No 67

İsviçrede

Yeni kefalet hukuku [1]

Yazan : **Dr. Pierre CAVIN**
Lozan barosunda Avukat

Çeviren : **Dr. Amil ARTUS**
İstanbul icra muavin hâkimi

GİRİŞ

10 birincikânun 1941 de Federal meclisler [2] Borçlar kanununun kefalete ait yirminci babını tadil eden bir kanunu kabul ettiler. Bu eserin hazırlanması, bilhassa alakâdar mahfillerin genişliği ve çokluğu sebebile, harikulâde uzun ve çetin oldu. Filhakika Millî Meclisin bir teklif (motion) ile Federal konseyi [3] bir sene zarfında, kefalet mesailindeki suii istimallerin önüne geçmeğe mâtuf bir kanun projesi hazırlamağa davet edişi 1934 senesinde vaki olmuştu. proje, alâkadar muhitlerin geniş bir şekilde fikirleri alındıktan sonra, ancak 20 birincikânun 1939 da tevdi olunabildi; meclislerdeki müzakereler iki sene sürdü. Bu uzun hazırlama esnasında kefalet rejimini ıslah gayesile yapılan mütaaddit telkinler tam bir tetkikat serisinin vücut bulmasını intaç etti. Bunlar meyanında 1935 de Bay Stauffer ve Hanry tarafından İsviçre Hukukçular Cemiyetine takdim edilmiş olan raporları (bunlar Zeitschriftfür Schweizerisches Recht adlı mecmuada 1935 yılında intişar etmişlerdir) ve Bay Giovanoli'nin

[1] Bu makale Lozanda intişar eden Jouıral des Tribunaux mecmuasının 1942 yılı 30 ikincikânun nüshasında çıkmıştır. Bu vesile ile bize kıymetli makalesini tercüme etmek müsaadesini veren sayın âvukat hukuk doktoru Bay pierre CAVİN' e teşekkürlerimizi tekrar ederiz.

[2] Federal meclisler, halkın intihap ettiği Millî Meclis– Conseil National ile her kantonun gönderdiği iki âzadan teşekkül eden Conseil des Etats dır.

[3] İsviçrede icra uzvunun yani Hükümetin adı budur.

HUKUK FAKÜLTESİ KÜTÜPHANESİ 1946

1941 yılı Zeitschrift für Schveizerisches Recht adlı mecmuada intişar eden (sahife. 205) çok mükemmel ve afakî makalesini zikretmek münasip olur. Diğer taraftan biz de bu mecmuada (JdT. 1938. s. 290) bu meseleye kısa bir yazı tahsis etmiştik. Bu sebeple şimdiki yazımızda kanun vazının kabul ettiği muhtelif sureti halleri şayanı arzu olan hukuk bakımında (de lege ferenda) tetkik ve takdir etmek niyetinde değiliz. Bunu yapmak, hali hazırda ancak ric'i (rétrospectif) bir alâka arzedebilirdi. Biz, tatbikatçılara kanunun getirdiği en mühim yenilikleri arzetmekle iktifa edeceğiz.

Kefalet hukukunun yeniden tanzim edilmesinden maksat kefiin daha müessir surette himayesini temin etmektir. Kanun, bu gayeye üç farklı yoldan vâsıl olmak istiyor. Bunlar evvelâ, düşünmeden mukaveleler akdedilmesini önlemek ve kefili taahütlerinin şümulü hakkında tenvir etmek gayesine mâtuf şekil şartlarının ağırlaştırılması ve kefil olmak ehliyetinin tahdidi ile alcaklının vazifelerinin kuvvetlenmesini intaç eden kefilin vecibelerinin tahfifidir. Bu tadilât yalnız alacaklı ile kefil arasındaki münasebetlere taallûk eder. Bilmukabele borçlu ile kefil arasındaki veya birlikte kefil olanlar arasındaki münasebetler, kefilin rücu hakkı, tefrruata ait bir kaç tavzih istisna edilirse, değişmemiştir. Bu sebeple yazımızda bunlara hiç temas etmiyeceğiz.

Kanunun bir hususiyeti şudurki, kefil, hilâfına kanunî bir hüküm bulunmadıkça, kendisine bahşedilmiş olan haklardan feragat edemez. Kefalet hukukunu tanzim eden hükümler bu suretle âmir kukuk mahiyetini iktisap etmektedir. mukavelât sahasında kaide teşkil eden tarafların iradelerinin muhtariyeti prensibi artık mahdut bir rol oynıyacaktır. Kanun bu suretle kefil lehine kabul ettiği başlica kaidelerin tam bir tatbikını temin ederek onu en müessir bir şekilde himaye ediyor. Filhakika kredi müesseselerinin ekserisi tarafından kullanılan matbu formüllerin ihtiva ettikleri mütenevvi şartlar malûmumuzdur. Bu şartlar umumiyetle kefilin, yalnız kanun maddelerinin sayılmasile gösterilen bütün bir hukuk manzumesini dermeyan etmekten feragatını tazammun eder. Mahkeme içtihatları bu sistemi kabul etmemekte ve kefilin feragatinin hakikî şümul ve ehemmiyetini anlamış olmasını ısrarla istemektedir. Bundan dolayıdırki alacaklı formülünün metnini muhafaza etmekle beraber ona sonsuz bir itimat göstermemekte ve kefil bu şartlarla ne dereceye kadar bağlı olduğunu merak etmektedir. Bundan, tarafların hukuk ve vecibeleri hakkında bir emniyetsizlik doğdu. Buna yeni sistem nihayet verecektir. Maamafih kanunun bu prensibe mütaaddit müstes-

nalar kabul ettiğini işaret edelim. Bunları aşağıda tetkik edeceğiz.

Yeni hükümlerin teferruatını tetkike başlamadan evvel, teşriî metnin şekli üzerinde biraz durmak istyoruz. Söylenecek sözün en azını söylemiş olmak için denebilir ki Kot Napolyonu (Fransız medenî kanunu) methü sena eden Beyle, eğer bu kanunu görmüş olsaydı pek muhtemel olarak, bunu methü sena etmeyecekti [1]. Yeni hükümleri Borçlar kanununun içine dercetmek zarureti, maddelerin hali hazırdaki numaralarını muhafaza etmeği mecburî kıldı. Yeni metin çok uzun olduğu için maddeler ölçüsüz bir şişkinliğe maruz kalmıştır. Bazıları yedi fıkrayı ihtiva etmektedir ve bu fıkralar muciz bir prensibi veya tatbike ait bir kaideyi ihtiva etmekten uzaktırlar. Fıkralar üç veya dört cümleyi ihtiva ediyorlar ve tadat ile doludurlar. Eserin heyeti mecmuası Almanca metnin tercümesinde meşakkatli bir itina gösterildiğini ifşa etmektedir. Bu meyanda 503 üncü maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi fazla tahsil olunan şeyin (trop—perçu,des zuviel bezahlten Betrags) iadesine ait dâvanın mahfuz olduğunu zikrediyor. Condictio indebiti'nin karşılığı bulunan, borç olmıyan şeyin iadesi (la répétition de l' indu) tabiri Fransızca hukuk lisanının tahsis ettiği ıstılâhtır. Hiç bir suretle haklı görülemiyen bu zevksiz yeni tâbiri [2] ithal etmenin sebebi nedir? Bundan başka bir hükmün manasını anlamak için Almanca metne ve kanunun hazırlanmasına ait çalışmalara müracaat etmek zarureti hasıl oluyor (madde 500 f. 1 in sonu, mad. 497. f. 2 cümle 2 ve 3 ü karşılaştırınız). Bütün bunlar metnin görünüşüne ve anlaşılmasına zarar veren bir ağırlık bahşetmektedir.

§ 1. Mukavelenin Şekle Ait Şartları

Yeni kanun, eski kanunda olduğu gibi, şekil hususunda iki muhtelif mahiyette şeraitin içtimaını zarurî kılmıştır. Bu şartlardan bazıları mukavelenin tanzim edilmesi lâzımgelen şekle ait olup diğerleri akdin ihtiva etmesi lâzımgelen ifadelere mütaalliktir.

Kefalet akdi bundan böyle kefilin mesul olduğu meblâğın yekûnunun rakam halinde ifadesini ihtiva etmelidir. Halihazırdaki 493 üncü maddenin (bizde 484) istediği şey bu suretle takviye edilmiş

[1] Anladığımıza göre, muharrir bu cümle ile Fransız medenî kanunu olan Kot Napoyonun da ifade bakımından iyi yazılmış olmadığını fakat buna rağmen bu kanunun lisanını methedecek kadar müsamaha gösteren Beyle'in İsviçre kefalet hukukuna ait yeni kanunu görseydi methü senasını esirgeyeceğini söyliyerek yeni kanunun ifadesinin Code Napoleondan da bozuk olduğunu anlatmak istemiştir. Çeviren

[2] Trop — perçu tabiri kasdedilmiştir. Çeviren

IRR

oldu. Filhakika Federal mahkeme çok evvel bu kaideyi hür bir şekilde tefsir etmişti: onun içtihadına göre, kefaletnamede kefaletin miktarının adeden iraesine zaruret yoktu, kefaletnamenin veya bunun atıf yaptığı merbut vesikaların verdiği malûmata göre, kefilin taahhütte bulunduğu anda mesul olduğu miktarı tayin edebilmesi kâfi geliyordu (RO. 42. II. 152; 50. II. 290; 56. II. 379; 57. II. 521.)

Bu içtihat mütaaddit muharrirler tarafından tenkit edilmişti. Netekim 1938 den itibaren Federal mahkeme, evvelki kararının kanunda şekle ait olan hükmün tesirini son derecede zaiflattığını ve bu hükmün temin etmekle mükellef olduğu hukukî emniyeti tehlikeye koyduğunu kabul ederek daha sıkı hareket etti. İlk içtihadının temelini teşkil eden prensibi terk etmeden, bugün, eğer miktar rakam halinde ifade edilmemiş ise, hiç olmazsa bunu teşkil eden unsurların rakamla ifade edilmesini istemektedir, o tarzda ki kefaletin yekûnu «başka âmillerin yardımı olmaksızın basit bir hesap ameliyesi ile» tayin edilebilsin. Bununla beraber esas borcu tesis eden vesikaya atıf yapılması kâfi görülebilir, şu şartla ki bu vesika ile kefaletname arasında «bunlardan biri diğerini itmam edecek tarzda bir irtibat» mevcut olsun. (Ro. 64. II. 346, Jdt. 1939 P. 168 bilhasa muharririn ihtarına bakınız; Ro. 55. II. 33).

493 üncü maddenin yeni şekli (bu maddenin eski şekli bizdeki 484 üncü maddeye tekabül eder) artık bu derecede yumuşak bir tefsire müsaade etmiyecektir. Kanun vazıı bu kaideye mahkeme içtihatlarının tanımak istemediği sıkı bir şekil şartı karakterini iade etmek istemiştir ki; bu şarta riayetsizlik, kefilin taahhüdünün şumulünü vuzuhla tasavvur edebilip edemediğini araştırmağa mahal olmaksızın, mukavelenin gayrımuteber olmasını intaç eder. Kefalet muteber olmak için kefaletnamenin, kefilin mesul tutulacağı meblâğın mecmuunu gösteren bir rakam ihtiva etmesi lâzımdır. Bu miktar yalnız esas borcun resülmalini değil faizleri ve bütün ferileri (takip ve borçlu aleyhine açılacak olan dâva masraflarını, ilh) ihtiva eder. Bu, daha aşağıda göreceğimiz gibi, kefilin, dışında mesul tutulamıyacağı bir haddi âzamidir.

Bundan başka bu rakam bizzat kefaletnamede irae edilmiş olmalıdır. Bundan böyle kefaletnamelerdeki meşhur maddeye göre «kefilin ıttıla payda ettiğini beyan ettiği» asıl borçlunun taahhüdüne basit bir atıf yapmak gayrı kâfidir. Tatbikatta, kefilin taahhüdü aynı vesikada alacaklı ve borçlu arasındaki mukaveleye mâbat teşkil eder. Böyle bir halde birkaç satır yukarda bu mukavelede yazılı

194

rakama atıf yapmanın kâfi olup olmadığı hatıra gelebilir. Biz bunun kâfi olduğunu söyliyebileceğimizi zannediyoruz. Bununla beraber hukukî vesikanın vahdeti prensibi muhtelif şekillerde tefsir olunabilir. Bu sebeple kefilin taahhüdünün metninde mesul olduğu miktarın tekrar edilmesi bize ihtiyatlı görünüyor. Bundan başka, bu miktar esas borcu ifade eden rakkamdan, teferrüatı da ihtiva edeceği için, umumiyetle farklı olacaktır.

Asıl şekle gelince, yeni tanzim, kefilin sıfatına ve taahhüdünün ehemmiyetine göre, medenî hukukumuzun tanıdığı üç şekli mülâhaza ediyor: resmî, tahrirî ve el yazısı. Yeni 493 üncü maddenin birinci fıkrası halihazırdaki hukukun şu prensibini tekrar ele alıyor: «kefaletin sihhati kefilin tahrirî şekilde beyanda bulunmasına bağlıdır.» O halde, kaideten tahrirî şekil lâzımdır. Fakat aynı maddenin müteakip fıkraları bu kaidenin sahasını son derecede daraltmakta ve buna müstesna teşkil etmektedir. Filhakika tahrirî beyan ancak hukukî şahıslar tarafından yapılan kefaletler ve konfederasyon, hukuku âmme müesseseleri veya bir kanton hakkında hukuku âmme borçlarını temin eden kefaletler ve nakliye mukavelelerine ait kefaletler için kâfidir.

Bilmukabele kefil hakikî bir şahıs olduğu ve yukarda zikredilen muamelelerden biri mevzubahis olmadığı takdirde kanun, taahhüdün ehemmiyetine göre, iki şekil mülâhaza ediyor: eğer kefalet ikibin frangı (bizim para ile takriben 600 lira) geçiyorsa vesika resmî şekilde tanzim edilmelidir. Eğer kefalet bu rakkama dun bir miktara taallûk ediyorsa, kanun, kefilin mesul olduğu âzamî miktarı, icabında, müteselsil kefil olduğunu vesikaya elile yazmasını istiyerek yazılı şekil ile el yazısı şeklini birleştiriyor.

Aynı mukavele için mütaaddit şekillerin kabulü medenî hukukumuzda bir yeniliktir. Bu karışık sistemin tatbikinin bidayetinde zuhur edecek olan hatalardan sarfınazar, bu mevzuda bir çok yeni meselelerin huhukçuların ferasetine arzedildiği görülecektir. Bu yazıda biz bu meseleleri saymayı veya halletmeği iddia etmiyoruz. Bununla beraber hakikî bir şahsın ikibin frangtan fazla bir kefaleti daha dun bir miktara ait kefaletler için kabul edilmiş olan şekle riayet ederek imzalaması halini zikredelim. Misâle göre bu şahıs kâmilen kendi elile yazılmış bir vesika vermiş olacaktır. Bu vesikanın değeri nedir? Kabul edilmiş olan şekle nazaran, mesul olacağı miktardan daha yüksek bir rakam zikretmiş olduğuna göre, bu şekil, kefilin mesul olacağı âzamî bir meblâğı elile yazmasını isteyen kai-

deyi yerine getirmekte midir? Sıkı surette kanuna riayet hususunda şekilperest olanlar şüphesiz hayır diyeceklerdir. Bilâkis kefilin taahhüdünün ehemmiyet ve hududu hakkında bir fikir edinebilmesini temin için konmuş olan bu kaidenin bilhassa gayesi düşünülürse bu suale müsbet cevap vermek lâzımgelir. Çünkü böyle bir halde bu gaye fazlasile elde dilmiştir.

Buna müşabih bir mesele iki bin franktan dun bir taahhüt ile kefilin, müteselsil kefil olarak taahütte bulunduğunu elile yazmaması ve diğer şekil şartları mevcut bulunduğu ve daktilo ile yazılmış veya matbu olan metnin kefaletin müteselsil olduğunu tasrih etmesi halinde ortaya çıkacaktır. Vesika, en az, âdi kefalet değerinde olacakmıdır? Binaenaleyh bu iki şekil kefaleti mülâhaza ediş tarzına bağlıdır. Eğer bunlarda esas itibarile birbirinden farklı iki nevi mukavele görülüyorsa cevap menfi olacaktır. Filhakika bu teze göre, tarafların muteber surette beyan ettikleri niyet (irade) hakikatta vâsıl olmak istedikleri gayeden farklıdır. Bununla beraber, teselsülü âdi kefaletin arzettiği teminatın sadece takviyesi, kefilin muayyen bir ölçüde, evvelâ asile müracaat edilmesini (bénéfice de discussion) ve mütaaddit kefil mevcut ise taahhüt edilen miktarın aralarında taksim edilmesini istemek hakkından (bénéfice de division) feragat olarak mülâhaza etmek bize daha tabiî görünüyor Eğer noktai nazarımıza iştirak edilirse, tasavvur ettiğimiz şekil noksanı, taahhüdün ancak müteselsil mahiyetine tesir edecek fakat kefaletin tamamen gayrımuteber olmasını intaç etmiyecektir.

Nihayet yeni kanun, tesis ettiği şekil kaidelerinin bertaraf edilmesini önlemek için muhtelif hükümler ihtiva etmektedir. Bu suretle kefil olmak hususunda verilen hususî salâhiyet ve kefil olmak vadi kefaletin tabi olduğu şekil şartlarına tabidir Bu sonuncu noktada kanun, Borçlar kanununun. 22 ci maddesinin 2. ci fıkrasında vazedilmiş olan „muayyen bir akdi yapmak vadi o akdin tabi olduğu şekle tâbidir" prensibini çok lüzumsuz olarak teyit etmektedir. Bize göre, yeni 493. cü maddenin 4. cü fıkrasındaki hükümde dahi bir tedbir ifratı var, fıkra şu şekildedir: „Eğer kefil olunan meblağ, resmî sekli bertaraf etmek için parçalara ayrılmış ise, mecmu miktar için kabul edilmiş olan şekle riayet edilmelidir." Halbuki Boçrlar kanununun 18. ci maddesi zaten hâkimi, mukavelenin şeklini takdir etmek için tarafların hakiki maksadını araştırmağa davet ediyor. Haddi zatinde kâfi derecede ağır olan bir metinde bu gibi fazla hükümler bertaraf edilmiş olabilirdi.

Mukavelenin muahhar tadilâtına gelince, kefaletname için kanu-

nun tayin ettiği şekilde yapılması lâzımgelen taahhüt olunan miktarın tezyidi ve âdi kefaletin müteselsil kefalet haline kalbedilmesi müstesna olmak üzere muahhar tadilâtın tahrirî olarak yapılması kâfidir. (mad. 493. f. 5). Bu hükmün kefilin vecibesini tahdit eden veya azaltan anlaşmalara tatbik edilmeyeceğini kabul ediyoruz. Bu mevzuda tesis edilmiş olan şekil kaidelerinin yegâne vazifesi kefili himaye etmektir. O halde kefilden, sırf kendi menfaati bakımından kabul edilen hususlar için bu şekil şartlarına riayet etmesi istenemez. Borçlar kanununun 115. ci maddesi [1] bunun aksine bir tefsire hiç bir yer bırakmıyor (RO. 44. 11. 63 cons, 3, JdT. 1918. 1. p. 339 RO. 50. 11. 248, JdT. 1924. 1. p. 501). Mukavelenin tadiline ait hususî bir halde, ilk borçlunun borcundan kurtulması ve binnetice kefaletin sukutunu intaç eden borcun nakli halidir (mad. 178 f. 2 bizde mad.

§ 2. Kefil olmak ehliyeti

Bu son senelere kadar, medeni hukukumuz kefil sıfatile taahhüt 176. f. 2). Bu halde kefilin taahhüdü, yeni borçlunun borcunu temin etmesi için kefilin borcun nakline tahriren rızasını göstermiş olması lâzım ve kâfidir (493. f. 5). [2]

altına girmek ehliyetine karşı yalnız iki hususî tahdit tanıyordu: Bir taraftan karının üçüncü şahıslara karşı kocası menfaatına taahhüt ettiği herhangi bir vecibeyi hakimin tasdikine bağlı tutan medeni kanunun 177. ci maddesinin 3. üncü fıkrası (bizde mad. 169. f. 3) ; diğer taraftan bir konkoradato yapmış ve borçlarını tecil etmiş olan borçlunun bu ecelden istifade ettiği müddetçe kefil olmasını meneden icra ve iflâs kanununun 298.ci maddesi (bizde mad. 290). Buna mukabil, birkaç senedenberi, müşabih hükümler kanun mahiyetini haiz mütaaddit metne dercolundu. İlk olarak, sıkıntıda olan ziraatçıları himaye için muvakkat hukukî tedbirler koyan ve mer'iyeti 11 birincikânun 1941 tarihli bir kararname ile 1943 nihayetine kadar uzatılan 28 eylûl 1934 tarihli federal kararname bu tarzda bir hükmü

[1] İbradan bahseden bu madde bizim kanuna geçmemiştir. Bu maddeye göre, borç münasebeti, kanun hükmüne veya tarafların iradesine tevfikan, bir şekle tab olarak meydana gelmiş olsa bile, doğan alacak hiçbir şekle riayet olunmaksızın ibra tarikile tamamen veya kısmen ortadan kadırılabilir. Çeviren.

[2] Bu mevzuda İstanbul Barosu mecmuasının mayıs 942 nüshasında çıkan borcun nakli halinde kefilin mesuliyeti) başlıklı yazımıza bakınız. Çeviren.

ihtiva etmektedir. Bu kararnamenin 34. cü maddesinin üçüncü fıkrası borcu tecil edilmiş olan borçluyu, butlan tehdidi altında, kefaletname imzalamaktan menediyor. Mevkii mer'iyete gireceği tarih henüz tesbit edilmemiş olan (ziraî borçlardan kurtarma kanunu) aynı memnuiyeti kabul ediyor. Otelcilik ve işlemecilik lehine muvakkat hukukî tedbirler vazeden 22 birinciteşrin 1940 tarihli Federal Konseyin kararnamesi 13 ve 14. cü maddelerinde, borcu tecil edilen borçlunun, taahhüdünün butlanı tehdidile, otelcilik ve işlemecilik cemiyetinin müsaadesi olmakzısın kefil olamıyacağını kaydediyor. Nihayet Federal Konseyin muvakkaten cebrî icrayı tahfif eden 24 ikincikânun 1942 tarihli kararnamesi borcu tecil edilmiş olan borçlunun imzaladığı kefaletnamelerin muteberiyetini tecil komiserinin iznine tabi kılmak hususunda konkordato makamına müsaade veriyor.

Ziraî borçlardan kurtarma kanunu bir tarafa bırakılırsa bu muhtelif yeni metinler buhran mevzuatının aksamından olup ancak muvakkat bir mevcudiyetleri vardır. Bundan başka bu metinler İcra ve iflâs kanununun 298. inci (bizde 290) maddesindeki prensibin ancak mümasil hallere teşmilini ihtiva ediyorlar ve hükümlerini iyice tayin edilmiş bir zümreye tahsis ediyorlar. Halbuki yeni hukuk, kefil olmak ehliyetine çok büyük bir şümûlü olan umumî bir tahdit getiriyor : evli olup da eşinden hükmen ayrı yaşamıyan bir şahsın imzaladığı kefaletnamenin muteberiyeti bademâ eşinin tahrirî muvafakatına bağlı olacaktır (mad. 494). Bu muvafakat en geç kefil taahhüt te bulunduğu sırada verilmelidir. Demek oluyorki eşin muahhar bir icazeti haizi tesir değildir. bununla beraber, umumî surette, kanunun tahdidî bir tâdâdı dahilinde, sicilli ticarette yazılı olan şahıslar bu hükümden müstesnadırlar.

Bu yenilik Borçlar kanununun 1911 de tadili esnasında, her iki mecliste kâfi derecede mebzul münakaşalara hedef teşkil etmişti. Bu münakaşalara avdet etmek istemeyoruz. Bu yeni hüküm, bize, tatbikatta hiç bir hususî müşkülât arzetmeyecek gibi görünüyor.

§ 3. Mukavelenin muhteviyatı.

Düşünülmeden yapılan mukaveleleri önlemek için şekle ait şartların kuvvetlenmesi yapılan reformun ancak bir cephesidir. Kanun vazıı, kefile, taahhüdünden sonra, mesuliyetini tahdit ederek ve bilhassa alacaklının dâvasını yeni şartlara tabi kılarak daha müessir bir himaye temin etmekle de iştigal etmiştir. Bu suretle kefaletin yardımıcı ve talî mahiyeti kuvvetlendirilmiştir. Bu tarzda tetbirler

naziktir: alacaklının haklarına zarurî olarak halel getirilmeden bunlara müracaat olunamaz ve bu tetbirler çok çabuk olarak gayelerinin ötesine geçmek tehlikesini arzederler. Bu takdirde kefaletin terkedildiği ve umumî menfaat bakımından mahzurlu fakat daha müessir ve daha sert bir şekilde, bu müesseseye terettüp eden rolü ifa etmek üzere tabiî vazifelerinden uzaklaştırılacak olan diğer kefalet nevilerinin (kıymetli evraktaki kefalet, müteselsil taahhüt gibi) kullanıldığı görülür. Demek oluyor ki kanun vazıı kredinin meşru ihtiyaçlarile gaye arasında (kefilin himayesi) bir uzlaşma yapmak mecburiyetinde idi. Buna muvaffak oldu mu? Bilhassa alacaklının haklarının seri surette infazındaki menfaatini kâfi derecede nazara aldı mı? Kanunun heyeti mecmuasını göz önünde bulundurursak bunda şüphe etmekte haklıyız. Fakatbu suale yalnız zarurî bir intibak devresinden sonra yeni hukukun tatbikatı cevap verecektir.

Muhtelif nevi kefaletin hususiyetlerini mutalâadan evvel hepsi için müşterek olan hükümleri tetkik edeceğiz.

A. Müşterek Hükümler

a) Kefilin mesuliyetinin vüs'ati.

Yeni 499 uncu maddenin birinci fikrası mucibince, kefil, bütün hallerde ancak kefaletnamede yazılı miktar dahilinde mesüldür. Kefaletin şeklinden bahsederken tetkik ettiğimiz mukaveleye derci lâzımgelen rakam bu suretle bütün kıymetini iktisab ediyor: ahval ve şerait ne olursa olsun bu bir haddi âzamîdir ki kefil bunun dışında mesul değildir. Alacaklının maruz kaldığı hakikî kayıp miktarı ne olursa olsun, kefil bu miktarı tamamen kapatmayı taahhüt etmiş olsa bile, tediyatı mukavelede yazılı rakama vasıl olunca vecibeleri nihayet bulur. Bu tahdit, kefil için çok müessir bir himaye teşkil eder ve onun üzerine aldığı mesuliyeti bir hamlede ölçmesine imkân verir. Halihazırda esas alacağın ferileri kefaletnamede gösterilen meblâğda dahil değildir. (Becker rem 10 ve müteakip. ad. mad. 493). Halbuki, ahvali adiyede matbu formüllerin içine dercedilmiş olan ve kanunî sisteme istinat eden (mad. 499 bizde 490) hükümlerden sarfınazar, bu teferruat büyük bir ehemmiyet arzedebilirler: bunlar yalnız faizleri değil, belki borçlunun temerrüt veya kusurunun neticelerini, borçlu aleyhine vaki olan dâva veya takip masraflarını da ihtiva ederler. Tatbikatta kefilin bu tarzda taahhüt ettiği mesuliyetin genişliği hakkında velev takribî bir bilgi edinebilmesi istisnaîdir. Yeni hukuka göre, alacaklı, borçlusunun kendisini duçar ede-

129

ceği kayıbın yekûnunu hesap etmekle mükelleftir. Alacaklı eğer bütün tediyatının karşılığını temin etmek isteyorsa tetbir almalı ve hakkında kefalet istihsal edeceği âzami miktarı hesap etmelidir. Onunla akit yapan taahhüdünün şümûlü hakkında derhal vazih surette malûmat sahibi olacaktır. Tehlike kefilden alacaklıya geçiyor. Kefil her türlü fena sürprizden vikaye edilmiştir. Bu kefaletin hukukî bünyesini hiç bir suretle tadil etmeksizin, mühim pratik rol oynıyacak olan bir yeniliktir. Zaten bazı muharrirler halihazırdaki 493. üncü maddenin (bizde 484) bu tarzda tefsir edilmesi lâzımgeldiğini ileri sürüyorlardı (Schneider et Fiçk, not. 49 ad. mad. 493).

Müteselsil kefalet (bizde mad. 487) ve birlikte kefalet (bizde 488) hakkında bu prensibin tatbikinin ne olacağı sorulabilir. Kefaletnamede yazılı olan meblâğ kefillerden her birinin mesul olduğu miktarı mı temsil edecektir? Alacaklı kefaletnamede yazılı olan meblâğı kendisine tediye eden kefillerden birine karşı istimal edecek başka bir hakkı kalmadığı için açığının bakiyesini diğer kefillerden istiyebilecek midir? Böyle bir sistem bize, rücu hakkının tanzimile ve bilhassa bundan böyle kefilin bazı şartlar altında malik olduğu, hissesinin dışında tediyede bulunmağı reddetmek hakkı ile müşkülâtla uzlaşır görünüyor (yeni madde 497 f. 2).

Kefil böylece himaye edildikten sonra kanun, onun hudutları dahilinde mesul olduğu âzami miktarı tavzih etmek ihtimamını tarafların anlaşmalarına terkediyor. 499 . ucu maddenin diğer kaideleri tanzimi hukuktandır. Zaten bunlar hali hazırdaki kaideleri hülâsatan iktibas etmişlerdir. Maddeye mahkeme iştihatlarının sureti halline uygun olan bir tavzih konmuştur : kefil, prensip itibarile, mukavelenin hükümsüzlüğünden neş'et eden zarardan ve mukaveleden doğan cezadan (cezaî şart) mesul değildir. Bu suretle kanunun metni, «mukavelenin icra edilmemesinden mütevellit» zararı tazminden kefili muaf tutan ön—projenin metnine şayanı tercihtir. Çünkü bu hüküm, 499 cu maddenin (bizde 490) kabul ettiği mânada borçlunun kusurunun doğrudan doğruya bir neticesi olan müsbet zararı ziyan hakkında da kefilin beraetini tazammun ediyordu (RO. 32.11. 538 cons 8.) . Bu şekilde tashih edilmiş olan katî metin, mahkeme içtihatlarının mükemmel bir şekilde müstakar olan sistemine uygun olarak kefil ancak mukavelenin feshinin (bu fesih esas burcun da sukutunu tazammun eder) neticeleri olan menfi zararu ziyandan gayrı mesul addediyor.

Kanun, kefilin ancak, hilâfına mukavele yoksa, kefalete muahhar

olan borçlardan mesul olacağını tasrih ediyor. Bu kaide, pek muhtemel olarak, zaten Federal mahkeme tarafından reddedilmiş olan, tatbikattaki bazı vaziyetleri bir neticeye bağlamak gayesine matuftur (RO. 49. 11. 100; 57. 11. 281). Bilhassa kredi hesabının kefaletle teminında kefiller, yeni bir borç mevzuubahsolduğunu düşünerek kefil oldukları halde hakikatta, kredi daha evvel bitmiş ve borçlu buhranlı bir vaziyete girmiş bulunuyordu.

b) Teminatın kenunî tenkisi

Kefil, hakikî bir şahıs olduğu zaman, mesul olduğu meblâğın mecmuu her sene rehinsiz veya menkul rehnile temin edilmiş alacaklarda yüzde üç, gayrımenkul rehnile temin edilmiş alacaklarda ise yüzde bir nisbetinde tenkis olunur (yeni mad. 500). Adliye vekâletinin ön-projesinde olduğu gibi eğer hiç bir istisnayı kabul etmeksizin bu kaideye bel bağlansaydı kefalet akdile hakkını tamamen almak istiyen alacaklı esas borç mukavelesinin şartlarını fer'î kefalet mukavelesinin tabi olduğu bu tahavvüllere uydurmak mecburiyetinde kalacaktı.

Bu suretle kefalet, bir çok mukavelelerin icrasını, bilhassa muayyen periyodik edimler [1] ihtiva eden mukaveleleri, tadil edilmeksizin ve kefaletin miktarı sun'î surette yükseltilmeksizin, temin etmeğe artık müsait bulunmıyacaktı. Bundan başka alacaklı amortismanlar hakkında kanunun kendisini mecbur etmiş olduğu tecili, haklarını tehlikeye koymadan bahşedemiyecekti. Alacaklının bu suretle mâruz kaldığı şiddetli hükmü haklı gösterecek herhangi bir menfaat de mevcut değildir. Bu sebeple Federal konseyin projesi bu hükmün şümulünü daralttı: taraflar bidayeten veya mukavelenin devamı esnasında bu hükme muhalif anlaşmalar yapabileceklerdir. Bu suretle bu kaidenin tatbikatı nadir olacaktır. Diğer taraftan, âmme hukukuna ait kefaletler, memur ve müstahdem kefaletleri ve mütehavvil miktarlı borçlara ve periyodik edimlere ait bütün kefaletler için bir müstesna kabul olundu..

Tatbik sahası bu suretle daralan, tarafların iradesile bertaraf edilmeğe müsait bir hale gelen teminatın bu kanunî tenkisi ancak silik bir rol oynıyacaktır.

