağır mükerrerlerin dahi islâhı mümkündür. Ancak, o mücrimin islâhı için lüzumlu metotların evvelden tayin edilerek fasılasız tatbik edilmesi şarttır. Hâkim olan işbu noktai nazar borstal müessesesinde caridir. 16 – 23 ya; arasında bulunan genç suçlular (mahkûm) istisnasız kabili islâhdır. Yalnız tatbikatta islâhı mümkün olamaz kanaatını veren faillere sık sık tesadüf edilmekte ise de bu nevi tipler, borstal metotları uygun ve kâfi gelmediğinden islâh edilememişlerdir.

Umumî infaz müesseselerinin esaslı gayesini teşkil eden «terbiye ve islâh» propleminin içinde gizli ikinci bir proplem daha vardır. O da, hapishaneye kapatılan suçlunun kaçmasına mâni olacak tedbirlerin alınması hususudur. Bu halen modern infaz müesseselerinde dahi gizlice yer bulmaktadır. Halbuki borstal infaz prensiplerine göre suçlunun kaçması asla bahis mevzuu edilmemiştir. Gerek eski müessese binaları ve gerek sonradan inşa edilen binalar hiç bir suretle yukarıda arzedilen düşünceye tevcih olunmamıştır. Borstal müessesesindeki genç mahkûmlara âzami şekilde itimad edilmektedir. Müessesenin umumî kapısı her zaman açıktır. Teneffüs ve beden hareketleri de açık mahallerde icra edilir. Şimdiye kadar kaçma hâdisesi ne vaki olmuş ve ne de buna teşebbüs edilmiştir. Ruhî halât bakımından mütalâa edilecek olursa emniyet, insanlara gösterilen bir nevi teveccühdür. Ferd bu teveccühü ihlâl etmek istemez. Netekim, Borstal müessesesi makûmlarına tam mânasile emniyet edilmekte ve onlar da teveccüh saydıkları bu emniyeti ihlâl etmemektedir. Her hangi bir saikle suç işlemiş olan bir kimsenin mahkûm olduğu cezanın infazı, onun terbiye ve islâhına matuf bulunması bu günkü infaz ilminin vasıl olduğu en yüksek tekâmüldür. Maalesef terbiye ve islâh gayesi, bir çok memleketlerde, bu gün dahi yanlış anlaşılmaktadır. „Terbiye ve islâh" hiç bir suretle cazanın tahfif edilerek infazı demek değildir. Mahkûm, infaz müessesesinde, kendisine tatbik edilen muamelelerin neticesi olarak kendiliğinden „nedamet" edebilmelidir. Nedameti, terbiye ve islâh gayesile telif edemeyen infaz sistemleri ve metodları matlup gayeye erişemezler. Borstal infaz sistemleri, nedametle terbiye ve islâhı telif etmiş ve icabında genç mahkûmlara ağır muameleler tatbikını kabul eylemiştir. Binnetice borstal müesseselerindeki infaz, cezanın şiddetini azaltmamakta bilâkis icabına göre teşdit etmektedir.

Borstal terbiye siteminin hususiyetlerine gelince: Biolojideki son tekâmüller, borstal terbiye sisteminin esasını teşkil etmiştir. Bu sistem, nazariyata değil tatbikata ve realitelere istinadeder. Müesseseye kabul edilen her genç mahkûm mutlak olarak kriminal biolojik

muayeneye tâbi tutulur. Bu muayene icabında tekrar edilebilir. Biolojik muayeneler şahsî infazda [1] ve suçluya yapılacak muamelelerde esas olur. Ancak, kriminal biolojik muayeneler sayesinde cezanın infazı şahsileştirilmektedir. Kriminal biolojik muayenelerle iktifa edilmemekte ve aynı zamanda pisihopatik ve psikolojik hususata da ehemmiyet atfedilmektedir. Borstal terbiye sistemini diğer terbiye ve ıslâh sistemlerinden ayıran diğer bir hususiyet de, genç suçlunun kendi kendini terbiye ve ıslâh etmesidir. Müesseseye giren her mahkûma (seni, terbiye ve ıslâh edecek ve seni kurtaracak tek bir varlık vardır oda yine sen) sözü ehemmiyetle telkin edilir. Hakikî terbiyeci, bu vazife ile muvazzaf memur değil bilâkis suçlunun kendisidir. Bir çok ahvalde muvazzaf terbiyecilerin faaliyetleri aktif şekildedir. Genç suçlu, her türlü ahval ve harekâtından bizzat mesul kılınmıştır. Son senelerin üzerinde ehemmiyetle durduğu „mesuliyet mefhumu" borstal sistemine tam mânasile idhal edilmiştir. Halen mer'i olan umumî infaz sistemi, mesuliyet bakımından geniş tenkitlere uğramıştır. Ezcümle: infaz müesseselerinde bulunan mahkûmların idaresi muayyen şahısların uhdesine tevdi edilmiştir. Personellerin veya nizamname ve dahilî talimatnamelerin gösterdiği yol üzerinde yürüyen mahkûmlar, bizatihi mesuliyet fikrini kaybetmek tedirler.

Bu sebeple kendi kendilerini idare edebilme hassaları tenakus etmekte ve hatta bazı ahvalde de yok olmaktadır. Tahliye suretile serbest hayata kavuşan eski suçlu normal yaşayış tarzına intibak edememekte ve dolayısile unuttuğu ve alışmadığı mesuliyet yükünü omuzlarında tekrar hissetmektedir. İşte bu gibi mahzurları göz önünde tutan Borstal infaz sistemi, genç suçluların ef'al ve hareketlerinden mesul olmalarını derpiş etmiştir.

Kriminal biolojik muayenelerin netayicine göre genç mahkûmlar guruplara ve sınıflara taksim edilir. Bu tefrikte pedogojik esaslarda göz önünde tutulur. Bu muhim hususa ileride ayrıca temas edeceğiz. Mevcud müesseseleri zemanın icablarına uydurmak gayenin tahakkuku bakımından şarttır. Bu itibarla borstal müesseselerinde tatbik edilen metodlar sabit değildir. Kullanılan metodlar, günün yeniliklerine ve icaplarına uydurulur. Bunun içindirki, borstal infaz müesseselerinde tatbik edilen metodlar daima değişmekte ve binnetice kademeli bir inkişaf arzetmektedir. Sabit ve mustakar esaslar mevcud bulunmadığından zemanla elde edilen tecrübelerde mezkûr tebed-

[1] Şahsî infaz tabirinden, cezanın şahsileştirilmesinde olduğu gibi infazın şahsileştirilmesi anlaşılmalıdır.

dülâta amil olmaktadır. Esasen borstal infaz müesseselerindeki infaz tecrübeye istinad etmekde, mücerreb ve faideli metodlar dahiliye nezareti devlet umumî kâtibinin emrile derhal tatbik mevkiine konulmaktadır. İngiliz âdetlerine pek uygun bulunmayan bu formalitesiz sistem, borstal infaz müesseselerinin ve infaz sisteminin tekâmül ve inkişafında birinci derecede rol oynamaktadır.

Müessese dahilinde bulunan mahkûmlar, guruplara ve sınıflara taksim edilerek her sınıfa ve guruba hususî muameleler tatbik edilir. Mahkûmların, icrasile mükellef tutuldukları spor, temamile askerî talim ve terbiye esaslarına ve askerî disipline uydurulmuştur. Spor, uzvî ve ruhî inkışafı temin etmek gayesine munhasır olup, zaif ruhlu ve zaif bünyeli gençlerin kalkınmasına yarar tek vasıta olarak kabul edilmiştir. Genç mahkûmların kendilerini bizzat idare etmeleri, zaman mefhumuna ve disipline riayetkâr bulunmaları bilhassa göz önünde tutulur. Yukarıda da, arzedildildiği üzere guruplara taksim edilmiş olan genç suçlulara tatbik edilen muameleler icabında şahsileştirilmektedir. Ferdî terbiye usulü yalnız borsal müesseselerine has yeni bir usuldür. Bu usul yani ferdî terbiye ve islâh usulü son senelerin mahsulüdür. Borsal müesseselerinde tatbik edilen bu sistem iyi neticeler vermektedir. Ferdî terbiye ve islâh sisteminde, mahkûm gençle alâkadar olacak personellerin ehemmiyeti büyüktür. Kendini bizzat terbiye ve islâhla mükellef olan genç mahkûm başı boş bırakılmaz. Onun ef'al ve harekâtını, telâkkilerini, teşebbüslerini yakından ve uzakdan kontrol etmek le muvazzaf değerli ve tecrübeli personeller, terbiyeciler mevcuddur. Bu terbiyeciler bilhassa çocuk üzerinde büyük bir itimad tesisine çalışırlar ve bu sayede çocuğun en samimi dostu, sırdaşı ve yoldaşı olurlar. Mücrim gençle her husus görüşülür ve ona lüzumlu nasihatlarda bulunulur. Hatta müessese doktoru cinsi hayat hakkında genç mücrimlere ayrı ayrı bilgi verir, seksüel faaliyetin hudut ve şumulünü lâyıkile izah eder.

3 — Borstal sistemine göre infazın pratik icrası:

a) Personellerin intihabı ve yetiştirilmesi.

Bir çok devletler tarafından örnek olarak alınan borstal infaz sisteminin muvaffak olmasını tevlit eden esaslardan birisi de, bu müessesede çalışan personellerin gerek intihabında ve gerek yetiştirilmesinde tatbik edilen hususiyettir. Tedvin ve tanzim edilen en yeni ve mükemmel kanun ve nizamları tatbik edecek şüphesiz personellerdir. İyi yetiştirilemiyen ve intihaplarında isabet bulunmayan personeller

vasıtasile kuvveden fiile çıkarılacak kanun ve nizam hükümlerinin tatbik kabiliyeti azalmış ve gayeden de o nisbette uzaklaşılmış olur. Ancak, tecrübeli, ehil ve dürüst personeller vasıtasile nazarî esaslar pratik bir şekilde icra edilebilir. Lâyik ve ehil şahsiyetlere tevdî edilemiyen mücerred hükümlerin ve kâğıt üzerinde yazılı yüksek metodların tatbik kabiliyeti yoktur. İşte borstal infaz müessesesi mu vaffakiyet sırrını personellerde bulmuştur. Bu müessede vazife alacak her memurun o işe ehil olması ve karekter itibarile dürüst bulunması şart kılınmıştır. Personelller, görecekleri vazifede ihtisas sahibi olup o vazif enin icabettirdiği nazarî bilgilerlede mücehezdirler. Müessese personellerinde ayrıca umumî kültür ve moral tekâmül aranır. Bu iki mühim vasfı haiz olanlar borstal müessesesinde vazife görmeğe hak kazanmış olurlar. Müessese personelleri senenin muayyen zemanlarında açılan meslekî kursları takibe mecburdurlar. Personeller, vazifeye başlamadan evvel 9 ay devam eden hususî kurslarda staj görür. Kadın personeller de borstal müesseselerinde çalışmakda ve bilhassa çocuk sırrına pek kolaylıkla girebildiklerinden kendilerine mevdu terbiye ve islâh vazifesini başarmada daha çok muvaffak olmaktadırlar. Borstal müesseselerinde çalışan bilumum personeller, senenin muayyen bir gününde umumî bir toplantı yaparak, o sene elde edilen tecrübeler ve kullanılması lüzumlu metodlar hakkında görüşürler. Borstal müesseselerindeki personellerin izahına nihayet vermezden evvel bu müessesenin bilumum işlerine fahri surette yardım eden fahri yardımcılardan da kısaca bahsetmek icabeder. İngiliz infazı ceza müesseselerindeki mahkûmlarla alâkadar olan hapishane fahri teşkilâtı elini, bu müesseselere de uzatmıştır. Her borstal müessesesinin müteaddit fahri yardımcıları vardır. Bu yardımcılar, mahkûmun umumî ve hususî hayatile yakından ilgilenerek onun tekâmül ve inkişafına yardım eder. Bilhassa tahliyeyi müteakip gerekli kolaylıkları gösterirler. 1938 istatistiklerine göre, bu yardımcıların miktarı 1200 kadın ve erkekten terekküp ediyordu. Borstal müesseselerinde çalışan personeller üzerinde mafevk makamın şiddetli bir kontrol ve mürakabe hakkı vardır. Bilhassa Pirson Kommision'un müesseseler idaresi üzerinde kurduğu otorite kayda şayandır.

b) Müesseseler ve taksimatı:

1927 tarihine kadar bütün ingiltere'de üç borstal infaz muessesi mevcuddu. Bu tarihden itibaren, borstal infaz sisteminin muvaffakiyeti nazara alınarak ve pratik mücerreb esaslara uygun yeni müesseseler inşasına başlandı. Halen İngilterede 8 tane borstal infaz

müessesesi mevcud olup bunlardan yedisi erkek genç mahkûmlar ve bir tanesi de genç kızlar içindir.

Borstal müessesesine gönderilecek mahkûm doğrudan doğruya bu müesseseye gönderilmezden evvel Londra çıvarındaki büyük Warmmood Scrules hapishanesinin, kısa müddetli hürriyeti tahdit cezasına mahkûm kimselere ayrılmış olan hususî kısmına nakledilir. Bu kısma, taksimat müessesesi denir. Bir ilâ üç ay müddetle taksimat müessesinde kriminal biolojik muayeneye tâbi tutulan genç mahkûm, biolojik muayenenin neticesine göre ve pirson komision' un emrile muayyen Borstal müesseselerinden birine gönderilir. Yukarıda arzedilen 7 adet erkeklere mahsus Borstal infaz müesseseleri, kriminal bioloji bakımından tefrik edilmiştir. Yani bu 7 müessesede, terbiye ve islâh edilecek genç erkek mahkûmlar durum itibarile yekdiğerine benzemez. Taksimat, muayyen kriminal bioloji ve pedegoji esaslarına göre yapılmıştır. Her müessesede bulunan genç suçlu tipleri bu bakımlardan tefrika tâbi tutulmuştur.

Nowdham Grange ve North Sea Camp Borstal müesseseleri, yalnız normal genç mücrimlere tahsis edilmiştir. Bu müessesede bulunan genç erkek mahkûmlar gerek uzvî ve gerek akli durumları ve sosyal telâkkileri itibarile ilk safda gelen kimselerdir. Rochester deki Borstal müessesesi faruk ve mümeyyiz olan mükerrirleri kabul eder. Bu mükerriler, hakkında tatbik edilen muamele ayrı ve bazı hususiyetleri haizdir. İntelektüel mücrimlerle hafif dereceli pisihopatlara, Feldham borstal müessesesi tahsis olunmuştur. Manen tehlikede bulunan çocuklar için iki müessese tahsis edilip, durumlarının vahametine ve yaşlarına göre hangi müesseseye konulacakları tayin ve tesbit olunur. Aklen zaif olanlara ve piskopatlara mahsus müesseseler mevcuddur.

Kriminal bioloji ve pedagoji esaslarına göre taksim edilen Borstal müesseselerindeki genç mahkûmlara tatbik edilecek muameleler şüphesiz yekdiğerinden çok farklıdır. Borstal sistemi, infazda birlik kabul etmekle beraber, icabında infazı şahsileştirir. 21—23 yaş arasında bulunan mahkûmlar içinde son senelerde tecrübelere müstenid, hususî muameleler ve infaz sistemi tatbik edilmekde ise de müsbet neticesi henüz malûm değildir. Müesseselerdeki mahkûm adedi 170—430 arasındadır. En büyük müessese borstaldaki borstal adlı müessesedir. Yeni yapılmış olan müessese binaları 200 kişiliktir. Esasen tecrübeler göstermiştir ki, 200 den fazla istiap haddi olan binalar pratik bakımdan kullanışlı değildir. [1] Eski binalar tadil veya ilâve-

[1] Mahkûmların adetçe fazla olması bir çok bakımlardan mahzurludur.

lerle, bu günkü infaz sisteminin ihtiyaçlarını karşılıyacak bir hale kalbedilmektedir. Müesse selerin etrafı kalın ve yüksek duvarlarla çevrilmiş değildir. Gençlerin yattıkları, oturdukları ve çalıştıkları yerler sıhhidir. Pençerelerde demir yoktur. Karyolalar sıra halinde dizilip yatak çamaşırları beyazdır. Her genç kendi zevkine göre bulunduğu odayı çiçek ve manzara resimlerile süsleyebilir. Münferit hücreler mevcud olduğu gibi umumî ve müşterek yatakhaneler de vardır. Müşterek yatakha nede yatacak mahkûmların miktarı muayyen olup 20 kişiyi geçemez. Edinilen tecrübelere göre, müşterek yatakhanede bulunan genç mahkûmlar arasında gayri tabîî cinsi münasebet vak'alarına sık sık tesadüf edilmekte olduğundan müşterek yatakhaneler hücre haline kalbedilmektedir.

Her müessesenin tam bir spor teşkilâtı olup bazı müesseselerde büyük yüzme havuzları yapılmıştır. Yine her müessesenin kapalı spor salonları vardır.

C — Müesseseye kabul, kriminal biolojik muayene, sıhhatın korunması.

Borstal infaz müesseselerine kabul edilecek genç mahkûmlar hakkında yapılacak ilk teknik tesbit, Londra cıvarındaki büyük Wormwood Şcrubs hapishansinin hususî kısmında icra edilir. Borstal müessesine sevk edilecek geç mahkûm, asgarî dört hafta müddetle bu müssesenin hususî kısmında müşahede altına alınarak kriminal bioloji ve pedegoji esaslarına göre durumu tesbit edilerek gönderileceği müessese tayin olunur. Mahkûmiyetten evvel tevkif edilmiş olan genç mücrimler de, mevkufiyet müddetlerini bu müessesede geçirdikleri zaman müşahedeye tâbi tutulur. Tefrik ve taksim müessesesi namile anılan bu müessesenin mütahassıs doktorları tarafından icra edilen muayene neticesi derhal Prison Commission'a bildirilir. Tibbî muayene siklet merkezini, mücrimin aklî ve uzvî durumuna, irsî faktörlere, yaşadığı muhite ve yaşına tevcih eder. Her müesseseye bağlı bir „içtimâi terbiye" teşkilâtı vardır. Bu teşkilâtın elemanları ya merkezce tayin edilmiş memurlardan veya fahri olarak vazife almış kimselerden mürekeptir, Müşahede altına alınacak her mahkûm için bilinmesi lüzûmlu bilgileri içtimaî terbiye teşkilâtı bulup tesbit eder. Ezcümle çocuğun ebeveynini, yakın akrabalarını, çalıştığı müesseseyi, tahsilde ise mektep müdürünü, ve çocuğu yakından tanıyan mualimleri ve arkadaşlarını ziyaret eden içtimâi terbiye teşkilâtı elemanları, elde ettikleri neticeyi bir rapor halinde müesseseye arzederler, ayrıca çocuğun evvelce geçirmiş

olduğu hastalıkların cins ve nevileri, ebeveyninin çocukla olan alâkası, çocuğun mensup olduğu ailenin geçim vaz'iyeti (maddi ve manevî), çocuğun yaşamış olduğu muhit ve temayülâtı gibi hususlar da tesbit edilir. Bu teşkilâtın 1936 senesindeki faaliyeti bilhassa zikre şayandır. Zira aynı senenin ikinci kânundan eylül nihayetine kadar, 1660 mücrim çocuk hakkında malûmat toplanmıştır.

Çocuk sıhhatının korunması: çocukları suç işlemeğe sevkeden sebep ve amiller meyanında, biolojik sebeblerin ehemmiyetli derecede rol oynadığını kabul eden ingiliz infazcıları, suçlu çocukla hasta çocuğu yekdiğerinden ayırmak istemiyorlar. Normal ve sıhhatli bir çocuğun kriminaliteye mevzu olması pek güç şartlar altında mümkün olmaktadır. Binaenaleyh Borstal infaz sisteminde, çocuğun sıhhatının korunması ehemmiyetli bir mevki işgal etmektedir. Kriminal biolojik muayeneler icra edilirken suçlu çocuğun sıhhî durumu (göz, kulak, burun, boğaz, dahiliye, hariciye, asabiye, kan tahlili — Wasserman, idrar tahlili, cildiye, reyelerin radyoğrafisi) müteaddit muayenelerle tesbit edilir. Sıhhî durumun bu şekildeki ilk tesbitile iktifa olunmayarak icabına göre ayda bir veya üç ayda bir ayrıca kontrol mahiyetinde sıhhî muayeneler yapılır. Bundan başka terbiyecinin, doktorun ve ruhanî memurun iştirakile teşekkül eden umumî toplantıda [1] her mahkûmun ayrı ayrı uzvî ve ruhî durumu kritik edilerek alınması gerekli tedbirler tesbit olunur. Bu suretle genç suçlunun uzvî ve ruhî inkişafı birlikde temin edilmiş olur. Muessese revirine tedavi edilmek üzere nakledilen hasta mahkûmların, terbiye ve islâhı daha kolay olmaktadır. Zira, hasta mahkûm, vicdanile baş başa kalıp yaptığı gayri kanunî hareketin fenalığını daha çabuk idrak ederek nedamet etmektedir. Aynı zamanda revirdeki hasta bakıcılar (2) eyi birer terbiyeci olduklarından, şefkat ve ihtimama muhtaç olan hasta mahkûm üzerinde istenilen tesiri kolaylıkla tevlitedebilmektedir. Borstal infaz müsseselerine ilk kabul edilen genç suçluların sıhhatlarını vikaye maksadile ilk günlerde dahili talimatnamenin hükümlerinin tatbikinden sarfı nazar edilmekte ve mahkûmlar tedrici şekilde muessese hayatına intibak ettirilmektedir. [3]

d) Ev sistemi [4]

(1) Bu toplantı senenin muayyen günlerinde yapılır.

[2] Hasta bakıcılar aynı zamanda terbiyeci olup kadınlardan seçilmektedir.

[3] Bu müddeti müessese müdürü tayin ve tesbit eder.

[4] Borstal infaz müsseseleri bilinen şekilde büyük tek bir binadan ibaret değildir. 5—6 adet ayrı ve ev tipinde binalardan müteşekkildir.

Yukarıda arzettiğimiz veçhile borstal infaz müesseselerindeki genç mahkûmlar kriminal biolojik ve pedagojik esaslara göre gruplara ve sınıflara taksim edilir. 1922 senesindenberi borstal müesseseleri ev tipinde müteaddit binalar halinde inşa edilmektedir. Her binada az miktarda mahkûm bulunur ve teşkilâtı da yatılı mektep teşkilâtına uyğundur. Borstal müesseseleri her biri 60 mahkûmu istiap edebilecek şekilde beş ilâ altı binadan teşekkül eder. Evvelâ 60 kişilik guruplara ayrılmış olan mahkûmlar bilâhere 10-14 kişilik sınıflara taksim edilir. Borstal müesseselerinin ev tipinde olan binalar halinde inşası, sırf inşa tarzının terbiye ve islâhda oynadığı role istinad etmektedir. Genç mahkûmların yaşayışı, müessese hayatından ziyada ev ve aile hayatına uyğundur. [1] Binalar haricen muhtelif renkde boyanmış olup muhtelif isimlerle yad edilmektedir. (Nelson), Drake, Raleigh İlâ ....gibi [2]. Sabah kahvaltısı öğle ve akşam yemekleri bina dahilinde müşterekken yenir. Her evin başında (ev babası) denilen ve geniş selâhiyetleri bulunan ve o nisbette mes' uliyet tekeffül etmiş olan bir memur vardır. Bu memurun yegâne vazifesi mahkûm gençleri terbiye ve islâh etmekdir. Ev dahilinde bulunan her çocuğu ayrı ayrı tanır ve onlarla daima meşgul olur. Memurun dürüst seciyeli, kültürlü olması ve pedagojik bilgilere vakıf bulunması şarttır. Uhdesine tevdi edilen suçlu gençlere aid dâva dosyasını [3], Wormwood Scrubs taksim müessesesinde yapılan kriminal biolojik ve pedagojik müşahede ve muayene neticelerini tetkik ederek genç mahkûmun durumu ve mazisi hakkında esaslı bilgi edinir. Bunu müteakip terbiye ve islâhın tahakkuku için lüzumlu tedbirleri ve muamelelerin şumul ve hududunu tesbit eder bundan başka hariçten genç mahûma gelen mektupları ve mahkûmun ailesine, dostlarına, akrabasına yazmış olduğu mektupları kontrol ederek muhteviyatına vakıf olur. Bu suretle mahkûmu teferruatile tanımış ve onun mahremiyetine girmiş bulunur. İşte mezkûr esaslara istinaden genç mahkûm hakkında tedrici serbesti sisteminin (devre usulü) tatbik edilip edilmeyeceğini tayin ederek neticeyi mucip sebeple birlikde müessese müdürüne arzeder. Ev babası denilen me-

[1] Penceler geniş ve demirsizdir. Binaların geniş ve kalın duvarlar ihata etmez ilk görüşte basit bir ikâmetgâh hissini verir.

[2] Suçlunun şahsiyetine ve infaza mütedair mukaddema verilmiş olan mahkeme kararı bu dosyada mevcuddur.

[3] Bu isimler, borstal müesseselerinde temayüz etmiş terbiyecilere ve müessese müdürlerine aittir.

mura, iyi hal gösteren ve islâha yüz tutmuş olan son devre mahkûmlarından bazıları yardım eder. Bu suretle hem memurun vazifesi hafiflemiş ve hem de müessesede unutulduğu iddia edilen mes'uliyet fikri kuvveden fiile çıkarılmış olur.

Borstal infaz sisteminin esasını teşkil eden müşterek ıslah ve terbiyenin yani başında ferde mahsus muamelelerle [1] kendi kendini terbiye ve ıslah halleri de mevzubahistir. Mahkûmların gruplara ve bu grupların da sınıflara ayrılması, genç suçlunun gerek ruhî ve gerek uzvî durumu hakkında lâyikile bilgi edinilmesini ve tatbik edilecek muamelenin tayinini mümkün kılmaktadır. Aynı zamanda yaş, karakter, sıhhî durum itibarile tahaluf arzeden suçlu tiplerinin, diğerleri üzerinde icra edeceği menfi tesirin de bu suretle önüne geçilmekte ve seksüel fenalıklar bertaraf edilebilmektedir. Devre usulüne tâbi mahkûmlar, son devreyi ikmâl etmezden evvel, müessese işlerine karıştırılır. Ve bu suretle zamanla unuttukları mes'uliyet mefhumunu tekrar elde etmiş olurlar. Bilindiği üzere, bu günkü infaz sisteminin mes'uliyeti bertaraf ettiği ve mahkûmun bu esaslı mefhumu unuttuğu, serbest hayata iade edildiğinde her şeyin hapishane dahilinde olduğu gibi emirle olacağı kanaatına sahip bulunduğu ve binnetice ef'al ve harekâtında daimî bir muvazenesizlik belirdiği iddia edilmektedir. Günden güne kuvvetlenmekte olan bu tenkidi borstal infaz sistemi kabul edip, mümekkitlerin tavsiyelerini kuvve-den fiile çıkararak genç mahkâmlarda zail olduğu söylenen mes'uliyeti, mahkûmlara tekrar tahmil etmektedir.

e) Devre usulü (tedricî serbesti sistemi), disiplin cezası ve şikâyet.

Devre usulüne, terbiye ve ıslah gayesinin tahakkukunda, ikinci plânda yer verilmiştir. Kısa müddetli hürriyeti tahdit cezasına mahkûm olan gençler hakkında devre usulü tatbik edilmediği gibi bu nevi mahkûmların cezası hususî müesseselerde infaz olunur. [2] Kaideten uzun müddetli hürriyeti tahdit cezasına mahkûm olan genç suçlulara tatbik edilen bu sistem iki devreye ayrılmıştır. Birinci devreye, mahkûmların geydikleri elbisenin rengine izafeten, «griler» devresi, ikinci devreye yine aynı mülâhaza ile «maviler» devresi denilmektedir. Bu iki devre arasında ayrıca mütaaddit tâli devreler de mevcuttur. Bir devreden diğer devreye geçebilmek için derunî bir tahavvülün mevcudiyeti şart olmakla beraber muayyen deneme-

[1] İnfazın şahsileştirilmesi hali

[2] Kısa müddetli hürriyeti tahdit cezasına mahkûm olanlar için 2 borstal müessesesi tahsis edilmiştir.

lerde de muvaffak olmak icabetmektedir. Bir devre diğer devreye nazaran daha geniş serbestileri hâvi ve o nisbette mes'uliyeti mutazammındır.

Borstal müesseselerindeki bazı mahkûmlara tatbik edilmekte olan devre usulünün bir hususiyeti vardır. Ezcümle, bu usulde, aranılan derunî tahavvülün haricî tezahüratını kiymetlendirmekle mükellef olan memurlar, suçluyu gayet iyi tanımak fırsatını ve imkânlarını elde etmiş olduklarından dolayı hakikata uygun ve isabetli hükümler vermektedir. Tedricî serbestiden istifade etmek arzusile, memurları ve terbiyecileri kandırmak tehlikesi bu sistemin çürük tarafını teşkil etmektedir. İyi halli görünmekten başka çare olmadığını idrak eden genç suçlu, hakikatta ruhundaki kötü temayülleri terketmediği halde terketmiş görünerek bir devreden diğer devreye kolayca geçme imkânlarını her zaman için haizdir. Binaenaleyh bu mahzurun ve büyük tehlikenin karşılanması ancak, genç suçlunun yakından ve teferruatile tanınmasına bağlıdır. İşte borstal infaz sistemi bu hususu da önlemek suretile büyük tehlikeyi bertaraf etmiş bulunmaktadır.

Devreler: Gri elbise giyenlerin bulunduğu devre birinci devre olup bu devredeki genç mahkûmlar daimî bir kontrol altındadır. Ya bir memurun veya yüksek devrede bulunan diğer bir mahkûmun nezareti altında müessese haricine çıkarılabilir. Birinci devre, tecrübe devresile birlikde dört tali devreye ayrılmıştır. Tali devreden diğer tali devreye intikal edebilmek için enaşağı üç aylık bir zemanın iyi halle geçirilmiş olması şarttır. Tali devrelerde bulunan mahkûmların giydikleri elbisenin rengi gri olmakla beraber kollarındaki yıldız işaretlerinden hangi tali devrede bulundukları kolayca anlaşılmaktadır. Müessese dahilinde asgarî bir seneyi iyi hal ve çalışkanlıkla geçirenler ikinci devreye geçerler. Devreler ve tali devreler arasındaki esaslı farklardan birisi de iş nevinin tahalüfüdür. Birinci devre de bulunan mahkûmlar, müessese temizliği gibi basit işlerde çalıştırılır ve kendilerine yevmiye verilmez. İşin nevi ve yevmiyenin miktarı tali devrelere intikâl etmekle değişir ve artar. İkinci devre mahkûmları muayyen ve muhtelif serbestileri haizdir. Senenin tatil günlerinde [1], ailelerini ve yakın akrabalarını ziyaret için kendilerine üç ilâ dört gün izin verilir İlk def'a 1933 senesinde tatbik edilen bu muvakkat müsaade usulünün bilhassa birinci devredekiler üzerinde faideli neticeler tevlit ettiği müşahede edilmektedir.

[1] Yıl başında, dinî ve millî bayramlarda.

Şartlara riayet etmeyenler yahut müessese nizam ve asayişini ihlâl eyleyenler hakkında ağır disiplin cezası tatbik olunmakla bulunduğu devrede ipka edilebilir. Hücreye kapamak, ağır işlerde çalıştırmak, günde 8 saat müddetle taş kırdırmak gibi çalışmalar, disiplin cezasının tatbikattaki en ağır şekilleridir. Disiplin cezası olarak kabul edilmiş olan dayak cezası, 1938 senesindenberi tatbik edilmemekte ve yalnız bir sembol olarak eski mevkiini muhafaza eylemektedir.

Şikâyet hakkı: Genç mahkûmlar şikâyetlerini müessese müdürüne şifahen arzederler. Dahiliye nezareti devlet umumî kâtibine yapılacak şikâyetler istida ile olur. Borstal müesseselerinde şikâyet yok denecek kadar nadirdir.

f) Genç mahkûmların çalıştırılması ve meslekî inkişaf.

Borstal infaz müesseselerinin esaslı gayesini teşkil eden terbiye ve islâhın tahakkuku için kullanılan vasıtaların en mühimi, genç mahkûmların çalıştırılması hususudur. Bu suretle mezkûr müesseselerde iş esasına azamî derecede ehemmiyet atfedilmektedir. Genç mahkûmların çalıştırılmasında kazanç temini mevzubahis olmayıp icabettiğinde ehemmiyetli yekûnlere baliğ olan masarifden de çekinilmemektedir. İnfaz müesseselerindeki iş esası hiç bir suretle kazanç fikrine istinad ettirilmemiştir. İş, mahkûmun yalnız terbiye ve islâhına matuf kılınmış ve yalnız bu gaye için organize edilmiştir. Muhtelif branşlarda çalışacak genç mahkûmların tefrikinde bilhassa kabiliyet ve istidatları, uzvî durumları ve sempatileri nazarı itibara alınır. Borstal müessesesine sevkedilmek üzere ilk müşahede devresinde bulunan genç mahkûmların hangi işlerde çalışmağa elverişli oldukları ve hangi san'atı daha iyi kavramağa müsait bulundukları tesbit edilir. Genç mahkûmun elde edeceği san'at ve çalışacağı iş serbest hayatta cari ve ehemiyeti olan san'at ve işler meyanındadır. Neticesiz ve istifadesiz iş ve san'ata borstal iş organizasionunda yer verilmemiştir. Gençlerin çalıştırılması, san'at ve mesleklerindeki inkişafa, gösterdikleri kabiliyet ve istidada ve sempatiye göre tevzin edilir. Günlük iş müddeti (Cumaertesi öğleye kadar, pazar tatil) sekiz saattir. Günlük program şu şekildedir:

	saat
Kalkma ve yıkanma	5, 45
Sabah sporu	6, 15 — 6, 45
Sabah kahvealtısı	6, 50
İbadet	7, 40
İş	8, — 12

Öğle yemeği	12 — 1
İş	1 — 5
İkindi çayı	5 — 6
Mektep, okuma ve hususî çalışma	6 — 7, 45
İstirahat ve oyun	7, 45 — 8, 30
Akşam yemeği ve yatma	8, 30 — 9, 30

Borstal müesseselerindeki iş faaliyeti son senelerde serbest hayat da olduğu gibi tamamile makineleştirilmiştir. Buna da sebep, tahliye edilen genç mahkûmun makina ile yapılan işlerde zorluk çekmemesidir. Müesseseye gelmezden evvel bir meslek ve san'at sahibi olanlar mutalaka aynı meslek ve san'atta çalıştırılır. Meslek ve san'attaki inkişafı temin maksadile nazarî bilgilere de ehemmiyet verilerek muayyen zemanlarda kurslar açılır.

g) Tedris, ibadet ve spor.

Borstal müesseselerinde tedrise, ibadete ve spora verilen kıymet büyüktür. Her genç mahkûm derecesine göre okutulur ve tıbbî muayeneden sonra spor yapmağa mecbur tutulur. Terbiye ve islâhda büyük rol oynayan din esasları harfiyen tatbik edilir.

h) Şartla tahliye, kontrol ve muhafaza, himaye.

Prevention of Crime kanununda tesbit edilen şartla tahliye, en aşağı altı ay müessesede kalmış ve iyi hal göstermiş olan mahkûmlar hakkında tatbik edilmektedir. Genç mahkûmun meşruten tahliyeden istifade edebilmesi için terbiye ve islâh gayesine erişilmiş olması şarttır. Mamafih altı ayı ikmâl eden her mahkûm şartla tahliye edilmez. Terbiyecilerin ve mahkûmla ilgili personellerin bu hususda katî bir kanaat izhar etmeleri icabeder. Şartla tahliye edilenleri kontrol edebilmek için hususî bir teşkilât meydana getirilmiştir. Bu teşkilâta mensup elamanlar, tahliye edilen mahkûmu daimî kontrolları altında bulundurur ve zaman zaman müessese idaresine, o mahkûmun durumu, yaşayışı ve tahmil edilen şartları ifa edip etmediği hakkında malûmat verir. Tahmil edilen şartlar şunlardır:

a) İkametgâhını müsaadesiz değiştirmemek,

b) Düşkün kimselerle görüşmemek,

c)-Kötü muhite intisap etmemek,

d) Borstal idaresinin kendisine gösterdiği yolda yürümek ve verilen direktiflerin haricine çıkmamak,

e) Suç işlememek,

f) İşine vakit ve zamanında başlayıp muntazam çalışmak.

Meşruten tahliye edilen borstal mahkûmları, kendilerine tahmil edilen şartları harfiyen yerine getirmek suretile terbiye ve ıslaha yüz tuttuklarını isbat etmektedir. Borstal infaz sistemi tahliye edilen genç mahkûmların himayesi hususunu da organize etmiştir. İngilterede mütaaddit resmî ve hususî himaye müesseseleri mevcut olup faaliyetleri devlet tarafından kontrol edilmektedir. Terbiye ve ıslah etmek suretile cem'iyete faideli bir uzuv olarak katılan genç, kendisine uygun bir iş buluncaya kadar himaye müesseselerine merbut teşekküllerde iaşe ve ibate olunur. Himaye müesseselerinin diğer elemanları, eski genç mahkûm ile daimî temasda bulunur ve onu adım adım takip ederek kontrol eder. İcabettiğinde lüzumlu ve yerinde müdahalelerde bulunur. Bir daha suç işlemesine mâni olacak her türlü tedbiri ittihaz eder.

4 — Borstal infaz sisteminin suç politikası (Kriminal Politik) bakımından muvaffakiyeti [1]

Suç politikası bakımından borstal infaz sistemi, mevcut kriminal istatistiklere müsteniden, tetkik edildikde bu sistemin, muvaffak olduğu neticesine varılır. Borstal infaz sisteminin ana prensiplerini kısaca gözden geçirelim.

1 — Mahkûmu terbiye ve ıslah etmek

2 — Nedamet ettirmek

3 — Sosyal ve normal bir ferd olarak cemiyete iade etmek

4 — Tekrar suç işlemesine (mükerrir) mâni olmak

5 — Manen tehlikede olanları kurtarmak

Borstal infaz sistemi faaliyetinin sıklet merkezini yukarda arzedilen beş gayenin gerçekleşmesine tevcih etmiştir. Bu çalışmanın verim derecesini bize ancak, hakikata uygun kriminal istatistikler öğretebilir. Prison commision 1919 — 1925 seneleri arasında borstal müesseselerinden tahliye edilen mahkûmları takip ederek bunların durumlarını şu şekilde tesbit etmiştir. Tahliye edilmiş olan 6140 genç erkek mahkûmdan 2149 adedi tekrar suç işlemek suretile kriminaliteye mevzu olmuştur. Şu halde borstal sisteminin muvaffakiyeti 1910 — 1925 seneleri arasında % 65 nisbetindedir. Kadınların durumu da aynı olup yüzde nisbeti % 66 dır. Prison kommissionun, 1937 senesi sonlarında neşrettiği şu istatistik bu sistemin suç politikası yönünden muvaffakiyetini isbata kâfidir.

[1] Memleketimizde ancak son senelerde bahis mevzu olan suç politikası (kriminal politik) hakkında, Adliye Ceridesinin 1941 senesi 10 uncu sayısında Dr. Cemil Bengü ve yine Adliye Ceridesinin 1942 senesi 1 inci sayısında Dr. Nurullah Kunter tarafından yazılan izahlar mevcuttur.

Seneler	Tahliye edilenler	Tekrar suç işleyenler	Bir def'a mükerrer olanlar	2 ve 2 den fazla mükerrer olanlar
1932	769	348 (%49,9)	189	196
1933	883	496 (%56,9)	202	117
1934	900	498 (%66,4)	185	117
U yekûn	2552	1478	576	498

Alman cezacılarının üzerinde ehemmiyetle durdugu bu bu mevzua dair Prf. Mezger (suç politikası) adlı bir kitap neşretmiştir. (Bu kitap mevcut olmadığından Mezger'in tarifi derc edilmedi). Her cezacı suç politikasını kendine göre tarif etmektedir. Ezcümle Prf. Hippel, Alman ceza kukuku adlı iki ciltlik eserinin 1 inci cildinin son kısımlarında: "suç politikası, Ceza hukukunun tesirini gayeye uygun olup olmama bakımından tetkik ve mütalâa eder.„ diye tarif etmektedir.

Von Liszt Alman ceza hukuku adlı kitabında. "Suç politikası, ceza hukukunun tesiriyle suçun ferdî ve umumî sebeplerini, suç ve suçlulukla mücadelede Devletin esas tuttuğu pirensipleri tetkik ve mütalâa eder.„ deye tarif etmiştir.

E. Hafter İsviçre Ceza Hukuku adlı kitabında." suç politikası, suçla mücadelenin en iyi yolunu arar.„ diye tarif etmiştir.

Ferri suç politikasını; "krimnolojinin meydana çıkardığı neticelerin muayyen bir zamanda ve muayyen bir Devletin hususî şartlarına ve durumuna uydurulabilmesi sanatıdır.„ diye tarif etmiştir.

U1

No: 53

Objektif mesuliyet yahut ihdas edilen tehlike nazariyesi ve bazı kanun projelerimizdeki tatbikatı

(Yeni hava seyrüsefer kanunu projesi münasebetile)

Yazan: Dr. K. Fikret Arık

Plân:

I — Maksat
II — Hukukî mesuliyet mefhumu
III — İptidaî mevzuatta hukukî mesuliyet
IV — klasik mesuliyet nazariyesi
A — Fransız hukukunda
B — İsviçre ve Türk borçlar kanununda
V — İhdas edilen tehlike veya obektif mesuliyet nazariyesi
A — Nazariyenin ifadesi
B — Bu nazariyeye yapılan itirazlar
VI — Yeni nazariyenin tatbikatı
A — Fransada:
1 — İş kazaları hakkındaki kanun
2 — Hava seyrü sefer kanunu
B — Bizde:
1 — Maadin nizamnamesi
2 — 151 sayılı kanun hükümleri
3 — Yeni hava seyrü sefer kanunu projesinde hukukî mesuliyete müteallik kükümler;

---

1 — *Maksad:*

Yeni hava seyrüsefer kanunu projesinde ve — ondan önce—madenlere ait mevzuatımızda ve borçlar kanununda, kanun vaziinin hukuki mesuliyet bahsinde ananavi esaslardan ayrılmağa başladığı yeni ve *sürükleyici bir fikir ceryanını şuurla benimsediği açıkca görülmektedir.*[1]

---

[1]. Kitaplar:

COLİN—CAPİTANT; COURS Élémenteire de droit civil cilt 2, 8 inci bası 1935.

PLANİOL—RİPERT—P. ESMEİN; Traité pratique de droit civil français. 6 ıncı cilt; Des obligations. 1930

Kanunlarımız, hukukî mes'uliyet alanında kusura dayanan mes'uliyet nazariyesine istisnalar koymakta, bu istisnaların gittikçe artan mıkdar ve ehemmiyeti mes'uliyet bahsinde — eskisinin yanında — yeni bir esasın doğmakta olduğunu haber vermektedir.

Bu yazıda güdülen amaç, kanun vazıını hukukî mes'uliyet meselesinde yeni bir vaziyet almağa sevkeden sebebleri ve bu münasebetle klasik ve yeni nazariyelerin ana hatlarını ve yeni esasın müsbet hukuk sahasındaki bazı tatbikatını kısaca göstermeğe çalışmaktan ibarettir.

Her şeyden önce, mes'uliyet bahsinde doğan yeni cereyanın hukukta ***içtimai temayülün*** muhtelif cephelerinden birisini teşkil etttiği söylenebilir.

Filkakıka, XIX uncu asrın son yılları ve xx inci asr hukukunun en göze çarpan vasfı, hiç şüpe yok ki hukukun bu devrede kazandığı *içtimaî karakterdir. [1]* Bu içtimaî ceryan, *bir Yandan* mukavelelerin serbestisi sahasında nüfuzunu hissettirdi:

Büyük İngiliz âlimi Darwin'in hayvanlar ve nebatlar alemi için koyduğu hayat mücadelesi kanunun ihtisadî hayatta bir nevi ifadesi olan rekabet serbestisi prensibinin tatbikatı; muazzam filî inhisarları, kartellerin, Tröstlerin teşekkülüne sebep oldu. İktisaden zaif olanların ikdisaden dev kudretini haiz varlıklar tarafından ezilmesi mukadder gibi idi. Bunun önüne geçmek için umumun menfaatını temsil eden devletin enerjik müdahaleleri gerekiyordu.

Bu müdahalerle ve alınan tedbirler bahsimizin dışında kalacaktır.

Diğer yandan: xIx uncu asrın son yılları ve xx inci asır büyük sanayi ile, makineleşmenin en son haddini bulduğu bir devreyi temsil eder. Tabiatla insan mücadelesinde zaferi insana kazandıran maddî ve fikrî vasıtaların heyeti mecmuası demek olan *medeniyet*, yalnız beşeriyete iyilikler değil, aynı zamanda felâketler de getirmektedir. Mesafe mefhumunu adeta ortadan kaldıran asrî vasıtaların inkişafına muvazi olarak seyrüsefer kazalarının korkunç artışı bu hakikatı pek güzel göstermektedir. Umumiyetle, her medenî vasıta sanki te-

TAŞKIN (Rifat): hava hukuku. Adliye Ceridesi. 1942 sayı. 183 — 111.

BELGESAY (M. Reşit): Mesuliyet (C. H. P. konferansları serisinden). — UMAN (O. Nuri): Hukukî mesuliyet. Ad. Ceridesi 1939. s. 1361. 1939. — AYDINER (Hidayet): Maden kazalarında mesuliyet, İstanbul 1939.

GÖKNİL (Mazhar Nedim): hava ve deniz hukuklarının seyrine bir nazar. Adliye Ceridesi. 1937. s. 572.

ARSEBÜK: Borçlar hukuku. 1937.

VON TUHR: Partie générale du code fédéral des obligations (traduçtion en français de Torrente et Thilo, 2 inci bası, Lausanne. 1933 — 1934

GİRARD: Manuel de Droit romain. 6. ıncı bası. Paris.

[1] İçtimaî hukukun muhtelif manaları ve şumulü hakkında bakınız: Dr. *K. FİKRET ARIK:* İçtimaî hukuk hakkında. Adliye ceridesi. Yıl 1942, sayı 5.

min ettiği büyük faydalar yanında cem'iyet için bir tehlike unsurunu da ihtiva eder gibidir. Bir taraftan, kazaların gittikçe artması ve kazaya uğrayanların ekserisinin cem'iyetin iktisaden zaif, yaşama vasıtaları bedenî veya fikrî kuvvetlerinden ibaret yurttaşlar zümresine mensup olması; diğer taraftan, merî hususî hukuk sisteminde mesuliyetin *kusur* esasına dayanması, fabrikalarda, sınaî işletmelerde, madenlerde.. vukua gelen ve bir kusura istinat etmeyen kazalardan zarar gören kimselerin tazminatsız kalmasına sebeb oluyordu. Nasafet ve adalet duygusunu inciten bu hal Doktrinde, mahkeme içtihatlarında ve nihayet mevzuatta kusura dayanan an'anevi mes'uliyet nazariyesine karşı şiddetli bir aksülamel intaç etti. Her aksülamelde olduğu gibi burada da bir kutuptan, temamen muhalif diger bir kutba geçildiğini; kusura dayanan mes'uliyet yerine kusurun ehemmiyetini inkâr eden bir nazariyeye, yani *kusursuz mesuliyet* nazariyesine doğru temayül edildiği görülmektedir.

II — *Hukukî Mesuliyet Mefhumu:*

Bir şahıs diğer bir şahsın uğradığı zararı telâfi etmekle mükellef ise, geniş manada mesuliyet vardır, denir. Tazmin ve telâfi borcu çeşitli kaynaklardan doğabilir: *mukaveleye dayanan mesuliyet, haksız fiilden doğan mesuliyet, kanunî mesuliyet.*. Burada bahsimizi ilgilendirdiği için sadece haksız fiilden doğan mesuliyetle meşgul olunacaktır.

Hukukî mesuliyet meselesini felsefî bir problem teşkil eden ahlâkî mesuliyet [1] meselesine tabi kılmaktan vaz etmek gereklidir. Filhakika, *hukukî kusur* (faute juridique) ile *ahlâkî kusur* (faute morale) birbirinden ayırmak lâzımdır: Kanun, başkalarına karşı merhametli değil, tedbirli davranmağı; diğerbinliği değil, dikkatli olmağı emreder. Şuhalde, bencilik (égoïsme) bir mesuliyet kaynağı değildir. [2] Hukuk şu fikre dayanır: Herkes fiil ve muamelelerinden mesuldür. Binnetice zararlı bir fiilin faili, fiilinin neticelerinden kurtulmak için kaderci (fataliste) veya muayyeniyetci bir dünya telâkkisi arkasına çekilemez.

Hukukî mesuliyet nazariyesi, başkasına zarar veren bir kimsenin niçin bu zararı tazmin ve telâfi etmesi gerektiği meselesinden ibarettir. Bu inceleme sadece nazarî bir ehemmiyeti haiz değildir. Çünkü mesuliyetin dayandığı esasın tayini, mesuliyet kaidesinin şumulü ve şartları üzerinde zarurî olarak tesirini gösterir. Hukukî mesuliyetin temeli iptidaî hukukda başka idi; klâsik ve bugünün

[1] Bu mesele hakkında bakınız: FAUCONNET: la responsabilité, thèse Paris 1920. SERTİLLANGES, La philosophie de la résponsabilite, 1927. LABOREDE—LACOSTE: La responsabilité pénale dans ses rapports aved la responsabilité civile et la responsabilité pénale. — SCHMİET: Faute civile et faute pénale, thése, Paris 1929.

[2] COLİN—GAPİTANT — Traité de droit civil français T. 2 page 161 no 191.

44

kanunlarına hâkim bulunan esaslar başkadır; nihayet, bu bahisde yeni bir nazariye mesuliyete yeni temeller aramaktadır.

III — İptidaî Mevauatta Hukuki Mesuliyet: [1]

Bugün tatbik alânı gittikce genişleyen objektif mesuliyet nazariyesini eyice kavrayabilmek için haksız fiilden doğan mesuliyetin tarihine bir göz atmak faydalıdır:

Suçluyu cezalandırmak amacını güden *ceza* ile mutazarrırın uğradığı zararı telâfi amacını güden *tazminat,* başka deyimle âmme dâvası ile hukuk dâvası arasındaki modern tefrik menşei bakımından pek eski değildir. İptidaî cemiyetlerde kusurlu hareketin biricik müeyyidesi bir cezadan ibarettir. Kusurlu fiillerin müeyyidesi bakımından beşeriyetin şu dört safhadan geçtiği kabul edilebilir: [2]

a — şahsı öç safhası,

b — malî uzlaşma safhası,

c — mecburî malî uzlaşma safhası,

d — devlet tarafından takip ve tecziye,

a) *Şahsî öç safhası:*

Bu safhada zarar gören kimse, gördüğü zararı suçluya aynen iade etmek suretile öç almak hakkını haizdir. Bu, adeta tabiî sevk ile yapılmış bir jest, kendi canını acıtan eşyayı döğen bir çocuğun hareketi gibidir. Temamen tav'î «spontané» olan bu aksül'amel, «kısasa kısas» kanununa müncer olmuştur.

b) *Rızaî malî uzlaşma safhası*

Bu safhada öç fikri zaiflamağa başlar. Zarara uğrayan kimse, failin şahsından öç alacağı yerde bir tazminat isteyebilir. Verilecek para failin ve zarara uğrayan kimsenin şahsına, zararın doğumuna sebep olan ahval ve şartlara göre değişir. Rızaî malî uzlaşmalar usulü cermenlerde uzun müddet tatbik edildiği gibi eski roma hukukuna müteallik abidelerde de zikredilmektedir.

c) *Kanunî tazminat safhası:*

Bu safhanın doğmasına sebep, teşkilâtlı cem'iyet, yani Devlet fikrinin inkişaf etmiş olmasıdır. Bu safhada artık âmme kuvveti, cem'iyet içinde intizamı temin etmek işini üstüne almış, bu amacı ger-

[1] COLİN— CAPİTANT, — T. 2, page 165.

[2] GİRARD, — Manuel de droit romain, 6 ıncı bası, sahife 401

çekleştimek için failin mağdura veya mensup olduğu aileye tediye edeceği meblâğ miktarını tesbit etmiştir. XII levha kanunu sirkat ve müessir fiil münasibetile bu vaziyeti pek iyi göstermektedir.[1] Barbar kanunlarında aynı sistemin inkişafını Wehrgeld müessesesinde görüyoruz.

d) *Devlet tarafından takip ve tecziye safhası:*

Bu safhada Devletin rolü gittikçe kuvetlenmektedir. Mağdur tarafından tatbik edilen ceza fikri, yerini Devlet tarafından verilen ceza fikrine bırakıyor. Asayiş ve emniyetine halel veren suçları bizzat Devlet cezalandırıyor. Suçdan zarar gören kimse, yalnız uğradığı zararın tazminini istemek hakkına maliktir.

Eski Roma hukukunun vaziyeti, üçüncü ve dördüncü safhalar arasında mutavassıt bir duruma tekabül eder. Eski Roma hukukunda suçlular *âmme suçları, hususî suçlar* diye iki kısma ayrılırdı. Âmme suçları, umumî menfaatı haleldar ettiği kabul edilen ve Devlet makamları tarafından cismanî cezalarla veya, esas itibarile mağdura bir menfaat temin etmeyen para cezalarile cezalandırılan haksız fiillerdi. Hususî suçlar, münhasıran hususî bir cezaya yani mahkemece mağdur lehine hükmedilen bir para cezasını istilzam eden fiillerdir. Mağdurun mahkemeye müracatla istihsal ettiği bu meblâğın bir ceza olduğunu gösteren birçok alâmetler vardır. Meselâ bu meblâğ, fiil, zararı mucip olsun olmasın hükmedilirdi; fiil bir zararı mucip olmuşsa bu meblâğ zarar miktarına göre tesbit edilmezdi. İlh...

Roma hukukunun daha mütekâmil devrelerinde bugün ceza ile tazminat arasında yaptığımı tefrik, pek sarih olmamakla beraber, kendisini göstermişti. Filhakika, *Gaius* ve *Justinien*, dâvaları aşağıdaki tarzda tefrik ediyorlardı:

1 — Müddeinin, mukavelelerden doğan ve borçlanılan şeyi yahut muadilini talep edebilmesine yarayan dâvalar [2].

2 — *Mutlak surette cezaî dâvalar.* [3] Bunlar munhasıran failin cezalanması amacını güden ve verdiği zararın tazmini ile ilgisi bulunmayan dâvalardır. Hırsızlıktan doğan dâva (actio furti) gibi. Malı çalınan kimseye, gelince çalınan malını 1) no. da gösterilen dâva ile geri albirdi.

[1] Girard: Adi geçen eser, aynı yer.
[1] actions réipersécutoires
[2] actions purement pénales

46

3 — *Muhtelit dâvalar.* [1] Bu çeşit dâvalar hem bir ceza, hem de bir tazminat mahiyetini haiz bir mahkûmiyeti intaç ederlerdi. Hileden doğan dâva (actio doli) gibi.

Roma hukukunu bu günkü hukuktan esaslı bir surette ayıran noktalardan birisi de Roma hukukunda, bu günkü hukukta olduğu gibi, başkasına zarar veren kusurlu fiillerin tazminatı mucip olacağına dair umumî bir hüküm bulunmamasıdır. Roma hukukunda mağdur lehine hususî bir dâva veren bir çok *muayyen haksız fiiller vardır*, fakat umumî bir haksız fiil mefhumu yoktur. [2]

Bu günkü manası ile, hukukî mesuliyet anlamını ortaya koyalar Fransız medenî kanunundan önce yaşamış olan Fransız müellifleridir. Bu müellifler eserlerinde bir haksız fiile uğrayan kimsenin bir ceza dâvası değil, yalnız bir tazminat dâvası açacağını, her haksız fiilin umumî bir tazmin borcu doğuracağı hususlarını müdafaa ettiler. [3]

IV — *KLASİK MESULİYET NAZARİYESİ:*

Klasik mesuliyet nazariyesi şu suretle ifade edilebilir: bir şahıs aleyhine mesuliyet dâvası açabilmek için o şahsın başka bir kimseye kusuru ile bir zarar vermiş olması lâzımdır. Şu halde klasik mesuliyet nazariye göre mesuliyetin iki esaslı unsuru vardır:

1 — Zarar,

2 — Kusur.

Kusur unsuru da *isnadiyet* ve *asıl kusur* unsurlarından müteşekkildir:

1 — İsnadiyet (imputabilité):

Bir kimsenin işlediği fiilden mesul olabilmesi için her şeyden önce yapmış olduğu fiillerin mânâ ve şumulünü anlayabilecek bir durumda, yani *temyiz kudretine malik bulunması* gereklidir. [4] Bu

---

[1] actions mixtes

[2] Vakıa, muayyen bir devirde tatbikat ve mahkeme içtihatlarile şumulü haylı genişlemiş bir metne, Aquilia kanununa rastlayoruz. Bu metin hem cezaî hem tazminî mahiyeti haiz bir dâva veriyordu ve neticede, bu dâva ile mameleke dahil bir şeyin haleldar olmasından ibaret bütün zararların tazminini temin etmek kabil oldu. Lâkin Roma hukuku esas itibarile hiç bir zaman BK. m. 41. de yazılı olduğu gibi umumî haksız fiil mefhumuna yükselmedi.

[3] COLİN — APİTANT: adı geçen es. r. s. 161 — 167.

[4] Bu telâkki bize Romalılardan geçmiş bulunuyor. Pothier gibi eski Fransız müellifleri de bu anlayışı muhafaza ettiler.

sebepten, pek küçük yaşta bir çocuk, bir ebleh aklî hezeyan halinde bulunan bir deli işlemiş oldukları zararlı fiilden dolayı mesul değildir. Mesuliyetten [1] bahsedebilmek için muhakeme melekesinin mevcudiyeti şarttır. Hakkaniyet duygusunu tatmin için BK. m. 54, fıkra 1 de kabul edilen hüküm ancak bir istisnadır. [2]

2 — *Asıl kusur (faute proprement dite, curepa):*

Bir kimse hareket etmesi icap ettiği tarzda [3] hareket etmezse, yapması icap eden şeyi yapmazsa kusur işlemiş olur. Takip edilmesi icap eden hareket tarzını tayine gelince, bu hususta müdebbir, ihtimamlı bir kimsenin zararlı fiili işleyen kimsenin içinde bulunduğu vaziyette takip edeceği hareket tarzı esas olarak alınır. Kusur hakkındaki bu anânavî kıstas bize Romalılardan intikal etmiştir. Romalılar bir kimsenin bir kusur işleyip işlemediğini tayin hususunda mukayese işin mücerret bir tipi esas olarak alırlardı. Mukaveleler bahsinde, takibi icab eden hareket tarzı, eyi bir aile bahsının (bonus pater familias), yani borçlarını ifa ederken insanların çoğunda rastlanabilecek bir ihtimam sarf eden bir ferdin hareket tarzına göre tayin olunurdu. Lâkin, haksız fiil bahsinde bu müştererek ve umumî ölçü onlara yeter görünmeyordu. Bu hususta şöyle düşünüyorlardı: cemiyet içinde yaşayan ve kendisini saran insanlara faaliyetile zarar verebilecek bu durumda bulunan fert daha ihtimamlı davranmalıdır. Şu de, başkasına zarar vermemek için insan sadece orta dikkat sahibi bir kimse gibi değil, lâkin müdebbir ve dikkatli bir şahıs gibi hareket etmelidir. Böyle yapmadığı takdirde, bir kusur işlemiştir, doğan zarardan mesuldur. [4]

COLİN—CAPİTANT, a göre bu kriteryom bu gün de üzerinde durulması gereken bir kıstastır. Şu halde, başkasına zarar veren bir fiil karşısında kendi kendimize şu sorguyu sormalıyız: bu fiili işleyen himse müdebbir bir şahıs gibi hareket etmiş midir? Müdebbir bir insanın olması icap eden bütün tedbirleri almışmıdır? Bu sorguyı müsbet bir karşılık vermek kabilse zararlı fiilin fail mesul değildir.

[1] M. K. madde 15/1: mümeyyiz olmayan şahsın tasarrufu hukukî bir hüküm ifade etmez.

[2] B. K. madde 54 FIKRA 1: hakkaniyet iktiza ediyorsa hâkim temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkûm eder. Alman Mk(m. 829), Portekiz Mk.(m. 2377) Fransız — İtalyan müşterek Bk. m. 76. dahi bu kabul bir istisna kabul etmiştir. Bakınız: COLİN — CAPİTANT: SAHİFE 177.

[3] COLİN — CPİTANT: S. 178. — PLANİOL — RİPERT — ESMEİN: no. 471, SAHİFE 660

[4] COLİN — CAPİTANT,180

Aksi takdirde, mesuldur. Şunu da ilâve etmek lâzımdır ki, hareket tarzı kıstas olarak kabul edilen müdebbir insan tipi, değişmez bir ölçü değildir. Bilâkis, bu mefhum, her devirde — ve her devirde ferdin mensup olduğu içtimaî muhite—göre zarurî olarak değişir. [1]

Ana hatları kısaca hatırlatılan klasik, kusura dayanan mesuliyet esası XIX uncu yüzyılın büyük kanunları tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Fransız ve İsviçre Türk hukuklarına atılacak kısa bir nazar bu hususu teyit edecektir. [2]

V — *FRANSIZ HUKUNDA*

Fransız hukukunda hak sızfiilden doğan mesuliyetin kanunî mesnedi, Fransız medenî kanununun en ziyade tatbik edilen 1382—1386, ıncı maddeleridir. Tanınmış fransız müelliflerine göre, bu beş madde şimdiye kadar kusur ve kusur karinesine dayanan bütün mesuliyet hallerni içine alabilmiştir. Ve zamanın iktisadî şartları Fransız medenî kanununun yapıldığı tarihte mevcut şartlardan esaslı surette farklı olmakla beraber, içtimaî hayatın bu günkü halinde bu metinler kâfi gelmektedir.

Haksız fiilden doğan mesuliyeti düzenleyen bu beş madde iki guruba ayrılmaktadır: ilk iki madde (1382—1383) cürüm ve şibih cürmü tasrih etmektedir. Fransız mahkeme içtihadlarile pek ziyade işlenmiş bulunan öteki üç madde (1384 — 1386) bazı kusur karineleri tesis etmek suretile haksız fiilden doğan mesuliyet mefhumunu genişletmektedir. Haksız fiilden doğan mesuliyet bahsinde, Fransız medenî kanunu kusur esasına dayanır. Bundan şu iki netice doğar:

1 — Başkasının fiilinden zarar gördüğünü iddia eden bir kimse bu zararın tazminini isteyebilmek için, bu fiilin faili bakımından bir kusur teşkil ettiğini ispat etmekle mükelleftir.

2 — İşlediği bir fiille başkasına zarar veren bir kimse, bu zararın kendi kusuruna müstenit olmadığını ispat ederek mesuliyetten kurtulabilmelidir. Aşağıda gösterilen halleri ispat etmelidir:

A — Zarara sebep olan fiil bir hakkın istimali mahiyetindedir.

B — Zarara sebep olan fiilin hakikî sebebi bir umulmadık hal veya bir mücbir sebebtir.

C — Zararın sebebi, zarara uğrayan şahsın kendi, fiilidir. Eğer bu fiil hem zarara uğrayan şahsın, hemde fiil failinin kusurundan

[1] PLANİOL — RİPERT — ESMEİN: no 477, S. 660. — COLİN — CAPİTANT s. 180.

[2] PLANİOL —RİPETR—ESMEİN: no 477, S. 668— COLİN — CAPİTANT: s 167

ileri gelmiş ise ortada müşterek bir kusur vardır. Zararlı fiil failinin mesuliyeti bakidir, lâkin fiil zarara uğrayan kimseye isnat edilebildiği nispette tenkis edilir.

Bununla beraber, bir kimsenin şahsî kusurundan değil lâkin o kimsenin nezareti altında bulunan veya hizmetçi; işçi, müstahdem, memur . . olarak kullandığı kimselerin fiilinden veya gerek maliki olduğu hayvanların, gerek kendisine ait bina, ağaç, sınai cihazlar . . gibi maddî şeyler sebebile doğan bir zarar bahse mevzu ise yukarda zikredilen kaide önemli istisnalara maruz kalır.

Mantıkan, bir muhafızın, bir iş sahibinin veya bir bina malikinin mesuliyetini kabul edebilmek için onun şahsî bir kusur işlediğini ispat etmek gerekdir. Lâkin böyle bir delilin ibrazı pek güç ve zarara uğrayan kimseden bu hususta bir delil serd etmesini istemek pek sert bir hüküm olurdu. Bu sıkı şart, bir çok hallerde zarara uğrayan kimseyi her türlü tazminattan mahrum etmek neticesini verirdi. İşte bunun için Fransız medenî kanunu, mezkûr hallerde beyyine külfetinden muaf tutan *kusur karineleri* tesis etti.

Mefruz kusur ya nezaret veya bakım ve muhafazadaki bir eksiklikten [1] yahut iş ile tavzif edilen kimsenin eyi seçilmemesinden [2] et ibaret sayılacaktır. Diğer taraftan bu karine daima aynı kuvveti haiz değildir. Umumiyetle alâkalıya zararın başka bir sebepten doğduğunu ispat etmek suretile bu karineyi hükümsüz bırakmak hakkı verilmektedir. Bazen, bilâkis bu karinenin hilâfına ispat salâhiyetini kaldırmakta ve böylece karineye katî bir mahiyet vermektedir. Böyle bir takım kusur karineleri kabul etmek, mesuliyetin esasını genişletmek ve mesuliyete temel teşkil eden kusur şartını ispat etmekte rastlanacak güçlükleri hafifletme bakımından mahirane bir usul teşkil eder.

B — İSVİÇRE — TÜRK B. K. Da KLASİK MES'ULİYET: [3]

Müşterek Alman hukuku, Fransız ve Alman medenî kanunları gibi İsviçre — Türk B. K. larıda kusur «Culpa» esasından hareket etmektedir: Kusurile «gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile» haksız bir suretle diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararı tazmine mecburdur. (B. K. 41/1.)

Bununla beraber kanunumuz:

1 — Bazı istisnaî hallerde (B. K. 54 ve 58) kusura dayanan mes'uliyet,

---

[1] Culpa in vigilando

[2] Culpa in eligendo

[3] Bu hususta fazla tafsilât için bakınız VON TUHR, Partie générale du code fédéral des obligations, sah. 352 ve sonrakiler.

Ahmet ARSEB ÜK : Borçlar hukuku, 1937

2 — Başka bir şahıs veya bir hayvan tarafından verilen zarar münasebetile, nezaret vazifesinden doğan bir mes'uliyet kabul etmek suretile kusura dayanan mes'uliyet esasını iki bakımdan genişletmektedir. Lâkin derhal ilâve edelimki, nezaret vazifesinden doğan mes'uliyet dahi, umumiyetle nezaretle mükellef olan şahsın bir kusurundan ileri gelir. Bununla beraber bu şahıs, kanunun kendisine yüklediği pek sıkı bir kurtuluş beyyinesini getirmezse hiç bir kusuru olmasa dahi, doğan zarardan mes'uldur. Von Tuhr'a göre nezaret vazifesinden doğan mes'uliyet aşağıdaki hallerde görülür:

a — İstihdam edenlerin «iş sahibi» mes'uliyeti, B. K. 55.

b — Aile reisinin mes'uliyeti, M. K. 333, T. M. K. 320.

c — Hükmî şahısların mes'uliyeti, İ. M. K. 55, M. K. 48 «uzuvların işlediği kusur bizzat hükmî şahıs tarafından işlenmiş sayılır. Binaenaleyh B. K. 41 tatbik olunur. Lâkin uzuvların kullandıkları işçiler hakkında B. K. 55 hükmü tatbik olunur.

V — OBJEKTİF MES'ULİYET VEYA İHDAS EDİLEN TEHLİKE NAZARİYESİ [1]

Kusura dayanan mes'uliyet nazariyesi, başta 1804 tarihli Fransız medenî kanunu olduğu halde XIX uncu yüz yılda yapılan bütün kanunlara, az çok istisnalarla, hâkim olmuştur.

Fakat XIX uncu asırda kendisini gösteren iki büyük iktisadî hadise, bir yandan büyük sanayiin akıllara hayret veren gelişmesi, öbür yandan makineleşmenin alıp yörümesi an'anevî mes'uliyetin ne kadar yetmez olduğunu açıkca göstermişti. Mahkeme içtihatları tarafından birçok mühim hallerde kusur karinesi kabul edilmek suretile mutazarrırın beyyine külfeti tahfif edilmiş ve böylece mes'uliyetin esasları genişletilmiş bulunmasına rağmen, kusura dayanan mes'uliyet esasının kifayetsizliği anlaşılıyordu. Filhakika bir kazasına uğrayan bir işçinin tazminat istihsal edebilmesi için, kazanın patron veya patron tarafından istihdam edilen bir şahsın kusurundan ileri geldiğini isbat etmek gerekiyordu. İsbat hususundaki güçlükler; kazaların çokluğu nihayet işçilerin kendilerini ihtiyatsızlık ve tedbirsizliğe sevkeden alışkalıkları yüzünden bir zarara uğrayan işçi birçok hallerde hiç bir tazminat elde edemiyordu. Bu hal, adalet hissini incitiyor, mes'uliyet nazariyesinin yeni baştan gözden geçirmek za-

[1] Responsabilité sans faute; responsabilité objective; responsabilité objective à base du risque créé; Erfolgshaftung, Gefährdungu haftung.

ruretini doğuruyordu. Ortaya yeni bir nazariye koymak, her gün tehlikeli işlerde çalışarak kendisinin ve ailesinin hayatının bin güçlükle kazanan ve sayısı gittikçe artan bir kitlenin: Fabrika, Maden, Demir yol, Elektirik işçilerinin . . . Patronlarının kusurundan ileri gelmese dahi, uğrayabilecekleri zararları karşılayacak bir mes'uliyet esası bulmak lâzımdı. Kusura dayanan mes'uliyete karşı bir aksül'amel olarak yeni bir mes'uliyet nazariyesi ileri sürüldü: *Kusura dayanmayan mes'uliyet, Millî mes'uliyet, ihdas edilen tehlikeye dayanan mes'uliyet* gibi [1] muhtelif adlarla ifade edilen yeni nazariye doktrinde bilhassa tanınmış Fransız hukukçusu R. SALEİLLES tarafından ortaya kondu ve birçok müellifler tarafından hararetle benimsendi ve müdafaa edildi.

Bu yeni nazariye yalınız nazarî bir önemi haiz değildir. XIX uncu asrın sonunda ve XX inci asrın başında birçok yeni kanunlar, sayısız mahkeme kararları, doğrudan doğruya bu yeni nazariyenin derin tesiri altında kaldılar. Ve bu tesir, zamanımızda azalmaktan çok uzaktır. Bununla beraber, yeni nazariyenin doktrinde münakaşasız kabul edildiğini sanmak yanlış olur. Bil'âkis, bu nazariye birçok itirazları dâvet etmiş bulunuyor. Aşağıdaki satırlarda önce ihdas edilen tehlike nazariyesi, sonra bu nazariyeye yapılan itirazlar toplu bir şekilde gözden geçirilecektir:

1 — OBJEKTİF MES'ULİYET NAZARİYESİ:

Bu nazariye, bugün hâkim olan mes'uliyet nazariyesinin en ehemmiyetli unsuru olan kusur mefhumunu mes'uliyet alanından çıkarıp atmak fikrine dayanır. Bu nazariye ye göre, bir fert yaptığı bir fiilin başkalarına zarar veren bütün neticelerinden *daima* mes' uldür. Zarara uğrayan kimsenin sadece bir zarara uğradığını ve bu zararla işlenen muayyen fiil arasında bir illiyet bağının mevcudiyetini isbat etmesi yeter. Demek oluyor ki, herkes, kusuru olsun olmasın, işlediği fiillerden doğan tehlikeleri üstlenmelidir. Borç kaynağı olmak itibarile tehlike (RİSQUE), kusur (Faute) fikrinin yerini almalıdır.

COLİN —CAPİTANT'a göre bu nazariye haddi zatında doğruluğu inkâr edilemez tarihî müşahedelere dayanıyor. Bu nazariye taraftarlarının iddiasına göre kusura dayanan mes'uliyet fikri bize Roma

[1] Colin — capitant: s. 172 — 173

52

hukukundan gelmektedir. Roma hukukunda mağdur tarafından takibi gereken bir suç işleyen bir kimse sırf bir suç işlemiş bulunduğu için değil, fakat aynı zamanda bir kusur dahi irtikâp ettiği için cezalandırılırdı. Roma hukukunda ceza ve tazminat fikirleri bir birinden temamile tefrik edilememişti. Bu sebepten, tazminat için de kusur aranırdı. Roma hukukundaki bu vaziyet modern kanunlarda da muhafaza edildiği için hukukî mes'uliyet kusura istinat ettirilmiştir. Halbuki bugün vaziyet Ramadakinden çok başkadır: Ceza hukuku ile medenî hukuk arasındaki ayrılık artık tam ve kat'idir. Mağdur tarafından takibi gerekli suç fikri ortadan kalmıştır. Bugünkü hususî hukuk, mamelekler arasında doğan münasebetleri tanzim eden bir hukuk koludur. Bugün haksız fiil bahsinde ortaya çıkan mesele şudur: İktisadî bir kıymetin yok olmasını veya azalmasını intaç eden bir fiil işlenirse bu fiilden doğan zararı kim çekecektir? Zarara uğrayan kimsenin mameleki mi, yoksa zarara sebep olan fiil failinin mameleki mi? Bu sorguya verilecek cevap, hiç bir şüpheye yer vermiyecek kadar açıktır. Doğan zarar, zarara sebep olan kimsenin mamelekine yükletilmelidir. Çünki, zarara sebep olan hâdise esnasında karşı karşıya bulunan iki şahıstan *mutazarrır* zararın vukuuna mani olacak durumda değildi; Halbuki zararlı fiili işleyen kimse, velev hareket etmemek suretile de olsa, bu zarara daima mani olabilirdi. Yine, bu iki şahıstan mutazarrır, kendisine zarar veren fiilin yapılmasından hiç bir fayda beklemezken, zararlı fiili işleyen kimse bu teşebbüs veya fiilden bir kâr veya haz elde etmek vaziyetindedir. Şu halde, her türlü kusurdan beri olsa da, zararlı teşebbüs sahibinin, fiilinden doğan zararı tazmin etmesi pek haklı bir keyfiyettir. Başka deyimle, hareket eden, faaliyette bulunan kimse, hareketinin, faaliyetinin tehlikelerine tahammül etmelidir. Ceza mefhumile ilgili bulunan kusur mefhumu artık hususî hukukta yer bulmamalıdır. Bu suretle JHéİNG'in şu derin cümlesi hakikat haline geliyor: (kusur fikrinin tarihî tekâmülü devamlı bir ilga ile hulâsa edilebilir.)

2 — Objektif mes'uliyet nazariyesinin tenkidi:

Objektif mes'uliyet nazariyesi doktrinde kuvvetli itirazlara uğramıştı. Mevzuun iyice aydınlanması için bu itirazları kısaca aşağıya naklediyoruz:

1— Fransız müelliflerinden COLİN — CAPİTANT, yeni na- zari yeyi, tehlikeli ve haksız neticeler doğuracağını ileri sürerek reddetmektedirler. Bu müelliflere göre, objektif mes'uliyet esası, bütün

teşebbüs kabiliyetini öldürmek, hatta medenî hukukun esası olan fertci telâkkiyi yıkmağa müncer olabilir. «İnsanlar, haklı olsun olmasın bütün fiillerinin sonuçlarına katlanmalı, bu fiillerin başkalarına verdiği zararları tazmin etmelidir, çünki herkes fiilinin ihdas ettiği tehlikeyi üstlenmelidir.» şeklinde bir muhakeme yörütmek, bu müelliflerin düşüncesine göre insanın her türlü faaliyete sırt çevirmesini, istemek demek olur. İktisatta servetin tevziinde adâletine hâkim olması istediği gibi hukukta risklerin (tehlike) tevziinde de nısfetin hüküm sürmesi arzu edilir. Fakat gerek, istihsâl gerek her türlü istihsâlin kaynağı olan insan faaliyeti bu adâlet ve nısfete feda edilmemelidir. Bir kimsenin kendisine ait olan eşyanın sebebiyet verdiği zarardan — bu eşya mahiyeti icabı tehlikeli olduğu zaman — kanun tarafından berveçhi peşin mes'ul edilmesini tasavvur kâbildir. Gerçekten, böyle tehlikeli bir şeyi, zarar doğurabileceği bir muhite idhal edip etmemek o şey sahibinin elinde olan bir keyfiyettir; hatta her mülkiyet hakkı, bahşettiği faydalarla birlikte külfetler de tazammun eden bir monopol teşkil eder denebilir. Lâkin, kendisine hiç bir tedbirsizlik atfedilemediği halde, bir kimseyi fiillerinin neticelerinden daima mes'ul sayacak, ifa eylediği haklı fiillerin başkalarına zararlı sonuçlarından dolayı her yurttaşı bir nevi âmme sigortacısı haline sokmak fazla ileri gitmek olur. Sonra, faaliyette bulunup bulunmamak bir kimsenin elindedir diye iddia olunabilir mi? Şüphesiz, hayır. Faaliyette bulunmak zarureti bir kimse için öyle bir mücbir sebeptir ki isbat edilen her hangi bir kusuru dışında bu kimsenin tamamen ibrasını intaç etmelidir.

2 — Diğer bir itiraz, doğrudan doğruya risk (tehlike) nazariyesinin esasına müteveccihtir. Bu nazariyeye göre, her zarar, bir faaliyetin eseridir; bir zarar vukuunda, zarara sebep olan hareket ve faaliyet ise kazaya sebep olan kimsenin hareketidir. Lâkin bir zararın sebebi arasındaki bağı tesbit etmek bazan güç ve hatta imkânsızdır. Filhakika bir kaza, ayrı ayrı iki faaliyetin çatışmasından doğan bir neticedir. Bir misâl alalım: Sokakta yörürken atılan bir taşla yaralandığımızı farzedelim. Bu yaralanma hadisesi atılması keyfiyetine değil, aynı zamanda hareketiniz neticesinde sizin yalnız taşın mahreki üstünde bulunmanıza da bağlıdır. Herkesin kendi faaliyetinin neticelerine, tahammül etmesi lâzımsa, bir birile çatışan bu iki faaliyet ve hareketten birisini zararın sebebi olarak tayin etmek zarureti de vardır. Lâkin hangisini? Klâsik nazariye, her iki faaliyeti süpjektif bakımdan tahlil ediyor ve mes'uliyetin kusurlu faaliyete düşeceğini bildiriyordu, bu kıstası reddetmek lâzımsa yerine

54

yeni bir kıstas bulmak icap eder ve bu, hiçte kolay birşey değildir: İş kazalarında veya maddî bir şeyin işe karıştığı kazalarda mesele halledilebilir; kazanın vukua gelmesindeki asıl payın makine veya şeye raci olduğu kabul edilebilir. Lâkin, bu hallerin dışında, an'anevî *kusur nazariyesi* yerine *tehlike nazariyesini* koymak isteyen müellifleri pekde meşgul etmez gibi görünen, bu müşkilin nasıl halledileceğini kestirmek zordur. [1]

3—Tehlike nazariyesine, tazminatın ahlâkî temelini sarsması bakımından da itiraz olunmaktadır. Deniliyorki: tehlike nazariyesi, hukukî mes'ulizetin esasını izah ve bu esasın neticelerini tenvir eden ahlâkî fikri ortadan kaldırmaktadır. Tazmin ve telâfi fikri, insanlığın en eski aklâkî fikirlerinden birisidir. [2] Tazminatın gerektiği hallerle tazminatın şümulünü tayin ederek kanun ahlâkî fikri teyit eder. Tazmin fikri yerine tehlike mefhumunu koymakla bu ahlâkî esas ortadan kalkar. Sonra, bu kabil bir yeniliğin hukuk bakımından bir ilerleme teşkil ettiği de doğru değildir. Çünki, güdülen gaye yaratılan bir tehlikeyi temin etmekten ibaret ise, sigortalar bu işi mükemmelen başarabilirler. [3]

4— Esasen P. Esmein, sigorta ve yardım ile mes'uliyet fikrinin bir birine karıştırıldığını; ihdas edilen tehlike veya kusursuz mes'uliyet esasını kabul eden kanunların birer mes'uliyet kanunu değil belki bir yardım veya sigorta kanunu olduğunu iddia [4] ve haksız fiilden doğan mes'uliyetin kusur fikrine dayanması gerektiğinde ısrar ediyor. Diğer cihetten, risk esasını kabul eden kanunların tatbikatta kabili tahammül olmaları için tazminat mikdarının mutedil ve kazaya uğrayan kimsenin alacağını temin için mecburî sigortalar tesisini zarurî görmektedir. [4]

IV — Objektif mes'uliyet nazariyesinin tatbikatı

Opjektif mes'uliyet nazariyesinin tatbikatını, önce bu mesele hakkında çok çalışmış olan Fransada, sonra Türkiyede görmek lâzımdır. BU münasebetle, idare hukuku [5] sahasında kusursuz mes'uliyet

[1] GEORGES RİPERT, La règle morale dans les obligations civiles, No. 23.

[2] PLANİOL — RİPERT — ESMEİN : Des obligations p. 666, No. 480.

[3] PLANİON — RİPERT — ESMEİN : SAHİFE 66?, No. 482.

[4] AYNI ESER, s.669, 485.

[5] Camianın, hiç bir kusur işlemese dahi, nafia işleri, iğtişaş, gibi bazı hadiselerin fertlere verdiği zararı tazmin etmesi adâlete uygun görülmektedir. COLİN — CAPİTANN bu hadiseleri şu guruplara ayırmaktadır: 1 — *Nafıa işlerinde devlet şûrası tarafından kabul edilen haller :*

esasının tatbikatının bahsimizden hariç bulunduğunu kaydedelim. İdare hukuku kusursuz mes'uliyet ulusal tesanüt düşüncesile haklı gösterilmektedir.

Faransada hususî hukuk alanında kusursuz musuliyeti tesis eden bilhassa şu iki kanundur:

I - İŞKAZALARINDAN DOGAN MESULİYETE MÜTEALLİK KANUN

9 nisan 1898 tarihli fransız kanunu işin sebep olduğu veya iş yüzünden vukua gelen bir kazadan zarar gören işciye patron tarafından bir tazminat verilmesini mükellefiyetini tesis etmiştir. [2] BU kanuna göre, patron bilinmeyen ve bilhassa işcinin kusurundau ileri gelen kazalardan doğan zararı tazmin ile mükelleftir. Çünki kaza meslekî bir risktir (un risque de la profession). Bu tehlikeye iki akidin, yani patron ve işcinin aynı zamanda katlanması doğru olur. Çünki görülen işlerden patron temettü, işci de ücret almak suretile istifade etmektedirler. Çalışma kabiliyetinin kaza neticesinde azalma derecesine göre kazaya uğrayan işciye veya ailesine geregen tazminat mıktarını kanun toptan bir meblağ olarak tesbit etmektedir. Bu tazminat patrona yükletilmiştir. Lâkin, esas itibarile, işcinin maruz kaldığı zararın tamamına tekabül etmze; zarar ile toptan tazminat arasındaki tark, işcinin uhdesine düşen tehlike payı sayılmıştır.

Nafia işlerinin ifası münasebetile komşu milklere verilen devamlı ve anormal zararları, hiç bir kusuru olmamasına rağmen *idare* tazmin ile mükelleftir.

2: *Yeni hususî kanunların ortaya koyduğu haller:*

A — 16 eylül 1914 tarihli kanun: Bu kanun komünler dahilinde tecemmüler tarafından silâhlı veya silâhsız açıkça ve cebri şiddetle emlâk ve eşhasa karşı zararlara taalluk etmektedir. Bu kanuna göre zararın yarısını içtimaî tehlike münasebetile Devlet, diger yarısını, kendisine hiç bir husur isnat edilemese bile, komün verecektir.

B — 17 nisan 1912 ve 24 HAZİRAN 1924 tarihli kanunlar harbin külfetleri karşısında bütün fransızların tesanüdünü ilân ederek harpten zarar görenlere tam bir tazminat vermektedir.

C—3 mayıs 1921 tarihli kanun mühimdir. Milli müdafaa için çalışan hususî müessese, faprika veya işletmelerde, devlet tezgâhlarında, harp gemilerinde, mühimmat depolarında bulunan, patlayıcı, kemirici, zehirli cisimlerin patlaması parlaması. neticesinde doğan zararlar, umumiahkâma göre tazmin edilemezse Devletçe ödenir. Devltin kusurlu üçüncü şahıslara karşı rücu hakkı mahfuzdur. Rücu hakkı bahse mevzu olduğu nisbette yeni bir risk ihdas etmektedir: millî müdafaa işinden doğan rızk.

BİZDE, D. D. Y. ve limanları memur ve müstahdeminine verilecek tazminat hakkında 2847 kanuna ve bu kanuna dayanan nizamnamenin m 35, f. 2 sinde muvakkat amele ve müstahdemlerden kazaya uğrayarak ölenlerin mırasçılarına âzami 500 ve mâlûl kalanlara nafia vekilinin tensibi ile azami 500 lira tazminat verilir.

Kasden zarara sebep olan işçi kanunun himayesinden istifade edemez; mazur görülemeyen kusur halinde hâkim tazminat miktarını indirir. İşçinin sair kusurları bu kanunun tatbiki bakımından haizi tesir değildir, Patron veya patron yerine idare başında bulunan kimsenin mazur görülmiyen kusuru işçiye verilecek tazminat miktarını (ki bu tazminat toptandır) artırır. [1]

2 — *Hava seyrü sefer kanunu:*

31 mayıs 249 tarihli Fransız seyrü sefer kanunu hava gemileri tarafından sebebiyet verilen zararların tazminini düzenlemektedir. Bu kanunun 53 üncü maddesine göre, hareket halinde bulunan veya bu gemiden, mücbir sebeple olsa dahi, ayrılıp düşen veye atılan şeyler tarafından yerde bulunan şeylere verilen zarardan dolayı hava gemisinin işleticisi mesuldur. Bu mesuliyet, ancak zarara uğrayan kusurunun sabit olması ile bertaraf edilebilir.

Hava seyrü seferinin üçüncü şahısları maruz bıraktığı tehlikenin pek büyük oluşu ve bu şahıslar için mezkûr tehlikeden kaçınmak imkânının mevcut bulunmayışı bu hususta kusursuz mesuliyet esasının kabulüne saik olmuştur. Mesuliyet hava gemisinin işleticisine aittir; işletici kendi adamlarının yolcuların fiilinden, onlara karşı rücu hakkı mahfuz kalmak şartı ile, mesuldur.

Hareket halinde bulunan bir hava gemisi tarafından başka bir hava gemisine verilen zarardan mesuliyet umumî hükümlere tabidir. (52) Hava gemisi işleticisinin müşterileri, yani naklettiği şahıslar ve eşya muvacehesindeki mesuliyette aynı hükümlere tabidir (41 — 48).

B — Bizde:

Bizde borçlar kanununun istisnaî hükümlerini bir tarafa bırakarak, [2] kusursuz mesuliyet esasını teyit eden üç metin üzerinde duracağız: Maadin nizamnamesi, 151 sayılı kanun ve hava seyrüsefer kanunu projesi.

---

[1] Bu 1898 tarihli kanun hakkında tafsilât için bakınız: PLANİOL RİPERT ESMEİN:Desobgations, s. 950. — CAPİTANT — CUCHE: PRECİS DE LEGİSLATİON İNDUSTRİELLE.

Bu kanun sınaî müesseselerde, Patlayıcı maddeler yapan veya işleyen, motor kullanan işletmelerde çalışan işçi ve müstahdemlere tatbik edilmek üzere hazırlanmışlı. Fakat sırasile, ticarî teşebbüslerde vukua gelen kazalara, bazı meslekî hastalıklara, ziraî işletme kazalarına, ev hizmetçilerine teşmil edildi. Bugün bu kanunun şümulünden hariç kalanlar yalnız serbest bir meslek icra eden bir patron yanında çalışan işçilerdir: Avukat kâtipleri gibi...

[2] Bakınız: COLİN — CAPİTANT: S. 218. P. ESMEIN'e göre, tazminatın toptan tesbit edilmesi iş sahibine yükletilen tazmin borcunu kabili tahammül bir hale getirmek gayesine matuftur. s. 957, n. 703

1 — *Maden kazalarından doğan mes'uliyet:* [1]

a) *Maadin nizamnamesi:*

Bizde, eğer aldanmıyorsak, kusursuz mesuliyet nazariyesinin ilk tatbikatı madenler ve madenlerde vukubulan kazalara mütaallik hükümleri muhtevi olan maadin nizamnamesinin 78 inci maddesidir:

(Bir madende imalâttan dolayı kazazede olanlara ve ailelerine verilmek üzere mahkemelerce hükmolunacak tazminatı mültezimler ifaya mecbur olacaklardır. Ve kazanın vukun madenin suiidaresinden ve fennen lâzım olan şeylerin noksanından neşetmiş ise... başkaca cezaî nakdi dahi alınır.)

Bu maddeye göre, maden kazalarında işletmenin kusuru olup olmasına göre bir tefrik yapmak lâzımdır:

aa) Maden işletmesinin kusuruna dayanmıyan kazalar; maden işletmesi kazaya uğrayan işçiye veya ailesine bir tazminat vermekle mükelleftir. İşletme kazada tedbir noksanı veya suiidare bulunmadığını, yani kazadan dolayı kendisine hiç bir kusur isnat edilemiyeceğini isbat dahi edemez.

bb) İşletmenin kusuruuna dayanan kazalar: maden işletmesi, kazaya uğrayan işçiye veya ailesine tazminat vermekle beraber ayrıca 50 altından 100 altına kadar para cezasına da mahkûm edilir.

Görülüyorki, maden kazalarında tedbir noksanı, sui idare, bir kelime ile, maden işletmesinin kusuru olup olmadığı ancak cezaî bakımdan araştırılır; yoksa kaza sebebile zarar görenlerin tazmini için kusurun mevcudiyetini isbata hacet yoktur.

b) *151 Sayılı kanuna göre mesuliyet:*

Maadin nizamnamesi hükümlerini Ereğli kömür havzası için değiştiren 10 eylûl 337 tarih ve 150 sayılı kanunda konumuzu ilgilendiren hükümler ihtiva etmektedir. Filhakika, bu kanunun 7 inci maddesi maadin nizamnamesi tarafından konulan kusursuz mesuliyet esasını muhafaza ettiği gibi, kazaya uğrayanların tazminat dâvaları bakımından daha koruyucu hükümler koymaktadır. Burada da maden işlerinden dolayı kazaya uğrayan işçiler, vefatları halinde mirasçıları, *mutlak olarak* fazminat hakkına malıktırler. İşletmenin kusuru ancak şirkete hükmolunacak para ceza noktasından aranır. Bu kanunun işçiyi daha iyi koruyan şu iki hükmünü belirtelim:

[1] İlâve edelim ki vaktile hükümet Meclise tevdi ettiği iş kanunu lâyihasına iş kazaları için çok koruyucu ve âdilane hükümler koymuştu. İş esnasındaki vakalar iş kazası telâkki edilmiş ve bu vakaları işçinin kasten yaptığı isbat edilmedikçe işçi veya varisleri için tedavi, irat ve tazminat hakları kabul olunmuştu. İşçinin taksiri ve hatası olsa bile kendisi veya varisleri sigorta hakkından mahrum olmayacaklar ve iratlarından birşey kaybetmiyeceklerdi. Meclis bunları içtimaî sigorta kanununa bırakıp: *O. N. UMAN:* Hukukî mesuliyet, Ad. Cer. 939 S. 1383.

aa) Ereyli kömür havzasında mâden işlerinden dolayı kaza halinde tazminat dâvası açmak hakkı kazaya uğrayan işçiye, mirascılarına tanınmıştır. Bundan başka, alâkalıların zavallılığı, ihmali yüzünden mağdur olmaması düşünülerek aynı hak amele müfettişliğine ve iktisat Vekâletine de verilmiştir. Memlektimizin gerçekleri gözönünde tutulursa, bu hüküm ileri bir içtimaî zihniyetin cidden beğenilmeğe lâyık bir verimi sayılabilir. [1]

bb) Tazminat dâvası mikdarı kaç kuruştan ibaret olursa olsun dâva sulh mahkemelerince ve temyizî kabil olmak üzere rüyet olunur. Böylece tazminat dâvaları bir çok merasimi olan asliye mahkemesine bırakılmamıştır.

2 – Yeni hava seyrüsefer kanunu projesine göre mes'uliyet:

Yeni proje, zamanımızda hava nakil vasıtalarının aldığı büyük önemi gözönünde tutarak bu vasıtaların sebep olacağı zararların tazmini meselesile de meşgul olmuş ve ikinci faslı kâmilen mes'uliyet bahsine ayırmıştır.

Mes'uliyet esası: 21/Ağustos/1936 tarihli Alman Hava seyrüsefer kanunundan bazı lüzumlu değişiklikler yapılarak aynen iktibas edilmek suretile vücuda getirilen yeni proje, aslı ve 31/Mayıs/1924 tarihli Fransız kanunu gibi, *objektif me's'uliyet* esasını kabul etmiş bulunmaktadır. Bir hava nakil vasıtasının işletilmesi sırasında bir kaza yüzünden bir kimse ölür, vücut veya sıhhati üzerinde bir zarar vukua gelir veyahut bir şey hasara uğrarsa işletici zararı tazmin etmeğe mecburdur. (28/1) Görülüyor ki işletiçi, kazanın mücbir sebep tesirinde vukua geldiğini ispat etmek suretile mes'uliyetten kurtulamıyacaktır. Lakin kaza, işleticinin haberi ve rızası olmaksızın hava nakil vasıtasının kullanılması neticesinde vukua gelmişse, kullanan kimsenin işletici yerine zararı tazmin ile mükellef olacağı kabul edilmektedir. Şu kadar ki, işletici, hava nakil vasıtasının kullanılmasına kendi kusuru yüzünden imkân vermiş bulunursa oda tazminat ile müteselsilen mes'ul olacaktır. (28/2)

Mutazarrırın kusuru:

Mes'uliyetten beraet için mücbir sebebi kâfi bir sebep saymamak suretile umumî hükümlerden ayrılan proje, zararın meydana gelmesinde mutazarrırın kusuru halinde B. K. M. 45 F. I. Tatbik edilece-

[1] Bu kanunun esbabı mucibesinden bir kaç satır: (.. İmâlattan dolayı bir daha işleyemiyecek derecede sakatlananlara ve kaza neticesinde vefat eden amele ailelerine madencinin tazminat vermesi lâzım bulunduğundan ve çünkü amelenin vesaiti maişeti, kuvveti ve âzai bedeniyesi ve hayatı olduğundan bunlardan birinin ziyaile çalışmaktan sâkit olan amele için artık sefâletten ve ıstıraptan başka hayat ve ümidi refah kalmıyacağından bu biçarelere hiç olmazsa tahfifi alâma medar olmak üzere tazminat ilası pek tabiî görülmektedir.) H. Aydıner'in yazısından aynen alınmıştır.

ğini beyan etmektedir. Şu halde, mutazarrır olan tarafın fiili zararın ihdasına veya tezayüdüne yardım ettiği veya zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde tazminat miktarı tenkis veya tazminattan büsbütün sarfınazar edilebilecektir.

Bazı hususî haller: Proje mesu'liyet esaslarını tesbit ettikten sonra, ölüm halinde zararı tazmini, vücut ve sıhhat üzerindeki zararların tazmini gibi hususlarla meşgul olmakta, her hangi bir tereddüde yer bırakmamak için bazı lüzumlu noktaları tavzih etmektedir. Burasını geçerken işaret edelim ki, projenin M. 30 F. 2 hükmü, B. K. 45/2 de kabul edilen esas ile bir ahenksizlik arzetmektedir. Projeye göre kaza anında, ölen ile üçüncü şahıs arasında öleni üçüncü şahsa *kanunen* nafaka vermekle mükellef kılan vaya mükellef kılabilecek olan bir münasebet bulunur ve ölüm yüzünden üçüncü şahıs nafaka hakkından mahrum kalırsa tazminat vermek icap eder. Projenin buhükmü Alman medenî kanununun 844 ve 845 inci maddelerine uygundur. Fakat B. K. 45/2, ölen ile üçüncü şahıs arasındaki hukukî münasebeti kale almaksızın kendisine filen yardım etmekte bulunan kimsenin vefatı halinde üçüncü şahsa tazminat hakkı vermektedir. Hâdiselerin gerçekliğini hesaba katan ve nısfet hissine cevap veren bu hükümden ayrılmakta, fikrimizce isabet yoktur.

Tazminatın azamî haddı: Hava nakil vasıtalarının sebebiyet verdiği zararlarda kusursuz mes'uliyet esasını kabul eden proje, bu vaziyetin işletici için pek ağır olduğunu düşünerek her kazada hava nakil vasıtasının ağırlığına göre âzamî bir tazminat hakkı kabul etmiştir. (Madde 32) Lâkin derhal işaret edelim ki, hava nakil vasıtasının işletilmesi sırasında doğan bir zarardan dolayı işleticiyi veya kullananı daha geniş mes'uliyete tâbi tutan kanun hükümleri mahfuzdur (Madde 37).

Tazminatın şekli ve tarzı: Vücut veya sıhhatı zarara uğrayan kimselerle, kendisine yardım etmekte bulunan şahsın ölümü sebebile tazminat isteyen kimselere verilecek tazminat toptan bir para (sermaye) şeklinde mi, yoksa muayyen zamanlarda ödenmesi gerekli irat şeklinde mi verilmelidir? Proje, mutazarrırı herhangi bir israf ve elden çıkarmak tehlikesine karşı korumak için, beyan edilen hallerde tazminatın irat şeklinde ve halin icaplarına göre her ay peşinen verilmesini kabul etmiştir. Bununla beraber, haklı bir sebep bulunduğu takdirde mutazarrır irat yerine toptan bir para verilmesini istiyebilecektir;

Müruru zaman Umumiyetle BK hükümlerine tâbidir (M. 34) Ancak şu iki nokta müstesnadır:

a) Mutazarrırı daha iyi korumak için müruru zaman müddeti bir yıl değil fakat iki yıl olarak kabul edilmiştir.

b) Tazminat borçlusu ile alacaklısı arasında tazminat üzerinde anlaşmak için görüşülmekte ise, görüşmenin başladığı tarihten taraflarından biri görüşmeden imtina edinciye kadar müruru zaman durur.

İhbar mecburiyeti: proje, tazminat alacaklısına bir ihbar mükellefiyeti tahmil etmektedir: Tazminat alacaklısı, zararı ve tazminat borçlusunu öğrendiğinden itibaren altı ay içinde kazayı [1] borçluya haber vermezse bu kanunun kendisine tanıdığı bütün hakları kaybeder.

Tazminat temini : Projenin en ziyade dikkate lâyık hükümlerinden birisini 38 inci maddede buluyoruz. Bu hüküm hava nakil vasıtası işleticisini, bir hava limanı veya bir hava seyrüsefer müteşebbisini, tazminat alacaklarını temin maksadile mesuliyet sigortası atfetmeğe veya para yahut kıymetli evrak şeklinde teminat yatırmağa mecbur tutmaktadır. Bu teminat veya sigortanın miktarı işleticiye salâhiyetli makam tarafından bildirilecektir.

Yeni projede mesuliyete mütaallik hükümler şu kısa izahlardan da anlaşılacağı veçhile çok açık ve ahenkli bir şekilde tesbit edilmiş bulunmaktadır.

---

[1] Projede (*zararı* haber vermezse) denilmekte ise de aslına göre bunu (kaza "Unfall„ yı haber vermezse) şeklinde anlamak lâzımdır. esasen maddenin ikinci kısmı bunu teyit eder: (haber, tazminat alacaklısına isnadı kabil olmayan bir hal yüzünden verilmemiş veya tazminat borçlusu o müddet içinde *kazayı* başka bir yoldan öğrenmiş bulunursa bu haklar kaybolmaz.)

No: 54

Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesine Tevfikan Tecil Kararı Verme Salâhiyeti

Özü: T. C. K. nun 434 üncü maddesindeki tecil kararı nın hanki merci'ce verilebileceği hakkında.

Yazan: Mitat Etem

İlk tahkikatın hitamında sorğu hâhimleri tarafından verilecek kararlar C.M.U.K. nun 191 inci maddesinde tahdiden tâdat edilmiş olmakla bunlar haricinde hiç bir suretle karar verilemiyeceği hakkında Adliye ceridesinin 941/7 sayısında sayın meslektaşım Mehmet Enginün tarafından yazılan makaledeki bazı hususlara muhâlif fikirdeyim.

C.M.U.K. numuzun 191 inci maddesi gibi, mahkemece verilecek kararlar hakkında 253 üncü maddesi de tahdidî ibare kullanmaktadır. Kanunlardaki kat'iliğin bir madde için geniş, diğer bir madde için dar manâ da alınması mantıksız olur. Vakıa ceza kanunumuzun 96 ıncı maddesile müruru zamana müteallik hükümlerinin tatbiki icap eden hallerde, ilk tahkikat safhasında men'i muhakeme, duruşma safhasında beraet kararı verilmesi mümkün olabilirse de;T.C.K. nun 434 üncü maddesinin tatbiki iktiza eden hallerde gerek 191 ve gerekse 253 üncü maddede sayılan karar nevilerinden hiç birisi mevzua uymaz. Filhakika ceza kanunumuz 434 üncü maddesinde, kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadınla maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda âmme dâvasının tecil olunacağı zikredilmektedir. Bu kabil vaziyetler ilk tahkikat safhasında ziyadesile tesadüf edilen hallerdendir. Sorğu hâkimi 191 inci maddenin tahdidî hükmüne göre hareket edecekse tecil kararını veremiyecektir. İddia olunduğu üzere men'i muhakeme kararı da veremiyecektir. Zira men'i muhakeme kararları, suç mevzuunun filî veya hukukî sebepler mülâhazasile ortadan kalkması halini gösterir. Halbuki burada suç mevzuu kararla beraber ortadan kalkmıyor, belki neticesini, müruru zamanın

hulûluna kadar erkek tarafında haksız olarak boşanmaya sebebiyet verilmediği takdirde hasıl edecektir. Böyle şarta bağlı olan bir vaziyette, verildiği an için suçun mevcudiyeti veya ademi mevcudiyetini kat'iyetle tefrik eder mahiyette olan men'i muhakeme kararının verilmesi doğru olamaz. Esasen mürurü zaman haddi dahilinde erkek tarafından haksız olarak bir boşanmaya sebebiyet verilirse tahkikata, kalındığı noktadan devam edilecek ve binaenaleyh men'i muhakeme kararları verilen hallerdeki gibi C.M.U.K. nun 204 üncü maddesindeki formaliteye tâbi tutulmıyacaktır. Bir çok arkadaşların yaptığı gibi, sorğu hâkiminin tecil kararı verebilmek saalâhiyeti bulunma dığından son tahkikatın açılmasına karar verilerek işin mahkemeye intikal ettirilmesi de kabul edilemez. Çünkü, yukarıda da arz olunduğu üzere sorğu hâkimlerine ait 191 inci madde ne kadar tahdidî ise duruşma sonunda verilecek kararlara ait 253 üncü maddede de o derece tahdidîdir. Mahkemenin ittihaz edeceği beraet veya dâvanın düşmesine dair kararlara hiç müşabehet arz etmiyen bu husus, kanunnu tahdidi manâsile hareket olunduğu takdirde tamamen muallakta kalacaktır, ne sorğu hâkimi ve ne de mahkeme bu yolda bir karar veremiyecektir. Eğer tecil kararı vermek salâhiyetini mahkemeye verecek olursak sorğu hâkimine de ayni hakkı tanımamız, aksi takdirde her ikisinin tecil kararı verememesini mutlak surette kabul etmemiz icap eder.

Yukarıda anlattığımız hususlardan vardığımız netice şudur. Ceza Muhakemeleri usulu kanunumuz; ceza kanunumuzun hususî ve istisnaî bir hükmü olan 434 üncü maddesine göre verilecek karar tarzını ihtiva etmemesi bakımından noksandır. Bu vaziyet karşısında tatbikat bakımından hiç bir mahzur görülmiyen ve 434 üncü maddenin tatbik edilebilmesi için C.M.U.K. nun 191 ve 253 üncü maddelerini tahdidî kabul etmiyeceğiz. Gerek sorğu hâkimi ve gerekse mahkeme, C. Muh.U. kanuna tevfikan değil, T. Ceza kanununun 434 üncü maddesine istinadla karar verebileceklerdir.

NO: 55

— Cezada gaye ve ceza evleri —

Yazan : Serik C. M. Umumisi
Hayri Elbeyli

Mevzuumuza — girerken cezanın ne olduğunu ve niçin suçluları cezalandırmak, serbest ve hür insanlar arasından bunları ayırmak ihtiyacını duyduğumuzu izah gerektir.

Filhakika cemiyetin yaşayabilmesi, inkişaf ve tarakkisi için onu teşkil eden fertler arasındaki münasebetlerde — esaslı bir intizam ve ahenk bulunması zaruridir. Hâdise bu zaviyeden tetkik edilecek olursa cezanın asıl gayelerinden biri içtimaî hayatın — bakası için lüzümlu olan nizam ve sükûtun ihlâl edilmesine mâni olmaktı.

Şu halde ceza, siyasi bir topluluk halinde mevzu ve gayri mevzu kanunların sınırladığı bir çerçive içinde yaşamakta olan bir heyeti içtimaiyenin müesses nizam ve sukûnunu ihlâl edenlere karşı bir reaksiyon, bir tediptir.

Ceza, bir insiyaki aksülâmel değildir. Bir kefaret te değildir. Orta çağ ilâhiyatçılarının zannettikleri gibi allaha karşı işlenmiş bir günahın telâfisi de değildir. O vicdanî, aklî ve metodik bir müdafaa hareketidir. Cemiyet onun vasıtasiyle kendi teşkilâtı, bizzat kendi mevcudiyti içinde kendisini tehdit eden — fenalığa kaaşı — aksülâmelde bulunur, kendisini zarara uğratan fenalığın tekerrürünü bertaraf etmek ister.

Her suçlu kanun ve nizamlara aykırı olarak — icra ettiği bir fiille yani işlediği suçla mensup bulunduğu heyeti içtimaiyenin müesses nizam ve huzurunu ihlâl — etmektedir. Filhakika bir — katil bir kimseyi öldürmekle hem hey'eti içtimaiyenin ve hemde o fert ve ailesinin huzur ve sukûnunu ihlâl etmiş oluyor. Katilin bu hareketine karşı bir reaksiyonun meydana gelişi tabiidir. Cemiyet ve o ferdin — ailesi bunun intikamını almak isteyecektir. Katili cezalandırmayı — istemekle elde etmeyi düşündüğümüz neticeler tek değildir. Heyeti içtimaiye ve mağdur olan aile intikamını almak isterken bir taraftan da cemiyetin diğer başka gayeleri olacağı muhakkaktır.

Suçluya ceza tayin etmekle ayni zamanda diğer şahıslarda korkutulmak istenilmektedir. Kanun vazı bu suretle suç işlemeği düşünenlerin cesaretini kırmak ve zararlarını daha evvelden önlemeyi istemektedir.

Cezanın korkutucu kıymetini Beccaria cezanın esasından saymaktadır. Bu düşünce pek eski bir maziye sahiptir.

Platen «diğerlerinin suç işlemekten men'i için suçluyu mahkûm etmek adâletimizin bir teamülüdür. Aksi halde kusur edenleri mahkûm etmek abes olacaktı. Zira yapılan şey geri alınmaz, fakat bu bir daha ayni şeyi yapmamaları veya başkalarının suç işlemekten kaçınmaları içindir. Asılan islah olunmaz onun vastasiyle diğerleri islâh olunur.» der. Ayni zamadda katilin bu fiili ile maşeri vicdanda yaşayan adâlet duyğusuda inciltilmiş olmaktadır. Suçun işlenmesi ile husule gelen adâletsizliğin giderilmesi, diğer tabirle adâletin yerine gelmesi mukabili olan cezanın verilmesile kabildir. Fakat ceza hukukunun son inkişaflariyle cezanın (– islâh gayesi) çok büyük bir önem kazanmıştır.

Pozitivist mektebe göre müşterek hayatın devamı ve medeniyetin inkişafı için tehlike teşkil eden şahısların hareketlerini önlemek ve bunları islâh etmek gerektir. Pozitivistler biraz daha ileri giderek klâsik mektebe karşı ceze hukukunda gaye suçun kemiyet, keyfiyet ve vahamet derecesile mütenasip bir ceza tayin ve tatbik ederek giderilmiş olan adâletin yerine getirilmesini temin etmek olmayup suçlunun içinde yaşadığı cemiyet için husule getirdiği tehlikeli halile mütenasip bir tetbiri bu hal geçinceye kadar tatbik ederek önlemeyi temin etmektir.) demektedirler.

Görülüyorki devletin hey'eti içtimaiyenin nizam ve sukûnunu ihlâl eden antisociale hareketleri önlemek ve faillerini cezalandırması meşru ve lüzumludur.

Pozitivist mektebin büyük bir önem verdiği suçlunun islâh ve terbiyesi hakkındaki fikirler 1914 — 918 dünya harbinden sonra ileri cemiyetlerde cezanın en ehemmiyetli gayesi mevkiine yükselmiştir. (mücrimin islâh ve terbiye olunabilir) düşüncesi bu gün bir çok kültürlü cemiyetlerde ve onların ceza evleri nizamnamelerinde esaslı şekilde yer bulmuştur. Bu gün suçlunun islâh ve terbiye olunabilir olduğu hakkındaki fikir ve düşünceler eskiden olduğundan pek çok farklıdır. Şartları temin edildiği takdirde bir gün onunda diğer vatandaşlar derecesinde hey'eti içtimaiyeye faydalı olacağı ve onların arasına yeniden karışmakla hiç bir tehlike yaratmayacağı bilhassa amerika birleşik cumhuriyet devletlerinin pek çoğunda yüksek bir muvaffakiyet kazanmıştır.

Önce nazariye sahasında zafer tâcını geymiş olan bu fikir yavaş yavaş her cemiyetin ceza evleri nizamnamesine esas olmaktadır. (İspanya ceza evleri nizamnamesi gibi).

Burada şu fikrimizi hemen söylemek isteriz ki; nadir müstesnalar bertaraf edilecek olursa her mücrim muhit ve şartları temin edildiği takdirde islah olunur yani cemiyet için faydalı bir unsur diğerine karşı anormal fiil ve haraketler icarasından ayrılarak cemiytin nizam ve ahengine karşı varlığında bir uyuş fikriyle cemiyete yeniden dönebilir bizi mücrimler islah olunanaz düşüncesine götüren sebebler bertaraf edilecek olursa hakikatı daha kolay sezer ve anlarız. Bunun için önce şunu münakaşa etmemiz lâzımdır.

Mücrimin suç işlediğinden sonra tâbi olduğu şartlar onun içtimaî ve piskolojik duyğularını acaba nasıl bir inkişafa doğru hazırlamaktadır. Hiç tereddüt etmeden söyliyeceğiz ki; bu günkü şartlar altında menfi bir inkişafa doğru götürmektedir. Bu ise tabiidir. Denilebilir ki; tesadüfen bir suç işlemiş olan bir şahıs tabi kılındığı şartlar neticesinde bilâhere serbest olarak cemiyete döndüğü zaman başladığından daha antisocial bir ruh kazanmış haldedir. Cezanın — hükmolunmasyile yeni girdiği yani yeni başladığı hayatın bâşladığı içtimaî ve tabiî şartları onu islah eden bir terbiyeye doğru değil bilâkis içtimaî ve ferdî ahlâk bakımından bozuluşa doğru götürmektedir. Zamanımızda ileri milletlerin ceza — siyasetinde pek büyük önem kazanmış olan islah ve terbiye gayesi nasıl tahakkuk ettirilecektir yani bu gayeye nasıl bir yol takibile vasıl olabileceğiz.