[1] Edim, prestation mukabili olarak hukuk dilimize yerleşmektedir. periodik edimlerden maksat muayyen fasılalarla ve muayyen zamanlarda ifası lâzımgelen prestasyonlardır. Çeviren.

c) Kefaletin muacceliyeti ve kefil aleyhinde takibat.

Kefalet fer'î bir taahhüt olduğu için vâdesi, umumiyet itibarile, esas alacağın muacceliyetine tabidir. Bu şebeple, temin edilen alacağın vâdesi gelmedikçe kefil hakkında takibat yapılamaz. Buna mukabil, aslî borcun vâdesinin hulûlü kefaletin de — evvelâ asile müracaat edilmesini istemek hakkı mahfuz kalmak şartile — muacceliyetini intaç eder. Borçlar kanununun halihazırdaki 500.cü (bizde 491) maddesi bu prensibe iki müstesna vazediyor [1]. Yeni Kanunun 501 inci maddesinin 1 ve 3 üncü fıkralarında bu hükümleri teyit etmekle beraber bu maddenin ikinci fıkrasında yeni bir kaide vazediyor: «Kefaletin mahiyeti ne olursa olsun, kefil, aynî mahiyette teminat irae ederek, bütün rehinler paraya çevrilip borçlu hakkında borç ödemekten aciz vesikası istihsal edilinceye veya bir konkordato akdolununcaya kadar aleyhine yapılan icra takibatının talikini hâkimden isteyebilir.»

Doğrusunu söylemek lâzımgelirse, bu hüküm kefaletten doğan vecibenin vadesinin hulûlile sıkı surette alâkalı değildir. Sözü geçen hüküm daha ziyade kefile, aynî bir teminat tesisi mukabilinde, icra takibi safhasında bir mühlet vermektedir. Bu hükmün temeli olan prensip kefaletin fer'î mahiyeti değil bu kaide ile son derece kuvetlenen tâli ve yardımcı (subsidiaire) mahiyetidir. Bu suretle kefil taahhüdünü daima, yeni 495 inci maddenin 3 üncü fıkrasında kabul edildiği gibi, alacağın asıl borçludan tahsil edilememesi haline mâtuf bir kefalet şekline kalbedebilecektir (Ausfallbürgschaft). Bu yeniliğin ehemmiyeti bilhassa müteselsil kefalette derhal göze çarpıyor; müteselsil kefalette şimdiye kadar kefilin vecibesi hiç bir suretle yardımcı bir mahiyet arzetmiyordu. Bununla beraber, rehin vermek zarureti bize bu hükmün rolünü tenkis eder gibi görünüyor.

Fakat bu takibin taliki talebi hangi usul dahilinde arzedilecektir? Kefilin elindeki bu vasıta yalnız cebrî icraya mâni olduğu için alacaklının arızasız devam eden hakkına muhalefet etmez. O halde maddî hukuka ait bir defi değildir, ve alacaklının hakkını tayin ve tesbit için kefil aleyhine açtığı tahsil dâvasında bunun tarafından

[1] "Asıl borcun muacceliyet kesbetmesi halinde kefalet de muaccel olur„ kaidesinin bizim 491 İsviçre kanununun 500 üncü maddesinde ifade edilen iki müstesnası şunlardır:

1. Asıl borçlunun iflâsı hali. 2. Asıl borcun muaccel olması borçluya ihbar vukuuna bağlı ise bu ihbar kefile de icra olunmak lâzımdır. Kefil hakkında borcun muacceliyeti ihbar gününden başlar. Çeviren.

202

dermeyan edilirse mesmu olmaz. Esas hâkimi bununla meşgul olacak değildir. Bu sebeple bu hükmün doğuracağı ihtilâfları halletmek yalnız icra hâkimine düşer. Bu sureti hal pratik mahiyette sebeplerle de haklı görülür: Kefil tarafından gösterilen aynî mahiyetteki teminatın tayin ve takdiri basit usulü muhakeme ile olabilecek basit bir ameliyedir. İcra safhasında tarafları, bu hususiaki ihtilâflarını adî usulü muhakemeye tabi bir dâva zımnında hallettirmek üzere, esas mahkemesine göndermek mevzuubahsolamaz. Bize göre, kefilin bu hususiaki talebini İcra ve iflâs kanununun 85 inci maddesindeki (bizde madde 71) mânada takibin talikini isteyen bir istida ile dermeyan etmesi lâzımgelecektir. Bu suretle icra ve iflâs kanununun 85 inci maddesinin çerçevesi Borçlar kanununun yeni 501 inci maddesinin ikinci fıkrasile genişletilmektedir. Kefil elindeki bu vasıtayı (itiraz) tarikile de kullanabilecektir. Bununla beraber Federal mahkemenin mümasil hâdiselerdeki ıçtihadına tevfikan, kefilin alacağın mevcudiyetine veya bunun muacceliyetine ait bir ihtilâfı ifade etmeyip yalnız icraya ait bir def'i dermeyan eden itirazını tafsilâtlı ve esbabı mucibeli bir tarzda bildirmesi icap eder (non—retour à meilleure fortune, İc. ve İF. mad. 265 «bizde bu tâbir basitleştirilerek mal iktisap etmemek denmiştir. Mad. 251»; karı koca birliğinin infisahından sonra mahfuz hisseye ait bir borç için takip KM. 208 «bizde 204», RO 64. III 159). Filhakika alacaklının itirazın mahiyetini yanlış anlıyarak lüzumsuz yere esas hâkiminin önünde hakkının tahtı hükme alınması için dâva ikame etmesine meydan vermemek lâzımdır.

B. Kefaletin Muhtelif Nevileri

a) Adî kefalet. — Kefil bir veya mütaaddit de olsa hiçbir ehemmiyetli tadilâta mâruz kalmamıştır. Kanunun umumî temayülüne muhalif olarak, alacaklının vaziyeti hafif surette ıslah edilmiştir: asıl borçlu hakkında aciz vesikası istihsali gibi konkordato yapılarak borçluya mühlet verilmesi halinde de alacaklı kefili takip edebilir. Borçlunun ikametgâhını ecnebî bir memlekete nakletmesi halinde de hüküm böyledir.

b) Müteselsil kefalet. — Kanunun tekrar tanzimi esnasında en çok tenkit edilen şüphesiz müteselsil kefaletti, ve mütaaddit kimseler bunun lâğvını talep etmek için kıyam ettiler. Bu sebeple bu müessesenin kanunda oldukça hırpalanmış bulunmasından hayrete düşmemek lâzımdır.

Halihazırdaki hukuka göre, müteselsil kefil, müşterek müteselsil borçludan pek farklı olmıyan bir durumdadır: müteselsil kefil, kefillerin adedi ne olursa olsun, borcun tamamı için, esas borçlu aleyhine açılacak dâvada evvel ve rehinler paraya çevrilmeden takip olunabilir. Âdi kefile bahşedilmiş olan evvelâ asile müracaat edilmesini talep etmek hakkından (bénéfice de discussion) veya borcun muhtelif kefiller arasında taksim edilmesini istemek salâhiyetinden (bénéfice de division) istifade edemez. Müteselsil kefilin taahhüdü şüphesiz ki fer'i (accessoire) mahiyettedir, fakat tâli ve yardımcı (subsidiaire) mahiyette değildir. Bu sistem alacaklıya hem para yatırmada emniyet hem de seri bir icra imkânını bahşetmek için bize zarurî görünüyordu. Yeni hukukta kanun vazıı bu şekilde düşünmemiştir. Ve eğer yeni hukuk müteselsil kefalet müessesesini muhafaza ediyorsa teselsül mefhumunun inkârını tazammun eden hükümlerle bu müessesenin muhteviyatından bir kısmını bertaraf ediyor: müteselsil kefil badema ancak tâli bir sıfatla mesul olacaktır. Evvelâ asile müracaat edilmesi ve borcun kefiller arasında taksim edilmesi defilerini, hiç olmazsa muayyen bir nibset dahilinde, dermeyan edebilecektir. Şurası da doğrudur ki bu yeniliklerin şümul ve ehemmiyeti gerek kefile tahmil edilen şartlarla ve gerekse taraflara bahşolunan kanunî tanzime muhalif mukaveleler yapabilmek imkânı ile ekseriya zaiflemiştir.

Yukarda gördük ki, müteselsil kefil bile, aynî mahiyette teminat göstererek esas borçlu hakkında bir aciz vesikası istihsal edilinceye kadar kendi aleyhine yapılan icra takibinin talikini istiyebilir. Bu hüküm müessesenin ehemmiyetini tenkis ediyor; bu suretle müteselsil kefalet borçlunun borcu ödememesi halinde artık alacaklının hukukunun seri bir şekilde tahakkukunu temin edemiyecektir.

Bundan başka kefil bu vasıtaya müracaat etmese bile birdenbire takip edilemiyecektir. Bademe kefilin vecibesinin muacceliyeti şartı borçlunun borcunu zamanında ödememiş olması ve kendisine borcunu ödemesinin ihtar edilmiş bulunması ve bu ihtarın semeresiz kalmasıdır. Borçlunun borç ödemekten âciz olduğunun şayi olması hali bundan müstesnadır. Bundan başka eğer alacak aynı zamanda bir menkul rehnile temin edilmiş ise alacaklının evvelâ bunu paraya çevirmesi lâzımdır (yeni madde. 496 f. 2). Bunun da müstesnası aynî teminatın alacağı artık karşılayamaması ve asıl borçlunun iflâs halinde bulunması veya konkordato mühletinden istifade etmesi halleridir. Burada dahi müteselsil kefaletin yardımcı mahiyeti daha kuvvetlenmiş olarak görülüyor. Bununla beraber bu kaide tanzimi

hukuk kaidesidir, bu vaziyet onun tatbikını çok tahdit edecektir. Kanunun bu hükmünden kefilin vazgeçtiğine dair olan kayıt, çok geçmededen matbu kefaletname formüllerinde ve noter senetlerinde tahrir tarzına ait bir madde (clause de style) halini alacaktır.

Nihayet, birlikte müteselsil kefalet hususunda, yeni 497 inci maddenin 2. inci fıkrası, her kefilin borcun tamamından mes ul olduğu prensibini koyduktan sonra, şu endişe verici hükmü sevkediyor: «bir kefil, kendisinden evvel veya kendisile aynı zamanda taahhütte bulunmuş olan ve İsviçrede bu borç için takip edilebilecek bulunan bütün kefiller aleyhine icra takibi başlamadıkça kendi hissesinin dışında tediyede bulunmayı reddedebilir, ve diğer kefiller kendi hisselerini tediye etmedikçe veya aynî mahiyette teminat göstermedikçe aynı hakkı istimal edebilir.»

Bu fıkra ancak şöyle tefsir edilebilir: sayılan şartların herbiri kefile, hissesinden fazla tediyede bulunmayı reddetmek imkânını vermek için kâfidir. Ezcümle kefil, «diğer kefiller hisselerini ödemedikçe veya aynî mahiyette teminat vermedikçe» onlardan herbirine karşı takibat başlamış olsa bile hissesinden fazla tediyede bulunmayı reddedebilecektir. Demekki birlikte müteselsil kefil alacağın kefiller arasında taksim edilmesini (bénéfice de division) daima talep edebilecektir. Kanunun metni ancak bu şekildeki tefsiri mümkün kılar. Ve bu tefsir müteselsil kefillerden herbirinin borcun tamamından mesul olduğu yolundaki yukarıda vazedilen prensibin inkârıdır. Demekki mübayenet mevcuttur. Birlikte kefil olanlar hisselerine düşen mıktarı asla ödemezler veya teminat göstermezlerse ne olacak? Kanuna nazaran, kefil, gayrı muayyen bir surette sözü geçen defin tahtı himayesindedir.

Böyle bir sistemin kanun vazıının iradesini ifade ettiğini kabul edemeyiz. Biz burada bir tahrir hatası olduğunu düşünüyoruz. Filhakika Federal Konseyin 10. birincikânun. 1930 tarihli projesinin 499. uncu maddesinde şunları okuyoruz: «bir kefil, diğer kefiller daha evvel hisselerini tediye etmedikçe veya bu maksatla takip edilmedikçe, hissesinden fazlasını tediye etmeği reddedebilir» Millî Meclis şubat 1940 da, (daha evvel tediye etmedikçe) kelimelerinden sonra (veya hisseleri için rehin göstermedikçe) kelimelerini ilâve etmiştir. 24. mart. 1941 de aynı meclis maddenin tahrir tarzını şu tarzda tadil etti:... «daha evvel hisselerini tediye etmedikçe veya aynî mahiyette teminat göstermedikçe veya bunlar aleyhine bir takip başlamadıkça». Mana bugünkü metinden çok farklıdır: her kefilin borcun

tamamı üzerinden takip edilebilmesi için şartlardan birinin tahakkuku kâfidir. Ezcümle İsviçrede ikamet eden birlikte kefillerden herbiri aleyhine icra takibinin başlamış olması bunları borcun kefiller arasında taksim edilmesini istemek salâhiyetinden mahrum eder. Katî metin tahrir komisyonun eseridir (26. eylül. 1941 projesi) ki bu komisyon metini hafifletmek için cümleyi ortasından kesmiştir. Fakat sözü geçen komisyonun âzaları çok beceriksiz cerrah olduklarını isbat ederek islâh etmek istedikleri kısmın tamamen şeklini bozdular. Bu hümün tefsiri filen yalnız 24. mart. 1941 tarihli metne istinat etmelidir. Tahrir komisyonunun kanunun muhtevasını tadil niyeti olmadığı gibi buna salâhiyeti de yoktur.

§ 4. Alacaklının vecibeleri

Bir taraflı taahhüdü havi bir mukavele olan kefalet, prensip itibarile, taraflardan yalnız birine, kefile vecibe tahmil eder. Bununla beraber, hukukumuz, kefalet akdinin bu seciyesi sebebile, hüsnüniyet kaidelerinin çerçevesi dahilinde alacaklıya umumî bir sürat ve ihtimam vecibesi [1] tahmil ediyor. Kanunun ona tahmil ettiği muhtelif husussî vecibeler mukabil edim mahiyetinde olmayıp bu umumî vecibenin hususî halleridir.

Yeni hukukta, alacaklının sürat ve ihtimam borcu genişletilmiş ve vuzuhlandırılmıştır. Bilhassa bu vazife daha sıkı müeyyidelere tabi tutulmuştur. Halihazırda alacaklı, kefilin zararına olarak diğer teminatı azaltır veya elinden çıkarırsa bu hâdise kefil lehine bir tazminat dâvasına meydan verir, buna rağmen kefilin vecibeleri devam eder. Böyle bir halde kefilin takas definde bulunması lâzımdır. Hâkim resen bu ciheti nazara alamaz Zararın vüs'ati hakkında ekseriya müşkül olan delili kefilin ikame etmesi lâzımdır. Yeni 503. cü madde ise daha ileri gidiyor: teminatın azaltılması, azaltılan teminatın kıymetine muadil bir miktar için filen—ipso fact—okefilin mesuliyetinin azalmasını intaç eder. Bu kabul olununca artık zararın daha az olduğunu, meselâ rehin paraya çevrilmiş olsaydı satış fiyatının takdir edilen kıymeti bulmamış olacağını icabında alacaklı isbat etmekle mükelleftir. Fakat dahası var. Eğer alacaklı hile veya ağır kusur ile rehinleri elinden çıkardıysa kefil tamamen borcundan kurtulur Federal Konseyin projesindeki teklifin (sözü geçen proje mad. 503) hilâfına olarak bu borçtan kurtuluş yalnız müstakbele

[1] Bundan maksat kanuna ve hüsnüniyet kaidelerine uygun surette takibatta bulunmaktır. Çeviren

muzaf—ex nunc bir tesiri haiz değildir. Mukavelenin makabline şâmil—ex tunc mahiyette hakikî bir feshinden mütevellit neticedir. Bu sebeple kefil vermiş olduğu şeyin iadesini istiyebileceği gibi zararü ziyan da taleb edebilir. [1

Diğer taraftan alacaklının kefilin rücu hakkını istimal etmesine yardım edecek olan senetleri buna teslim etmekten imtina etmesi aynı netayiç ile kefilin mesuliyetten kurtulmasını intaç eder. Halihazırdaki hukuk kefile böyle bir halde geciktirici bir defi(exception dilatoire) veya zararü ziyan dâvası bahşeder; kefil ancak teminatın kendisine devrolunması reddolunduğu takdirde tamamen borçtan kurtulur.

Nihayet yeni 505. ci madde alacaklıya, borçlu resülmali ve altı aylık faize ve senevi bir amortismanı tediyede altı ay teahhur edersе kefile haber vermek vecibesini tahmil ediyor. Bu hükme riayetsizliğin müeyyidesi de alacaklının kefile karşı haklarını, bu yüzden kefilin düçar olduğu zarar nisbetinde, kaybetmesidir.

Bu yeni müeyyideler sisteminin kefaletin bünyesinde yaptığı tadilâtı, bu tetkikimizin çerçevesi dahilinde, mevzuubahsedemeyiz. Sadece tebarüz ettirelim ki eski hukukta alacaklının vecibelerini ifa etmemesi, kaideten, zararü ziyan alacağının doğması yüzünden, vukua gelen zarara uygun bir müeyyideyi istilzam eder. Halbuki badema alacaklının vazifelerinden birini ifa etmemesi daima kefilin tam veya kısmî beraetini tazammun edecektir. Vazıı kanun bu suretle, alacaklının vecibelerinden bazılarını ifa etmesini kefilin vecibelerinin şartı addediyor ve bu suretle tarafların edimleri arasında ,iki taraflı taahhütleri havi akitlere hâs, fakat kefaletin tek taraflı taahhüdü havi mahiyetile kabili telif olmıyan, bir m ü t e k a b i l i y e t münasebeti tesis ediyor.

§ 5. Kefaletin sonu

Fer'i bir taahhüt olması hasebile kefalet, bittabi esas borcun her hangi bir sebeple sukutu ile nihayet bulur. Bununla beraber kefil aleyhindeki alacak esas mukaveleden ayrı bir akitten doğar. O halde alacak kefalet akdine mahsus ve temin olunan alacaktan müstakil sebeplerle de sukut edebilir. Biraz yukarda alacaklının kanunî vecibelerine riayet ettirmemesinin kefili borçtan kurtardığını gördük. Yeni kanun kefil aleyhindeki alacak için yeni bir sukut sebebi da-

[1] Bu husnsta: Von Tuhr cilt II 560 ve mütaakip sahifelere bakınız. Çeviren

ha ithal ediyor: kefaletin muteberiyet müddetini tahdit ediyor (yeni mad. 509). Esas borç sukut etmemiş veya henüz muaccel olmamış bulunsa bile, kanunun hükmile, kefilin vecibesi kefaletin in'ikadından itibaren 20 sene geçmekle nihayet bulur. Burada müruru zamanda olduğu gibi icra takibile veya borcu ikrar ile talik ve katedilemiyen hakikî bir sukutu hak müddeti mevzuubahistir.

Bununla beraber bu kaide bazı istisnalar ile tahfif edilmiştir. Hususile sözü geçen kaide yalnız hakikî şahıslar tarafından deruhte edilen kefaletler için tatbik olunur. Hakikî şahısları yeni hukukun sureti hususiyede himaye ettiğini şekle ait şartlar ve teminatın kanunî tenkisi bahsinde gördük. Bundan başka bu kaide nakliye mukavelelerine ait kefaletlere, resmi memurlara, müstahdemlere ve muayyen zamanlarda icrası lâzımgelen edimlere ait kefaletlere tatbik olunmaz. Diğer taraftan yirmi senelik müddet de 10 sene için uzatılabilir. Bu temdide en erken kefaletin nihayetinden bir sene evvel tahrirî bir beyanla rıza gösterilmiş olmalıdır. Demek oluyorki kefatetnameye dercedilemez. Aksi kabul edilseydi bu şart da çok geçmeden kefaletname metinlerinin mutat bir maddesi olacaktı. Nihayet alacaklının bu müddetin (yirmi sene) inkizasından evvel kefil aleyhine takipte bulunabilmesi için esas borcun kâfi derecede erken muaccel olamadığı hallerde alacaklıyı himaye eden bir hüküm mevcuttur: Esas borcun tediyesi kefaletin nihayetinden önceki son iki seneden evvel talep edilemeyorsa, asıl borçludan veya rehinlerden daha evvel istifade edilmeden, doğrudan doğruya kefil takip olunabilir. Bu kaide âdi kefillere bile tatbik olunur. Eğer kefaletin nihayetinden evvel esas borcun vâdesi gelmediği gibi feshi de ihbar etmek mümkün değilse kefiller aynı şartlar dahilinde müddetin son senesi zarfında tediye ile mükellef tutulabilirler. Bütün bu hallerde kefiller asile rücuları hakkındaki dâvayı borcun muacceliyetinden evvel ikame edebilirler. Bununla beraber kanunda yazılı şekillere tevfikan taahhütlerini temdit veya tecdit ederek bu mahzuru bertaraf etmek ihtiyarına maliktirler. Bu son kaide de gösteriyorki bu son müessese ile yapılmak istenilen himaye ekser ahvalde tahakkuk etmiyecektir. Çünkü kefil, hakkında icra takibi yapılmaktansa bir defa daha imza vermeği tercih eder.

Kanun, müstakbel bir borcu temin için verilmiş olan kefaleti, bu borç henüz doğmadığı takdirde, fesetmek hakkını kefile bahşediyor, şu şartlaki mukavelenin in'ikadından beri borçlunun vaziyeti hissolunur derecede bozulmuş veya borçlunun vaziyeti kefilin hüsnüniyetle kabul etmiş olduğundan çok daha fena olsun. Bununla beraber

kefil, alacaklının kefalet addine güvenmiş olmasından mütevellit zararı tazmin ile mükelleftir.

Nihayet, halihazırdaki 502 ve 503 üncü maddelerin (bizde 494 Üncü madde) kefile bahşettiği, alacaklıyı haklarının muacceliyetinden itibaren dört hafta zarfında borçluya karşı salâhiyetlerini hukukî bir şekilde kullanmağa mecbur etmek hakkını yeni kanun da kabul etmiştir. (Yeni mad. 510 f. 3. 5 ve mad. 511).

§. 6 Muvakkat hükümler

Esas itibarile tatbikatçılara mahsus olan bu mecmuada az dikkat sarfeden veya yanlış malûmat edinmiş alacaklılara tatsiz sürprizler hazırlıyan bu kanunun intikal devresine ait hükümleri üzerinde tatbikatçıların nazarı dikkatini celbetmeği münasip görüyoruz. Filhakika yeni hukuk yalnız mer'iyet mevkiine girdiği tarihten sonra yapılmış olan kefaletlere tatbik edilecek değildir [1]. Kanun, mer'iyet tarihinden sonraki hadiseler hakkında, yapılışları kanunun mer'iyetinden evvel bile olsa, bütün kefaletlere tatbik olunacaktır. Buna rağmen kanunun muhtelif maddelerine atıf yapan ve bu sebeble mutalââsı hoşa gitmeyen bir maddede çok miktarda müstesna kabul edilmiştir. Kanunun mer'iyetinden evvel yapılmış mukaveleler için derhal mer'iyet mevkiine girecek olan başlıca kaideleri aşağıda göstereceğiz.

Müteselsil kefil, menkul rehinlerin paraya çevrilmesinden evvel takip edilebilecektir, şu şartla ki borçlunun temerrüt halinde olduğu usulü dairesinde tesbit edilmiş veya borç ödemekten âciz bulunduğu maruf olsun. Müteselsil kefillerden her biri, yukarda tayin ettiğimiz hudutlar dahilinde, borcun taksim edilmesini talep edebilir. Teminat göstermek suretile takibin talikini talep etmek hakkı ve alacaklının muhtelif vecibelerine riayetsizliğinin neticesi olan kefilin borçtan kurtulması halleri dermeyan edilebilecekti. (mad. 503, 504, 505). Bununla beraber 505. inci maddedekigecikme ihbarı için, teahhurdan itibaren altı aylık ve kanunun meriyete girişinden itibaren en az üç aylık bir müddet alacaklıya temin edilmiştir. Bunun neticesi şudur ki halihazırda borçlusu faizlerin, amortisman veya resülmalin tediyesi hususunda gecikmiş olan alacaklı kanunun mer'iyete girişinden itibaren üç ay zarfında bundan kefillere haber vermek zaruretindedir. Nihayet bu hanundan evvel yapılmış olan mukaveleler için

[1] Bu tarih Federal Konsey tarafından referandum müddetinin hitamından sonra tesbit edilecektir. Muharririn notu.

kefaletin nihayet bulacağı yirmi senelik müddet ancak kanunun meriyetinden itibaren cereyana başlıyacaktır. Buna mukabil, halihazırdaki kanunun meriyetten kalkmasından evvel yapılmış olan kefaletler yüzde üç nisbetindeki senevî tenkise tabi değildirler.

NETİCE

Yeni kefalet hukukunun tetkikinden hasıl olan ilk intiba bunun karışık bir kanun olduğudur. Bu karışıklık evvelâ talep edilen şekillerin ve kefile bahşedilmiş olan defi ve vasıtaların çokluğundan neş'et ediyor. Aynı zamanda bu karışıklık kanun vazının reform vadisinde yarı yolda tevekkuf etmeğe mecbur olmasından doğmaktadır. O, bazı kaidelerin tatbikını bazı kategori şahıslara hasrediyor, bu kaidelerin şümûlünü muayyen hallere tahsis ediyor veya tarafların bunlara muhalif olan iradelerini mahfuz tutuyor. Şüphesiz bir intibak devresinden sonra, kefaletle temin edilmiş borçların başlıca alacaklıları olan malî müesseseler, bu meselede zarurî olan hâkimiyeti eld› edecekler ve müşkülleri yeneceklerdir. Fakat bir akrabasına veya bir dostuna yardım için bir ödünce rıza gösteren ve alacağını temin maksadile üçüncü bir şahsın kefaletini kabul eden, muamelâtta vukufu az basit bir fert için vaziyet asla aynı olmıyacaktır. O, doğurduğu hukukî münasebetlerin karışıklığını bilmeksizin, herhangi bir taahhütte bulunmadığı halde bu muamelenin ona sıkı vecibeler tahmil ettiğini anlamaksızın kefilin vazettiği imzaya itimat edecektir. Yeni hukuk bu suretle karışık tanzim tarzından dolayı ciddî bir mahzur arzetmektedir. Bundan başka, şekle ait şartların karışıklığı ve ağırlaştırılması, kefillerin zarurî olarak istifaya tabi olmasını intaç etmeksizin, bu müessesenin kendisinden vazgeçilemiyen rolünü tenzil ve tenkis edecektir. Bu tenkis keyfiyetinin, zaten suiistimal edilmekte bulunan ve gitgide kendisine ait olmıyan bir vazife ifa etmeğe başlıyacak olan ticarî senetler lehine vukua gelmesinden korkarız. Fransız İsviçresi için herhalde ehemmiyeti mübalağa edilmiş olan meşhur misafirhane kefaletleri (cautionnements d'auberge) kaybolmıyacaktır. Halbuki bunların terkedilmesi şayanı arzudur. Bunlar sadece ticarî senet üzerine verilmiş bir aval şeklini alarak gizleneceklerdir.

Umumî olarak, yeni hukukun, kefilin vaziyetinde yaptığı düzlemeyi bahalı bir şekilde ödemek tehlikesine maruz bulunuyoruz. Bundan başka bu düzelme hakkında fikir beyan etmek için de bu-

21e

nun netayicini beklemek münasip olur. Nihayet, müteaddit bank muhitleri tarafından fena görülen [1] bu kanun bir çok senelerden beri kendisini şiddetle istiyen vâsi mahfillerin beslediği ümitleri kâffesini tahakkuk ettirmiyor. Karşılıklı imtiyazlar kabul ederek yapılmış olan bu teşriî eser bütün uzlaştırmaların taraflardan hiç birini tamamen memnun etmemekten ibaret olan akibetine mâruzdur.

---

[1] 6. İkincikânun. 942 tarihli journal de Genève'in 3. üncü sahifesine bakın

No: 68

Askerî Ceza Kanununa nazaran vahim ve az vahim hal

Yazan

Muhiddin Naci Morova
M. M. V. Kanun Ş. den

Askerî Ceza Kanunumuzun 69, 118 ve 125 inci maddelerinde suçların cezaları umumî surette tayin olunduktan sonra; 69, 108 ve 118 inci maddelerin 2 inci ve 125 inci maddenin de birinci bendleri vahim haler için daha ağır cezalar tertip etmiştir. Aynı kanunun muhteif fiillerdeki diğer 17 maddesinde [*] ise az vahim haller için cezalar hafifletilmiştir. Şu kadarki: kanun bize ne vahim ve ne de az vahim hali tarif etmiş değildir. Filhakika bu hallerin bir ibare ile tarif ve tayini de kolay değildir. Zaman ve mekâna, fiil ve harekete, gaye ve neticeye göre vahim veya az vahim halin tayini hâkim'e bırakılmıştır. Bu keyfiyet umumî kanun olan Türk Ceza kanunumuzla Askerî Ceza Kanunu arasında, ceza tatbikatında esaslı bir ayrılığı ortaya koymaktadır. Çünkü bu suretle hâkim'in salâhiyetleri çok daha genişlemiş bulunmaktadır.

Kanun vazıı ordunun yüksek menfaatleri bakımından elzem bulunan otorite ve disiplinin ve aynı zamanda adaletin muhafazası için, fiilin umumî hükümlerdeki kasıddan daha vahim bir netice tevlit ettiği hallerde cezanın da bu vehametle muvazi olarak artmasını ve kanunun kasıt ve gayesinden daha az vahim neticelerde ise aynı esaslar dahilinde suçun vehametinin azlık nisbetine göre cezanın da asgarî hadde doğru götürülmesini temin etmek istemiştir.

Bu suretle fiilin vahim veya az vahim olduğuna göre maddedeki âzami ve asgarî hadlerden başka bu hususî vaziyet için vahim hallerde asgarî ve âzami cezalar artırılmıştır. Az vahim hallerde ise cezalar azaltılmıştır. Bu suretle bu maddelerde, yeniden, ikinci bir had doğmuştur. Şu kadarki: bu yeni hadleri tatbik için hâkim az vahim veya vahim bir halin bulunduğu-

[*] (As. C. K. da az vahim hallerden bahseden maddeler: 55/2, 56 ıncı maddenin son fıkrası, 61/2, 62/2, 63 üncü maddenin son fıkrası, 64 üncü maddenin son fıkrası 81 inci maddenin ikinci bendinin son fıkrası 90/1 son fıkrası, 91 inci maddenin bütün fıkraları, 108/1, 116/2, 117/2, 126/1, 131/3,4, 134/2, 150/2)

nu tayin ve bunu kararında vakıa ve delillerle izahla mükelleftir. Ancak, burada önemli bir sorgu karşısında kalabiliriz. Bu vahim veya az vahim hali hâkim nasıl tayin edecektir?. Bu doğrudan doğruya hâkim'e varilmiş hafifletici veya ağırlatıcı bir takdir hakkımıdır? şüphe yokki; hayır . . . Vahim hal, kanunun tarif ettiği ve esas cezasını tayin eylediği suçun, unsurları aynî olmakla beraber, neticenin daha zararlı, kanunun teemmülünden daha ciddî ve tehlikeli olması ve bu hususta mevzuatımızda ayrıca ve yeni bir hüküm bulunmaması lâzımdır. Misal olarak As. C. K. 69 uncu maddenin ikinci bendini alalım: (Düşman karşısında veya mahsur bir mevkiden kaçan, müebbet veya muvakkat ağır hapis ile cezalandırılır. Vahim hallerde ölüm cezası verilebilir.) Burada düşman karşısında veya mahsur bir mevkiden münhasıran kaçmak müebbet veya muvakkat ağır hapsi istilzam ediyor. Hiç şüphe yokki bu kaçmanın neticeleri vazifeye, zaman ve mevkiin ehemmiyetine göre değişecektir. Ancak bu kaçma aynı zamanda bir vazifeyi tamamen selp etmiş olabilir. Şu takdirde ciddî bir tehlike vahim bir hal karşısındayız. Bir vazife durmamış olsa bile ,fiil ve hareketinde başka hiç bir kasıd bulunmasa dahi, sırf kaçmasile, birliğin maneviyatını bozmuş ve bu suretle kısmen veya tamamen aleyhe bir hadiseye yol açmış ise yine vahim bir hal karşısındayız.

Az vahim hale gelince: burada da 81 inci maddeyi alalım. (1 — Askerlik çağına girenlerden askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kastile ismini değiştirenler, başkasını kendi yerine tabip muayenesine veya askere gönderenler, başkasının hüviyet cüzdanını veya askerî vesikasını kullananlar, askerlik işlerinde sahte şahadetname veya evrak kullanan yahut her ne suretle olursa olsun hile ve desise yapanlarla kıtaya veya bir müesseseye intisap ettikten sonra kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kastile hile yapanlar on seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılır.

2 — Yukarıki birinci fıkrada yazılı cezalar suçluların şerikleri hakkındada tatbik olunur. Az vahim hallerde bu maddede yazılı cezalar beş seneye kadar hapis cezasına indirilerek hükmedilebilir.) Birinci bendde sayılan fiillerin cezaları yine ayni bendde normal olarak on seneye kadar ağır hapistir. Görüyoruzki: Burada cezanın azamî ve asgarî hadleri arasında geniş bir mesafe vardır. Fakat az vahim halde cezanın nevi dahi değişmektedir. Birinci halde on seneye kadar ağir hapis cezası verilmekde ve ağır hapis de bir seneden başlamakta olduğuna gere hâkim hadisenin mahiyetine ve fiilin ehemmiyet derecesine göre bir sene ile on sene arasında ceza hükmedilebilecekken az vahim halin kabulünde îkinci bir nevi ceza ve yeni bir had karşısında kalmaktadır. Bu defa ceza üç gün ile beş sene arasında hapistir. Şu hale nazaran hâkim ağır hapisten hapse ve azamî haddi on yıl olan bir ağır cezayı

beş yıldan üç güne kadar düşürebilmektedir. Burada mahkemenin takdirine bırakılan takdirî hafifletici sebeplerle, yine mahkemenin takdirile hal edilecek olunan «az vahim hal "leri mütalâa ve mukayese edelim: Misalimizde görüldüğü veçhile az vahim halin kabulü cezanın nevini dahi değiştirmekte ve âdeta yeni bir suç karşısında imişiz gibi yeniden bir ceza haddi tayin etmektedir. Bu vaziyet muvacehesinde az vahim hal suçta yeni bir unsur olarak telâkki edilmek lâzım gelir kanaatındayız. Takdirî hafifletici sebeplerle az vahim hal bu suretle birbirinden ayrılmış olabilir. Esasen vazıı kanunun da bunu ayrıca zikir ve tayin eylemesi az vahim halin takdirî hafifletici sebeplerden başka ve esaslı bir surette farklı bir vaziyet olduğunu kabul etmesindendir. Bunun hukukî netayeci de mühimdir. Birincisi yani takdirî hafifletici sebepler tamamen şahsîdir. Az vahim hal ise umumîdir. İki şahsın aynı zamanda veya aynı mahiyette işledikleri aynı cürümlerin birinin az vahim hal ile ve diğerinin ise umumî esas dahilinde ceza görmesine cevaz ve kanunî mesağ yoktur. Her nekadar takdirî hafifletici sebeplerinde kararda gösterilmesi zarurî ise de bunların hâkimin vicdan ve kanaatından doğacağından mantıki ve ilmî olması kâfidir. Fakat, az vahim halin yeni bir unsur şeklinde ve her halde hislerle değil hadiselerle, mantıkla değil, madde ile isbatı zarurîdir. Netice olarak diyebilirizki: «vahim hal»i subjektif değil objektif olarak mütalâa etmekliğimiz gerektir. Aksi takdirde az vahim hal ile takdirî hafifletici sebeplerin bir birine karışması ve binnetice kanun vazıının gayesinden ayrılmak tehlikesinde bulunuruz. Yani ceza lüzumunda fazla ve hattâ nevi itibariyle dahi takdirî hafifletici bir sebeple indirilmiş ve değiştirilmiş olur.

No. 69

Bibliyografya

Yazan
Kâzım Dereli
Adliye V. Neşriyat D.
Şef V.

Modern Evrak, Dosya ve Arşivcilik
İzmirli Cevad Sökmensüer

Ankara Polis Enstitüsü evrak, dosya ve arşiv dersi eski ve halen İzmir iaşe müdürlüğü arşiv bürosu Şefi.
Sahife: 140, Örnek: 27, Fiatı: 150 Kr.

Uzun senelerin verdiği tecrübelerden faydalanarak vücuda getirilen ve kıymetli bir tetkik mahsulü olan bu kitap:

Devlet daireleri muamelâtında ve bilhassa C. Müddeiumumilikleri, mahkeme zabıt kâtiplikleri, icra ve tapu memurlukları evrak ve dosya işlerinin sâlim bir yolda yürütülmesini;

Her türlü ziyaa mahal kalmıyacak tarzda dosya alıp verme usullerini;

Evrak mahzenlerinin (arşivinin) tanzimi ve pek eski dosyaların bir kaç dakika içinde bulunmasını temin edecek şekilleri;

Öğretmesi bakımından değerli bir rehber vazifesini görebilir.

Bilhassa devlet hizmetine yeni giren orta mektep ve lise mezunlarının kalem ve dosya muamelelerini kavramalarına çok yardım eder.

Kırtasiyeciliğin bir dereceye kadar önüne geçecek, devlet işlerinin süratle görülmesini sağlayacak mahiyette olan bu eser nevi dahilinde memleketimizde basılan ilk eserdir.

Dört kısımdan teşekkül eden bu kitap Ankara ve İzmir kitap evlerinde satılmaktadır. Eser sahibine de müracaat olunabilir.

No: 75

İdare hukukunda iptal dâvalarının mahiyeti

Konferansı veren
Süheyb Nizami Derbil

Ön söz. — Bibliyografya. — İdari dâvaların çeşitleri. — temyiz dâvaları. — Salâhiyet tacavüzü dâvaları. — Tam kaza dâvalariyle iptal dâvalarının ayırdı. Hangi hallerde iptal dâvası kabul edilir? — İdarî kararlar hükümet tasarrufları. — Menfaatleri haleldar olanlar. — Dâva müddeti. — Salâhiyetsizlik. — Şekle riayetsizlik.— Esas ve maksada muhalefet. — İptal hükmünün neticeleri. — Hükmün hem umuma, hem makabline şâmil olduğu. — İptal edilen karar ihya edilemez. — Son söz.

«Türk hukuku kurumu»nın yorulmak bilmez Başkanı Sayın Refik İnce'den aldığım gönül okşayıcı bir mektupta kurumun 1941—1942 konferanslarında bana da bir saat ayrıldığı bildiriliyor. Ve benden bir mevzu isteniyordu.

Ankara hukuk fakültesinde iki yıldan beri okumakta olduğum istatistikden nasıl bir mevzu ayırabileceğimi düşünerek Sayın Başkanın fikrini almak istedim. Meğer kurumun gönül alıcı daveti şimdiki istatistik profesörüne değil, eski idare hukuku profesörüne imiş: Benden idare hukuku çevresi içinde bir mevzu isteniyordu.

Böyle ilmî bir konferansda mevzu sçeimi güç bir işdir. Geniş bir mevzu ileri sürülürse bir saat gibi kısa bir zamanda konferansçı mevzuunu gereği gibi işlemeğe, derinleşdirmeğe imkân bulamaz: İster istemez mevzuun yüzünde kalır. Çok dar bir mevzu konferansçıya derinlere kadar inmek imkânını verirse de çok kerre ince bir ihtisas işi olabilir ve aynı zamanda mevzuun başka bir konferansçı tarafından seçilmiş olması ihtimalini de düşünmek gerektir.

Bu kaygılar altında işin içinden çıkamadım ve mevzu seçimini değerli başkana bıraktım. Sayın Refik İnce, çok ince bir mevzu seçip bildirdi.

Böylece beni bir sürü kaygılardan kurtardığı için kendisine huzurunuzda teşekkürlerimi sunmak isterim.

[1] Bu konferans 17/1/942 tarihinde Dil ve Tarih Fakültesi binasında verilmiştir.

Bu günkü konferansımın isim babasına karşı teşekkür borcumu, iyi, kötü yerine getirdikten sonra mevzua geçerek idare hukukunda iptal dâvalarının ne idiğini gözden geçireceğim. Mevzu işlenmemiş değildir: İdare hukukunun kurucusu sayılan Laferriere'den sonra Dareste, Ducrocq, Hauriou, Berthelemy, Appleton, Moreau, Bonnard, Rolland, İsmail Hakkı Göreli, Waline, Saffet Tuncay, Sıddık Sami Onar, Refik İnce gibi pek değerli hukukçular tarafından işlenmiş bulunmaktadır. Bu yüksek bilginlerin eserlerini [1] sağlık vertikden sonra bu eserlerin ve Devlet Şûramızca verilen kazai kararların ışıklariyle aydınlanarak mevzu'u incelemeğe çalışacağım.

Doktrinde İdarî Dâvaları:

1. — Tam kaza dâvaları;

2. — İptal dâvaları;

3. — Tefsir dâvaları;

4. — Ceza dâvaları;

diye dörde ayırarak pozitif hukuku ve jurisprüdansi bu bakımdan incelemek yerinde olur.

Gerek Fransız, gerek Türk hukukçuları — idarî kaza yalnız Fransa ve Türkiyede en büyük önemi kazanmış ve en mükemmel halini almış olduğu için bu iki memleket hukukçularının eserleriyle iktifa ediyorum—tefsir dâvalariyle ceza dâvaları üzerinde pek duraklamıyorlar. Hattâ bunlar içinde Bonnard ve waline gibi pröfeşörler eserlerinde ceza dâvalarını yan çizmiş bulnnuyorlar.

Bizde şimdi, esasen pek önemi olmayan bu iki çeşit dâvayı bir tarafa bırakarak yalnız iptal dâvalarını ele almak istiyoruz.

Pröfesör Berthélemy'ye göre iki türlü iptal dâvası vardır. [2] biri idari makamların tasarruflarına karşı açılan iptal dâvaları ki bunlara «salâhi-

[1] Laferriere, Traite de la Juridiction Administrative, 1896.—Dareste, la Justice Administrative en France, 1898.—Ducrocq, Cours de Droit administratif, cilt. II. Tribunaux administratifs, 1897.—Hauriou, precis de droit administratirf, 1927.—Berthélemy, Traite elementaire de droit administraitf, 1933,—Appleton, Traite elementaire de contentieux administraitf, 1927,—Morau, Droit administratif, 1909.—Bonnard, precis de droit administratif, 1935.—Bonnard, Le controle Joridictionnel de l' administration, 1934.—Rolland, precis de droit administratif, 1928.—Hakkı Göreli, Bizde Şurayı devlet ve idarenin kazai murakabesi 1937.—waline, Manuel elementaire de droit administratıf, 1936 Saffet Tuncay, İdari Kaza, 1939 .—Sıddık Sami, İdare hukuku, 1933.—Refik İnce, hukuki iki makale, üç Konferans, 1940.

[2] Berthélemy, Sayfa 1127.

218

yet tecavüzü dâvaları» (recours pour escces depouvoir) denir. İkincisi idarî kaza merçilerinin kazaî kararlarına karşı devlet şûrasına açılan dâvalardır ki bunlara da «temyiz dâvaları» (recoursen cassation denant le conseil d'Etat) adını veriyoruz.

Temyiz dâvası mahiyetindeki iptal dâvaları fazla bir hususiyet arzetmediği için üzerinde uzun boylu duraklamıyacağım.

Türk hukukunda hiç bir idare mahkemesinin hiç bir kazaî kararı devlet şûramızın temyizen yapacağı kazaî kontrol dışında bırakılmamıştır. Her türlü idare mahkememizin her türlü kazaî kararları — temyizen verilmiş kararlar olsa dahi — devlet şûrasında temyizen tetkik edilebilir.

Devlet şûrasında temyiz müddeti — hususî kanunlarla ayrı müddet tayin edilmemiş olan hallerde — doksan gündür.

Devlet şûrası temyizen tetkik ettiği dâvalarda kararı bozduğu takdirde işi bu bozma kararı dairesinde yeniden bir karara bağlamak üzere, kararı bozulan heyete gönderir. Fakat, devlet şûrası bununla kalmıyarak daha ileri gidebilir ve bozma kararıyle birlikte işin *esası* hakkında da karar verebilir. Eğer dâva evrakının ve lüzumu halinde getirilecek dosyanın tetkikinden edinilen malûmatı kâfi görürse, devlet şûrasının bozma kararıyle kalmıyarak işin esası hakkında da karar verebilmesi salâhiyeti devlet şûramızın aynı zamanda hem bidayet, hem de temyiz mahkemesi sıfatlarını haiz olması dolayısiyle tabiî görülmelidir.

Temyizen tetkik olunan dâvalarda bozma sebepleri şunlardır:

A. — Vazife ve salâhiyet dışında bir dâvaya bakılmış olması;

B. — Kanun veya nizamnameye aykırı bir hüküm verilmiş olması;

C. — Usulî hüküm ve kaidelere riayet edilmemiş bulunması.

Bir kazaî kararın devlet şûrası tarafından bozulması için bu sebeplerden birinin mevcut olması kâfidir.

Devlet şûrasının temyiz dâvalarında bozma kararıyle adlî dâvalarda temyiz mahkemesinin bozma kararları arasında şu farkı belirtmek gerektir: İdare mahkemeleri için devlet şûrasının bozma kararına uymak mecburîdir. Adliye mahkemeleri için temyiz mahkemesinin bozma kararına uymak mecburî değildir. Ancak adliye mahkemesi temyizin bozma kararına uymaz ve eski kararında ısrar eder de temyiz mahkemesi umumî heyeti tekrar bozma kararı verirse adliye mahkemesi için bu ikinci bozma kararına uymak mecburiyeti vardır.

Devlet şûrasının bozma kararlarına — ister dâva dairelerinin birinde verilmiş, isterse dâva daireleri umumî heyetinde verilmiş bulunan — idare mahkemeleri uymağa borçlu olduklarından devlet şûrasında bir iş için bu şekilde ikinci defa bozma kararı verilmesi bahis mevzu olamaz.

Şimdi, salâhiyet tecavüzü mahiyetinde olan iptal dâvalarını ele alalım.

Salâhiyet tecavüzü mahiyetinde olan iptal dâvaları da adlî kazadaki temyiz dâvalarına benzer. Bilindiği gibi, adliye mahkemelerinde verilen kararlara razı olmayan dâvacılar bu kararları temyiz edebilirler. Temyiz mahkemesi:

1. — *Kanun* veya mukavele yanlış tatbik edilmişse;

2. — Adliye mahkemesi dâvaya bakmaya *salahiyetli değilse*;

3. — Muhakeme *usulüne* aykırı hareket edilmişse ve ilah... adliye mahkemesinin kararını nakzeder [1], yani bozar.

İdare mahkemelerinin *iptal* kararları, temyiz mahkemesinin *nakz* kararına benzer. İdare mahkemesi:

1. — *Kanun* veya nizamnameye aykırı bir idarî karar verilmişse;

2. — Kararı veren kamusal idare memuru veya kamusal idare heyeti buna *salâhiyetli değilse*; veya

3. — Kanunî *usullere*, şekillere veya maksatlara aykırı hareket edilmişse ve ilah... idarî kararı *iptal* eder, yani bozar.

İptal kararı, nakz kararı gibi, verilmiş bir kararı ortadan kaldırır iptal kararıyle, nakz kararile olduğu gibi, bozulmazdan önceki durum avdet eder. Eğer bozulan karar, nakz veya iptalden önce kısmen veya tamamen tatbik edilmiş bulunuyorsa eski durumun iadesi lâzımgelir.

İcra Vekilleri Heyetinin, İcra Vekillerinin, Valilerin, Belediye meclislerinin, Belediye encümenlerin, Belediye reisletinin [2] lâzımülicra kararları aleyhine açılan iptal dâvalarına devlet şûrası bakar.

Vilâyet idare şubeleriyle, kaza kaymakamlarının, kaza idare şubelerinin, nahiye müdürlerinin lâzimülicra kararları aleyhine açılan iptal dâvalarına ise Vilâyet idare heyetleri bakarlar [3].

Kanun vazıımız, adliye mahkemelerinde usule riayet edilmesi hususunda pek titiz davranmamıştır. [4] Fakat kamusal idare teşkilatımızın tasarruf-

[1] Hukuk usulü muhakemeleri kanunu, madde 428,
[2] Refik İnce, sayfa 45,
[3] 1426 sayılı kanun, madde 63,
[4] 1086 sayılı kanun, madde 428,

220

larında kanunların ve nizamların hem esas ve maksatlarına, hem de şekil ve usullerine son derece riayet etmeleri hususunda titiz davranmış ve şekle ait olsa bile en küçük bir kusuru iptal dâvası tehdidiyle karşılamıştır. Bu bakımdan iptal dâvalarına — daha doğrusu iptal hükümlerine — çok geniş bir saha açılmış bulunuyor demektir.

İptal dâvalarının ne olduğunu gereği gibi belirtebilmek için tam kaza dâvalariyle [1] sınırını iyice ayırt etmeliyiz.

İptal dâvalariyle tam kaza dâvalarını biribirinden ayırt etmek için uzun uzadıya uğraşmak, ilk bakışta, gereksiz gibi görünebilir. Fakat bu ayırdın bir kaç bakımdan önemi vardır.

Fransız devlet şûrasında bir tam kaza dâvası açabilmek için devlet şûrası avukatlarından birine baş vurmak gerektir. Dâvacı böyle bir avukat tutmuş olmadıkca Fransız devlet şûrası kanunen tam kaza dâvalarına bakamaz [2]. İptal dâvalarında ise avukat tutmak gerekli değildir. Devlet şûrası avukatlarının ücretleri oldukca yüksek[3] bulunduğundan Fransada iptal dâvaları için ayrıca kolaylık gösterilmiş demektir.

Devlet şûrası avukatlarından birini tutmadan Fransız devlet şûrasına bir dâvacı doğrudan doğruya baş vursa, ilk önce dâvanın tam kaza dâvası mı, yoksa iptal dâvası mı olduğu incelenecek, iptal dâvası ise bakılacak tam kaza dâvası ise bakılmıyacak demektir.

Bir takım tam kaza dâvalarını kurnaz dâvacılar evirip çevirerek iptal dâvası kılığına sokabilirler. Franssz devlet şûrası bunlara kapılarak yanlışlıkla dâvalarına bakacak olursa avukatların hakkı geçer. Fransız devlet şûrasının bu ayırt işinde kayğılanması yerindedir.

Ayırdın pratik önemi bundan ileri gelmektedir. Bizde iki çeşit dâvanın muhakeme usullerinde böyle bir fark bulunmadığından Türkiyede böyle bir önemin ve devlet şûramız için böyle bir kaygının yeri yoktur.

Netekim: Çanakkale umumî meclisinde daimî encümen intihabı yapılırken rey pusulalarının birisine — nasılsa — valinin de adı yazılmış. Tasnifte bu rey pusulasının hükümsüz sayılmasına karar verilmiş. Dâvacı devlet şûrasına müracaat ediyor ve "bir rey puslasında Valinin de adının yazılmış

[1] İsmail Hakkı Göreli, Sıddık Sami ve Refik İnce "kazalı kamile tabi dâvalar„ terimini kullanıyorlar. Ben, Saffet Tuncay ile birlikte „ tam kaza dâvaları " demiş bulundum. Devlet şûrası kararlarında da " tam kaza dâvası "," tam kazalı dâva " sözleri göze çarpıyor.

[2] Bu kaidenin bir kaç küçük istisnası vardır. (Bertheyemy ,sahife 1151)

[3] Bonnard, Le contrôle Juridictionnel de 1 administrastration, sayfa 167.

olması pusulanın hükümsüz sayılmasını icabettirmez. Bu rey pusulasında benim de adım yazılı idi. Bana verilen reylerden birinin hükümden ıskat edilmesine karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bu kararın bozulmasını talep ederim. " diyor.

Müddeiumumî mütalâasında: " İptal dâvası umumî, âfâkî ve tanzimî mahiyette muayyen bir idarî karar aleyhine bu karardan menfaati haleldar olan bir kimsenin bu kararın selâhiyet, şekil, esas ve maksad cihetlerinden kanuna mugayereti hesabile iptal talebile açılan bir dâvadır. Meselede bir iptal dâvası mevzuu mevcut isede dâvacı böyle bir kararın iptalini istemediğine ve sırf kendisine verilen rey pusulasının muteber sayılmasını istediğine ve ortada tam kazalı bir dâva mevzuu mevcut olmadığına göre verilen arzuhalin reddine karar itası lâzım gelir." diyor.

Devlet şûrası beşinci dairesi ise dâvanın iptal dâvası mı, yoksa tam kaza dâvası mı olduğunu belirtmeden, bu cihete aldırış etmeden « dâvacının da ismini muhtevi bulunan rey pusulasının tasnif harici bırakılması kanuna muhalif olduğundan meclisce bu bapta ittihaz olunan kararın iptaline » 4/3/1941 tarihinde söz birliği ile karar verilmiştir. [1]

Ayırdın teorik önemine gelince: tam kaza dâvaları, adliye mahkemelerinde açılan hukuk dâvalarına benzerler. İkiside hakları muhtel olanlar tarafından açılır. Tam kaza dâvalarına mevzu olabilecek işlerde, kazaî selâhiyetleri ne kadar özenle sınırlanmış olursa olsun, umumî salâhiyetli idare mahkemeleriyle (Tribunaux administratif a conpétence générale) adliye mahkemeleri arasında pozitif veya negatif ihtilaflar çıkabilir.

İptal dâvalarına mevzu olabilecek işlerde böyle bir ihtilâf çıkması varit değildir; bu çeşit dâvalara adliye mahkemeleri bakmazlar, ancak idare mahkemeleri bakabilirler. Çünkü prôfesör Sıddık Sami Onar'ın da dediği gibi « eğer bir hakkın ihlalinden husule gelmiyorsa sırf menfaatlerin ihlali hususu hukuk sahasında bir dâva hakkı vermez. Halbuki iptal dâvalarında, dâva bir hakkın ihlalinden değil, sadece bir menfaatin haleldar olmasından çıkar. » [2]

İmdi iptal dâvalarını tam kaza dâvalarından iyice ayırt edersek teorik şöyle bir kazancımız olacak: iptal dâvasına idare mahkemesinin mi, yoksa adliye mahkemesinin mi bakması gerekeceğini artık araştırmayacağız. Tam kaza dâvalarında ise bu nokta üzerinde duraklamak, hatta iki çeşit mahkeme arasında ihtilaflar çıkabileceğini düşünmek icabedecektir.

[1] Kararlar mecmuası, sayı 17, sayfa 59 — 62,

[2] Sıddık Sami, idare hukuku, 1939 sayfa 122 — 123,

Bundan başka: tam kaza dâvalarında bir şahsın bir kazaî karardan faydalanabilmesi, dâvada taraf olmasına veya taraflara katılmış bulunmasına bağlıdır. Dâvaya girmeyenler kazaî karardan faydalanamazlar. İptal dâvalarında ise dâvaya girmeyenlerde kazaî karardan faydalanabilirler.

Bu bakımdan bir idarî dâvanın tam kaza dâvası mı, yoksa iptal dâvası mı olduğunu ayırt etmenin büyük önemi vardır. Tam kaza dâvası ise kazaî karardan yalnız dâvaya girenler faydalanabilecek, iptal dâvası ise dâvaya girmemiş olanlar da faydalanabilecektir.

Devlet şûramız 19/10/1937 tarihli kazaî kararında bu noktayı çok güzel belirtiyor. Bu dâvadan öğreniyoruz ki Ankaranın Fevzi paşa mahallesinde amaç sokağı 1933, 1934 ve 1935 yıllarında belediyece aydınlatılmadığı halde tenvirat resmi istenilmesi üzerine bu mahallede oturan eski muhtarla Mehmet ve arkadaşları tarafından idarî bir dâva açılmış, devlet şûrası 18/12/1935 de dâvayı haklı bulmuş ve tahakkuk ettirilen tenvirat resmini iptal etmiştir.

Aynı mahallenin aynı sokağı sakinlerinden bir zat bu dâvaya girmemiş, fakat bunun şahsî olmadığını, devlet şûrası kararının bir iptal kararı olduğunu, bu iptal kararından kendisinin de istifade ettirilmesi lâzım geldiğini ileri sürerek kendisinden tenvirat resmi aranmamasını belediyeden istemiş.

Belediye idaresi, devlet şûrası kararından ancak dâvaya girmiş olanların faydalanabileceklerini, çünkü idarî dâvanın iptal dâvası değil, tam kaza dâvası olduğunu bildirmiş ve talebi reddetmiş.

Bu zat, Belediyenin red kararını kazaî kontoröle tevdi ediyor.

Mesele şudur: 1935 yılında kazanılan dâva, bir iptal dâvası ise bu zat da bu hükümden faydalanacaktır. Tam kaza dâvası ise faydalanamıyacaktır. O halde ilk önce dâvanın mahiyetini tayin etmelidir. Bunu yapabilmek için iki çeşit dâvanın farklarını ortaya koymak ve böylece belirecek Kriteryoma göre hüküm vermek lâzımgelecektir.

Sayın Refik İnce, iptal dâvalariyle tam kaza dâvalarını inceden inceye kıyaslamış ve iki çeşit dâva arasında on kadar fark ileri sürmüş bulunuyor [1] Meselemizi halletmek için bunlardan bir kaçını ele alalım:

1. — İptal dâvaları objektiftir [2]; hukukîdir. Tam kaza dâvaları

[1] Refik İnce, hukukî iki makale, üç konferans, sayfa 47

[2] İptal dâvalarının objektif olduğu noktasında hemen bütün Fransız ve Türk hukukçuları birleşiyorlarsa da prôfesör Bornard bunu kabul etmiyor (preecis de Droit Adm. 1935 sayfa 81—85)

sübjektiftir, hadisevidir. (yani olaysoldur)

2. — İptal dâvaları, idarenin kanun dairesinde kararlar almasını temin için konulmuş kazaî bir konturoldur.

Tam kaza dâvaları, idareden zarar görenin muhtel olan hukukunun telâfisini tazammum eder.

3. — İptal dâvalarında mücerret bir kanun veya nizamın ihlal edildiği iddia olunur, o kanunun veya nizamın ferde veya müesseseye temin ettiği menfaat ve salâhiyetin muhafazası kasdolunur. Tam kaza dâvalarında ise kanun veya nizamın temin ettiği hak istenir.

Yalnız bu üç fark iki çeşit dâvayı birbirinden ayırt etmemize kâfi gelebilir.

Ortaya koyduğumuz Kriteryomları ele alacak olursak tenviriye resminden kurtulmak için açılan idarî dâvanın bir iptal dâvası değil tam kaza dâvası olduğu açıkca meydana çıkar. Tam kaza dâvası olunca, hükümden ancak dâvacılar faydalanabileceğine göre dâvaya girmemiş olan zatın bundan faydalanamıyacağına şüphe kalmaz.

Müddeiumuminin müteleaları meseleyi çok iyi aydınlatıyor. «alakadarlardan birinin iptal dâvası açarak mevzu dâva olan idarî tasarrufu iptal ettirmesi veya dâvasının reddedilmesi emsalinin dâva açmadan o karardan istifadesini veya müteessir olmasını icap ettirir. Bu kaidenin esasında iptal dâvalarının umumî, afakî, gayrı şahsî ve tanzimî mahiyette olan lazımülicra idari tasarruflar aleyhine matuf olması ve bu kabil tasarrufların bir şahsı değil, bir çok şahısları alâkadar eylemesi ve bu dâvanın umumî butlan nazariyesine müstenit olup kanun veya nizama mugayir tasarrufların iptalini icap ettiren kanuniyet prensibinin tahakkukunu temine hadim en müessir kazaî kontrolü yapmış olması keyfiyetidir. Bu meselede tetkik edilecek nokta dâvacının istifade ettirilmesini istediği kararın bir iptal dâvası neticesinde verilmiş iptal kararı olup olmadığı keyfiyetidir. Evvelce ittihaz edildiği beyan olunan karar iptal dâvasına zemin teşkil edecek evsafı haiz idarî bir tasarruf aleyhine açılmış bir dâva üzerine verilmiş değildir. Bilakis temamiyle şahsî olan tenviriye resmi mükellefiyeti aleyhine ikame edilmiş bir dâva üzerine sadır olmuştur. Yukarıdaki esbap dolayisiyle dâvacının istifade ettirilmesini istediği kararın bir iptal dâvası üzerine verilmediği cihetle o karardaki kaziyei muhkemenin de yalnız ilamda yazılı olan taraflara aidiyeti icap eder.» [1]

[1] Kararlar mecmuası, sayı 3, sayfa 77.

Devlet şûramız kararında aynen «dâvacının iptal kararı olduğunu iddia eylediği karar, dâvacılardan aranılan tenvirat resmi aleyhine açılmış olan dâva neticesinde ittihaz edilmiş olmasına göre bu dâvanın tam kazalı dâva olduğuna şüphe edilemez» denildikden sonra dâvacının iddiasının reddine karar verilmiş bulunmaktadır.

Tam kaza dâvalariyle sınırını çizdikden sonra iptal dâvalarının mahiyetini açıkça bildirilmek için üç esaslı meseleyi gözden geçirmek gerektir:

A. — Hangi hallerde iptal dâvası kabul olunur?

B. — Hangi hallerde iptal hükmü verilir?

C. — İptal hükmünün neticeleri nedir?

Bunları inceleyelim.

A. — Memleketimizde, idare edilenlere geniş ölçüde iptal dâvası açmak hak ve salâhiyetinin verilmiş olduğunu biliyoruz. Bu hak ve salâhiyetin sınırlarını şöyle belirtebiliriz:

1. — İptali istenilen karar *idarî* bir karar olmalıdır.

2. — İdari karar yüzünden dâvacının *menfeatleri haleldar olmuş* bulunmalıdır.

3. — Dâva müddeti içinde açılmış olmalıdır.

Bunları da birer birer ele alalım.

1. — İptali istenilen karar veya muamele *idarî* olmalıdır. Kanunumuz bu hususda sarihdir : «*idarî* fiil ve kararlar hakkında . . . . . .» diyor. Bu itibarla teşriî veya kazaî [1] kararlar ve muameleler hakkında iptal dâvası açılamaz. Bir karar veya muamelenin iptal dâvasına mevzu olabilmesi için *maddi* bakımdan idari olması şart değildir; *şeklî* bakımdan idarî olması şarttır.

Vekâletler tarafından yapılan tamimler, talimatnameler, belediye idareleri tarafından yapılan nizamlar maddî bakımından birer teşri'î tasarrufdur; teşriî birer karar veya muamele sayılırlar. Buna rağmen bunlar hakkında iptal dâvası açılabilir. Çünkü şeklî bakımından idarî sayılırlar.

Büyük Millet Meclisi veya adliye mahkemeleri maddî bakımından idarî mahiyette kararlar verebilirler. Meselâ: Büyük Millet Meclisi tarafından bir kimseye hidamatı vataniye tertibinden maaş verilmesi hakkında verilen

[1] Kazaî karar bir adliye mahkesi tarafından değil de bir idare mahkemesi tarafından verilmiş ise açılabilecek iptal dâvasına "temyiz dâvası„ adını veriyoruz.

bir karar veya bir kimsenin divanı muhasebata âza seçilmesi maddî bakımdan idarî birer karar ve muameledir. Adliye mahkemeleri tarafından verilen istimlâk hükümleri veya bir küçüğe vasi tayini kararları da maddî bakımdan birer idarî karardır. Fakat şeklî bakımdan teşriî veya kazaî olan bu kararlar ve muameleler aleyhine iptal dâvası açılamaz.

«Hükümet tasarrufları» denilen karar ve muameleler aleyhine de iptal dâvası açılamaz. Hükümet tasarrufları şekil bakımından diğer tarafından (umumiyetle İcra Vekilleri Heyeti, Vekiller hattâ valiler tarafından) yapılır.

Eskiden Hükümet tasarrufları geniş ölçüde alınırdı, gitgide bu anlam daralmıştır. Az çok siyasî mahiyet arzeden kararlar diye tavsif edebileceğimiz hükümet tasarruflarının sınırını kesin olarak çizmek pek güç, hattâ imkânsız sayılabilir. Türkiyede Hükümet tasarrufları hakkında bir fikir edinebilmek için şûramızın bir kaç kararına işaret edelim:

1936 da mukabele bilmisil olarak döviz müsaadesi verilmemesi kararını, Devletin yüksek siyasetine istinat etmekte olmasiyle idarî kaza mercilerince murakabe mevzuu teşkil edemeceğine karar vermiştir. [1]

1931 de, bir yabancı tebeasının emlâkine mukabele bilmisil olarak hükümetçe vaziyet edilmesi kararını idarî muameleler sınırı dışında bulmuş ve böyle bir kararın tetkik edilmeyeceğini bildirilmiştir. [2]

1934 de, yabancı memleketlerde bulunup millî mücadeleye iştirak etmeyen bir osmanlı tebeasının Türk vatandaşlığından iskatı kararını da idarî dâvaya zemin teşkil edemiyecek mahiyette bulmuştur. [3]

1939 da, bir kimsenin bir yerden kaldırılarak başka bir vilâyette iskân edilmasi, memleketin yüksek menfaatlerini korumak maksadı ve gayesile Cumhuriyet Hükümeti tarafından yapılmış siyasî tasarruflara müstenit ise, idarî dâva zemini teşkil edemiyeceğini harar altına almıştır. [4]

1934 de hars birliği üzerine müesses yekpare bir vatan kurmak maksdiyle Cumhuriyet Hükümetinin tevessül ettiği teşebbüsat ve icraatın idarî dâva zemini teşkil edemiyeceğine karar vermiştir. [5]

Bu gibi şûra kararlarından başka, Büyük Millet Meclisinin tasvibine

[1] Kararlar mecmuası, sayı 6 sayfa 126.

[2] Aynı mecmua, sayfa 122,

[3] « « « 124,

[4] Kararlar mecmuası, sayı 8, sayfa 86

[5] Kararlar mecmuası, sayı 6, sayfa 123

bağlı kararları da hükümet tasarruflarından saymak doğru olur: örfî idare ilânının, başka devletlerle yapılan andlaşmaların bu bakımdan iptal dâvasına mevzu olamıyacağını ileri sürebiliriz.