Cezanın bu gayesine bizi götüren yekâne tarik ceza evleri siyasetimizdir. Burada ancak esas tellerini izah ve ana hatlarını vereceğimiz sistemin tatbikile bu yüksek gayeye varılacağını zannediyoruz. Cezanın tayin ve bunun infazında kısaca aşağıda göstereceğimiz esaslar kabul edildiği takdirde iyi neticilere varıldığı bu gün bir çok müterakki cemiyetlerin tecrübelerile anlaşılmıştır.

Halen bir çok milletlerin ceza hukukunun esas karekterini tayin eden şu prensiptir. Cezanın tayininde suçlunun şahsiyet ve yaşayış hali ve piskolojik varlığı hiç bir suretle düşünülmiyerek sahip olduğu kabul edilen serbest idare ve ihtiyarinin neticesinde işlediği fiil ve haraketinin kemiyet, keyfiyet, vahamet derecesi nazara alınarak bununla mütenasip olarak bir ceza tayin etmektir. Yani ceza kanunlarında, şu fiil ve hareketi yapmış olanlara — şu kadar, şu fiili yapmış olanlara da şu kadar ceza tayin olunur denilmektedir. Hâkim cezanın tayininde suçlu-

2 — Başka bir şahıs veya bir hayvan tarafından verilen zarar münasebetile, nezaret vazifesinden doğan bir mes'uliyet kabul etmek suretile kusura dayanan mes'uliyet esasını iki bakımdan genişletmektedir. Lâkin derhal ilâve edelimki, nezaret vazifesinden doğan mes'uliyet dahi, umumiyetle nezaretle mükellef olan şahsın bir kusurundan ileri gelir. Bununla beraber bu şahıs, kanunun kendisine yüklediği pek sıkı bir kurtuluş beyyinesini getirmezse hiç bir kusuru olmasa dahi, doğan zarardan mes'uldur. Von Tuhr'a göre nezaret vazifesinden doğan mes'uliyet aşağıdaki hallerde görülür:

a — İstihdam edenlerin «iş sahibi» mes'uliyeti, B. K. 55.

b — Aile reisinin mes'uliyeti, M. K. 333, T. M. K. 320.

c — Hükmî şahısların mes'uliyeti, İ. M. K. 55, M. K. 48 «uzuvların işlediği kusur bizzat hükmî şahıs tarafından işlenmiş sayılır. Binaenaleyh B. K. 41 tatbik olunur. Lâkin uzuvların kullandıkları işçiler hakkında B. K. 55 hükmü tatbik olunur.

V — OBJEKTİF MES'ULİYET VEYA İHDAS EDİLEN TEHLİKE NAZARİYESİ [1]

Kusura dayanan mes'uliyet nazariyesi, başta 1804 tarihli Fransız medenî kanunu olduğu halde XIX uncu yüz yılda yapılan bütün kanunlara, az çok istisnalarla, hâkim olmuştur.

Fakat XIX uncu asırda kendisini gösteren iki büyük iktisadî hadise, bir yandan büyük sanayiin akıllara hayret veren gelişmesi, öbür yandan makineleşmenin alıp yörümesi an'anevî mes'uliyetin ne kadar yetmez olduğunu açıkca göstermişti. Mahkeme içtihatları tarafından birçok mühim hallerde kusur karinesi kabul edilmek suretile mutazarrırın beyyine külfeti tahfif edilmiş ve böylece mes'uliyetin esasları genişletilmiş bulunmasına rağmen, kusura dayanan mes'uliyet esasının kifayetsizliği anlaşılıyordu. Filhakika bir kazasına uğrayan bir işçinin tazminat istihsal edebilmesi için, kazanın patron veya patron tarafından istihdam edilen bir şahsın kusurundan ileri geldiğini isbat etmek gerekiyordu. İsbat hususundaki güçlükler; kazaların çokluğu nihayet işçilerin kendilerini ihtiyatsızlık ve tedbirsizliğe sevkeden alışkalıkları yüzünden bir zarara uğrayan işçi birçok hallerde hiç bir tazminat elde edemiyordu. Bu hal, adalet hissini incitiyor, mes'uliyet nazariyesinin yeni baştan gözden geçirmek za-

[1] Responsabilité sans faute; responsabilité objective; responsabilité objective à base du risque créé; Erfolgshaftung, Gefährdungu haftung.

ruretini doğuruyordu. Ortaya yeni bir nazariye koymak, her gün tehlikeli işlerde çalışarak kendisinin ve ailesinin hayatının bin güçlükle kazanan ve sayısı gittikçe artan bir kitlenin: Fabrika, Maden, Demir yol, Elektirik işçilerinin . . . Patronlarının kusurundan ileri gelmese dahi, uğrayabilecekleri zararları karşılayacak bir mes'uliyet esası bulmak lâzımdı. Kusura dayanan mes'uliyete karşı bir aksül'amel olarak yeni bir mes'uliyet nazariyesi ileri sürüldü: *Kusura dayanmayan mes'uliyet, Millî mes'uliyet, ihdas edilen tehlikeye dayanan mes'uliyet* gibi [1] muhtelif adlarla ifade edilen yeni nazariye doktrinde bilhassa tanınmış Fransız hukukçusu R. SALEİLLES tarafından ortaya kondu ve birçok müellifler tarafından hararetle benimsendi ve müdafaa edildi.

Bu yeni nazariye yalnız nazarî bir önemi haiz değildir. XIX uncu asrın sonunda ve XX inci asrın başında birçok yeni kanunlar, sayısız mahkeme kararları, doğrudan doğruya bu yeni nazariyenin derin tesiri altında kaldılar. Ve bu tesir, zamanımızda azalmaktan çok uzaktır. Bununla beraber, yeni nazariyenin doktrinde münakaşasız kabul edildiğini sanmak yanlış olur. Bil'âkis, bu nazariye birçok itirazları dâvet etmiş bulunuyor. Aşağıdaki satırlarda önce ihdas edilen tehlike nazariyesi, sonra bu nazariyeye yapılan itirazlar toplu bir şekilde gözden geçirilecektir:

1 — OBJEKTİF MES'ULİYET NAZARİYESİ:

Bu nazariye, bugün hâkim olan mes'uliyet nazariyesinin en ehemmiyetli unsuru olan kusur mefhumunu mes'uliyet alanından çıkarıp atmak fikrine dayanır. Bu nazariye ye göre, bir fert yaptığı bir fiilin başkalarına zarar veren bütün neticelerinden *daima* mes' uldür. Zarara uğrayan kimsenin sadece bir zarara uğradığını ve bu zararla işlenen muayyen fiil arasında bir illiyet bağının mevcudiyetini isbat etmesi yeter. Demek oluyor ki, herkes, kusuru olsun olmasın, işlediği fiillerden doğan tehlikeleri üstlenmelidir. Borç kaynağı olmak itibarile tehlike (RİSQUE), kusur (Faute) fikrinin yerini almalıdır.

COLİN —CAPİTANT'a göre bu nazariye haddi zatında doğruluğu inkâr edilemez tarihî müşahedelere dayanıyor. Bu nazariye taraftarlarının iddiasına göre kusura dayanan mes'uliyet fikri bize Roma

[1] Colin — capitant: s. 172 — 173

hukukundan gelmektedir. Roma hukukunda mağdur tarafından takibi gereken bir suç işleyen bir kimse sırf bir suç işlemiş bulunduğu için değil, fakat aynı zamanda bir kusur dahi irtikâp ettiği için cezalandırılırdı. Roma hukukunda ceza ve tazminat fikirleri bir birinden temamile tefrik edilememişti. Bu sebepten, tazminat için de kusur aranırdı. Roma hukukundaki bu vaziyet modern kanunlarda da muhafaza edildiği için hukukî mes'uliyet kusura istinat ettirilmiştir. Halbuki bugün vaziyet Ramadakinden çok başkadır: Ceza hukuku ile medenî hukuk arasındaki ayrılık artık tam ve kat'idir. Mağdur tarafından takibi gerekli suç fikri ortadan kalmıştır. Bugünkü hususî hukuk, mamelekler arasında doğan münasebetleri tanzim eden bir hukuk koludur. Bugün haksız fiil bahsinde ortaya çıkan mesele şudur: İktisadî bir kıymetin yok olmasını veya azalmasını intaç eden bir fiil işlenirse bu fiilden doğan zararı kim çekecektir? Zarara uğrayan kimsenin mameleki mi, yoksa zarara sebep olan fiil failinin mameleki mi? Bu sorguya verilecek cevap, hiç bir şüpheye yer vermiyecek kadar açıktır. Doğan zarar, zarara sebep olan kimsenin mamelekine yükletilmelidir. Çünki, zarara sebep olan hâdise esnasında karşı karşıya bulunan iki şahıstan *mutazarrır* zararın vukuuna mani olacak durumda değildi; Halbuki zararlı fiili işleyen kimse, velev hareket etmemek suretile de olsa, bu zarara daima mani olabilirdi. Yine, bu iki şahıstan mutazarrır, kendisine zarar veren fiilin yapılmasından hiç bir fayda beklemezken, zararlı fiili işleyen kimse bu teşebbüs veya fiilden bir kâr veya haz elde etmek vaziyetindedir. Şu halde, her türlü kusurdan beri olsa da, zararlı teşebbüs sahibinin, fiilinden doğan zararı tazmin etmesi pek haklı bir keyfiyettir. Başka deyimle, hareket eden, faaliyette bulunan kimse, hareketinin, faaliyetinin tehlikelerine tahammül etmelidir. Ceza mefhumile ilgili bulunan kusur mefhumu artık hususî hukukta yer bulmamalıdır. Bu suretle JHéİNG'in şu derin cümlesi hakikat haline geliyor: (kusur fikrinin tarihî tekâmülü devamlı bir ilga ile hulâsa edilebilir.)

2 — Objektif mes'uliyet nazariyesinin tenkidi:

Objektif mes'uliyet nazariyesi doktrinde kuvvetli itirazlara uğramıştı. Mevzuun iyice aydınlanması için bu itirazları kısaca aşağıya naklediyoruz:

1— Fransız müelliflerinden COLİN — CAPİTANT, yeni nazariyeyi, tehlikeli ve haksız neticeler doğuracağını ileri sürerek reddetmektedirler. Bu müelliflere göre, objektif mes'uliyet esası, bütün

teşebbüs kabiliyetini öldürmek, hatta medenî hukukun esası olan fertçi telâkkiyi yıkmağa müncer olabilir. «İnsanlar, haklı olsun olmasın bütün fiillerinin sonuçlarına katlanmalı, bu fiillerin başkalarına verdiği zararları tazmin etmelidir, çünki herkes fiilinin ihdas ettiği tehlikeyi üstlenmelidir.» şeklinde bir muhakeme yörütmek, bu müelliflerin düşüncesine göre insanın her türlü faaliyete sırt çevirmesini, istemek demek olur. İktisatta servetin tevziinde adâletine hâkim olması istediği gibi hukukta risklerin (tehlike) tevziinde de nısfetin hüküm sürmesi arzu edilir. Fakat gerek, istihsâl gerek her türlü istihsâlin kaynağı olan insan faaliyeti bu adâlet ve nısfete feda edilmemelidir. Bir kimsenin kendisine ait olan eşyanın sebebiyet verdiği zarardan — bu eşya mahiyeti icabı tehlikeli olduğu zaman — kanun tarafından berveçhi peşin mes'ul edilmesini tasavvur kâbildir. Gerçekten, böyle tehlikeli bir şeyi, zarar doğurabileceği bir muhite idhal edip etmemek o şey sahibinin elinde olan bir keyfiyettir; hatta her mülkiyet hakkı, bahşettiği faydalarla birlikte külfetler de tazammun eden bir monopol teşkil eder denebilir. Lâkin, kendisine hiç bir tedbirsizlik atfedilemediği halde, bir kimseyi fiillerinin neticelerinden daima mes'ul sayacak, ifa eylediği haklı fiillerin başkalarına zararlı sonuçlarından dolayı her yurttaşı bir nevi âmme sigortacısı haline sokmak fazla ileri gitmek olur. Sonra, faaliyette bulunup bulunmamak bir kimsenin elindedir diye iddia olunabilir mi? Şüphesiz, hayır. Faaliyette bulunmak zarureti bir kimse için öyle bir mücbir sebeptir ki isbat edilen her hangi bir kusuru dışında bu kimsenin tamamen ibrasını intaç etmelidir.

2 — Diğer bir itiraz, doğrudan doğruya risk (tehlike) nazariyesinin esasına müteveccihtir, Bu nazariyeye göre, her zarar, bir faaliyetin eseridir; bir zarar vukuunda, zarara sebep olan hareket ve faaliyet ise kazaya sebep olan kimsenin hareketidir. Lâkin bir zararın sebebi arasındaki bağı tesbit etmek bazan güç ve hatta imkânsızdır. Filhakika bir kaza, ayrı ayrı iki faaliyetin çatışmasından doğan bir neticedir. Bir misâl alalım: Sokakta yörürken atılan bir taşla yaralandığınızı farzedelim. Bu yaralanma hadisesi atılması keyfiyetine değil, aynı zamanda hareketiniz neticesinde sizin yalnız taşın mahreki üstünde bulunmanıza da bağlıdır. Herkesin kendi faaliyetinin neticelerine, tahammül etmesi lâzımsa, bir birile çatışan bu iki faaliyet ve hareketten birisini zararın sebebi olarak tayin etmek zarureti de vardır. Lâkin hangisini? Klâsik nazariye, her iki faaliyeti süpjektif bakımdan tahlil ediyor ve mes'uliyetin kusurlu faaliyete düşeceğini bildiriyordu, bu kıstası reddetmek lâzımsa yerine

yeni bir kıstas bulmak icap eder ve bu, hiçte kolay birşey değildir: İş kazalarında veya maddî bir şeyin işe karıştığı kazalarda mesele halledilebilir; kazanın vukua gelmesindeki asıl payın makine veya şeye raci olduğu kabul edilebilir. Lâkin, bu hallerin dışında, an'anevî *kusur nazariyesi* yerine *tehlike nazariyesini* koymak isteyen müellifleri pekde meşgul etmez gibi görünen, bu müşkilin nasıl halledileceğini kestirmek zordur. [1]

3—Tehlike nazariyesine, tazminatın ahlâkî temelini sarsması bakımından da itiraz olunmaktadır. Deniliyorki: tehlike nazariyesi, hukukî mes'ulizetin esasını izah ve bu esasın neticelerini tenvir eden ahlâkî fikri ortadan kaldırmaktadır. Tazmin ve telâfi fikri, insanlığın en eski aklâkî fikirlerinden birisidir. [2] Tazminatın gerektiği hallerle tazminatın şümulünü tayin ederek kanun ahlâkî fikri teyit eder. Tazmin fikri yerine tehlike mefhumunu koymakla bu ahlâkî esas ortadan kalkar. Sonra, bu kabil bir yeniliğin hukuk bakımından bir ilerleme teşkil ettiği de doğru değildir. Çünki, güdülen gaye yaratılan bir tehlikeyi temin etmekten ibaret ise, sigortalar bu işi mükemmelen başarabilirler. [3]

4— Esasen P. Esmein, sigorta ve yardım ile mes'uliyet fikrinin bir birine karıştırıldığını; ihdas edilen tehlike veya kusursuz mes'uliyet esasını kabul eden kanunların birer mes'uliyet kanunu değil belki bir yardım veya sigorta kanunu olduğunu iddia [4] ve haksiz fiilden doğan mes'uliyetin kusur fikrine dayanması gerektiğinde israr ediyor. Diğer cihetten, risk esasını kabul eden kanunların tatbikatta kabili tahammül olmaları için tazminat mikdarının mutedil ve kazaya uğrayan kimsenin alacağını temin için mecburî sigortalar tesisini zarurî görmektedir. [4]

IV — Objekti, mes'uliyet nazariyesinin tatbikatı

Opjektif mes'uliyet nazariyesinin tatbikatını, önce bu mesele hakkında çok çalışmış olan Fransada, sonra Türkiyede görmek lâzımdır. BU münasebetle, idare hukuku [5] sahasında kusursuz mes'uliyet

[1] GEORGES RİPERT, La règle morale dans les obligations civiles, No. 23.

[2] PLANİOL — RİPERT — ESMEİN : Des obligations p. 666, No. 480.

[3] PLANİON — RİPERT — ESMEİN : SAHİFE 668, No. 482.

[4] AYNI ESER, s.669, 485.

[5] Camianın, hiç bir kusur işlemese dahi, nafia işleri, iğtişaş, gibi bazı hadiselerin fertlere verdiği zararı tazmin etmesi adâlete uygun görülmektedir. COLİN — CAPİTANN bu hadiseleri şu guruplara ayırmaktadır: 1 — *Nafıa işlerinde devlet şûrası tarafından kabul edilen haller :*

esasının tatbikatının bahsimizden hariç bulunduğunu kaydedelim. İdare hukuku kusursuz mes'uliyet ulusal tesanüt düşüncesile haklı gösterilmektedir.

Faransada hususî hukuk alanında kusursuz musuliyeti tesis eden bilhassa şu iki kanundur:

I - İŞKAZALARINDAN DOGAN MESULİYETE MÜTEALLİK KANUN

9 nisan 1898 tarihli fransız kanunu işin sebep olduğu veya iş yüzünden vukua gelen bir kazadan zarar gören işciye patron tarafından bir tazminat verilmesini mükellefiyetini tesis etmiştir. [2] BU kanuna göre, patron bilinmeyen ve bilhassa işcinin kusurundau ileri gelen kazalardan doğan zararı tazmin ile mükelleftir. Çünki kaza meslekî bir risktir (un risque de la profession). Bu tehlikeye iki akidin, yani patron ve işcinin aynı zamanda katlanması doğru olur. Çünki görülen işlerden patron temettü, işci de ücret almak suretile istifade etmektedirler. Çalışma kabiliyetinin kaza neticesinde azalma derecesine göre kazaya uğrayan işciye veya ailesine geregen tazminat mıktarını kanun toptan bir meblağ olarak tesbit etmektedir. Bu tazminat patrona yükletilmiştir. Lâkin, esas itibarile, işcinin maruz kaldığı zararın tamamına tekabül etmze; zarar ile toptan tazminat arasındaki tark, işcinin uhdesine düşen tehlike payı sayılmıştır.

Nafia işlerinin ifası münasebetile komşu milklere verilen devamlı ve anormal zararları, hiç bir kusuru olmamasına rağmen *idare* tazmin ile mükelleftir.

2: *Yeni hususî kanunların ortaya koyduğu haller:*

A — 16 eylül 1914 tarihli kanun: Bu kanun komünler dahilinde tecemmüler tarafından silâhlı veya silâhsız açıkça ve cebri şiddetle emlâk ve eşhasa karşı zararlara taalluk etmektedir. Bu kanuna göre zararın yarısını içtimaî tehlike münasebetile Devlet, diger yarısını, kendisine hiç bir husur isnat edilemese bile, komün verecektir.

B — 17 nisan 1912 ve 24 HAZİRAN 1924 tarihli kanunlar harbin külfetleri karşısında bütün fransızların tesanüdünü ilân ederek harpten zarar görenlere tam bir tazminat vermektedir.

C—3 mayıs 1921 tarihli kanun mühimdir. Milli müdafaa için çalışan hususî müessese, faprika veya işletmelerde, devlet tezgâhlarında, harp gemilerinde, mühimmat depolarında bulunan, patlayıcı, kemirici, zehirli cisimlerin patlaması parlaması. neticesinde doğan zararlar, umumiahkâma göre tazmin edilemezse Devletçe ödenir. Devltin kusurlu üçüncü şahıslara karşı rücu hakkı mahfuzdur. Rücu hakkı bahse mevzu olduğu nisbette yeni bir risk ihdas etmektedir: millî müdafaa işinden doğan rızk.

BİZDE, D. D. Y. ve limanları memur ve müstahdeminine verilecek tazminat hakkında 2847 kanuna ve bu kanuna dayanan nizamnamenin m 35, f. 2 sinde muvakkat amele ve müstahdemlerden kazaya uğrayarak ölenlerin mırasçılarına âzami 500 ve mâlûl kalanlara nafia vekilinin tensibi ile azami 500 lira tazminat verilir.

Kasden zarara sebep olan işçi kanunun himayesinden istifade edemez; mazur görülemeyen kusur halinde hâkim tazminat mıktarını indirir. İşçinin sair kusurları bu kanunun tatbiki bakımından haizi tesir değildir, Patron veya patron yerine idare başında bulunan kimsenin mazur görülmiyen kusuru işçiye verilecek tazminat mıktarını (ki bu tazminat toptandır) artırır. [1]

2 — Hava seyrü sefer kanunu:

31 mayıs 249 tarihli Fransız seyrü sefer kanunu hava gemileri tarafından sebebiyet verilen zararların tazminini düzenlemektedir. Bu kanunun 53 üncü maddesine göre, hareket halinde bulunan veya bu gemiden, mücbir sebeple olsa dahi, ayrılıp düşen veye atılan şeyler tarafından yerde bulunan şeylere verilen zarardan dolayı hava gemisinin işleticisi mesuldur. Bu mesuliyet, ancak zarara uğrayan kusurunun sabit olması ile bertaraf edilebilir.

Hava seyrü seferinin üçüncü şahısları maruz bıraktığı tehlikenin pek büyük oluşu ve bu şahıslar için mezkûr tehlikeden kaçınmak imkânının mevcut bnlunmayışı bu hususta kusursuz mesuliyet esasının kabulüne saik olmuştur. Mesuliyet hava gemisinin işleticisine aittir; işletici kendi adamlarının yolcuların fiilinden, onlara karşı rücu hakkı mahfuz kalmak şartı ile, mesuldur.

Hareket halinde bulunan bir hava gemisi tarafındn başka bir hava gemisine verilen zarardan mesuliyet umumî hükümlere tabidir. (52) Hava gemisi işleticisinin müşterileri, yani naklettiği şahıslar ve eşya muvacehesindeki mesuliyette aynı hükümlere tabidir (41 — 48).

B — Bizde:

Bizde borçlar kanununun istisnaî hükümlerini bir tarafa bırakarak, [2] kusursuz mesuliyet esasını teyit eden üç metin üzerinde duracağız: Maadin nizamnamesi; 151 sayılı kanun ve hava seyrüsefer kanunu projesi.

---

[1] Bu 1898 tarihli kanun hakkında tafsilât için bakınız: PLANİOL RİPERT ESMEİN:Desobgations, s. 950. — CAPİTANT — CUCHE: PRECİS DE LEGİSLATİON İNDUSTRİELLE.

Bu kanun sınaî müesseselerde, Patlayıcı maddeler yapan veya işleyen, motor kullanan işletmelerde çalışan işçi ve müstahdemlere tatbik edilmek üzere hazırlanmıştı. Fakat sırasile, ticarî teşebbüslerde vukua gelen kazalara, bazı meslekî hastalıklara, ziraî işletme kazalarına, ev hizmetçilerine teşmil edildi. Bugün bu kanunun şümulünden hariç kalanlar yalnız serbest bir meslek icra eden bir patron yanında çalışan işçilerdir: Avukat kâtipleri gibi...

[2] Bakınız: COLİN — CAPİTANT: S. 218. P. ESMEIN'e göre, tazminatın toptan tesbit edilmesi iş sahibine yükletilen tazmin borcunu kabili tahammül bir hale getirmek gayesine matuftur, s. 957, n. 703.

1 — *Maden kazalarından doğan mes'uliyet:* [1]

a) *Maadin nizamnamesi:*

Bizde, eğer aldanmıyorsak, kusursuz mesuliyet nazariyesinin ilk tatbikatı madenler ve madenlerde vukubulan kazalara mütaallik hükümleri muhtevi olan maadin nizamnamesinin 78 inci maddesidir:

(Bir madende imalâttan dolayı kazazede olanlara ve ailelerine verilmek üzere mahkemelerce hükmolunacak tazminatı mültezimler ifaya mecbur olacaklardır. Ve kazanın vukun madenin suiidaresinden ve fennen lâzım olan şeylerin noksanından neşettmiş ise... başkaca cezaî nakdi dahi alınır.)

Bu maddeye göre, maden kazalarında işletmenin kusuru olup olmasına göre bir tefrik yapmak lâzımdır:

aa) Maden işletmesinin kusuruna dayanmıyan kazalar; maden işletmesi kazaya uğrayan işçiye veya ailesine bir tazminat vermekle mükelleftir. İşletme kazada tedbir noksanı veya suiidare bulunmadığını, yani kazadan dolayı kendisine hiç bir kusur isnat edilemiyeceğini isbat dahi edemez.

bb) İşletmenin kusuruuna dayanan kazalar: maden işletmesi, kazaya uğrayan işçiye veya ailesine tazminat vermekle beraber ayrıca 50 altından 100 altına kadar para cezasına da mahkûm edilir.

Görülüyorki, maden kazalarında tedbir noksanı, sui idare, bir kelime ile, maden işletmesinin kusuru olup olmadığı ancak cezaî bakımdan araştırılır; yoksa kaza sebebile zarar görenlerin tazmini için kusurun mevcudiyetini isbata hacet yoktur.

b) *151 Sayılı kanuna göre mesuliyet:*

Maadin nizamnamesi hükümlerini Ereğli kömür havzası için değiştiren 10 eylûl 337 tarih ve 150 sayılı kanunda konumuzu ilgilendiren hükümler ihtiva etmektedir. Filhakika, bu kanunun 7 inci maddesi maadin nizamnamesi tarafından konulan kusursuz mesuliyet esasını muhafaza ettiği gibi, kazaya uğrayanların tazminat dâvaları bakımından daha koruyucu hükümler koymaktadır. Burada da maden işlerinden dolayı kazaya uğrayan işçiler, vefatları halinde mirasçıları, *mutlak olarak* fazminat hakkına malıktırler. İşletmenin kusuru ancak şirkete hükmolunacak para ceza noktasından aranır. Bu kanunun işçiyi daha iyi koruyan şu iki hükmünü belirtelim:

[1] İlâve edelim ki vaktile hükümet Meclise tevdi ettiği iş kanunu lâyihasına iş kazaları için çok koruyucu ve âdilane hükümler koymuştu. İş esnasındaki vakalar iş kazası telâkki edilmiş ve bu vakaları işçinnin kasten yaptığı isbat edilmedikçe işçi veya varisleri için tedavi, irat ve tazminat hakları kabul olunmuştu. İşçinin taksiri ve hatası olsa bile kendisi veya varisleri sigorta hakkından mahrum olmayacaklar ve iratlarından birşey kaybetmiyeceklerdi. Meclis bunları içtimaî sigorta kanununa bırakıtı. *O. N. UMAN:* Hukukî mesuliyet, Ad. Cer. 939 S. 1383.

aa) Ereyli kömür havzasında mâden işlerinden dolayı kaza halinde tazminat dâvası açmak hakkı kazaya uğrayan işçiye, mirascılarına tanınmıştır. Bundan başka, alâkalıların zavallılığı, ihmali yüzünden mağdur olmaması düşünülerek aynı hak amele müfettişliğine ve iktisat Vekâletine de verilmiştir. Memlektimizin gerçekleri gözönünde tutulursa, bu hüküm ileri bir içtimaî zihniyetin cidden beğenilmeğe lâyık bir verimi sayılabilir. [1]

bb) Tazminat dâvası mikdarı kaç kuruştan ibaret olursa olsun dâva sulh mahkemelerince ve temyizi kabil olmak üzere rüyet olunur. Böylece tazminat dâvaları bir çok merasimi olan asliye mahkemesine bırakılmamıştır.

2 – Yeni hava seyrüsefer kanunu projesine göre mes'uliyet:

Yeni proje, zamanımızda hava nakil vasıtalarının aldığı büyük önemi gözönünde tutarak bu vasıtaların sebep olacağı zararların tazmini meselesile de meşgul olmuş ve ikinci faslı kâmilen mes'uliyet bahsine ayırmıştır.

Mes'uliyet esası: 21/Ağustos/1936 tarihli Alman Hava seyrüsefer kanunundan bazı lüzumlu değişiklikler yapılarak aynen iktibas edilmek suretile vücuda getirilen yeni proje, aslı ve 31/Mayıs/1924 tarihli Fransız kanunu gibi, *objektif mes'uliyet* esasını kabul etmiş bulunmaktadır. Bir hava nakil vasıtasının işletilmesi sırasında bir kaza yüzünden bir kimse ölür, vücut veya sıhhati üzerinde bir zarar vukua gelir veyahut bir şey hasara uğrarsa işletici zararı tazmin etmeğe mecburdur. (28/1) Görülüyor ki işletiçi, kazanın mücbir sebep tesirinde vukua geldiğini ispat etmek suretile mes'uliyetten kurtulamıyacaktır. Lakin kaza, işleticinin haberi ve rızası olmaksızın hava nakil vasıtasının kullanılması neticesinde vukua gelmişse, kullanan kimsenin işletici yerine zararı tazmin ile mükellef olacağı kabul edilmektedir. Şu kadar ki, işletici, hava nakil vasıtasının kullanılmasına kendi kusuru yüzünden imkân vermiş bulunursa oda tazminat ile müteselsilen mes'ul olacaktır. (28/2)

Mutazarrırın kusuru:

Mes'uliyetten beraet için mücbir sebebi kâfi bir sebep saymamak suretile umumî hükümlerden ayrılan proje, zararın meydana gelmesinde mutazarrırın kusuru halinde B. K. M. 45 F. I. Tatbik edilece-

[1] Bu kanunun esbabı mucibesinden bir kaç satır: (.. İmâlattan dolayı bir daha işleyemiyecek derecede sakatlananlara ve kaza neticesinde vefat eden amele ailelerine madencinin tazminat vermesi lâzım bulunduğundan ve çünkü amelenin vesaiti maişeti, kuvveti ve âzai bedeniyesi ve hayatı olduğundan bunlardan birinin ziyaile çalışmaktan sâkit olan amele için artık sefâletten ve ıstıraptan başka hayat ve ümidi refah kalmıyacağından bu biçarelere hiç olmazsa tahfifi alâma medar olmak üzere tazminat ilası pek tabiî görülmektedir.) H. Aydıner'in yazısından aynen alınmıştır.

ğini beyan etmektedir. Şu halde, mutazarrır olan tarafın fiili zararın ihdasına veya tezayüdüne yardım ettiği veya zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde tazminat miktarı tenkis veya tazminattan büsbütün sarfınazar edilebilecektir.

Bazı hususî haller: Proje mesu'liyet esaslarını tesbit ettikten sonra, ölüm halinde zararı tazmini, vücut ve sıhhat üzerindeki zararların tazmini gibi hususlarla meşgul olmakta, her hangi bir tereddüde yer bırakmamak için bazı lüzumlu noktaları tavzih etmektedir. Burasını geçerken işaret edelim ki, projenin M. 30 F. 2 hükmü, B. K. 45/2 de kabul edilen esas ile bir ahenksizlik arzetmektedir. Projeye göre kaza anında, ölen ile üçüncü şahıs arasında öleni üçüncü şahsa *kanunen* nafaka vermekle mükellef kılan vaya mükellef kılabilecek olan bir münasebet bulunur ve ölüm yüzünden üçüncü şahıs nafaka hakkından mahrum kalırsa tazminat vermek icap eder. Projenin buhükmü Alman medenî kanununun 844 ve 845 inci maddelerine uygundur. Fakat B. K. 45/2, ölen ile üçüncü şahıs arasındaki hukukî münasebeti kale almaksızın kendisine filen yardım etmekte bulunan kimsenin vefatı halinde üçüncü şahsa tazminat hakkı vermektedir. Hâdiselerin gerçekliğini hesaba katan ve nısfet hissine cevap veren bu hükümden ayrılmakta, fikrimizce isabet yoktur.

Tazminatın azamî haddı: Hava nakil vasıtalarının sebebiyet verdiği zararlarda kusursuz mes'uliyet esasını kabul eden proje, bu vaziyetin işletici için pek ağır olduğunu düşünerek her kazada hava nakil vasıtasının ağırlığına göre âzamî bir tazminat hakkı kabul etmiştir. (Madde 32) Lâkin derhal işaret edelim ki, hava nakil vasıtasının işletilmesi sırasında doğan bir zarardan dolayı işleticiyi veya kullananı daha geniş mes'uliyete tâbi tutan kanun hükümleri mahfuzdur (Madde 37).

Tazminatın şekli ve tarzı: Vücut veya sıhhatı zarara uğrayan kimselerle, kendisine yardım etmekte bulunan şahsın ölümü sebebile tazminat isteyen kimselere verilecek tazminat toptan bir para (sermaye) şeklinde mi, yoksa muayyen zamanlarda ödenmesi gerekli irat şeklinde mi verilmelidir? Proje, mutazarrırı herhangi bir israf ve elden çıkarmak tehlikesine karşı korumak için, beyan edilen hallerde tazminatın irat şeklinde ve halin icaplarına göre her ay peşinen verilmesini kabul etmiştir. Bununla beraber, haklı bir sebep bulunduğu takdirde mutazarrır irat yerine toptan bir para verilmesini istiyebilecektir;

76

Müruru zaman: Umumiyetle BK hükümlerine tâbidir (M. 34) Ancak şu iki nokta müstesnadır:

a) Mutazarrırı daha iyi korumak için müruru zaman müddeti bir yıl değil fakat iki yıl olarak kabul edilmiştir.

b) Tazminat borçlusu ile alacaklısı arasında tazminat üzerinde anlaşmak için görüşülmekte ise, görüşmenin başladığı tarihten taraflarından biri görüşmeden imtina edinciye kadar müruru zaman durur.

İhbar mecburiyeti: proje, tazminat alacaklısına bir ihbar mükellefiyeti tahmil etmektedir: Tazminat alacaklısı, zararı ve tazminat borçlusunu öğrendiğinden itibaren altı ay içinde kazayı [1] borçluya haber vermezse bu kanunun kendisine tanıdığı bütün hakları kaybeder.

Tazminat temini : Projenin en ziyade dikkate lâyık hükümlerinden birisini 38 inci maddede buluyoruz. Bu hüküm hava nakil vasıtası işleticisini, bir hava limanı veya bir hava seyrüsefer müteşebbisini, tazminat alacaklarını temin maksadile mesuliyet sigortası atfetmeğe veya para yahut kıymetli evrak şeklinde teminat yatırmağa mecbur tutmaktadır. Bu teminat veya sigortanın miktarı işleticiye salâhiyetli makam tarafından bildirilecektir.

Yeni projede mesuliyete mütaallik hükümler şu kısa izahlardan da anlaşılacağı veçhile çok açık ve ahenkli bir şekilde tesbit edilmiş bulunmaktadır.

---

[1] Projede (*zararı* haber vermezse) denilmekte ise de aslına göre bunu (kaza "Unfall„ yı haber vermezse) şeklinde anlamak lâzımdır. esasen maddenin ikinci kısmı bunu teyit eder: (haber, tazminat alacaklısına isnadı kabil olmayan bir hal yüzünden verilmemiş veya tazminat borçlusu o müddet içinde *kazayı* başka bir yoldan öğrenmiş bulunursa bu haklar kaybolmaz.)

No: 54

Türk Ceza Kanununun 434 üncü maddesine Tevfikan Tecil Kararı Verme Salâhiyeti

Özü: T. C. K. nun 434 üncü maddesindeki tecil kararının hanki merci'ce verilebileceği hakkında.

Yazan: Mitat Etem

İlk tahkikatın hitamında sorğu hâkimleri tarafından verilecek kararlar C.M.U.K. nun 191 inci maddesinde tahdiden tâdat edilmiş olmakla bunlar haricinde hiç bir suretle karar verilemiyeceği hakkında Adliye ceridesinin 941/7 sayısında sayın meslektaşım Mehmet Enginün tarafından yazılan makaledeki bazı hususlara muhâlif fikirdeyim.

C.M.U.K. numuzun 191 inci maddesi gibi, mahkemece verilecek kararlar hakkında 253 üncü maddesi de tahdidî ibare kullanmaktadır. Kanunlardaki kat'iliğin bir madde için geniş, diğer bir madde için dar manâ da alınması mantıksız olur. Vakıa ceza kanunumuzun 96 ıncı maddesile müruru zamana müteallik hükümlerinin tatbiki icap eden hallerde, ilk tahkikat safhasında men'i muhakeme, duruşma safhasında beraet kararı verilmesi mümkün olabilirse de;T.C.K. nun 434 üncü maddesinin tatbiki iktiza eden hallerde gerek 191 ve gerekse 253 üncü maddede sayılan karar nevilerinden hiç birisi mevzua uymaz. Filhakika ceza kanunumuz 434 üncü maddesinde, kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadınla maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda âmme dâvasının tecil olunacağı zikredilmektedir. Bu kabil vaziyetler ilk tahkikat safhasında ziyadesile tesadüf edilen hallerdendir. Sorğu hâkimi 191 inci maddenin tahdidî hükmüne göre hareket edecekse tecil kararını veremiyecektir. İddia olunduğu üzere men'i muhakeme kararı da veremiyecektir. Zira men'i muhakeme kararları, suç mevzuunun filî veya hukukî sebepler mülâhazasile ortadan kalkması halini gösterir. Halbuki burada suç mevzuu kararla beraber ortadan kalkmıyor, belki neticesini, müruru zamanın

hulûluna kadar erkek tarafında haksız olarak boşanmaya sebebiyet verilmediği takdirde hasıl edecektir. Böyle şarta bağlı olan bir vaziyette, verildiği an için suçun mevcudiyeti veya ademi mevcudiyetini kat'iyetle tefrik eder mahiyette olan men'i muhakeme kararının verilmesi doğru olamaz. Esasen müruru zaman haddi dahilinde erkek tarafından haksız olarak bir boşanmaya sebebiyet verilirse tahkikata, kalındığı noktadan devam edilecek ve binaenaleyh men'i muhakeme kararları verilen hallerdeki gibi C.M.U.K. nun 204 üncü maddesindeki formaliteye tâbi tutulmıyacaktır. Bir çok arkadaşların yaptığı gibi, sorğu hâkiminin tecil kararı verebilmek saalâhiyeti bulunma dığından son tahkikatın açılmasına karar verilerek işin mahkemeye intikal ettirilmesi de kabul edilemez. Çünkü, yukarıda da arz olunduğu üzere sorğu hâkimlerine ait 191 inci madde ne kadar tahdidî ise duruşma sonunda verilecek kararlara ait 253 üncü maddede de o derece tahdidîdir. Mahkemenin ittihaz edeceği beraet veya dâvanın düşmesine dair kararlara hiç müşabehet arz etmiyen bu husus, kanunnu tahdidi manâsile hareket olunduğu takdirde tamamen muallakta kalacaktır, ne sorğu hâkimi ve ne de mahkeme bu yolda bir karar veremiyecektir. Eğer tecil kararı vermek salâhiyetini mahkemeye verecek olursak sorğu hâkimine de ayni hakkı tanımamız, aksi takdirde her ikisinin tecil kararı verememesini mutlak surette kabul etmemiz icap eder.

Yukarıda anlattığımız hususlardan vardığımız netice şudur. Ceza Muhakemeleri usulu kanunumuz; ceza kanunumuzun hususî ve istisnaî bir hükmü olan 434 üncü maddesine göre verilecek karar tarzını ihtiva etmemesi bakımından noksandır. Bu vaziyet karşısında tatbikat bakımından hiç bir mahzur görülmiyen ve 434 üncü maddenin tatbik edilebilmesi için C.M.U.K. nun 191 ve 253 üncü maddelerini tahdidî kabul etmiyeceğiz. Gerek sorğu hâkimi ve gerekse mahkeme, C. Muh.U. kanuna tevfikan değil, T. Ceza kanununun 434 üncü maddesine istinadla karar verebileceklerdir.

NO: 55

— Cezada gaye ve ceza evleri —

Yazan : Serik C. M. Umumisi
Hayri Elbeyli

Mevzuumuza — girerken cezanın ne olduğunu ve niçin suçluları cezalandırmak, serbest ve hür insanlar arasından bunları ayırmak ihtiyacını duyduğumuzu izah gerektir.

Filhakika cemiyetin yaşayabilmesi, inkişaf ve tarakkisi için onu teşkil eden fertler arasındaki münasebetlerde — esaslı bir intizam ve ahenk bulunması zaruridir. Hâdise bu zaviyeden tetkik edilecek olursa cezanın asıl gayelerinden biri içtimaî hayatın — bakası için lüzümlu olan nizam ve sükûtun ihlâl edilmesine mâni olmaktı.

Şu halde ceza, siyasi bir topluluk halinde mevzu ve gayri mevzu kanunların sınırladığı bir çerçive içinde yaşamakta olan bir heyeti içtimaiyenin müesses nizam ve sukûnunu ihlâl edenlere karşı bir reaksiyon, bir tediptir.

Ceza, bir insiyaki aksülâmel değildir. Bir kefaret te değildir. Orta çağ ilâhiyatçılarının zannettikleri gibi allaha karşı işlenmiş bir günahın telâfisi de değildir. O vicdanî, aklî ve metodik bir müdafaa hareketidir. Cemiyet onun vasıtasiyle kendi teşkilâtı, bizzat kendi mevcudiyti içinde kendisini tehdit eden — fenalığa kaaşı — aksülâmelde bulunur, kendisini zarara uğratan fenalığın tekerrürünü bertaraf etmek ister.

Her suçlu kanun ve nizamlara aykırı olarak — icra ettiği bir fiille yani işlediği suçla mensup bulunduğu heyeti içtimaiyenin müesses nizam ve huzurunu ihlâl — etmektedir. Filhakika bir — katil bir kimseyi öldürmekle hem hey'eti içtimaiyenin ve hemde o fert ve ailesinin huzur ve sukûnunu ihlâl etmiş oluyor. Katilin bu hareketine karşı bir reaksiyonun meydana gelişi tabiidir. Cemiyet ve o ferdin — ailesi bunun intikamını almak isteyecektir. Katili cezalandırmayı — istemekle elde etmeyi düşündüğümüz neticeler tek değildir. Heyeti içtimaiye ve mağdur olan aile intikamını almak isterken bir taraftan da cemiyetin diğer başka gayeleri olacağı muhakkaktır.

Suçluya ceza tayin etmekle ayni zamanda diğer şahıslarda korkutulmak istenilmektedir. Kanun vazı bu suretle suç işlemeği düşünenlerin cesaretini kırmak ve zararlarını daha evvelden önlemeyi istemektedir.

Cezanın korkutucu kıymetini Beccaria cezanın esasından saymaktadır. Bu düşünce pek eski bir maziye sahiptir.

Platen «diğerlerinin suç işlemekten men'i için suçluyu mahkûm etmek adâletimizin bir teamülüdür. Aksi halde kusur edenleri mahkûm etmek abes olacaktı. Zira yapılan şey geri alınmaz, fakat bu bir daha ayni şeyi yapmamaları veya başkalarının suç işlemekten kaçınmaları içindir. Asılan islah olunmaz onun vastasiyle diğerleri islâh olunur.» der. Ayni zamadda katilin bu fiili ile maşeri vicdanda yaşayan adâlet duyğusuda inciltilmiş olmaktadır. Suçun işlenmesi ile husule gelen adâletsizliğin giderilmesi, diğer tabirle adâletin yerine gelmesi mukabili olan cezanın verilmesile kabildir. Fakat ceza hukukunun son inkişaflariyle cezanın (— islâh gayesi) çok büyük bir önem kazanmıştır.

Pozitivist mektebe göre müşterek hayatın devamı ve medeniyetin inkişafı için tehlike teşkil eden şahısların hareketlerini önlemek ve bunları islâh etmek gerektir. Pozitivistler biraz daha ileri giderek klâsik mektebe karşı ceze hukukunda gaye suçun kemiyet, keyfiyet ve vahamet derecesile mütenasip bir ceza tayin ve tatbik ederek giderilmiş olan adâletin yerine getirilmesini temin etmek olmayup suçlunun içinde yaşadığı cemiyet için husule getirdiği tehlikeli halile mütenasip bir tetbiri bu hal geçinceye kadar tatbik ederek önlemeyi temin etmektir.) demektedirler.

Görülüyorki devletin hey'eti içtimaiyenin nizam ve sukûnunu ihlâl eden antisociale hareketleri önlemek ve faillerini cezalandırması meşru ve lüzumludur.

Pozitivist mektebin büyük bir önem verdiği suçlunun islâh ve terbiyesi hakkındaki fikirler 1914 — 918 dünya harbinden sonra ileri cemiyetlerde cezanın en ehemmiyetli gayesi mevkiine yükselmiştir. (mücrimin islâh ve terbiye olunabilir) düşüncesi bu gün bir çok kültürlü cemiyetlerde ve onların ceza evleri nizamnamelerinde esaslı şekilde yer bulmuştur. Bu gün suçlunun islâh ve terbiye olunabilir olduğu hakkındaki fikir ve düşünceler eskiden olduğundan pek çok farklıdır. Şartları temin edildiği takdirde bir gün onunda diğer vatandaşlar derecesinde hey'eti içtimaiyeye faydalı olacağı ve onların arasına yeniden karışmakla hiç bir tehlike yaratmayacağı bilhassa amerika birleşik cumhuriyet devletlerinin pek çoğunda yüksek bir muvaffakiyet kazanmıştır.

Önce nazariye sahasında zafer tâcını geymiş olan bu fikir yavaş yavaş her cemiyetin ceza evleri nizamnamesine esas olmaktadır. (İspanya ceza evleri nizamnamesi gibi) .

Burada şu fikrimizi hemen söylemek isteriz ki; nadir müstesnalar bertaraf edilecek olursa her mücrim muhit ve şartları temin edildiği takdirde islah olunur yani cemiyet için faydalı bir unsur diğerine karşı anormal fiil ve haraketler icarasından ayrılarak cemiytin nizam ve ahengine karşı varlığında bir uyuş fikriyle cemiyete yeniden dönebilir bizi mücrimler islah olunanaz düşüncesine götüren sebebler bertaraf edilecek olursa hakikatı daha kolay sezer ve anlarız. Bunun için önce şunu münakaşa etmemiz lâzımdır.

Mücrimin suç işlediğinden sonra tâbi olduğu şartlar onun içtimaî ve piskolojik duyğularını acaba nasıl bir inkişafa doğru hazırlamaktadır. Hiç tereddüt etmeden söyliyeceğiz ki; bu günkü şartlar altında menfi bir inkişafa doğru götürmektedir. Bu ise tabiidir. Denilebilir ki; tesadüfen bir suç işlemiş olan bir şahıs tabi kılındığı şartlar neticesinde bilâhere serbest olarak cemiyete döndüğü zaman başladığından daha antisocial bir ruh kazanmış haldedir. Cezanın — hükmolunmasyile yeni girdiği yani yeni başladığı hayatın bâşladığı içtimaî ve tabiî şartları onu islah eden bir terbiyeye doğru değil bilâkis içtimaî ve ferdî ahlâk bakımından bozuluşa doğru götürmektedir. Zamanımızda ileri milletlerin ceza — siyasetinde pek büyük önem kazanmış olan islah ve terbiye gayesi nasıl tahakkuk ettirilecektir yani bu gayeye nasıl bir yol takibile vasıl olabileceğiz.

Cezanın bu gayesine bizi götüren yekâne tarik ceza evleri siyasetimizdir. Burada ancak esas tellerini izah ve ana hatlarını vereceğimiz sistemin tatbikile bu yüksek gayeye varılacağını zannediyoruz. Cezanın tayin ve bunun infazında kısaca aşağıda göstereceğimiz esaslar kabul edildiği takdirde iyi neticilere varıldığı bu gün bir çok müterakki cemiyetlerin tecrübelerile anlaşılmıştır.

Halen bir çok milletlerin ceza hukukunun esas karekterini tayin eden şu prensiptir. Cezanın tayininde suçlunun şahsiyet ve yaşayış hali ve piskolojik varlığı hiç bir suretle düşünülmiyerek sahip olduğu kabul edilen serbest idare ve ihtiyarinin neticesinde işlediği fiil ve haraketinin kemiyet, keyfiyet, vahamet derecesi nazara alınarak bununla mütenasip olarak bir ceza tayin etmektir. Yani ceza kanunlarında, şu fiil ve hareketi yapmış olanlara — şu kadar, şu fiili yapmış olanlara da şu kadar ceza tayin olunur denilmektedir. Hâkim cezanın tayininde suçlu-

No: 57

Akdi feshetmek hakkının suiistimali

Dr. Ferit H. Saymen
Üniversite Medeni Hukuk
Asistanı

Münderecat :

I — Giriş
II — a) İslâm hukukunda hakkın suiistimali ;
b) Türk hukukunda hakkın suiistimali ;
c) Mehaz İsviçre hukukunda hakkın suiistimali ve Türk hukukundan farkı.
III — Akdi feshetmek hakkının suiistimali :
A) Umumî esaslar :
a) İki tarafın rızasile fesih;
b) Bir tarafın rızasile fesih;
c) Ekseriyet kararile fesih;
d) Akdin hitama ermesinden sonraki vaziyet.
B) Tatbikat :
a) İcar akdi ;
b) Ariyet akdi ;
c) Vekâlet akdi ;
d) Hizmet akdi ;
IV — Netice

I

Giriş

Asırlar imtidadınca hukuk hakkında iki telâkkinin daima çarpışmatda olduğu müşahede edilmektedir. Bunlardan biri, hukuku riyazî bir ilim gibi telâkkî ederek vazedilen kaidelerin mutlak olduklarını kabul eder:

Eski Roma hukuku (Quirite'ler hukuku), Fransız medenî kanununun ilk müfessirleri bu meyandadır. Nitekim Paris Üniversitesi Rektörlerinden Filezof Louis Liard şunları yazmakta idi: «Kanunun her maddesi, aralarındaki irtibatı isbat ve bilumum neticelerini istihraç etmek icap eden birer teorem (dâva) dır. Mahs hukukçu bir hendesecidir. Hukukî terbiye tamamile iskolastik bir terbiyedir.» [1]

Bu telâkkilerin ikincisi ise, hukuka içtimaî bir ilim nazarile bakmakta, bunun cemiyetin her tahavvülü ile değişmekte olduğunu, binaenaleyh vazedilen kaidelerin mutlak ve mücerret bulunmadıklarını kabul etmektedir.

Bu telâkkilerden birinin veya diğerinin kabul edilmesile hukukun efrada bahşettiği hakların mahiyeti çok mühim farklar arzeder. Şöyleki, eski telâkkiye göre meselâ bir mülkiyet hakkı veya alacaklının alacağını talep hakkı mutlak bir mahiyeti haizdir, yani bu haklar her hangi bir gaye için ve her hangi bir maksat ile istimal olunabilirler. Bundan, birisi zarar görürse buna rıza göstermesi icap eder, zira zarar faili hakkını istimal etmiştir. Bu netice Roma'da şu vecizeler ile ifade edilirdi : «*Feci sed jure feci*», «*neminem laedit qui jure suo utitur.*»

İkinci telâkki ise bu mutlak ve katî görüşün aksine olarak hakların, hattâ en mukaddes olarak telakkî edilenlerin bile, suiistimal edilebileceklerini kabul etmektedir. Zira haklar, Hukuk gibi içtimaî birer hasıla olup cemiyet için ve cemiyet dolayısile mevcutturlar; her biri bir gayeye mâtuf olup, hak sahibi bunları o gaye haricinde kullanmak salâhiyetini haiz değildir. Binaenaleyh haklar mutlak değil izafî ve nisbidirler. Yani haklar müssesenin ruh ve gayesine uygun bir tarzda istimal edilmelidirler, aksi halde husule gelecek zarardan hakkı istimal daha doğrusu suiistimal eden mesul olur; zira burada hakkını kusurlu bir tarzda istimal etmiştir. Ve bu kusurlu istimale hakkın suiistimali namı verilir. Roma Hukukunun klâsik devrinde bu nokta fark edilmiş ve meşhur «*Summum Jus Summa injuria*» tekerlemesi o zaman meydana çıkmıştı; bundan mülhem olan Gaius de eserinde şu kaideyi vazetmektedir: « *Male enim nostro jure uti non debemus*», kendi haklarımızı fena bir maksatla kullanmamalıyız.

Hakkın suiistimali nazariyesi asrımızın ibtidalarında bütün hukuk aleminde ve bilhassa Fransa'da ve Almanya'da şiddetle münakaşa edilmeğe başlanmış ve yukarıda işaret ettiğimiz her iki telâkkinin müntesip-

[1] Louis Josserand, Evolutions et actualité, Paris 1936, Sahife 71 (Relativité et abus des droits)

leri birbirlerine karşı cephe alarak hukuk uğrunda hakikî bir savaşa girişmişler ve bu savaş nisbî nazariye taraftarlarının galebesile neticelenmiştir. Bu nazariyeleri bu yazımızda tetkik edecek değiliz. Maksadımız, bu gün artık klâsik olmuş ve modern mevzuatta (Türk, İsviçre, Alman, Sovyet, Polonya, Avusturya....) Yer almış olan bu nazariyeyi akitler bakımından tetkik ve mütalâa etmektir. Bu nazariye müelliflerin eserlerinde umumiyetle Sübjektif hak zaviyesinden incelenmekte, bir aktin âkitlere bahşettiği hakkın suiistimali cephesi bir az ihmal olunmaktadır. Bu yazımızda bilhassa şu noktayı tebarüz ettirmek istiyoruz: acaba âkitlerin haiz oldukları akdî feshetmek hakkı suiistimal edilebilir mi ? Edilebilirse bu nasıl olur ? Bu suallere cevap vermeden evvel gayet orijinal olan İslâm Hukukunu, mehazdan farklı bulunan kanunumuzun sistemini, ve mehazın kabul ettiği sistemi kısaca izah etmek icabeder.

II

A) — İSLÂM HUKUKUNDA HAKKIN SUİİSTİMALİ :

Bu hususa mütaallik İslâm Hukukunda umumî ve sarih bir esas olmayıp bir çok hususî ayetlerden hakkın suiiatimal nazariyesi istihraç olunmaktadır. [1] Hakkın suiistimali mefumunun ruhundan mülhem olan bazı kavaidi külliyeyi profesör Ebül'ulâ Mardin şu şekilde toplamışlardır «Zarar ve mukabelei bizzarar yoktur» , «Zarar kadim olmaz», «Ehveni şerreyn ihtiyar olunur», «İki fesat taarruz ettikte ahaffi irtikâp olunarak âzamının çaresine bakılır.», «Zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar», «Her kim kendi tarafından tamam olan şeyi nakza say ederse sayi merduttur». İşte bunlar, diyor Profesör, ve bunlara benzer diğer kavaidi külliyenin istihdaf ettiği gaye Hakkın Suiistimaline set çekmektir. [2]

Hakkın Suiistimali meselesinin islâm Hukukundaki geniş tatbik sahasını tetkik etmek mevzumuz haricinde olduğundan, bu hukukun hakkın suiistimaline mütaallik kabul ettiği umumî kıstaslarla bu kıstasların akitlerdeki sureti tatbikını kayıt ile iktifa edeceğiz. [3]

İslâm hukuku, hakkın suiistimali hakkında tek bir kıstas kabul etmeyip dört muhtelif kıstasa yer vermiştir; bunlardan her birinin yalnız başına mevcudiyeti fiil veya tasarrufa hakkın suiistimali vasfını izafeye kâfi gelmektedir. Bu dört kıstas da umumî ve mücerret bir esastan is-

[1] Bunlar için bak: *Mahmut fathy,* La doctrine musulmane de l'abus des droits, Paris 1913.

Esat Arsebük, Medenî Hukuk, cilt 1, sahife 108, No. XI ve mü.

[2] Ebül'ulâ Mardin, Hukuku Medeniye dersleri, Zabıtalar, sahife 189 ve mü.

[3] Bu hususa dair geniş malûmat için Mahmut Fathy'nin ismi geçen eserile Esat Arsabük'ün ismi geçen eserine bak.

tihraç edilmektedir. Elgazali tarafından beyan edilip bilumum hukukçularca kabul edilen bu umumî umdeye göre: «Bir hak, sahibine onu istediği şekilde kullanmak salâhiytini bahşeder; mahaza mezkûr hak mahiytine ve gayesine uygun bir tarzda istimal edilmelidir.» Bu prensipten çıkarılan muhtelif kıstaslar şunlardır:

1) — Izrar kasdı:

Hiç kimse bir hakkını aharı ızrar etmek maksadiyle kullanamaz. Mecellenin 19 uncu maddesine ithal edilmiş ve « *Zarar ve mukabelei bizzarar yoktur.*» Şeklini almış bulunan bu kıstas bilhassa mülkiyet ve kazaî tâkibat sahalarında tatbik edilirdi. (Mecelle madde 918 ve 920 ye bak). Bundan başka, tehaddüs eden meseleleri mecellenin kavaidi külliyesi ile hal ve fasletmek mümkün olsa idi, ikinci ve üçüncü maddeler ile de aynı neticeye varılabilirdi. Filhakika bu maddelere göre: «*Bir işte maksat ne ise hüküm ona göredir*» ve «*Ukudda itibar makasüdü meaniyedir, elfaz ve mebaniye değildir.*» Bunlara göre hüküm kasdı ızrara göre verilmek icap edeceğinden, hakkın suiistimalinin himaye edilmemesi lâzımgeleceği bedihidir.

2) — Hakkını istimal eden için bir menfaatin ademi mevcudiyeti:

Bir hak, bir şahsa menfaatını himaye için verilmiş bulunmasına göre, şahsı mezkûr bu hakkı menfaatı olmaksızın kullanırsa, hak kisvesi altında bir haksızlık yapmış yani hakkını suiistimal etmiş olur. İslâm Hukukunda bu kıstas gasıp, kazaî tâkibat ve icar gibi mahdut bazı hallerde tatbik edilirdi. Mevzuumuza taallûku dolayısiyle icara bağlı kalarak diyebiliriz ki: Müstecir mecuru hiç bir şekilde tatil etmek salâhiyetini haiz olmayıp anı akdin inikadı esnasında aldığı şekilde iadeye mecburdur. (Mecelle madde 600 ve mü.) Fakat İslâm hukukçuları bu mutlak kaideyi şu tarzda yumuşatmağa muaffak oldular: Vakfa ait bir binanın müsteciri onu hedim edip yerine bir değirmen veya bir fırın inşa etse ve bu yeni inşaat vakfa faideli, yani gelirini arttırır mahiyette ise, bu inşaatın yıkılarak eski halin iadesi veya munasip bir tazminat tediyesi istenemezdi; çünkü böyle bir talebin mucire hiç bir faide temin etmiyeceği mülâhaza edilirdi [1]. Buna rağmen mücir hakkını istimal etmeğe kalkışsa, bunu suiistimal ettiği söylenirdi.

Yine bu kabilden olarak, müstecir mecura bazı faideli ilâveler yapmış ise icar akdinin hitamında mucir mecuru tercihan eski müstecire terk etmeğe mecburdu, zira bunu aynı şeraitle başka bir şahsa icar et-

[1] *İbni Abidin*, cilt 5 , sahife 169 (*Fathy*'den naklen , Sh. 241)

mekte hiç bir menfaatı yoktu. Buna riayet etmediği takdirde hakkını suiistimal etmiş sayılırdı.

3) — *Umumî bir zarar husule getiren bir hakkın istimali :*

Bir hakkın istimal veya ademi istimali, hak sahibine bir faide temin etse bile, umumu ızrar eylerse böyle bir hareket suiistimal addedilirdi. Nitekim Mecellenin 26 ıncı maddesi aynı fikri şu şekilde ifade etmektedir: *„Zararı âmmı def için zararı has ihtiyar olunur."*

Herkes malını dilediği gibi kullanabilir kaidesinin, bilhassa fakir memleketlerde doğurduğu vahim neticelere ve bunun tevlit ettiği suiistimalleri göz önünde bulunduran İslâm hukukçuları yukarıki kaideyi vazetmişler ve bu kâideye göre piyasadaki malı bir elde toplıyarak fiatların yükselmesine çalışan tüccar, memleketi kaplayan açlığa rağmen tarlasını ekmekten veya mahsulünü satmaktan imtina eden çiftçi, elindeki mevcut malı mâkul bir fiate satmaktan imtina ederek fiatların yükselmesini bekleyen esnaf mallarını satmaya veya tarlalarını ekmeğe icbar edilirlerdi; zira tarzı hareketleri bir Hakkın Suiistimali olarak telâkki olunurdu [1].

4) — *Fahiş bir zararı müeddi olan bir hakkın istimali :*

İslâm hukukçuları her zaman fahiş zarardan imtina edilmesini hak ve nisfet kaidelerine uygun bulmuşlar ve hak sahibi için bir menfaat temin eden istimalin aharı fahiş surette ızrar etmesi halini bir suiistimal olarak telâkki eylemişlerdir [2]. Bu kaidenin bir tatbik şeklini Mecellenin 1199 uncu maddesinin 2 inci fıkrasile 1200 ve mütaakip maddelerinde bulmaktayız. Bu kaidenin akitler bahsinde de cari olduğunu islâm hukukçuları kabul etmektedirler. Meselâ reşitler arasında gabın ile malûl olan bir akit hileden arî ise muteberdi. Fakat İbni Abidin bunun bazı suiistimallere yol açması mümkün olacağını düşünerek bu günkü Borçlar Kanunumuzun 21 inci maddesine müşabih bir hüküm vazetmiş ve âkid taraflardan biri diğerinin müzayaka veya cehaletinden istifade ederek fahiş bir zarar tevlit eden bir muamele yapmış ise bunun batıl olacağını beyan etmiştir [3]. Akitlerin feshi hususunda islâm hukukçuları bu kıstası tatbik eylemişlerdir. Tarafların yapmış oldukları akit ile bağlı oldukları esasını vazettikden sonra, haklı bir sebeple mezkûr akdin feshi cihetine gidilebileceğini kabul eylemişlerdir. Meselâ bir kimse ev işlerini gördürmek için bir hizmetçi ile bir hizmet mukavelesi aktettikten sonra iş sahibi şehri terk edip bir seyyahata çık-

[1] *İbni Abidin*, cilt 5 , Sh. 352, *(Fathy'*den naklen Sh. 244)
[2] *İbni Abidin*, cilt 4 Sh. 501 *(Fathy'*den naklen Sh. 246)
[3] *İbni Abidin*, cilt 4 Sh. 144 ve 183 (*Fathy'*den naklen Sh. 249)

mak mecburiyetinde kalırsa, ne işçi seyyahata çıkmamasını talep edebilir, ne de kendisi işçisine mukaveleye bağlı olduğunu söyliyerek onu tâkip etmesini isteyebilirdi. Zira böyle bir iddia diğer taraf için fahiş bir zarar husule getirir, yani hakkın suiistimalini teşkil eder.

*
* *

B) — *Türk Hukukunda Hakkın suiistimali:*

Medenî kanunumuz İsviçre Medenî kanunundan ahz ve iktibas edilmiş olmakla beraber iki kanun arasında bazı mühim farklar mevcut bulunmaktadır. Hakkın Suiistimali telâkkisi bu kabildendir. İsveçre hukukunu bir az sonra izah edeceğimizden şurasını kayıt ile iktifa edelim ki, bu kanun Hakkın Suiistimalini objektif bir kıstasa tâbi tutarken, kanunumuz esas itibarile sübjektif bir kıstas göz önünde bulundurmuş ve mehazın «bir hakkın açık bir surette suiistimali kanun tarafından himaye görmez" mealinde olan 2 inci maddesinin 2 inci fıkrasını şu şekilde tedvin eylemiştir: *«Sırf gayrı ızrar eden hakkın suiistimalini kanun himaye etmez"*. Binaenaleyh kanunumuz Hakkın Suiistimaline nisbeten dar bir saha vermiş bulunmakta, o da ancak ahârı ızrar kasdının mevcut bulunduğu hallere münhasır kalmaktadır.

Maddemiz Alman Madenî kanununun 226 ıncı maddesile yakın bir benzerlik arzeder. Filhakika mezkûr maddeye göre «mücerret gayrı ızrardan başka bir saiki olmayan bir hakkın istimaline mesağ yaktur." Her iki metin de sübjektif bir telâkki mahsulüdür. Nitekim Profesör Ebül'ulâ Mardin "Bizim sırf tâbirimiz ile Alman hukukundaki mücerret tâbiri arasında fark vardır» diyor [1]. Kezalik Profesör Schwarz' da şu satırları yazmaktadır: « İsviçre prensibi Türkiyede suiistimalin sırf gayrı ızrar edici bir mahiyette olması haline inhisar ettirilmiştir. Belki de Türkçe metnin bu ifadesinde Alman Medenî kanununun 226 ıncı maddesile İsviçre hükmü mezcolunmak istenmiştir. Fakat bence pek de muvaffak olmamıştır; çünkü bir hakkın sırf gayrı ızrar etmeyen suiistimalleri câiz görülürse, o zaman bu hal 2 inci maddenin 1 inci fıkrasile taarruz teşkil eder; zira her hakkın suiistimalinin hüsnüniyete muhalif olduğunu söylemek mecburiyeti vardır.„ [2] Halbuki bu rey ve mütalâalara muhalif olarak Profesör Esat Arsebük «Bizde hakkın suiistimali ölçüsü Alman hukukunda olduğu gibi ızrar kasdı dan ibarettir" diyor. [3]

[1] *Ebül'ulâ Mardin*, Op. *cit*. Sh. 169
[2] *Schwarz*, Medenî Hukuk dersleri cilt 1, Sh. 234 (Tercüme: Hıfzı Veldet)
[3] *Esat Arsebük*, Op. Cit. cilt 1, Sh. 108.

Kanaatımıza göre bizdeki hakkın suiistimali Alman telâkkisinden farklıdır. Vazı kanunumuz ön plânda İsviçre'nin kabul ettiği "Hakkın açık suiistimali" yerine «Sırf gayrı ızrar eden suiistimali" koymakla vaziyette pek büyük değişiklik husule ketirmemiştir. Filhakika Hakkın Suiistimali bizde, Almanya'dan farklı olarak, objektif hüsnüniyet prensibine bağlanmış ve bu iki mefhum kanunumuzun aynı maddesinde yer almıştır. Dr. Hüseyin Avni Göktürk'ün yazdığı gibi «İkinci maddenin ikinci fıkrası birinci maddenin bir müeyyidesi, bir vasıtasıdır. Yani hakkın suiistimali prensibi hüsnüniyet prensibinin emrine verilmiş bir kudrettir." [1] Şu halde, sırf gayrı ızrar eden suiistimallerden başka sair suiistimalleri de kanunumuz çerçivesi dahilinde önlemek kabildir. Nitekim profesör Samim Gönensay eserinin eski bir tabında şu mütalâada bulunmuştur: « Suiisiimalin men ettirilebimesi için vazıh ve âyan olması 2 inci fıkranın şeraiti esasiyesindendir. Asıl aranacak nokta, hakkın hüsnüniyet kaidelerine mugayir bir surette ve sahibi hak için himayeyi kanuniyeye değeri olan bir menfaat arzetmeksizin istimal edilmiş olmasıdır.» [2]

Bütün bu mütalâalar gösteriyor ki, kanunumuzun lâfız ve ruhuna göre hakkın suiistimali mevzubahis olabilmek için bazı unsurların mevcudiyeti şarttır. Bunlardan birincisi ve en mühimi aharı ızrar etmek kasdıdır. Bunun yanında yer alan ikinci bir unsur da, hakkını istimal eden kimse için meşru bir menfaatın bulunmamasıdır. Nihayet üçüncü bir unsur, hakkın hüsnüniyete muhalif olarak kullanılması, yani hakikî maksat ve gayesinden ayrı bir gayede kullanılması, onu içtimaî fonksiyonundan inhiraf ettirilmiş olmasıdır. Bu unsurları sırasile tafsil edelim.

1 — Izrar kasdı :

Bu unsur hakkın suiistimali sisteminin esas temelini teşkil eder. «Malitiis non est indulgendum.» Hiç kimse ne şekilde olursa olsun, hatta hakkını kullanıyor gibi görünerek, başkasını ızrar etmeği tasavvur dahi etmemelidir. Şüphesiz hayat mücadelesinde fert başkalarını ızrar edebilir, fakat bundan dolayı muaheze edilemez, zira «sabit olan ızrar kasdı, haklarını tayin eden hudutlar dairesinde kullananı mesul kılmaz; bir şahsın mesul olabilmesi için tasarrufunun hiç bir meşru menfaate müstenit olmaması lâzımdır». [3]

Fakat acaba ızrar kasdı sair kast ve saiklerle müterafik olunca hakkın suiistimali mevzubahis olmayacak mı? Şayet ızrar kasdını bu şe-

[1] Dr. Hüseyin Avni Göktürk, Hususî hukukumuzda hüsnüniyet (Adliye Ceridesi 1936, Sh. 818, bilhassa 831)

[2] Ahmet Samim, Hukuku Medeniye dersleri, İstanbul 1928, Sh. 42 — 43

[3] Ferron, Sirey, 1905. II . 17 deki not.

kilde anlarsak hakkın suiistimalinin sahayı tatbiki kalmaz; çünkü hiç kimse mücerret diğer âkit tarafı ızrar etmek için işe giriştiğini itiraf etmeyeceği gibi, kendisine hiç bir menfaat temin etmeyen bir âkit de düşünmek çok müşküldür. Hakikat halde, aranılması icap eden hususun ızrar kasdının akitte faik bir rol oynamış olup olmamasıdır. Bilumum saiklerin aynı plânda yer almaları bait bir ihtimaldir. Binaenaleyh Josserand dediği gibi «Izrar kasdının hakkın suiistimaline mesnet teşkil edebilmesi için esaslı olması ve hâkime arzedilen ihtilâflı meselede birinci plânda bir rol oynamış olması lâzımdır.» [1]

Fakat tatbikatta birinci plânda rol oynaması icap eden bu kasdın, bu esaslı saikin araştırılması ve meşruiyetinin takdiri büyük müşküller arzedecektir; çünkü böyle bir araştırma tamamile enfüsî bir mahiyette bulunmaktadır. Umumî ve şahsî kanaatlar zaman ve mekânla o kadar çok tahavvüllere tâbidir ki, bu gün burada muzir görünen bir kast yarın başka yerde meşru hattâ faideli bir veçhe arzedebilir.

Bu sebebe binaendir ki bu şart doktrinde pek şiddetli münakaşalara yol açmış ve bu gün ızrar kasdının kâfi bir şart olmadığı umumiyetle kabul edilmiş bulunmaktadır. Bunun için kanunumuz, pek haklı olarak hakkın suiistimali mefhumunu ızrar kasdile beraber geniş hüsnüniyet kaidesine bağlamıştır. Bu iki mefhumu mezcedince diyebiliriz ki, suiniyetle aharı ızrar etmek kasdını güden kimse ağır bir kusur irtikâp eder. Bu noktadan hareket edilerek malûm olan ağır kusurdan gayri malûm bulunan ızrar kasdını istidlâl etmek mümkündür. [2] Fakat bu şarta ikinci bir şartın ilâvesi lâzımdır.

2 — *Meşru bir menfaatin ademi mevcudiyeti :*

Kanunumuzun «Sırf gayrı ızrar eden» fiillerden bahsettiğine göre, fail hakkını istimal ederken bir menfaat gütmeli ve bu menfaat meşru olmalıdır. Fail hiç bir menfaat gütmez veya güttüğü menfaat meşru olmaz ise kanuna sığınamaz, çünkü hakkını suiistimal etmiş olur. Akitten mütevellit bir hakkı istimal eden kimsenin bu hakkını suiistimal etmemesi için mezkûr istimalden meşru bir menfaat temin etmesi lâzımdır, zira Jheringin veciz tarifine göre hak, hukukan himaye olunan menfaatlardır.

Bu şart bazı hukukçuları o derece cezbetmiştir ki, hakkın suiistimalini ancak bu şartın tahakkukuna bağlamışlardır. Bunlara göre, meşru bir menfaatın ademi mevcudiyeti şartı objektif ve sübjektif unsurları cem etmektedir. Sübjektif unsur bir menfaatın mevcudiyeti olup, objektif

[1] Josserand, de l'esprit des droits, Paris 1927 Sh. 352.
[2] Josserand, Op. Cit. Sh. 355

unsur ise mezkûr menfaatın meşruiyet derecesini takdirdir [1].

Meşru menfaatten hak sahibinin şahsî menfaati anlaşılmamalıdır; bazı hallerde bu iki menfaat birleşirse de bazen birbirinden tamamile ayrılabilir. Meselâ bir hizmet akdini fesh için gayet ehemmiyetsiz sebepler ileri süren, ezcümle hastalık dolayısile kısa bir müddet işine gelemeyen amele veya memurunu işten çıkarmak isteyen iş sahibinin hareketi şahsî bir menfaate müstenittir (İşinin muntazaman görülmesi), fakat bu tarzı hareket meşru değildir, çünkü hizmet akdinin feshi Borçlar kanununun 344 üncü maddesine göre muhik sebeplere müsteniden mümkündür ve «İşçinin kendi kusuru olmaksızın düçar olduğu nisbeten kısa bir hastalığı» mezkûr maddenin 3 üncü fıkrası muhik bir sebep olarak telâkki etmemektedir. Yani akit bu halde feshedilirse, iş sahibinin şahsî menfaati mevcut olmakla beraber bu menfaati meşru addetmek kabil değildir.

Görülüyor ki şahsî menfaat ile meşru menfaat her zaman tam bir mutabakat halinde bulunmamaktadır. Menfaatin meşruiyetini takdir için istimal edilen hakkın muhtevâ ve gayesini gözönünde bulundurmak lâzımdır. Bu suretle 3 üncü unsurun tetkikine gelmiş bulunuyoruz.

3 — Hakkın içtimaî fonksiyonundan inhiraf ettirilmesi :

Dikkat edilirse görülür ki kanunumuz gayet umumî olarak «Sırf gayrı ızrar eden ***hakkın suiistimali***» diyor ve bu suiistimalin ne olduğunu bildirmiyor. Bir hakkın istimali aharı ızrar ederse bu zarara katlanmak lâzımdır; fakat bir hakkın suiistimali aharı ızrar ederse hak sahibi mesul olur. O halde hakkın istimali nerede biter ve suiistimali nerede başlar? Bunu da üçüncü unsurumuz ile tayin etmek mümkün olacaktır. Hakkın içtimaî ve iktisadî fonksiyonundan inhiraf ettirilmesi.

Profesör Samim Gönensay'ın yazdığı gibi «Kanun tarafından bahşolunan her bir hakkın sosyal bir rolü bir maksadı vardır. Bir hak, bir adaletsizlik husule getirmeğe sebep olamaz. Haklar meşru yollar ile sosyal maksatlarından inhiraf ettirilemez. Aksi halde hak sahibi hakkını suiistimal etmiş olacağından bu suiistimal men olunur.» Mumaileyh bu noktaya tekrar avdet ederek «Bir hakkın suiistimali, hakkın teammül ile muayyen olan sosyal veya ekonomik gayesine hüsnüniyet kaidelerine mugayir bir surette istimali» olduğunu beyan ediyor [2].

Filhakika, her hangi bir hak içtimaî nizam dahilinde kullanılması icap eden bir salâhiyettir; hak ancak cemiyet dahilinde vücut bulabilir.

[1] Campion, Théorie de l'abus des droits, 1925, Sh. 306.

[2] Samim Gönensay, Medenî hukuk, Cilt 1, İstanbul 1936 Sh. 69

Bu itibarla, hakkın menşeinde bulunan içtimailik vasfı bu hakkın istimalinde de kendini gösterir. Yani hak istimal edilirken içtimaî fonksiyonundan inhiraf ettirilmemesi lâsımgelir. Bu kıstas üzerinde bilhassa israr eden müellifler «Suiisimal edilen hakkın müessesenin hedefine, ruhuna ve gayesine muhalif olan bir istimal» diye tarif ediyorlar [1].

Fakat çok mücerret olan bu mefhumu bir az amelî kılmak için müellifler bir hakkın içtimaî fonksiyonuna uygun bir tarzda kullanılıp kullanılmadığını tayin için «*Meşru sebeb*» (Motif légitime) ölçüsüne vurulmasını tavsiye ediyorlar. «Fiil ve tasarrufun meşru bir sebep ile izah edilebilip edilemiyeceğine göre, normal bir surette istimal edildiğine veya suiistimal olunduğuna hükmetmek lâzımdır... Hukukî salâhiyetlerimizin hakların fonksiyonlarına ve ruhuna uygun bir sebebin hizmetine tahsis olunması lâzımdır, aksi halde haklarımızı istimal etmeyip onları suiistimal etmiş oluruz» [2].

Bu kıstasın bir faidesi de, yazılı kanunun müdahelesine ihtiyaç göstermeksizin hakkın suiistimali müessesesinin ahval ve şeraite ayak uydurmasına, zaman ve mekânla değişip hayatın seyrini takip etmesine imkân vermesidir.

Fakat bu faidenin mahzuru da vardır: Müddeinin mahkemede diğer âkit tarafın meşru bir sebep olmaksızın hareket ettiğini isbat etmesi güçtür (Menfi bir hususun isbatı); bunu bertaraf için, diğer âkit tarafın (Yani müddealeyhin), gayri meşru bir sebeple hareket ettiğini isbata kalkışmasını kabul etmek lâzımdır. Hilekârane anlaşmalar, kanuna karşı hileler [3] Borçlar kanunumuzun 28 inci maddesinin anladığı mânada hileler, suiniyetle hareketler (Yani âkit taraf bundan evvelki hallerde olduğu gibi aharı ızrar etmeği kasdetmeksizin hareketinin bir zarar tevlit edebileceğini düşünmesi), kusurlu veya tedbirsiz hareketler gibi sebepler münakaşa götürmeyen gayrı meşru sebepler olarak telâkki edilebilir ve müddei iddiasını isbatta bunlardan istifade edebilir.

İşte bu meşru sebep sayesinde akidlerin inikadına, infazına veya feshine mütaallik hareketler murakabe edilecek ve ona göre takdir olunacaktır. Meselâ evini çocuklu bir aileye, ve askere veya bir memura kiralamak istemyen ve sebep olarak da mücerret müstecirin çocukları bulunmasını, asker veya memur olmasını ileri süren mucir, akit yapma hususundaki serbestisini suiistimal etmiş olur, zira hakkını gayrı içti-

[1] Josserand, Op. Cit. Sh.370
[2] Josserand, Op. Cit.Sh.375
[3] Dr. Ferit H. Saymen, Kanuna karşı hile istimali, İstanbul 1940

maî bir tarzda, yani meşru bir sebebe müstenit olmaksızın kullanmıştır.

Hulâsa, yukarıda tadat ve tafsil olunan üç unsur mevcut olunca hakkın suiistimaline hükmetmek ve yapılan fiil ve tasarrufu müeyyedelendirmek lâzımdır [1]. Fakat bu kıstaslar büyük bir ihtiyat ve dikkatle tatbik olunmalıdır, zira aksi halde hakkın suiistimalinin çok büyük takyidata mâruz kalması tehlikesi vardır [2]. Kendisine arzedilen meseleyi hal için hâkim, müsbet ve sarih kanunî hükümlerin ademi mevcudiyeti halinde, hakkın suiistimali mefhumuna baş vuracaktır, zira bilumum hukukî mesaili hakkın suiistimaline istinat ettirerek hal etmek tehlikeli bir temayül ve yanlış bir metoddur [3].

***

C — İsviçre hukukunda hakkın suiistimali :

Medenî kanunun tevhidinden evvel İsviçrede bazı kantonlar mevzuatında hakkın suiistimaline mütaallik dağınık ve hususî hükümler, bazılarında ise toplu ve umumî kaideler mevcut bulunmakta, diğer bazılarında bu müessese asla tanınmamakta ve Cermen hukukundaki Schikaneverbot'a teşbih edilmekte veya haksız fiillere ithal olunmakta idiler. Federal mahkeme ise hakkın suiistimalini hüsnüniyet kaidelerine göre men etmeğe çalışmakta idi.

Medenî kanunun tevhidi mevzubahis olunca, 1900 tarihli Adliye Vekâletinin ön projesi hakkın suiistimalini yalnız mülkiyet hususunda derpiş ederek 644 üncü maddeye şöyle bir hüküm vazeylemişti : «Bir şeye malik olan kimse o şeyde, kanunun hudutları dairesinde, serbestçe tasarruf etmek hakkını haizdir. Açık surette aharı ızrar etmek kasdı olmadıkça mezkûr şey en mutlak bir surette istimal edilebilir.»

Projenin esbabı mucibe lâyihasını kaleme almış olan profesör Eugène Huber de en mutlak bir hak gibi telâkkî edilen mülkiyet hakkının aharın hakkı ile hudutlandığını bildirmekte idi [4].

İsviçre hukukçuları bu maddeye karşı cephe alarak bazıları bunun lüzumsuz olduğunu, diğerleri ise gayet dar bulunduğunu beyan ediyorlardı. Mütehassıslar komisyonunda bu muhtelif noktai nazarlar müdafaa edilmiş ve komisyon hakkın suiistimali prensibini lehe 24 ve aleyhe 4 rey ile kabul eylemiştir [5].

[1] Hakkın suiistimalinin müeyyedesi başlı başına bir mevzu olduğundan, bunu diğer bir yazımızda tetkik edeceğiz.

[2] Samim Gönensay, Op. Cit. Sh. 70

[3] Andreas B. Schwarz, Op. Cit. Cilt 1, Sh. 237 — 238

[4] Exposé des Motifs, Sh. 431

[5] Protocole de la commission d'éxperts, Cilt 3 Sh. 2 — 3

Kanunun umumî zabıtaları mahdut bir komisyonda ihzar edilirken mesele tekrar ele alınmış ve 644 üncü madddenin 2 inci cümlesi mülkiyet bahsından çıkarılarak zabıtalar bahsına ithal edilmekle nihaî projenin 3 üncü maddesi vücuda getirilmiş oldu. Mezkûr madde şu şekilde idi:

«Herkes haklarını istimal ve borçlarını ifa ederken hüsnüniyet kaidelerine uymağa mecburdur. Hakkını açık bir şekilde suiistimal eden kimse hiç bir hukukî himayeden istifade edemez.»

Bu yeni metin eski metni bir hayli genişletmiş ve bunun bilumum haklara tatbikını mümkün kılmıştı. Meclisteki Almanca raportör Huber ve Fransızca raportör Rossel dinlendikten sonra madde pek cüzi bazı tadilâta uğramış ve hüsnüniyet esasına bağlanarak hakkın suiistimali bu esasın bir neticesi olarak kabul edilmişti. Maddenin son şekli bu günkü metni vücuda getirdi ki bu metin aynen şöyledir:

«Herkes haklarını istimalde ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir.

«Bir hakkın açık surette suiistimalini kanun himaye etmez.»

Bu metne göre, hakkın suiistimali ızrar kasdı gibi sübjektif bir kıstasa değil fakat hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir surette hakların istimali gibi objektif bir kıstasa bağlanmış bulunmaktadır. Bundan başka bu suiistimalin açık, zahir ve âyan olması lâzımdır; ve bu suiistimal yalnız faile göre değil fakat bitaraf ve durendiş herkese göre açık, zahir ve âyan olmalıdır. Rossel'in dediği gibi: «Izrar kasdının münhasır olması veya sadece faik veya hafif bir ihmal veya kaba bir şuursuzluktan mütevellit tâli bir mahiyet arzetmesi veya tamamile mefkut bulunması haizi tesir değildir. Elverirki zarar nazara çarpsın ve bedihi olsun». [1]

Egger de aynı mealde bir mütalâa dermeyan ederek ezcümle şunları yazıyor: «Bizim hakkın suiistimali telâkkimiz objektif olup hiç bir tahdide tabi değildir. Suiistimalin açık, zahir, bedihi olmasında maksat, bu suiistimalin hiç bir şüpheye mahal bırakmaması demektir. Bu şekilde hakkın suiistimaline bir firen vazedilmiş oluyor. Hakkın istimali içtimaî ve iktisadî gayesine muhalif olursa suiistimal teşkil eder. Bunun gibi hakkı istimalde hiç bir menfaat yoksa yine suiistimal mevzubahis olur. Kezalik dâvacının menfaatı müddeialeyhin menfaatına nazaran gayet az olursa yine hakkın suiistimali mevcuttur; fakat burada mesele gayet naziktir.» [2]

[1] Rossel et Mentha, Manuel de droit civil suisse, cilt 1, No. 55 Adliye Vekâleti tercümesi Sh. 103

[2] Egger, Kommentar zum Schw. Ziv. Recht, Personenrecht No. 24, 27, 28, 32, 35

Profesör Albert Richard da aynı fikri şu suretle beyan etmektedir : «Hakkın suiistimali bariz ve aşikâr olmalıdır. Hakkını suiistimal eden şahıs diğer tarafa zarar ika etmekle beraber kendisine ciddî bir menfaat temin etmemiş olmalıdır.» [1]

Bu gün bu madde, usule ve İcraya ait hususat hariç olmak üzere, bilumum haklara (ve bittabi akidden mütevellit haklara) tatbik edilmektedir [2]. Mahkemeler haklı olarak bu bahiste çok temkinli hareket etmekte ve maddeyi gayet dikkatle tefsir eylemektedirler. Ezcümle Federal Mahkeme «Bir hakkın suiistimali mevzubahis olmak için bir hakkın isimal edilmesi icap eder; binanaleyh bir haktan feragat hiç bir zaman suiistimal teşkil etmez» diyor [3]. Bundan başka Federal Mahkeme ibtidaları ızrar kastını hakkın suiistimalinin mümeyyiz vasfı olarak telâkki ederken bu gün yegâne objektif kıstas olarak «Menfaatın ademi mevcudiyetini» kabul eylemekdedir [4].

Bu izahattan müsteban olacağı üzere, mehaz kanun hakkın suiistimalini tamamile objektif bir kıstasa tâbi tutarken kanunumuz her nedense, bu görüş tarzını terkederek ızrar kasdı gibi sübjektif bir unsuru bu mefhuma ilâve eylemiştir. Fakat kanunumuzun mehazdan ayrıldığı nokta, hakkın suiistimâlini hüsnüniyet kaides'ne bağlı olarak maddeyi ibka etmiş olmasıdır. Bu suretle Türk sistemini tamamile sübjektif bir sistem olmaktan kurtararak bu sisteme sübjektif sistemler ile objektif sistemler arasında mutavassıt bir mevki vermiş bulunmaktadır.

***

III

Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali

A) — Umumî Esaslar :

Akitler iki tarafın beyanı rızasile inikat ettiği gibi, yine tarafların rızasile sona erdirilebilir. Buna fesih namı verilir. Akdin, daha doğrusu borç münasebetinin sona ermesi yalnız rızayı tarafeyin ile değil, aynı zamanda kanunen muayyen bir çok sebeplere binaen bir tarafın irade-

[1] A. Richard, Medenî Hukuk esasları, İstanbul 1937, Sh. 18, No. 8 (Tercüme: Dr. Reşat Atabek)

[2] *Sauser — Hall*, İntroduction à l' étude du nouveau Droit Civil en Turquie, İstanbul 1926, Sh. 99, c.

[3] A. T. F. 45. II. 72

[4] Sauser — Hall, Op. Cit, Sh. 101, No. 2

sile de mümkündür. Bundan başka fesih bir ekseriyetin vereceği bir karar ile de olabilir. Bunlar haricinde akit nihayete ermekle beraber taraflara bazı müsbet veya menfi vazifeler tahmil edilmiş olabilir. Bütün bu hallerde yukarıda izah ettiğimiz hakkın suiistimali mefhum ve esaslarının ne şekilde tecelli ettiğini ayrı ayrı tetkik etmek icabeder.

a) — İki tarafın rızasile fesih :

İki tarafın rızasile fesih ancak devamlı olan akitler için mevzubahis olabilir; âni akitlerde böyle bir feshe yer yoktur. Meselâ, peşin para ile akit edilen bir bey'ide semenin ve mebiin derhal teslimi ile akit gayesine varmış olacağından, burada artık iki taraflı fesih mevzubahis olamaz; fakat uzunca bir müddet için yapılan bir icar akti, bir iş akti veya hizmet mukavelesinde iki tarafın rızasile fesih mümkün olabilir.

Umumî olarak diyebiliriz ki, akit iki taraflı olarak feshedilince, yani iki tarafın beyanı rızası fesih muamelesine vücut verince, hakkın suiistimalinden bahis edilememek icap eder. Taraflar feshe razı olunca, bunda her ikisinin de menfaatı olduğu düşünülebilir ve bu itibarla artık hakkın suiistimali mevzu bahis olamaz. Şüphesiz ki hata, hile ve ikrar halleri bundan müstesnadır.

Fakat bu fesih üçüncü bir şahsı ızrar etmek maksadile yapılmış ve taraflara hiç dir menfaat temin etmemiş bulunuyorsa, bu takdirde yeni hakkın suiistimali meselesi ortaya çıkar. Meselâ bir vekâlet aktinde ve bilhassa dâvaya vekâlette vekilin üçüncü şahıslar ile giriştiği işleri sürüncemede bırakmak ve bu suretle bunları ızrar etmek için müekkil vekili ile anlaşarak akdı feshederlerse ve müekkil tayin edeceği yeni vekil ile aynı şekilde anlaşırsa, üçüncü şahıslar fesih hakkının suiislimal edilmiş olduğunu iddia ve dermeyan edebilirler.

Mamafih bu hal istisnaîdir. Esas olarak akitler ancak tarafları alâkadar edip akdin feshinden üçüncü şahıslar müstefit veya mutazarrır olamıyacaklarına göre, iki taraflı fesih halinde hakkın suiistimali pek de mevzubahis olamaz.

b) — Bir tarafın rızasile fesih :

Burada mevzubahis olan bir taraflı fesih hakkı, akdin âkitlerden biri tarafından ifa edilmemesinden dolayı kanunun diğer tarafa bahş ettiği fesih salâhiyetinden tefrik edilmek icap eder. [1] Bir taraf muka-

[1] *Demegue*, Modifications aux contrats par volonté unilatérale (Rev. Trim. de Droit Civil 1907 sah. 245)

veleye riayet ettikçe esas itibarile, diğer taraf akdi feshe salâhiyeti yoktur; buna rağmen taraflardan biri akdi feshetmeğe kalkışırsa artık fesih hakkının suiistimalinden değil belki de haksız, gayrı kanunî bir hareketten bahsetmek icap eder.

Fakat bazı akitler vardır ki, bunlar bir tarafın rızasile feshedilebilir, ve bu fesih salâhiyeti ya kanun veya bizzat akit tarafından âkitlerden birine veya her ikisine bahşedilmiş olabilir. Kanun tarafından bahşedilmiş olsun veya akidden doğmuş bulunsun acaba bu fesih salâhiyetinin suiistimali mevzu bahis olabili rmi? Yoksa bu salâhiyet mutlak olup hiç bir tahdide tâbi değil midir? Bu suale kanundan doğan salâhiyet ve akitten mütevellit salâhiyet bakımlarından cevap vermek lâzımdır.

Kanuna müsteniden fesih:

Kanunumuzun bir çok maddeleri âkitlerden birine bazı şatlara riayet ederek akdi bir taraflı olarak feshetmek hususunda bir salâhiyet veriyor. Ezcümle âdî icara mütaallik 262 inci ve 264 üncü maddeler; hasılat icarına mütaallik 285, 286 ve 289 uncu maddeler; hayvan icarına mütaallik 298 inci madde; ariyete mütaallik 303 ve 304 üncü maddeler; hizmet akdine mütaallik 340 — 345 inci maddeler; vekâlet aktine mütaallik 396 ıncı madde hep âkitlerden birine akdi bir taraflı olarak feshetmek salâhiyeti vermektedir. Fakat bu salâhiyetler mutlak olmayıp istimalleri bazı şartlara tabidir. bunların hususî birer akit olmaları itibarile, bu yazının tatbikata hasrettiğimiz kısmında tetkiki daha münasip olduğundan bir az ileride bu noktayı tafsil edeceğiz. Fakat şurasını istitraten kaydedelimki, kanunumuz işaret edilen bu hallerde fesih hakkının suiistimal edilebileceği sarahaten veya zımnen derpiş ederek bunları önlemek için bazı tedbirler düşünmüş ve bu meyanda feshin münasip olmayan bir zamanda yapılamıyacağını bildirmiştir.

2 — *Akde müsteniden fesih:*

Muayyen bir müddet için aktedilen mukaveleyi bazı ahval ve şerait dolayısile feshetmek hakkı taraflardan biri veya her ikisi lehine şart edilmiş olabilir. Böyle bir şartın mutlak bir hüküm ifade ettiği ve lehine şart edilen kimsenin bu haktan bilâ kaydü şart istifade edebileceği kabul olunmaktadır; yani bu haktan istifade eden kimse sebep göstermeğe mecbur tutulmaksızın ve husule gelebilecek zarardan hiç bir suretle mülzem olmaksızın akdi feshedebilecektir. Bunun illeti ise tarafların bu hususdaki arzu ve iradeleridir: Her ikisi de akdi teşkil ederken böyle bir şartı kabul etmiş olmalarını, bunun hak sahibi tarafından ka-

yıtsız olarak kullanılmasını temin etmeği düşünmüş olduklarını tazammun eder. Josserand'nın dediği gibi burada suiistimal kabili tasavvur değildir, zira taraflar bu fesih hakkını rızalarile her hangi bir gaye ve illetten âri tutmuşlar ve bunu sebebinden ayırarak tamamile mücerret bir mahiyete kalp eylemişlerdir [1].

Fakat bu fesih hakkı bu kadar mutlak olmamak icap eder. Zira taraflar rızalarile bir fesih hakkına vücut vermişler ise de bunun istimalile aralarından birinin mutazarrır olmasını ve diğerinin bu hakkı suiistimal etmesini arzu etmemişlerdir. Von Tuhr'a göre „Alacaklının açıktan açığa hakkını suiistimal ettiği hallerde borçlu medenî kanunun 2 inci maddesine istinat edebilir. " [2] Profesör Esat Arsebük'de „Borçlu, hakkını suiistimal eden alacaklıya karşı medenî kanunun 2 inci maddesine istinaden defide bulunabileceğini" kabul etmektedir [3]. Filhakika bir çok isviçre'li şarihler ile Türk müelliflerinde tesadüf olunan bir misali profesör Ebül'ulâ Mardin şu şekilde canlandırmaktadır : Akdin hitamında yeni bir müstecir zuhur etmemiş iken tehlikeli bir halde hasta bulunan eski müstecirini kapı dışarı eden mucirin bu hareketi bir suiistimal addolunmuştur. İcara başka talip olsaydı mâzur görecekdik. Fakat talip yok. Müstecir hastalığı dolayısile heman tahliye edememiş. Mucir müddet bitmişdir diyerek yatağile zavallı kiracıyı dışarı atıyor. Burada hakkın suiistimal edilmekte olduğu görülmüyor mu? [4]

Binaenaleyh akdî olarak bahşedilen fesih salâhiyetinin suiistimale yol açacağı açık olarak görülmekte ve müelliflerce kabul olunmaktadır. Filhakika fesih hakkının kabul edilmiş olması bazı ahval ve şeraitin derpiş edilmiş bulunmasından ileri gelir. Bu hakkı indî ve keyfî olarak kullanmak, hattâ ahval ve şeraiti tahakkuk etmiş gibi göstererek fesih salâhiyetini istimal etmek, mezkûr hakkı gayesinden inhiraf ettirmek olur. Akidden mütevellit hakların kanunen bahşedilen haklar gibi bir fonksiyonu vardır, bunların da bir gayesi bir illeti mevcuttur. Bunlara karşı hareket, hakkın suiistimalini teşkil ve hak sahibini ilzam eder. [5]

C) — Ekseriyet kararile fesih :

Von Tuhr iki taraflı hukukî muameleleri akitler ve kararlar olarak

[1] *Josserand.* Op. Cit, sah. 118

[2] *Von Tohr*, Partie Générale du C.O.(Fransızca tercüme, 2 inci tab), Cilt II, sah. 558, I , 3

[3] *Esat Arsebük*, Op. Cit. sah. 462, II, 3

[4] *Ebül'ulâ Mardin*, Op. Cit. sah. 164

[5] *Josserand*, OP. Cit. Sh. 188

98

bir taksime tâbi tutmaktadır. [1] Akid, iki tarafın karşılıklı ve bir birine uygun rızalarının izharı ile husule gelmesine mukabil, kararlar müşterek bir işde tek bir fikrin husulüne yardım ederler. Bunlar ancak kanunda tayin edilen haller için muteber olup bu haller haricinde kiymetleri yoktur; zira muayyen bazı şahısların iradesine digerlerinin tâbi olmaları istisnaîdir ve bunun teşmiline cevaz yoktur. Mevzuatımıza göre kararların muteber olacağı hallerin başlıcaları şunlardır: Cemiyet kararları (M. K. M. 59,60), müşterek mülkün idaresi hususunda şeriklerin vereceği kararlar (M. K. M. 624), toprağın ıslahı hususunda birden ziyade maliklerin vereceği kararlar (M. K. m. 678), şirket kararları (M. K. M. 143, 166), Anonim şirket kararları (T. K. m. 297) İdare meclisi kararları (T. K. m. 300), hey'eti umumiye kararları (T. K. m. 366) . . .

Bu vaziyet akidlere nazaran istisnaî bir mahiyet arzedince, akidlere müteallik hükümlerin bunlar hakkında temamen tatbiki yoluna gidilemez: Bir karar bir meclis tarafından ittihaz edilince, izhar olunan rızalar mevcut şahısların rızalarından ibarettir. Rey vermek, bir akdin teşkili için karşılıklı beyanatta bulunmak olmayıp, karara iştirak edenlerin reis tarafından toplanıp hülâsa edilen fikre iltihak demekdir. Burada, toplanan reylerin ekseriyeti hâkimdir. Binaenaleyh kararda, akidlerden farklı olarak, esas itibarile reylerin ittifakına lüzum olmayıp ekseriyet kâfi gelmektedir. Ekseriyetin izhar ettiği irade toplantıda bulunmayanları veya muhalif rey verenleride bağlar. Bu vaziyet karşısında bir ekseriyetin rey hakkını ve dolayısile husule gelecek kararı suiistimal ederek bir akalliyeti ızrar etmesi mümkündür; ve ızrar keyfiyeti bilhassa fesih kararlarının verilmesile husule gelmektedir. (2) Bunlara mâni olmak için Ticaret kanunumuz muhtelif vaziyetler derpiş ederek, bilhassa Anonim şirketler bahsında, bu suiistimalleri önleyecek tedbirler vaz eylemiştir. (T. K. m. 143,442 No. 9, 386, 387 gibi)

d) — Akdin hitamını takibeden müddet içinde hakkın suiistimâli:

Bir akid ifa, fesih, müruru zaman veya her hangi bir sebeble hitama erdikden sonra esas itibarile taraflar arasında hiç bir alâka ve münasebet kalmaz. Şayet mukavele kanunî şartlara ve akdî hükümlere riayet edilerek hitama ermiş ise, artık tarafların vaziyeti tamamile tasfiye edilmiş olur.

[1] *Von Tühr*, OP. Cit. Cilt I, Sh. 122, II. — *Arsebük*, OP. Cit. Sh. 95—96, II.
[2] *Lacour et Bouteron*, Précis de Droit Commercial, cilt I *No.* 591.

Akid, kendisinden aranılan gayeye vardıkdan sonra, hukuk hayatında bir rol oynayabilir mi? Ve oynayabildiği takdirde bir suiistimal teşkil, edebilir mi ? Umumiyetle müellifler, akdin hitama ermesinden sonra da tarafların bazı müsbet veya menfi vazifeler ile mükellef olacaklarını kabul ederler. [1] Meselâ, taraflardan biri akdin hitama ermesinden sonra diğerinin talebi üzerine mezkûr akdi yenilemeğe mecbur tutulması halini müsbet bir vazife ve akdin hitama ermesinden sonra üçüncü bir şahısla muayyen şartlar tahtında muameleye girişmemesi veya bazı muameleleri kendinin dahi yapmaması halinin menfi bir vazife olarak telâkkî etmektedir.

Josserand dediği gibi «Akidler hitamlarından sonra dahi yeni hukukî münasebetler ihtasına elverişli bir iz birakırlar: Tam manasile hukuki bir kıymete haiz olmamakla beraber, yeni hukukî münasebetlerin doğumuna müsait bir hareket noktası teşkil edecek olan birer vakıa gibi yaşarlar; filhakika, vaziyet hiç bir şey olmamış gibi nasıl telâkkî edilebilir? Her hangi hukukî münasebet bazı hayat nüveleri bırakarak ortadan silinir . » [2]

Bu müsbet veya menfi vazifeler mukaveleye derç edilebileceği gibi kanundan da neş'et edilebilir. Meselâ, icar akdinin hitamında mucirin tercihan müstecir ile mukaveleyi tecdit edebileceği şart koşulabildiği gibi (akdî müsbet bir mükellefiyet) , hizmet akdinde de işcinin akdin hitama ermesinden sonra iş sahibi ile rekabete girişmemesi, onun müşterilerini celbden imtina eylemesi kanun tarafından men olunmaktadır. (Kanuni menfi bir mükellefiyet) [3] .Bu menfi mükellefiyetler umumiyetle bir imtina veya içtinap borcu şeklinde tecelli edip tatbikatta müsbet mükellefiyetlere nazaran daha az miktardadır [4]. Bununla beraber birer hakkın suiistimali mevzu olabileceklerinden tetkikleri icab eder.

Taraflar böyle bir mükellefiyeti sarahatla mukavele etmişler ise akdin hitamından sonra dahi buna riayet etmek mecburiyetindedirler. Şayet bir borç ile mükellef olan kimse borcunu yerine getirmez ve meselâ başkasile muameleye girişmek memnuiyetine rağmen üçüncü bir şahıs ile bir akit teşkil ederse, bu akit batıl olmayıp ancak borcuna ademi riayetten dolayı tazminat ile mükellef tutulur [5]. Akdin , yâni tarafların iradesinin husule getirebileceği böyle bir vaziyeti örfü âdet veya hüsnü-

[1] *Demogue*, Traité des Obligations , cilt 4, No. 659

[2] *Josserand*, Op. Cit. Sh. 192

[3] B. K. m. 348 — 352. Her ne kadar bu memnuiyetin mukaveleye derci icap ederse de bunun hudud ve şumulünü , müddet ve şeklini kanun tayin etmiştir.

[4] *Von Tuhr*, Op. Cit. cilt 1,Sh. 42 , III.

[5] Fransız temyiz mahkemesinin 26. Şubat. 1924 tarihli kararı, Dalloz 1927. 1. 21.

100

niyet kaidesi de tahkkuk ettirebilir. Mukavelede sarahat olamamasına rağmen iş sahibi tarafından azledilen işçinin gidip rakip bir müesseseye sayini, bilgisini, meharetini ve şöhretini arzederek onunla bir mukavele akdetmesi hüsnüniyet kaidelerine muhalif telâkkî edilmekte ve böye bir fiilin hakkın suiistimalini teşkil edeceği umumiyetle kabul olunmaktadır. Fakat akden feshinden sonra müsbet veya menfi bir mükellefiyetin bir hakkın suiistimalini teşkil edebilmesi için, mükellefin ızrar kasdile hareket etmiş olması ve bu hakkını içtimaî fonksiyon ve gayesinden inhiraf ettirmiş bulunması icabeder.

*
* *

B) - *Tatbikat:*

Akdin feshine mütaallik kanuni hükümlerin hakkın suiistimaline temas eden noktalarını bilhassa icar akdi, ariyet akdi, hizmet akdi ve vekâlet akdi bakımlarından tetkik edeceğiz.

a) - *İcar akdi:*

Borçlar kanunumuzun 260 ıncı ve mütaakip maddeleri icar akdinin ne suretle hitama ereceğinden bahsetmekte ve bu meyanda 264 üncü maddesi fesih ile hitâm şeklini derpiş eylemekdedir. İcar akdi muayyen bir müddet ile yapılmış ise, akdin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren mühim sebeplerin hudusunda taraflardan her biri müddetin hitamından evvel feshi ihbar edebilir. İşte hakkın suiistimaline yol açması mümkün olan bu salâhiyet, bilhassa «*Mühim sebepler*» in hudusu halinde kendini gösterir. Nitekim Federal Mahkeme böyle bir halde bir tarafın diğer tarafa akde bağlı kalmasını talep etmesi keyfiyetini nisfet ve adalete muhalif görmekte ve bu talebin mesmu olmaması lâzım geldiğine hükmeylemekdedir. [1]

Bu salâhiyetin kullanılmasından doğabilecek suiistimalleri önlemek mülâhazasile müellifler bazı tahdidler vaz etmişlerdir. Bunlara muhalif hareket hüsnüniyet kaidelerine mugayir bir fiil veya bir hakkın suiistimalini teşkil edeceği neticesine varılabilir. Ezcümle Martin [2] taraflardan birinin akda riayet etmemesi keyfiyetinin kanunun anladığı manâda mühim bir sebep teşkil edemiyeceğini ve bundan başka akdi feshetmek isteyen tarafa böyle bir sebebin izafe edilmemesi lâzımgeldiğini

[1] *A. T. F. 32. 2. 576.*
[2] *Martin*, Le code des Obligations, cilt, 2, Sh. 130 — 131

beyan ediyor. Federal Mahkeme mucir tarafından mecurun yanı başında bir Fabrika inşa edilmiş olması; müştereken mecuru kiralayanlardan birinin vefatı gibi halleri mühim sebep olarak telâkki eylemiştir [1]. Fick ve Schneider de bir memurun azlinin veya başka bir mahalle tayininin mühim bir sebep olarak kabul edilmesi lâzımgeldiğini söyliyorlar [2].

Aynı hüküm ve esasların hasılat icarında da carî olması lâzımgeldiğini Borçlar kanunumuzun 286 ıncı maddesi sarih olarak bildirmekdedir. Hayvan icarı gayrı muayyen bir zaman için mukavele edilmiş ise, Borçlar kanunumuzun 298 inci maddesi taraflara esas itibarile akdi her zaman feshetmek salâhiyetini bahşeylemekdedir. Böyle bir salâhiyetin kolaylıkla suiistimal edilebileceğini izaha lüzum yoktur. Esasen kanun bu salâhiyetin mümkün suiistimalini derpiş ederek, aynı maddenin ikinci fıkrasında feshin hüsnüniyetle yapılması ve münasebetsiz bir zamanda husule gelmemiş olması icap ettiğini bildiriyor. Kanaatımıza göre, bu fıkra bilumum icar akitlerine kabili tatbik olmak lâzımgelir ; zira ihtiva ettiği kaide hüsnüniyet kaidesile hakkın suiistimali memnuiyetinin bir neticesidir. Binaenaleyh mucir veya müstecir icar akdini mücerret diğer tarafı ızrar etmek mülâhazasile feshedemez ; fesihde bir menfaat bulunmak icap eder [3]. Mamafih hâdiselerin takdiri hâkime bırakılmıştır [4].

1 / Nisan / 1926 tarihli bir Fransız kanununun 5 inci maddesi mezkûr esasları gayet sarih olarak şu tarzda ifade eylemektedir: « Malik fesih hakkını meşru bir menfaat tatmini için değil de müsteciri ızrar etmek veya icar bedellerini tayin eden mevzuat ahkâmını bertaraf etmek için kullandığı müstecir tarafından isbat edilirse, mucirin bu hakkını kullanması hâkim tarafından men olunur.» [5]

b) — Ariyet akdi :

Ariyet, bir şeyin bedava kullanılmasını bir şahsa (ariyet alana) terk edip kullandıktan sonra diğer şahsa (ariyet verene) iadesi mükellefiyetini tazammun eden bir akiddir. Bu akit muayyen bir müddetle yapılabileceği gibi müddet tayin edilmeksizin de yapılabilir. Müddetle yapılan ariyete Roma hukukunda «Commodatun» ve müddetsiz ariyete de «Precarium» namı verilirdi [6].

[1] *A. T. F.*, 15 *Sh. 282* .

[2] *Fick et Schneider*, Commentaire du Code Fédéral des Obligations, Sh. 470, No 10.

[3] *Sabri Şakir — Fuat Hulûsi*, Borçlar kanunu şerhi, cilt. 2. sh. 113

[4] *Martin*, Op. Cit. Sh. 161

[5] *Mazeaud, H. et L.*, Traité de la responsabilité cilt 1 Sh. 354, No. 556 ve Not 7 deki referanslar.

[6] R. *Honig*, Roma Hukuku, 2 inci tap, İstanbul 1938.Sh. 249.255

P., — F. *Girard*, Manuel de Droit Romain, 8 inci tap, Paris 1929, Sh. .563.

1) — Ariyet, müddet tayini ile yapılmış ise, müddetin hitamında akit sona erer. Fakat kanunun tayin ettiği bazı hallerde ariyet veren, verdiği şeyi bu müddetin hitamından evvel de isteyebilir (B. K. m. 303). Meselâ, ariyet veren evvelce bilmediği bir halden dolayı verdiği şeye acele mühtaç olursa onu derhal geri isteyebilir. Fakat bu hakkını mücerret ariyet alanı ızrar veya onu izaç için kullanamaz, çünkü böyle bir hareket hakkın suiistimalini teşkil eder.

2) — Müddet tayin edilmeksizin ariyet yapılmış ise, ariyet veren bunu dilediği zaman geri isteyebilir (B. K. m. 304), hatta feshi ihbar etmeksizin dahi akda nihayet verebilir. Fakat bu geniş salâhiyetin bir hududu vardır: Schneider ve Fick'ın söyledikleri gibi, ariyet veren bu hakkı mücerret ariyet alanı izaç için kullanamaz. Rossel de aynı fikirdedir ve bu maksatla yapılan muamelenin Medenî kanunun 2 inci maddesinin 2 inci fıkrasına tâbi olduğunu bildidiriyor [1]. Sabri Şakir ve Fuat Hulûsi de Borçlar kanunu Şerhlerinde aynı mütalâayı tasvip eylemektedirler [2]. Binaenaleyh diyebiliriz ki, ariyet veren kendisi için hiç bir menfaat olmaksızın ve sırf ariyet alanı izaç veya ızrar etmek maksadile verdiği şeyi geri isterse hakkını suiistimal etmiş olur ve talebi ne hâkim ve ne de kanun tarafından himaye görmez.

c) — Vekâlet akdi:

Vekâlet, esas itibarile emniyet ve itimada müstenit bir akit olduğundan, bu emniyet ve itimadın fikdanı ile tarafları birbirine bağlı tutmak tahammül edilmez bir vaziyet ihdas etmek olur. Bunun için bu itimat zail olunca, buna ehemmiyetsiz bir hâdise dahi sebep olsa, müekkil müddet tayin etmeğe mecbur olmaksızın vekâleti feshetmek salâhiyetini haiz olmalıdır. Nitekim, Borçlar Kanunumuzun bu mantıkî neticeyi derpiş eden 396 ıncı maddesi vekâletten azil ve ondan istifayı her zaman için caiz kılmıştır. Binaenaleyh vekil veya müekkil her hangi bir zamanda vakâlet akdini feshetmek salâhiyetini haizdirler. Bu itibarla vekâlet müekkil leyhine veya vekil leyhine tesis edilmiş olsun, bir ücret mukabilinde veya ücretsiz ifa edilsin her zaman bir tarafın beyanı rızasile fesholunabilir.

Fakat bu derece geniş bir salâhiyete mutlak bir mahiyet tanımak bir çok suiistimallere yol açmak olacağından, bunun hudutlarını tayin

[1] *Schneider et Fick,* Op .Cit.,Sh. 514,No.3
Rossel, Borclar K.Şerhi ve nazariyelerini (Adliye Vek. tercemesi İstanbul 1928) Sh. 491 No.495.