Hudut ve sahillerdeki vilâyetlerimizde valilerin yabancıları vilâyetlerinin dışına çıkarmak kararını vermek salâhiyetleri vardır. Böyle bir kararın da – siyasî mahiyeti dolayısiyle—iptal dâvasına mevzu olamıyacak hükümet tasarruflarından sayılması yerinde olur. Bütün bunlarban hükümet tasarruflarının sınırları hakkında aşağı yukarı bir fikir edilmek imkânı bulunabilir.

Bir idarî kararın iptal dâvasına mevzu olabilmesi için, hükümet tasarruflarından olmamakla beraber *lâzimülicra* bir karar olması gerektir. Lâzimülicra idarî karar ancak idarî otoriteler tarafından verilebilir.

Meselâ: Bir sıtma mücadele reisi bir kimsenin arsasını kurutmasına karar vermiştir. Arsa sahibi dâva açarak kanuna aykırı olan bu kararın bozulmasını istemiştir.

Devlet şûrası müddeiumumisi mütalâasında: Sıtma Mücadele reislerinin muameleleri ve kararları lâzimülicra mahiyette bulunmadığı cihetle dâvada husumetin mezkûr riyasete tevcihinde kanunî isabet yoktur. Bu itibarla dâvanın reddi lazımgelir düşüncesini ileri sürüyor.

Devlet şûrası aynı düşünce ile dâvayı reddediyor [1].

2.—İptal dâvası açabilmek için dâvacının idarî karar yüzünden *menfaatleri haleldar olmuş* bulunmalıdır. Bunun şart koşulması dâvanın ciddiliğini temin içindir.

Devlet şûramız menfaatleri haleldar olmuş bulunmak şartını dar ölçüde değil, geniş ölçüde ele almaktadır.

Bozdoğan belediyesi, Bozdoğanla Nazilli arasında işleyen otomobillerin nakliye ücretleri hakkında bir tarife yapmış. Nazillide bir tüccar bir iptal dâvası açmış. Devlet şûrası, bu tüccarı menfaatleri haleldar olmuş bir dâvacı olmak üzere kabul etmiş ve iptal kararı vermiştir [2].

Menfaatlerin haleldar olmuş bulunması şartını geniş ölçüde kabul etmekle idarî kararlar üzerinde kazaî murakabesini mükemmel ve şümullü bir şekilde yapan devlet şûramız, ileride menfaatlerin haleldar olacağı düşüncesiyle açılan dâvaları ret etmektedir.

Meselâ: Bir takım memurlar, harp sırasında memurken düşmana esir

[1] Kararlar mecmuası, sayı 7, sayfa 69

[2] Kararlar mecmuası, sayı 6, sayfa 117

düşdüklerinden esaret müddetinin de hizmet müddetlerine ilâve edilmesi ve tekaütlerinde hesaba katılmak üzere sicillerinde böyle bir kayıt yürütülmesi için Vekâletlere müracaat ediyorlar. bunlara red cevabı verince devlet şûrasına dâva açıyorlar.

Devlet şûrası ise: «Dâva ancak filen sabit ve müesses olan idarî bir muamele ve karara istinadeder.» Bunlar ise dâvalarını «muhtemel bir icraya istinad ettirilmektedir.» [1] diyerek dâvalarını reddetmektedir.

Kamusal idareler hususi şahıslar aleyhine ne tam kaza dâvaları nede iptal dâvaları açamazlar. Çünkü icraî salâhiyeti haizdirler; icraata geçmek için idare mahkemelerinden kazaî karar almak ihtiyacında değildirler.

Fakat İstanbul Vilâyeti hususî bir şahıs aleyhinde devlet şûrasında dâva açmıştır. Devlet şûrası "iderî kaza tesisleri ancak idarî muamele ve kararlar hakkında *fertlerin* davalarına bakar.» demek suretile çok yerinde olarak dâvayı reddetmiştir.

Kamusal idareler ancak idare mahkemelerinden aleyhlerine verilmiş bir kazaî kararı temyiz için fertler aleyhinde devlet şûrasında dâva açabilirler.

Bir kamusal idare başka bir kamusal idare aleyhinde iptal dâsası açabilirmi?

Edirne borsa encümeni İktisat Vekâleti aleyhine bir iptal dâvası açmıştr. Devlet şûrası, «resmî makamların bünyesi dahilinde bulunan her hangi bir teşekkülün o makamlara karşı idarî kaza yoliyle dâva açmasına kanunen masağ yoktur.» demek suretiyle dâvayı reddetmiştir. [2]

İzmir Vilâyeti Hazine vekilliği İzmir Vilâyeti tefviz komisyonu aleyhine devlet şûrasında bir iptal dâvası açmıştır. Devlet şûrası çok doğru ve çok yerinde olarak: «idarî kaza tariki haleldar olan haklarının tanınmasını teminen *idare olunanlar* için kabul edilmiş bir vasıta bulunmasına binaen devletin bir uzvunun diger bir uzvu aleyhine aynı tarik ve vasıtaya tevessülü ve dâva ikamesi caiz olamıyacağından açılan dâvanın bu sebeple reddine» karar vermiştir.[3]

Fakat Edirne belediyesi Edirne Vilâyeti aleyhine bir iptal dâvası açmış ve devlet şûramız bu dâvayı kabul ederek verilen idarî kararı 14/4/1939 tarihinde iptal etmiştir. [4]

---

[1] Kararlar mecmuası, sayı 5, sayfa 122

[2] karaler mecmuası, sayı 7, Sayfa 68

[3] " " " 5, " 105

[4] " " " 9, " 49—50

228

3. — Dâva müddeti içinde açılmış bulunmalıdır.

Dâva müddetini Devlet şûrası kanunu şöyle tasrih ediyor. «İdarî kaza yoliyle devlet şûrasına dâva açmak müddeti her nevi muamele ve kararların alâkalılara usulü dairesinde tefhim veya tebliğinden, yahut idarî vazifelerin ifası vesilesiyle vuku bulan fiiller hakkında icraya ıttıla tarihinden itibaren hususî kanunlarla müddet tayin edilmeyen hallerde 90 gündür. » [1]

699 sayılı kanunumuzda dâva müddeti 60 gün olarak tesbit edilmişti. [2] Yeni kanunumuz bunu 90 güne çıkarmıştır.

İdarî dâvalarda, adlî dâvalarda olduğu gibi dâva müddetini uzun tutmak muvafık görülmez. İdarî kararların uzun müddet idarî dâva yoliyle bozulma tehlikesine mâruz kalması, kamusal idarelerin otoriteleri ve kararlarının istikrar ve mer'iyeti bakımlarından mahzurlu görülür. Bunun için idarî kazada dâva müddeti kısa tutulur.

Ancak idarî kararlar ve muameleler aleyhinde dâva açmadan önce alâkalılar tarafından iyerarşik müracaat yapılabilmesini kolaylaştırmak faydalı görülür. Alâkalılar, iyerarşik müracaatla istediklerini elde ederlerse, tabiî, artık idarî dâva açmak ihtiyacından kurtulurlar. İşte, idare edilenlere bu kolaylığı göstermek için, iyerarşik müracaatın dâva müddetini durdurması esası kabul edilmiştir.

İdarî dâva açmadan önce idarî bir muamele veya kararın alâkalılar tarafından kaldırılması, yahut değiştirilmesi mafevk idarî mercilerden, dâva açmak için muayyen müddet içinde istenebilir. Bu suretle yapılan müracaatlar idarî dâva müddetini durdurur.

İyerarşik müracaatın dâva müddetini durdurabilmesi için, dâva müddeti içinde yapılması şarttır. Dâva müddeti geçtikten sonra da iyerarşik müracaat yapılabilir; fakat bu müracaat şikâyet edilen karar veya muamele hakkında artık idarî dâva açmak hakkını vermez. Kazaî kararların, iyerarşik müracaat üzerine, idarî kararla bozulmasına hukukî imkân olmadığı için idare mahkemeleri tarafından verilen kararlar aleyhine dâva müddetinin iyerarşik müracaatla durdurulması kabul edilmez.

Dâva müddeti içinde yapılan iyerarşik müracaat hakkında idarî merciden bir karar verilmezse ne olacak ? Bu hususta eskiden başka türlü dü-

[1] 3546 sayılı Devlet şûrası kanunu madde 32

[2] Madde 25

şünülürdü. Türlü, türlü fikirler ortaya atılmıştı. Laferrière bile: «idarenin sükûtu dâva mevzuu olamaz.» [1] demişti.

Birtakım kimseler Eczahane, Mektep, Gazino veya Sinema açmak için; şöförlük, tabiplik, avukatlık, dişcilik veya ebelik yapmak için; veya hut bir ticarî şirket kurmak için kamusal idareye müracaat ederek izin verilmesini isteyebilirler. Müracaatları reddedllirse böyle bir ret kararı aleyhinde iptal dâvası açabileceklerdir. Müracaatlar hakkında bir karar verilmez, kamusal idare sukut ederse « idarenin sükûtu dâva mevzuu olamaz. » mı denilecek ?

Böyle bir görüş ve düşünüşün yanlış olduğu, idare edilenlerin hak ve menfaatlerini korumadığı anlaşılmış ve buna bir çare aranmıştır.

Çare bulmak kolay değildi. Mesele, kamusal idare karar vermezse idare mahkemesinin karar vermesi meselesi idi. İdare mahkemeleri, böylece faal kamusal idarelerin yerine geçerek gerekli kararı vermekle mükellef tutulursa hem çok ağır bir vazife yükü altına sokulmuş, hem de kazaî ro lü çok fazla genişletilerek salâhiyeti idarî işlere de teşmil edilmiş ve kamusal idarenin âmiri durumuna gatirilmiş olacaktı. Hem teorik, hem pratik mahzurlar vardı. Bu mahzurları önlemek için bir ipotez kabul edildi. Kamusal idareler, kendilerine idare edilenler tarafından yapılan müracaat tarihinden itibaren dört ay içinde bir karar vermezlerse bu kararsızlıkları müracaatın reddi mahiyetinde farzedildi.

Fransızlar, yalnız icra vekilleri hakkında olmak üzere bu ipotezi 2 son Teşrin 1864 tarihli dekrelerinin yedinci maddesinde ilk defa ileri sürdüler. 17 Temmuz 1900 tarihli kanunlarının 3 üncü maddesiyle bu prensipi bütün kamusal idarelere teşmil ederek işi tamamladılar. İpotez şudur: Kamusal idareler hususî şahısların müracaatları hakkında 4 ay içinde bir karar vermezlerse ret kararı vermiş sayılacaklar ve bu ipotetzik ret kararı aleyhine idarî dâva açılabilecektir.

Bizde bu boşluk 21 İlkkânun 1938 tarihli devlet şûrası kanunumuzun 33 üncü maddesiyle doldurulmuştur. Bu maddeye göre, idarî dâvaya mevzu olabilecek bir karar verilmesi için alâkalıların idarî mercilere vukubulacak müracaatları üzerine bu mercilerin en çok dört ay içinde bir karar ittihaz etmeleri lâzımdır.

Bu müddet içinde bir karar verilmezse müracaat ret edilmiş sayılır ve bu halde alâkalı, dört ayın inkizasından itibaren kanunî dâva müddeti zarfında devlet şûrasına idarî dâva açabilir.

[1] Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 1896 .cilt II, sayfa 429.

B. — Hangi hallerde iptal hükmü verilir ?

İptal şartlarını da üç kategoriye ayırabiliriz :

1. — Salâhiyetsizlik ;

2. — Şekle riayetsizlik ;

3. — Esas ve maksada muhalefet .

Birer birer inceleyelim .

1. — Salâhiyetsizlik, muayyen bir idarî tasarrufun kanunen veya nizamen salâhiyetli olmıyan bir kimse veya hey'et tarafından yapılmış olmasıdır.

İdarî tasarruf, hiç salâhiyeti olmıyan bir kimse tarafından yapılmış olabilir. Bu takdirde salâhiyetin gasbı bahse mevzudur. Böyle bir idarî tasarruf hükümsüzdür, yok gibidir, yok sayılır, iptal dâvasına mevzu teşkil etmez, buna lüzum yoktur.

Bir sıtma Mücadele Reisi bir kilseye ait arsanın kurutulması için mallarının tahsili emval yoliyle satılmasına karar verse böyle bir karar hükümsüzdür, yok gibidir, iptal dâvasına mevzu teşkil edemez. Fakat, muayyen bir idarî karar belediye idaresi tarafından verilmesi lâzım gelirken vilâyet veye kaza idaresi tarafından verilse; veya Vilâyet tarafından verilmesi icap ederken belediye idaresi tarafından verilmiş bulunsa böyle bir karar kakkında iptal dâvası açılabilir; idare mahkemesi böyle bir kararı iptal eder.

Meselâ: bir beldede ekmeklerin hangi kalitede unlarla yapılabileceğini, hangi fiatlarla satılabileceğini tayin etmek belediye idresine ait iken Vilâyet idaresi bu hususlarda bir karar ittihaz eder ve ekmeğe narh koyarsa böyle bir karar aleyhine iptal dâvası açılabilir. Ve böyle bir karar devlet şûrası tarfından iptal edilir.

Uzunköprüde bir kimse, muattal bulunan değirmenini açıp işletmek için Maliye Vekilliğinden müsade talep etmiş. Maliye Vekâleti talebini reddetmiş. Değirmenci dâva ediyor ve mahallî ticaret odasiyle belediye encümeni raporları nazarı dikkate alınmayarak vekillikçe verilen bu ret kararının iptalini istiyor. Devlet Şûrası: "dâvacının muattal bulunan değirmenini yeniden açmak hususundaki talebinin bir karara raptı icra vekilleri heyetine aitken Maliye Vekâletinin kendisine arzedilen bu iş hakkından doğrudan doğruya karar vermiş olması kanunun Vekâlete vermemiş olduğu bir salâhiyeti istimale müntehi olduğu zahir bulunduğundan bu kararın iptaline» karar vermiştir. [1]

[1] Kararlar mecmuası sayı 6, Sayfa, 112

Bu iptal kararını salâhiyetsizlik haline misal olarak gösterebiliriz.

2. – Şekle riayetsizlik.

Şekle riayetsizlik bir nevi salâhiyetsizlik demektir. Salâhiyetin kullanılması için gözetilmesi gereken şekiller aynı zamanda salâhiyetin de takyit ve tahdidini tazammun eder.

Meselâ: bir belediye idaresi tarafından istimlâk yapılabilmesi için belediye encümeni tarafından istimlak sebeplerini bildirir bir mazbata yazılması ve mahallin en büyük mülkiye âmiri tarafından umumî menfaat kararı verilmesi lâzımdır. [1] En büyük mülkiye âmiri belediye encümeni mazpatası olmadan umumî menfaat kararı vermişse şekle riayetsizlik etmiştir. Böyle bir karar idarî dâva yoliyle iptal ettirilebilir. Devlet şuramız şekle riayet hususunda çok büyük bir itina göstermektedir. Eczacılar ve Eczahaneler hakkkındaki kanuna göre şehirlerde her onbin nüfûs için Sıhhiye Vekilliğinin müsaadesiyle bir eczahane açılabilmesi prensipi kabul edilmiştir.

Kanunda «nüfusu kesirli olan yerlerde ihtiyaç bulunduğu takdirde bir eczehane daha açılmasına müsade olunabilir» denilmektedir.

Nüfusu 20732 olan Ödemişte iki eczahane vardır. Tarsusdaki bir eczacı üçüncü bir eczahane açmak için Sıhhıye vekilliğine müracaat ediyor. Sıhhıye Vekilliği eczahane açmak müsaadesi verip vermemekte kanunen kendini muhayyer gördüğü için ve Ödemişte üçüncü bir eczahaneye ihtiyaç olmadığına kani bulunduğu için red cevabı veriyor.

Eczacı red kararı aleyhine iptal dâvası açıyor. Devlet Şûrası: ihtiyacın mevcut olup olmadığının Vekâletin usulüne tevfikan yaptıracağı tahkikatla tesbit edilmesi ve tebeyyün edecek neticeye göre karar yerilmesi icabederken hiç bir tahkikata istinad edilmedan ihtiyaç bulunmadığı beyaniyle dâvacının talebinin reddi usulsüz bulunduğundan muttahaz karar ve muamelenin bu itibarla bozulmasına» karar vermiştir.

Sıhhıye Vekilliğinin kararında şekle riayetsizlik kanun veya nizamname ile açıkca belirtilmiş bir şekle riayetsizlik olmadığı ve bu cihet ancak kanunun ruhundan istitlâl edilebildiği halde Devlet Şûrası kararı ibtal etmiş bulunmaktadır.

3. — Esas ve maksada muhalefet.

İdarî karar kanunî şekillere uygun olarak salâhiyetli kamusal idareler tarafından verilmiş olabilir. Fakat karar kanunun veya nizamnamenin esas ve maksadına aykırı düşebilir. Bu takdirde dahi karar iptal dâvasiyle bo-

[1] 2497 sayılı Belediyece yapılacak istimlâk hakkında kanun, madde 2.

zulabilir.

İş dairesinin İstanbul bölge âmirliği İstanbuldaki Bankaları, on kişiden fazla kimse çalışdırdıkları için, 3008 sayılı iş kanununa dayanarak iş yeri olarak tasnif etmiştir. Bankalar İktisat Vekâletine müracaatla itiraz etmişlerdir. İktisat Vekâleti itirazlarını reddetmiştir. Sekiz Banka, Vekâletin red kararı aleyhine iptal dâvası açmışlardır.

İdarî kararda salâhiyetsizlik yoktur, şekle riayetsizlik yoktur. Karar salâhiyetli makam tarafından kanunî şekillere uygun olarak verilmiştir. Fakat Devlet şûrası idarî kararda kanunun maksadına aykırılık görmüş ve kararı iptal etmiştir. Devlet şûrası kararında şöyle deniliyor:« İş kanunu sadece istihsal vesaitinde istihdam edilen işçilerin cismanî mesaisini insanî sayılacak bir halde bulundurmak ve işcileri sermayedarların tegallüp ve tahakkümünden kurtarmak maksadına istinat eder. Bankalar ise istihsal vasıtası mahiyetinde olmayıp servetin tevzii hizmetine teradüf eden müessesatdan bulunduğundan kanunun Bankaların ve Bankacılık muamelelerinde istihdam ettiği kimselere tâalluku olmadığı meydandadır. Hilafına muttahaz kararın iptaline ittifakla karar verildi. [1]

C.— İptal hükmünün neticeleri.

İdare mahkemelerinin verdikleri iptal hükmünün neticelerini «iptal» kelimesi açıkca belirtmektedir. İdarî dâvanın mevzuu olan idarî karar iptal hükmiyle bozulmuştur, kaldırılmıştır, yok edilmiştir.

İptal dâvası Devlet şûrası tarafından reddedilirse bu kazaî karar dâvacı hakkında muhkem kaziye teşkil eder ve yalnız aynı kimsenin, aynı sebeplerle, aynı şeyi dâva etmesine engel olur.

Meselâ: Uzunköbrüde bir kimse degirmenini açmak için Maliye Vekâletinden izin istemiş. Maliye Vekâleti reddetmiş. Bu kimse Maliye Vekâletinin red kararı aleyhinde iptal dâvası açmış. Devlet şûrası Maliye Vekâlenini böyle bir karar vermeğe salâhiyetli görmediğinden red kararını iptal etmiştir. [2]

Denizlide başka birisi değirmenini açmak için Maliye Vekâletinden izin istemiş. Maliye Vekâletide reddetmiş. Bu zat ise red kararı aleyhinde Denizli Defterdarlığını dâva etmiş. Devlet şûrası: «Vilâyetlerde Defterdarlar Maliye vekilinin mümessili sıfatında değillerdir. Bu itiparla Maliye Vekâletinin mükarreratı aleyhindeki dâvalarda kendileri husumet mevkiinde bulunmazlar.» diyerek dâvacının iptal dâvasını retdetmiştir. [3]

[1] Kararlar mecmuası, sayı 9, sayfa 41.

[2] Kararlar mecmuası, sayı 6, sayfa 112 — 113.

[3] Kararlar mecmuası, sayı 6, sayfa 122.

233

İptal dâvasının red kararı Denizlideki değirmenci için muhkem kaziye olmuştur. Artık bu değirmenci aynı şeyi dâva edemez. Fakat, Uzunköprüdeki değirmenci gibi, Maliye Vekâleti aleyhinde iptal dâvası açabilir.

Eğer iptal dâvası kabul edilir ve iptal kararı verilirse idarî karar yalnız dâvacı hakkında dağil, herkes hakkında iptal edilmiş olur.

İstanbulda sekiz Banka Şubelerinin İktisat Vekâletince iş yeri sayılması kararı aleyhine iptal dâvası açmışlar ve Devlet şûrasından iptal hükmünü almışlardır. Bu iptal hükmünden yalnız İstanbuldaki dâvacı sekiz Banka değil, dâvaya girmemiş olan diğer Bankalarda, hattâ varsa İzmirdeki Bankalarda istifada eder.

Bu bakımdan iptal hükmü makapline şamil mahiyette bir karardır. İdarî tasarruf kanunlara veya nizamnamelere aykırı olduğu için iptal edilmiştir.

Kanunlara veya nizamnamelere aykırı bir idarî tasarrufla bir kimseye zarar iras edilmiş ise bu zararın tazmini gerektir. Ancak böyle bir zararın mevcudiyetini muhakeme etmek ve zarar varsa tazminat miktarını tesbit eylemek iptal dâvalarının mevzuu dışında kalır. İptal olunan idarî tasarruflar dolayısiyle zarar görenler ayrıca tazminat dâvası açabilirler ki bu gibi dâvalara, daha ziyade, Adliye mahkemeleri bakarlar.

İptal hükmü üzerine kamusal idareler bu hükmün aynen tatbiki için gereken bütün tedbirleri almakla mükelleftirler. İptal kararına uymayan kamusal memurların şahsen cezaî mesuliyetleri bahse mevzu olur. İdare mahkemesinin iptal hükmü salâhiyetsizlik veya şekle riayetsizlik sebebiyle verilmiş ise kamusal idarenin iptal edilen kararı, salâhiyetli organı marifetiyle ve şekle uygun surette aynen tekrar etmesine hiç bir engel yoktur. Ancak yeni karar, iptal edilen eski kararı ihya etmez. Yeni karar, eski karar tarihinden itibaren değil, kendi tarihinden itibaren hüküm ifade etmeğe başlar.

İptal dâvalarının mahiyetini gereği gibi kavrayabilmekiçin idarî kazanın tarihçesini de gözden geçirmek, onun nasıl olupta iyerarşik müracattan başkalaşmak suretile vücut bulunduğunu incelemek ve hattâ kazaî tasarrufların hukuki teknik bakımından mahiyetini göz önüne almak yerinde olur. Bu noktalar üzerinde söz açmağa imkân kalmamış bulunuyor.

Beni dinlemeğe gelen gençlere fikrî bir ziyafet vermek isteğiyle başladığım konferans—mevzuun büyüklüğü karşısında vaktin darlığı yüzünden — bir ziyafetten ziyade bir dâvete benzedi. Genç hukukçularımızda sağlık verdiğim degerli bilginlerin eserlerini okumak, üzerlerinde saatlerce duraklamağa değer önemde oldukları halde yalnız birkaçına işaret etmekle kaldığım devlet şûramızın kararlarını—idare hukukumuzun gölgede kalan noktalarını aydınlatmak bakımından - incelemek hususunda, sözlerimle bir heves uyandırabildimse ne mutlu.

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
5/6/1942	18046	338	13/6/1942	5131
5/6/1942	18047	340	13/6/1942	5131
5/6/1942	18048	342	13/6/1942	5131
5/6/1942	18049	343	13/6/1942	5131
5/6/1942	18050	344	13/6/1942	5131
5/6/1942	18087	341	13/6/1942	5131
10/6/1942	18108	345	13/6/1942	5131
10/6/1942	18109	348	13/6/1942	5131
5/6/1942	18107	347	16/6/1942	5133
24/6/1942	18199	353	29/6/1942	5144
24/6/1942	18179	350	30/6/1942	5145
24/6/1942	18180	351	30/6/1942	5145
24/6/1942	18181	352	30/6/1942	5145
27/6/1942	18214	355	2/7/1942	5147

Resmî Gazetede Neşrolunan Temyiz Mahkemesi tevhidi içtihat kararları

Kararın Tarihi	No. su	Resmî Gazetenin Tarihi	No. su	Özü :
18/3/942	6 Karar 37 Esas	6/7/942	5150	İcarın yenilenmesinden mütevellit iddialar ait olduğu mahkemede ispat edilinceye kadar icranın tehiri icap edeceğine dair
15/4/942	9 Karar 14 Esas	6/7/942	5150	Şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı mümeyyiz küçüklerin dâva ve şikâyet hakkına malik olduklarına dair

No : 70

Sulh teşebbüsü ve ihtar dâvalarını mevzuatımızdan çıkarmak suretile hukuk usulü muhakemeleri kanunu ile medenî kanunda tadilât icrasına ihtiyaç var mıdır ?

Yazan
Âkil Önder
Ankara Sulh Hâkimi

Kanun dışı birleşmelerin ve evlenme harici çocuk tevellüdatının önüne geçilmesi için bir çok hukukçuların gösterdikleri çareler arasında boşanma sebeblerinin genişletilmesi ve bu dâvaların suratle intacını temin etmek üzere bunlara takaddüm eden sulh teşebbüsü ve ihtar dâvalarının mevzuatımızdan çıkarılması temennilerinin mevcut olduğunu görüyoruz. Medenî kanunumuzda gösterilen boşanma sebeblerinin tevsii kanun harici birleşmelere ne dereceye kadar mani olacaktır. Ve ihtiyaç böyle bir değişikliği icab ettirecek derecede kuvvetli midir? bu başlıbaşına ve ehemmiyeti pek büyük bir mevzudur. Biz burada bunun münakaşasını daha salâhiyetli kimselere bırakarak asıl mevzumuz olan sulh teşebbüsü ve ihtar dâvalarını mevzuatımızdan çıkarmak suretile hukuk usulu muhakemeleri kanunu ile medenî kanunda tadilat icrasına lüzum ve ihtiyaç varmıdır bunu tetkik edeceğiz.

Sulh teşebbüsü, mevzuatımıza hukuk usulu muhakemeleri kanununun kabulu üzerine girmiştir. Bunun ilgasını isteyenler başlıca şu iki sebebi ortaya sürmektedirler.

1 — Vaki sulh teşebbüsleri akim kalmaktadır binaenaleyh faidesizdir. İşleri çoğaltmaktan başka bir netice vermez.

2 — Faidesizliği aşikâr olan sulh teşebbüsleri yüzünden boşanma dâva-

237

ları uzamakta ve bunun neticesi kanun harici birleşmeler ve nesebi gayri sahih çocuklar çoğalmakta ve bu yüzden içtimaî huzursuzluk doğmaktadır. Binaenaleyh bu müessesei hukukiyenin derhal ilğası lâzımdır.

Sulh teşebbüslerinin ilğasına taraftar olanların gösterdikleri sebeblerin doğru olup almadığını anlamak için evvelâ istatistiklere müracaat etmemiz lazımdır. Türkiye cümhuriyeti mahkemelerine 939 senesinde 10510, 940 senesinde 10445, 941 senesinde 10080 sulh teşebbüsü dâvası gelmiştir. Buların kaçının barışma ve kaçının akametle neticelendiği hakkında neşredilmiş rakamlar bulunmadığından bu hususta kat'i bir rakam göstermiyeceğim fakat muayyen bazı yerler üzerinde yaptığım tetkikat sonunda elde ettiğim neticeden sulh teşebbüslerinin yüzde altmış yedi buçuğunun (barışma) ve yüzde otuz üç buçuğunun da (Akametle) neticelendiğini anladım. Binaenaleyh sulh teşebbüslerinin hepisinin akim kaldığı iddiası doğru değildir. Bundan başka aşağıda vereceğimiz izahattan anlaşılacağı veçhile sulh teşebbüsü dâvalarına layık oldukları ehemmiyet verildiği takdirde bunların yüzde doksanının (barışma) ile neticeleneceğinde zerre kadar şüphemiz yoktur. Bu dâvalar güçümsenmemeli ve bunları rüyet eden hâkim tarafından taraflara yalnız barışıp barışmayacakları sorulmakla iktifa olunmamalıdır. Bu suretle hareket kanun vazının bu müesseseden beklediği gayeye uygun değildir. Esasen iki taraf mahkemeye girerken yekdiğerine hırslı ve kalpleri kin ve garezle doludur her birinin söyleyecek çok sözleri ve dökülecek çok dertleri vardır. İki tarafda kendisini kırılmış ve yaralanmış bulmaktadır. Herbirinde kendisinin haklı olduğunu gösteren bir çok sebepler vardır. Böyle haklı bulunduğuna kani olarak mahkemeye gelmiş bulunan karı kocaya yalnız barışıp barışmayacaklarını sormakla iktifa eylemek bu müesseseden beklenen faideyi hiç de temin etmez. Ve bu suali soran hâkime her iki tarafın vereceği cevap (hayır) dan başka bir şey olmıyacaktır. Hâkimin burada yapacağı şey iki tarafa mülayemetle ve müşfik bir seda ile hitap ederek anlaşmazlık sebeblerini sormak ve sözlerini kesmeksizin ne kadar uzun söylerlerse söylesinler taraflara bütün dertlerini dökmekte tam bir serbesti vermektir. Hâkim onları derin bir şefkatle ve vakur bir muslih olarak dinlemelidir. Hâkim kendisince müphem kalan noktaları kavrayarak bunları aydınlatabilecek sualler sormalı ve verilen cevapları büyük bir itina ile dinlemelidir. Tarafları tamamiyle dinledikten ve ihtilâf sebeblerine iyice

nüfüz ettikten sonra hadiseleri ve ihtilâf sebeblerini müdekkik bir ruhiyatçı gözüyle tahlil ve hafif münakaşaları kabul ederek kabahatli gördüğü tarafın haksızlığını tebaruz ettirmeli ve bunu ihsas ettikten sonra hadiselerin fevkine geçerek onları incitmeksizin ciddi fakat müşfik bir baba vekarı ile kendilerine vaziyetin vahametini ve boşanma yoluna gitmenin ve boşanmanın gerek kendileri ve gerekse (Çocukları varsa) Çocukları ve cemiyet için doğuracağı elim mahzurları anlatmalı ve hini hacetde tarafların ulvi duyğularına da müracaat ederek bu ihtilafı bertaraf etmeğe çalışmalıdır.

Hâkimlerimiz buna muvaffak olmak için bir psikoloğ kadar ruhiyat ilmine vakıf olmalıdırlar. İhtilafa düşmüş olan iki kimse arasındaki anlaşmazlığı telif etmek için hukuk ilmine vukuf kâfi değildir. İsyan etmiş duyğuların teskini usulünüde bilmek lâzımdır. Bunun için hâkimlerimizin hukukçu oldukları kadar psikoloğ olmalarıda lâzımdır. Bundan başka hâkimin, muhitinde itimadı kazanmış bir aile reisi olması iktiza eder. Geçimsizliği şayi ve mütevatır bir hâkimin bu yolda vereceği nasihatları taraflar istihfafla karşılar. Bu bakımdan hâkimin dürüstü ve ahlâk itibarile muhitinde misal teşkil edecek derecede kuvvetli bir karekter sahibi olması lâzımdır. Böyle bir hâkim karşısına sulh teşebbüsü için gelen taraflardan yüzde doksanının barışmış olarak avdet edeceklerine kaniiz. Sulh teşebbüsü müessesesi bir çok medenî milletlerce kabul edilmiş ve bunun faydaları tastik edilmiş bulunmaktadır. Boşanma dâvasına takaddüm eden böyle bir (geçidin) bulunması elbette büyük faydayı haizdir. Boşanma dâvalarının bir çoğu uzun müddet devam etmiş ve müzminleşmiş ihtilafların mahsulü değildir. Bazan ani bir fevran bir hiddet kasırgası karı kocadan birini mahkemeye baş vurdurmaya kâfi gelir.

Bunlar sulh tesebüsü (geçit) inden geçirilmek ve boşanmanın neticeleri ve vahametin kendilerine anlatılmak suretile yapılacak muamele tarafların kızgın asabı üzerinde bir müsekkin tesiri yapar ve bir tuğyandan doğan infal üzerine karı veya kocanın boşanmak için mahkemeye gitmelerinin önüne geçilmiş olur. Bize burada deniliyorki barışacak olan taraflar, boşanma dâvasının ruyeti sırasında da barışır. Ve bu dâvanın muhakemesine başlanıncaya kadar geçecek zaman zarfında nedamet hissedilecekse edilir. Binaenaleyh sulh teşebbüsüne neden luzum görülsün? Buna verilecek cevap gayet basittir. Boşanma dâvası son hatve olduğu için açıldık-

tan sonra artık olan olmuştur diyerek taraflarda bir merak ve intizar başlayacağından her iki taraf da pek barışma arzusunda bulunmazlar. Bundan başka boşanma dâvasında teati olunan lâyihalar her iki tarafın hiddet ve infialinin mâkesi bulunacağından bunlar tarafları teskin edecek yerde kamçılar ve bu yüzden barışmak her iki tarafın aklından bile geçmez. Halbuki sulh teşebbüsü dâvalarında layiha teati olunmadığı gibi zabıt dahi tutulmadığından ve iki taraf yekdiğerini ittiham ederken arada hâkim gibi bir muslih bir nasıh bulunacağından boşanma dâvasında olduğu gibi burada sert bir hava esmez, bilakis hâkimin yaratacağı teskin edici hava tarafların asabında uyuşturucu bir tesir bırakır ve iki tarafda mücadele kuvveti zayıflar ve onun yerini sukûnet ve nedamet kaplar. Görülüyorki sulh teşebbüsü dâvaları basit bir dâva dağil bilhakis bütün diğer dâvalardan daha çetindir. Çünkü bu dâva aileyi çocukları ve nihayet cemiyeti alâkadar eder. Ve neticesi ise çok büyüktür. Biliyoruz ki bir cemiyetin temel taşı ailedir. Disiplinli ve sağlam karekterli ailelerden teşekkül etmeyen bir cemiyetin nelere maruz kalabileceğini tarih bize en feci misallerle isbat etmiştir. Bu itibarla aile bünyesinde büyük sarsıntılar tevlit etmeyen sebeplerden dolayı boşanmak için mahkemeye gitmek isteyen karı kocanın asablarını teskin edici bir gecitten geçirilmeleri kadar faideli ne olabilir? Temenni edelimki hâkimlerimiz bu dâvalara kanunun kabul ettiği bir formalitenin ikmali gözüle bakmayarak layık oldukları ehemmiyeti versinler ve bu vaziyette karşılarına gelen karı kocayı barıştırmak için ellerinde mevcut bütün vasıtaları kullansınlar işlerin çokluğu keyfiyetinin buna mani olabileceği söylenebilirse de bittecrübe sabittiriki hemen hemen bütün vilâyetlerde hâkimler haftanın iki gününü tali işlere hasretmektedirler. Bunları biraz daha sıkıştırarak bu dâvalara gerekli ehemmiyet verilebilir. İşte bütün bu izahatımızdan anlaşılmıştırki bu müesseseyi hukukiyenin ferdî ve içtmaî çok büyük faideleri vardır. Binaenaleyh bunun ilgası değil bilakis takviye edilmesi ve bunlara lâzım gelen ehemmiyetin verilmesi iktiza eder.

(Sulh teşebbüsünün) kaldırılması taraftarı olanların ortaya attıkları ikinci sebep boşanma dâvalarının bu yüzden uzaması keyfiyetidir. Etraflıca tetkik edilecek olursa (sulh teşebbüsü) dâvaları boşanma dâvalarının uzamasına katiyen sebep teşkil etmezler. Meseleyi daha iyi kavrayabilmek için (sulh teşebbüsünün) yapılmadığı iddiasının hangi nevi ittirazlardan bulun-

duğunu ve her boşanma dâvasında sulh teşebbüsü yapılması lâzım gelip gelmediğini inceleyelim:

1 — Boşanma dâvalarında sulh teşebbüsünün yapılmadığı ibdiası iptidaî itirazdandır. Ve diğer iptidai itirazlar gibi dâvanın esasına girişilmezden evvel dermeyan olunması lâzımdır. Binaenaleyh boşama talebinde dulunan müddeaaleyh dahi hasmını izaçdan ziyade bir an evvel ondan kurtulmayı düşüneceğinden bu itirazı serdeylemez ve mahkemece ileri sürülmeyen böyle bir iddia resen nazara alınmıyacağından boşanma dâvasının rüyetine devam olunur. Binaenaleyh sulh teşebbüsü müessesesinin vücudu bu şerait tahtında açılan ve müdafaa olunan boşanma dâvasının neticelenmesine müessir olmaz.

2 Her boşanma dâvasına takdimen sulh leşebbüsü dâvası açılmas ıicap etmez. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 496 ıncı maddesinde: İki tarafdan birinin ecnebi memleketinde mukim veya diğer tarafın ikametgâhının meçhul veyahut sulh teşebbüsünün her halde faidesiz kalacağı meczum bulunması hallerinde sulh hâkiminin müddeiyi sulh reşebbüsünden intisna edebileceği yazılıdır. Demekki boşanma dâvasını açmak iztirarında kalan her dâvacının sulh tesebbüsünün akim kaldığına dair sulh hâkiminden karar alması lâzım değildir. Hasmı ecnebi bir memlekette mukim veya ikametgâhı meçhul ise dâvacı, sulh hâkiminden bu teşebbüsden istisnaiyet kararı alarak boşanma dâvasını açar. Maddenin son kısmı bilhassa mühindir. Ve burada bir incelik gizlidir. Maddenin bu son kısmından anladığımız mana şudur: Sulh teşebbüsü ancak barışmak ihtimali olanlar arasında yapılacaktır. Böyle bir barışma ihtimali mevcut değil ise hâkim dâvacıyı sulh teşebbüsü yoluna gitmekten vareste kılacaktır. Fakat vazıı kanun barışma vuku bulup bulmayacağının takdirini dâvacıya bırakmamıştır. Çünkü boşanma yoluna gidecek dâvacının, barışma temayülünün kendisinde mevcut olduğuna kani bulunduğunu farzetmek hatalı olur. Bu temayülün bilhassa dâvacıda bulunup bulunmadığını ancak bitaraf bir müşahit bir kaza makamı takdir edebilir. Binaenaleyh sulh teşebbüsünden istisna kılınmasını isteyen tarafın bu yoldaki arzusunu hâkime bildirmesi ve sebep göstermesi lâzımdır. Hâkim dâvacının maddî ve manevi durumunu inceleyerek bu hususdaki talebi kabu veya red eder. Buna bir misal göstererek daha iyi izaha çalışalım, başlı başına boşanma sebebi teşkil eden vakaları af eden veya müsamaha ile karşılamış bulunan karı ve kocadan birinin bu vakalardan birine müsteni-

den açacağı boşanma dâvası için sulh teşebbüsünden istisna kılınmasını istemesi halinde hâkim bunların masebak ahvalini göz önüne getirdiği takdirde muhakkak bu talebi red edecektir.

Binaenaleyh boşanma dâvası açacak olan herkesin otomatik bir şekilde sulh teşebbüsü dâvası ikame etmasi lâzımgelmez. Dâvacı hasmı ile arasındaki ihtilâf zeminini hâkimin yardımı ile ortadan kaldırabileceğine kani bulunur. Ve hasmında da bu temayülü görürse bu yola gider fakat vaziyetin takdiri dâvacıya bırakılmamıştır. Çünkü dâvacı hâdiselerin doğurdugu âmillerin tesiri altında bunu takdirde hataya düşer. Vazıı kanun burada kazai makamın (sulh hâkiminin) müdahalesini kabul etmiştir. Bu merci sulh teşebbüsünün faidesiz kalacagına kani oiursa dâvacıyı bu teşebbüsten istisna kılar. Şu izâhatımızdan anlaşılmıştırki bir çok boşanma dâvalarında sulh teşebbüsü yoluna gidilmesi icabetmez. Hâkimden alınacak istisnaiyet kararının yarım saat gibi kısa bir müddet zarfında istihsali mümkün olduğunu düşünürsek bunun boşanma dâvasının intacı müddetine hiç bir tesir yapmayacagını anlamış oluruz. Çünkü sulh teşebbüsünden istisnaiyet taleplerinin evrak üzerinde tetkik ve karara bağlanması lâzımdır.

Cerçi Kanunda teşkili tarefeyni men edici bir hüküm mevcut değilsede talebin mahiyetinden bunu anlayabiliriz. Zira sulh tesebbüsünden istisnaiyet sebeplerinden biri müddeaaleyhin ecnebi memleketinde mukim veya ikametgâhının meçhul bulunmasıdır. Bunun için hâkim bu talebi tetkik ederken müddeaaleyhi davet etmesine maddeten imkân yoktur. müddeinin bu hususta zabıtaca yapılan tahkikata havi bir vesikayı veya bir belediye şahadetnamesini ibraz etmesi kâfidir. Bunun gibi sulh teşebbüsünden bir faide hasıl olmayacağı yolundaki kanaatini hâkim, Müddeinin irae edecegi sebeplere ve kendi tefehhusatına istinad ettirecektir. Bu kanaat taraflara göre değişebilir. Meselâ karısının zinasından dolayı boşanma dâvası açacak koca, sulh teşebbüsünden istisnaiyet kararı istediği takdirde bu kararı vermek mecburiyetini hisseden hâkim kocasının zinasından dolayı aynı istekle gelen kadının bu talebini terviç etmeyebilir. Çünkü cemiyetteki ahlâk telâkkilerinide bu mevkide bulunan hâkimin hesaba katması lâzımdır.

3 — Sulh teşebbüsünün akim kaldığı hakkında ilâm veya sulh teşebbüsünden istisnaiyet kararı alınmaksızın boşanma dâvası açıldığı ve müddeaaleyh tarafından yapılmadığı yolunda itiraz dermeyan edildiği takdirde

boşanma dâvasının reddi iktiza etmez. Müddei mahkemeye bu yolda karar getireceğini beyan eylerse hâkim kısa bir müddetle muhakemeyi talik eder ve müddeinin sulh teşebbüsünün akim kaldığı veya sulh teşebbüsünden istisnaiyet kararını getirmesini bekler. Sulh teşbbüsü dâvaları nihayet on gün gibi kısa bir müddet zarfında neticelenebilen dâvalardan bulunduğu için bu dâvanın boşanma dâvasında husule getirebileceği teehhür nihayet on günlük bir müddettir. Sulh teşebbüsü müessesesinin ferdî ve içtimaî ne büyük faidesi bulunduğu göz önünde bulundurulacak olursa bazan boşanma dâvasını cüz'i bir teehhüre uğrattığı için ehemmiyeti bu kadar yüksek olan bir müessesenin hukuk alanımızdan çıkarılmasını büyük teessürle karşılarız.

İhtar dâvalarına gelince; bu nevi dâvaların da Boşanma dâvalalarının intacına müessir bulundukları ileri sürülerek mevzuatımızdan ihracı bu mümkün olmadıgı takdirde idarî bir tedbir şeklinde tatbiki istenmektedir. Evvelce ihtar talepleri idarî bir tedbir telâkki edilmiş hatta bu yolda 10/1/928 tarihli bir de tamim yapılmıştı. Fakat ihtar taleplerinin idarî bir tedbir talebi olarak kabul edilemiyecekleri bilâhara anlaşılmış ve bu gün mahkemelerce dâva mahiyetinde telâkki olunarak olsuretle rüyet edilmekte bulunmuştur.

İhtar taleplerini idarî bir tedbir isteği telâkki eylemek amelî bir faide temin etmeyeceği gibi bazı mahzurları« da vardır. Ameli faidesi olmayacaktır. Çünkü bu gibi ihtarlar müeyyidesiz kalacaktır. Zira mahkemenin ihtarına mutavaat etmeyen kimseye karşı tatbik edilecek müeyyide yoktur ve olamaz da. Sebebine gelince, idarî bir tedbir mahiyetinde kabul edilen bu ihtar müddeinin mücerret kavline istinat edecektir. Böyle bir talep üzerine ittihaz olunacak ihtar kararının infaz müeyyidesi yoktur. Biliyoruzki ihtar kararları aile vazifesini yapmamak maksadile diğerini terk eden veya muhik bir sebep olmaksızın evine dönmeyen kimse aleyhinde ittihaz olunabilecektir. Müddeinin kavlinde kalan bu terk veya eve dönmemek keyfiyetinin bilâ tahkik doğruluğu kabul olunarak müddeaaleyhe eve dönmesi ihtar edildiği ve o da buna inkiyat göstermedigi takdirde bütün bu muameleler neticesiz kalacak ve hiç bir faide elde edilmiş olmayacaktır. Burada bize bu günkü dâva şeklinde rüyet olunarak ittihaz edilen ihtar kararlarında müeyyidesi olmadığını da söyleyenlere biz şu cevabı verebiliriz. İhtar talepleri idarî mahiyette telâkki edilecek olursa müddeinin talebi

üzerine bunu ittihaz etmek zarureti vardır, bu da hâkimi diğer tarafa vecibeler tahmil eden kazai bir emrin ıstarında serbestçe hareketten men etmekle beraber diğer tarafı da müdafaa hakkından mahrum eyler. Halbuki müdafaa hakkı adaletin en ehemmiyetli rüknüdür. Dâva şeklinde görülen ihtar taleplerinin tetkiki sırasına taraflar iddia ve müdafalarını sebestçe dermeyana ve onları isbata imkân bulacakları gibi hâkim de terkin veya eve dönmemenin muhik sebeplerin müstenit bulunup bulunmadığını anlamak fırsatını elde eder. Ve neticede müddeinin talebini kabul veya red eyler. Talebi red olunan müddei bu takdirde hasmı hakkında boşanma dâvası ikamesinden mahrum kalır, ihtar talepleri dâva şeklinde hal ve kabul olunduğu takdirde bu karar müeyyidesiz değildir. Buna mütavaat etmeyen mahkumunaleyh boşanma tehdidi altındadır. İhtar talepleri idarî bir tedbirin ittihazına mâtuf telâkki edilecek olursa boşanma dâvasında müddeaaleyh mevkiinde bulunan şahıs, terkin, muhik sebeplere müstanit bulunduğunu isbat edebileceğini düşünerek idareten yapılan ihtarı ısğa etmez.

Halbuki muhakemeten görülen dâva neticesinde ihtara mâruz kalan kimse, ihtar dâvasının rüyeti sırasında bütün müdafaalarını yapmış bulunacağından ya evine dönmek veya boşanma tehdidine mâruz kalmak şıklarından birini ihtiyar etmek mecburiyeti karşısındadır.

Burada istitraten şunu söyleyim ki bazı hukukçularımız, medenî kanunun 132 inci maddesine istinaden yapılan ihtar üzerine mahkûmun aleyhin eve dönmemesi halinde açılan boşanma dâvasının rüyeti sırasında : İhtar dâvasına mevzu teşkil eden vakıaların tekrar olunacagı fikrindedirler. Bizim kanaatımız tamamen berakistir.

Mezkûr maddeye müsteniden açılan boşanma dâvasını ruyet eden mahkeme ancak ihtardan sonra veya ihtar dâvasının rüyeti esnasinda müddeaaleyhin evine dönüp dönmedigi hususlarını tetkik edebilecektir. Çünkü ihtar dâvasını gören mahkeme, müddeaaleyhin müddeiyi evlenmenin kendisine yüklettigi vazifeleri yapmamak kasdile terk ettigini veya muhiksebeb yok iken eve dönmedigini tesbit etmiştir. İhtar kararı katileştikten sonra bu kararda yazılı mucip sebelper ihtara maruz kalan şahıs hakkında kaziyei muhkeme halini iktisap eylemiştir. Bu itibarla bunların ihtardan sonra açılan boşanma dâvası zımmında tekrar tetkikine lüzum ve kanunî mesağ yoktur.

İhtar talebleri idarî bir tetbir isteği mahiyetinde telâkki edilirse bazı mahzurlar tevlit eder demiştik. Bu mahzurlardan birincisi ve en mühimmi diğer taraf için haksızlık doğurmuş olmasıdır. muhik sebeblere istinaden evini terk etmek mecburiyetinde kalmış bulunan karı veya kocaya dâvacının mücerret talebine bakılarak evine dönmesi ihtar olunacak ve hattı zatında haklı olan bu kimse adlî bir ihtar karşısında kalacaktır. Bu karara inkıyat mecburiyet ve hissini vicdanında duyarak itaat etmek zaruretinde kalan kimsenin hakkı bu suretle tecavuza uğramış bulunacaktır.

Diğer bir mahzur da ; müdafaası alınmaksızın ve kendisi dinlenmeksizin böyle bir emir karşısında kalan kimsenin bu emre mutavaat ve ademi mutavaat hususunda geçireceği tereddüt mahkemelere karşı duyulan hürmet hissini sarsacaktır. Bu itibarla ihtar dâvalarını idarî bir tetbir isteği telâkki etmek faidesiz olacağı gibi haksız neticeler de tevlit etmiş bulunacaktır.

İhtar taleplerinin birliğin muhafazasına matuf bir tetbir isteği mahiyetinde kabul edilmesine imkân olmamakla bereber bunun mukakemeten tetkiki kanunî zarureti karşısında bulunmaktayız. Boşanmaya takaddüm eden ihtar, evlenmenin kendisine tahmil ettigi vazifeleri ifa etmemek maksadile diğerini terk eden veye muhik bir sebep olmaksızın evine dönmeyen karı veya hocaya evine dönerek aile vazifelerini yapması veya evine dönmesi için yapılır. Bu bakımdan ihtar kazai bir ikaz ve intibaha dâvet vasıtasıdır. Kanun vazıı, aile vazifelerini bu suretle ihmal eden veya haklı bir sebep olmaksızın evine dönmeyen karı ve kocanın bu hareketini doğrudan dogruya boşanma sebebi addetmemiştir. onu evvela ikaz ve intibaha dâvet etmek istemiş ve bu muameleden sonrada düşünmek için ona bir aylık bir mehil vermiştir. Ani hiddet neticesi vaki iki aydan aşağı müddetli terkler yahut lâkaydiler bu maddenin şumulüne dahil değildir. Binaenaleyh ihtar talebinde bulunan müddeiye karşı müdeaaleyhin, müddeiyi terk edişinin evlenmenin kendisine tahmil ettigi vazifeleri yapmamak kasdine makrun olmadığı eve dönmemesi keyfiyetinin muhik sebeblere müstenit bulunduğu definde bulunabileceği aşikârdır meselâ müddeaalehy eve dönmeyişinin silâh altına alınmış olmasından ileri geldigini yuhut makul kazanç gayesiyle ahar bir mahalde çalışmak mecburiyetinden doğduğu definde bulunur. Bu defin subutu halinde dâva redde mahkûmdur. fakat bu takdirde müddeide diğerinin gösterdiği bu sebeblerin muhik bulunmadığını ispat edebilir. Vel-

hasıl ihtar dâvasına sebep teşkil eden vakıaların tâbiri digerle medenî kanunun 132 inci maddesindeki unsurların mevcudiyeti ancak iddia ve müdafaa ve bunların isbatı ile anlaşılabilir. Yoksa taraflardan birinin bu hususta beyanı bunların subutuna kafi bir beyyine değildir. Bu itibarla ihtar taleblerinin bir dâva şeklinde kabulü ve diger dâvalar gibi bu taleblere esas olan vakıaların ispatı lâzımdır buda ancak muhakeme icraası suretile temin edilebilir.

İhtar taleblerinin dâva şeklinde kabulü ve muhakemeten ruyeti zaruretini anladıktan sonra bu hukukî müessesenin muhafazasına lüzum olup olmadığını tetkik edelim.

Bu dâvanın mevzuatımızdan çıkarılmasını isteyenler, karı veya kocanın aile vazifelerini ifa etmemek maksadile diğerini terk ettiğini veya muhik bir sebep olmaksızın evine dönmediğini boşanma dâvasının ruyeti sırasında ispat edebileceğini ve subutu halinde boşanma kararı alabileceğini ve binaenaleyh bu vaziyet muvacehesinde ihtar dâvası açmağa mahal olmadığını ve bu müessesei hukukiyeyi muhafaza etmekle müddeiyi iki defa mahkemeye sevk mecburiyeti hasıl olacağı ve bunun hem masraf ve hem de işlerin uzaması bakımından halka külfet tahmilinden başka bir şey olmayacağını ileri sürüyorlar. İhtarın kalkmasına taraftar olanların bu fikirleri vehleiûlâda cazip gibi görülürse de vazi kanunun ihtarı mevzuatımıza alırken gözettiği gaye anlaşıldığı takdirde bunun kalkmasına taraftar olanların ileri sürdükleri esbabı mucibe kıymetini kaybeder. İhtar müessesesinin lüzum u kanunu medeninin tedvini sırasında hissedilmiş değildir. Bu müessese ahkâmı sabıkada da yer almış ve herkesce (İtaat dâvası) diye tanınmış bulunuyordu. Bu dâva eski hükümlere göre yalnız kadın aleyhinde açılabilirdi fakat medenî kanun alınırken ihtiva ettiği prensipler ve bu meyanda karı koca arasındaki müsavat prensibi de alınmış ve itaat dâvası medenî şekli ile ihtar dâvası halinde mevzuatımıza girmiştir. Binaenaleyh asırlarca devam eden ve bittecrübe faidesi teslim edilmiş bulunan bir müessesenin mevzuatımız arasından çıkarılması nasıl mümkün olabilir. Bundan başka yukarıdada beyan eylediğimiz gibi kanun vazıı bu şekilde vaki terkleri bidayette boşanma sebebi olarak kabul etmemiştir. Boşanma sebebi olabilmesi için buna takdimen müddeaaleyhe ihtar yapılması ve bunun icrasından sonra bir ayın geçmiş bulunması lâzımdır. İhtar bir intibaha davet ve bir

ikaz vasıtasıdır. Mahkeme müddeaaleyhe evini terk etmekte haklı olmadığını veya diğerini aile vazifelerini yapmamak maksadile terk ettiğini binaenaleyh eve dönmesini ve aile vazifelerini yapmasını emreder. Bu emir üzerine müddeaaleyh vaziyeti düşünmek için bir aylık mühlete sahiptir. Bu mühletin nihayetine kadar eve dönmek veya dönmemek şıklarından birini ihtiyar eder. Bir ay içinde dönmediği takdirde ihtar dâvasına esas olan vakıalar boşanma sebebi olurlar ve dâvacı isterse boşanma dâvası ikame eyler. Şurasını da söyleyelimki haklı sebeplerle biri diğerini terk eden karı kocanın bu sebeplere istinaden boşanma talebinde bulunmadığı takdirde bunların zevalinden sonra iki ay için de müşterek ikametgâha dönmek mecburiyetindedirler. İlânihaye bu sebepleri ileri sürerek ayrı yaşayamazlar. Meselâ kocasının zinasından münfeil olarak evi terk eden kadın zina için kabul edilen altı aylık mururu zaman müddeti zarfında boşanma dâvası ikame etmemiş yani bu babdaki dâva hakkı sakıt olmuş ise kocası evine avdet etmek zaruretindedir. Dönmediği takdirde koca tarafından aleyhinde açılacak ihtar dâvası mesmudur. Ve bu dâvada kadın kocanın zina fiilini ileri sürerek müşterek haneye dönmemesi keyfiyetini buna istinat ettiremez.

İhtar dâvası mevzuuna giren terkin veya eve dönmemenin doğrudan doğruya boşanma sebebi addedilmemesi, bunun bidayette müşterek hayatta tahripkâr bir tesir icra edici bir mahiyette bulunmamasından ileri gelmektedir. Fakat uzun müddet devamı dâvacı kadar cemiyet içinde mahzurlu görüldüğünden ihtar yapıldıktan sonra eve dönmemek artık boşanma sebebi kabul edilmiştir. Çünkü karı kocadan birinin uzun müddet metrûk kalması kendisince ne derece elim ise neslin bakasını temin bakımından cemiyet için o derece mahzurludur. Bu itibarla terk iptidaen boşanma sebebi olarak kabul edilmediği halde ihtardan sonra boşanma sebebi telâkki edilmiştir .....

No : 71

Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesi

(Bazı temyiz kararları ve hazırlanması düşünülen nizamname münasebetile)

Yazan
Dr. K. Fikret Arık

Plân :

I — Maksat
II — Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin doğum tarihçesi
III — mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışların mevzuu
IV — mülkiyeti muhafaza kaydında tescil
V — mülkiyeti muhafaza kaydının hukukî mahiyeti
VI — mülkiyeti muhafaza kaydının hükümleri
VII — mülkiyeti muhafaza haydı ve iflâs
VIII — Müesseseye yabılan itirazlar

I — Maksat :

Her hukuk müessesi gibi, mülkiyeti muhafaza mukavelesi (Le pacte de résèrve de propriété, der Eigentumsvorbehalt) de hayatın ve iktisadî zaruretlerin ortaya koyduğu bir hukukî tezahürdür. Filhakika, son asır iktisadî ve ticarî hayatının kredi üzerine dayandığı pek malûm bir keyfiyettir. Bir taraftan, malını elden çıkararak kâr temin etmek isteyen satıcı, diğer tarafdan, şiddetle muhtaç olduğu, lâkin fiatlı bir malı peşin alamamak durumunda bulunan bir alıcı veresiye yani kredi üzerine alım satıma baş vurmak zorunda kalmaktadır.

a) Satıcı için faidesi : Lâkin veresiye satışlar satıcı için çok kerre mahzurludur. Çünkü evvelden alıcıya verdiği malinin bedelini sonradan alamaması mümkündür. Bunun için, satıcının teminat araması pek tabiidiir. İşte mülkiyeti muhafaza mukavelesi veresiye satan bir kimse için pek değerli bir teminat olarak, iktisadî ve hukukî hayatta kendisini gösterir. Bu mukavele

sayesinde satıcı, bedelin tamamen ödenmesine kadar sattığı ve teslim ettiği şey üzerinde mülkiyet hakkını muhafaza eder, bedelin ödenmemesi halinde malı geri almak imkânını elinde bulundurur.

b) Alıcı için faideleri : Mülkiyeti muhafaza kaydile satış alıcı için de faideleri haizdir. Filhakika, alıcı kendisine lüzumlu malın, bedelini temamen ödemeden tesellüm eder, kullanır; bedeli bir müddet sonra taksitle veya toptan ödemek suretile malın mülkiyetini iktisap eder. Gayrı menkûllerini ipotek ettirmek, menkûllerini alacaklıya rehin suretile vermek, uzun uzun kefil aramak veya bankalara baş vurarak para bulmak ve bilhassa bu ödünç paralara faiz vermek yükünden kurtulmuş olur. [1]

İşte bu faidelerinden dolayı mülkiyeti muhafaza mukavelesi gerek İsviçre medenî kanununda, gerek bizim medenî ve ticaret kanunlarımızda açıkça tanınmıştır. M. K. 688 inci maddesine göre (başkasına naklettiği mülkiyeti nâkilin uhdesinde hıfz için yapılan mukaveleler ancak menkulü alan kimsenin ikametkâhında noter tarafından tasdik ve sicil mahsusuna kayıt edilmiş ise muteber olur. Hayvanlar hakkında bu suretle muamele yapılması memnudur.) T. K. 704. müşterinin semeni tamamen ifa etmezden önce mebie mâlik olamayacağı hakkındaki şart muteberdir.)

II — Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin İsviçrede tarihçesi :

Bu müessesenin faide ve mahzurları hakkında bir fikir edinmek için bunun doğum tarihçesini görmekte faide vardır.

1912 yılında yürürlüğe giren İsviçre medenî kanunun kabulünden önce Kanton hukukları Zürich müstesna, mülkiyeti muhafaza mukavelesini kabul etmemişlerdi.

Buna mukabil, menkul şeylerde zelyetliği nakletmeden terhin etmek usulü (bu rehin tarzına menkul ipotiği, Fahrnisverschreibung deniliyordu) mevcuttu.

I Haziran 1881 tarihli eski İsviçre borçlar kanununda mülkiyetin muhafazası şartile satışlara ait hiç bir hüküm yoktu. Fakat veresiye satışlar

[1] (*Galip Gültekin*, hukuk fakültesi mecmuası, 1935, S.445 — 446)

gittikçe çoğaldığından, tatbikatta ciddi ve filî bir teminata ihtiyaç hissediliyor bu sebebten mülkiyeti muhafaza mukaveleleri gittikçe çoğalıyordu. Federâl mahkeme, kanuna veya adaba muğayır olmadıkları için, bu kabil mukavelelerin muteber olduğuna karar vermişti. [1] Bununla beraber, 1900 - tarihli İsviçre medenî kanunu lâyihasında M. M. mukavelesine ait hiç bir hüküm yoktu. hatta 1904 tarihli İsviçre medeni kanunu layihasının 702. inci maddesinde böyle bir mukavelenin caiz ve muteber olmadığı beyan edilmişti. Bu memnuiyet için iki sebeb gösteriliyordu:

I — Böyle bir müessese, her şeyden önce, **müşteriler** için tehlikelidir: çünkü, bu müessese taksitle satışları kolaylaştırmakta, halbuki taksitle satışlarda bir taksitin ödenmemesi üzerine satıcının mülkiyeti muhafaza kaydına dayanarak malı geri alacağı ve alıcının ödemiş olduğu taksitlerin iade edilmiyeceği daima şart edilmekte idi (Verfallklausel). idi.

2 — böyle bir müessese, alıcıya kredi açmak isteyen kimseler için de tahliklidir: Çünkü, bu kimseler müşterinin elinde bulunan eşyanın müşteriye ait olduğunu sanacaklar, buna güvenerek kredi açaçaklar, lâkin bu malı haciz ettirmek istedekleri zaman, veya borçlunun iflâsı halinde bu mal üzerinden haklarını istifa edemeyeceklerdir. Bu suretle, M. M. kaydı onların aldanmasına sebeb olacaktır.

Fakat bu sayılan mahzurlarına mukabil, M. M. mukavelesi İsviçre medenî kanununca kabul edildi: bilhassa hayatlarını gündelik gelirleri ile kazanan kimselere kredi ile mal satın almağı ve bedelini azar azar ödemeği temin eylediği pek haklı olarak ileri sürüldü ; aynı zamanda gerek taksitle satışlarda müşteri aleyhine konulan şartları önlemek, gerek üçüncü şahısları alıcının malları hakkında hataya düşmekten kurtarmak için hükümler kahul edildi:

a) Bir kerre, taksit ile mal satan kimse mülkiyeti muhafaza mukavelesine dayanarak sattığı malı geri alabilmek için almış olduğu taksitleri malın kullanmakla eskimesinden doğan tazminat ve münasip bir ücret miktarını indirdikten sonra iade etmek mecburiyetindedir (M. K. 689).

Bu suretle umumiyetle, iktisaden daha kuvvetli bir durumda bulunan

[1] Bundan sonra mulkiyeti mühafaza mukavelesi tâbiri yerine M. M. mukavelesi kısaltmasını kullanacağız.

satıcı bir taksit vaktinde ödemediği taktirde evvelki taksitlerin yanacağını veya bu taksitlerin zarar ve ziyan olarak mahsup edileceği ve malın derhal geri alınacağı şeklinde bir şart koyamayacaktır. [1]

b) Sonra, M. M. mukavelesi ancak menkûlü alan kimsenin ikametgâhındaki icra memuru (bizde noterde) tarafından sicili mahsusuna kayıt edilmiş ise (bizde tasdik de şarttır) muteber olacaktır.

Bu suretle M. M. mukavelesine **aleniyet** ve alıcıya kredi açacak kimselere alıcının elinde bulunan malların ona ait olup olmadığının tahkik imkanı verilmiş oluyordu.

Bu tetbirlerle mahzurları nisbeten bertaraf edilen M. M. mukavelesi İsviçre medeni kanun 715 — 716 ıncı maddelerin de (Bizde 688 — 689) kabul edildi.

III — Mülkiyeti muhafaza şartı ile satışların mevzuu :

Her cins *menkul mal*, mülkiyeti muhafaza mukavelesine mevzu teşkil eder. Hattâ bunlar istihlâki kabil şeyler de olabilirler: sanayide kullanılan ham maddeler gibi.

Buna mukabil;

A) Gayri menkuller mülkiyeti M. M. şartı ile satışlara mevzu olamazlar. Çünkü medenî kanunumuzun 633 üncü maddesine göre, gayri menkûl mülkiyeti tescil ile geçer, helbuki tescilin kayıtsız ve şartsız yapılması lâzımdır. B. K. 213

B) Menkûl mal hükmünde olmasına rağmen **Hayvanlarda** M. M. şartı ile satışlara mevzu teşkil edemezler : bu husus medenî kanun 688 — 2 de açıkça menedilmiştir. Bu memnuiyetin iki sebebi vardır :

aa) Medenî kanunumuzuu 854 üncü maddesinde hayvanlar hakkında (Kabzeylemeksizin rehin) usulün kabul edilmiş olmasıdır. Bu maddeye göre, bazı şartlar altında umumî bir sicile kayıt ve icra memuruna ihbar suretile

[1] Gerçi 689 uncu madde olmasa da bu gibi hallerde B. K. 20, 21 ve 167 inci maddelerden, yani adaba muğayir, gabin, fahiş cezaî şart müesseselerinden istifade edilebilirdi. Lâkin kanun daha kestirme bir yol tutarak açık bir memnuiyet vazetmiş bulunuyor. Bak: Gültekin, sahife 454.

hayvan üzerinde (kabzeylemeksizin rehin) tesis edilebilecektir. Bu suretle, köylü satın aldığı hayvanın bedelini ödemek için bir itibar (Kredi) müessesesinden para alır ve bu paraya karşılık satın aldığı hayvanı, zileyteliğikendisinde kalmak üzere bu müesseseye rehnedebilir. Görülüyor ki, bu müessese adeta M. M. kaydı ile satıştan beklenen faideyi haizdir.

bb) M. M. şartı ile yapılan satışlar müşterinin mağduriyetine mucip oluyordu. Alıcı mülkiyeti muhafaza şartı ile bir buzağı alıyor, taksidi ödemediği zaman bazen bir buzağı değil, fakat yavrusu ile bir inek vermek zorunda kalıyordu:

C — **Tekrar satılmak** üzere veya **imâl edilmek** üzere satılan eşya hakkında mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış caizmidir? Ticaret hayatında pek mühim olan bu suale muhtelif memleket kanun ve makheme içtihatları müsbet şekilde cevab vermektedir. Bizde de bu kabil eşya hakkında (hammaddeler) M. M. Kaydı, ile satışa hiç bir mâni yoktur. Ancak, bu gibi eşya üzerinde M. M. Kaydı bu eşyanın tekrar satışı halinde (hüsnüniyetle iktisap) kaidelerine, imâl halinde (hukukî tağyir) esasına göre sona erer. Bu mahzurun önüne geçmek içik M. M. kaydı ile birlikte tekrar satışdan mütevellit bedelin birinci satıcıya ait olacağı şart edilmekte veya imâl halinde birinci satıcının müşterek mâlik durumunu alacağı kararlaştırılmaktadır. Milletler arası iktisadiyatında önemli birer mevzu teşkil eden bu meseleler hakkında tafsilât vermeğe yerimiz müsait değildir. [1]

IV — Tescil ve hükümleri:

Kanunumuz mülkiyeti muhafaza mukavelesinin yazılı şekilde yapılmasını şart koşmuş değildir. Buna mukabil, 688 inci maddeye göre Mülkiyeti muhafaza mukavelesi ancak iktisap eden kimsenin ikametgâhındaki noter tarafından tasdik ve hususî sicille kayit edilmiş ise muteberdir. İsviçrede Mülkiyeti muhafaza sicili *noter* tarafından değil fakat *icra memuru* tarafından ve ayrıca tasdika hacet kalmaksızın tutulmaktadır. [2]

Ticaret kanunumuzun 704 üncü maddesi mülkiyeti muhafaza kaydının

[1] Bu hususta tafsilât almak için bakınız: SZAMEK: LA résèrve de propriété en matière de ventes mobilière, thèse, Paris 1933.