[2] *Sabri Şakir — Fuat Hulûsi,* Op. Cit., cilt 2, Sh. 118

etmek icap eder. Kanunumuzun hüsnüniyet kaidesile bunun tabiî neticesi ve müeyyedesi olan hakkın suiistimali mefhumundan mülhem olarak 396 ıncı maddeye şöyle bir fıkra yaz etmiştir: «Münasip olmayan bir zamanda vekâletten azil veya ondan istifa eden kimse diğerinin zararını zamin olur.»

Bu fıkra birinci fıkranın mutlak mahiyetini bir hayli yumuşatmış ve fesih salâhiyetinin hüsnü surette ve meşru sebeplere mebni istimalini emreylemiştir. Binaenaleyh vekilin istifası veya müekkilin azli diğer tarafı ızrar etmek veya izaç eylemek kasdile olmamalıdır. Şüphesiz suiniyetle ve hak suiistimal ederek akda nihayet verilmiş ise, bu fesih bakî kalır, yoksa fesil iptal ettirilip akdin tekrar vücut bulması cihetine gidilemez. Fakat zarar gören bunun tazminini talep edebilir. Çünkü bu fesih hakkı geniş bir salâhiyet olmakla beraber hukukun umumî kaidelerine tâbidir ve bu itibarla suiistimal teşkil edecek bir tarzda kullanılması caiz değildir. Bu düşünce o kadar doğrudur ki peşinen bu fesih hakkından feragatın caiz olmayacağını müellifler kabul etmekte ve bu hakkı bir intizamı âmme meselesi mertebesine çıkarmaktadırlar [1].

d) Hizmet akdi:

Borçlar kanunumuz ile İş kanunumuz, muayyen bir zaman için yapılmamış olan hizmet akdi veya iş mukavelelerinin feshi hususunda taraflara, ihbar müddetlerine riayet etmek şartile, akdi her zaman fesh etmek salâhiyetini bahşeylemekdedir (B.K.m. 340 ve mü. , İş k. m.15 - 16).

« Şayet taraflardan biri umumî adaba veya ahlâka uygun olmayan bir sebebe müsteniden iş akdini fesh eder veya iş veren tatil günleri çalışmayı veya kanununa mugayir defter tutmayı kabul etmeyen bir işçinin sırf bu sebepten mukavelesine nihayet verirse, veya işçinin bir birliğe mensup olduğunu veya muayyen dinî veya siyasi bir telâkkide bulunduğunu veya gebe olup kısa bir müddet sonra kanunî izin müddetini istimal edeceğini nazarı dikkate alarak veya sırf işçiyi ızrar etmek veya intikam almak maksadile keyfe mayeşa yelev ihbar müddetlerine riayet etmek suretile iş mukavelesini feshederse, kanun vazu bu gibi suiistimalleri mübah telâkki etmemiştir.» [2] Filhakika müellifler umumiyetle ciddî bir maksatla yapılmıyan ve keza hüsniniyete muhalif bulunan fesihlerin keenlemyekûn addedilmesine taraftardırlar [3].

[1] Josserand, Op. Cit. ,No; 137 ve mü.

[2] Reşat Atabek, İş aktinin feshi, İstanbul 1938, sah. 104 — 105

[3] Oser. Op. Cit. madde 347 şerhi, No. 14, — Josserand, Le contrat de travail et l'abus du droit (Evolution. et Actualités) sah. 102

Reşat Atabek'de şu mütalâada bulunuyor:« İhbar müddetlerine riayet etmiyen kânunun şekline muhalif hareket etmiştir; suiniyetle mukaveleyi fesh eden, mukaveleyi fesh eden kanun şekline muvafık fakat ruhuna muhalif hareket etmiştir. Bunun hududu hâkim tarafından çizile ceğinden bu hudud hafif ve gayri muntazamdır; bu hududu tecavüz eden hakkını istimâl ettiğini iddia edebilirse de hakikatta hakkını suiistimal ettiğinden, yine mesuldür.» [1]

Nitekim borçlar kanunumuzun 344 üncü maddesinin 2 inci fıkrası gayet sarih olarak bu feshin hüsnüniyete uygun olması lâzım geldiğini bildiriyor.

Akdin feshinden sonra da kanun taraflara bazı menfi mükellefiyetler tahmil etmekde ve hususile işçinin iş sahibine karşı rekabet teşkil edebilecek bir şekilde bir işde çalışmasına mâni olmaktadır. Binaenaleh bu memnuiyete muhalif hareket haksız bir fiil gibi telâkki edilebilirse de, hakkın suiistimalinin tabiî bir neticesi bulunduğunu iddia edenler de mevcuddur.

*
* *

IV

NETİCE

Akidlerde ve hususile akdin feshinde carî olması icap eden büyük hüsnüniyet kaidesinin tahakkuku ve müeyyidelenmesi keyfiyeti hakkın suiistimali mefhumile kabilî temin bulunmaktadır. Zira borç münasebeti aharı ızrar veya borçluyu izaç için istimal edemez. Hele hakkı içtimaî fonksiyonundan inhiraf ettirerek meşru bir kisve giydirip aharı ızrar için kullanmak hiç de himayeye şayan bir vaziyet değildir.

Akdin feshinde hakkın suistimalinden bahsedebilmek için bir akdin mevcut olması, bu akidden mütevellit hakkın içtimaî gayesi hilafına istimal edilmiş olması ve bu şekil istimal hak sahibine meşru bir menfaat temin etmeksizin bir zarar husule getirmiş bulunması lâzımdır.

Hukuk ve bilhassa akidler hukuku gayet mücerret ve muhafazakâr olmakla beraber iktisadî ve içtimaî hadiselere ayak uydurmağa mecbur olmakta; dün mübah ve meşru görünen bir vaziyet işbu iktisadî ve içtimaî hadiselerin tehavvülü ile gayri meşru bir mahiyet almaktadır. Bunu temin büyük hüsnüniyet kaidesinin bir tatbik şekli olan hakkın suis-

[1] Oser, Op. Cit. madde 360 şerhi, No. 10
Reşat Atabek, Op; Cit. sah. 192, 2.

timali sistemi ile mümkündür. Bunun için hakkın suiistimalini hukukî istikrarı baltalayan bir sistem olarak telâkkî etmemek icap eder. Onu, teessüs etmiş içtimaî nizamın bir *yıkıcısı* gibi değil, fakat hukukî münasebetlerin içtimaî ihtiyaçlara intibakını temin etmek için bu münasebetleri yumuşatan *yapıcı* bir sistem olarak görmek lâzımdır. Profesör josserand'ın dediği gibi, hakkın suistimali «Hayatiyeti çok, kuvveti mühim ve plastisitesi (intibak kuvveti) fazla olan bir mefhum olup bir terakkî ve tekâmül aleti, hukuku içtimaî ihtiyaçlara intibak ettiren bir sistemdir." Fakat hâkim bu aleti büyük çir dikkat ve ihtimam ile istimal etmeğe, içtimaî zaruretleri inceden inceye tetkik ederek akidlerin ve akidlerden mütevellit hakların (ve hususile fesih hakkının) hüsnü istimalini veya suiistimalini ona göre takdir eylemeğe mecburdur. Hakkın suistimali ne geniş ne de dar bir şekilde tatbik edilmemelidir.

Geniş olarak tatbik edilirse bir çok haksızlıklara sebebiyet verilir, hukukî münasebetlerde mevcudiyeti zarurî olan istikrar haleldar olur ve netice itibarile haklı olan ızrar edilir. Dar olarak tatbike kalkışılırsa, bu faideli müessese lüzumsuz bir silâh haline gelir. Şüphesiz ki buna müracaat tâli bir şekilde olacak, yani kanunda hakkın suistimalini önleyecek veya husule gelen zararı tazmin ettirmeğe yarayacak sarih bir madde bulunmadığı zaman bundan istifade olunacaktır. Fakat bu takdirde sistemi bütün şumul ve neticeleri ile tatbik etmek icab edecektir.

106

No: 58

T. C. K. nunun 434. maddesinde ahvalde, tecil men'i muhakemenin hukukî sebebi olabilir mi?

T. C. K. nunun 434. üncü maddesinin tatbiki halinde sorgu hâkimlerinin tecil kararı verebilecekleri H.

Safranbolu Hâkim Muavini ve salâhiyetli Sorgu Hâkimi Veysi Ünser. 7750

Bazı temyiz dairelerinden sorgu hâkimlerine ve hatta bir çok müddeiumumilere kadar, T. C. K. nunun 434. mddesinin tatbiki halinde sorgu mahkemelerince verilecek kararın (tecil sebebi ile men'i muhakeme) şekli olduğu kanaatı vardı. Bu kanaata istinat eden mahkeme ve müddeiumumiler sebep olarak: sorgu hâkimlerinin verecekleri kararların usulün 191 inci maddesinde tahdidî olarak gösterilmiş olmasından ve mezkûr halde bu hudutlar haricinde bulunmasından sorgu hâkimleri ancak 1) meni'î muhakeme, 2) tahkikatın muvakkatan tatili, 3) ve son tahkikatın açılması kararlarından başkasını vermiyeceklerini ve hukukan buna imkân olmadığını ileri sürüyorlardı. Bu kanaata uzun zaman adliye vekâleti de iştirâk etmiş ve bu şekli kanuna uygun bulmayan bir çok yazılı emir taleplerini red etmiştir. Bilhassa bu yerleşen kanaatın kanuna uygun olmadığını ve bu kabul şeklinin hukukî bir mesnede dayanmadığını Bartın müddeiumumisi kıymetli meslekdaşım İbrahim Görice iddia etmiş Zonguldak ağır cezası ile yaptığı uzun münakaşalar neticesinde bu kanaatı yıkmaya kanunî bir imkân bulamamıştır.

Bu kanaatı yıkmak için biz de çalışdık. Ve bu iş artık tevhidi içtihât yolu ile de kesin bir surette hâlledilmiş bulunuyor. Fakat ne bizim istihsâline muvaffak olduğumuz umumî heyet kararı ve ne de tevhidi içtihat kararı tatbikatı bütün müşküllerinden kurtarmış değildir. Aşağıda mütalâa edeceğimiz gibi bu hususun daha halle muhtaç bir çok noktaları ve tatbikatta doğurduğu bir çok yanlışlıklar vardır. Biz hâdiseyi top yekûn tetkik etmekle beraber gücümüz yettiği kadar bu noksanları da münakaşa etmeye çalışacağız.

Evvelâ T. C. K. nunun 434. maddesindeki halde tecil kararı verilmesini umumî heyet kararı ile nasıl temin ettiğimi arzedeceğim :

Safranbolu C. M. U. si kıymetli arkadaşım Emin Günoy da T. C.K. nunun 434. maddesindeki halde tecil kararı verilmesi icabettiği kanaatında olduğundan iddianamesine karşı vaziyeti aktif bir hale getirmek için hakikat hilâfına şu şekilde bir karar verdik: Maznun kaçırmış olduğu mağdure ile evlenmiş olduğundan tecil kararı verilmesi icabediyorsada sorgu hâkimlerinin verecekleri kararların tahdidî olmasından tecil kararı veremezler. Tecil kararı verilmek üzere ağır ceza mahkemesine son tahkikat açılmasına ve .....).

Bu karar üzerine zonguldak ağır ceza mahkemesi 31. 1. 941 tarihli kararı ile :

(Maznun ile mağdure hazırlık tahkikatı yapıldığı sırada evlenmiş olmalarına göre ademi takip kararı verilmesi icabederken son tahkikat açılması yolsuz görünmekle kanunî muamelesinin yapılması için evrakın C. M. U. liğine iadesine ....) mütalâası ile evrakı iade ediyor.

Müddeiumumilik (Mağdure ile maznunun hazırlık devresinde evlenmiş olmalarından ademi takip kararı verilmesi lâzımgelirken ilk tahkikat istenmiş olması ve isteğe uyulduğu takdirde T. C. K. nunun 434. maddesindeki hükme teb'an tecil sebebi ile men'i muhakeme kararı verilmesi lâzımgelirken ilk tahkikat talebinin reddile son tahkikat açılması yolsuz.....) şeklindeki talebi ile yazılı emir yoluna müracaat ediyor.

Evrak C. baş müddeiumumiliğince tetkik olunup 13. 3. 941 tarihli tebliğname ile (maznun ile mağdurenin evlenmiş olmalarından sorgu hâkimleri tecil sebebi ile meni muhakeme kararı vermeleri icabederken son tahkikatın açılmasına karar verilmesi yolsuz . . .) kanaatile hâdiseyi birinci ceza dairesine arzediyor.

Bu tebliğname üzerine temyiz mahkemesi birinci ceza dairesi 1269 sayılı kararı ile (mağdure ile maznunun evlenmiş olduklarına ve dâvanın ilk tahkikat devresinde bulunmasına göre sorgu hâkimleri tecil kararı vermeleri icabederken son tahkikatın açılmasına karar verilmesi yolsuz . . .) bularak evrakı iade ediyor.

C. baş müddeiumumisi iddiasında ısrar ederek hâdiseyi umumi heyetin rü'yetine arzediyor. Umumi heyet 15. 4. 941 tarihli toplantısında 90 sayılı kararı ile:

(sorgu hâkimleri ceza kanununun 434. maddesindeki ahvalde tecil kararı verebileceklerine göre itirazın reddine ekseriyetle karar verildi). Diye hâdiseyi nihâyi olarak kararlaştırıyor.

Şu şekle göre T. C. K. nunun 434. maddesindeki ahvalde iş sorgu hâkimliğinde ise tecil kararı verilmesi icab ettiği anlaşılmış bulunuyor. Bu sefer 7. E/ 29. sayılı tevhidi içtihat kararıda bu hususu sarih olarak teyit etmiş olduğundan meselenin katî olarak halledilmiş olduğunu görüyoruz.

Fakat temin edilene bu neticeye rağmen tatbikattaki ihtilâfların halledilemediğini ve bir birine uymayan bir çok muamelelerin yürütülmekde olduğunu görüyoruz. Elden geldiği kadar bu ihtilâfları sıralayarak münakaşa etmeye çalışalım:

1 – T. C. K. nunun 434. maddesindeki halde evlenme hazırlık devresinde vaki olmuş ise C. M. U. si ademi takip kararı verebilir mi?

Bu cihet biraz evvel arzettiğimiz netice ile sarih olarak halledilmiş değildir. Bu husus yine bir münakaşa zemini yaratmaktadır. Kanatımızca, mezkûr halde C. M. U. si ademi takip kararı veremez. Çünki 434. madde sarih olarak (Hukuk âmme dâvası tecil olunur). diyor. Şu hale göre tecil kararının birinci şartı usulen açılmış bir âmme dâvasının mevcut olmasıdır. Aynı zamanda kanunun âmir hükmüne göre (tecil) e karar vermek lazımdır. Hüküm mutlakdır. Ve esasen kararlar aynen verilir. Biri diyerinin sebebi olmaz. Ve ademi takip kararının hangi hallerde verileceği de hukukî sebebleri ile kanunda bellidir. Ademi takip ile tecil kararı arasında hukukî mahiyetleri itibarile de farklar vardır. Ademi takip âmme dâvasını haklı gösterecek sebeplerin bulunmamasından takibata mahal olmadığı esasına dayanır Ve ademi takipte suç ile suçlu arasındaki münasebet ya hiç yoktur veya çok zaifdir. Veya bizatihi fiil kanunen suç teşkil etmez. Veya suçlu ehliyet itibarile fail vasfını haiz değildir. Halbuki tecilde suç tekemmül etmiş ve suçluya nisbeti belkide tamamen sabit olmuşdur. Ancak suçlunun hukukan evlenmiş olmasından kanunî bir şartla âmme dâvasının muayyen bir noktada durdurulması demektir. Ademi takip hâdiseyi ortadan kaldırır tecil ise hâdiseyi meşruten durdurur. Ancak şartın tahakkuku ile ortadan kalkar. Ademi takip itirazı mümkün tecil itirazı olmayan bir hukukî muameledir. Tecilin şartı olan evlenme cezayı düşüren mecburiyet hali veya nefsi müdafaa gibi objektif bir hukukî sebep değildir. Hakkında bu şekilde tecil kararı verilen maznunun belki suçluluğu bile sabittir. Şu halde bir hâdisede suç ve suçluluk mevcut olursa bu hâ

dise hakkında ademi takip kararı kanunen verilemez. Nasıl ki tecil men'i muhakemenin hukukî sebebi olmazsa yine tecil ademi takip veya başka bir kararın hukukî sebebi olamaz.

2 — T. C. K. nunun 434. maddesindeki halde verilecek tecil men'i muhakeme kararının hukukî sebebi olabilir mi?...

Yukardan beri verdiğimiz izahata nazaran olamaz. Bir defa tecil ile men'i muhakeme kararları arasında derin hukukî farklar vardır. Evvelâ tecil âmme dâvasını durduran, men'i muhakeme âmme dâvasını açmayı men eden bir karardır. Men'i muhakeme bir kaziyeyi muhakeme teşkil ettiği halde tecil hiç bir katiyet teşkil etmez. Men'i muhakeme tasdika bağlı, tecil hiç kayda tâbi değildir. Tatbikatta bu cihet te çok münakaşalara zemin teşkil etmektedir. Bir çok sorgu hâkimleri tecil kararı verdikten sonra bu kararı neticeleri itibarile men'i muhakemeye kıyas ederek tasdik için mensup oldukları tasdik makamına gönderiyorlar. Bu makam da bu kararı ya tasdik veya red ediyor. Biraz evvel söylediğimiz gibi bu iki kararın neticeleri bir birine benzemez. Ve usulün 124. maddesinde sorgu hâkimlerinin hangi kararlarının tasdik ile tekemmül edeceği tahdidî olarak yazılıdır. Biz işi daha iyi tavzih etmek için tecil ile men'i muhakemeyi ayrı ayrı tetkik edeceğiz.

A — T. C. K. nunun 434. maddesindeki yazı tecil.

Evvelâ bu karar sırf usulî bir muamele değildir. Kanun vazıı bu kararı bir gaye için vazetmiş ve büyük bir suçun cemiyette bırakacağı tesirleri daha büyük içtimaî bir ümidi nazara alarak fedakârlığa katlanmıştır. Gaye gayet vazıhdır. : Zorla kadını kaçıran veya alıkoyan adam muhitinde büyük bir nefret uyandırır. Ve âmme nazarında korkunç bir sima olur. Belki bu fiilini cebir ve tehdit kullanarak yapar. Cebir ve tehdidin dehşeti nisbetinde etrafında fena akisler yaratır. Şimdi bu faili cezalandırmak ve cemiyetin intikamını fiilin derecesi nisbetinde almak icabeder. Fakat işte vazıı kanun, iş bu noktaya gelince bir ümide düşüyor: ve eğer erkek kaçırdığı kadınla evlenir ve cemiyetin temeli olan aile yuvasını kurar ve bu cürmün müruru zaman haddine kadar bu vaziyeti muhafaza ederse ben ona ceza vermeyeceğim diyor. Ve eğer ceza verilmişse cezasını tehir edeceğim diyor. İşte kanunun içtimaî gayesi. Bu her zaman böyle olmamıştır. Meselâ eski türklerde bu şekilde kadın kaçıran kimse o kadınla evlenmeye cebrolunurdu. Ve bu cezaî bir mahiyette idi. Fakat bugün buna imkân yoktur. Bugün hiç kimse diğeri ile evlenmek için cebredilemez. Hatta eski (Ceza kanun-name-i— hümayu-

nu) nun 206 ıncı maddesinbeki ilâvede (Bir kız kaçırıldığı halde nikâh vukubulmuş ise iktizayi şerisi üzre hareket olunur.) diyor. Demekki bu mesele hukuk tarihi boyunca takip edilmiştir. Ve bu gün en modern şekilini bulmuştur.

Vazıı Kanunun başka noktalarında başka gayeye mâtuf olarak bazı tecil hükümleri kabul ettiği görülebilir. Meselâ askerî C. M. U. K. nunun 4. maddesinde ve T. C. K. nunun 89. maddesinde başka başka gayeler düşünmüş ve dâvanın ve cezanın tecilini kabul etmişdir. T. C. K. nunun 434. maddesindeki tecil kararı kanunî unsurları bakımından şu şekilde mütalâa edilebilir.

a— Hâdisede bir kadının bir erkek tarafından kaçırılmış veya alıkonmuş olması (T. C. K. nunun 414. 415. 416. haller dahil).

b — Kaçırılan veya alıkonan kadın ile maznun arasında kanunen muteber bir evlenmenin vukuu.

c — Bu hallerde kaçıran maznun hakkında ya hukuku âmme dâvası açılmış olmalı veya hüküm verilmiş bulunmalı.

Bu üç şartın tahakkuku halinde ancak tecil kararı verilir. Fakat kanun mutlak olarak koca hakkında âmme dâvasının tecilini emretmiştir. Acaba kaçıran erkek değil de kadın ise vaziyet ne olacaktır? Bu sual biraz gayri tabii olarak görünür. Lâkin tatbikatta kadınların erkek kaçırdıkları ve ekseriya evlerinde zorla erkek alıkodukları tesadüf edilen hakikatlardandır. Ancak T. C. K. nunun 414. 415. 416. ıncı maddeleri ki suçların bir kadın tarafından işlenmesine maddeten imkân yoktur. Fakat kaçırma veya alıkoma suçlarını kadınların erkekler aleyhine işlemeleri mantıkan da mümkündür. Şimdi bu haldeki kadın hakkında ne gibi bir muamele yapılacaktır. Fakat kaçıran ve alıkoyan faiili daima erkek kabul etmiştir. Bu sebeple hâdisenin bir suç teşkil edip etmiyeceği noktası mevzu bahis olur. Bir kadının erkek kaçırması bir suç mevzuu olmadığı takdirde âmme dâvası ve bunun tecili de nazara alınamaz.

Adı geçen tecil kararının bir halde kaldırılması mümkündür. O da mürur zaman haddine kadar erkek tarafından haksız bir boşanmanın vaki olmasıdır. Şu halde kadının kusuru ile neticelenen boşanma veya ayrılık kararı bu istirdadın unsuru olmaz. Erkeğin kusuru ile boşanma meydana gelirse kanun (takibat yenilenir) diyor. Acaba bu ne demektir.?.

Tatbikatta bu noktada da bir çok ayrılıklar ve fikir ihtilâfları vardır. Bazı sorgu hâkimleri evlenme vaki olduğu takdirde derhal

tecil kararı vermekte ve bütün takibatı durdurmakta ve kararın ref'i icabettiği zaman takibatın yeni baştan icrasına karar vermektedirler.

Halbuki kanaatımızca bu yanlış bir noktai nazardır. Adı geçen halde evlenme vaki olsa bile esasa müessir delillerin toplanması icabeder. Evlenme oldu diye delillerin toplanmasında ihmâl göstermek doğru değildir. Çünki bazı delillerin yok edilmesi her zaman varittir. esasa müessir deliller evlenme ile ihmâl edilir ve refi boşanmada vaki olursa işi makkemeye sevkedecek kanunî sebepler kendiliğinden imha edilmiş olur. Bu ise kanunun gaye ve ruhuna muhaliftir. Bu itibarla maznun ile mağdure evlenseler dahi delillerin ikmaline gidip her şeyi hazır bir vaziyette muhafaza etmek ve boşanma olduğu zaman elde hazır olan deliller ile işi derhal mahkemeye sevketmek çok doğrudur.

Bir de şu nokta üzerinde durmak istiyoruz : 434. maddenin son fıkrasına göre (evlenen maznun veya mahkûm hakkında hukuku âmme dâvasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dâva ve cezanın düşmesini müstelzimdir.)

Kanunumuza göre düşen dâva veya ceza yenilenemez. Acaba bu maddede maznun hakkında tecil kararı istirdat edilirse bu istirdadın şümulü nedir ?. Kanunun sarih hükmüne göre bu istirdadın fiilde methali olanlara şümulü yoktur. Çünki kaçırmaya yardım edenlerin iştiraki ile işlenen bu fiil de evlenme vaki olursa kanun vazıı bunu hoş görmüş ve fiile iştirak edenlerin haklarındaki âmme dâvasının ve cezanın düşmesini kabul etmiş ve evlenen erkeğin boşanmadaki kusurundan başka kimseyi mesul etmek istememiştir.

Hulâsa T. C. K. nunun 434. maddesinde ahvalde hâdise ister sorgu hakimliğinde ister mahkemede olsun mutlak olarak tecil kararı vermek icabeder. Hatta mahkemede maznunun masuniyeti tahakkuk etse ve duruşma bitmeden maznun ile mağdure evlenmiş olsalar beraete değil tecile karar vermek kanun icabıdır.

3 — Men'i muhakeme.

Sorgu hâkimlerinin nihaî olan ve bir kaziyeyi muhkeme teşkil eden yegâne kararı muhakemenin men'ine dair olan karardır. Men'i muhakeme fiilin suç teşkil etmemesi veya mevcut delillerin maznunu mahkemeye sevk etmeye kâfi bulunmaması halinde verilir. Kanunun tabir ve tavsifine göre fiilî veya hukukî sebeplerden birinin bulunmaması halinde bu karar mümkündür. usulün 197 inci madde-

sinde hukukî sebeplerden bahsedilmektedir. Yanlış olduğunu iddia ettiğimiz ve bu gün artık tashih edilmiş kanaat bu hukukî kelimesi içerisine tecili de sokmakta idi. Halbuki buradaki hukukî sebeplerden maksat bizatihi fiilin hukukan suç teşkil etmemesidir.

Men'i muhakeme ancak yeni delillerin meydana çıkması ile ortadan kalkar. Yeni delil nedir? bunu yeni kanunumuz tarif etmemiştir. Eski kanunumuzda yeni delil (heyeti ittihamiye mazbatasında zaif addolunmuş delâili takviye edecek veyahut vuku – hale daha ziyade ittilaa medar olacak surette vukubulan şahadetler ve zuhur eden zabıt cerideleri ve evrakı saire delâili cedide addolunur.) diye tarif olunmuştur.

Bugün ceza hukukumuzda da yeni delil a) evvelce hiç mevzuu bahis edilmemiş b) veya edilmiş isede kâfi görülmemiş olan delâili takviye eden delillerdir. Yeni delillerin zuhuru ile men'i muhakeme kararı ortadan kalkar ve âmme dâvası tekrar açılabilir. Bu halde hâkim muhayyerdir.

Men'i muhakeme ve tecil kararlarını buraya kadar gördükten sonra şimdi bunları kısaca mukayese edelim :

1 — Man'i muhakame kararı munhasıran sorgu hâkimleri tarafından verildiği halde tecil kararı hem sorgu hâkimleri ve hem mahkeme tarafından hükmolunur.

2 — Men'i muhakeme kararı tasdik ile tekemmül ettiği halde tecil kararı hiç bir tasdıka tabi değildir.

3 — Men'i muhakeme dâvanın düşmesine benzediği halde tecil dâvanın muvakkatan tatiline benzer.

4 — Men'i muhakeme kararı yerine son tahkikatın açılması müsait iken tecilin şartı tahakkuk ettiği takdirde tecile karar vermek mecburidir.

5 — Men'i muhakeme bir kaziyeyi muhkeme teşkil ettiği halde tecil hiç bir kaziyeyi muhkeme teşkil etmez.

6 — Men'i muhakeme kararı aleyhine C.M.U.si ve müdahil itiraz edebildiği halde tecil kararı aleyhine itiraz yolu yoktur.

7 — Men'î muhakeme sırf bir usulî muamele iken tecil aynı zamanda içtimaî bir gayeye mâtufdur. İlh....

Netice itibariyle men'i muhakeme ile tecil kararları arasında hukuken bir çok ayrılıklar vardır. Ve tecil men'i muhakemenin hukukî bir sebebi değildir. 19. 5. 942

No : 59

Arama ve zabıtanın arama usulü

Yazan: Tavas Sorgu Hâkimi Rıza Sembol

Memleketimizde şahıs ve mesken hürriyeti kanunun himayesi altında olup her türlü taarruzdan masundur. Kanunda muayyen olan ahval ve eşkâlden başka bir suretle hiç bir kimse ve Türkiyede ikamet eden yabancılar bile bu haktan mahrum edilemez. Ancak bir suçun maznunu yahut bir suça mütaallik eşya meskende bulunupta tahkikatın aydınlanması bunların elde edilmesine bağlı olduğu zaman alâkalı memurların bunları elde etmek imkânını bulabilmesi için kanun ferdî hakların, şahıs ve mesken gibi insan serbestisine taallûk eden masuniyetlerin ihlâline cevaz vermekte ve bu suretle çarpışan hak ve vazife arama kaidelerile tanzim olunmaktadır.

Arama, şahıs masuniyetini ve bilhassa mesken masuniyetini takyit eden bir muamele olmak itibarile vazifenin icap ettirdiği zaruret hududu dışına ve maksat haricine çıkarılamaz.

Arama suçlunun yakalanması, suçun izlerinin ve delillerinin bulunarak tesbit olunması yahut eşyanın zaptedilmesi gibi ayrı ayrı maksatlarla yapılır.

Arama, haklarında arama yapılacak şahıslara göre iki kısma ayrılır.

1 — Suçla alâkası olanlar. Yani suçu işlemek veya buna iştirak yahut yataklık zannı altında bulunan kimselerdir. Bunların evlerile kendilerine ait sair yerlerde arama yapılabileceği gibi üzerleri ve eşyaları da aranabilir.

2 — Suç ile alâkası bulunmayan üçüncü şahıslardır. Bunların da evlerinde ve kendilerine ait diğer yerlede ve üzerlerinde arama yapılabilir. Bu aramalar maznunun yakalanması, suçun izlerinin takibi veya muayyen bazı eşyanın zabtı maksadile yapılır. Bu aramaların yapılabilmesi için haricî vakaların aramayı lüzumlu gösterecek hallerin bulunması da lâzımdır. Meselâ bir takım kan lekeleri bir şahsın evinin kapısuna kadar takip edilmişse orada arama yapılabilir.

Arama ya gündüz veyahut gece yapılır. Esas kaide aramanın

gündüz yapılmasıdır. Geceleyin aramaya lüzum görülürse bu aramanın hangi hallerde ve nerelerde yapılacağını kanun tahdiden değil, tadaden göstermektedir. Meşhut cürümle gecikmesinde zarar umulan hallerde yahut kaçak bir mevkuf veya mahbusun hatta hakkında henüz tevkif müzekkeresi verilmeksizin muvakkatan yakalanmış olan şahsın tekrar yakalanması halinde arama muamelesi istisnaen gece vaktı yapılabilir, bu takyidat haricinde arama meskende, iş yerleriyle sair kapalı mahallerde yalnız gündüz yapılabilir.

Bazı mahaller vardır ki gece ve gündüz aranmaksızın içerisinde arama yapılabilir. Bunlar Emniyeti umumiye nezareti altında bulunanların oturdukları yerlerle umuma açık oldukça kahvehane, bar, sinema tiyatro, hanlar ve oteller gibi herkesin girip çıkabileceği yerlerle mahkûmların toplanma veya sığınma yahut suçla elde edilen eşyayı saklama veya gizli kumar yerleri yahut umumhane gibi mahallerdir.

Hancının, otelcinin oturduğu odalarla müşterilerinin işgal eyledikleri odalarda da gece vaktı arama yapılamaz, bunlar hakkında da mesken muamelesi yapılmak lâzımgelir.

Aramada gecenin tayini ne suretle mümkündür? Bunu kanun hal ve tayin etmiştir. Aramada gece vaktı Nisan iptidasından Eylûlün otuzuna kadar saat yirmi birden sabahın dördüne ve Teşrini evvelin birinden Martın otuz birine kadar saat yirmi birden sabahın altısına kadardır; bu yalnız gece yapılacak aramalara maksurdur. Zira kanunlarımızda geceyi tayin ve tahdit eden iki hüküm mevcuttur. Bunun birini Ceza kanununun 502 inci ve diğerini Ceza muhakemeleri usulü kanununun 96 ıncı maddesinde görmekteyiz. Gecenin bu suretle tayini ise ayrı sebep ve ayrı gayeye istinat eder.

Suçlar hakkında tahkikat yapılırken kanun bu tahkikatı yapa memurlara bahşetmiş olduğu geniş salâhiyetler karşısında ferdin hürriyetini Hâkimin siyanetine tevdi etmiştir. Hürriyeti takyit eden diğer tedbirler gibi arama da ancak Hâkim tarafından verilen karara müsteniden yapılabilir ki bu da aramaya maruz kalanlar için bir teminat teşkil eder. Hâkim tabirinden maksat ta Sorgu ve Sulh Hâkimleri, Mahkemei asliye ve sair hakkı kazayı haiz olanlardır. Acele hallerde arama Müddeiumumi ve Adliye zabıta memurları tarafından da yapılabilir. Ancak Hâkim ve Müddeiumumi huzurile yapı-

lan arama ile zabıta tarafından yapılacak arama arasında usul itiba rile fark vardır. Zabıta memurları arama yaparken Hâkim ve müddeiumumi bulunmazsa o yerler ihtiyar heyetinden yahut komşulardan iki kişiyi bulundurmağa mecburdurlar. Herkesin girip çıkabileceği yerlerle onlara benzetilen yerlerde yapılacak aramada bu. kayda lüzum yoktur.

Aramalarda içinde arama yabılan yerlerin sahibi yahut mal sahibi yoksa mümessili bu da yoksa mümeyyiz hısmlarından birisi yahut kendisile birlikte oturan bir kimse veya komşusu hazır bulunabilir.

Aramanın hitamında aramaya maruz kalan kimseye isterse arama sebeplerini gösteren bir varaka yazılarak verilir. Ve yine isterse arama sonunda şüpheyi dayi hiç bir şey elde edilmemiş olduğunu mübeyyin bir vesika verilir. Bu vesika aramaya maruz kalan şahsın bu muamele dolayısile şeref ve itibarı aleyhinde cemiyette hasıl olan fena düşünceleri düzeltmeğe yarayan bir varakadır .

Arama neticesinde elde edilen eşyaların müfredat halinde bir defterinin yapılması ve bu defterden bir suretinin evinde eşya zabt olunan kimseye talebi üzerine verilmesi lâzımdır. buda ileride eşyanın her hanki bir suretle tebdil edilmiyeceğine alâkalılara kanaat verir.

Harp gemilerile sair askerî hizmetlere mahsus yerlerde aramaya lüzum görüldüğünde bu mahallerde aramanın Hâkim ve müddeiumumi tarafından doğrudan doğruya icrasına kanun müsaade etmemektedir. Böylebir aramaya ihtiyaç ve zaruret hasıl olursa Hâkim ve Müddeiumuminin iştirakile askerî makamlar tarafından yapılabilir.

Aarama hakkında Gümrük kanun madde 76, kaçakcılığın men ve takibine dair kanun madde 6 da ve 3894 sayılı kanunda ahkâm mevcut olduğu gibi diğer bazı hususî kanunlarda da aramaya mütedair istisnai hükümler vardır.

No: 60

(Türk ceza kanununun muaddel 524 üncü maddesi) (üzerinde bir tetkik)

Yazan : Emet sorgu hâkimi Azmi Odyakmaz

Ceza kanunumuzun Hırsızlık, yağma, yol kesmek, adam kaldırmak, dolandırıcılık, emniyeti suistimal, eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak, ızrar gibi mal aleyhinde işlenen suçları ihtiva eden 10 uncu babının müşterek hükümlerine dahil 524 üncü maddesinde; dereceleri gösterilen hısımlar arasında biri diğerinin zararına olarak yukarıda zikredilen suçların işlenmesi halinde bunlardan bir kısmı hakkında takibatı men ve bir kısmı hakkında da takibat yapılmasını bazı kayd ve şartlarla takyideden hükümler mevcuttur.

Maddenin 1, 2 ve 3 üncü bentleri hükümleri vazıh ise de 3 üncü bendin mahsus fıkrasında fâille bir dam altında yaşamayan erkek veya kız kardeş aleyhlerinde takibat yapılabilmesi mutazarrırın şikâyetine bağlı kılınmış ve bu takdirde de cezadan tenzilât yapılmıştır.

Bu fıkrada övey kardaşlardan bahsedilmediğinden baba veya anaları bir kardaşlar arasında işlenen bu kabil suçlarda takibatın şikâyete bağlı olup olmayacağı ve faillerin bu benteki tenzilâttan istifade edip etmeyecekleri hususları yek nazarda tereddüdü mucip olduğu mülâhazasile yüksek hukukçularımızın ilgilerini tahrik etmek için bu mevzuu ortaya atmağı faydalı buldum.

Ceza kanunumuzun 449 uncu maddesinin birinci bendinde babalık, analık ve evlâtlıkdan bahsedildiği halde övey kardaşlar burada da zikredilmemiştir.

Hısımlar arasındaki bağlılığı ve aile nizam ve muhabbetini esas tutan kanunumuzun bu bağlılık ve nizamı bozarak aile efradından birisi aleyhinde diğerinin işlediği katil gibi en ağır ve hiç bir veçhile telâfisi ve unutulması mümkün bulunmayan suçta vahamet gördüğünden cezayı arttırırken babalık; analık ve evlâtlık gibi sıfatları da nazara almıştır.

Her iki maddenin (449, 524) bentlerindeki ıtlâkı ifadeye ve öl-

dürmek suçlarında babalık, analık ve evlatlık sıfatlarının müşeddit sebep olarak tasrih kılınması karşısında aile hayatında mevkileri bunlardan aşağı olmayan baba veya ana bir kardaşların 524 üncü maddenin 3 üncü bendi hükmünden hariç tutulduklarını istidlâle müsait bir hüküm ve sebep mevcut olmadığından (kardaş) tâbirinde ana veya babaları ayrı olan övey kardaşların dahil bulunduklarını kabul etmek icab eyler.

Gene 524 üncü meddenin 3 üncü bendindeki hısımların işledikleri suçlarda hısım olmayan şahısların da aslen veya fer'an iştirakleri olduğu ve mutazarrırın şikâyeti üzerine cümlesi hakkında takibata başlanıldıktan sonra dâvacının; hısmı hakkındaki dâvasından ferağati halinde şöyle bir mesele daha ortaya çıkmaktadır.

Türk ceza kanununun umumî hükümleri arasında bulunan 99 uncu maddesine göre mevzuumuza dahil bulunan suçlarda dâvacının ferağatinin suçlu olan hısım hakkındaki takibatı düşüreceğinde şüphe yoksa da maznunlardan birisi hakkında dâva veya şikâyetden vaz geçmenin digerlerine de sirayet edecegine dair olan son fıkrası hükmüne dayanılarak akrabanın suç ortakları hakkında da âmme dâvasının düşmesine karar verilecekmidir?

Fikrimce; takibatın şikâyete bağlı bırakılması ve ferağatin mümkün kılınmasından vazıı kanunun filî degil şahsı ve aile nizamını nazara aldığı ve bu maddenin bir hususiyet arzettigi cihetle hısımlık gibi şahsa muzaf bir sıfatdan hısmın suç ortaklarının da istifade etmelerine madde mevzuunun müsait bulunmadığı mütalâa olunabilir.

Mamafi bu cihetlerin yeni bir tadilatla kanunun metninde tasrih edilmesi suretile tereddütlerin izalesi elbetde şayânı temennidir.

17/7/941

1/8.

Ahlâkla hukukun münasebeti [1]

Konferansı veren:
Abdülhak kemal Yörük
Siyasal bilgiler okulu Profesörlerinden, avukat

Sayın dinleyiciler,

Cemiyet içinde yaşamak insan için zaruridir. Bu sebeple diğerleriile daima münasebet halinde bulunan insanın hareket ve muameleleri bir takım kaidelerle düzenlenmekte ve idare edilmekte olduğunu tasdik etmekte tereddüt etmeyiz.

Tarihimizin kavradığı en eski zamanlarda dahi, insanların hatıralarında ve vicdanında olsun, taş veya kâğıt üzerinde tesbit edilmiş bulunsun hareket ve muamelelerini düzenliyen bir kaideler heyeti mecmuasına tesadüf etmekteyiz.

Eski zamanlarda bu hareket ve muamele kaideleri belki bir kül teşkil ediyorlardı, fakat epeyce zamandan beri iki ayrı düzen halinde görülmektedirler: Ahlâki düzen, Hukukî düzen.

İnsanın fiil ve hareketlerini tanzim eden, iyi ve fena vasıfları ile takdir eden bu iki düzenin mevzu'u munhasıran insandır. Şu halde her ikisi arasında bir iştirak ve ilgi varmıdır? Yoksa her ikisi birbirine tesir icra etmiyen, birbirinin alanına girmeyen ve birbirine karşı tamamen kapalı olan birer düzen midir?

Menşeini Eflâtunda bulan bu mesele hakkında o kadar çok söz söylenmiş bulunmaktadır ki bunun üzerine bir daha dönmenin lüzum ve faydası hakkında biraz durmak bile mümkündür.

Jhering'in tehlikesine işaret etmek maksadile «Hukukun Horn burnu" diye tavsif ettiği ahlâkın hukuk ile münasebeti meselesi hakkındaki fikirler dağınık ve hatta uzlaşmaz derecede birbirinden uzaktır.

Burada, kısa zaman içinde, bu mesele hakkında ileri sürülmüş

[1] Bu Konferans 20 — 12 — 941 tarihinde Dil -- Tarih ve coğrafya fakültesinde verilmiştir.

olan fikirleri hülâsa etmek suretiyle de olsa, tekrarlamak mümkün olmadığını takdir edersiniz. Maksadım kanaatlerimi sizlere arzederek hukuk felsefesinin bu karışık meselesi üzerine münevverler kitlesinin dikkatini çekmektir. Şunu kaydedeyim ki, sözlerim, hukukun ahlâk ile sıkı ve çözülmez münasebetine inanan, cemiyet hayatını, eski devirlerden beri kutsiyeti tasdik edilen, insanlara yaraşan ruh asaletini besliyen, yüksek bir mefhuma istinat ettirmek tecrübesine girişmiş olanların yollarını takip eden bir adamın fikirlerini ifade edecektir.

***

Umumiyetle ahlâk cemiyet içinde yaşayan insanı tabiî gayelerine götüren amelî hareket normlarını tayin eden, mahiyetinde mevcut ideal ile tesiri altında bulundurarak ona faziletkârane yaşamak hususundaki düsturları öğreten bir ilim olarak gösterilmektedir. Zat ve hüviyetini idrake müsteit ve kabiliyetli bir varlık olmamız itibarile nasıl olmamız lâzım geldiğini kendi varlığımızda idrak ederiz.

Hukukta «Le Fur» un dediği gibi, orğanize olmuş, taazzi etmiş cemiyet tarafından müşterek menfaatin elde edilmesi için fertlere ve guruplara tatbik edilen hayat kaidesidir.

Eğer bu iki hareket ve fiil normları heyeti mecmualarını birbirinden müstakil olarak göz önüne alırsak temyize yarayan unsuru elde etmiş oluruz: Birinde mevcut olan cebir kudreti diğerinde yoktur. Fakat her ikisinde de müşterek olan bir unsur vardır: Filen karşı gelenler olduğu halde dahi, insanın hareket ve fiillerinin kendilerine uydurulması istenilen normlar bir model kıymetindedir.

Kant'ın dediği gibi «Ahlâkî kanunu ihlâl ettiğimiz hallerde hususî hattı hareketimizi bir kaide, umumî bir kanun haline mi getirmek isteriz? Hayır .... Biz isteriz ki hareketimizin hilâfı olan şey yine külli bir kanun olarak kalsın. Yalnız bunda kendi lehimize, daha doğrusu meyelanlarımız lehine, hem de bu hale münhasır olmak üzere, bir istisna yapmak cür'etini gösteririz."

Hukukî bir kaideyi ihlâl ettiğimiz zaman dahi ayni mülâhazaları besleriz, başkasını fiilimizle zarara uğratırken buna benzer bir muameleye uğramamızı önliyen hukuk kaidesinin yine külli bir kanun olarak kalmasını isteriz.

Görülüyor ki insanı iradesi altında tutan bu iki düzen arasında hareket ve fiil kaidesi olmak bakımından yalnız maddi bir müeyyide farkı vardır. Ahlâki kaideler supjektif bir esasa, hukukî kaideler ise opjektif bir esasa dayanmaktadır.

Ahlâki bir kaideyi ihlâl ettiğimiz zaman karşımıza çıkan hukukî mânada bir tazmin, bir tamir ve talâfı talebi değildir. Bu ihlâl fiilimizin hesabını vicdanımıza, beraber yaşadığımız insanların vicdanına vermekle mükellef oluruz, fakat hukukî bir kaideyi ihlâl ettiğimiz vakit bu vicdandan başka, maddî tesirlerini üzerimizde hissettiğimiz mahkemenin önünde de hesap vermeye mecbur kalırız.

İnsanın fiili ya supjektif olan ahlâk ve vicdan sahasında, yahut opjektif olan hukuk sahasında nazarı itibara alınır. Birisinde fiil ve hareketi önlemek için müeyyideli bir salâhiyet yoktur. Fakat diğerinde hareketimizi kayıt altına alacak men kudretini haiz bir salâhiyet vardır.

Görülüyor ki ikisi de insanın içinde yaşadığı cemiyette hareket tarzını tanzim ve idare eden kaideleri ihtiva etmekle beraber ahlâkî düzenle hukukî düzen iki ayrı kaide kategorisidir.

Acaba, bunların her birinde diğerinden ne vardır? Bunlar birbirlerine ne dereceye kadar tesir icra ederler?

Ahlâk kaidelerinin mühim bir kısmı cemiyet halinde yaşamakta bulunan insanın diğer insanlarla münasebetlerini düzenler: Gerek doğrudan doğruya, gerek dolayısı ile temas ettiğimiz bütün insanların hakkına riayet etmek, karşılıklı yardımda bulunmak daima adil ile, hüsnü niyetle hareket etmek ahlâk tarafından bize öğretilmekte olan başlıca hareket kaideleridir.

Hukukta hakka riayet etmeyi, adil olmayı temin edecek hareket kaideleri koyarak cemiyet içinde düzeni hakim kılmayı hedef tutar.

Ahlâk ile hukukun aynı gayeyi temine çalıştıkları, hak ve adalet, karşılıklı yardım gibi cemiyetin hayrına yarar mefhumları aynı maksatla takip ettikleri görülür. Ahlâk, şefkatle herkesin birbirine yardım ile mükellefiyetini, adaletle herkesin hakkına hürmet edilmesini tavsiye eder. Hukukta insanların, azası birbirine yardım eden cemiyet içinde yaşamalarını temin eder, cemiyetin bu suretle tensik edilmesini istiyerek kanun vazıına rehber olur.

Demek ki ahlâk ile hukukun gayelerinde bir aynîyet vardır. Bu aynîyet müşahedesi karşısında birinden birine lüzüm olmadığı yahut her biri diğerinin içinde bulunduğu neticesine varılabilir mi?

Ahlâkın bize telkin ettiği esas umde ve kaide olan hüsnüniyet fiilimizi yalnız vazifeye uygun olarak değil, vazife olarak yapmayı emreder. Fiilin vazifeye uygun olarak yapılması daima hüsnü niyete dayanmaz, ahlâki kaideyi hürmet teşkil etmez. Fiilin vazifeye

uygun veya vazife olarak yapıldığını gösteren basit bir misal ile daha iyi aydınlanacağız:

Ahlâkî kaide, borcunu ödemek insan için bir vazifedir, der. Bir çok insan borcunu ödemektedir. Fakat acaba borcunu ödeyen insanların hepsi sırf vazife hissi ile mi hareket ederler? Şüphesiz ki bunlar arasında fiilin saiki bakımından fark vardır. Ticari itibarını kurtarmak veya borcunu vermemiş olmaktan dolayı kaza mercileri karşısına çıkmamak, hülâsa haysiyetini korumak için borcunu ödeyen bir şahsın fiili vazifeye uygundur, saikin vazife hissi ile hiç bir alâkası yoktur. Halbuki senetsiz, ve hatta hiç kimsenin bilmediği bir borcunu alacaklısının varisine ödeyen bir şahsın fiilindeki saik vazife hissidir.

Birinci halde hukukî kaidelerin teyidi altında yapılan bir fiil, ikinci halde ise ahlâk kaidesinin manevî ve vicdanî saiki ile yapılan bir fiil vardır.

Filhakika eğer „Le Fur" un dediği gibi insanlar kâmil olsalardı hukuka hiç ihtiyaç olmazdı. Ferdî ahlâkın yanında içtimaî bir ahlâk mevcut olduğundan cemiyetin umumî hayrının tahakkuku için ahlâk kâfi gelirdi. Fakat cemiyet ahlâkan ne derece mütekâmil olursa olsun, insan mahiyetine bağlı iyilik ve kötülük unsurlarının mevcudiyeti, hatta kendisini alemin merkezi telâkki ettiren şuurunun altındaki hissi ve zihni melekesinin bir çok fiillerinde mazeret sebepleri bulunması dolayısı ile bütün içtimaî münasebetlerinde yalnız vazife hissi ile hareket etmek kabiliyetini haiz değildir.

Eğer, cemiyet içindeki münasebetlerde supjektif sahada kalarak insanın her hangi bir fiilinin yine kendi fiilleri ile karşılaştırılarak muhakeme ve takdir edilmesi şeklinde bir müeyyide ile iktifa edilecek olursa, içinde barındığımız cemiyetin bünyesini harabiye sürükleyen kurtlara kültür sahası hazırlanmış olur.

İnsanın gerek şahsına, gerek başkasının şahsına hürmet etmek hususundaki âhlâki borcu bizzat cemiyetin kendisini tensik etmek, tanzim ve müdafaa etmek ihtiyacı ile vazettiği bir takım kaidelerle teyid edilmek lâzım gelir.

Meselâ, ahlâkın insanların birbirlerni bir vasıta gibi değil, bir gaye gibi telâkki etmelerini emreden ve konfiçyüs' ten beri gelen «kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma»düsturu, yine aynı manayı ifade eden kant'ın »o surette hareket et ki, tarzı hareketinin düsturu herkes için bir kanun düsturu kıymetinde telâkki edilsin»

122

suretindeki düsturu, bunlar gibi tarzı harekette esas hüsnü niyet olması insanın gerek şahsına, gerek başkasının şahsına hürmet etmesini emreden kaideler insanların münasebetlerini tanzim eden hukukun da meşğul olduğu fikirlerdir.

Fakat hukuk acaba ahlâkî düsturdan ne alır? Bütün ahlâkı içine alarak onun emirlerini müeyyide ile aksettirmeli midir?Bundan başka, cemiyet için ahlâk kâfi gelir, binaenaleyh hukuk ahlâk kaidelerinin harici teyide mazhar kalınmasından ibarettir, denilebilir mi? Eğer, hukukun ahlâkın kaidelerinden başka kaideleri varsa bu kaidelerin ahlâk ile, doğrudan doğruya değilse bile, dolayısı ile bir münasebeti olmalımı dır?

İşte bu suallerin cevaplarını vermeye çalışarak ahlâk ile hukukun münasebetlerini kendi anlayışımıza göre izah etmiş olacağız.

1 — Bütün ahlâkî kaideler ve bunun çok şümüllü tatbikatı cemiyetin âmme kudreti ile teyit ettiği hukuk kaideleri olarak mer' iyet iktisap edebilir mi?

Umumî surette, faziletkârane hareket etmek hususunda bize fiil ve hareket kaideleri veren ahlâk, insanı tabiî gayelerine götürür. İnsan diğer insanlarla münasebette bulumak zaruretindedir. Ahlâkî kaidelerin bir çokları insanın diğer insanlarla münasebetlerini düzenler: İnsanların şahsına ve hürriyetine hürmet etmek, haklarına riayet etmek, muavenete muhtaç olanların yardımına koşmak gibi'..... ... Cemiyet içinde yaşayanlar için bu kaidelere riayet ve hürmet etmek borcu otoritenin teyidi ile bir fiil ve hareket kaidesi olarak emredilir. Kanun adalet hissinden ve fikrinden mülhem olarak herkese hakkını veren bir düzen vücuda getirmek maksadı ile vaz olunur. Ahlâk ile hukuk arasında riayet edilmesini emrettikleri kaideler itibarile ne fark kalıyor? Ahlâkî emriye ile hukukî emriye aynı mahiyetteymiş gibi gözüküyor. Hukuk kuvvetini adalet mefhumundan, adalet duygusunun tatmin edilmesi için zaruri olan bir takım ahlâk prensiplerinden alır. O halde ahlâkçı ile kanun vazıı arasında, hukuk ile ahlâk arasında tam bir tabiiyet vardır denilebilir mi?

Ahlâkî emriyenin içtimaî hayata verdiği bir takım umumî kaideleri içtimaî hayatın müşahhas vaziyetlerine tatbik ederek cemiyeti düzenlemek, zamanın iktisadî, siyasî ve kültürel donnelerini, realiteyi göz önünde tutarak bunları yine ahlâkî esaslara göre düzenlemek, cemiyet düzenini ahlâkî düzenle aynı kılmak, hukukun aslı vazifesi işte budur, denilebilir mi?

Bu mütalealar ahlâk ile hukuku birinin emirlerini digeri âmme

kudreti ile teyit edilmiş kaideler haline getiren, hakikatte bir, görünüşte iki kategori gibi gösterir. Daha doğrusu hukuka düşen vazife ahlâkın kaidelerini müeyyidelendirmekten, onun icra uzvu olmaktan ibaret olacaktır.

Şüphesiz, cemiyetin hukukî düzeninin ahlâkî kaidelerle karabeti gayet sıkıdır. Bununla beraber, hukuku sadece ahlâkın bir icra uzvu telâkkî edecek olursak bundan çıkacak olan mahzurların ehemmiyetle karşımızda bizi tehdit etmekte olduğunu görürüz.

Eğer hukuk ahlâkî kaideleri müeyyidelendirmek durumunda bulunan bir makine ise, bu hukukun ahlâka tâbiliğini değil, belki hukukun ahlâk içinde eriyip gitmesi neticesini meydana getirir.

Görünüşü bu şekilde beliren bu netice bizzat hakikî ahlâkın aleyhine bir durum da doğurabilir. Hukuku ahlâkın emrine tâbi kılarken ahlâk kanun vazı'ının emrine tâbi kılınmış olur. Kanun vazıı ahlâkı tahzip etme rolünü üstüne alıvererek cemiyetin asırlarca süren mücadelelerle bir çok fedakârlıklarla, kahramanlar feda ederek kurmaya muvaffak olduğu vicdanları idare etmek salâhiyetini iktisap edebilir. Her şey, eşya ve hâdiselerin takdirinde esas tutulan Kriterium'a bağlı olur. Hâkimiyet—Ruhbaniyet esasının şeklini değiştirerek Hâkimiyet—Ahlâkiyet suretinde canlandığını görürüz, evvelce din namına devlet eli ile işlenmiş olan cinayetlerin yeniden modern şekilde meydana çıkmasına şahit oluruz. İnsanın diğerleri ile olan münasebetlerinde tatbik edilmesi lâzım gelen hukuk kaidelerinin alanı insanın kendine karşı ödevlerini yapıp yapmaması hususlarına kadar genişletilir. Bu istibdadın fazilete hürmet ettirmek gibi bir kuvvetle silâhlanmasına yol verir.

Dahası var, ahlâkın hukuka tamamen hâkim olmasının mahzuru bununla da kalmaz. İnsanlar beşeri meyelanlarını yenemedikleri vakit kanunun elinden kurtulmak için hile yolunu tutarlar şahsi, menfaatlerini temin etmek için karışık yollardan gitmeye çalışırlar.

Ahlâkın emrettiği bütün kaidelere riayet etmek, faziletli, ideâl her hayat seviyesine yükselmek ve bu hayatı devam ettirebilmek her insanın haddi ve kârı değildir. Nefsimizde iyilik unsuru gibi kötülük unsuru da vardır. Biz ne şeytanız ne de melek, fakat ikisinden de mahiyetimize, hamurumuza katılmış mayalar vardır. Hatta bir bakıma, bu iki unsurdan birinden insan mahrum olsaydı, ilerleme mümkün olurmuydu? Sualini bile sorabiliriz. İyilik ilâhının yanında kötülük ilâhına da yer veren iptidai cemiyetlerin bu telâkkileri acaba bir hikmete müstenit değilmiydi?