[2] Kanunumuzun tenkidi için bak: Dr. G. Gültekin, Adı geçen makale, sahife 446

sıhhatını böyle bir tasdik ve tesvik merasimine tâbi tutmamak suretile alman medenî kanununun usulünün takip eder görünmektedir. Lâkin *Temyiz mahkemesi ticaret dairesinin* 1935 yılında verdiği bir karara göre tasdik ve tescil keyfiyeti ticarî beyilerde dahi esastır. [1]

Tescilin hükmü nedir?

a) Mülkiyeti muhafaza sicili *menfî hukukî tesiri haiz siciller* (Registern mit negativer Rechtskraft) zümresine dahildir, tescil vâki olmadan mülkiyeti muhafaza akdi gerek üçüncü şahıslar, gerek taraflar bakımından hiç bir mülkiyet hükmü hasıl etmez; şu halde mülkiyetin teslim ile birlikte alıcıya intikâline mani olamaz. Başka tabirle, tescil olmaksızın mülkiyeti muhafaza hükümsüzdür.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi teslimden önce yapılmış olmak şartile tescil teslimden sonra vaki olursa mülkiyeti muhafaza mukavelesinde mündemiç talikî şart, zilyetliğin tekrar devrine hacet kalmaksızın mülkiyetin satıcıya intikali neticesini hasıl eder. [2] fasıla esnasında satılan şey üzerinde üçüncü şahıslar tarafından iktisap edilen haklar mahfuzdur. Yalnız, taraflar mülkiyeti muhafaza kaydına infisahî bir şart mahiyeti vermişlerse mülkiyet alıcı uhdesinde kalır.

b) Buna mukabil, mülkiyeti muhafaza sicili *müsbet hukukî tesiri* haiz değildir; yani maddî esastan müstakil, şeklî bir varlığa mâlik değildir: muteber olmayan bir mülkiyeti muhafaza mukavelesi tescil edilmekle hüsnüniyetli üçüncü şahıslar muvacehesinde dahi muteber değildir. Diğer taraftan, muteber surette tescil edilen bir hak tescilin mevcudiyetine rağmen diğer bir hukukî sebeple sukut eder. Sicilde mevcut bir mülkiyeti muhafaza kaydına dayanarak satış bedelini ve binnetice mülkiyeti muhafaza kaydını iktisap etmek isteyen bir kimse, satış bedeli her hangi bir sebeple şukut etmiş bulunuyorsa hiç bir hak iktisap edemez; mülkiyeti muhafaza kaydı daha önce sakıt olmuşsa henüz müseccel olmasına rağmen mülkiyeti

[1] Bakınız: H. Sungur: Medenî kanun, 668 inci madde altında.

[2] *H. Leemann:* Sachenrecht, Abteilung, 2 Aufl. Art. 715 No: 40.

253

muhafaza hakkını iktisap edemez, yalnız mevcut alacağı temellük eder.

c) Tescil, hak sahibi olarak tescil edilen kimsenin hakikaten mâlik olduğu hakkında bir karine dahi tesis edemez. Tescil, sadece, teslim ile mülkiyetin zilyete geçmediğini isbat eder.

d) Sicil muhteviyatının herkesçe malûm olduğu hakkında bir karine dahi mevcut değildir. Federâl mahkeme,7. Kânunevvel 1916 tarihinde verdiği uzun bir kararda, mülkiyeti muhafaza mukavelesinden tescilin üçüncü şahıslar tarafından malûm farzedilemiyeceğini ve binaenaleyh onların hüsnüniyetini bertaraf edecek mahiyette bulunmadığını beyan etti. Çünkü Federâl muhkemeye göre:

aa) Mülkiyeti muhafaza sicillerinin âmme itimadından istifade edeceğine dair ne kanunda, ne de teşriî malzemelerde bir sarahat vardır.

bb) Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin tescili, menkullerde zilyetliğin mülkiyete karine olduğuna dair hükmü ortadan kaldıramaz.

cc) Tatbikatta müşterinin her alış verişde, noter dairesindeki sicili tetkik etmesini ve malûmat almasını istemek mümkün değildir. ilâve edelim ki, İsviçreli müelliflerin hemen hepsi bu fikirdedir. [1] Demek oluyor ki mülkiyeti muhafaza sicili bu arzedilen hususta tapu sicilinden ayrılmaktadır.

Söylemeğe hacet yoktur ki, medenî kanunun 3. üncü maddesinde yazılı umumî kaidelere göre, mülkiyeti muhafaza eden kimse, satılan şey üzerinde aynî bir hak (mülkiyet, rehin, hapis hakkı...) iktisap eden bir kimsenin tescilden haberdar olduğunu veya ahval ve şeraite göre kendisinden beklenmesi icabeden dikkat ve itimadı göstermiş olsa idi haberdar olabileceğini isbat ile mükelleftir. [2]

Herhangi bir suretle mülkiyeti muhafaza kaydının mevcudiyeti hakkında nazarı dikkati celbdilemesine rağmen, mülkiyeti muhafaza sicilini tetkik etmeyen üçüncü şahıs ihmalde bulunmuş, binaeanleyh suiniyetli sayılır.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin sıhhat bakımından bu kadar mühim

[1] *Rossel* ve *Mentha:* Cilt 2. Sahife 406, *Wieland (İSMAİL HAKKI KARAFAKI* tercümesi 362), *Leemann :* 715 şerhi, *Curti,* 715 inci madde şerhi No. 2

[2] *Leemann,* 715 inci madde şerhi No. 45

olmasına rağmen tescil meselesi ile ilgili bir çok hususlar bizde tamamile mübhem ve noterlerin bu hususta itiyada müstenit tatbikatına dayanmakta dır. Bu durum güçlükler doğurmaktan hal ideğildir. Meselâ müteaddit noter bulunan büyük sehirlerimizde mülkiyetin muhafaza mukavelesi halen her noter tarafından tasdik edilebildiği için, bir şeyin mülkiyeti muhafaza şartı ile satılıp satılmadığını anlamak için bu şehirde bulunan bütün noterleri gezmek icabetmektedir. [1]

Halbuki, müteaddit noter bulunan yerlerde mülkiyeti muhafaza mukavelelerini tescil işinin adliye vekilliği tarafından gösterilecek bir notere verilmesi çok eyi olur.

Sonra, mallar bir şirketin şubesine satılmış ise tescil şirketin merkezinin bulundnğu yerde mi, yoksa şubenin bulunduğu yerde mi yapılacaktır. Bu noktanın da tavzihi lâzımdır.

Gerekli tetkiklerde bulunarak tetbikattaki güçlükleri gidermek üzere adliye vekâletinin bir nizamname hazırlamakta olduğunu biliyor ve bu çalışmaların yakında bitmesini dileyoruz.

İstitraden kayıt edelim ki, mülkiyeti muhafaza mukavelelerinin tescili işi İsviçrede Federâl mahkeme icra iflas dairesinin 9 kânunevvel 1911 ve 1920 tarihli iki nizamnamesi ile tanzim edilmiştır. Tescilin başlıca unsurlarını ihtiva ettiği cihetle bir fikir vermek üzere bu nizamnameyi iktibas ediyoruz:

1 : Mülkiyeti muhafaza mukavelelerinin tescili talebini kabule ve tescili yapmağa satın alanın ikametkâhı icra memurluğu selâhiyetlidir. Satın alan yabancı memlekette mukim, fakat isviçrede bir müessesesi varsa bu müessesenin bulunduğu yerde bulunan icra memuru tescili yapmağa salâhiyetlidir.

Büyük ve geniş bir mahal, müteaddit icra memurluklarına ayrılmış ise o mahalle ait bütün talebler ve tescil teftiş dairesince tayin edilecek icra memurluğu tarafından kabul edilir veya yapılır.

2 : Tescilden önce icra memuru kendisinin salâhiyetli olduğunu tayin etmek için, alıcının ikametgâhını veya müessesenin icra memurluğu salâhiyet dairesi dahilinde bulunduğuna dair resmi bir vesika ister. İcra memuru kendisini salâhiyetsiz görürse tescili muvakkatan yapar ve tescili talep edene on günlük bir mühlet vererek tescilden imtinai hakkında teftiş makamına şikayet etmesini, aksi takdirde muvakkat tescilin dahi terkin edile-

[1] aynı mealde olmak üzere bak : Dr. Gültekin, sahife 456

285

ceğini — tescilden imtina sebebleri ile birlikte — bildirir.

3: Alıcı ikametgâhını veya müessesesini başka bir icra dairesi salâhiyet alanına naklederse, bu icra dairesinde yeniden tescil ettirmek lâzımdır. Eski ve yeni ikametgâh veya müessese aynı sicile tabi ise bu hüküm tatbik edilmez (birinci maddenin ikinci fıkrası).

Bununla barabar, ikametgâh tebdili eski tescilin derhal hükümden düşmesini intaç etmez. Yeni ikametgâh tesisinden itibaren bir ay müddetle eski tescil muteber kalır.

4: Tescil:

I. Tescilin ihtiva etmesi gerekli muhtelif noktalar hakkında iki tarafın birbirine uyğun şifahî bir beyanı üzerine yapılır. Bu takdirde taraflar tescilin altını imzalarlar,

2. a) Tescilin yapılması için gerekli bütün malumatı ihtiva eden ve iki tarafça imzalanan yazılı bir mukavelenin aslı veya tasidkli sureti

b) İkametgâh tebdili hakkında, eski ikametgâh sicilinde bulunan ve henüz terkin edilmeyen tescilin icra memuru tarafından musaddak hulâsası tescil talebi ile ayni zamanda ibraz edilmek şartile satıcının veya alıcının bir taraflı sözle veya yazı ile beyanı üzerine yapılır.

Taraflar, 4. üncü maddenin birinci bendinde yazılı surette sözle birbirine uyğun bir beyanda bulundukları takdirde icra memuru kendilerini şahsen tanımazsa hüviyetlerini isbatla mükelleftirler.

Bizzat gelmeyen tarafın vekili tasdikli vekâletnamesini ibraz eder.

İcra memuru kendisine verilen malûmatın doğruluğunu tahkik ile mülkiye değildir. İcra memuru gayrı menkûl veya hayvanlara mütaallik müddeti muhafaza mukavelelerini tescilden imtina eder.

İşbu nizamnameye ekli formüllere uygun olarak her tescil aşağıdaki noktaları ihtiva eder:

a) Tescil sırası numarası,

b) Tescil talep tarihi,

c) Satıcının adı, mesleği, ikametgâhı,

d) Alıcının adı, mesleği, ikametgâhı,

e) Kimin tescil talebinde bulunduğu,

f) Mülkiyeti muhafaza edilen şeyin doğru olarak tarifi ve bulunduğu mahal. Mülkiyeti muhafaza kaydı, bir bütün teşkil etsin etmesin birçok eşyaya şamil ise, tutulan mufassal müfredat defteri dosyaya konur. Bu taktirde sicilde deftere atıfda bulunmak yeter,

g) Tarafların beyanını veya mukaveleye göre mülkiyeti muhafaza mukavelesinin tarihi,

h) M. M. kaydı ile temin edilen meblağ,

i) Satış bedeli vadesi, eğer satış taksitle yapılmışsa taksitlerin miktar ve vadeleri.

Muvakkat tesciller, katî tescil tarihini ihtiva eden sütuna dercedilecek «muvakkat» kaydı ile, oldukları gibi gösterilirler. Tescil talebinin reddi üzerine yapılan şikâyet kabuledildiği takdirde, icra memuru mucip sebebler göstererek «muvakkat» kaydını çizer. Şikâyet vâki olmamış veya vâkii şikayet reddolunmuş ise muvakkat tescil tamamen terkin edilir.

Tescil talebi istenen bütün noktaları ihtiva ediyoasa (madde 7), talep yapıldığı gün tescil ifa olunur.

Aksi takdirde memur tescil talebinde bulunan kimsenin dikkatını talebin eksikleri üzerine çeker ve gerekli malumat verilinceye kadar tescili tehir eder.

Taksitle satışlarda M. M. mukavelesinin tescilinden sonra verilen taksitle dahi sicilde zikredilebilir. Bu hususiaki talep yalnız alıcı tarafından yapılırsa satıcının muvafakatı isbat edilmelidir.

İcra memuru her tescili imzası ile tasdik eder.

Tescil:

a) İki tarafın biribirine uygun sözle beyanı,

b) Satıcının sözle veya yazı ile talebi,

c) Satıcının yazılı muvafakatını veya bu muvafakat yerini tutan bir

hükmü, veya iflâs idaresinin, iflâsın tasviyesi esnasında M. M. mukavelesinin hükmünü yetirdiğini bildiren beyan üzerine tamamen terkin olunur.

Satıcı sicilin şifahî beyanlarına mahsus sütununda her şifahî beyanını (a, b ile gösterilen beyanda) imzası ile tasdik eder.

İcra memuru terkini kırmızı mürekeple yapar, aynı zamanda terkin tarihi ve sebebi ile taraflardan hangisini terkini istediğine dair bir şerh verir.

Taraflardan birisinin bir taraflı talebi üzerine vakı terkin keyfiyetini icra memuru derhal ve resmen diğer tarafa bildirir. Terkinden imtina keyfiyeti dahi derhal ve mucip sebeblerle birlikte terkin talebinde bulunan tarafa tebliğ edilmelidir.

Tescil sıra mumarası, icra memuru tarafından 2, 4, 5, 7 inci maddenin F. harfinde 10 ve 12. inci maddelerde zikredilen talep ve sübut vasıtaları üzerine geçirilir. Bu vesikalar tescil terkin edilinceye kadar saklanırlar. 4. üncü maddenin ikinci bendinin a harfinde zikredilen mukavele ile 7 inci maddenin f. harfinde gösterilen defter, talebi üzerine bu vesikaları ibraz eden tarafa iade edilir.

Araştırmaları kalaylaştırmak üzere icra memuru ana sicilden başka tarafların adlarını gösteren alfabetik bir defter tutar.

Sicil alenîdir. Tasdikli sicil hulâsaları, sicilde muayyen bir şahsa veya eşyaya ait bir tescil bulunmadığını gösteren vesikalar, bu hususta bir talebde bulunan herkese verilir. Sicil hülasaları için icra memuru resmî formüller kullanır.

Haciz halinde icra memuru haczedilen eyşanın müseccel bir M. M. mukavelesinin mevzuunu teşkil edip etmediğini araştırmak, haciz zabıtnamesinde malikin haklarını zikretmekle mükellef değildir.

Federal icra ve iflâs kanunun (icra ve iflâs vesikalarının puldan muaf olduğuna dairdir) 16/2 hükmüne tarafların yazılı tescil taleplerine ne sicil hülasalarına ne de sicilde muayyen bir tescil mevcut olmadığını tesbit eden vesikalara tatbik olunur.

M. M. sicillerinin tutulması bakımından icra memurları icra ve iflâs teftiş merciine tabidirler. İcra memurlarının bu hususlaki kararları aleyhine

İ. ve İ. kanununun 17 ve sonraki maddeleri gereğince İ. ve İ. teftiş merciine şikâyet edilir. İ. ve İ. kanununun icra memurlarının reddine mütaallik madde 10 hükmü kabili tatbiktir.

İcra dairesi yaptığı işler için aşğıda gösterilen harçları alır. Bu harçlar tescil talebinde bulunan himse tarafından ödenir. İcra dairesinin talebi üzerine ödenir.

Tescil 4. frank

Tescilden sonra ödenen taksite dair şerh I. frank

Terkin 2. frank

Sicil hülasası veya sicil hakkında vesik I. frank

Sicilin tetkika arz edilmesi 0, 50 Frank

M. M. kaydı ile temin edilen alacak 1000 frankı geçmiyorsa tescil ve terkin harçları yarıya indirilir. İcra dairesi her yazılı tebliğ için posta ücretinden başka yarım frank, 7. inci maddenin f. harfinde gösterilen defter sureti için sahife başına 0, 60 talep edebilir.

V — Mülkiyeti muhafaza kaydının hukukî mahiyeti :

Mülkiyeti muhaza kaydını hangi hukukî mefhumla izah edilebilir?

1) Her şeyden önce M. M. kaydı ile *satış akdini fesih* hakkını birbirin den ayırmak lâzımdır:

a) B. K. 211 son fıkraya göre, satılan şey alıcıya teslim edilmiş ise bayi ancak bu hususdaki hakkı sarahatan muhafaza etmiş olmak şartı ile beyi feshedip mebii istirdat edebilir. Şu halde, fesih hakkı mahfuz tutularak yapılan satış akdinde mülkiyet kayıtsız ve şartsız olarak alıcıya intikal eder. Ancak, satış akdinin mevcudiyeti infisahî bir şarta bağlanmıştır: Satanın fesih hakkı. Satan ademi tediye halinde fesih hakkını kullanırsa bütün satış akdi sona erer, satıcı malı istirdat hususunda bir şahsî hak kazanır. Görülüyorki bu fesih hakkı nihayet Roma hukukunun *Lex commissoria* ından başka bir şey değildir.

b) Halbuki M. M. kaydı ile yapılan bir satışda *akit* hiç bir kayıt ve şarta bağlı değildir. Yalnız akdin hükümlerinden birisi yani *mülkiyetin intikali* semenin ödenmesi şartına bağlanmıştır.

259

Demek ki, satışta mahfuz tutulan fesih hakkı ile mülkiyeti muzafaza kaydı hukukî mahiyetleri itibarile birbirinden farklıdır. Lâkin tatbikatta bilhassa taksitle satışlarda şahsî bir mahiyeti haiz olan *fesih kaydi* ile aynî bir mahiyeti haiz olan mülkiyeti muhafaza kaydı birlikte şart edilir. Bu suretle satıcı taksitlerden birisinin ödenmemesi halinde hem bütün satış akdine son vermek hem de mebii istirdat etmek imkânını kazanır.

2 — Acaba şüphe halinde (yâni taraflar satıcının fesih hakkını açıkça mahfuz tutmamışlarsa) mülkiyeti muhafaza kaydının aynı zamanda fesih hakkını tazammun ettiğini kabul etmek mümkünmüdür.?

Leemann' a göre [1] mülkiyeti muhafaza kaydında zarurî olarak satıcının mukavaleden rücu hakkı mündemiçtir. Çünkü satıcı bu hak olmaksızınmülkiyeti muhafaza kaydından istifade edemezdi. Zira temlik mukavelesi bâki kaldıkça satıcı şeyin istirdadına mezun olamazdı.

Oser — Schönenberger aynı mealde olmak üzere "fesih hakkının muhafazası 214 (bizde 211) madde üçüncü fıkra hilâfına sarih surette şart edilmek icabetmez. Bilhassa mülkiyeti muhafaza kaydı ile birlikte takarrür ettiği kabul edilmelidir. Çünkü fesih hakkı olmaksızın mülkiyeti muhafaza kaydı faidesiz kalırdı.» diyorlar [2]

Diğer bir çok müellifler de bu fikirdedir [3]

Hatta Rossel ve Mentha'a göre, mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satış muhtelif unsurları birbirine sıkı sıkı bağlı nev'i şahsına münhasır (Sui Generis) bir mukavele teşkil eder. Şu halde alıcı semeni ödemede temerrüt ederse, satıcı hem mukaveleyi fesh etmek, hem de satılan şeyi istihkak iddiası ile istirdat etmek hakkına mâliktir.

Hulâsa, bugün Doktrinde hâkim olan kanaata göre, her mülkiyeti muhafaza mukavelesi, *sarih şekilde mahfuz tutulmasa dahi*, aynı zamanda satana akdi fesih hakkı vermektedir. Federal mahkeme son yıllarda verdiği bir kararda bu görüşe iştiraketmiştir. [4]

[1] Leemann: 715 şerhi no: 7

[2] Oser — Schönenberger B. K. 227 şerhi

[3] Becker, Art 227, No: 3, — Ve Tuhr, Streifzüge in revidierten OR, Schweizerische Juristen Zeitung 1921/1922 sahife 371

[4] Journal des Tribunaux 1935 kısım 2 S. 15

Nihayet ilâve edelimki, *Alman medenî kanunu* mülkiyeti muhafaza kaydına mütaallik 455 inci maddesi, şüphe halinde, mülkiye muhafaza kaydı ile satan bir kimsenin fesih hakkına mâlikolduğunu kabul etmektedir.

3 — Mülkiyeti muhafaza kaydının satış akdinin inikadına ve zilyetliğin nakline rağmen, mülkiyeti intikalini bedelin ödenmesi şartına bağlı tutar dedik. Fakat Bu şartın mahiyeti nedir, başka deyimle bu şart talikî midır. Yoksa infisahî midir?

a) Bu hususta kanunumuzda açık bir hüküm yoktur; halbuki alman M. K. 455, şüphe halinde – yani tarafların bu hususstaki maksatları anlaşılamadığı taktirde – bedeli tediyenin talikî bir şart sayılacağını beyaneder.

b) E. Huber ve Beck tarafından müdafaa edilen bir fikre göre, mülkiyeti muhafaza kaydı, şüphe halinde daima bir infisahî şart, tescil ile aynî bir mahiyet alan bir fesih hakkı ihtiva eder. (Becker'de bu fikirdedir: Bk. 226 (bizde 222) şerhine brkınız) Lâkin Leemann'ın işaret ettiği gibi bu mütalâa ne 715 (bizde 688) metnine ne de kaideten tarafların iradelerine uyğundur. Bu gün İsviçrede hâkim olan kanaata göre. M. M. kaydı talikî bir şat mahiyetindedir. [4]

Federâl mahkeme 12 şubat 1920 tarihli bir kararında bu kanaata iştirak eder görünmektedir.

Şu halde, mülkiyeti muhafaza kaydı ile bir menkûlü satın alan kimse mülkiyete ancak bedelin tamamen ödenmesi halinde iktisap eder. Satıcı bu âna kadar bedelin ödenmesi infisahî şartı altında malın mâliki olarak kalır.

4 — Mülkiyeti muhafaza kaydı satılan bir malın bedelini temin eden *fer'î bir hak mıdır*? Eğer böyle ise, satış bedelinin satıcı tarafından üçüncü bir şahsa temliki halinde mülkiyeti muhafaza kaydı da temlik edilmiş olacaktır. (borçlar kanunun 168 / 1)

Federâl mahkeme 12 şubat 1920 tarihli kararında, mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan bir satıştan doğan hakların temliki halinde hem satıcının alıcıya karşı haiz olduğu alacak hakkının hem de satıcı lehine meşrut mülkiyeti muhafazadan mütevellit aynî hakkın temlik edilmiş olacağını kabul etmektedir.

[4] Rossel ve Mentha cilt 2 S. 404, Wieland (İ. HAKKI KARAFAKI tercümesi S.360, ve. Tuhr, S. 653, Leemann 715 şerhi III. 2.

Bu esas Alman hukukunda *Staudinger* tarafından müdafaa edildigi gibi İsviçrede *Thiklo, Beck, Rossel* ve *Mentha, Leemann* tarafından kabul edilmektedir. Bu müelliflere göre, temlik mukavelesinde mülkiyeti muhafaza kaydının intikal edeceği açık bir şekilde gösterilmemiş olsa bile temellük eden bedelin ödenmemesi halinde mülkiyeti muhafaza kaydına istinaden şeyi istirdat edebilir. Görülüyorki bu düşünüş tarzı, mülkiyeti muhafaza ile bir rehin arasında bir fark görmemektedir.

Satılan mal bedelinin bir teminatı olmasına rağmen Von Tuhr (sahife 739) mülkiyeti muhafaza kaydını B. K. 168. inci maddenin anladığı manada fer'î bir hak saymamakta ve alıcının semeni ödememesi halinde malın alacağı temellük eden tarafından taleb edilebileceğini kabul etmemektedir. Bu müellife göre satıcı yalnız semeni temlik etmiştir belki de degeri semenden ziyade olan malı temlik etmemeği düşünmemişlerdir, o halde mülkiyeti muhafaza kaydının semeni temlik edene geçmesi için, bu hususî temlik mukavelesinde sarih bir şekilde derpiş edilmelidir.

Fikrimizce Federal mahkemanin görüşü daha isabetlidir, çünkü önce mülkiyeti mukafaza kaydı semenin kakikaten teminatı mahiyetindedir. Ve semenle birlikte intikal etmesi tabiidir. Sonra, semenin tediyesini temineden bu kaydın temellük edene intikali, temlik edenle temellük edenin mak. satlarına umumiyetle uyğun düşecektir. Nihayet, mülkiyeti muhafaza kaydı şahsa bağlı haklardan olmadığı için B. K. 168 ile intikali menedilmiş değildir.

Leemann'a göre (715 inci madde şerhi No: 69) bu mülkiyeti muhafaza mukavelesinden doğan hakların haczi, terkini hakkında da caridir.

5 — İlâve edelimki yüksek temyiz mahkemesinin pek isabetli dir kararı veçhile satış — kira (Vente — Bail, Möbelleihvertrağ) mukavelelerine de mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış hükümleri tatbik olunur. [1]

[1] Müddei vekili, müeekili kumpanyanın mukavele mucibince müddeaaleyhe *kiraya* verdiği, bir adet dikiş makinesinin haftada 150 kuruşdan terakküm eden 34 lira borcunu vermediğinden bu paranın tahsilini ve mukavelenin feshi ile makinenin iadesini istemişti. Mahalli mahkeme burada bir kira akdi olduğunu kabul etmiş iken Temyiz mahkemesi Ticaret dairesi, bu akdin mahiyeti itibarile M. M. kaydı ile beyiden ibaret olduğunu ve B. K. 222 ve M K. 689 hükümleri nazara alınarak ona göre hüküm verilmesi gerektiği mutalâasında bulunumştur. [Adliye ve. Temyiz Hukuk M. Heyeti kararlar 930 — 934, No. 455]

VI — Mülkiyeti Muhafaza Kaydının Hükümleri :

Mülkiyeti muhafaza kaydının doğurduğu hukukî münasebetler nelerdir? bu münasebetleri iki ayrı safhada tetkik etmek lâzımdır.

1 — Şartın sona ermesinden önceki

2 — Şartın sona ermesinden sonraki safha

1 — Şartın sona ermesinden önceki vaziyet : medenî kanunun 688 inci maddesi gereğince, mülkiyeti muhafaza kaydı muteber olmak için alıcının ikametgâhı noteri tarafından tasdık ve tescil edilmek lâzımdır. O halde, noter tarafından tasdık ve tescilden önceki durum ile sonraki durumu sırası ile gözden geçirmelidir :

a) Mülkiyeti muhafaza kaydı, noter tarafından tasdik ve tescil edilmemiştir. tarafların, satılan malın mülkiyetini semenin tediyesi şartı ile devretmek hususundaki niyetlerine rağmen, alıcı teslim ile satılan malın kayıtsız ve şartsız maliki olur. Şu halde semenin ödenmemesi halinde satıcı istihkak talebinde bulunamaz, ancak mevcut satış akdına dayanarak semenin tediyesini isteyebilir. Fesih hakkını açıkca muhafaza etmiş ise BK. 211/3 mucebince, bey'i feshedip satılan şeyi geri alabilir. Bununla beraber alıcının iflâsı halinde satıcı bu fesih hakkını istimal edemez. İcra ve iflâs kanunun 198 inci maddesi geregince satılan mal katî surette alıcının massasına girer.

Alıcı malik sıfatı ile, şeyi satabilir ve aynî bir hakla takyit edebilir. Tescil edilmeyen bir mülkiyeti muhafaza mukavelesinin mevcut olduğunu bilmesine rağmen, üçüncü şahsın iktisabı muteberdir (yani burada hüsnüniyet mevzubahis değildir) ; zira alıcı malik durumundadır. Aynı sebebden aralarındaki mülkiyeti muhafaza mukavelesine rağmen malı sattığından dolayı alıcı emniyeti suiistimal suçu ile dahi takip edilemez sanıyoruz. Gene aynı sebeb den dolayı borçlar kanunu 151 ve sonraki maddeler tatbik olunamaz, şu halde satıcı her hangi bir muhafaza tetbiri talep edemez ; buna mukabil, alıcı kendisine tam bir teminat vermezse satıcı, şeyin temlik veya aynî bir hakla takyidi neticesinde teminatsız kalan satış bedelini derhal isteyebilir. Zira tarafların satış bedelini, alıcının mülkiyeti muhafaza kaydını ihlâl edecek bir muamelede bulunmamak zımnî şartı ile bir vadeye bağladıklarını kabul etmek gerektir [1]

[1] *Leemann* 715 şerhi No: 50, *Beck* sahife 155

263

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin tescili muteber bir surette vakı olmamış ise tescil hiç vakı olmamış gibi muamele olunur. Tescil, salâhiyetsiz bir noter tarafından yapıldığı veya satılan şeyin ne olduğu, temin edilecek alacak mıktarı..., gibi mülkiyeti muhafaza mukavelesinin şümulü hakkında fikir verecek cihetler noksan kalmış ise tescil muteber değildir. [1]

Demek oluyorki, tescilden önce, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin satıcı muvacehesinde alıcıya tahmil ettiği biricik borç, tescile razı olmak, icabettiği takdirde tescilin derhal ifasını mümkün kılmak için yardım etmektir. Alıcı imtina ettiği taktirde satıcı tescil için icabeden noktaları beyyine külfeti kendisine ait olmak üzere hâkim tarafından tesbit ettirebillir. Böylece alıcının beyanı yerine hâkimin hükmü kaim olur [2] Hülâsa, tescilden önce mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan bir satış ile alelade bir satış arasında hemen hemen hiç bir fark yoktur.

b) Mülkiyeti muhafaza mukavelesi alıcının ikametgâhı noteri tarafından tasdik ve tescil ediltikten sonradır ki mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış alelâde satıştan ayrı hükümler doğurur :

AA) *Tescilden sonra satıcının durumu :* Normal olarak, yan itaraflar aarsında mülkiyetî muhafaza kaydını infisahi bir şart olduğunu gösteren bir anlaşma olmadıkça, satıcı satılan şeyin maliki, lâkin bilvasıta zilyedidir ;

aa) Satış akdi mucibince şeyin zilyetliğini alıcıy nakle mecbur olan satıcı istikak dâvası ile şeyi talep ederse alıcı Excetio rei tradite et venditae denilen ve satış akdinden mütevellit defi ile mukabele eder.

bb) Bununla beraber satıcının menfaatı tehlikeye düşerse (bilfarz, satılan şeyin yeniden satılması veya değerini gaip etmesi ihtimali varsa) B.K. 150/ mucibince, haklarını muhafaza için tetbir ittihazını isteyebilir.

cc) Satılan mal alıcının alacaklıları tarafından *haciz* olunduğu takdirde, satıcının icra ve iflâs kanunun 96 — 99 hükümlerine göre istihkak idiasında bulunması kabildir. [3] İstihkak iddiası sabit olursa mal üzerindeki

[1] İsviçre hukukuna göre, M. M. mukavelesinin tescilinden sonra alıcı ikametgâhını başka bir sicil dairesine tabi bir mahalle nakletmiş ve bir ay içinde bu mahalde tescili icra ettirmemiş ise evvelki tescil hükmünü gaip eder. Leemann Ve Beck'e göre, alıcı münhasıran mülkiyeti muhafaza kaydını hükümsüz bırakmak için ikametgâhını tebdil etmiş ise, şey üzerinde yaptıgı tasarruflar cezai mucip olmalıdır.

[2] Leemann 715 şerihi No: 52

[3] Temyiz mahkemesi 4 . üncü hukuk dairesi 1932 yılında verdiği bir kararda

haciz kaldırılır, lâkin bu takdirde haciz müşterinin ödediği ve satıcıdan iadesini talebi haklı olduğu taksitlere intikal eder. Satıcı, iade edeceği taksitlerden eskime tazminatı ile münasip bir ücreti tenzil etmek hakkına haizdir. [1]

Mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılan bir mal müşterinin alacaklılar tarafından haciz edildiği takdirde doğan güçlüklere son vermek üzere, İsviçrede Federâl mahkemenin icra ve iflâs dairesi 31 Mart 1911 tarihli bir tamim yapmıştır. Bu tamimin esası şudur : müşterinin alacaklıları tarafından mülkiyeti muhafaza kaydı ile müşteri uhdesinde bulunan malın haciz ve paraya çevrilmesi esnasında, bu mal müşterinin kayıtsız ve şartsız malı gibi hareket edilir. Lâkin satıcının mahfuz mülkiyet hakkı, satış bedelini temin eden bir rehin hakkına inkilâp eder. Bununla beraber, satıcı borçlar kanununun 222 inci maddesine göre fesih hakkını kullanırsa, mülkiyeti muhafaza kaydı gereğince, malı hacizden kurtarır. Bu takdirde haciz, münasip bir kira tenzil edildikten sonra satıcının iade ile mükellef olduğu taksitlere intikâl eder. [2]

Bu tamimde takip edilecek usul şu şekilde tesbit edilmiştir.

1 — Haciz esnasında veya hacizden sonra mülkiyeti muhafaza kaydından haberdar edilen icra dairesi, satıcı ve müşteriyi satış bedelinin henüz ödenmeyen bakiyesi hakkında malumat vermeğe davet eder. İcabında onlara bir mühlet verir; bundan sonra, haciz zabıtnamesinde mülkiyeti muhafaza

alıcının alacakları tarafında konulan hacize karşı istihkak iddiası dermeyan edilmiyeceği mütalâsında bulunuyor gibidir. Filhakika bu kararda "üçüncü şahıs tarafından haciz ettirilen otomobil üzerindeki haczin fekkini otomobil şirketi istemiş ise de mülkiyeti muhafaza şartı ile yapılan satışlar hüsnüniyetle hareket eden üçüncü şahısların iktisap hakkını ihlâl etmez.„ deniliyor Bu kararda, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılan bir malın hüsniyetli üçüncü şahıs tarafından iktisabı ile alıcının alacakları tarafından konulan kaczin tesiri biribirine karıştırılmıştır. Hüsnüniyetle iktisap muğteber lâkin bumalın haczi halinde satıcının istihkak iddiası da mesmudur. Çünkü satıcı şart tahakkuk etmedikçe malik durumundadır. Esasen, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışın satıcı bakımından değeri alıcının alacakları tarafından konulan haciz veya alıcının iflâs halinde satıcının malını, istihkak dâvası ile geri alabilmesi imkanında toplanır.

[1] Bu hususta fazla tafsilât almak için bakınız : *S. S. ANSAY:* hukuk icra usuller II. Sahife 184

[2] *Von Tuhr*, sahife 156, Not 143. İsviçre İcra ve İflâs kanunu şerhinde *Jaeger* tarafından bu tamim iktibas edilmiştir.

265

kaydını ve satış bedelinin artan miktarı gösterir. Haciz daha önce tebliğ edilmiş ise tarafları — yani bir merhun mevzubahismiş gibi borçlu ve haciz isteyen alacaklıları — keyfiyetten haberdar eder. Mülkiyeti muhafaza kaydını haber verenler bunlar olduğu takdirde böyle bir ihbara tabiatile lüzum yoktur. (Demek oluyorki, müşterinin alacaklıları talep etseler dahi icra dairesi müşterinin mülkiyetin iktisabına matuf hakkını haciz etmeyecektir.)

Borçlu veya satıcı şeyin haczi kabil olmayan eşyadan (İ. ve İ. kanunu 82) olduğunu iddia ederse, her şeyden önce bu husus halledilmelidir. Şeyin hakikaten haczi caiz olmayan eşyadan bulunduğu görülürse haciz düşer.

2 — Mülkiyeti muhafaza kaydının mevcudiyetini ve ödenmeyen bedel miktarını tayin için takip edilecek usul.

İcra dairesi, haciz isteyen alacaklı ile borçluya mülkiyeti muhafaza kaydı ile ödenmeyen bakıye mıktarını bildirmekle beraber bu hususta bir karar vermeleri için İsviçre İ. ve İ. kanunun 106/2 de yazılı mehli verir. Sükût ettikleri takdirde mülkiyeti muhafaza kaydının mevcudiyetini ve ödenmiyen bakıye mıktarının doğruluğunu kabul etmiş sayılacaklarından kendilerini haberdar eder.

Alâkalılar bu miktar hakkında ittifak edememişlerse icra dairesi bu ihbarnamede satıcı tarafından irae edilen mıktarı zikreder. Malumatı veren yalnız haciz isteyen alacaklı ile borçlu ise, gösterilen meblağlardan en yükseğini zikreder. Nihayet, ödenmeyen bakiye hakkında hiç bir malumat elde edememiş, bu hususta malumat vermesi için taraflara ve bilhassa satıcıya verdigi mühlet neticesiz kalmış ise, satış bedelinin temamile ödenmiş olduğu kabul edilir. Şay'in mülkiyeti tamamen borçluya ait sayılır ve taraflara İsviçre İ. ve İ. kanununun 106/2 de yazılı mehli vermege hacet kalmaz.

Eğer tesbit edilen mühlet zarfında borçlu veya haciz isteyen alacaklı mülkiyeti muhafaza kaydının mevcudiyetine veya ödenmemiş bakıye miktarına itiraz ederse icra dairesi dâva açması için satıcıya on günlük bir mehil verir.

Alacaklı bu müddet içinde dâva açarsa İsviçre İ.veİ. kanununun 107/2 tatbik olunur.

Satıcı bu müddet içinde dava açmazsa itiraz nisbetinde alacağından vazgeçmiş sayılır.

266

3 — Paraya çevirme usulü:

Hâkimin hükmü ile veya satıcının hakkı itiraza maruz kalmaması veya satıcının dâva açmaması suretile mülkiyeti muhafaza kaydının mevcudiyeti ve ödenmemiş bakıye miktarı belli olunca İsviçre İ.veİ. kanununun 116 ıncı maddesi mucebince mnğteber bir satış talebi yapılmak şartile, icra dairesi İsviçre İveİ. kanununun 122 ve sonraki M. lere göre şeyin paraya çevrilmesine teşebbüs eder. 126 ve 127 inci maddeler kiyasen tatbik edilir. yukarda beyan edilen usule göre tebeyyün eden semenin bakiye mıktarı aşılmadıkça ihale yapılmaz. Satış bedeli her şeyden önce bu bakıyeyi ödemege tahsis olunur. [1]

BB — *Tescilden sonra alıcının durumuna gelince :*

aa) alıcı, her şeyden önce zilyet sıfati ile her türlü gasp hareketlerin veya zilyetligini ihlaledecek teşebbüsleri kuvvet kullanrak deffedebilir.

bb) Şeyi istimal ve ondan istifade eder.

cc) Alıcının şey üzerinde şarta bağlı hakkı miras suretile mirasçilara intikal eder.

dd) B.K. 183/1 geregince, şeyin nef'i ve hasarı (periculum obligationis) akdin inikatdından itibaren alıcıya geçer. Filhakıka mülkiyeti muhafaza mukavelesi satış akdini degil mülkiyetin intikalini takyit eder. O halde, talıkı şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nef'i ve hasarı tahakkuku anında iktisap edene geçecegine dair hüküm (183/3) burada tatbik olunmaz. [2]

Şu halde satılan şey mahvolursa satıcı bedeli talep etmek hakkına haizdir. Mahvolan şey siğortalı ise satıcının hakkı siğorta bedeline sari olur. [3].

1 — Şartın sona ermesile doğan hukukî durum :

Şart aşağıdaki hallerde sona erer:

a) Şartın tahakkuku

[1] Federal mahkeme naklettiğimiz bu tamimi tavzih için II mayıs 1922 tarihinde bir tamim daha yaptı. pak *Oscar — Daeppen*, 226 ıncı madde şehri.

[2] *Thilo*, sahife 104 ve 116 Oser m. 185 şerhi, V. Tuhr 653 No. 24.

[3] *Leemann* 715 No: 56

b) Şartın tahakkuk etmemesi

c) Şartın tahakkukundan önce satanın mülkiyeti muhafaza hakkının sukutile.

a) **Satış bedelinin tamamen ödenmesi** ile şart tahakkuk ve mülkiyet alıcıya intikal eder.

Satış bedeli, alıcının malûmatı hatta rızası hilafına üçüncü bir şahıs tarafından ödenirse yine şart tahakkuk etmiş sayılır. Çünkü B. K. esas itibarile, üçüncü şahıs tarafından ifayı kabul etmektedir. (B. K. 68)

Tâlikî şartın tahakkuku ile (yani mukaveleye göre satış bedelinin atmamen veya kısmen tediyesi) ile alıcı doğrudan doğruya malik sıfatını alır. Bunun için ayrıca anlaşmağa hacet yoktur. Zira bu anlaşma şarta muallak olmakla beraber daha önce beyan edilmiştır. hatta mülkiyetin intikali satıcının muhalefetine ve mülkiyeti muhafaza kaydının sicilden terkın edilmemiş olmasına rağmen vakı olur. Şart devam ettiği müddetçe alıcı şey üzerinde şarta muallak olarak tasarrüfta bulunmuş ise bu tasarrüf şartın tahakkuku ile hüküm ifade eder. Alıcı kayıtsız ve şartsız tasarrufda bulunmuş idi ise (eğer bu taahhüt hüsnü niyetle iktisab esaslarına göre daha önce ifa edilmiş değilse) şartın tahakkuku ile alıcı taahhüdünü ifa edebilmek imkânını kazanır. Buna mukabil Şartın tahakkuku ile, satıcı tarafından mülkiyeti muhafaza kaydı ile sattığı şey üzerinde şarta muallak olarak yapılan tasarruflar hükümsüz kalır. Satıcı mülkiyeti muhafaza kaydı ile sattığı şey üzerinde kayıtsız ve şartsız tasarrufda bulundu ise diğer tarafa zarar ve ziyan tediyesi ile mükellef olur.

b) Şartın tehakkuk etmemesi :

Alıcı satış bedelini tediyede mütemerrit ise satıcı satışı fesh ve malı M. K. 689 da yazılı şartlar altında geri isteyebilir. bununla beraber, satıcı akdi fesihden önce borçlar kanunun 106 ıncı maddesi gereğince birmehil tayin etmelidir, meğerki, satıcı mukaveleyi doğrudan doğruya fesih hakkını sarih surette mahfuz tutmuş olsun (BK. 211/3) ; alıcı fesih beyanına ittila kesbeder etmez şart sakıt olur. Satıcı tarafından şeyin geri istenmesi aynı zamanda fesih beyanı mahiyetini haizdır. [1]

[1] Leemann, 715 şerhi on: 7 ve 65

268

Muteber surette yapılan fesih beyanı geri alınamaz. Bundan sonra satıcı ifayı, yani satış bedelini talep etmek hakkına malik değildir. Diğer cihetten, alıcı dahi, satıcının iradesi hilâfına artık muteber surette ifada bulunamaz. Lâkin, fesih beyanından sonra satıcı, alıcı tarafından arzedilen tediyeyi kabul ederse ortada inikadı ile birlikte ifa edilen yeni bir satış akdi mevcuttur. Bedelin tediye edilmemesi halinde satıcı akdi fesih ve şeyi istihkak iddiası ile talep edeceği yerde, muaccel satış bedelini talep ve bu hususta icraî takıbata tevessül edebilir. Ancak, bu takdirde satıcının mülkiyeti muhafaza kaydından feragat ettiği kabul edilir. Şart devam ettiği müddetçe, alıcı mülkiyeti muhafaza kaydı ile aldığı şey üzerinde temlik veya terhin suretile tasarrufta bulunursa emniyeti suiistimal suçu işlemiş olur. [1]

Suiistimal edilen meblâğ, satış bedelinin ödenmesi icabeden bakıye sidir.

Satıcı tarafından akdin feshi ve şeyin istirdadı talebine karşı alıcı daha önce ödemiş olduğu taksitlerin iadesini taleb eder. Bu taksitler ödeninceye kadar şey üzerinde hapis hakkına maliktir. Satıcı malın kullanılmakla eskimesinden doğan tazminat ile münasip bir ücret miktarını bu taksitlerden tenzil eder. M. K. 689

c) Mülkiyeti muhafaza kaydının sukutu :

Mülkiyeti muhafaza kaydı

1 — Sicilden terkin suretile sukut eder.

2 — Mülkiyeti muhafaza kaydı sicilden terkın edilmemesine rağmen şu hallerde de sukut eder:

aa) Satış bedelinin tamamen tediye edilmesi,

bb) Satıcı veya halefinin (mirasçı veya satış bedelini temellük eden kimse) *feragatı ile.* Mülkiyeti muhafaza kaydından feragatın hüküm hâsıl etmesi için alıcıya bu hususta bir ihbarda bulunmak kâfidir, alıcının bu feragatı kabul etmesine ihtiyaç yoktur. Mülkiyeti muhafaza kaydından feragat ayrıca sarahat olmadıkça satış bedelinden feragatı tazammun etmez.

[1] Leemann, 715 şerhi No : 67. — Beck sahife 208

263

cc) Satıcının mukaveleyi fesih ve şeyi geri alması

dd) Alıcı elinde bulunan şeyin hüsnüniyetle üçüncü şahıs tarafından iktisap edilmesi

ee) Şeyin alıcı veya üçüncü şahıs tarafından başka dir malın mütemmim cüz'ü haline getirilmesi

ff) Satılan şeyin hukukî tağyiri (Spécification) medeni kanun veya ihtilât etmesi (medenî kanun)

VII — Mülkiyeti Muhafaza Kaydı ve İflâs:

Mülkiyetin muhafazası kaydı bilhassa iflâs halinde büyük bir ehemmiyet kazanır. Önce alıcının, sonra satıcının iflâsında mülkiyeti muhafaza kaydının oynadığı rolü göreceğiz [1]

A — Alıcının iflâsı halinde:

İcra ve iflâs kanunumuzun 184 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre (iflâs açıldığı zaman müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur. İflâsın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar masaya gelir.)

Şimdi, mülkiyeti muhafaza şartı ile alınan ve iflâs açıldığı zaman henüz bedeli ödenmeyen mallar alıcının masasına girmez, Çünkü bu mallar müflise ait değildir.

Diğer cihetten İ. ve İ. kanunun 199 uncu M. mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışlara kabili tatbik değildir. Çünkü bu madde satıcı tarafından *mülkiyetin alıcıya nakledildiği*, lâkin semenin tediye edilmemesi halinde fesih hakkının mahfuz tutulduğu beyi akitlerine aittir. Şu halde Mülkiyeti muhafaza kaydı ile satan kimse, alıcının iflâsı üzerine sattığı malı istirdat imkânına maliktir. Mamafih alıcının masası ödenmemiş taksitleri tediye ile mülkiyeti iktisap edebilir. Eğer masa malı iadeye karar verirse mukavele ex tunc (baştan itibaren) feshedilmiş olacağından satıcının almış olduğu taksitleri 689 gereğince bir miktar tenzilât yaparak masaya iade etmekle mükelleftir.

Alıcı, mülkiyeti muhafaza edilen malı iflâsından önce satmışsa muhtelif ihtimalleri tetkik etmek lazımdır :

[1] Bu ihtimaller hakkında tafsilât için bakınız: G. Gültekin, adı geçen makale, S. 461.

a) Eğer müflis mülkiyeti muhafaza edilen malın iflâsın açılmasından önce başkasına satıpta parasını almamış ise, mülkiyeti muhafaza şartı ile satan kimse yapılan masrafları masaya ödeyerek semenin kendisine temlikini ister. (İcra ve iflâs K. 189)

b) Eğer müflis malı satmış, fakat bedel iflâs masasına ödenmiş ise mülkiyeti muhafaza şartı ile bu malı müflise satan kimse, yapılan masrafları ödeyerek, bu bedelin kendisine verilmesini ister (İ. ve İ. K. 189)

c — Müflis mülkiyeti muhafaza edilen malı satarak iflâstan önce parasını da almış ise, satanın mülkiyet hakkı alelade bir alacak hakkına inkılap eder mülkiyeti muhafaza kaydı ile satan kimse ödenmeyen taksitler nisbetinde garamiye dahil olarak alacağının bir kısmını kaybeder.

d — Mülkiyeti muhafaza kaydı ile satan kimse, iflas idaresini vaktile haberdar etmez mülkiyeti muhafaza edilen mal satılırsa, satış bedelini istemek hakkını haiz olmalıdır.

Alıcı hakkında akdedilen bir konkordatoda mülkiyeti muhafaza eden satıcı rehinli bir alacaklı durumunda bulunur. İcra ve iflas kanunu 289 ve 297/3 de geçen *rehinli alacaklı* tabirleri aynî bir teminata malik alacaklı manasında tefsir edilmeli ve mülkiyeti muhafaza ile satan kimseye de tatbik olunmalıdır. [1] Bununla beraber, mülkiyeti muhafaza eden satıcı mülkiyeti muhafaza hakkından vaz geçerek alelâde bir alacaklı gibi konkordatoya iştirak edebilir.

B — Mülkiyeti Muhafaza Şartı İle Satan Kimsenin İflâsı

Satıcının İflâs masası müşteriden mütebakı taksitlerin ödenmesini ister. Taksitlerin ödenmesi ile mülkiyet alıcıya geçer ; taksitlerin ödenmemesi halinde satıcının masası malı istirdat eder. Bu takdirde, alıcının ödemiş olduğu taksitlerden doğan alacak hakkı masanın alelâde bir alacağı halini alır.

VIII — Mülkiyeti Muhafaza Kaydına Yapılan Bazı Tenkitler :

Kanunumuzda ayrı bir müesese olarak tanzim edilen mülkiyeti muhafaza mukavelesi hala bazı tenkitlere hedef olmaktadır:

1 — Üçüncü şahsın hüsnüniyetle iktisabı halinde mülkiyeti muhafaza kaydı ile satan kimsenin teminatı bütün kiymetini kaybediyor bu

[1] Leemann, 715 şerhi No: 61

itibarla mülkiyeti muhafaza siciline herkes tarafından malûm bir hüsnüniyeti kaldıran bir tesir bahşetmek lâzımdır deniliyor.[1]

2 — Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin tescili muamelattaki süratı azaltmakta işi güçleştirmektedir [2]

3 — Mülkiyeti muhafaza mukavelesinde tescil mükellefiyeti pul ve harç masrafları yüzünden fiatların yükselmesine sebep olmaktadır. [3]

Eserler :

Ansay (S. Şakir) : Hukuk icra usulleri cilt II, 1937.

Arsebük (Esat) : Borçlar hukuk. 1937

Becker : Obligationenrecht, 2 Abt. 1934. Bern.

Curti — torrer : Cammentaire du C C S. 1912. Neuchatel.

Dr. Gültekin (Galip) : Mülkiyeti muhafaza (İst. Hukuk Fak. Mec. 1936. Sah. 446.)

Leemann (Hans) : Sachevrecht, 2 Abt. 2. Aufl. 1920. Bern.

Oğuzoğlu (H. Cahit) : Aynî haklar. 1941. Ankara

V. Tuhr : İsviçre borçlar kanunu içinde bir gezinti (S. Şakir Ansay tercümesi : Ad. cerid. 1936. sah. 1452.)

Daeppen Raymond : Le Code des obligation.

V. Tuhr : La. jartic génerale du cde fêdéral des obligatons (tıuiten français par Torrenrtèe Thile).

Sungur : Medenî kanun. 1941.

Szamek : La réservede propriété en matière de ventes mobilières, Hese, Paris 1933.

Temyiz kararları : (Ad. V. neşriyatı)

Journal des Tribunaux :

---

[1] Szamek : adı geçen eser sahife 84

2] Szamek : Adı geçen eser sahife 131

[3] Szamek : Adı geçen eser Sahife 130

No: 72

Muvazaa İddialarının İsbat Şekilleri

Yazan

Eyyüp Sabri Erman
Menemen Hukuk Hâkimi

Tetkik etmek istediğimiz mevzu; muvazaa iddialarının taraflar ve alâkalı üçüncü şahıslar tarafından ne surette isbat edilebileceğinden ibarettir. Muvazaa borçlar kanunun 18 inci maddesinde pek kısa bahis mevzuu edilmiştir. Muvazaalı muamelelerin isbatı hakkında mevzuatımızda açık ve kati hükümler yoktur. Muvazaa iddialarının ne şekil beyyinelerile isbat edilebileceğini, H. U. M. K. nun 287, 288, 290, 295 ve medenî kanunun 7 inci maddeleri hükümleri çevresi içinde inceleyeceğiz. İlk nazarda yekdiğerini nakzeder gibi görünen bu hükümler hukukçularımız arasında yekdiğerine mübayin fikirlerin ortaya atılmasını mucip olmuş, tevhidi içtihadı temin eden temyiz mahkemesi kararları bidayette bazı muvazaa iddialarının behemhal tahriri beyyinelerle isbatı lüzumunu emrederken ahiren bu kabil iddiaların isbatı hiç bir şekli mahsusa bağlı bulunmadığı şeklinde değiştirilmiş olduğu göz önüne alınırsa mevzuun ehemmiyet ve nezaketi takdir edilebilir.

Mevzumuza girmeden evvel muuvazaanın mahiyeti hakkında küçük bir istitrat yapmak faideden hali değildir.

Hukukî muamelelerde iradeyi açıklandıran beyanın; hakikî niyet ve maksada uygun olması şarttır. Kast batını bir şeydir. Ancak açıklandırılmasıyledir ki hukuk alanında bir kiymet ifade eder. Kastın açıklandırılması bir irade tezahürüne bağlıdır. Böyle bir irade tezahürü bütün şartları cami olur ve kanun kendisine tarafların hedef tuttuğu bütün neticeleri bağlarsa hukukî muamele teşekkül etmiş demektir. Borçlar Kanunumuz iradenin açıklandırılmasını (beyanı riza) tabirile ifade etmektedir.

İrade açıklandırılmaları ; bir çok sebeplerle hakikî maksat ve niyetten uzaklaşabilir. Bu sebepler ya kasti veya gayri kastidir. Biz tetkikatımızı kasti olanlarına hasredeceğiz.

Tarafların hakiki maksâtlariyle iradelerini açıklandıran beyanları arasında husule getirilen bu ayrılık ya taraflardan her ikisinin veya yalnız birinin istek ve malûmatı altında vukubulabilir.

A — Taraflardan yalnız biri bilerek beyanı rizasını hakiki maksat ve niyetine aykırı olarak açıklandırır, diğer taraf bu beyanın gayri ciddi bulunduğundan şüphelenmeyerek, hüsnüniyetle muvafakatını bildirir, ahval ve şerait beyanın rizaya uygun olmadığını işrap eder mahiyette bulunmazsa ; muamele kanunî neticelerini doğurur. Bu itimat ve hüsniniyet prensiplerinin en tabiî bir neticesidir.

Borçlar kanunumuz birinci maddesinde : (İki taraf karşılıklı ve bir birine uygun surette rizalarını beyan ettikleri takdirde aktın tamamlanacağını) açıkça göstermiştir. Taraflardan biri Şaka olarak veya sair bir sebeble ve bilerek rizasına aykırı beyanda bulunduğu takdirde karşılıklı beyanı rızalar görünüşte yekdiğerine tevafuk ettiklerinden iyi niyet sahibi tarafa karşı beyanı rızanın gayri ciddi olduğu iddiasında bulunulmaz. Meselâ: bir şahış muayyen bir malını muayyen bir bedel mukabili sattığını beyan eder ve muhatapta kabule dair iradesini izher ederse satıcı hayır ben latife yapmıştım, sözlerim ciddi değildi. Şeklinde bir itirazda bulunamaz. Yalnız ; muhatap bu beyanın ciddi olmadığını bildiği veya ahval ve şerait icabı bilmesi lâzım geldiği takdirde hüsnüniyet iddia edemeyeceğinden muamele hükümsüz bırakılabilir. İsbat külfeti bunu iddia eden tarafa tereddüp eder. Bir eğlence meclisinde on bin lira değerli köşkünü 100 liraya sattığını gülerek bildiren şahsın bu icabı ; gerek sözün sarfedildiği meclis ve icabı yapanın hal ve etvarı ve gerekse tesmiye edilen bedelin pek dun bulunması gibi sebeplere mebni gayri ciddi olduğu kolayca anlaşılabilir. Bunun gibi : Tiyatro ve temsillerde sahnede Rol icabı yapılan icap ve kabullerinde gayri ciddi olduğu bedihidir. İcabı yapan şahıs bununla ilzam edilmez.

B — Hakikî maksat ve niyet ile iradeyi açıklandıran beyan arasındaki ayrılık alâkalalılarca müştereken ve bilerek husule getirilmiştir. Yani

taraflar hakikî maksat ve niyetlerini başka bir muamele ile örtmek ve gizlemek gayesini gütmüşlerdir. İşte tetkikatımıza esas teşkil eden mevzu budur. Kanunumuz bu şekil muamelelere muvazaalı muamele ismini vermekte ve akitlere ait fasılda bahis mevzuu etmektedir.

Akitlerde muvazaa muhtelif maksatlarla yapılabilir.:

1 — Taraflar Yapmak istedikleri muamelenin Mahiyeti gizli kalmasını arzulayarak buna başka bir süs verebilirler. Meselâ : Bir şahıs muayyen bir malını muayyen bir bedel mukabili satar eline para geçtiğini başkalarına duyurmamak için muameleye bağışlama süsü verdirebilir. Bu takdirde; taraflar muayyen bir tasarrufun yapılmasını kast etmiş ; bunun üzerinde uyuşup anlaşmış ve binnetice muamele tekemmül etmiştir. Yalnız ; kanunî bütün neticeleri Haiz bu akdi başkalarından gizlemek gayesini güderek satışı hibe gibi göstermişlerdir.

2 — Taraflar hiç bir hukukî netice tevlidi maksadını takip etmeksizin sırf başkasınını kandırmak, itimat celbetmek ilâh gibi maksatlarla bir hukukî muameleyi zahiren yapılmış gibi gösterebilirler bu halde ; hattı zatında tarafları ilzâm edecek hiç bir tasarruf mevcut değildir. Hedef mevcut olmayan ve kendilerini ilzam etmeyecek bir muameleyi başkaları gözünde mevcut gibi göstermekten ibarettir. Meselâ; borçluların takibinden kaçırmak maksadile bir şahış muayyen bir malını diğerine satmış gibi hareket eder ve hatta bu muameleyi bir senede raptettirebilir. Veya iflâs masasından mal kaçırmak için yakın akrabalarından birine muayyen borç ikrarını havi bir senet verebilir. Bu gibi muameleler bir Bankaya veya bir şahsa itimat telkin ettirmek, kredi temin etmek gayelerini de istihdaf edebilir. Hakikatı halde taraflar yekdiğerini ilzâm edecek bir tasarrufu yapmağı kasdetmemişlerdir. Beyanı rızalardaki anlaşma zahiridir. Hükümsüz olan bu zahiri muamelenin altında sıhhatte ve bütün kanun neticelerini havi başka bir muamele gizli değildir. Böyle bir hukuki netice doğurmak gayesini gütmeyen beyanı rıza taraflar arasında yekdiğerini ilzâm edebilecek hiç bir netice doğuramaz.

Borçlar Kanunumuzun 18. inci maddesi ; (. . . Tarafların akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakikî ve müşterek maksatlarını aramak) lüzumunu âmirdir.

Yukarda kısaca bahis mevzuu ettiğimiz muvazaanın birinci şeklinde: Zahirî muamele hiç bir Hüküm ifade etmez hakikî niyete itibar olunur. Tarafların hakikî niyetleri muvazaa perdesi altındaki muameleden ibarettir. Bu muamele tarafların hakikî beyanı rızalarının yekdiğerine telahut etmesiyle tekemmül etmiştir. Bütün kanunî neticeleri haizdir. Eğer saklı bırakılmak istenilen bu muamelenin tekemmülü muayyen bir şekle bağlı ise; bu şeklin yerine getirilmesi zarureti bulunduğunu izaheten vareste görüyoruz. Şekil tamamlanmadığı takdirde sırf bu sebeple muamele hükümsüz kalır. Menkul bir mal satılarak bedeli alındığını, satış akdını başkalarından gizlemek için muameleye hibe süsü verildiğini farzedelim. Hakikî muameleyi peçelemekten başka bir hedef gözetmeyen hibe akdı hiçbir hüküm ifade etmez. Bu akdin altında kalan menkul satışına mütedair muamele kanunen gerekli şartlar yerine getirilmiş olduğundan tekemmül etmiştir. Satılan bu şeyin bir gayri menkûl oldğunu farzettiğimiz takdirde; gayri menkûllere ait alım ve satım muamelelerinin tapu memuru huzurunda yapılması zaruri olduğundan muvazaalı akitle gizlenmek istenen satış akti sırf bu şartları ihtiva etmemesi yüzünden hüküm ifade edemez ölü doğmuştur. Muvazaa iki taraflı hukukî muamelelerde ve tarafların iştiraklerile yapılır. Binaenaleyh muayyen bir şekle bağlı olmayan veya bağlı olsa bile bu şekil tamamen taraflar arasında yapılacak bazı merasimden ibaret kalan akitlerde muvazaa mümkündür. Tek taraflı hukukî muamelelerin mahiyetleri icabı ancak diğer tarafın sem'i ittila'ına vusulü şart olanlarında muvazaabahis mevzuu edilebilir.

Acaba resmî memur huzurunda yapılan akitlerde vesair hukukî muamelelerde muvazaa yapılabilir mi? Yaptığı bir hibe ile tasarruf nisabına tecavüz eden bir şahıs mirasçıların tenkis dâvalarının önüne geçebilmek veya borçlularından mal kaçırabilmek için başkasına bağışladığı gayri menkûlü muayyen bir bedelle satmışçasına tapu memura huzurunda takrir verebilir. Veya ipotek kaydı koydurabilir. Resmî dairelere karşı yapılan tek taraflı beyanı rizalarda bile muvazaa bahis mevzuu olabilir. Meselâ sulh mahkemesine müracaatla kayıtsız şartsız mirası red eden bir mirasçı beyanı rızanın gayri ciddi olduğunu, bununla başka bir gaye takip ettiğini söyleyebilir. Fakat ; resmî dairelere karşı tek taraflı olarak vukubulacak irade tezahürlerinde muvazaa iddiası mesmu değildir. Mirası red ettiğini tahriren veya şifahen sulh mahkemesine bildirip kaydettiren mirasçının ; bilâhara bu beyanın

muvazaa olduğunu iddia edebilmesine kanun müsaade etmemektedir. Aksi takdirde resmî dairelere karşı itimat kökünden sarsılmış tatbikatta içinde çıkılamayacak karışıklıklara sebebiyet verilmiş olur. Kanun yapıcı bir derece daha ileri giderek bazı fena neticeleri önlemek ve azaltmak gayesile resmî dairalare karşı yapılan yalan beyanları bazı cürüm unsurlarını ihtiva etmek şartile cezaî müeyyideler altına bile almıştır.

Munhasıran tarafların karşılıklı beyanı rızalarının muayyen bir şekilde zapt ve tesbiti suretile resmî memurlar huzurunda yapılan akitlerde muvazaa her zaman kabildir. Resmî memur marifetile tesbit edilen böyle bir akitte taraflar hakikî maksatlarını gizlemek, muameleye başka bir süs vermek imkânına mâliktirler.

Muvazaa İddiaları Nasıl İsbat Edilebilir :

Muvazaa iddialarının isbatı ne şekil beyyinelere bağlı bulunduğu hakkında mevzuatımızda açık ve kesin bir hüküm yoktur. Muhtelif hukukî muamelelerin isbatına ait kanun hükümlerini kıyasen tatbik etmek, hukuk bilginlerinin mütalâalarından, mahkeme kararlarından, Temyiz Mahkemesi içtihatlarından istifade etmek suretile mevzuu incelemeğe çalışacağız.

Muvazaa ; hakikata uymayan beyandan ibarettir. Ekseriya üçüncü şahısları kandırmak ve zarara sokmak gayesini güder. Müvazaalı olarak borç ikrar edip senet veren şahıs aynı zamanda tanzim edilen ikinci bir senetle bu muvazaalı senedin hükmünü kaldırmak veya tâdil etmek, ileride ihtilâf vukuunda bu senedi ibraz ederek meseleyi kolayca halletmek imkân ve fırsatına maliktir. Üçüncü şahıslar ekseriya kendilerinden kaçırılan böyle bir muameleyi isbat için evvelden delil temin ve ihzar edebilmek imkânından mahrumdurlar. Bu itibarla muvazaalı muamelelerin isbatında taraflarla üçüncü şahıslar arasında bir tefrik yapmak zarureti aşikârdır.

A — Taraflar muvazaayı ne şekilde isbat edebilirler?