124

Ahlâk insanı devamlı tavsiyeleri ile kemal derecesinde bir hayata ulaştırmaya çalışır, bu bir ideâldir. Buna erişmek ne dereceye kadar mümkündür? Çok evveldenberi, cemiyet mevcudiyeti için lüzumlu olan kaideleri müeyyidelerle, cebir kuvveti ile teçhiz etmek lüzumunu hissetmiştir. Acaba bütün ahlâkî kaidelere bu kudret müzahir olmuş olsaydı, her ahlâk kaidesine, hâkimi vicdan olan bu kaideye, tamamen riayet etmek vecibesi herkese müeyyide ile tahmil edilmiş olsaydı ahlâkta tam bir hayatiyet kalacakmıydı?

Eğer dinlerde olduğu gibi kanunlar da ahlâk prensiplerini temamen içlerine almış olsalardı tatbik kabiliyetlerinden bir şey kaybetmiş olmıyacaklarmıydı?

Bir çok insanların mühimsememekte tereddüt etmedikleri bir çok ahlâk kaideleri müspet hukuku içine almış olsaydı hile yok olacaktı, kudretli ile zayıf arasındaki mücadelede bir tarafın silâhı olan kuvvete karşı zayıfın silâhı da hiledir. Hukukun ahlâkla tam kaynaşması, ahlâkın hukuku tamamen içine alması acaba bir iyilik mi doğurur? İnsan zekâsı beşerî meyelanlarına mania teşkil eden müeyyideli hattı hareket çemberinden kurtulmak için ne marifetler icat etmez.

Cemiyetin gayesi insanı en asil kıymet olmak itibariyle mes'ut, müreffeh, mükemmel ve hakikaten ahlâkî bir hayata götürmektedir. Bu gayeye ulaşmak için cemiyet bir takım şartlar koyar. Her insan istediği taktirde bu şartlar sayesinde mahiyetinin icap ettirdiği ve ahlâkın sevketmek istediği maddeten olduğu gibi manen de mükemmel hayata kavuşur. Şu halde cemiyet insana çalışma, mülkiyet, tahsil ve terbiye ferdî hürriyet, ahlâkilik ve emniyet gibi şahsî inkişafının şartlarını ve imkânlarını temin etmek için onu hariçten ihata eder. İnsana arzedilmiş olan bu şartlar herkesin müşterek malıdır. Hukukî nizam bunları temin eden kaidelerdir. Cemiyetin salâhiyetli organlarının eli ile meydana çıkan şartların saiki müşterek hayır'dır. Bu içtimaî hayat için zaruri olduğu nispette insanın hususî hayrını tahakkuk ettirmek için lâzım olan muhiti vücuda getiren şartların heyeti mecmuasıdır. Her zamanın ve her milletin iyilik ve kötülük hakkında hüküm veren bir vicdanı vardır ki, bu kıymet hükümlerine hâkim olur. Bu suretle muayyen zamanda cemiyetin gayesine doğrulabilmesi için lâzım olan ahlâkî düsturlar otoritenin teyidine kavuşarak hukuk kaidesi şeklinde ortaya çıkar. Eğer bütün ahlâkî düsturları bir hukuk kaidesi şeklinde müeyyidelendirmek doğru görülürse, insanın haysiyet ve şerefinin icabı olan hürriyeti ve hareketinde serbestliği bağlanmış olur. Umumun iyili-

ğine muzur olacak derecede olmadıkça insanları ahlâka aykırı hareket etmekten men etmeye hiç bir cemiyetin hakkı yoktur. Vicdanları kontrol etmek yolunu açacak sıkı bir ahlâkilik cemiyetin zararını mucip olmıyacak derecede ahlâksızlıklardan daha fena neticeler verir.

İnsanların tamamen ahlâkî hareket etmeleri, faziletli bir hayat sürmeleri şüphesiz ki çok iyi bir şeydir. Fakat insanları ahlâkî ve faziletli hareket etmeye sevketmek için takip edilecek yol başkadır, cemiyetin bünyesini fesada uğratacak derecede olan hareketleri önlemek için takip edilecek yol başkadır.

Kanun ahlâka temas eden sahada gayri ahlâkî olamaz. Cemiyetin hayrı namına emir ve nehyetmek mevkiinde bulunan, ancak bu kayıtla emir ve nehyine itaat edilen kanun vazıı kanun şekline girmesi cemiyetin hayır ve selâmeti için zarurî olan ahlâki düsturları müeyyidelendirerek insanları hukukî bir cebir ve tazyik altına almaya mecburdur. Bu çeşit düsturlara itaat daha kolaylıkla elde edilir: Ahlâkî bir vazife yerine getirilmiş olacağı için istiyerek kanuna hürmet olunur. Meselâ: Ailede, iradenin muhtariyeti sahasında ahlâki düsturlar hukuk kaidesi şeklini almış, ahlâki kanuna hürmet müeyyidelendirmiştir. Zayıfı kuvvetlinin istismar etmesine mani olmak, insanlar arasında karşılıklı yardım ahlâkî bir vazifedir. Hukuk ta bir dereceye kadar bunu temin eder. Ahlâkın her ne şekilde olursa olsun mahkûm ettiği hileyi bir dereceye kadar hukukta mahkûm eder.

Bir ahlâk kaidesi ne zaman hukuk kaidesi şeklini alır? Ahlâk kaidesi insanın vicdanında ve aklında diğerleri için karşılıklı bir hak ihdas eder mahiyette görüldüğü zaman bir hukuk kaidesi olur. İnsan yoksul bir insana yardım eder, bu ne bir adalet kaidesi ne de bir hukuk kaidesidir. Bu, düşkünlere yardım edilmesi, borçlu olduğundan fazlasını vermek demek olan ülüvvu cenap diyecek kadar ileri varmaksızın, şefkat vazifesi olarak yapılması emredilen ahlâkî bir emirdir. Fakat bazı içtimaî sebeplerle bu şefkat esası cemiyetin herkese, her türlü maişet imkânı vermesi lâzım geldiği telâkkisine varıldığı zaman bir adalet prensibi karşısında bulunmuş oluruz: Kanun vazıı ahlâki vazifeyi müeyyide ile tahmil eder.

Ahlâkın tesiri yalnız kanun vazıı üzerinde değil, hâkim üzerinde de gözükür. Modern bütün kanunlar zamanın bütün telâkkileri ölçülmek kaydı ile umumî bir düstur ihtiva ederler, ahlâka aykırı durum gösteren dâvalarda hâkim cemiyet için ahlâk bekçisi rolündedir. 126

Görülüyor ki hukuk bütün ahlâk kaidelerini müeyyidelendirmemekle beraber umumî iyiliği ve selâmeti temin etmek için müeyyidelendirmesi zarurî olan ahlâk kaidelerini içine almaktadır.

2 – Fakat hukukun rolü yalnız cemiyet için lüzumlu olduğu nisbette ahlâkî kaideleri müeyyidelendirmekten mi ibarettir?

Kanun vazıına ilham veren, onu muayyen bir istikamete sevkeden fikirler müşterek ve umumî iyilik ve cemiyetin gayesidir; ahlâktan aldığı da yalnız bu kadarı için lâzım olandır.

Kanun vazıı ahlâkın emrettiği kaideleri müeyyidelendirmekle iktifa edemez. O kadar çeşitli ihtiyaçları olan ve bu ihtiyaçların her birinin karşılanması zarurî olan cemiyet, ahlâkî düsturlardan bir kısmını müsbet hukukun içine almakla beraber müsbet hukukun muhtevası bununla tahdit edilemez. Cemiyet varlığı için zarurî olan hizmetlerin yapılması için millî müdafaaya, maliyeye, iktisadî hayata, kültüre ..... müteallik bir çok müsbet hükümler vücuda getirmek zorundadır. Umumî iyilik ve saadeti temin etmek için yapılması zarurî olan işlerin hepsinin ahlâk ile münasebeti yoktur.

İnsaniyetin ideali akîl, hür bir varlık olan insanda tahakkuk eder. Akîl, hür, nefsine hâkim ve yaptıklarından mesul olan başlıca varlık insandır; bu hassalar ona mümtaz bir şahsiyet verir. Bütün ilerlemeyi, bütün mededıyet eserlerini yalnız ona borçluyuz. Paskal'ın beşeriyet daima öğrenen bir tek insan gibidir, sözünde beşeriyeti temsil eden yine müşahhas insandır.

Bütün hukuk kaideleri son tahlilinde insanın refah ve sadetine, menfaatine yarar. Fakat burada göz önünde tutulan muayyen bir insan değil mutlâk insandır.

İnsanın, mahiyeti hasebiyle, cemiyet halinde yaşıyan bir varlık olduğu hakkında eskiden beri ileri sürülen iddia bir çok hakikatler ihtiva eder. İnsan, şahsî tam inkişafını ancak içtimaî münasebetlerle yani haricî yardımlarla bulur, bu münasebetlerin gitgide sıklaşan şebekesi içinde muhtaç olduğu kaideler vardır. Bu suretle, insanı içine alan, onun maddî ve manevî ihtiyaçlarını temin eden kollektif kıymetlerin zarureti meydana çıkar. Bu içtimaî ve kollektif kıymetler umumî iyiliği teşkil eder. Müşterek ve umumî iyilik ferdî iyiliğe üstündür; bu muayyen insanların iyiliğinin şartı değil, insan nev'inin bu günkü ve yarınki mümessillerinin iyiliğinin şartıdır.

Şüphesiz, insan akîl ve hür olduğundan cemiyete üstündür. Fikri namütenahilikleri kavramaya kabiliyetlidir, bütün insanî kıymet-

ler, beşeriyetin bütün fikrî mükemmeliyeti onda tahakkuk eder. İnsan mutlâk bir gayedir. Şu halde içtimaî münasebetlere müteallik kaidelerin insanın iyiliğini ve şahsiyetinin inkişafını kolaylaştırmaktan başka gayesi yoktur. Hukuk, aklî ve ahlâkî bakımdan, bizzat insana hürmettir, onun hayatı ve inkişafı için zarurî olan her şeyi müeyyidelendirir; hukuk kaidesinin esasını bu mütearefe izah eder. Fakat, insan, elindeki imkânlar az olan aciz bir mahluktur; bu bakımdan da insaniyeti temsil eden kendisi değil gruptur. Nasıl, nevi' mümessillerinden her hangi birinin menfaatlerine ve hayatına hâkimse grupta ferde, kollektif kıymetler ferdî menfaatlere galiptir. Bu itibarla cemiyetin ferde hâkimliği, üstünlüğü yalnız bir kuvvet hadisesi değil tabiî bir hâdisedir. Umumî menfaat ve iyilik mefhumu iledir ki cemiyetin feri üzerindeki tazyiki kolaylaşır. Bu suretle cemiyetin emirleri ahlâkın kabulunü zarurî kıldığı düzene uygun olduğu için ahlâkidir.

Tam inkişafını temin etmek zorunda olan insan, nev'inin, kollektif kıymetlerin yardımı olmaksızın devam ve inkişaf etmek kabiliyetinden mahrum bir ferd olmak itibariyle mukadderatı bir taraftan kendisini cemiyete tâbi olmak zorunda bulundurur, diger taraftan da bu itaate ahlâkî bir hayır vasfını verir.

Şu halde cemiyet hukuk kaidesi koymak salâhiyetini haizdir, bu emirleri ahlâkın icra edilmek, itaat edilmek kuvvetini haizdir. Elverir ki bu emirler umumî iyilik namına verilmiş olsun. Cemiyetin gerek mevcudiyetini, gerek hakimiyetini haklı gösteren yalnız bu müşterek ve umumî hayırdır.

İnsan iyiliğini arar, kendisine fenalık getirecek şeyden kaçar; iyiliği fıtrî temayülü olan şeydir. Bu, evvelâ varlığını korumak, sonra inkişafını temin etmektir. Kaçındığı da varlığının yok olması ve kıymetini küçülten her şeydir. Şu halde insan mevcudiyetinin bakası ve inkişafı için her şeyi yapmak, mevcudiyetini tahrip edecek ve yalnız kendisini değil nev'ini aşağılatacak her şeyin önüne geçmek zorundadır. Bu, nev'i devam ettirmek hususundaki en tabiî ve aslî vazifedir.

Her türlü ahlâkî kaidenin olduğu gibi, hukukî kaidenin esası da budur. Bazen insan varlığını feda eder, görünüşte varlığı kaybolmuştur, fakat bu hareketi hakiki varlığını korumak ve kurtarmak içindir. Ruhunu kurtarmak için cismini feda eder. Bu hareket insan için zarurî olan cemiyeti, kendisi gibi aynı grupa mensup olan fertler için zarurî olan cemiyeti korumak gayesine matuftur. Bu sebeplerle, ce-

miyetin emirleri, hukuk kaidesine itaat etmenin iyi ve içtimaî mahiyetinin insana kendisini kabul ettirdiği faziletkârane hayat idealine muvafık olduğu akıl tarafından kabul edilmesinden dolayı ahlâkidir.

Hukuk ile ahlâkın bu munasebeti ahlâkın kukuka üstünlüğüden değil, cemiyetin ferde üstünlüğündendir. Cemiyetin salâhiyetlerinin sınırı umumî iyiliği temin etmek, fert için insanî bir hayatın harici şartlarını ihtiva eden bir düzen meydana gatirmektir.

Ahlâk, insana siyasî cemiyetin ve otoritenin zarurî olduğunu, bunun umumî iyiliğin icab ettirdigi emirleri vermeye salâhiyetli olduğunu ve ancak bu emirlerle fertlerin saadetini, nev'in selâmetini tahakkuk ettirmek mümkün bulunduğunu bu sebeple bu emirlerin ahlâkî bir kıymeti haiz olduğunu öğretiar.

İşte memleketi hâkimleri tarafından ölümüne hükmedilen Sokrat'ın hareketinde bu ahlâkî borcun yerine getirilmesi için sarf edilen enerjiyi görüyoruz: O büyük adam mahpus olbugu günlerde etrafını çeviren talebelerinin kaçma tekliflerini kabul etmemiş, günü gelince baldıran suyunu içerek hayata gözlerini kapamak kudretini göstermek suretile yüce fazilet mertebesine yükselmiştir.

Fakat ahlakın rolü bundan ibaret değildir; hukuk kaidesi umumî hayra yarar mahiyette olmadığı vakit vicdanların itaat etmek vazifesi ile mükellef olmadıklarını da ögretir. Hukuk kaidesi yalnız şekil itibarı ile mükemmel olmakla hakikî bir kaide olamaz. İnsanların hürriyetinden bir parça alan her hüküm bütün cemiyeti teşkil eden ve edecek olan insanların umumî iyiliğine yarar bir tetbirin zarureti icabı değilse hakikatte hukukî kaide yok demektir. Dante'nin dediğini tekrar edelim: « her hukukun gayesi âmmenin hayrı olmalıdır. Âmmenin hayrını hedef tutmayan hukukun hukuk olması imkânsızdır.»

Hulâsa: Cemiyetin kendisini teşkil eden uzuvların kendisi ile veya birbirleri ile olan münasebetlerinde riayet etmek mecburiyetinde olduklarını emrettiği müsbet hukuk kaideleri ile ahlâkın haricinde kalan bir çok sahaladaki münasebetlerini de düzenler. Bunların hepsinin ahlâkî olmasını istemek ahlâktan başka hiç bir muaşeret ve cemiyet kaidesi olmadığını iddia etmek demek olur.

Ancak, bu noktada lâahlâki ile gayrı ahlâkiyi ayırt etmek lâzımdır. Cemiyet, azası için ve kendisi icin riayet edilmek üzere ahkâm vazederken bu ahkâmın ahlâka aykırı olmamasına, ahlâkı bozacak kolaylıklara mait bulunmamasına dikkat etmek lâzımdır. Kanunun ahlâka aykırı olmaması icab eder. Devlet adamı, kanun vazıı bir

122

hukuk kaidesi koymak durumunda buluduğu vakit ahlâk prensiplerini göz önünde tutmaktan geri kalamaz.

Fakat lâahlâki, ahlâka lâkayt ahkâm vazetmek daima mümkündür, hatta zaruridir de. Everir ki ahlâk sahasında mevzuu olmıyan münasebetleri tayin etmek için vazedilen kaideler doğrudan doğruya veya dolayısile ahlâk fesadını mucip olacak mahiyette olmasın. Meselâ: İstikraza mütaâllik müsbet hukuk kaideleri lâehlâki bir mahiyettedir. Ancak şahsî menfaatini her şeyin üstünde tutan para sahibi bir insanın parasız ve muhtaç olanları istismar etmesine meydan verilmieyecek şekilde bazı tahditler konulmasa ihtiyaç içinde bulunanların aldıklarından çok fazlasını ödemek zorunda kalmaları durumu hasıl olur. Binnetice ihtiraslarına ve meyelanlarına bir fren koyulmayan cemiyet uzuvları kanunun himayesine dayanarak ellerinden geldigi kadar diğerlerini soymaya çalışır. Nihayet üstlerine çöken cemiyetin enkazı altında hepsi ezilip giderler.

Bizzat Cemiyet, içinde yaşamakta olan insanın haysiyet ve vekarına, hürriyetine hürmet etmekle beraber, yaşıyan ve gelecekte yaşıyacak olan insanların, cemiyetin devamını temin edecek olan uzuvların birbirlerile mütesanit bulunmalarını, birbirlerine karşı yalnız menfaat hesaplarile ölçülmesi caiz olmıyan bağların inhilalini doğuracak olan kaide vazedilmemelidir. Adil olmak vazifesine aykırı olacak, veya böyle hareket etmeye müsait olacak bütün kaideler, hukukun gayesi olan hayra, müşterek hayra umumî menfaate aykırıdır.

Demek ki, bir çok sahalarda vazedimiş olan hakuk kaideleri doğrudan doğruya ahlâkın tesirinden hariç yani lâahlâkidır. Fakat bunların ahlâkın tesirine dolayisile tabi olmaları zarurîdir. Çünkü ahlâka aykırı hareket etmeye müsait olacak ahkâm cemiyeti inhilâle götürür.

Ahlâkın başlıca esası olan hüsnüniyet başkalarına karşı harekette kendisine yapılmasına razı olmadığını yapmamak, kendisine ve hemcinsine bir vasıta gibi değil bir gaye gibi muamele etmek..... düsturlarını inkâra varacak müsaadekâr ve müsamahalı bir kaide hukuk kaidesi mahiyetini haiz olamaz.

129

Resmî Gazetede Neşrolunan Temyiz Mahkemesi tevhidi içtihat kararları

Kararın Tarihi	No. su	Resmî Gazetenin Tarihi	No. su	Özü :
10/12/941	31 Karar / 30 Esas	1/4/942	5072	Devlet İdaresi Aleyhine işlenen suçlara ait dâvaların Asliye Mahkemelerinde rü'yet olunacağına dair.
10/12/1941	22 Karar / 31 Esas	6/Mart/1942	5050	Tahfif sebeplerinden dolayı hapis cezalarında asgarî hadden aşağı tenzil yapılmıyacağı hakkında.
10/12/1941	34 Karar / 30 Esas	6/Mart/1942	5050	Türk Ceza kanununun Devlet idaresi aleyhinde cürümler mahiyetini iktisabeden 251,271,273,281 inci Maddelerinin tatbikını icabettiren dâvaların Asliye Mahkemelerinin vazifeleri hududu dahiline gireceği hakkında.
11/2/1942	6 Karar / 2 Esas	1/4/1942	5072	Tebliğ memurlarının vergi borcuna mahsuben mükelleflerden para alarak zimmetlerine geçirmeleri vazifiyi suiistimal suçunu teşkil edeceğine dair.

3780 No. lu Millî Korunma Kanununa göre ittihaz ve resmî gazete ile neşredilen Koordinasyon heyeti kararlarının ve adı geçen Gazetenin tarih ve No.larını gösterir liste.

Kararnamenin Tarihi	No. su	Karar No. su	Resmî Gazetenin tarihi	No. su
14/2/1942	17311/2	271	20/2/1942	5038
23/2/1942	17382/2	272	28/2/1942	5045
23/2/1942	17383/2	273	28/2/1942	5045
25/2/1942	17402/2	274	11/3/1942	5054
2/3/1942	17456/2	275	9/3/1942	5052
23/2/1942	17384/2	276	28/2/1942	5045
23/2/1942	17386/2	278	28/2/1942	5045
23/2/1942	17387/2	279	28/2/1942	5045
2/3/1942	17457/2	280	9/3/1942	5052
2/3/1942	17458/2	281	9/3/1942	5052
2/3/1942	17459/2	282	9/3/1942	5052
2/3/1942	17460/2	283	9/3/1942	5052
2/3/1942	17461/2	284	9/3/1942	5052
2/3/1942	17462/2	285	9/3/1942	5052
2/3/1942	17463/2	286	9/3/1942	5052
2/3/1942	17464/2	287	9/3/1942	5052
2/3/1942	17473/2	288	9/3/1942	5052
2/3/1942	17465/2	289	9/3/1942	5052
2/3/1942	17466/2	290	11/3/1942	5054
2/3/1942	17467/2	291	11/3/1942	5054
2/3/1942	17468/2	292	9/3/1942	5052
26/2/1942	17450/2	293	3/3/1942	5047
11/3/1942	17511/2	294	25/3/1942	5066
16/3/1942	17540/2	295	25/3/1942	5066
11/3/1942	17512/2	296	25/3/1942	5066
5/5/1942	17850/2	297	11/5/1942	5103
18/3/1942	17759/2	298	25/3/1942	5066
16/3/1942	17754/2	299	17/3/1942	5059
18/3/1942	17755/2	300	19/3/1942	5061
23/3/1942	17574/2	301	1/4/1942	5072
16/4/1942	17714/2	309	24/4/1942	5091
16/4/1942	17715/2	310	24/4/1942	5091
5/5/1942	17858/2	314	11/5/1942	5103
5/5/1942	17823/2	315	11/5/1942	5103
5/5/1942	17924/2	317	11/5/1942	5103

Kararnamenin			Resmî Gazetenin	
Tarihi	No. su	Karar No. su	Tarihi	No. su
5/5/1942	17825/2	318	11/5/1942	5103
5/5/1942	17826/2	319	14/5/1942	5106
5/5/1942	17827/2	320	11/5/1642	5103
9/5/1942	17872/2	321	14/5/1942	5106
9/5/1942	17873/2	322	14/5/1942	5106
9/5/1942	17874/2	323	14/5/1942	5106
9/5/1942	17875/2	324	15/5/1942	5107
16/5/1942	17906/2	385	22/5/1944	5112
9/5/1942	17876/2	326	15/5/1942	5107
9/5/1942	17877/2	327	15/5/1942	5107
16/5/1942	17907/2	329	21/5/1943	5111
16/5/1942	17908/2	330	21/5/1642	5111
16/5/1942	17923/2	331	21/5/1942	5111
16/5/1942	17909/2	332	21/5/1942	5111
16/5/1942	17905/2	333	27/5/1942	5116
21/5/1942	17936/2	334	27/5/1942	5116
21/5/1942	17956/2	335	27/5/1942	5116
25/5/1942	17992/2	336	30/5/1942	5119
25/5/1942	17991/2	337	30/5/1942	5119
25/5/1942	17993/2	339	30/5/1942	5119

No: 61

(İPTAL DÂVASI)

Mevzuu, bu dâvalarda tatbik olunacak usulü muhakeme, kimlerin müddei ve müddeaaleh olabilecekleri, iadenin şumulü ve müruru zaman.

Yazan : **Akil Önder**
Ankra sulh hâkimi

İcra ve iflâs kanunu alacaklıya hakkını tahsil etmek için borçlunun muayyen mallarını haczettirmek salâhiyetini verdiği gibi yine boçlunun bazı tasarruflarını iptal ettirmek için dâva açmak hakını da vermiştir.

İptal dâvasının mevzuuna giren muameleler 2004 sayılı kanunun 278, 279 ve 280 inci maddelerinde gösterilmiştir. Bu muameleler üçe ayrılmıştır :

1 — Borçlunun ivazsız yaptığı hukukî muameleler;

2 — Borçlunun aciz halinin tahakkukundan bir sene evvelki hukuki muameleleri;

3 — Borçlunun hileli tasarrufları.

İptal dâvasının mevzuunu teşkil eden muameleler; borçlunun malları üzerinde serbestce tasarruf etmek hakkı mevcut bulunduğu bir zamanda icradan beklenen gayeyi ortadan kaldıracak tasarruflarıdır. Yoksa borçlunun alelıtlak bütün hukuki muameleleri iptal dâvasının mevzuuna girmez. Bundan başka bu dâvanın şumulüne giren muamelelerle muvazaayı birbirinden ayırmak lâzımdır. Bir çok mahkemelerimiz alacaklıların muvazaa iddialarını iptal dâvasının çerçevesi dahilinde mütalâa ederek bu dâvalar için lâzım gelen şartların «meselâ aciz vesikası bulunmak gibi» muvazaa dâvası müddeisinde mevcut olup olmadığını ararlar. Borçlunun muvazaa yoluyle

malını ahara temlik etmesi veya böyle bir temlikname vermesi hallerinde bir hukukî muamele yotur. Borçlu malını hakikatte ne temlik etmiş ve nede bu mal üzerindeki haklarından feragat etmiştir. Burada yalınız malın hacizden masuniyetini temin gayesile samimi olmayan bir iddia bir ikrar vardır. Ortada kanun nazarında vucut bulmuş bir akit yoktur. Burada alacaklının, üçüncü şahsın o mal üzerindeki zilyetliğinin mülkiyetten doğmadığını ve malın borçluya ait olduğunu isbat etmesi kâfidir. Bu mevkide olan alacaklıdan iptal dâvası müddeisi alacaklının haiz bulunması lâzım gelen şartların aranması kanunun ruh maksadına mugayirdir.

İptal dâvasının mevzuuna giren muameleleri üç katagoriye ayırmış ve bunlardan birincisinin borçlunun ivazsız tasarrufları olduğunu beyan etmiştik. Şimdi bu muamelenin nelerden ibaret olduğunu tetkik edelim:

Borçlunun ivazsız muameleleri; bagışlamalar ve ivaz karşılığı olmaksızın yapılan tasarruflardır.

Bağışlamalar: bilhassa bunların başında hediyeler gelir. Borçlunun verdiği mutat hediyeler iptal dâvası yoliyle istirdat olunamaz. Kanun bu nevi hediyeleri iptal dâvasının mevzuu haricinde bırakmıştır. Mutat hediyeler örf ve adete göre akraba ve taallukat ve ehibba arasında teati olunan hediyelerdir. Mutadın kıstası, borçlunun iştimai ve ekonomik vaziyetile hediye kabul eden şahsın içtimai derecesidir. Bununla beraber bunlar arasında hediye teatisinin adet hükmüne girmiş bulunması lâzımdır. Bu tamamen takdiri bir keyfiyettir. Hakim, hediyenin verildiği zaman borçlunun ekonomik ve sosyal ve hediyeyi kabul edenin içtimai vaziyetlerini tetkik ederek ve örf ve adeti de göz önünde bulundurarak borçlu tarafından verilen bu hediyenin adetin fevkinde olup olmadığını dakdir eder. Verilen hediye borçlunun hal ve vaziyetile mütenasip değilse borçlunun bu tasarrufu iptal olunur. Binaenaleyh borçlu ve hediyeyi kabul edenin hal ve vaziyetleri itibarile verilen hediye adetin fevkinde ise borçlunun bu tasarrufu aleyhinde iptal dâvası açılabilir.

Borçlunun yaptığı bütün ivazsız tasarruflar, bağışlamalar ivazsız temlikler vesair karşılıksız hukuki muameleler iptal dâvasının mevzuuna dahildirler.

Kanun mahiyetlerine bakmaksızın âkitleri itibarile bazı tasarrufları mutlak olarak bağışlama kabul etmiştir. Bunlarda; Ana, Baba ile evlat veya karı koca arasında yapılan ivazlı tasarruflardır. Bunlar

arasında yapılan akitlerde bir ivaz tesmiye edilmiş olsa dahi âkitler arasındaki hısımlık derecesine göre vazıı kanun tarafından bu tasarrufa ivazsız hukuki bir muamele nazarile bakılmaktadır. Bu hükmün vaz'ı sebebi; ana baba ile evlat ve karı koca arasındaki hukukî muamelelerin ekseriya ivazsız bulunmasından neşet etmektedir. Filhakika bu gibi kimseler arasındaki tasarruflarda ivaz tesmiye olunması ender vukuattandır ve istisnaidir. Bu itibarla kanun vazıı bu gibi kimseler arasındaki ivazlı tasarrufları bağışlama telakki etmiştir. Bunun aksi kabul edilmiş olsa idi alacaklılar haklarını tahsil ederken ekseriya bu gibi vaziyetlerle karşılaşacak ve ekonomik itibar ve nizam bozulmuş bir hal alacaktır.

Borçlunun diğer şahıslarla yaptığı muamelelerde kendi verdiğinin diğerine göre ivaz olarak kabul ettiği fiat pek aşağı ise bu muamele dahi (bağışlama) olarak kabul edilmiştir. Borçlunun ivazsız bir tasarrufuna ivazlı susü vererek bağışlama muamelelerinin önüne geçilmesi için bu hüküm konulmuştur. Meselâ borçlunun bin lira değerinde bir malını beş lira değerinde bir mal ile mübadele etmesi dokuz yüz doksan beş liranın bağışlanması demek değil midir? Kanun vazıı bu gibi bağışlamaları bertaraf etmek maksadile bu hükmü sevketmiştir. Burada satılan şey ile verilen ivazın mütenasip olup olmadığını objektif olarak tayin ve takdir etmek lâzımdır. Filhakika öyle misallere tesadüf olunurki bir hâtıranın ele geçmesi için büyük bir servetin fedası esirgenmez. Bu hâtıra sahibi veya tarihî eserler meraklısı için elde edilen şeyin kendisince olan kıymeti yanında feda edilen servet bir şey ifade etmez; bunun için hâkim hâdiseyi tetkik ederken ivaz olarak alınan şeyin borçlu nezdindeki kıymetine değil piyasanın ve ekonomik faaliyetlerin ona verdiği değere bakacaktır. Bunlara nazaran ivaz olarak kabul edilen şey verilen şeyin fiatına karşı alınan ivazın fiatının (pek aşağı) olmasıdır. Yoksa fiat itibarile aralardaki nisbet tefavüdü vasat derecede ise bu ivazsız tasarruf telâkki edilemez ve iptal dâvasına mevzu olmaz. kanun vazıının burada (fiat) tâbirini istimali iltizamidir, çünkü kıymet sübjektif, fiat ise objektiftir.

Borçlunun kendisine yahut üçüncü bir şahıs menfaatına kaydı hayat şartile irat ve intifa hakkı tesis ettiği akitlerde batıldır. Kanun vazıı borçluların bu gibi akitlerini hükümsüz addetmekle istikbalini böyle bir akitle emniyet altına almış olan borçluların cüretli hareketleriyle üçüncü şahısları ızrar etmekten vikaye eylemiş olduğu gibi bu suretle mallarını kaçırmalarına da mâni olmak istemiştir.

Borçluların yaptığı bu tasarrufun hükümsüzlüğü kabul edilmişse de bu hükümsüzlük bütün geçmiş tasarruflarına şâmil değildir. Kanun vazının bu hususta kabul ettiği müddet âzami iki senedir. Bu müddetin mebdei; borçlunun haciz sırasında borcuna yetecek kâfi malı bulnmamış ise haciz ve hiç bir malı bulunmamış ise aciz ve borçlu iflâs etmiş ise iflâsın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihtir. Bu tarihlerden geriye doğru iki sene müddet içinde yapılmış olan buraya kadar izah ettiğimiz tasarruflar batıldır.

Borçlunun aciz halinin tahakkukundan bir sene evvelki hukukî muamelelerine gelince; bunlar icare ve iflâs kanununun 279 uncu maddesinde gösterilmişlerdir. Bu muamelelerin en başında borçlunun alacaklılarından birine tahhhüdü olmaksızın mevcut bir borcu için teminat göstermesidir. Borçlunun bu hareketi neticesi mallarının bir kısmı takyit edilmiş olacağından diğer alacaklıların istifa kabiliyeti zayıflamaktadır. Aynı şartlar içinde bulunan alacaklılardan birinin bu suretle mümtaz mevkii işgal etmesi müsavat prensibine de uygun değildir. Fakat borçlu evvelce alacaklısına böyle bir teminat vereceğine dair taahhütte bulunmuş ve verilen teminat ta vaki taahhüdün ifasından ibaret ise borçlunun bu tasarrufu iptal dâvasına mevzu olamaz.

Borçlunun, mutat ödeme vasıtalarından veya paradan gayri bir suretle yaptığı ödemeler de hükümsüzdür. Normal olarak ödeme vasıtası paradır. Fakat bazan mahallî âdetler paradan gayri vasıtalarla ödemede bulunmayı tecviz etmiştir. Bilhassa bir çok vilâyetlerimizde bu nevi ödemeler hâlâ mevcuttur. Meselâ borçlunun borcunu arpa. buğday ve bazı yerlerde koza vermek suretile ödediği görülmektedir. Bunlar mahallî örf ve âdetçe ödeme vasıtası olarak kabul edilmiştir. Binaenaleyh hâkim iptal dâvasını tetkik ederken borçlunun yaptığı tediyede kullandığı ödeme vasıtasının mahallince ödeme vasıtası olup olmadığını araştırmalıdır. Bu gün hâlâ bazı yerlerde tedavülden kalkmasına rağmen ödeme vasıtası mecidiyedir, yahut altındır. İşte bütün bunları nazara almak ve tediyede kullanılan vasıtanın mahallince ödeme vasıtası telâkki edilip edilmediğini bilmek lâzımdır.

Borçlunun, vâdesi gelmeyen bir borç için yaptığı ödemeler de hükümsüzdür ve iptal dâvasının mevzuuna dahildir. Normal olarak bir borç vâdesinde ödenir. Borcun vâdesinden evvel ödenmesi diğer

alacaklılar ile kendisine ödeme yapılan alacaklılar arasındaki müsavat hukukunu ihlâl eder. Çünkü borçlunun bu ödemeyi zamanından evvel yapmak suretile ödenen paradan elde edeceği menfaati kaybetmiş olur. Ve bu suretle borçlu bu paranın gelirinden mahrum kalacak ve ödenen para ile melhuz gelir miktarınca mamelekinde bir tenakuz husule gelecek ve binnetice diğer alacaklıların hakları ademi istifa tehlikesine mâruz kalacaktır.

Borçlunun bu nevi tasarruflarının hepsi iptal dâvası mevzuu olamaz. Ancak muayyen bir zaman zarfında vuku bulan tasarruflar iptal olunabilir. Bu tasarruflar için mebde haciz veya mal bulunmaması hasebile aciz yahut iflâsın açılması tarihinden bir sene evvelki muamelelerdir.

Borçlunun icra ve iflâs kanununun 279 uncu maddesindeki muamelelerinden istifade eden kimse borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini ispat ederse iptal dâvası mesmu değildir. İptal dâvasında hasm olan şahsın burada ispat edeceği şey borçlunun, tasarrufun vukuu ânındaki hal ve vaziyetini bilmemesidir.

İptal dâvasının mevzuunu teşkil eden diğer tasarruflar borçlunun hileli tasarruflarıdır. Bu tasarruflar ikiye ayrılır.

1 — Borçlunun; alacaklılarını ızrar kastile yaptığı bir taraflı muameleler;

2 — Borçlunun, alacaklılarını ızrar kastini bilen veya bilmesi lâzımgelen kimselerle yahut alacalıların bazılarile uyuşarak yaptığı karşılıklı akitlerdir.

Borçlunun bu nevi tasarrufları ister bir taraflı olsun ister karşılıklı olsun bir ızrar kasdı ve suiniyet bulunduğu için vazıı kanun burada bir müddet aramamıştır. Fakat bu muamelede iptal dâvaları için kabul edilmiş olan müruru zamana bağlıdır.

Borçlunun alacaklılarını ızrar kasdile yaptığı bir taraflı muameleler; meselâ bağışlamalar, karşılıksız temlikler, teberrular ve hediyeler gibi muamelelerdir. İcra kanununun 278 inci maddesindeki bağışlamalar ile buradaki bağışlamalar arasında fark vardır. 278 inci maddedeki tasarruflarda borçlunun alacaklılarını ızrar kasdi yoktur. O karabet ve arkadaşlık gibi hislerden doğan sebeplere istinaden yapılan hukukî muamelelerdir. Bunlar için kabul olunan iptal müddeti iki senedir. Fakat 280 inci maddedeki muameleler ; tamamenusi-

niyetle ve ızrar kasdile yapılmış muamelelerdir. Bunları iptal ettirmek için bir müddet bahis mevzuu değildir. Tarihleri ne olursa olsun iptal olunabilirler.

Borçlunun, alacaklılarını ızrar kasdini bilen veya bilmesi lâzımgelen kimselerle yahut alacaklıların bazılarile uyuşarak yaptığı karşılıklı akitlere gelince: bütün ivazlı tasarruflar ve 280 inci maddede yazılı hukukî muameleler bunun içinde dahildir. Borçlunun bu muamelesinden istifade eden kimsenin borçlunun bu kasdini bilmesi yahut bilecek mevkide bulunması muamelenin iptali için kâfidir. Meselâ borçlu ile bir arada yaşayan ve çok yakından dostu olan bir kimse borçlu arkadaşının alacaklılarını ızrar kasdile bu tasarrufu yaptığını bilmesi lâzımgelir vaziyettedir ve vazı kanun bu şahsı borçlunun niyetini bilir farzetmiştir.

⚔ İptal dâvaları da tatbik olunacak usulü muhakeme :

İcra ve iflâs kanunun 281 inci maddesinde iptal dâvalarında tatbik olunacak usulü muhakemeden bahsolunmaktadır. Bu dâvalarda tatbik olunacak muhakeme usulü seri usulü muhakemedir. Bu nevi dâvalarda müddeaaleyh iptidai itirazlarını dermeyan ederken dâvanın esasına da cevap verecektir. Ancak mahkeme iptidai itirazı esasa ait cevaptan evvel tetkik edecek ve kabul ettiği takdirde esasa girişmeyecektir. Hâkim bu kabil dâvalarda iki tarafın muvafakat hali müstesna olmak üzere, tarafların sübut vasıtalarını ibraz ve ikameleri için ancak bir defa mühlet verebilir. İptal dâvalarında, dâva arzuhaline müddeaaleyhin yedi gün içinde cevap vermesi lâzımdır. Muhakeme kısa fasılarla talik olunacak ve dâva sulh mahkemesine ait ise müdafaayi şifahiyenin tahkikatın hitamından sonra yedi gün zarfında yapılması ve hükmün mümkünse derhal, olmadığı takdirde beş gün zarfında verilmesi iktiza eder.

Bu madde tadilinden evvel yalnız iptal dâvalarında tatbik olunacak usulü muhakemeden bahsetmekte idi. Bu gibi dâvalarda hâkime geniş takdir hakkı veren bir fıkra ilâve olunarak madde tadil edilmiştir. İşbu tadile göre hâkim, mevcut ahval ve şeraiti nazarı itibara alarak bu gibi ihtilâflarda serbest takdir hakkını kullanacaktır. (Ahval ve şerait) tâbiri çok umumî ve şümullü bir tâbirdir. Bununla vazıı kanun; hâkimin; hâdiselerin cereyan ettiği bütün maddî ve manevî hal ve şartları nazara alarak geniş takdir hakkını kullanmasını arzu etmiştir. Bu hakikatte çok çetin bir meseledir. İptal dâvalarını gören hâkim, borçlunun yalnız maddî vaziyetlerine değil

hangi psikolojik âmiller altında bu tasarrufları yaptığınıda araştırmak mecburiyetindedir. Hâkim bunları incelerken müdekkik bir ruhiyatçı gibi hareket etmeli ve bütün ahval ve şartlara nüfuz etmelidir. Burada maddî delâilden ziyade hâkimin tefehhusatı neticesi elde ettiği kanaat hâkim olacaktır.

İptal dâvalarında müddei olabilecek kimseler :

İptal dâvalarında müddei olabilecek kimseler icra ve iflâs kanununun 277 inci maddesinde tayin, tadat olunmuştur. Bu madde hükmüne göre;

1 — Elinde muvakkat yahut katî aciz vesikası bulunan her alacaklı,

2 — İflâs idaresi yahut icra ve iflâs kanununun 245 inci maddesinde ve 255 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yazılı hallerde alacaklıların kendileri bu dâvayı açmak hakkını haizdirler.

Borçlu aleyhinde tatbik olunan haciz muamelesi sırasında borcun ıtfasına kifayet edecek mal bulunmadığı anlaşıldığı takdirde bu haciz zabıt varakası muvakkat aciz vesikası mahiyetindedir. Ve alacaklıya iptal dâvası açmak hakkını verir. Bundan başka alacaklı alacağını tamamen alamamış ise geri kalan miktar için kendisine aciz vesikası verilir. Bu vesika katî aciz vesikasıdır. Böyle bir vesikayı hâmil olan alacaklı borçlusunun muayyen tasarruflarını iptal ettirmek için dava açmak hakkını haizdir. Borçlunun iflâsı halinde tasfiye muamelesi sonunda alacaklılar alacaklarını tamamen istifa edememiş iseler kalan alacakları için kendilerine aciz vesikası verilir. Bu vesikayı elinde bulunduran alacaklının da iptal dâvası açmak hakkıdır.

Borçlunun iflâsı halinde, bir alacağını takip ve tahsilinin alacaklılar masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri ve alacaklılardan biri de bu takip hakkının kendisine devrolunmasını istediği ve alacaklılarda bu talebi kabul ettikleri takdirde bu takip hakkını devralan alacaklı borçlunun bahis mevzuu tasarrufları hakkında iptal dâvası açmağa salâhiyetlidir. Keza iflâs kapandıktan sonra takipten hariç kalmış şüpheli bir hak bulunduğu iflâs dairesince haber alındığı ve vaki ihbar üzerine alacaklılardan biri bu hakkın takip ve tahsili işinin kendisine devrini istediği ve bu istek te diğer alacaklılar tarafından terviç olunduğu takdirde bu takip hakkını devr alan alacaklının iptal dâvası açmağa salâhiyeti vardır.

İptal davasında müddei olabilecek kimseler bunlardan ibarettir.

İptal dâvalarında müddealeyh olabilecek kimselere gelince :

İcra ve İflâs kanununun 282 inci maddesinde bundan bahsolunmaktadır. İptal dâvalarında müddeaaleyh olabilecek kimseler şüphesiz en evvel borçlu ile hukukî muamelede bulunan diğer bir değimle batıl tasarruftan istifade eden kimselerdir. Bundan sonra borçlu tarafından ödeme yaıplan kimseler gelir. Bunlar vefat etmişlerse bu dâvada bunların mirasçıları müddeaaleyh olurlar, bundan sonra suiniyet sahibi üçüncü şahıslar gelir.

İbtal dâvası hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslar aleyhinde açılabilir fakat bu dâva bu şahısların haklarını ihlâl etmez.

İadenin şümulü ;

İptal dâvalarından gaye ; batıl bir tasarruftan istifade eden kimseyi elde ettigi şeyi iadeye mecbur etmektir. İcra gayesini hiçe indirmek maksadile borçlu tarafından yapılan bir hukukî muamele neticesinde başkasının uhdesine geçmiş olan şey eski vaziyetine iade edilmiş tabiri digerle o mal borçlunun mameleki arasına avdet etmiş olur. İadenin şumulünü daha eyi anlamak için keyfiyeti iade mecburiyetinde kalan şahsın hüsnüniyet sahibi olup olmadığı noktasından incelemek lâzımdır. İcra ve iflas kanununun 283 üncü maddesinde: batıl bir tasarruftan istifade eden kimsenin elde ettiğini geri vermek mecburiyetinde bulunduğu ve bağışlanan şahsında hüsnüniyet sahibi ise yalnız dâva zamanında elinde bulunan miktarı geri vermege mecbur olduğu tasrih edilmekle iktifa olunmuştur. İstirdat zamanında mal ziyaa veya hasara uğramışsa ne olacaktır. İadenin zevaidede şumulü varmıdır. Batıl bir tasarruftan istifade eden kimsenin iade zamanında yaptığı masrafları alabilecekmidir. İcra ve iflâs kanunumuz bunlar hakkında tamamile sakit kalmıştır. Kanaatımızca meseleyi şu şekilde halletmek lazımdır. Bağışlanan kimse hüsnüniyet sahibi ise yalnız dâva zamanında elinde bulunan miktarı geri verecegi kanunda tasrih edilmiştir. İadeye mecbur kaldığı şey ziyaa veya hasara uğramışsa tazminatla mükellef tutulmaması lâzımdır. Çünkü hüsnüniyet sahibi şahıs iadeye mecbur kaldığı mal üzerinde meşru bir hakkı bulunduğuna kani olarak onu istimal etmiştir. Bir kimse malları üzerinde istediği gibi tasarruf salâhiyetini haiz bulunmaktadır. Bir şahıs malının hasar ve ziyaından başkal arına karşı tazminatla mükellef tutulmadığı gibi hüsnüniyet sahibi bağıslanan dahi kendisine ait bulunduğuna kani olduğu böyle bir malın ziya veya hasarından mesul olamaz bundan başka bağışlanan

hüsnüniyet sahibi bu mal için yaptığı faideli ve zarurî masraflarının iadesini de isteyebilir. Aynı zamanda kendi tarafından iade mecburiyetinde kaldığı şey ile birleştirilen ve zararsız ayrılması mümkün olan ziyadeleride refi edebilir. Ve bu şeyde elde ettigi semereleri kendi sarfiyatı dolayisile olan alacaklırına mahsup edilebilir. Bağışlanan kimse suiniyet sahibi ise iptal dâvası neticesinde aldığı şeyi iade ile mükellef bulunduğu gibi bunu haksız olarak alıkoymuş olmasından mütevellit zararları ve elde ettigi veya elde etmeği ihmal ettiği semereleride tazmin ile mükelleftir. Çünkü bu mal borçlunun elinde iken verecegi semereler borçlunun mallarında tezayüt husule getirecek ve alacaklıların haklarının istifasını daha mümkün bir hale koyacaktır. Velhasıl suiniyet sahibi bağışlananın, borçlunun yedinde kalması lâzım gelen bu malın menfaatlerinin edasilede mükellef tutulması iktiza eder.

İvazlı tasarruflara gelince; bunları hukukî vaziyetleri de hüsnüniyet ve suiniyet sahibi olan bağışlananların vaziyetleri gibidir. Ancak bunlar borçluya bu tasarruf neticesi verdiklerini geri alırlar. Burada hatıra şu cihet gelir. iade mecburiyetinde kalan şahsın boçluya ödediği ivazı kim iade edecektir. Bunu izah edebilmek için iflas haricindeki iptalile iflâstaki iptali bir birinden ayırmak lâzımdır. İflas haricindeki iptalde mukabil eda iptal dâvasına hakkı olan kimse için haczedilmiş degilse iptal dâvasında hasmolan kimsenin istirdat ve tazminat iddiası borcluya karşı dermeyan olunur. Ve borçlu iptal olunan tasarrufu sonunda verdiği şey için aldığını iade ile mükelleftir. Fakat borçlunun iflası halinde keyfiyet böyle degildir. Burada borçlunun batıl bir tasarrufundan istifade eden şahsın istirdat ve tazminat iddiasının iflas idaresine teveccüh etmesi ve bu idarenin iade ve tazminatla mükellef tutulması lâzımdır. Bu dâva neticesi borçlu aldığını iade mecburiyetindedir, Bu şey borçlunun elinden çıkmış ise ipdal dâvasına da hasmolan şahsın borçluya karşı tazminat dâvası açmağa hakkı vardır.

Borçlunun alacaklısına vaktinden evvel yapdığı ödemelerin iptali halinde alacaklı eski haklarını muhafaza eder yani kendisine hiç ödeme vaki olmamış vaziyete döner. Borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki münasebetler kendiliğinden avdet eder.

İptal dâvalarında müruru zaman :

Bu dâvalarda mururu zaman müddeti üç senedir. Ve batıl

tasarrufun vukuu tarihinden itibaren ceryana başlar. Bu müddetin cereyanından sonra acılacak iptal dâvaları mesmu degildir. Buna da sebeb; borçlunun batıl tasarrufu neticesi verdigi şeyi elde eden kimsenin uzun zaman dâva tehdidi altında kalmamasıdır. Böyle bir tehdit altında bulunan kimseler aldıkları şey üzerinde memleket ekonomisinin bekledigi şekilde tasarruf edemiyecekler ve bu suretle hem o şey ve hemde bundan doğacak faide heder olacak hiç olmazsa bu kıymet uzun zaman tadevülden alıkonulmuş bulunacaktır. bundan başka zamanın geçmsile subut vasıtaları zayıflıyacak ve bu gibi da vaların ispatıda müşkül olacaktır. İşte bu gibi mahzurlar mülahazası ile vazıı kanun bu dâvalar için üç sene gibi kısa bir mururu zaman kabul etmiştir. Buradaki mururu zaman iskatı mururu zamandır. Hâkimin diger tarafın defini beklemeksizin bu mururu zamanı resen nazara alması ve ceryan eylediğini anladıgı takdirde dâvayı ret etmesi icap eder.....

No: 62

Hulâsa :

Adliye Ceridesinde intişar eden bir yazıda H.U.M. kanununun 112 inci maddesi hükmünden mülhem olarak : «Boşanma dâvası üzerine takdir olunan nafakanın devam edeceği kararda tasrih edilmemişse esasa mütedair hükmün tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakip bu nafaka kendiliğinden mürtefi olur. Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin bunun hilâfına verdiği kararda isabet yoktur» denilmektedir. Halbuki H.U.M. kanununun 112 inci maddesinin munhasıran dâvanın mevzuundan dolayı icra kılınan ihtiyatî tedbirler hakkında tatbiki kabil olup boşanma dâvası üzerine takdir olunan ve bu dâvadan ayrı bir talebi ifade eden nafaka hakkında tatbiki kabil değildir.

Bundan dolayı bahsettiğimiz yazıda ileri sürülen noktai nazara muhalif olarak bu nafakanın, hükmün katileştiği tarihe kadar devamı lâzımdır.

Temyiz Mahkemesi icra ve iflâs Dairesinin 7-2-938 Gün ve 615-717 Sayılı Kararından Dolayı Adliye Ceridesinde İntişar Eden Bir Yazı Münasebetile

Yazan : Adliye Müfettişi Mazhar Tüzel

Boşanma dâvası üzerine kanunu medeninin 137 inci maddesi gereğince takdir olunan nafakanın, boşanma hakkındaki hükmün katileştiği tarihe kadar devam edeceğine dair Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesince verilen 7/2/938 gün ve 615/717 sayılı karardan dolayı Adliye ceridesinde bir yazıya tesadüf edildi. Mezkûr yazıda

«Karı ve kocadan biri tarafından diğeri aleyhinde açılan boşanma dâvası üzerine kanunu medeninin 137 inci maddesi gereğince ittihaz olunan tedbirlerin H.U.M. kanununun 101 inci maddesinde yazılı ihtiyatî tedbirler nevinden olduğu cihetle mezkûr kanunun 112 inci maddesi hükmüne tabi bulunması iktiza edeceği mülâhazasına istinat olunarak: «Boşanma dâvası üzerine takdir olunan nafakanın devam edeceği kararda tasrih edilmemişse esasa mütedair hükmün tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakip bu nafaka kendiliğinden mürtefi olur. Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin bunun hilâfına verdiği kararda isabet yoktur.» denilmektedir.

Görülüyor ki, bu fikir H.U.M. kanununun 112 inci maddesinin boşanma dâvası üzerine takdir olunan nafaka hakkında da tatbiki iktiza edeceği mülâhazasından doğmaktadır.

Kanaatimizce, boşanma dâvası üzerine takdir olunan nafakanın H. U. M. kanununun 101 inci maddesinde yazılı ihtiyatî tedbirler nevinden olmakla beraber mezkûr kanunun 112 inci maddesi hükmüne tabi bulunmaması icabeder. Bu ciheti izah için H. U. M. kanununun 112 inci maddesini tetkik edelim. Mezkûr maddede: "Esas hakkında Mahkeme tarafından verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakip ihtiyaten icra kılınmış olan tedbir mürtefi olur. Şu kadarki mahkeme hükmün icrasını temin için işbu tedbirin tayin edeceği müddet zarfında devamına karar verebilir." diye yazılı olduğuna göre ihtiyatî tedbirler aşağıda gösterilen iki hale mütedair olabilirler.

1 — İhtiyatî tedbirin, dâvanın mevzuu hakkında ve hükmün icrasını temin maksadile veya dâvanın mevzuundan ayrı olmakla beraber gene hükmün icrasının teminini istihdaf eden bir husus hakkında icra kılınması;

2 — İhtiyatî tedbirin, dâvanın mevzuundan ayrı bir istek hakkında ittihaz olunması halindedir.

Birinci halde, esas hakkında verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakip H. U. M. kanununun 112 inci maddesi gereğince ihtiyaten icra kılınmış olan tedbir mürtefi olabilir. Çünkü bu halde ihtiyatî tedbir «münazaalı şeyin yedi adle verilmesi veya borçlunun mallarının haczedilmesi hallerinde olduğu gibi" dâvanın mevzuu hakkında ve hükmün icrasını temin maksadiyle veyahut dâvanın mevzuundan ayrı olmakla beraber gene hükmün icrasını temin için icra kılınmış ve esas hakkında karar verilmiştir. Burada, esas hakkındaki karar ihtiyatî tedbir kararının devamını tazammun edeğin-

den H. U. M. kanununun 443 üncü maddesi mucibince dâvacının mezkûr karara istinaden eski halin devamını istemesi mümkündür. Bundan dolayı esas hakkındaki hükmün tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakip ihtiyaten icra kılınan tedbirin kalkmasında pek mahzur görülmemektedir. Bununla beraber mahkeme hükmün icrasını temin için ihtiyaten icra kılınan tedbirin tayin edeceği müddet zarfında devamına karar verebilir. (H. U. M. K. M. 112)

Şu kadar ki mahkemenin bu salâhiyetini daha ziyade dâvanın gayri menkule taallûk ettiği veya reddedildiği hallerde istimal etmesi lâzımdır. Zira bu hallerde dâvacının esas hakkındaki hükümle ihtiyatî tedbir kararının devamını istemesi mümkün değildir.

İkinci halde ise, esas hakkında mahkeme tarafından verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakip ihtiyaten icra kılınmış olan tedbirin mürtefi olmaması icabeder. Çünkü bu halde ihtiyatî tedbir «Boşanma dâvası üzerine nafaka takdir edilmasi halinde olduğu gibi» dâvanın mevzuundan ayrı bir istek hakkında ittihaz olunmuştur. Burada, esas hakkındaki hüküm boşanmaya dair olup ihtiyatî tedbir olarak takdir edilen nafakadan dolayı esasa müteallik bir karar verilmiyeceğinden dâvacının esas hakkındaki karara istinaden ihtiyatî tedbir kararıyle temin ettiği durumun devamını istemesi mümkün olamaz.

Bu noktayı izah için boşanma dâvasından ayrı olarak nafaka dâvası açılmasından dolayı ihtiyatî tedbir olarak nafaka takdir edildiğini farzedelim. Bu takdirde esas hakkındaki karar dâvanın mevzuuna taallûk ve ihtiyatî tedbir kararının tadil veya tasdikini tazammun edeceğinden dâvacının mezkûr kararla İcraya müracaat ederek ihtiyatî tedbir kararıyile temin olunan nafakanın devamını istemesine imkân verecektir.

Bu mülâhazalara göre H. U. M. kanununun 112 inci maddesinin munhasıran dâvanın mevzuundan dolayı icra kılınan ihtiyatî tedbirler hakkında tatbiki mümkün olup boşanma dâvası üzerine takdir olunan ve bu dâvadan ayrı bir talebi ifade eden nafaka hakkında tatbiki mümkün olmadığından mezkûr nafakanın boşanma hakkındaki hükmün katileştiği tarihe kadar devamı iktiza etmektedir.

İşte H. U. M. kanununun 112 inci maddesinin tetkikinden çıkan netice budur. Bununla beraber şu mülâhazaların da bu fikrimizi teyit ettiği görülmektedir.

145

Filhakika, aksi hale göre yani boşanma dâvası üzerine takdir olunan nafakanın esasa mütedair hükmün tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakip kalkması halinde H. U. M. kanununun 500 cü maddesi gereğince evlilik birliğinin siyaneti için sulh hâkimi tarafından ittihaz olunan tedbirlerin de kalkması icabedecektir. Zira bu tedbirlerin mahiyet ve hedeflerinin bir olduğundan aynı hükümlere tabi bulunacağı tabiîdir.

Halbuki, sulh hâkimi tarafından verilen nihaî kararların asliye mahkemesince refedilmesi evvelâ vazife itibariyle kabil değildir.

Saniyen, bu halin hâdiseye teferru eden kanun hükümleri arasındaki ahenk ve tenazuru da bozacağından evlilik birliğinin siyaneti için sulh hâkimi tarafından takdir olunan nafakanın boşanma hakkındaki hükmün katileştiği tarihe kadar devam etmesi ve bu tarihten sonra karının kanunu medeninin 144 üncü maddesine tefvikan ayrıca yoksulluk ve çocukların mezkûr kanunun 315 inci maddesi mucibince furu nafakası istemesi lâzımgelmekte ve işte Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin bu esaslardan mülhem olduğu zannedilmektedir.

Diğer taraftan bu noktai nazarın boşanma kararı tarihi ile mezkûr kararın katileşmesi tarihi arasında geçecek müddet için nafakanın devamını derpiş etmesi bakımından amelî faydası da meydandadır.

Her ne kadar tetkik mevzuumuz olan yazıda bu cihet izah edilirken aile hukukuna mütedair hükümlerin katileşmek şartiyle karar tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğinden bu müddet zarfında kocadan nafaka tahsili mesnetsiz bulunmakta ve bundan sonra boşanma dâvasının karı veya koca tarafından açılması hallerine geçilerek: «Karı tarafından açılan boşanma dâvasının temyizen bozulması halinde karının haksız bulunduğu anlaşılacağından nafaka talebine de hakkı yoktur.» denilmekte ise de:

Fikrimizce, bu telâkki evvelâ nafaka borcunun ahlâkî mahiyetine uygun değildir.

Sonra bu kanaate göre yani mezkûr müddet zarfında nafakanın ademi lüzumu telâkkisinden esasa mütedair kararın tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakip tedbir nafakasının mahkemece devamına karar verilemiyeceği neticesi çıkar ki bu neticenin H. U. M. kanununun 112 inci maddesinin takdir hükmüyle telifi mümkün bulunmamaktadır.

En son olarak şu da var ki karı tarafından açılan dâva üzerine verilen boşanma hükmünün temyizen bozulması her halde karının haksız olduğunu göstermez. Bilfarz, boşanma hükmünün salâhiyetsizlik gibi usule ait bir noksandan dolayı bozulması buna bir misal olabilir. Bundan başka, karının yanında bazan çocuk ta bulunabilir. Boşanma hakkındaki hükümle çocukların babanın velâyetine verildiği kabul edilse bile H. U. M. kanununun 443 üncü maddesine göre bu hükmün katileşmedikçe icrası kabil olmadığından mezkûr müddet zarfında «Analariyle birlikte çocuklar da» mağdur olacaklardır ki kanun vazıının böyle bir halin vukuunu arzu etmediği muhakkaktır.

Hulâsa, görülüyor ki bu izahatımız bize tetkik mevzuumuz olan yazıda ileri sürülen noktai nazara muhalif olarak «Boşanma dâvası üzerine takdir olunan nafakanın boşanma hakkındaki hükmün katileştiği tarihe kadar devamı lâzımgeleceği» neticesini vermekte ve Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin bahis mevzuu olan kararında isabet bulunduğunu göstermektedir .

147

No: 63

(BOŞANMALAR NEDEN ARTIYOR)

Yazan :
Müfit Erkoyuncu
İzmir Asliye Hukuk Hâkimi

Son günlerde Büyük Millet Meclisinde şükranla karşıladığımız bir hareket oldu. Bursa Mebusu Nevzat Ayas günden güne artan boşanma vakaları hakkında ne gibi tedbirler alındığını adliye vekilimizden sordu. Değerli Vekilimiz verdiği cevapta vaziyetin vekâletçe ehemmiyetle tetkik edilmekte olduğunu söyledi. Mebusumuzun bu sorusu matbuatı harekete getirdi. Gazete ve mecmualarda bir çok neşriyat yapıldı. Muharrirler ve salâhiyetli bazı ilim adamlarımız bu hususdaki fikirlerini söylediler. Bu vesile ile tecrübeli bir Hâkim sıfatile bende düşündüklerimi yazmağa karar verdim. Bilgimin bu mevzu kakkında ilmî mütalâalar yürütmeğe müsait olmadığını müdrikim. Yazacağım şeyler nihayet uzun seneler devam eden meslek hayatımda edindiğim tercübe ve kanaatlara dayanacaktır. Yazıda boşanmaya dair esaslı tetkikata girişmiyeceğim. Yanlız mevzuu canlandırmak bakımından boşanmanın tarihi hakkında bir az malûmat vereceğim. Eski mevzuata sathî bir şekilde göz gezdireceğim. K. Medenimizin kabul ettiği boşanma hükümlerini kısaca tetkik ettikten sonra boşanmaların artması ve sebepleri hakkındaki tecrübeye müstenit şahsî kanaat ve mütalâalarımı beyan edeceğim.

Sayın Mebusumuzun ele aldığı mevzu hakikatten mühim ve üzerinde hassasiyetle durulması icap eden, içtimaî dertlerimizden birisi ve belki de en önemlisidir. Esefle görüyoruz ki son zamanlarda boşanma vakaları mütemadiyen artıyor, günden güne çoğalan boşanmalar bir çok yuvaları yıkıyor. Mâsum çocuklar babasız, pek çok kadınlar kocasız kalıyorlar. Bu yüzden cinayetler, ağır vakalar oluyor. Bu vaziyet evlenmek isteyen gençlerin cesaretlerini kırıp, heveslerini öldürüyor. Mesut bir yuva kurmak ihtiyacile ateşli kalpleri heyecanla çarpan kızlarımızı inkisarı hayale uğratıyor, boşanıp tekrar evlenmiyen (kadın ve erkek) bazı genç dulların ahlâkları bozuluyor. Boşanmaların mahzurlarını bu dar sütunlarda tamamen sayıp dökmeğe imkân yok, muhakkak olan bir şey var. Boşanmalar cemiyetin temeli olan aile müessesesini kökünden sarsıyor.

Mecliste tedavisi istenilen tehlikeli hastalığın teşhis ve tedaviye muhtaç olduğu şüphesiz. Fakat nasıl teşhis ve tedavi edilecek? İctimaî dertlerimizin başında gelen boşanma hastalığının sebebi nedir? Bu dert kanunlarımızdaki eksikliklerden mi yoksa ictimaî ve ahlâkî telekkilerimizin noksanlığından mı ileri geliyor. İşte tetkiki icap eden mühim noktalar bunlardır. Bunların tetkikine girişmezden evvel boşanma müessesinin tarihine bir göz atmamız faydalı olacaktır.

Evlenme ne kadar eski bir müessese ise boşanma da o kadar eskidir. Tarihte bu iki menfî kutup daima yan yana yürümüşlerdir. İlk devirlerin tarihine bakınca Romalılarda, yahudi ve cermenlerde boşanmanın mevcut olduğunu görüyoruz. Hristiyanlık boşanmayı kabul etmez. Kilise boşanma yerine ayrılığı ikame etmiştir. Bu sebeple kurunu vustada Avrupanın hiç bir yerinde boşanma kabul edilmediği gibi eski Roma devletinde kilisenin nüfuz altında kalan imparator Kostantin ve Jüstinyen de boşanmayı men ve ilga etmişlerdir. Kilisenin boşanma yerine kabul ettiği ayrılık boşanma demek değildir. Ayrılık nikâh bağı çözülmeden karı kocanın ayrı yaşamalarından ibarettir.

Fransa 1804 tarihli K. Medenisinde boşanmayı kabul etmiş isede 1816 da medeni kanununun boşanmaya müteallik hükümlerini ilga etmiştir. Senelerce kilisenin tesiri altında yaşıyan Fransa nihayet bu tesirden kurtularak 27 Temuz 1884 tarihli kanunla boşanmayı tekrar kabul eylemiştir.

İslâm Dini kurunu kadımeden beri boşanmayı koca lehine kabul etmektedir. Bu dinin esasları kocanın karısını boşanmasına mani olmamakla beraber boşanmayı hoş görmemektedir. Maamafih islâmiyette kocanın boşama hakkı tam ve mutlaktır. Koca sebep ve mazaret beyanına lüzum görmeden her zaman karısını boşayabilir. [1]

Boşanmanın tarihini bu şekilde kısaca gözden geçirdikden sonra eski ve yeni kanunlarımızın boşanma hakkındaki hükümlerini tetkik edebiliriz.

Eski mevzuatımızda boşanma için kabul olunmuş mektup ve esaslı hukukî kaideler yoktur. Şer'iye mahkemelerinin tatbik ettikleri boşanma hükümleri bir takım hâdis ve ayetleri ihtiva eden ahkâmı fıkhiyeddn ibaretdir. İslâm dininden ilham alan ahkâmı koca

[1] Türk K. Medenisi şerhi Mustafa Reşit Belgesay.

lehine tek taraflı olarak kabul etmektedir. Koca boşanma hakkını hudutsuz olarak kullanabilir Buna mukabil kadına boşanma istemek hakkı tanınmamıştır. Boşanma dileğiyle şer'iye mahkemelerine müracaat eden kadınların kocasının kendisini boşadığını isbat etmedikçe bazı istisnai ahval harıcında haklı sebeplere istinat etse bile boşanma kararı almasına hemen, hemen imkân yoktur. Ahkâmı sabıkanın koca lehine kabul eylediği bu hükümler çok sakattır. Kadını erkekle ayni seviyede tutmıyan onu kocanın esareti tahakküm ve nüfuzu altına koyan bu kükümler adaletsiz kaidelerdir. Bu adaletsizliği gören vazi kanun (hülle) gibi manevî müeyzidelerle kocanın boşanma hakkını tahdit etmek istemiştir.

(Hülle) karısını bazı elfaz sarfile boşayan kocanın kadın muvakkat nihâhla başka bir erkekle evlenip ayni yastığa baş koymadıkça onunla tekrar evlenmemesi demektir. Koca sarhoşluk veya asabiyet le ağzından (karımı talakı selâse ile boşadım) diye bir söz kaçırsa nikâh bağı çözülmüş olur. Bu takdirde asabiyeti geçen kocanın hatasını telâfi için karısı ile tekrar evlenmesine imkanı kanunî yoktur. Eski hükümlere göre hüllei şer'iye lâzım gelir. Mecburen hülle yapılır. Yani kadın kocaun yakınlarından şayanı itimat bir erkekle muvakkaten nikahlanır. onunla münasebeti cinsiyede bulunmamak şartile ayni yastığa baş koyar bilâhare yalancı nikahla kadını alan ikinci koca zavallıyı boşar. Kadıncağız ancak bundan sonra eski kocasile tekrar evlenebilir. Erkeğin işlediği hâtanın seyyiatını kadına yükleyen ve pireye kızıp yorgan yakmak kabilinden olan bu hükümlerin ne kadar çirkin ve suiistimale müsait olduğunu söylemeğe hacet yoktur.

Ahkâmı sabıkanın mer'i olduğu devirlerde arkadaşının karısına göz koyan bir takım yobaz ve serserilerin gafil kocanın gafletinden istifade ederek (hülle) namı altında muvakkaten nikâhladikları kadını boşamıyarak tesahup ettikleri veya zavallıyı cinsî ve hayvanî hislerinin tatmini için alet ittihaz eyledikleri def'atle görülmüştür.

Bütün bu mahzurlarına rağmen hüllei şeriyenin kocalar üzerindeki manevî tesiri inkâr edilemez. Eski zamanlarda kocalar hülle gibi gülünç bir vaz'iyetle karşılaşmamak için karılarını haksız ve keyfi kararlarla boşamaktan çekinmişlerdir. Müslüman ve Türklerde millî ananeler, âdet ve görenekler boşanmaya esasen müsaade etmez. Haksız boşanmalar günah ve ayıp sayılır. Hudutsuz bir boşanma hakkına sahip olan kocalar dini an'anelerin tesirile bu hakkı suiistimâl etmemişlerdir. Kaideten boşanma cemiyet çin bir zaruret-

tir. Anlaşmayan ve aralarındaki geçimsizlik kin halini alan karı, kocanın evlilik hayatını idame etmelerine maddeten ve mantıkan imkân yoktur. Birbirlerinden nefret eden karı ve kocanın idame edecekleri evlilik hayatının cemiyet için faydalı olacağıda iddia ve tasavvur edilemez.

İsviçrenin mütekâmil hukuk kaidelerini ihtiva eden K. Medenimiz serbest boşanmayı kabul etmemekle beraber haklı sebepler tahtında karı ve kocaya boşanma istemek hakkını ayni derecede tanımıştır. Kanunumuzun hükümlerine göre erkek ve kadın müsavi şartlar içinde boşanma dâvası ikame edebilirler. Medenî kanunun 4 üncü babı boşanmaya mütedair hükümleri ihtiva etmektedir. Kanunumuzda kabul edilen boşanma sebepleri şunlardır:

1 — Zina (K. M. M. 129)

2 — Cana kast ve pek fena muameleler (K. M. M. 130)

3 — Cürüm ve haysiyetsizlik (K. M. M. 131)

4 — Terk (K. M. M. 132)

5 — Kabili şifa olmıyacak derecede akıl hastalığı (K. M. M. 133)

6 — Şiddetli geçimsizlik (K. M. M. 134)

Medenî kanunumuzun boşanma için kabul ettiği sebeplerin mahdut ve makul esaslar olduğu ilk nazarda göze çarpmaktadır. Kanunda kabul edilen bu sebeplerden birisi mevcut olmadıkça karı koca boşanma isteyemezler. Hâkiminde bu sebepler haricinde boşanma kararı vermesine imkân yoktur. Medenî kanunumuzun kabul ettiği diğer esaslara göre boşanma sebepleri sâbit olsa bile Hâkim boşanma kararı vermekle mükellef değildir. Kanunumuzun 138 inci maddesi Hâkime barışması ihtimâli olan karı ve kocanın ayrı yaşamalarına karar verme salâhiyetini tanımaktadır. Aile yuvasının tarafların arzuları ile kolayca bozulmasını muvafık görmiyen vazi kanun ayrıca kabul ettiği 150 inci madde ile boşanma dâvaları için hususî bir usulü muhakeme vazetmiştir. Bu maddenin hükümlerine nazaran boşanma dâvalarında Hâkim :

1 — Boşanma ve ayrılık için sebep gösterilen hâdiselerin mevcudiyetlerine vicdanın kanî olmadıkça sâbit addedemez.

2 — Bu hâdiseler hakkında gerek resen ve gerekse tarafeynin talebile yemin teklif olunamıyacağı gibi yemin makamına kaim be-

KS 1

yanatta bulunulması dahi istenilemez.

3 — Tarafeynin her türlü ikrarları Hâkime takyid etmez.

4 — Hâkim boşanma dâvalarında beyyinatı serbestçe takdir eder.

5 — Boşanma ve ayrılığın fer'î hükümlerine dair iki taraf arasında aktedilen mukavelelerle hâkimin tasdikine iktiran etmedikçe muteber olmaz.

Bahsi geçen maddenin vazettiği 1,3 ve 4 numaralı esaslar bilhassa şayanı dikkattir. Boşanmayı güçleştirmek istiyen vazıı kanun bu hükümlerle Hâkimi kanunlarımızın dar çerçevelerinden kurtarmak istemiş ona pek geniş salâhiyetler vermiştir. Kanun boşanma dâvalarında Hâkime deliller ne kadar kuvvetli olursa olsun bunları kabul etmemek tarafeynin ikrarları ile de mukayyet olmıyarak beyyinatı serbestçe takdir etmek hakkını tanıyor. Şüphesiz ki bunlar boşanmayı mümkün olduğu kadar zorlaştıran kanunî mani ve müeyyidelerdir. Ancak kocanın bir sözü ile nikâh bağının çözülmesi kabil olan eski devirlerde şimdiki kadar boşanma olmadığı da bu gün tahakkuk etmiş bir hakikattır. Kanunumuzun bu sert hükümleri karşısında boşanmaların azalması icap ederken günden güne artmasının sebebi nedir. Acaba medenî kanunun boşanma hükümleri eski mevzuattan şiddetli olmakla beraber yine noksanmıdır? Bunları biraz daha şiddetlendirmek müeyyideleri biraz daha arttırmakmı lâzımdır.

Fikrime göre kanunumuzun boşanmaya mütaallik hükümleri kâfidir. Boşanma cemiyet için zarurî bir ihtiyaç olduğundan bu mevzuda daha şiddetli hükümlerin kabulü imkânsızdır. Zira kabul olunacak daha ağır hükümler evlenmelerin azalmasına sebep olabilir. Bunun bizim gibi nüfusu az ve çoğalmak ihtiyacında olan milletler için ne büyük bir tehlike teşkil edeceği aşikârdır.

Boşanmaların artması kanundaki noksanlıklardan değil ahlâkî, içtimaî, hissî ve iktisadî bir çok sebeplerden ileri gelmektedir. Bu sebepler şöylece hülâsa edilebilir.

AHLAKÎ SEBEPLER:

Eski devirlerin ahlâk telekkisi bugün çok değişmiştir. Evvelce ayıp ve günah addedilen haraketler bugün mubah sayılmaktadır. Meselâ otuz sene evvelki ahlâk telakkisi ile bu günün telekkisi arasında dağlar kadar fark vardır. O zamanki ahlâk düşünceleri bu

günkü gibi erkeklerin istediği kadınla, kadınların da arzu ettiği erkekle beraber yaşayıp arkadaşlık etmesine müsait değildi. Babalarımız (ateşle barut bir arada yaşamaz) derlerdi. Kadın yıllarca evinde kapandıktan sonra nihayet kısmeti çıkarsa evlenir. Ancak kocası ile temas eder, onun yüzünü görebilirdi. Bu kadını kocaya bağlıyan mühim âmillerden biridir. Modern hayatın tabiî icaplarından olarak bugün kadın ve erkek küçüklükten Tâ mektep sıralarından itibaren bir arada yaşıyor, beraber çalışıyorlar. Bu vaziyet ruhen zayıf insanların ahlâkı üzerinde menfi tesirler yapıyor. Cinsî ve şehevi hislerini tatmin için müsait zemin bulan zayıf ruhlu insanlar saadeti evlilikte aramıyorlar. Evlilik kayıtlarından ve nikâh bağından uzak kalarak serbest yaşamağı tercih ediyorlar.

İtçimai Sebepler:

İslâm dini kocaya boşanma hakkı tanımakla beraber boşanmayı ayıp telekki ettiği için dindar insanlardan teşekkül eden cemiyet boşanmayı hoş görmezdi. Evvelce karısını boşamak isdeyen bir adam cemiyetin istihfaf nazarlarını üzerinde toplamaktan çekinir. Karısı ile iyi geçinmek ,ufak defek kusurlarına göz yummak yolunu tercih ederdi. Bu gün ne yazık ki bu iyi telâkki ve görenekler tarihe karışmıştır. Şimdi boşanma ayıp değil bilâkis hak sayılıyor. Dinî ve İctimaî düşünce ve hislerden uzak yaşayan karı ve koca birbirlerinin en küçük kusurlarını affetmeyerek ilk fırsatta mahkemeye koşuyorlar.

Ailede Mütekabil Saygı Hislerinin Azalması:

Atalarımızın meşhur bir sözü vardır. Onlar kızlarını terbiye ederken (kocanı sevmezsen say) derler.Kızlarına kocaya hürmet ve itaat hislerini böyle telkin ederlermiş. Unutulan bu ata sözü ne güzel bir hakikatin ifadesidir. Aile mütekabil hürmet esasına dayanan içtimai bir müessesedir. Ailede sevgi hürmetten doğar. Evvelce kadının boşanma hakkı olmadığından kadın kocasından çekinir. Ona daima hürmet ederdi. Bu vaziyet erkeğin kadına karşı olan sevgi hislerini kuvvetlendiriyordu. Ana ve babalarımız yekdiğerlerini saydıkları için mesut olmuşlardır. Bu hakikatın yeni nesle öğretilmesi ana ve babalar için mühüm bir vazife iken bu gün ihmâl edilmektedir. Şimdi ekser kadınlarımız kocaları ile müsavat iddia ediyorlar. Kadınlarımızın bu yersiz iddiaları ve itaat hislerinin noksanlığı geçimsizliğin başlıca sebeblerinden oluyor. Serkeş karısının ukalalık-

klarına tahammül edemiyen koca isyan ediyor karısına saygı göstermiyor. Bunlar tehlikeli hastalığı doğuruyor.

Kadınlarımızın Ev Kadını Olarak Yetiştirilmemeleri:

Evvelce kadınlarımız münhasıran ev kadını olarak yetiştiriliyordu. Mükemmel bir ev kadını yetiştirilen genç kız evinin, kocasının ve çocuğunun bütün ihtiyaçlarını başarabiliyordu. Başka bir şeyle meşgul olmadığı için ev işlerini seve,seve yapıyordu. Bu günkü kızlarımızın bir çoğunda bir kadın için en lüzumlu olan bu vasıf yoktur. Kızlarımız maalesef kendilerine yakışan en güzel meşgaleyi yani ev işlerini ihmâl ediyorlar. Bunları öğrenmek istemiyorlar. Erkeklerle birlikde hariçte çalışmağı tercih ediyorlar. Tabiatın kadını ev için yarattığını bir kadının hariçte ne kadar çalışırsa çalışsın evdeki kadar kocasına ve çocuğuna ve hatta kendisine faydalı olamayacağını düşünemiyorlar. Buda ailede geçimsizliklerin ,kıskançlık hadiselerinin zuhuruna sebep olan esaslı noktalardan biridir.

Hissin mantığa galebesi:

Eski adet ve göreneklerimiz karı kocasının hayat arkadaşlarını bizzat seçmelerine müsait değildir. Koca karısını görerek intihap edemediği gibi kadında kocasını kendisi seçemezdi. İntihap ana ve babaya bırakılmıştı. Çocuklarını evlendirmek isteyen ebeveyn uzun boylu düşünüp araşdırdıktan sonra evlâtlarına istenilen vasıfları haiz bir karı veya koca seçerlerdi. İntihapta histen ziyade tecrübe ve mantık hakim olduğu için seçilen gelin veya damat ekseriya matluba muvafık çıkardı. Bu gün bu millî ananemiz değişmiştir. Evlenmelerde ana ve babanın rolü hemen hiç kalmamış gibidir. Pek haklı olarak evlenecek gençler eşlerini kendileri seçiyorlar. Fakat intihapta mantıktan ziyade hisler hakim oluyor. Toy ve tecrübesiz bir genç karşısına çıkan güzel bir kızın cazibesine kapılarak derhal evlenme kararı veriyor. Güzelliğin gelip geçici bir şey olduğunu ve evlenmede rolünün ikinci derecede bulunduğunu düşünemiyor. Halbuki aile terbiyesi, görgösü noksan ve tenbel bir kız ne kadar çekici güzel olursa olsun tecrübe görmüş bir erkek o güzelliğin cazibesine kapılmaz. Güzellik eğlenmek için evlenmek istemiyen tecrübeli bir erkeği kat'iyen aldatamaz. Aynı şeyler erkek için aksine olarak söylenebilir. Yani işsiz, sefih bir erkek ne kadar yakışıklı, genç ve cazip olursa olsun, tecrübeli, mantık sahibi bir kadını tatmin edemez.

İdeal bir koca mevki ve meslek sahibi, çalışkan ,ağır başlı kocadır. Bir gencin hayat arkadaşını bizzat seçmesinden daha tabiî bir şey olamaz. Yalnız intihapta acele etmemek seçilen eşin evsafının uzun boylu, inceden inceye tetkik etmek ve hisleri bir tarafa brakmak lâzımdır.

İhmal:

Evvelce ebeveynimiz birbirlerini ihmâl etmezlerdi. Karı kocanın yekdiğerlerini ihmâl etmemeleri aile hayatının idamesinin en lüzûmlu şartlarından biridir. Mütekabil alâka zevç ve zevceyi samimi bağlarla bağlar. Aile hayatındaki ahengi kuvvetlendirir. Karısını ihmâl eden bir kocanın ondan alâka beklemesi haksızlık olur. İhmâl edilen bir kadın kocasını ne kadar severse sevsin bu sevgi hisleri yavaş yavaş zail oldugu gibi kocasına iltifat etmeyen ,candan alâka göstermiyen bir kadının da kocası tarafından ihmâl edilmemesine imkân yoktur.

İktisadî ve Malî Sebepler:

Boşanmaların artışının en mühim sebeplerinden birisi de yaşadığımız devrin ikdisadî ve malî güçlükleridir. Eski bolluk ve ucuzluk seneleri bu gün tarihe karışmıştır. Devrimizin fevkalâde yaşama şartları karşısında hayat pahalılığı günden güne artmakta, paranın iştira kıymeti eskisine nazaran gittikçe azalmaktadır. Mevcut hayat pahalılığı karşısında bir çok aile reisleri bunalmış vaziyettedirler. Evvelce kırk lira gibi cüzi bir meblâğla geçinebilen üç nüfusluk bir aile bu gün asgarî ihtiyaçlarını temin için bu paranın üç misline muhtaçtır. Diğer taraftan iktisadî vaziyetin bozukluğu dolayısile işlerde normalın fevkinde azalmış, işsizlik artmıştır. Aile reislerinin bazıları iş bulamamakta, evinin ihtiyaçlarını karşılayamamaktadırlar. Bu halin kadınların ahvali ruhiyesi üzerindeki fena tesirleri meydandadır. Evinde çocukları ile yarı aç bir vaziyette, bin müşkilât içinde sefilâne bir hayat yaşıyan kadının kocasına isyan etmemesine imkân var mıdır? Ayni zamanda evini çocuklarını, besliyememenin kendisine verdiği derin keder ve azap içinde kıvranan sinirleri bozulan bir babadan makûl hareket beklenebilir mi? Bunlara verilecek cevaplar şüphesiz menfi olacaktır.

Boşanmaların anormal bir surette artışı hakkında hatırıma gelen sebepleri şu satırlarla hülâsa etmiş oldum. Bunlara erkeklerin işsizliğin tesirile artan kumar ve içkî iptilâları, kadınların moda, süs ve lüks merakları gibi sayir bir çok sebepleri de ilâve etmek kabildir.

Görülüyor ki boşanmaların sebepleri çok mütenevvidir. Eski anane ve göreneklerimizin ve ahlâki hilerimizin tebeddülünden iktisadî ve malî güçlüklerden doğan bu sebeplere meslek hayatında bizzat şahidi olduğum aşağıdaki misaller canlı ve kuvvetli birer delil teşkil ederler.

I — 1937 ve 1938 senelerinde boşanma dâvalarına bakan İzmir ikinci hukuk mahkemesinde çalışıyordum. Yirmi sekiz yaşlarında genç bir kadının kocası aleyhine ikame ettiği boşanma dâvasının rüyeti sırasında : Dâvacıdan zevci ile niçin geçinmediklerini sordum. Kadın şöyle cevap verdi. (Kocam iyi ve evine düşkün bir adamdır, şimdiye kadar bana iyi baktığı ve hüsnümuamele ettiği için kendisi ile pek iyi geçindik. Fakat şimdi hastalandı. Doktortar hastalığının sari ve gayri kabili tedavi olduğunu söyleyorlar. Ben bu hasta adamla yaşayıp hayatımı tehlikeye koyamam, bundan dolayı boşanmak istiyorum.)

2 — Aynı mahkemede diğer bir boşanma dâvası rüyet ediliyor, dâvacı yirmi beş yaşında genç bir amele, dâvasını şu şekilde teşrih etti. (Karımla üç senelik evliyiz, bir de çocuğum var. Kendisinden memnunum, fakat amelelikle ayda ancak on beş lira kazanıyorum. Bu para evin ihtiyaçlarına kâfi gelmiyor. Geçinebilmek için karımı da incir mağazasında çalıştırmak istediğim halde kabul etmiyor. Benim gelirimle geçinmemize imkân yoktur. Boşanmaya karar verdim. Karım genç ve güzeldir, çalışsın başının çaresine baksın, borç edip onu beslemeğe mecbur değilim. Üç sene evvel cahillik ederek düşünmeden evlendim.)

3 — Başka bir dâvada dâvacı orta yaşlı bir kadın, kocası da öyle, on iki senedir evlidirler. Müşterek üç çocukları var, ikiside boşanma istiyorlar. Sebep olarak ileri sürülen şiddetli geçimsizlik, neden geçinmediklerini kadın bakınız nasıl anlattı. (Kocam zengin fakat hasis bir tüccardır. Vaktı hali müsait olduğu halde eve hizmetçi tutmuyor. Üç çocukla beni eve kapattı. Sinama ve balolara götürmüyor. Komşulara gidecek vaktim yok. Hizmetçimiyim, çocuk dadısımı, yoksa ev hanımı mı, on iki senedir bir türlü anlıyamadım.

Artık tahammülüm kalmadı, bıktım, usandım, mahkemeye müracaata mecbur kaldım. Çocukları da evi de onun olsun.)

Kocanın karısına verdiği cevapta şu mealde: (Karımın söyledikleri yalan, ben zengin değil, orta halli bir adamım, kazancım evimin ve çocuklarımın ihtiyaçlarını zorlukla karşılıyor. Ayda yirmi lira hizmetçi parası nasıl veririm, karım tembel, ev işlerini yapmak istemiyor. Aynı zamanda gözü dışarda, onun için geçinemiyoruz, ne yediğimizin hayrı ne de evin tadı var. Çocuklarım sefil ve bakımsız, hayatımız cehennem azabı, bizi boşayarak bu azaptan kurtarınız.)

4 — Diğer bir dâvaya bakılıyor. Dâvacı on sekiz yaşlarında güzelce ateşli bir kızcağız. Koca yaşlı ve çirkince, dâvacı derdini anlatmağa başladı. (Ben genç bir kızım. Kocam ihtiyar benim dengim değil Üç ay evvel evlendik. Kocam evlenirken bana zengin olduğunu söylediği, altın bilezik ve ipekli elbiseler alacağını vadettiği halde vadinde durmadı. Ben onunla parası ve rahat yaşamak için evlenmiştim. Madem ki, sözünde durmıyor, boşasın. Ben de başımın çaresine bakayım.)

Bu tipik misaller gösteriyor ki boşanmaların artmasına sebep olan illet bünyevi ve marazidir. Benliğimizi saran böyle, bir afetin yeni kanun ve nizamlarla önüne geçilemiyeceği bedihidir.

Kocasının hastalığını boşanma sebebi sayan, her türlü insanî hislerden tecerrüt ederek onu kara günde yalnız bırakan, karısına bakamadığı için biçareyi boşamak isteyen, ev işlerini külfet addeden ve basit bir hizmetçi mes'elesi yüzünden on iki senelik aile yuvasını yıkmakta tereddüt etmiyen, bilezik almak hakkındaki vadinde durmayan ihtiyar kocasından nefret ettiğini gizlemeyen düşüncesi kıt insanlardan ne beklenebilir? Fertlerinin bir kısmında bu zihniyet hâkim olan bir cemiyette aile hayatının sağlam, nikâh bağının kuvvetli olmasına imkân varmıdır? Çıkaracağımız yeni nizamlar boşanmanın artmasına mani olabilir mi? Şüphesiz ki hayır. O halde bu hastalığı giderebilmek için ne yapmalıyız. Hastalığı doğuran mikroplar keşfedilince tedavisi tabiatile kolaylaşır. Fakat bazı hastalıklar da vardır ki fen bunların tamamen tedavisinden izharı acz etmiştir.

Fikrime göre ictimaî bir hastalık olan boşanma da bu çeşit dertlerdendir. Temamen önlenebilmesi pek müşküldür. Ancak kısmen tedavi edilebilir. Tedavi şekline gelince : Hastaya teşhise göre ilâç vermek lâzımdır. İlacı ise ancak mutahassıslar verebilir. Bu hususta htisas sahibi olmadığım için kati bir şey söyleyemiyeceğim. Yalnız

burada düşünebildiğim tetbirleri, kayd ederek yazımı bitireceğim.

Millî şefimizin işaret buyurdukları gibi gençlerimizi okuturken ilim kadar ahlâka da ehemmiyet verelim. Cemaat içinde yaşayan fertlerin ahlâkî ve içtimaî hislerini kuvvetlendirelim. Kadınlarımızı imkân nisbetinde eve bağlıyalım. Kızlarımızı her şeyden ziyade ev kadını olarak yetiştirelim. Süs, Lüks, Kumar ve israftan sakınalım. İktisadî bünyemizi takviye edelim. Ailede karşılıklı hürmet ve itaat hislerini gençlerimize aşılıyalım. Onlara hayat arkadaşlarını seçerken acele etmemelerini, titiz hareket etmelerini, histen ziyade mantığa ehemmiyet vermelerini tavsiye delim. Boşanmaları kısmen olsun önlemiş oluruz.

No: 64

Köy kanunu ve diğer kanunlar muvacehesinde muhtarların vaziyeti

Yazan : Tavşanlı Hâkim muavini
Galip Bilge

Türkiye nüfusunun dörtte üçünü köylüler teşkil etmektedir. Devlet mukadderatını elinde bulunduran büyük şahsiyetler hariç olmak üzere hiç bir memur hiç bir teşekkül köy muhtarları kadar mütenevvi ve ağır vazifeleri omuzlarına yüklenmiş değildir.

Bu itibarla büyük bir kütlenin içtimaî durumuna müessir olması bakımından köy muhtarlarının vazifelerinin tetkiki, mevzuun ehemmiyetini tavzih etmiş olacaktır.

Köy dâvası, millî dâvamız olduğuna göre biz bu yazımızla muhtelif kanunların muhtarlara tahmil ettiği vazifeleri ve neticelerini irae ederken bu dâvada yapılması gereken işlerde yeni ve faydalı bir haberci olacağımıza kaniiz, filhakika, köy dâvası üzerinde çok kıymetli yazılar yazıldı. Fakat köy muhtarlarının vazifelerinin neden ibaret bulunduğu toplu bir şekilde tesbit edilmediği gibi bu mevzu üzerinde şimdiye kadar mütalâa da beyan edilmedi.

Köyü ilgilendiren hususî ve umumî her kanun köy ihtiyar meclisine ve dolayısile köy muhtarlarına bir çok vazifeler tahmil etmektedir. Biz bu yeni mevzu üzerinde yalnız doğrudan doğruya ve şahsan köy muhtarının kanun ve nizamnamelerin sarahaten tevcih eylediği vazifelerle bunların kısmen neticelerinden bahsedeceğiz.

1 — KÖY KANUNUNA GÖRE:

Muhtarın göreceği işler devlet işleri, köy işleri olmak üzere ikiye ayrılır.

Devlet işleri : A — Hükümet tarafından bildirilecek kanunları, nizamları köy içinde ilân etmek ve halka anlatmak ve kanunlar, nizamlar, talimatlar, emirler ile kendisine verilecek işleri görmek;

B — Köyün içinde dirlik ve düzenliği korumak (asayişi korumak);

C — Salgın ve bulaşık hastalıkları, günü gününe hükümete haber vermek;

D — Hekim olmıyanların ve üfürükçülerin hastalara ilâç yapma-

sını menetmek ve hükümete haber vermek,

E — Köylünün çiçek ve bulaşık hastalıklar aşısı ile aşılanıp hastalıktan kurtulmasına çalışmak;

F — Köye gelip gidenlerin niçin gelip gitmekte olduklarını anlamak ve bunlar içinde şüpheli adamlar veyahud ecnebiler görülürse hemen yakın karakola haber vermek;

G — Her ay içinde köyde doğan, ölen, nikâhlanan ve boşananların defterlerini yapıp ertesi ayın onuncu gününden evvel nüfus memuruna vermek ve köyün nüfus defterini birlikte götürerek vukuatı yürüttürmek;

H — Vergi toplamak için gelen tahsildarlara yol göstermek, yardım etmek, ve tahsildarların yolsuzluğunu görürse hükümete haber vermek;

İ — Asker toplamak ve bakaya ve kaçakları hükümete haber vermek;

J — Köy civarında eşkiya görürse hükümete haber vermek ve elinden gelirse tutturmak;

K — köylünün ırzına ve canına ve malına el uzatan ve hükümet kanunlarını dinlemiyen kimseleri köy korucuları ve gönüllü korucularla yakalattırarak, hükümete haber göndermek;

L — Köy sınırları içinde yangın ve sel olursa köylüleri toplayıp söndürmeğe ve çevirmeğe çalışmak (Orman yangınlarında sınırdan dışarı olsa dahi yardıma mecburdurlar);

M — Mahkemelerden gönderilen celpname ve her türlü tezkere ve hükümleri lâzım gelenlere bildirerek istenilen işleri yapmak ve mahkeme mübaşirlerine ve jandarmaya vazifesinde kolaylık göstermek;

N — İhzar ve tevkif müzekkereleri (bazı adamların kanun namına tutulmasını emreden mahkeme kâğıdı) gösterildikte aranılan kimseleri kâğıdı getirenlere tutturmak;

O — Zarar görenlerin şikâyeti ve bilip eşitenlerin haber vermesi üzerine sorup araştırmak;

T — Köy kanununda ismi geçen dâvaları ihtiyar meclisine söyleyip hükmünü almak;

Köy işleri: A — Köyün mecburi işlerini (ki bu köy kanununun 13 üncü maddesinde 37 fıkrayı havi köyün sıhhatine, ziraatine, yo

larının, maarifine ve kalkınmasına .... ait işlerdir.) ihtiyar meclisile görüşerek yapmak ve yaptırmak ;

B — Köylünün isteğine bağlı işlerin (ki bu köy kanununun 14 üncü maddesinde 31 fıkrayı havi köyün istihsalâtına, hayvanlarına ve sporlarına, hususiyetine .... ait işlerdir.) yapılabilmesi için köylülere öğüt vermek ;

C — İhtiyar meclisince görüşdükten sonra köylüyü işe çağırmak;

D — İhtiyar meclisi kararı ile köy işlerine harcanacak parayı toplamak ;

E — Köy işlerine harcanacak parayı topladıktan sonra harcamak için emir vermek ;

F — Bir ay içinde nerelere ve ne kadar para harcamış ise gelecek aybaşında hesabatını ihtiyar meclisine vermek ;

G — Köy işlerinde hem dâvacı, hem hasım olarak mahkemede bulunmak ve isterse mahkemeye diğer birini yerine (vekil) göndermektir; bunlardan başka müteferrik işlerle birlikte yeni muhtar ve ihtiyar meclisi âzalarının seçilmesini yapmak muhtarın vazifesidir.

II DİĞER KANUNLARA GÖRE :

1 — Vefat vukuunda müteveffanın ve pederinin ismini ve müteehhil olup olmadığını, zevcesini, sanatını ve sebebi vefatını mübeyyin usulü dairesinde bir ilmühaber tanzimile mahali nüfus idaresine vermeğe muhtarlar mecburdur.

(26/ağustos/330 tarihli sicilli nüfus kanunu)

2 — Muhtarlar, kendilerine haber verilen gizli nüfusları, kayıtsız evlenmeleri, silinmemiş ölümleri ve gaipleri bir makbuz mukabilinde kaymakam veyahud valilere bildirmeğe mecburdurlar.

(Gizli nüfusların yazımı hakkında No: 2576 ve 15/7/934 tarihli K.)

3 — Her muhtar kendi soy adı mıntıkasında bulunan yerlileri yerli ve yabancıları yabancı soy adı defderine yazmakla ve yazarken önce başkası tarafından alınmış olan adları bir başkası için de yazmamağa mecburdur.

(No: 2525 sayı ve 2/7/934 tarihli soy adı kanunu ve talimatnamesi)

162

4 — Evlenme köylerde muhtarlar tarafından yapılır.

(Kanunu medeni ve evlenme talimatnamesi)

5 - Köylerde kinin tevziatı muhtarlar vasıtasile icra olunur.

(Sıtmalı mahallerde fukarayı ahaliye ve zürraa meccanen kinin tevzii hakkında nizamname 16/mayıs/329 tarih)

6 — Bulaşık ve salgın hayvan hastalığı kendisine haber verilen muhtar 24 saat içinde mahallin en büyük mülkiye memuruna veya baytarına haber vermekle mükellefdir. (3/5/938 tarih ve 1234 sayılı hayvan sağlık zabitası hakkındaki kanun 9 ve 64 üncü maddeleri)

7 — Köy sandıklarından hizmet mukabili yapılan tediyelerde devlet bütçesinden yapılan tediyeler gibi vergiye tabi olup bu kabil tevkifatın yapıldığı tarihden itibaren nihayet bir hafta zarfında bir müzekkere ile mâl sandığına yatırmağa köy muhtarları macburdur. Muvazene ve buhran ve hava kuvvetlerine yardım vergileri de aynı mecburiyete tabidir. Vergi tevkifatı yapılmadığı ve yapılupda bir hafta zarfında mâl sandığına teslim edilmediği takdirde bunu muhtarlar yüzde on zammile ödemeğe mecburdurlar.

(2395 sayılı kazanç vergisi kanunun 28 inci maddesi)

8 — Her köy muhtarı her ayın on beşine kadar geçen ay zarfında kendi köylerinden vefat edenleri mensup oldukları varidat idaresine bildirmeğe mecburdurlar.

(1836 sayılı veraset ve intikal vergisi kanununun 32 inci maddesi.)

9 - Devlet alacaklarından tahsilleri tahsili emval kanununa tabi olanlarından eşyayı beytiye ve emvali menkule haciz ve satış muameleri köylerde muhtar ve ihtiyar meclisleri tarafından yapılır.

(1325 tarihli tahsili emval kanununun 11 inci maddesi.)

10 — İptidaî tedrise tabi olup velileri tarafından bildirilmiyen çocukları muhtarlar mekâtibi iptidaiyei umumiyeden birisine kayd ettirmeğe ve keyfiyeti velisine ihbara mecburdur.

(23/eylul/329 tarihli tedrisatı iptidaiye K.)

11 — Bilâ sebeb hayvan ilmühaberi vermekde teallül eden muhtarlar ceza kanununa göre tecziye olunur.

(6/nisan/1329 tarihli hayvan sirkatinin meni hakkında K.)

12 — « Milli müdafaa mükellefiyeti tâli komsiyonu» nun köylerde muhtar azasından olacakdır.

163

(16/haziran/1939 tarih ve 3634 sayılı milli müdafaa mükellefiyeti kanunu.)

13 — Orman suçlarından dolayı tutulan ağaç, tomruk, kereste, mahrukat ve sair mahsulat ile nakil vasıtaları kendisine teslim edildiği takdirde muhtar makbuz mukabilinde tesellüme mecburdur.

(25/6/938 tarih ve 3444 sayılı orman. K. na ek kanun)

14 — Tütün ekimine müsaade edilen yerlerde anbara getirilen tütünlerin yabancı maddelerle karışdırılmış veya ıslatılmış olduğu takdirde yapılan zabıt varakasını köy muhtarı tebellüğe mecburdur ki bu tebellüğ sahibine tebliğ makamına kaim olur.

(25/haziran/938 tarih ve 3437 sayılı tütün v e tütün inhisar K.)

15 — Köylerde bulunan arazi için köy muhtarları tadilât komsiyonunun âzalarından olacaktır.

(7/şubat/939 tarih ve 3585 sayılı arazi vergisi kanununun bazı hükümlerinin değiştirilmesi hakkında kanun)

16 — Köylerde arazi tahriri ve kıymetlendirilmesinde tahmin komisyonunda köy muhtarı âza olacakdır.

(31/1/936 tarih ve 2901 sayılı arazi tahrir kanunu)

17 — Gayri menkullerin tescilinde o gayri menkul köye ait ise buna muhtar salâhiyettar ve vazifedardır.

(29/12/934 tarih ve 2644 sayılı tapu kanunu. M. I)

18 — Ne mıkdar öldürüleceği hükümeti mahalliyece tayin ve ilân olunan muzir hayvanları muhtarlar öldürmeğe ve öldürtmeğe mecburdur. Bu hayvanların talep halinde yapdığı zararları tahkik ile mükelleftirler. Bu kanuna riayet etmiyenlere verilecek para cezasını taksim ve tahsile mcburdurlar.

(29/12/1339 tarih ve 393 sayılı muzir hayvanların itlâfı hakkında kanun)

19 — Müstevli olmıyan mahallerde çekirge zuhur ettiği veya tohum buraktığı meşhud olduğu anda keyfiyeti derhâl hükümete ihbar ve mevkilerini irae etmeğe muhtarlar mecburdur. Bu vazifeyi ademi ifa halinde kendilerinden 1500 kuruş cezayı nakdi alınır.

(16/haziran/1926 tarih ve 858 sayılı çekirge kanunu)

1624

20 — Tarla, bağ, bahçe, fidelik ve fıdanlık ve buna benzer sahibli topraklarda her hangi bir hastalık veya zararlı bir böcek görülürse bunu haber alan muhtar ziraat veya mücadele idarelerine tahriren bildirmeğe mecburdur. Bu mecburiyeti yapmazsa 5 liradan 50 liraya kadar hafif para cezası veya 3 günden bir aya kadar hafif hapis cezasile cezalandırılır.

(5/ Şubat/936 tarih ve 2906 sayılı nebatları hastalık ve zararlı böceklerden koruma kanunu)

21 — Türkiye dahilinde yetişdirilen pamuk mahsulüne her hangi bir haşere veya sari bir hastalık zuhurunda mücadele komsiyonlarınca tatbik edilecek tedabire muhalif hareket edenleri ihbar ile muhtarlar mükelleftirler.

(25/1/1341 tarih ve 541 sayılı pamuklara arız olan haşarat ve emrazın imha ve tedavisi ve tohumlarının ıslâhı hakkında K.)

22 — Kara avcılığı kanununa muhalif hareket edenleri muhtarlar zabıt varakası ile tesbit etmeğe mecburdur.

(13/Mayıs/1937 tarih ve 3167 sayılı kara avcılığı kanunu)

23 — Millî korunma kanununa göre köylerde yapılan aramalarda muhtarlar hazır bulunacaktır.

(4156 sayı ve 23/12/941 tarihli kanuna muaddel millî korunma kanunun 55—3 üncü maddesi)

24 — Veteriner sağlık raporu ve sürek cüzdanı olmıyan erkek ve dişi sığır ve mandalarla bunların derilerinin sevk ve nakilleri memnu olduğundan köy muhtarları bu vesikaları aramakla mükelleftirler.

(4180 Sayılı kanunla muaddel millî korunma kanununun 21 inci maddesine müsteniden neşrolunan 240 sayılı koordinasyon kararı)

25 — Muhtarlar kendilerine iş mükellefiyeti tahmil edilmiş olanları her ayın son günü mürettep oldukları ocaklara bizzat getirmeğe mecburdurlar.

(Millî korunma kanununun 9 uncu maddesine müsteniden neşrolunan 220 sayılı icra vekilleri kararına teb'an neşredilen talimatnamenin 5 inci maddesi) VS.....

III — NETİCE :

Bütün bu vazife ve mesuliyetlere göre muhtar köyünde kazai salâhiyeti haiz bir hâkim, kanun dairesinde emir ve kumanda eden bir Lider bir nüfus memuru, bir doktor ve bir kelime ile Her şeydir...

Acaba köy muhtarları bu vazifelerini temamile yapabiliyorlar mı? Bu suale vücudu beşerin kudreti ve fiili vaziyet göz önüne alınırsa müsbet cevap vermek kabil değildir. Bu ağır ve çeşitli vazifeler ifa edilemediği gibi köyün en temiz, en asîl delikanlıları, bu vazifeleri seve seve kabul edüp muhtar oldukdan pek az zaman sonra İhmal, vazifei süiistimâl, Zimmet.... gibi suçlarla maznun olarak mahkemelere sevk edilmekde şu veya bu şekilde lekelenmektedirler. Ve köyler de muhtar olmak şerefi gittikçe bir külfet ve angarye şekline inkilap ediyor. Şu hâle göre acaba şerefi, itibarı yerindedir deye bütün bir köy halkının teveccühünü kazanup muhtar olarak intihap edilen şahısların cümlesi fena yaradılışlı insanlar mıdır.? Bunu böyle düşünmek asgari manasile haksızlık olur. Şu halde bu neticenin amillerini başka hadiselerde aramak lâzımdır.

Küçük bir tahlil bizi her başaramadığımız işde bir düşman gibi karşımıza çıkan MAARİFSİZLİĞİ ezmek, muhtarlara muhtelif şekil ve suretlerle vazifelerini öğretme zaruretile karşılaştırdığı gibi onlara bir vazife tahmil ederken umumiyetle cahil olduklarını, çok ağır ve çeşitli vazifeleri bulunduğunu ve yüklerini hafifletecek teşkilatların vücuduna ihtiyaç hasıl olduğunu da düşünmek icabeltiğini açıkça göstermektedir.

Kaatimizce meskûr amilleri ref etmekle Türk köylüsü hakiki şahsiyetini bulacak ve binnetice millî kalkınmamız daha hızla ilerliyecektir.

166

NO: 65

Bazı Tabiî Borçlar Hakkında

Yazan:
Dr. K. Fikret Arık

Plân: A — *MAKSAT*

B — MÜRURU ZAMANA UĞRAYAN BORÇLAR:

1 — ALMAN HUKUKUNDA MÜRURU ZAMANA UĞRAYAN BORÇ:

1 — Defin dermeyanından önce

2 — Defin dermeyanından sonra

III — Fransız hukukunda

IV — İsviçre hukukunda

C — KONKORDATONUN BORÇLARA TESİRİ

I — Alman hukukunda

II — İsviçre hukukunda

A — MAKSAT: Müruru zamana uğrayan borçların kesreti, kanunun müruru zamana uğrayan borç hakkında kabul ettiği hususî rejim, müruru zamana müteallik hükümlerin vüs'atı, müruru zamana uğrayan borç meselesini nazariyatta en ziyade alâkayı çeken kanunlardan birisi haline getirmiştir.

İsviçre ve Türk hukuku bakımından meselenin tahliline girişmezden önce batı hukukunun başlıca iki kutbu olan Alman ve Fransız hukukları zaviyesinden serdedilen mütalâaları kısaca gözden geçirmek faydalı olacaktır.

I — ALMAN MEDENİ KANUNUNDA:

Alman medenî kanunu müruru zamana hemen hemen 30 madde

tahsis etmektedir (194 — 225 maddeler). Bu kanunun kabul ettiği sistem pek çok münakaşâlara sebeb oldu. Bu hususdaki münakaşaların mübhemiyeti üç amilden mütevellittir: Alacağın tetkiki için müellifin kabul ettiği an bakımından duyulan tereddüt, müruru zamana atfedilen defi mefhumunun gayri vazih oluşu; tabiî borç hakkındaki telâkkilerin başkalığı.

İleri sürülen fikirleri daha iyi hülâsa edebilmek için, müruru zamana tâbi borç münasebetini iki safhaya ayırmak lâzımdır:

I — Müruru zaman müddetinin dolduğu an ile, borçlunun müruru zaman defini ileri sürdüğü an arasındaki saf'ha.

Bu saf'hada hukukî durum haylı karışıktır. Her şeyden önce, BGB nin (Alman medenî kanunun) 194 üncü maddesine göre müruru zaman bizzat hukukî münasebete değil,lâkin mütalebe hakkına (Anspruch, Prétention) taalluk ettiğini tasrih etmek gereklidir. BGB nin 222 inci maddesi müruru zamanın başlıca hükmünün ne olduğunu tasrih ediyor: *müruru zaman borçluya edada bulunmaktan istinkâf salâhiyetini verir.* (Alman kanunu defi mefhumunu izah için umumiyetle bu tabiri kullanır.) Müelliflere göre burada mevzuubahsolan, borç münasebetinden doğan hususî bir salâhiyettir. Nazariyatta hakim olan görüşe bu salâhiyet yapıcı bir hak (un droit formateur) değil, lâkin hususî mahiyeti haiz bir katî defidir.

Bu salâhiyetin borç üzerinde haiz olduğu tesir hakkında fikirler arasında ihtilâf vardır.

Bazı müelliflere göre, muayyen müruru zaman müddeti geçmekle borçlu, aleyhine tevcih edilen bir dâvayı felce uğratmak imkânını kazanır; borçlunun borcu mesuliyet unsurundan sıyrılmış bir borç haline gelir. Bu düşünüş tarzı bugün umumiyetle terk edilmiştir.

Müruru zamanın tahakkuku ile borcun *iktisadî* değerini kaybettiği pek açık bir şeydir. Lâkin *hukukî* bakımdan vaziyet başkadır. Borçlu aleyhine dâva açmak her zaman kabildir; eğer mesuliyet unsuru ortadan kalksaydı hâkimin bu hususu resen nazara alması için hiç bir sebep mevcut olmazdı. Borçlunun mesuliyetin ortadan kalkdığını iddiadan feragat ederek borca tam bir müessiriyet verebilmesi de pek izah edilememektedir. Hakikatte bu görüş müruru zamanı bir hak değil, bir itiraz, bir hukukî vaka saymaktadır.

Bilâkis bugükü müelliflerin böyük ekseriyetine göre, müruru zaman müddetinin tahakkuku, mevcut bir borcun mahiyetini tebdil

etmez. sadece borçlu lehine bir defi tevlit eder. (Edadan istinkâf hakkı) , edadan temamile ayrı bir şeydir; edanın mahiyetini değiştirmez, alacaklının haiz olduğu talep hakkı, borçlunun bu mütalebeyi rettetmek imkânına malik olduğundan dolayı sükut etmiş değildir: netekim silâhla tehdid edilen şahsın kendisini müdafa edecek bir vasıtaya malik olması, bu silâhın silâh olmaktan çıkması neticesini vermez. Şu halde, müruru zaman müddetinin dolduğu an ile borçlunun defi ileri sürdüğü an arasındaki devrede müruru zamana uğramış alacak tam bir alacak mahiyetindedir.

2 — Borçlunun defi hakkını istimal etmesinden sonra hasıl olan safha:

Bütün müelliflerin fikrince bu andan itibaren mevcut borç münasebeti yeni bir mahiyet kazanır. Fakat borçlunun defi hakkını istimal etmesi ne demektir? Bu hususta müellifler arasında ihtilâf vardır. Bazılarına göre dâva esnasında dermeyan edilmelidir, bazılarına göre mahkeme haricinde müruru zamanı ileri sürmek kâfidir. Bazılarına göre de, müruru zaman definin katî hükümle kabul edilmesi lâzımdır. Müelliflerin ekserisi ikinci, fikri tercih etmektedirler.

Mevcut borçta vukua gelen tebeddülün şümul ve mahiyeti hakkında münakaşa edilmektedir:

Bugün doktirinde hâkim olan bir fikir cereyanına göre müruru zaman pek mahdut bir tesiri haizdir. (Schwächere wirkung der Verjährung):

Defi hakkı, mevcut hukukî rabıtayı olduğu gibi bırakır. Hattâ mütalebe hakkını dahi itfa etmez, sadece bu hakkı felce uğratır. (Oertmann. p. 717, — 222 p. 776; Enneccerus II, p. 14).

Bu hukukçuların ekseriyetinin mütalâasına göre, müruru zamana uğramış borç tabiî bir borçtur. Çünkü, aşağıda zikredilecek sebepler müruru zamana rağmen, borcun mevcudiyetini kabul ettiriyorlar. Yine bu müelliflerin kanâatine göre, dâva esnasında dermeyan ettikten sonra dahi borçlu müruru zamandan fergat edebilir ve müruru zaman hiç bir zaman hâkim tarafından re'sen nazara alınmaz.

Diğer bazı müelliflere göre müruru zaman daha müessir hükümler hâsıl eder (Stärkere Wirkung der verjahrung). Hukukî rabıtaya halel vermemekle beraber mütalebe hakkını itfa etmek neticesini haizdir. hukukî rabıtaya gelince, mesuliyetten âri bir borç halini alır.

Bu iddianın başlıca mesnedi yapılan edanın istirdadı hususundaki imkânsızlık (222, B G B), evvelce tesis edilen rehinlerin mahfuziyeti (223, B G B), borcu tanımanın muteber oluşudur. (Bu deillerin tam izahı için bakınız : Enneccerus : 1, P.722)

Bazı nadir müelliflere göre müruru zaman definin katî şekilde muzaffer olduğu an yani bu hususta katî bir hüküm verilinceye kadar borç tamamen baki kalır ; lâkin bu andan itibaren gerek borç münasebeti, gerek bu münasebetten doğan borç katî bir defin (exception péremptoire) hâsıl ettiği neticeye müşabih olarak tamamen itfa edilir. Müruru zaman katî defiden şu noktada ayrılır: hakkaniyet mülâhazasile, kanun, dâvasını kaybeden alacaklıya bir iktisap sebebi (un titre d'acquisition) tanımaktadır. Bu müelliflere göre, katî bir defin istimalinden sonra hukukî rabıtanın baki kaldığı hakkında bir faraziyeye müracaat etmeksizin dahi bu mülâhaza ile müruru zamaan uğramış bir borcun bütün neticelerini izah mümkündür.

II — Fransız kukuku : Fransız medenî kanunu, müruru zaman namı altında pek muhtelif müesseseleri (2281 – 2219) toplamaktadır. Bizi alâkadar eden iskâtî müruru zaman 1219 ve 1234 üncü maddelerin mezcinden hâsıl olan esasa göre tanzim edilmiştir. Lâkin borçların sukut sebeplerinden olan bu müessesenin mahiyeti tasrih edilmemiştir. ve şarihler bu hususta pek müteredditlirler. Bazı şarihlere göre müruru zaman yalnız dâvaya taalluk eder. (Bakınız : fransız medeni kanunu, madde 2262. şu müelliflere bakınız, II, Planiol et Ripert: Taraite' elementaire, II, sahife, 690; Aubry et Rau, cilt XII. sahife 565). Diğer bazı müelliflere göre, 1234 üncü maddenin lâfzına göre, bizzat hak mururu zamana uğrar (bakınız : Baudry — Lacantinerie et Barde, XIII. P; 690). Bununla beraber her iki noktayı nazara göre de, eski borç münasebeti yerine tabiî bir borç kaim olur ; bu hal, müruru zamana uğrayan alacağın şu hükümleri doğurmasına sebep olur: defiden feragat imkânı, sarih bir surette dermeyan zarureti, müruru zamana uğrayan borcun istirdadı hakkındaki imkânsızlık, takas ve tecdit imkânlarının mevcudiyeti.

Kısmen Fransız kısmen, Alman müelliflerinin tesirine mâruz kalan İtalyan müelliflerinin hemen hepsi de müruru zamana uğrayan bir borçta mesuliyet unsurundan sıyrılmış, tabiî bir borç mahiyeti görmektedirler. (Bakınız: Y. Pelet: La theorie dualiste de l'obligation, S. 166 den naklen.)

IV — *İsviçre hukukunda.*

İncelememizin konusunu teşkil eden esaslar İsviçre borçlar ka

nununun 127 –142 inci (bizde 125 — 140) maddeler ile tanzim edilmiştir. Biraz önce tetkik ettiğimiz kanunların hilâfına olarak, İsviçre kanunu, iskatî müruru zamanı, zaman geçiminin sair hukukî neticelerinden ayırmış, borçların sukut sebepleri içine ithal etmiştir. Lâkin tarif vermeme metoduna sâdık kalarak iskâtî müruru zamanı tarif etmemiştir. İsviçre müellifleri Alaman ve İsviçre kanunları arasındaki benzerlik tesirile, Alman nazariyatını yakından takibetmektedirler. Bununla beraber, Alman müellifleri arasında hüküm süren münakaşalara girişmekten bilhassa çekinmektedirler. İsviçre doktirini tarafından tavsiye edilen esas, ilk bakışta pek basittir: Müruru zaman teknik mânasile, bir katî defi (exception péremptire) yani mevcut bir hukukî vaziyete nihayet veren inşaî bir hakka pek müşabih olan ve borçluya edada bulunmaktan istinkâf salâhiyeti veren bir menfi hak (un droit négatoire) dır. (Bakınız; Von Tuhr, sahife 13;22–27;61, Oser, Vorbem. 45, 46 od art 1 – 67.)

Lâkin kanun, müruru zamana uğrayan borca oyun ve bahisten doğan borcun haiz olduğu hükümlerden daha çok hükümler tahsis etmektedir. Demek ki müruru zamana uğrayan borç eksik bir borç (une obligationi ncomplète) dır. (Fick, giriş, not 3 ; no. 37 ad arrt. 127 ; Oser, Vorbem. 60 ad art. 1—67; Vorbem. 6 ad 127 – 142 ; Bem. I ad. 142; v. Tuhr P. 30; P. 375; P. 620.)

İsviçre hukuku bakımından hâsıl ettiği neticeleri iyi kavrıyabilmek için, müruru zaman müddetinin dolduğu anla borçlunun defini kullandığı an arasında mahsur safhayı borçlunun defini kullandığı andan itibaren başlıyan safhadan ayırmak lâzımdır :

I — Müruru zaman müddetinin dolduğu anla borçlunun defini kullandığı an arasında mahsur safha:

Bazı müelliflere göre bu safhada esas borç münasebeti sadece kanunî mururu zaman müddetinin geçmesile sönmüş, felce uğramıştır (Meselâ bakınız: Fick, 500 üncü madde şerhi, numara 24; Von Tuhr, bu hususta açık bir fikir beyan etmemektedir: sah. 30, 81 sah. 620). Bazı müelliflerin kanaatince esas borç münasebeti defi hakkının istimali anına kadar hiç bir değişmeye mâruz kalmaz. (Oser, not, 2 ad art 142; Fick, not 7 ad art 142). Defi hakkının mutat tarifine göre yalnız bu ikinci görüşün haklı olduğu meydandadır: Defi hakkının doğuşu değil, istimalidirki eski, mukaddem hakkı tadil eder. Demek oluyorki müru ru zamana uğrayan borç nazarı itibare aldığımız safhada mutat neticeleri hâsıl edebilen, tam (complète) bir borçtur. Şimdi varlığımız bu neticenin müsbet hukuk bakımından doğru olup olmadığını araştıralım :

1 — Bu safhada bulunan bir borca istinaden açılan bir dâva dinlenir: Hâkim müruru zaman meselesini re'sen tetkik edemez. (Oser, not 2 ad 142 ; Fick, not, 7 ad art 142). Borçlunun sükûtu, defi hakkından feragatine muadildir. (Oser No. 3 ad 141. Von Tuhr bu mütalâada değildir. sah. 619. N. 38)

2 — Borçlu, bir taraflı bir beyanla veya iradeyi açığa vuran muamelelerle (actes concluants) müruru zamandan feragat edebilir. Demek oluyorki feragat, değişmiş bir alacağa eski ve ilk tesirini iade etmek gayesini gütmez. Filhakika değişmiş bir borcu diriltmek için alacaklı ile borçlu arasında bir yeni mukavelenin yapmak lâzım gelirdi.

3 — Tediye ve buna benzer sair temlikî muameleler (actes d'attribution) *muteberdir.* Von Tuhr bu vakayı borçlunun ret hakkının sukutu ile izah eder: «borçlu müruru zaman definde bulunmaksızın borcu tediye ederse ... müruru zaman defini kaybeder.» Bunun sebebi feragatte bulunması değil, fakat edadan istinkâf hususunda son anı geçirmiş olmasıdır. Şu halde borçlunun müruru zamana vakıf olması ehemmiyeti haiz değildir. (sah. 619, no. 38). Cari kanaate göre bir tefrik yapmak lâzımdır: Borçlu edayı ifa ettiği anda müruru zaman müddetinin dolduğuna vakıf idi ise defiden feragat etmiş sayılır (Oser, not, 4 ad Art 141); eğer müruru zamana vakıf değil idi ise, durum başkalaşır: borçlunun katî bir defi ile himaye edildiği hallerde borcu yok saymak gerekirdi. Bununla beraber, müruru zamana uğrayan borç tabiî bir borç olduğundan yapılan edayı Bk.62/2 gereğince istirdat imkânı kalmaz. (V. Tuhr sah. 47). Bir başka ve fikrimizce doğru olan kanaate göre, hata meselesi nazara alınmaksızın tediye muteberdir, denebilir. Zira tediye, mevcut bir borcun ifasıdır. Tediye mevcut bu borcu itfa eder. Ve aynı zamanda defi hakkını sukut ettirir. Filhakika defi hakkı bir ifadan istinkâf hakkı (un droit négatoire) olarak tarif edildiğine göre böyle bir hakkın mevcudiyeti borçluya karşı bir mütalebe hakkı mevcut olduğunu gösterir. (Bakınız V. Tuhr, sah. 25—26).

4 — Üçüncü bir şahıs tarafından yapılan bir eda dahi aynı kaidelere tabidir. (Von Tuhr tarafından eserinin 621 inci sahifesinin 47 inci notunda teklif edilen hal şekli, hakkaniyet ve nisfete uygundur: Filhakika bu müellif, üçüncü bir şahıs tarafından yapılan edanın geri alınabilmesi meselesini borcu ödeyen kimsenin — vekâlet veya herhangi bir sebeple — borçlunun bir rücu hakkı olup olmaması bakımından tetkik ediyor eğer rücu hakkı varsa istirdat edemez; çünkü müruru zamana rağmen alacaklı borçlunun mameleki

üzerinden tatmin edilmiş olacağından kanun vazıının istediği netice elde edilmiş olur. Üçüncü şahıs müruru zamana uğramış borcu ödemekle vekâleti olmadan başkası hesabına hareket etmiş ise, (ki bu takdirde rücu hakkı yoktur. B. K. 413) verdiğini condictio indebiti ye dayanarak istirdat edebilir. Fakat bu hal şekli mantıkî değildir, zira her iki halde de mevcut bir borç eda edilmiştir; rücu hakkı olup olmamasına göre tediyede bulunan üçüncü şahsa ayrı hükümler tatbik etmek mümkün değildir.

5 — İlletten mücerret olsun olmaşın, borcun tanınması (borcun ikrarı 17 BK,) mümkündür ve bu tanıma defi hakkından feragati tazammun eder. Borçlu borcu tanıma esnasında müruru zamanın tahakkuk ettiğine vakıf değil idi ise tediye münasebetile vardığımız neticeyi aynen tatbik etmek kabilmidir? Zannetmiyoruz. Bu takdirde feragat Borçlar kanunun 24 üncü maddesi mucibince iptal edilebilir. Diğer cihetten, borcun tanınması, kaideten, tecdidi tazammun etmez; kendisine merbut olan defi hakkı ile birlikte aslî borç mevcut kalır. Borçlar kanununun 62 inci maddesinin 2 inci fıkrası da tatbik edilemez: bu fıkra sadece, bir borcu tediye amacını güden bir edanın geri alınmasını men etmektedir. (bakınız: V. Tuhr, sah. 373) halbuki borç ikrarının (borcu tanımanın) gayesi bu değildir. (VTuhr 621, bu fikrin zıddını iltizam eder. Lâkin bu müellif B. K. 62/2 nin böyle tevsian tefsirini haklı gösteren bir mucip sebep göstermiyor.)

6 — Alacağa bağlı *teminat* müruru zaman müddetinin hitamından sonra da hüküm hasıl ederler.

Gayri menkul rehini için mesele yoktur: Üçüncü bir şahıs tararafından tesis edilse dahi gayri menkul rehini alacağın müruru zamana uğramasına mâni olur: «gayrimenkul bir rehinin tescili, alacak hakkında müruru zamanın cereyanına mâni olur; M K 779 madde. (bu hususta bakınız V. Tuhr, s. 603.) borçlu gayrimenkul rehinin tesis edildiğinden habersiz olabilir. (fakat ipotekli borç senedi ve irat senedinde borçlunun garimenkul tesisini bilmemesi imkânsızdır. Zira alacak ve senedi gösteren senet borçlunun sarih rızasına bağlıdır: MK. 827)

Bir hapis hakkı veya bir menkul rehininin mevcut oluşu, temin edilen alacağın müruru zamana uğramasına mâni değildir. (BK. 138) (bakınız : V. Tuhr, s. 603); buna mukabil bu hâdise, temin edilen alacağın sıhhatine tesir etmez.

Asıl borcun müruru zamana uğraması ile kefalet hükümsüz kalmaz. BK. nın 113 üncü maddesinin birinci fıkrası ve 492 madde tat-

bik olunamaz: Zira asıl borç sakit olmamıştır ki kendisine terettüp eden borç müruru zamana uğramasa dahi kefil, derhal borçlunun haiz olduğu defi iktisap eder. (BK. 131: asıl alacak hakkında müruru zaman vaki olunca faiz vesair ferî alacaklar hakkında da müruru zaman vaki olmuş olur; BK. 497: kefil, asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyan etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir.)

Cezaî şart dahi temin ettiği borcun müruru zamana uğramasına rağmen mevcudiyetini muhafaza eder; lâkin borçlu BK. 131 inci madde mucibince defide bulunabilir.

7 — Bu safha esnasında teminat ita edilmesi pekâlâ mümkündür. Teminat, müruru zamana uğrayan alacağın borçlusu tarafından verildiği takdirde müruru zaman definden feragati tazammun eder. (Oser, Bem. ad art 141). Bununla beraber şarihlerin fikrine göre bir hapis hakkının doğumu imkânsızdır. (Bakınız : V. Tuhr S. 621, not 52). Bununla beraber, medenî kanunun hapis hakkına mütaallik 864 üncü ve mütaakip maddelerde böyle bir tefriki mucip bir cihet görülmemektedir. Borçlu müruru zamanın tahakkukundan habersiz idi ise borcun tanınması (İkrarı) için biraz önce beyan edilen kaideler, aynı mucip sebeplerden ötürü burada da tatbik edilir.

Lâkin teminatı veren bir üçüncü şahıs ise durum biraz karışır. Üçüncü şahıs teminat vermek hakkını haizdir. Lâkin müruru zamana vakıf değil idi ise BK. 24–4 mucibince yaptığı ımuamelenin iptalini talep edebilir. Borçlu bu mukaveleye vakıf idi ise, lâkin bir kaydi ihtirazî dermeyan etmemişse, defi hakkından feragat etmiş sayılacaktır. Teminat tesisine mütaallik muameleyi bilmiyordu ise kendisine tevcih edilen dâvaya karşı müruru zaman defini dermeyan hakkını muhafaza eder ; lâkin bu hal, alacaklının teminat tesis eden kimseye karşı haklarına müessir olmaz (V. Tuhr sahife 621 ve 53–48 inci notlar)

8 — Tecdit, tabiatile mümkündür. Ve defi hakkından feragati tazammun eder. Bu hal doktrinde iddia edildiği gibi (V. Tuhr sahife 579) tabiî bir borcun mevcudiyetinin bir neticesi değildir.

9 — Alacağın temliki muteberdir; bununla beraber, borçlu defi h kkını muhafaza eder. (Oser, bem, 3 ad Art v 4).

10 — Borcun nakli umumiyetile defi hakkından feragati tazammun eder (V. Tuhr S. 611).

174

11 — Borçlu tarafından yapılan takas ve takas mukavelesi nazariyatta kabul edilmiştir. Borçlunun ademi malûmatı, tediye bahsinde olduğu gibi ehemmiyeti haiz değildir. (V.Tuhr S. 589) alacaklı dahi takas imkânına maliktir. Bununla beraber diğer taraf defi istimal eder etmez alacaklının iddiası felce uğrar. (V. Tuhr sahife 588, not 45). Müruru zamana uğramış bir alacağın, takas dermeyan edilebileceği bir zamanda müruru zamanla sakit olmuş değilse onun da takas dermeyan olunabileceğini ifade eden BK. 118/3 bir adalet ve nısfet kaidesidir.

Bu teferruatın hepsi görülüyor ki, ahenk halindedir. Şu halde bu safha da müruru zamana uğramış borç aşağıdaki durumdadır: Müruru zamana uğramış borç eski borcun bütün hükümlerini haizdir. Şahsî veya aynî teminat, tadilâta uğramaksızın, olduğu gibi bakidirler. Vaki olan tediye asla bir hibe mahiyetini haiz olmayıp mevcut bir borcun ifası mahiyetindedir. Mevcut bir borcun teyit veya yeni borç ihdas eder her muamele, her türlü teminat tesisine mütaallik muamele, bir mutlak veya nisbî butlan sebebi mâni olmadıkça, muteberdir. Diğer cihetten, borçlu edadan istinkâf etmek hakkına maliktir; lâkin bu salâhiyet muhtelif tarzda tahdit edilmiştir. (BK. 138, 118 fıkra 3) Borçlunun bu hakkı kullanmasile tetkik etmekte olduğumuz safha sona erer.

Bu safhada alacağın durumu, mesuliyetsiz bir borç mahiyetini de arzetmez. Filhakika, biraz önce zikrettiğimiz vakıalar aksi kaziyeyi ispat etmektedirler. Müruru zamana uğrayan borç, defi hakkı kullanılmadığı müddetçe tam bir borç mahiyetindedir.

2— *Borçlunun müruru zaman defini kullanmasile başlıyan safha* :

Borcun bu safhada arzettiği hukukî mahiyeti gözden geçirmeden önce bir noktayı aydınlatmak lâzımdır. Bu safha ne zaman başlar? Bu nokta kanun tarafından tayin edilmemiştir. Doktrin de bu bapta ihtiyatlı bir sükût muhafaza etmektedir. Bu safha, müruru zaman definin borçlu tarafından muzafferane bir şekilde dermeyan edildiği anda başlar. Katî hükme kadar, alacaklının mütalebesi sukut etmez ve borçlu hakkını istimalden feragat edebilir. Defi dermeyan hakkı ile inşaî hakkları (droits formateurs) birbirinden ayıran da bu cihettir. İnşaî haklar, diğer tarafa tevcih edilen bir beyan ile istimal edilirler. Ve, bu beyandan itibaren hüküm hâsıl ederler. Defi, bilâkis, müstakil bir salâhiyet değildir. (Bu meseleyi, V. Tuhr'un, 26 ıncı sahifede, yalnız başlarına dermeyan edilmelerine veya bir mütale-

benin müdafaaten istimale mahiyetinde bulunmalarına göre (exceptions dépendantes = tabi defiler), müstakil defiler (exceptions indépendantes) arasında yaptığı tefrik ile karıştırmamak lâzımdır; bu defi hakkı hiç bir zaman müstakillen kullanılamaz; bir ret ve müdafaa hakkı olduğundan ancak yapılan bir hücuma mukabele etmek için, yani dâva esnasında kullanılabilir.

Bu safhada bulunan alacağın mahiyeti nedir? Bu ciheti tebarüz ettirebilmek için şu noktaları tetkik etmek lâzımdır.

1 — Gerek dâva, gerek defi sukut etmiştir. Borçlu müdafaa hakkından artık feragat edemez.

2 — Tediye ve tediyeye benzeyen temlikî muameleler muteberdirler. Ancak bu muamelelerin BK. 62/2 deki mânasile „ihtiyarî" olmaları lâzımdır. (V. Tuhr, 374 S. 621) bu muamelelerin borçlu veya bir üçüncü şahıs tarafından yapılması bu hususta bir fark ihdas etmez.

3 — BK. 19 uncu maddede yazılı umumî esas dairesinde, borcu ikrar muteberdir. Bu ikrar (daha doğrusu, tanıma,) illetin mefkudiyeti sebebile iptal edilemez. Buna mukabil irade fesatları bu ikrarı hükümsüz bırakır; çünkü BK. 62/2 yalnız borç doğuran muamelelere tatbik olunur.

4 —Teminatın mahfuziyeti — gayrimenkul rehni için mesele yoktur. Menkul rehni ise BK. 138 mucibince baki kalır. müellifler bu kaideyi umumiyetle hapis hakkına da teşmil ederler (bakınız: Leemann, hapis hakkına mütaallik 878 maddenin 28 inci notu. Lakin, Oser (140 ıncı madde şerhi, not 3), hapis hakkına borçlar konunu 114 üncü meddenin tatbikını teklif eder. kefalet ve cezaî şart sukut ederler. (BK. 114, 501).

5 — Yeni teminat tesisi — menkul ve gayri menkul rehni tesisini muteber addetmek lâzımdır. Medenî kanun bu iki müessesenin alacakları temine yaradıklarını söylüyorsa da, müellifler bu alacak tâbirini geniş şekilde tefsir etmektedirler.(meselâ Wieland)'in 794, 799, 884 üncü madde şerhlerine bakınız). Maamafih bir hapis hakkı tesisi mevzuu bahsolamaz. Zira ortada muaccel bir alacak yoktur. bir kefalet tesisi de mevzuu bahsolamaz; zira BK. 494 üncü maddenin birinci fıkrası buna mânidir. Bir şartı cezaî vâdi ancak borçlunun bir tediye vâdi ile birlikte yapılır. Veya böyle bir vâdi ihtiva eder veya böyle bir vaıttan doğan borcu temin ederse hüküm hâsıl eder.

176

6 — *Tecdit ve borcun nakli* mümkün değildir. Buna mukabil, temlik caizdir: ancak temellük eden, temlik edenden Ziyade hak iktisap edemez. Borçlu tarafından yapılan takas muteber bir sebebe istinaden yapılan bir ibradır. Alacaklı takasda bulunamaz.

Tetkik edilen noktalar bu safhada (Mesuliyetsiz bir borç)ın mevcudiyetini isbat eder mahiyettedirler.

Bununla beraber bu görüşe iştirak etmeyen müellifler vardır. Bu müelliflere göre kanunun bahşettiği defi hakkını muvaffakiyetle kullanan bir kimseye yine kanunun müruru zamana uğrayan bir borcu ödeme vazifesini yüklediğini iddia etmek mânasız bir hareket olur. Ahlâk kaidesine göre alacaklı uzun müddet talep etmese dahi, bir borçlunun borcunu ödemesi lâzımdır Lâkin hukuk kaidesi bunun aksi bir noktai nazardan hareket ediyor. Alacaklıya bahşedilen hususî himaye nasafet hissine dayanır: müruru zaman kaidesinin tatbiki haksız, âdil olmıyan bir netice verebilir; borçlu bu haksızlığı telafi ve tamir etmek ister, edada bulunursa tarafların bir teberru mahiyeti atfetmedikleri bu edaya bir hibe mahiyeti vermemelidir. Esasen, müruru zaman, yalnız ihmalci alacaklıları cezalandırmak ve ahlakı zayıf borçluları korumak gayesini güden bir müessese değildir. Müruru zamanın, borcunu eda ettiğine dair delilleri kaybeden ve yeniden ödeme tehlikesine mâruz bulunan borçluları himaye etmek gibi bir rolü olduğunda müttefiktirler. O halde kanun kendisine ikinci bir defa ödemede bulunma vazifesini veriyor demek mümkün müdür? Hakikatte, müruru zamanla sâkıt olan bir alacağa bahşedilen sihhat, eski borçlunun vazifesinin devamı ile izah edilemez. Kanun borçluya, haiz olduğu defi hakkı muvaffakiyetle kullandıktan sonra dahi, vicdanının emirlerine itaat hususunda tam bir serbesti vermektedir. Ancak, bu hususiaki kararına kati ve geri alınamaz bir mahiyet veriyor. Zira muamelât ve iş hayatının emniyeti bunu icap ettirir. Böyle bir tediye halinde eski alacaklının muntazar hakkı meşru görünmektedir. Demek oluyor ki mevzuubahis olan alacaklı lehine doğan yeni bir kanunî iktisap sıfatıdır. Bu hak, oyun veya bahisten doğan haktan daha geniş neticelere maliktir. Hulâsa bu müelliflere, göre, müruru zaman defi borçlu tarafından muvaffakiyetle dermeyan edilinceye kadar, müruru zamana uğrayan borç münasebeti eski mahiyet ve müesseriyetini muhafaza eder.

Defi, muvaffakiyetle dermeyan edildiği andan itibaren bu münasebet sakıt olur. Bununla beraber bazı hususî hallerde bu hakkın

evvelki mevcudiyetinden, bazı izler baki kalır; bilhassa bir taraflı olarak alacaklıya verilen kanunî bir iktisap sıfatı bu cümledendir.

B – Konkordatonun alacaklara tesiri.

1 — Alman hukukunda

Konkordatonun taallûk ettiği alacaklar üzerine konkordatonun ne dereceye kadar müessir olduğu meselesi alman nazariyatını pek meşgul etmiştir. Başlangıçta birbirini tutmayan fikirler ileri sürülmüştü. Lâkin bugün, pek nadir istisnalar bir tarafa bırakılacak olursa, alacağın konkordato ile tesbit edilen miktarı aşan kısmı üzerinde alacaklının hakkı olduğu müelliflerce kabul edilmektedir. Bu hakka umumiyetle (eksik borç, unvöllige Obligation) adı verilmektedir. Bu hakkın hâsıl ettigi hükümler sarih surette bugün tesbit edilmiş olmakla beraber, mahiyeti pek ziyade münakaşalıdır.

Alman kanununun (BGB) mucip sebepler mazbatası, alacaklıya böyle bir hak vermiyordu. Bununla beraber, bir çok müellifler borcunu tamamen ödemek hususunda borçlunun ahlâkî bir vazifesi olduğu kanaatini taşıyorlardı. Bu kanaatlerini desteklemek için alacağa merbut teminatın konkordato ile haleldar olmadığını ileri sürmektedirler (Alman icra ve iflâs kanunu 193/2). Eğer konkordatonun yapılmasıyla bütün borç münasebeti yok olsaydı bu teminatın da sukut etmesi lâzımgelirdi; çünkü bu teminatın bir alacaktan müstakil olmaları kanuna aykırıdır, deniliyordu. Bu vazifenin şümulü zamanla gittikçe daha açık bir hal aldı. Bu gün bu vazifenin aşağıdaki hükümleri haiz olduğu kabul edilmektedir:

Konkordatonun akdile ortadan kalkmayan teminat böyle bir vazifenin mevcudiyetine istinat eder. Bu vazife, borçlu veya üçüncü şahıs tarafından şahsî veya aynî yeni teminat verilmesini mümkün kılar. Bu borcun ikrarı, tam bir borç tevlit eder. İhtiyarî tediye olarak bir hibe teşkil etmez. Yanılarak yapılan tediye halinde istirdat kabil değildir. Alacaklı borcun ifasını dâva edemezse de, bu cihet hâkim tarafından re'sen nazara alınamaz. Konkordato ile temin edilen menfaattan feragat, takas ve temlik, müruru zamana uğrayan bir borcun aynı kaidelere tâbidir. Borçlunun korunmasından ibaret amaçları bakımından birbirine benziyen bu iki müessese, nazariyatta birbirine kıyas edilmektedir.

Müruru zaman ile konkordato arasındaki bu benzeyiş, bazı mü-

ellifleri şu kanaate sevk ediyor: Konkordato mesuliyet münasebetine, hiç olmazsa kısmen, son verir; lâkin borç münasebetini haleldar etmez. Bu münasebetle müellifler, biraz önce müruru zaman bahsinde gördüğümüz muhakemeyi yürütmektedirler.

Fransa ve İtalyada şarihler ve mahkeme içtihatları, konkordatoya rağmen, kefalet ile temin edilebilen, tabiî bir borcun mevcudiyetini kabul etmektedirler.

II — İsviçre Hukuku:

Alman hukukunu meşgul eden bu mesele, İsviçre ve Türk hukukları için de mevzuu bahistir. Bu hususta sarih kanun hükümlerinin bulunmamasından ötürü nazariyatta muhtelif temayüller görülmekte, konkordatonun hukukî mahiyeti bir çok münakaşalara konu teşkil etmektedir:

Konkordatoyu borçlu ile alacaklılar arasında yapılan alelâde bir borçtan ibra mukavelesi sayan görüş şu vakıayı izah edememektedir: alacaklıların ekseriyeti, azlığı bağlar. Konkordatonun özünü teşkil eden bu kaide, birbirine uyan iki iradenin bir tezahüründe ibaret olan mukavele mefhumiyle uzlaşamaz.

Konkordato müessesesini mahkeme tarafından konkordatonun tasdiki zımnında verilen karara istinat ettiren telâkki dahi tenkide şayan görülmektedir. Çünkü borçlu ile alacaklılar arasında yapılan anlaşma, hâkime arzedilen alelâde bir istihbar unsur değildir; hâkim ne bu anlaşmanın şartlarını değiştirebilir, ne de sair kanunî şartlar ifa edilmek şartile ekseriyetin kabul ettiği bir konkordatoyu tasdikten imtina edebilir, ne de bu ekseriyet olmaksızın konkordatoyu tasdik edebilir.

Bugün mutavassıt bir telâkki daha ziyade rağbete mazhar görünmektedir. Bu telâkki, iflâstan önce verilen konkordato ile iflâstan sonra vaki konkordato arasındaki benzeyişe dayanır. İflâstan sonra vaki konkordatoda borçlu ile iflâs kararının ihdas ettiği alacaklar birliği arasında bir mükavele vardır denilmektedir. Alacaklılar birliği her hükmî şahıs gibi, âzasının alelâde veya mevsuf ekseriyetinin tayin ettiği, tek bir iradeye maliktir. İflâstan önce vâki konkordatoda durum aynıdır, burada borçlu lehine verilen mehil kararını takip eden muamelât esnasında filen« de façto» bir alacaklar birliği teşekkül eder, denilmektedir (bakınız V. Overbeck, s. 214) . Bununla beraber bu telâkki dahi tenkit edilmiştir ; Filhakika bu telâkkiye göre konkordato

hakkında verilen karar iradenin içinde teşekkül ettiği şartların alelâde bir ,tekikinden ibaret ve konkordato ,tasdikten önce dahi muteberdir. Bu tenkit için bakınız (Y. Pelet: s. 183) Bu suretle aktedilen mukavele derhal hükmünü hâsıl eden umumî ve mecburî bir mahiyeti haizdir. Mahkeme tarafından verilecek menfi bir karar, ancak infisahî bir şart rolünü oynar. Halbuki icra ve iflâs kanununun 311 (bizde 303) üncü maddesi bu hususun tamamen zıddını ifade etmektedir.

Görülüyor ki konkordatonun hukukî mahiyeti daha eyice tesbit edilmiş değildir. Bu itibarla, konkordato ile ibra edilen miktarın ödenmesi tabiî bir borç teşkil eder veya etmez demek dahi, kabil değildir.

Konkordatonun tasdikinden sonra ortaya çıkan hukukî durum da izah edilmiş değildir. Muhakkak olan birşey varsa borçlunun kısmen edada bulunarak ilk borcundan kurtulmasıdır. Lâkin burada derhal hükmünü hasıl eden, kayıtsız ve şartsız bir ibradan bahs edilemez; çünki, konkordato hükümleri yerine getirilmezse alacaklı konkordatoyu fesh ettirebilir ve eski haklarını yeniden kullanabilir. Müelliflerden çoğu, borçlanılan edayı ifadan imtina hususundaki selâhiyet ile müruru zamandan doğan imtina selâhiyetini mukayese ediyor ve bu selâhiyeti kâti bir defi sayıyorlar (meselâ, bakınız: C. JAEGER, not 3 ad madde 311, bizde 303).

Hepsi kabul ediyor ki, eski borç münasebeti fesih anına kadar bakidir; (315 bizde 307) inci maddeye göre konkordatoyu fesih keyfiyeti, sukut etmiş bir hakkı diriltmez, sadece bu hakkın varlığını ve borçlunun defi hakkının yokluğunu tesbit eder. Bu müelliflere göre, borçlu, konkordato mukavelesi ile vaid ettiği kısmî edade bulunmadığı müddetce borç tamamen mahfuzdur; ancak kismî tediye ile borç değişir. Bazı yeni müellifler bu telakkiye iştirak etmezler. Bu müelliflere göre, konkordatonun tasdiki borçluya mevcut bir hukukî vaziyete son verici inşaî bir hak verir;Bu hak yalnız bir irade beyanile değil, lâkin konkordatonun ifasile istimal edilir. konkordatonun ifasine kadar borcun değişmeden baki kalmasını ve bu anda birden değişmesini bu fikirle izah ederler.

görülüyor ki henüz üzerinde ittifak edilen bir nazariye mevcut değildir. Bununla beraber bütün bu izahların aydınlattığı bir nokta var: Konkordatonun bir mevcut borcu tabiî bir borç haline getirebilmesi için borçlunun kısmen ifada bulunmuş olması gerektir. Lâkin burada dahi tereddüt edilmektedir: Yaeger (bakınız: İsviçre icra ve iflas kanunu 3 ad art 311, bizde 303) ve fedâral mahkemeye gö-

(80)

re (federal mahkeme kararları: cilt 28 kısım 11 s. 68) alacaklı konkordatoya mucebince ödenen borca dahil olmıyan mütebaki borç üzerinde hiç bir hakkı haiz değildir. Diğer müelliflere göre konkordatodan hariç kalan bakiye borçlu için eksik bir borç teşkil eder (Von Tuhr s. 32; Oser, Vorbem, 62 ad 1 — 67). Çünkü alacaklı, kefil, müşterek borçlular ve borçlunun sair zaminlerine karşı haklarını muhafaza eder (icra ve iflâs kanunu 295). Lâkin bu fikre muarız olanlara göre, kanunun koyduğu bu kaide, borçlunun kazandığı defi hakkının münhasıran şahsa bağlı bir hak olmasile izah edilir. Bu müellifler burada BK 506/1 (bizde 497/1 in son kısmı) nda bulunan hükmü tatbik ederler ve asıl borcun sukutu ile bu ferî teminatın müstekil hukukî münasebet halini aldıklarını kabul ederler: Bu, borçlar kanununun 499, (bizde 485), 501 (bizde 492) inci maddelerinde kabul edilen ferilik esasına bir istisnadır. Bu müelifler görüşlerini şu cihete istinat ettiriyorlar: Eğer bu ferî borçlar müaccel olmıyan tabiî bir borca tabi olsalardı hiç bir zaman muaccel olamazlardı, halbuki konkordato bunların muacceliyet tarihlerini değiştirmiyor.

Takas imkânı konkordatodan önce doğmuş bulunduğu ve alacaklı konkordatoya iştirak ile sarih veya zımnî olarak bu haktan vaz geçmemiş ise takasın muteber olacağını fedaral mahkeme henüz kabul etmektedir (bakınız C. Yaeğer Bem. 3ad art 311). Bu suretle BK 120/3, (bizde 118/3) daha ziyade icra ve iflâs kanunu 213 (bizde 200) inci hükmünü kıyasen tatbik etmektedir; bu hüküm, konkordatoda hariç kalan alacak bakıyesini tabiî bir borç bile teşkil etmediği hakkındaki fedaral mahkemenin prensip içtihadı aykırıdeğildir.

Bu prensip içtihadına iltihak edilirse, konkordato ile tesbit edilen miktarı aşan bir tediyenin borç olmıyan şeyin edasını teşkil ettiği ve BK 61 inci maddesine göre geri isteyebileceğini kabul etmek lâzımdır.

Doktirin de cari kanaat, bu kararı nasafete uygun bulmamaktadır (Von Tuhr, s. 32, not 20 — 23). Bu kanaate göre, konkordato ile tesbit edilen miktarı aşan tediye, bir hibe teşkil etmez. Böyle bir tediye hataen vaki olmuş sa BK 62/3 mucibince geri alınamamasıdır. Eda yerine tutabilecek muameleler de aynı hükmü tevlit etmelidir. Nihayet, konkordato ile tesbit edilen miktarı aşan meblağa müteallik bir borç ikrarı (borcu tanıma), icra ve iflâs kanununun 314 (bizde 306 ıncı maddesine aykırı olmamak şartile, muteberdir.

181

No: 66

Mahkeme Başkâtiplerine Dair

Yazanı Dr. Hikmet Belbez

I

Adliye işlerini, biri doğrudan doğruya kaza hakkına taâllûk eden işler, diğeri bu kaza hakkının kullanılması imkânını hazırlamak için yapılması lâzımgelen idarî işler olmak üzere iki kısma ayırmak kabildir. Opjektif hukukun müşahhas ve muayyen hâdiselere tatbikinden ibaret olan asıl kaza işleri millet adına müstakil hâkimler tarafından görülür. Adliye idaresinin mevzuu ise mahkemelerin kurulması, hâkimlerin ve diğer adliye memurlarının tayin ve azilleri, mahkemelerde hâkimin hükmünden önce veya sonra cereyan eden kalem çalışmaları vs. gibi işlerdir. Adliye idaresine ait işler kısmen Adliye Vekâleti, (meselâ mahkemelerin kurulması, hâkim ve müddeiumumilerin tayin, terfi ve teftişleri ve ilâh . . .), kısmen mahallindeki adliye encümenleri ve hattâ valiler (meselâ kalem mensuplarının imtihanı, inha ve tayinleri. . .), kısmen de mahkeme başkâtipleri (meselâ kalem işlerinin başarılması. . .) ve ilâh. . . tarafından görülür. Adliyenin idare mekanizmasının işleyişindeki ahenk kaza işlerinin arzu edilen şekilde başarılması imkânını doğrur. Hakkın ve adâletin doğruluk ve çabuklukla yerine getirilmesinde bilhassa mahkeme kalemlerinin rolü büyüktür. Kalemin nizam içinde çalişması da onun başında bulunan kâtibin bilgi ve tecrübesinin derecesine bağlıdır. Tecrübeli ve bilgili olduğu kadar dürüst ve idareci bir başkâtip ve onun nezareti altında aksamadan çalışan bir kalem hâkimin yükünü yarı yarıya hafifletebilir.

Adliyede mahkeme başkâtipleri kadar yüklü ve çeşitli vazife gören bir makam hemen hemen yok gibidir. Onların vazifelerini tespit eden hükümleri toplu bir halde bulmağa imkân yoktur. Bütün mevzuatımıza, hususile usul kanunlarına serpilmiş bulunan bu hü

kümlere kısa bir göz atılacak olursa, başkâtiplerin görmek mecburiyetinde oldukları işlerin ehemmiyet ve azameti kendiliğinden meydana çıkar. Başkâtip herşeyden kalemin şefidir. Bu sıfatla kalemin intizam ve inzibatını idame, birden çok kâtip bulunan yerlerde iş bölümünü tayin, gelen ve çıkan defterlerin, kâğıtların kaydını temin, celpname ve davetiyeleri tanzim etmek ve göndermek ona aittir. Sulh mahkemelerimizin çoğunda ayrı zabıt kâtipleri de bulunmadığından gerek kalem ve gerek zabıt kâtipliği işleri ayni kimse tarafından görülür; ilâmları yazmak ve hazırlamak ve alâkalılara tebliğ ettirmekte onun vazifesidir. Bütün bu işlerden çıkan şikâyetleri de başkâtip dinler, icabında inzibat muamelesi tatbiki için merciine bildirir. Harç ve masraf işleri de onun omuzuna yüklenmiştir. Bütün masraf ve harçları hesaplar, ayrı veznesi bulunmıyan yerlerde kasayı da o idare eder, pulları yapıştırır toplanan paraları kendi mesuliyeti altında saklar. Ayrı icra ve iflâs teşkilâtı olmıyan yerlerde icra ve iflâs memurunun vazifelerini de başkâtip görür. Bütün bunlardan başka başkâtiplere doğrudan doğruya adliyenin yüksek işlerini görmek vazifesi de verilmiştir: müddeiumumî ve sorgu hâkiminin gaybubetinde reis veya hâkimin tensibile bunlardan birine ait vazifeleri mahkeme başkâtibi görür [1]. Mahkeme başkâtipleri, nihayet, icabında noterlere de vekâlet eder ve muvakkat salâhiyetle noterlik işlerini de görürler.

Bu saydıklarımız mahkeme baş kâtipliğinin ne kadar ehemmiyetli bir vazife olduğunu gösteriyor. Bu vazifenin başına geçirilecek ve icabında müddeiumumilik ve sorgu hakimliği de yapmak suretiyle en geniş salâhiyetleri elinde bulunduracak ve kaza hakkını bile kullanacak olan kimselerin muayyen bir bilgi, görgü ve tecrübeye sahip olmaları lâzımgelir. Bu olgu ise ancak uzun ve ciddi çalışmalar sonunda elde edilebilir. Adliye, mekanizmasının işlemesinde az veya çok nazım bir rol oynayan ve yorucu olduğu nisbette mesuliyeti de büyük olan böyle bir vazifeyi üzerine alacak kimselerin gerek kabiliyet ve ehliyet ve gerek ahlak ve seciye itibariyle yüksek olmaları isteniyorsa bunların maddî ihtiyaçlarının da bir dereceye kadar tatmin edilmesi icap eder. Bunun içindir ki vekâlet mahkeme başkâtiplerini mevzuu üzerinde durmak ve bunların maaşlarını arttırmağa teşebbüs etmekle adliye de islahat bakımından en özlü meselelerden birini ele almış oluyor.

Bu vesile ile Almanyada başkâtiplerin nasıl yetiştiklerini öğrenmek faideli olacaktır.

II

1 . 21/2/1941 tarihli talimatname ile bu mesele bütün Almanya için bir örnek olarak tanzim edilmiştir. Buna göre mahkemelere başkâtip olabilmek için üç sene süren bir tahsil ve staj müddetini bitirmek ve bu müddet sonundaki imtihanda da muvaffak olmak lâzımdır.Kısaca» hazırlık müddeti» diyebileceğimiz bu tahsil ve staj müddeti başlıca üç devreden mürekkeptir. Birinci ve üçüncü devreler tatbikat devreleridir. Bu devrelerde başkâtip namzetleri doğrudan doğruya muhtelif mahkemelerde fiilen çalışacak, staj göreceklerdir. İki tatbikat devresi arasına sıkıştırılmış olan ikinci devre ise tedrisat devresidir; burada başkâtip namzetlerine muhtelif kurlarda hakimler, müddeiumumiler ve başkâtipler tarafından ilmî esaslar dairesinde dersler verilecektir. Bu suretle namzetler birinci tatbikat devresinde nazariyatı kavrayabilmek için zaruri olan tatbikî bilgilerini edinecekler, tedrisat devresinden çıktıktan sonra ise sonuncu tatbikat devresinde bütün öğrendiklerini tatbik etmek ve bu suretle icabında bir başkâtip olarak kendi başına iş görebilecek bir vaziyete erişmek imkânını elde edeceklerdir.

2. *Kimler başkâtip olabilir?* Bu hususta talimatname dört sınıf kimseleri göz önünde tutmuştur: 1) Bunların başında adliye ile henüz hiç bir ilişiği olmıyan sivil namzetler gelmektedir. 2) Mahkeme kâtipliklerinde asgarî dört sene hizmet etmiş ve liyakat göstermiş olanlardan başkâtiplik imtihanını verebilecekleri ümit edilenlerin de âmirleri namzet olarak inha edebilir. 3) İstisnaî olarak hâkim namzetleriyle eskiden namzetlik etmiş olanlar da başkâtiplik mesleğine intisap etmek arzusunu gösterdikleri taktirde hazırlık devresine kabul edilebilirler. 4) Nihayet bazı askerî mektepler mezunlarına da başkâtip olabilmek imkânı tanınmıştır.

Sivil namzetler arasında da olgunluk imtihanını vermiş olanlarla bu imtihanı henüz vermemiş olanlar arasında bir fark gözetilmiştir. Olgunluk imtihanını vermiş olanlar doğurdan doğruya üç senelik hazırlık devresine başlıyabilirler. Olgunluk imtihanını vermemiş olan namzetlerin ise asgerî orta mektep veya buna muadil bir ticaret mektebini bitirmiş olmaları şarttır. Bu gibi namzetler üç senelik tahsil ve staja başlamadan önce bir (bidayet mahkemesi) Amtsgericht de iki sene müddetle ve «adliye talebesi» namı altında çalışmak mecburiyetindirler.

484

Olgunluk imtihanını vermemiş olanlar bu iki senelik çalışma devresinde münhasıran talebelik edecekler, yani öğreneceklerdir. Talimatname bu ciheti bilhassa tebarüz ettirmekte ve „adliye talebelerini" yardımcı kuvvet telakki ederek kendilerine iş yükletilmesi ihtimalini önlemektetir. Bu çalışma devresinden maksat „adliye talebelerinin" büro çalışması, masraf işleri, zabıt tutulması ve ilâh.....gibi işler hakkında fikir ve bilgi edinmelerini temin etmektir. Fazla olarak makine ile yazmasını ve srenoğrafi ile zabıt tutmasını da öğrenmeğe mecburdurlar. Birinci sene içinde kendilerine 50 mark (yani 25Türk lirası) ve ikinci sene içinde de 60 mark (yani 30 Türk lirası) ücret verilir. Bu çalışma devresi talebenin başkâtipliğe hazırlık devresine kabul edilip edilmiyeceğini göterecek olan bir tecrübe devresidir. Bunu muvaffakiyetle bitiren talebeye bu hususta bir vesika verilir ve o artık üç senelik tahsil ve staj devresine iştirak etmek hakkını elde eder.

3. Üç senelik tahsil ve staj müddeti hakkında tafsilata girişmeden önce bunun ayrıldığı üç devreyi bir cetvel halinde göstermek açıklığı temin bakımından istifadeli olacaktır:

I) Birici devre: Orta büyüklükte bir bidayet mahkemesi nezdinde 13 aylık tatbikat devresi.

II) İkinci devre: Bir başkâtip mektebinde dokuz aylık tedrisat devresi;

III) Üçüncü devre: On dört aylık tatbikat devresi. Bunun

a) Dört ayı: Bir Landgericht nezdinde,

b) Üç ayı: Bir müddeiumumilikte, ve

c) Yedi ayı da: Büyük bir Amtsgercht nezdinde geçeciktir.

4. On üç aylık birinci tatbikat devresinin hedefi namzetlere adliye işleri hakkında bir fikir vermek, onlara kalem teşkilâtı ve vazifelerini öğretmek suretiyle, onlara nazarıyatı kavrayabilmek için lüzümlu olan iptidaî bilgileri vermektir.

Talimatnamenin 11 inci maddesine göre bu on üç aylık müddetin «takriben»

iki ayı hukuk işlerine

bir ayı ceza usulu ve infazı işlerine,

dört ayı tapu ve diğer ihtilâfsız kaza işlerine

iki ayı icra ve iflâs işlerine ve

dört ayı da adliye idaresinin muhtelif işlerine tahsis olunacaktır. Bu tatbikat arasında namzetlere muntazam kurlar şeklinde dersler verilecek ve vazifeler hallettirilecekti. Kurlarda bilhassa mer'i adlî ve idarî kanunlar hakkında malumat verilecektir. Bu kurlar ikişer saat sürmek üzere ayda asgarî dört dafa yapılacaktır. Kurlar esnasında dosyalar üzerinde, namzetleri meslekleri bakımından alâkadar edecek meseleler hal edilecektir. Bundan başka namzetlere ayda asgarî bir kere de hazırlamak üzere yazılı vazifeler de verilecektir.

Olgunluk imtihanını vermemiş olan namzetler gibi iki senelik çalışma devresinde geçmemiş olan namzetler bu birinci tatbikat devresinde yazı makinası ve stenoğrafi ile yazabildiklerini ispat etmek mecburiyetindedir.

5. Başkâtip mekteplerinde geçecek olan dokuz aylik tedrisat devresinde namzetlere nazarî bilgilerini genişletmek ve derinleştirmek fırsatı verilmektedir. Namzetlerin her birile ayrı ayrı ve yakından alâkadar ve meşgul olunulmasını temin için talimatname kurlara iştirak edenlerin sayısının yirmi beş otuz kişiyi geçmemesini tasrih etmektedir. Yukarda da işaret edilmiş olduğu gibi bu mekteplerde namzetlere hâkimler, müddeiumumiler, ve tecrübeli başkâtipler tarafından ders verilir. Lüzumunda bu derslere yüksek mektep profesörlerinin iştirak ettirilmesi de caizdir.

Dersler takrir, konferans, müzakere ve praktikum şeklinde ve ilmî esaslar dairesinde verilir. Fazla nazarî münakaşalardan çekinilerek tatbikat için zarurî malûmat vermekle iktifa edilmesi lüzumu talimatnamede bilhassa tebarüz ettirilmiştir.

Ders arasında spora ve açık hava hareketlerine de ehemmiyetli bir yer verilmiştir. Hergün açık havada beden terbiyesi yapılması ve sık sık yürüyüşler tertip edilmesi mecburidir.

Bu devrede namzetlere bir çok yazılı vazifeler de hallettirilmektedir. Talimatname ayda asgarî iki kere, öğretmenlerin nezareti altında vazifeler hallettirmek mecburiyetini koymaktadır. Bu vazifelerin halli için namzetlere ekseriya 2–3 saat zaman verilmekted r. Fakat bunlardan başka namzetlere 20 veya 30 dakika süren ve daha az ehemmiyetli olan vazifelerde verilmektedir. Bu kısa müddetli vazifeler hakkında bir fikir vermiş olmak için başkâtip mekteplerinde namzetlere hallettirilmiş olan bazı meseleleri kısaca nakledelim :

1

K'nın karısı A, bakkal B'den 4 marklık alış verişte bulunuyor, fakat bu parayı ödemiyor. Bunun üzerine bakkal B icra dairesine müracaatla başkâtipten borçlu A'ya bir ödeme emri göndermesini istiyor.

K ve A arasında mal ortaklığı rejimi caridir.

Başkâtip ne suretle hareket edecektir?

2

Evli olan bayan A icra dairesine müracaatla evlenmeden önce tüccar T'ye 100 mark borç verdiğini, bu borcun 1.11.1941 tarihinde muacceliyet kesb'ettiğini fakat T'nin buna rağmen borcunu henüz ödemediğini bildirerek borçlu T'ye bir ödeme emri gönderilmesini ve ayrıca da 1.11.1941 tarihinden itibaren %5 faiz de yürütülmesini istiyor. Başkâtip ne yapacaktır?

Müddet: bir saat.

3

B adındaki biri evli bulunan bayan A'ya 100 mark borç vermiştir. Bayan A borcunu vâdesinde ödemediği için B Amtsgericht (=Bidayet mahkemesi) kalemine müracaatla dâva talebinin zapta geçirilmesini istiyor.

Müddet: 20 dakika.

Kanunlara bakmak serbesttir.

4

a) Evli olan bayan A mahfuz mallarından bir saatı 10 mark mukabilinde B'ye satıyor. B, bayan A'nın evli olduğunu bilmiyor

b) Bayan A'nın kocası karısının mahfuz mallarından olan bir saati 10 mark mukabilinde B'ye satıyor. B saatın bayan A'ya ait olduğunu biliyor.

c) Eğer b) bendinde yazılı olan halde B saatın bizzat kocanın olduğunu sanar ve bu hususta da hüsnü niyet sahibi olsaydı, mese-

le nasıl halledilmek lâzım gelirdi?
Müddet: 20 dakika.

5

a) Karı ve koca arasında mal ortaklığı rejimi caridir. Hiç çocukları olmamıştır. Karı ölüyor. Akrabalarından yalnız erkek kardeşi hayattadır. Ortaklığa giren malların tutarı 40,000 marktır.

b) Karı ve kocanın müşterek iki çocukları vardır. Karı ölüyor. Ortaklığa giren malların tutarı 40,000 mark, karının mahfuz mallarının tutarı 8000 marktır.

c) Karı ve kocanın müşterek iki çocuğundan başka karı evvelki evliliklerinden bir çocuğu daha vardır. Karı ölüyor. Ortaklık mallarının tutarı 40,000, karının mahfuz mallarının tutarı 8000 marktır.

Taksim ve tasfiye ne şekilde olacaktır?

Müddet: Bir buçuk saat.

6

Amtsgericht (=Bidayet mahkemesi) kalemine evli olan bayan B gelerek: Kocamın aleyhinde nafaka dâvası açmak istiyorum. Kendisini artık sevmiyorum, bunun için de ondan ayrıldım. Şimdi dostumla birlikte yaşıyorum, diyor.

Bayan A evine dönmeğe hazır olsa fakat kocası buna rağmen kendisini kabulden imtina etse, vaziyet değişir mi?

Müddet: Bir buçuk saat.

7

A saatını âriyet olarak B'ye verir ve B de onu kaybeder. Saatı bulan C onu hüsnüniyet sahibi olan D'ye 20 mark mukabilinde satar.

Hukukî durum nedir?

A, B, C ve D'den her birinin haiz oldukları haklar nelerdir?

Müddet: Bir buçuk saat.

8 188

Gayrı menkul maliki A gayrımenkulünü resmî senetle ve 20000

mark mukabilinde B'ye satmıştır. A takrir vermekten imtina ediyor. B ne yapabilir?

Takrir verilmiş ve B de tapuya malik sıfatile tescil edilmiştir. Fakat satış akdinin yapıldığı sırada A'nın akıl hastalığına tutulmuş olduğu tahakkuk ediyor. Buna göre hukukî durum nasıldır. ?

Müddet: bir buçuk saat.

6. *On dört ay süren sonuncu tatbikat devresine gelince*: Bunun gayesi namzetlere, tedrisat devresinde öğrendiklerini fiilen tatbik etmek suretile bu devre sonunda artık başkâtip olarak mustakilen iş görebilecek olgunluğa erişmek imkânını vermektir. Bu 14 ayı bir Landsgericht (=Asliye mahkemesi) nezdinde, 3 ayı Müddeiumumilikte ve 7 ayı büyük bir Amtsgericht nezdinde geçirilecektir.

Müddeiumumilikte geçecek müddet içinde namzetler kalem işlerinden başka adlî sicil ve masraf işleri, ceza infazı ile meşgul olacak, hususile ceza hukuku ve ceza usulü hukuku tatbikatile uğraşacak ve, icabında müddeiumumiye vekâlet edebilmek üzere bu hususlaki bilgilerini artırmıya çalışacaklardır. Amtsgericht nezdinde ise namzetler tapu işleri ve diğer ihtilâfsız kaza işleri ile iştigal edeceklerdir. Bunlardan başka her biri ikişer saat sürmek üzere ayda asgarî dört kere tatbikî ders görülecek, burada muhtelif sahalara ait meseleler hep birlikte hal ve münakaşa edilecek ve ayda asgari bir kere de namzetlere yazılı vazifeler verilecektir.

7. *Bundan sonra sıra imtihanlara gelmektedir*: Üç senelik hazırlık devresi içinde kendilerine verilen vazifeleri muvaffakiyetle başaran namzetler devre sonunda imtihana girmek hakkını kazanırlar. İmtihan, biri yazılı, diğeri sözlü olmak üzere iki kısımdır. Yazılı imtihanlarda altı günde ve nezaret altında yedi vazife yapılması mecburidir. Bu vazifelerin üçünün mevzuu hukukî olacak, diğer üçü adliye idaresine, hesap ve masraf işlerine ve biri de Alman tarihi ve yurt bilgisine taallûk edecektir.

Yazılı imtihanları sözlüsü takip etmektedir. Sözlü imtihanlara 3–4 kişi birden girmekte ve her imtihan 4–5 saat sürmektedir. Talimatnameye göre imtihan mevzuları başlıca üç gruba ayrılmaktadır:

1 inci grup büro ve dosya işleri, veznecilik, masraf ve hesap işleri vs. gibi adliye idaresine taallûk eden işlerden ibarettir.

2 inci grupta maddî hukuk ve usul huhuku toplanmıştır: ticaret

hukuku, kıymetli evrak, iş ve iktisat hukuku, mahkemeler teşkilâtı hukuk usulü, icra ve iflâs, ihtilâfsız kaza işleri, ceza hukuku, caza usulü gibi.

3 üncü grup da Alman tarihi ve devlet teşkilatının ana hatları vs. gibi mev zulara tahsis edilmiştir.

İmtihanda muvaffak olmıyanlar altı aylık yeni bir stajdan sonra bir kere daha imtihanlara girmek hakkını haizdirler. Muvaffak olanlara ise birer şahadetname verilmektedir. Bu gibilerin başkâtiplik vazifesini de artık muvaffakiyetle başarabileceklerinde en ufak bir tereddüt ve şüpheye mahal yoktur.

190