Muvazaalı muamele ; bunu yapanlar hakkında hiç bir hüküm ifade etmez. Tarafların her biri her zaman muvazaa iddiasında bulunabilir. Haddizatında hibeden ibaret iken satış süsü verilen bir hukukî muamelede ; satış bedeli dâva edildiği zaman alıcı bunun ödenmesi icap etmediğini muamele hibeden ibaret bulunduğunu isbat ederek dâvayı bertaraf etmesi mümkün.

dür. Taraflar arasında böyle bir ihtilâf çıktığı takdirde ; Hâkim tarafların hakikî maksatlarını gizlemek için kullandıkları tâbirlere ve isimlere bakmıyarak onların hakikî ve müşterek maksatlarını aramak mecburiyetindedir. Sayın Profesör Esat Arsebük : (Hâkim muamelenin muvazaalı olduğuna resmen muttali olursa bunu kendiliğinden nazara alması lâzımdır.) mütalâasında bulunuyor. (Borçlar Hukuku Umumî esasları adlı eser) H. U. M. K. nun 75 inci maddesi Hâkimi kanunun tayin ettiği istisnalardan başka hallerde iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini resen nazarı dikkata almaktan ve bunları hatırlatabilecek hallerde bulunmaktan men etmektedir. Mahkemeye intikal eden bir ihtilâf zımnında alâkalılar muvazaâ iddiasında bulunmadığı ; muamelenin mahiyeti vesair sebepler muvazaayı açık bir şekilde tebarüz ettirmediği takdirde hâkim tarafların hakikî maksatlarını aramak bahanesile kullanılan isim ve tâbirleri ihmâl edemez, muvazaayı resen nazarı itibara alması mümkün değildir. Mahkememizce bu nokta üzerinde verilen bir kararın geçirdiği safhaları burada kaydetmek faideden hali değildir. (F) adındaki kadın haricî gayri menkûl alım ve satımına mütedair zirindeki mühür köy ihtiyar heyetince tasdik ettirilmiş senet muhteviyatını satıcının mirasçılarından tahsil edebilmek için mahkemeye baş vurmuştlu. Senet dâvacı (F) ye müteveffa kocası tarafından ve ölümünden pek az bir müddet evvel verilmişti. Münderecatı ; ayırıcı vasıfları tesbit edilen muayyen tarla satılarak bedeli tamamen alındığını, ölümüne kadar eskisi misillü satıcının intifa'ı altında kalacağını mübeyyin bulunuyordu. Müddeialeyhler senedin ve altındaki mühürün murislerine ait olmadığını bildirmekle iktifa edip muvazaa iddiasında bulunmadılar. Yapılan tetkikat sonunda senedin murislerine aidiyeti anlaşıldı. Dermeyan edilmiyen muvazaa ciheti mahkemece resen nazarı dikkate alınamiyacağı hükümde açıkça kaydedilmek suretile senet muhteviyatı bulunan meblağın miras hisseleri nisbetinde dâvalılardan tahsiline karar verildi. Dâvalıların talebi üzerine hükmü tetkik eden temyiz mahkemesi İkinci Hukuk dairesi 23/1/1941 tarih 126 sayılı ilâmile ; (Senet münderecatına göre zahirde satış olarak gösterilen muamelenin hakikatta vasiyetten ibaret olduğu nazara alınmaksızın karar verilmesi) yolsuz olduğunu ileri sürerek hükmü bozdu. Bahse mevzu senet te gayri menkûl satıcının elinde ve tasarrufu altında bırakılarak ölümünden sonra tasarruf haklarının alıcıya geçeceği zikredilmekte idi. Bu cihet akdin neticelerinin bir ecele talikinden ibaret olup tarafların hakikî maksatlarını

gizlemek suretile hareket ettiklerini açıkça tebarüz ettirir mahiyette değildi. Dâvalılar vekili de bu hususta bir iddiada bulunmamıştı. Hiç bir iddia sebk etmemesine rağmen tarafların hakikî maksadını aramak bahanesile senedin açık metnini ihmal etmeği mevzuata ve mahkemenin bitaraflığı prensibine uygun görmiyen mahkememiz eski hükümde ısrar etti temyiz mahkemesi Hukuk Umum heyeti 11/4/1942 tarih 18 sayılı ilâm ile : (Tarafeynin sureti iddia ve müdafaalarına ve müstenidi iddia senet ve zabıtname münderecatına ve müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran ısrar kararını usûl ve kanuna uygun bularak tasdik etti.

Muvazaayı isbat için ikamesi zaruri beyyinelerin şekli ; hilâfı iddia edilen hukukî muamelenin nevi ve mahiyetine bağlıdır. Yani muvazaa olduğu iddia edilen zahiri muamelenin ısbatı için kanunen aranması lâzım gelen beyyinelerin şekli bu muamelenin hilâfını dâvadan ibaret bulunan muvazaa iddiasının isbat şekline oldukça müessirdir. Elli lirayı geçen hukukî tasarrufların ısbatında kanun nasıl yazılı beyyineyi şart koşmuş ise böyle bir tasarrufun muvazaadan ibaret bulunduğuna dair iddiasında aynı şekilde ısbat edilmesindeki zaruret aşikârdır. Bu sebeple muvazaa iddialarında ikame edilmesi zarurî beyyinelerin şekillerini muamelenin mahiyetine göre ve aşağıda yazıldığı gibi tesnif ederek hülasa edeceğiz.

1 — Kanunun muayyen bir delil ile ısbatını emrettiği veya taraflarca muayyen deliller ile ısbatı tahriren kabul edilmiş veya mahkemece ikrar edilmiş muamelelerde muvazaa.

2 — Doğumu muayyen bir resmî şekle bağlı muamelelerde muvazaa.

3 — İsbatı veya doğumu muayyen bir şekle bağlı olmayan muamelelerde muvazaa.

I — İsbatı muayyen delillere bağlı muamelelerde muvazaa iddiaları : H. U. M. Kanunumuzun senetlerin umumî hükümlerine ait 8 inci faslının 4 üncü kısımındaki 287, 288, 290 ıncı maddeleri mücübince ; bir hakkı ihdas, nakil, tahvil, tecdit, ikrar, itfa ve iskat maksatlarile yapılan bilcümle tasarruflar yapıldıkları zamandaki miktar veya kıymeti beş bin kuruşu geçtiği takdirde senelte isbat edilmeleri lâzımdır. Senede bağlı bulunan her nevi iddialara harşı dermiyan edilecek müdafalarda senedin tanziminden evvel veya tanzimi sırasında veya sonra bunun hüküm ve kuvetini

azaltabilecek tasarruflar ve beyanlar beş bin kuruştan az bir meblâğa taallûk etse dahi şahitle isbat edilemez.

Alâkalılar bir hakkı ihdas, tahvil, tecdit, iskat ilâh, gibi maksatlarla yaptıkları hukukî muameleleri aralarında hususî surette tanzim edecekleri bir senede bağlıyabilecekleri gibi bu senedi noterden tasdik ettirmek veya bizzat notere tanzim ettirmek salâhiyetinede maliktirler. Usulün 287, 288, 290. ıncı maddelerinde yazılı hükümler umumî ve mücerret mahiyette olup âdi ve resmî senetlerin cümlesine şamildir. Nasılki kıymeti beş bin kuruşu aşan bir hukukî tasarrufun isbatında âdi senetler kadar resmî senetlere de yer verilmiş ve hatta resmî senetlere mevsukiyet noktasından daha fazla önem atfedilmişse ; âdi senede bağlı iddialara karşı dermeyan edilen müdafaalarda olduğu gibi resmî senede bağlı iddialara karşı ileri sürülecek müdafaaların da kıymeti beş bin kuruştan az bir meblâğa taallûk etse bile şahitle isbat edilmemesi, 290 ıncı maddenin bunlara da teşmili zaruridir. Aksi takdirde adi senetlere resmî senetlerden fazla kiymet izafe etmiş, kanun kurucusunun bazı tasarrufların senetle isbatı mecburiyetini koymaktaki gayesinden uzaklaşmış oluruz. Fakat; Usulün 295 inci maddesi resmî senetlerin iddiayı isbat hususundaki kuvvetleri hakkında bazı hususî hükümleri ihtiva ettiğinden âdi ve resmî senetlere merbut dâvalara karşı muvazaa iddialarını ayrı ayrı tetkik etmemiz daha faideli olacaktır

a — Âdi senede bağlı muamelelerde muvazaa iddiası :

Mevzuu daha iyi kavrayabilmek için herşeyden evvel senede bağlı muamelelerde muvazaanın ne şekilde mümkün olabileceğini araştıralım. Bu alanda muvazaa şu şekillerle mümkün olabilir.

1 — Muamelenin Esasında muvazaa : ortada ilzam edebilecek hakikî bir muamele, bir borç yoktur. Beyanı rizalar bir netice tevlidi gayesini istihdaf etmemiştir. Taraflar bazı hususi niyet ve gayelerle meselâ; iflâs masasından mal kaçırmak için borç ikrar etmiş senet vermişlerdir.

2 — Muamelenin mahiyet ve vasfında muvazaa: senetle ikrar edilen borcun mahiyeti ve vasfı başkadır. Meselâ; senette borcun sebebi ödünç alma şeklinde gösterilmesine rağmen hakikat halde bağışlamadan ibarettir.

3 — Kıymet ve miktar üzerinde muvazaa: muamelenin sebebi, mahi-

yeti, vasfı beyanı rizaya uygundur. Muvazaa; tesmiye edilen bedelin miktarına taallûk etmektedir. Meselâ; ödünç alınan para 500 lira olmasına rağmen bu meblağ senette fazla veya noksan gösterilmiş olabilir.

Senet muhteviyatının hakikî miktardan az veya çok olduğu, veya hiç tediye edilmediği veya teberrüden ibaret olup ödenmesi icap etmediği ilâh. Gibi iddialar senede karşı dermeyan edilen müdafaalardan başka bir şey değildir. Muayyen meblâğı geçen hukuki tasarrufların behemehal senetle isbatı icap ettiğine ve bu kabil iddialara karşı yapılacak müdafaalardada aynı delil aranacağına dair kanun hükmünün vazını mucip sebebler burada da aynen mevcuttur. Taraflar muvazaalı muameleyi yaparken ileride ihtilâf zuhuru ihtimâllerini göz önüne alarak müdafaa sebeplerini hazırlamak ve ezcümle böyle bir ihtilâf zuhurunda çıkarılmak üzere ikinci bir senet tanzim etmek iktidarına maliktirler. Hakikî borcu 100 lira olup vadesinde tediyeyi mumkün kılmak için senette 200 lira olarak gösterildiğini iddia eden boçluya bu müdafaasını şahitle isbata müsade etmek senetlerin hüküm ve kıymetini azaltabilir. Bu suretle usulün 290. ıncı maddesinin açık metin ve ruhuna aykırı gidilmiş olur. Bahusus vukuatı kasden tahrif etmeseler bile geçen zaman itibariyle hadiseleri teferruatiyle hatırlayamamaları veya tarafların hangi noktalar üzerinde mutabık kaldıklarını kestirmeleri ilâh. Gibi sebeplerle daima tehlikeli bulunan şahadete yazılı beyyinelerden fazla kıymet verilmesi neticesini doğururki bunun tatbikatta böyük bir karışıklığa ve dâvaların çoğalmasına sebebiyet vereceği aşikârdır.

Senede Bağlı iddialara karşı dermeyan edilecek muvazaaların senetle ısbatı mecburidir. Şahit dinlemeğe cevaz yoktur. Türk Temyiz mahkemesi ticaret dairesi 10/9/930 Tarih 2088/1517 Sayılı içtihadile: «Dâvalı; ibraz edilen senetteki cihetin karz olmayup tarla bedelinden doğduğunu iddia etmesine göre indelhace bir yemin ile mesele halledilmek icap ederken senede karşı şahit dinlenmesi yolsuz" olduğunu tebarüz ettirmiştir.

Senede merbut dâvaya karşı hata, hile, gabin, cebir ve ikrâha müteddir defilerin şahit ile ısbatı mümkün olduğunu izahtan vareste buluyoruz. (H.U.M.K. nun Md. 293-5)

Senede bağlı hukuki tasarrufun kanun nazarında yapılması mümkün olmayan başka bir muameleyi gizlemek maksadiyle yapıldığına dair iddia:

lar zımmında şahit dinlenebilirmi? sayın pronfesör Mustafa Reşit Belgesay; bu halde muamelede hile mevcut olduğu, binaenaleyh şahitle ısbatı kabil bulunduğu kanaatını izhar ediyor. (H.U.M. Kanunu şerhi)

b — Resmî senetlerde muvazaa iddiası :

Mevzuumuzun çevresi H.U.M.K. nun 8. inci Fasıl 4. üncü kısmında yazılı senetlere ait umumî hükümlere giren noterlerce tanzim edilmiş resmî senetlere münhasırdır. Noterler veya bunların yerine kaim resmî makamlar tarafların arzularını bizzat dinlemek suretiyle resen senet tanzim edebilecekleri gibi alâkalıların hariçte tanzim ettikleri senetleri tasdik etmek salâhiyetinede maliktirler. Noterlerin tanzim ettikleri bu iki nevi senet; mevzuu isbat noktasından aynı derecede vusukiyeti haiz değildir. Her biri ayrı ayrı ve H.U.M.K. nun 287,288,290,295,296 ve 299. uncu maddeleri ve medeni kanunun 7. inci maddesi hükümleri karşısında incelememiz lâzımdır. İlk görüşte bu hükümler yekdığerini cerh ve tadil eder gibi bir zahap uyandırırsada ufak bir tetkik bu zahabın silinmesine kâfidir kanaatındayız.

1 — Re'sen Tanzim edilen senetlere karşı muvazaa iddiası : H.U.M.K. nun 295. inci maddesi mahkeme ilâmları ile noterlerce resen tanzim edilen senetlerin ancak sahtelikleri isbat edebileceğini, bu gibi senedat sahtelikleri isbat edilinceye kadar kat'i delil teşkil edeceğini açık ve kesin bir surette zikretmektedir. Bu hüküm resen Tanzim edilen bir senedin hilâfını isbata müsait değildir. Muvazaa iddiaları mahiyetleri itibarile senedin hilâfını isbattan ibaret bulunduğundan Kanunumuzun bu açık hükmü bu gibi müdafaalarada yer vermemektedir. Nasılki mahkeme ilâmlarının hilâfını isbat ve bunlara karşı muvazaa dermeyan etmek mümkün değilse ayni hüküm ve nufuzu Haiz noter senetlerinde de muvazaa iddilalarında bulunmağa müsade etmemek kanunun açık metin ve ruhuna muvafık olur kanaatindeyiz. Bahusus T. Ceza kanunu 343. üncü maddesi ile: (Resmî bir varaka tanzimi sırasında kendisinin veya başkasının hüviyet ve sıfatı yahut mezkûr varaka ile sıhhatı ısbat edilecek sair ahval hakkında salâhiyetli memura karşı yalan beyanatta bulunan şahsı; bundan dolayı umumî veya hususî bir zarar husule geldiği takdirde üç aydan bir seneye kadar hapis cezasile cezalandırmak) suretile tarafların sıfatlarını ketmetmelerine ve resmî daireleri

hususî maksat ve emellerine alet etmelerine mani olmak, bu kabil varakaların tamamen hakikatı ifade etmesini temin eylemek gayesini gütmüştür. Fikrimize göre resmî varaka ile; «Sıhhatı ısbat olunarak sair ahval» tabiri meyanına bu varakanın münderecatıda dahildir. Bir resmî senet yalnız şekil noktasından değil ayni zamanda münderecatı itibariylede kat'i bir delil teşkil eder.

Temyiz mahkemesi ticaret dairesi 24/12/931 Tarih 5136/4043 sayılı içtihadı ile: Noterlerce resen tanzim edilen senetler sahteliği ısbat olunmadıkça kat'i beyyine teşkil edeceğini ileri sürerek böyle bir senedin kerhe müstenit bulunduğuna dair iddiayı isbata müsaade etmemiştir.

Yukarıda kısaca bahsettiğimiz hükümlere bina'en Resen Tanzim edilmiş senetlerin mahkeme ilâmlarında olduğu gibi yalnız sahteliğini isbata müsade edilmekte iken temyiz mahkemesinin âhiren bu içtihadı değiştirdiği ve tamamen aksi bir çığırı tutuğu görüldü. Bu gün takarrür eden içtihat resen tanzim edilmiş noter senetlerinde dahi muvazaa iddiasında bulunabileceği merkezindedir. Bu fikirde olanların dayandıkları mucip sebepleri şu şekilde hulâsa edebiliriz.

Bir resmî senet iki kısmı ihtiva eder. Birinci kısmı; Alâkalıların beyanatını ve yapılan muamelenin esasını ihtiva ederki senedin münderacatı diye tarif edilebilir. Taraflar aralarında istedikleri gibi uyuşur ve bunu diledikleri şekilde memura beyan edip tescil ettirebilirler. Ahlâk, adap ve kanuna aykırılığı bulunmadıkça memur bu beyanı rızayı aynen kayıt ve zabt etmekle mükelleftir. Hakikî niyetlerini aramak bahanesi ile tarafların açık ve kesin olarak kullandıkları isim ve tabirleri ihmal edemez. Ve esasen kasd batini bir şey olduğundan bunun salâhiyetli memur tarafından tarafların beyanatı haricinde tesbitine imkân yoktur. Bu şekilde resen tanzim edilen bir senette alâkalılar bağışlamayı satış gibi gösterebilecekleri gibi satış bedelini daha az veya çok yazdırmak imkânınada maliktirler.

Resmî senedin ikinci kısmı; Şekle taallûk eder. Salâhiyetli memurun alâkalıların beyanlarına ve yaptıkları muameleye verdiği resmiyetten ibarettir. Senedin tanzim edildiği yer, gün, tarafların müracaat şekli, hüviyetleri ilâh. Gibi Hususlar salâhiyetli memur tarafından zati görgü ve bilgisine istinaden aynen kayt edilir. Zira resmî mühür ve imza ile tasdik

olunur. H.U.M.K. nun 295. inci maddesi hükmü bu ikinci kısma yani resmî senetlerin şekline muzafdır. Bunların ancak sahteliği iddia edilebilir. Hilâfını ısbata kanun müsaade etmez. Meselâ taraflar memurun beyanlarını yanlış anlayup zabtettiğini isbata kalkışmazlar. Fakat senedi tanzim eden şahsın kendisine hilâfı salâhiyet memur süsü verdiği, senet zikrindeki resmî mührün taklit olduğu; salâhiyetli memur huzuruna taraflardan başkası çıkarıldığı ilâh. Gibi. hususatın her zaman isbatı caizdir. Şekil haricinde kalan yani: Akitler tarafından yapılıp resmî memurun yalnız kayıt ve zabt ile iktifa ettiği münderecat kısmının hilâfını isbata imkân vardır. Bu kısmın üzerinde muvazaa iddiasında bulunulabilir.

Re'sen Tanzim edilen senetlerde muvazaa iddialarını isbat muayyen bir şekle bağlı mıdır.? Medenî kanunumuzun 7. inci maddesi Resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığını ısbat muayyen bir şekle bağlı bulunmadığını bildirmektedir. Kanunun bu hükmü umumî mahiyettedir. Diğer bir kanunla bu kaideye istisnaî bir vaziyet koymak daima mümkündür. Medenî kanundan sonra yürürlüğe giren H. U. M. K. nun senetlere aid umumî hükümler kısmındaki 290. ıncı maddesi ; senede Bağlı olan her nevi iddialara karşı dermeyan edilecek müdafaalar ile senedin tanziminden evvel veya tanzimi sırasında veya sonra bunun hüküm ve kuvvetini azaltabilecek tasarruflar ve beyanlar beş bin kuruştan az bir meblâğa taallûk etse bile şahitle isbat edilemeyeceğini âmirdir. Bu hüküm yalnız âdi senetlere hasredilmeyip resmî senetlere teşmili zaruridir. Aksi takdirde kanunun Maksat ve gayesinden uzaklaşılmış, resmî senetlerin kıymet ve nufuzları azaltılarak bunlara âdi senetlerin dununda bir yer verilmiş olur. Usulün 290. ıncı maddesi Medenî kanundaki hükmü tâdil etmeyüp ancak bir istisna vaz eder mahiyettedir. Bu istisna usulün 8. inci faslının 4. üncü kısmında yazılı hükümlere göre tanzim edilen resmî senetlere maksurdur. Bunlar dışında kalan resmî sicil ve senetlerde medenî kanunun 7. inci maddesi hükümler'î caridir.

Sayın Profesör Mustafa Reşit Belgesay H. U. M. K. nun Şerhine ait eserind ; (Medenî kanunun 7. inci maddesine H. U. M. K. nun 290. ıncı maddesile tadil edilmiş nazarile bakılmamasını, 290 ıncı madde hükmünün münhasıran hususî senetler hakkında tatbik edilmesini, memurun tarafların arzusunu lâyıkile anlamamış veya eyi ifade etmemiş olması ihtimal dahilin-

de bulunduğundan resmî senedin hilâfını isbat zımnında muayyen deliller aranmaması reyini izhar etmektedir.

Türk Temyiz mahkemesi re'sen tanzim edilen senetlerde muvazaa iddiasına yer vermiş fakat ; bunun isbatını muayyen bir şekle bağlamıştır. Hukuk Umum Heyeti 13/7/ 932 tarih 115 / 115 Sayılı İlâmıile ;) Davayı isbat için ibraz edilen noter senedinin bedelsiz oduğuna dair müddeialeyhin ileri sürdüğü def'in yazılı delillerle ısbat edilmesi aksi takdirde meselenin yemin ile halli icap edip bu hususta şahit dinlenemeyeceğine) karar vermiştir. Aynı heyet 1/2/933 tarih 17/16 sayılı ilâmile ; (Noter senedinin bedelsiz olduğuna dair iddiada yazılı delil aranması ve bulunmadığı takdirde talep üzerine yemin ile meselenin hal edilmesi lâzım gelirken şahit dinlenmesinin yolsuzluğuna) Hükmetmiştir.

Hukuk Umum Heyeti en son 15/5/940 Tarihli bir kararı ile muvazaa iddialarının isbatı muayyen bir şekle tâbi olmadığına hükmetmiştir. bu içtihat bütün muvazaa iddialarına teşmil edilmiş gibi dir zahap hasıl etmekte ; muvazaalı bir ipotek muamelesine istinaden tapu siciline düşürülen kaydın iptaline ait dâva zımnında istar edilmiş olması bu zahabı silmektedir Mamafi ; temyiz Mahkemesince şimdiye kadar bu sahada yekdiğerine zıt bir takım kararlar verilmiş olduğundan tatbikatta görülen keşmekeşin önüne geçilebilmesi ve tutulacak sâlim yolun aydınlatılması için yüksek mahkemenin daha mufassal ve mucip sebepleri havi hükümlerine intizar edelim.

Noterler tarafından tasdik edilmekle iktifa edilen resmî senetlerde muvazaa iddiası daima mümkündür. Ve bu kabil muvazaaların isbatı yukarıda bahsettiğimiz mucip sebeplere mebni muayyen şekle bağlıdır.

II – Doğumu Muayyen Bir Resmî Şekle Bağlı Muamelelerde Muvazaa İddiası.:

Borçlar kanunun II. inci maddesi Mucibince akdin sıhhatı kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle bağlı değildir. Taraflar diledikleri gibi akit yapmakta serbestir. İstisnaî bazı akitler şekle tâbi tutulmuştur. Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm ta-

yin edilmemişse akit bu şekle riayet edilmedikçe sahih olmaz. Şekil Tahrirî ve resmî olabilir. Kefalet akdi tahrirî ; evlenme, gayri menkul alım ve satımı ise resmî şekle bağlı akitler cümlesindendir. Bu gibi akitlerde şekil akdin esaslı rükünlerindendir. Riayet edilmediği takdirde muamele hiç bir hüküm ifade etmez.

Evlenme gibi daha ziyade âmme menfaatı mülâhazası galip bulunan akitlerde muvazaa iddiası mesmu değildir. Bir şahsın nikâhı ölünceye kadar görüb gözetmek maksat ve gayesi ile muvazaa olarak yaptıklarını iddia edebilmesi mevzuatımız muvacehesinde muhaldir. Fakat tapu memur huzurunda yapılan bir gayrı menkulün satılmasına veya bağışlanmasına mütedair muamelelerde veya tapu siciline irtifak vesair aynı haklara taallûk etmek üzere geçirilen kayıtlarda muvazaa mümkündür. Bir şahıs tapu idaresinde yapılan satış akdinin hakikatı halde bağışlama olduğunu veya kaydedilen bedelin hakikî bedelden daha az veya çok bulunduğunu iddia edebilir. muayyen şekle tabi bu gibi muamelelerde tanzim edilen evrak ve kayıtlar. şekle aittir. Bunlara riayet etmemek akdin hükümsüz kalmasını icap ettirir. Fakat H. U. M. K. nun 288. inci maddesindeki hallerde şekil isbat vasıtasıdır. Yoksa muamelenin doğumu için esaslı bir ükûn değildir. Elli lirayı geçen bir hukukukî tasarruf senede bağlanmasa bile hüküm ifade eder. Ancak vücudu ihtilâfı mucip olduğu takdirde şahit dinleterek isbatı caiz değildir. Mutlaka senedin ibrazı lâzımdır. Noterlerce bahse mevzu ettiğimiz usulün bu hükümlerine göre tanzim edilmiş senetler aynen hususî senetler gibi muameleyi isbata yarayan vesikalardan başka bir şey değildir.

Kanunun muayyen bir resmî şekle bağladığı akitlerin mevcudiyeti ancak bu şekle riayet edildiğini isbat ile mümkündür. Bu ise muamelenin tamamlandığını mübeyyin evrak senedat ve resmî kayıtların ibrazına mütevakkıftır.

H. U. M. K. nun 290 ıncı maddesinin kıyasen dahi olsa şekli muamelelere tatbikine imkân yoktur. Bu suretle tanzim edilen vesikalar hilâfi ısbat olununcaya kadar kat'i delil teşkil ederler. Medenî kanunumuzun yedinci maddesinde yazılı (resmî sicil ve senetler) tâbiri şümulüne girdiklerinden münderecatlarının doğru olmadığını ısbat için muayyen beyyinelere lüzum görülmez. Bir resmî sicil veya senedin doğru olmaması o sicil ve

senedi tanzim eden memurun veya tarafların hata ve ihmalinden ileri gelebileceği gibi alâkalıların yaptığı muvazaadan da tevellüt edebilir. Gayri menkul hissesi 100 liraya satılmasına rağmen diğer hissedarların şuf'a haklarını kullanmalarına mani olmak için bedel 500 lira olarak gösterilmiş veya mahfuz hisselerine tecavüz edilen mirasçıların tenkis dâvalarını önlemek için bağışlamağa satış süsü verilmiş olabilir. Bu kabil muamelelerde muvazaa iddialarını ısbat muayyen bir şekle bağlı değildir her nevi delil ile hâkimin kanaatı celp edilebilir.

Temyiz mahkemesi bidayette resmî şekle tabi muamalelerde muvazaa iddialarını isbat için muayyen deliller arayordu. Hukuk Umum heyeti 27/6/934 tarih 1/62 sayılı ilâmile; (Tapu memuru huzurunda hibe olarak gayri menkulün tesciline dair olan akdin mahiyeti aslen beyi olduğuna dair iddianın tahrirî beyyine ile isbat edilmesi lâzımgeldiğini) ileri sürerek şahit dinleyerek hüküm veren mahalli mahkemenin kararını bozmuştu. Ahiren bu içtihat değiştirilmiştir. Bu tahavvülü gösterir umumî heyetin bir kararını burada hulâsatan kayt etmeği faideli buldum.

Maçka asliye hukuk mahkemesine baş vuran (R) müteveffa murisine ait muayyen gayri menkullerde 2500 lira üzerinden tesis ve tescil edilen ipoteğin muvazaadan ibaret bulunduğunu iddia ederek kaydın terkinini istemiş mahalli mahkeme gayri menkul alım ve satımına ve ipotek muamelesinin muvazaalı olduğuna dair iddia kanunî delillerle isbat edilmesi icap edip resmî kayıt karşısında mektup ve şahadet bir kıymet ifade etmiyeceğinden ve temyiz mahkemesinin takarrür etmiş içtihatları da bu merkezde bulunduğundan bahisle kanunî delillerle isbat edilemeyen dâvayı red etmiştir. Hükmü tetkik eden hususî daire; (... Muvazaa dâvalarının isbatı mahsus ve muayyen bir şekle bağlı olmadığı halde dâvacının ibraz ettiği mektup hakkında lâzım gelen yazı ve imza tatbikatına tevessül edilmeksizin dâvanın red edilmesini) yolsuz bularak nakzetti. Mahalli mahkeme eski hükmünde ısrar etmesi üzerine hadise umumî heyete intikal etti. Hukuk umum heyeti 15/5/940 tarih 28/29 sayılı ilâm ile; muvazaa dâvalarının isbatı mahsus ve muayyen bir şekle bağlı bulunmamasına nazaran dâvacının ibraz ettiği mektup hakkında yazı ve imza tatbikat ve tahkikatı icrası lüzumunu mutazammın hususî dairenin bozma kararını varit gördü. Bu içtihat yukarıda bahis mevzuu ettiğimiz kanun hükümlerine uygundur.

287

III — İsbatı muayyen bir şekle tabi olmayan muamelelerde muvazaa iddiası:

Muamelenin esasını her nevi delil ile isbat mümkün bulunduğundan bunlara taallûk eden muvazaa iddialarının isbatında muayyen deliller aranmaz. Hâkimin kanaatını celp edebilecek her nevi beyyine ikame edilebilir. Meselâ; mahiyeti icabı senede raptı müteamil olmıyan bir satış akdinde taraflardan her hangi biri tesmiye edilen bedelin muvazaalı olduğunu hakikî miktarı daha az veya çok bulunduğunu şahitle isbat imkânına maliktir.

B — Muvazaa İddialarını İsbatta Üçüncü Şahısların Vaziyetleri:

Üçüncü şahıs tâbiri ile kasdettiğimiz mana; muvazaalı akda iştirâk edenlerden gayri şahıslardır. Muvazaa; ekseriya hakikî maksadı üçüncü şahıslardan gizlemek, onları kandırmak ve zarara sokmak maksadı ile yapılır. Alâkalı üçüncü şahıslara kendilerini kandırmak ve zarara sokmak maksadı ile yapılan muvazaalı muameleyi her şekilde isbat edebilmeleri imkânını vermek hak ve adalet icabıdır. Senede bağlı bir muameleye karşı üçüncü şahıslar tarafından serdedilecek muvazaa iddialarını yazılı beyyinelerle isbat mecburiyetini koymak bu gibi dâvaların isbatını muhal bir hale sokmaktan başka bir netice doğuramaz. Zira; muvazaalı akdin yapılışı ile doğrudan doğruya alâkası olmayan ve hatta yapıldığından haberdar bile bulunmıyan üçüncü şahsın muvazaayı isbat için yazılı beyyine temin edebilmesi imkânsızdır.

Bu gün tatbikatta üçüncü şahıslara resmî veya âdi senede bağlı bir borcun muvazaa olduğunu, alacaklılardan mal kaçırmak gayesile yapıldığını, tapu sicilinde mukayyet satış bedelinin şuf'a hakkının kullanılmasına mani olmak için yüksek gösterildiğini ilâh. Her türlü beyyine ile isbat etmek imkân ve fırsatı verilmektedir.

No: 73

Hukuk Usulü muhakemeleri kanunun 186 ıncı maddesine dair bir mütalâa

Yazan
Faik Barbarosoğlu
Kuşadası Hukuk Hâkimi

Temyiz 4 üncü Hukuk dairesinin 12/9/940 tarih ve $\frac{3068}{1905}$ sayılı (müddeialeyh tarafından gayri menkul muhakeme sırasında temlik edilmiş olduğu halde usulün 186 ıncı maddesinin tatbik edilmemesi) yolundaki bozma kararı ve ısrar üzerine umumî heyetin 1/10/941 tarih ve 1/59 esas ve 56 karar sayılı ilâmile ve aynı surette bozulmuş olmasında isabet görülememektedir. Çünkü ; dâvada müddeaaleyh müddeabihi dâva sırasında 3 üncü şahsa temlik etmiş ve müddei dâvasını zarar ve ziyana tebdil etmemiş. Ve 3 üncü şahıs dâvaya dahil ve müddeaaleyh makamına kaim olarak dâvayı takip ve müdafaa serdetmiş ve iltihak ettiği tarafa muzaf olarak sadır olan hükmün 3. üncü şahıs hakkında da icrası kabil bulunmuş iken ve mezkûr maddede muhayyerliğin bildirileceğine dair bir sarahat yokken 75 inci madde hükmüne muhalif olarak hâkimin mücerret bu muhayyerliği hatırlatmamış olmasından bozulmuştur.

Fikrimce ; 186 ıncı maddedeki muhayyerliğini kullanmayan tarafa usulü dairesinde 3 üncü şahıs aleyhinde dâva ettirmeye icbar fazla bir külfet olup ve müdahili taraflardan addetmemek için bir sebep te yoktur. 186 ıncı maddenin tatbik şekline gelince ; temellük edenin dâvaya dahil olmadığı ve dâvacı dâvasını zarar ve ziyana tebdil etmediği hallerde 3 üncü şahıs temellük edenin hukukuna müessir bulunduğu hallere mahsus olsa gerektir ki, bu da akla ve icabı hale uygun düşer.

Bu takdirde 3 üncü şahsı taraflardan addetmeğe imkân yoktur. Bu hususa dair yine 4 üncü dairenin 12/7/936 tarih ve 3704 esas ve 351 ka-

rar sayısı ile vermiş olduğu (dâva esnasında müddeabihi dâvacıdan temellük eden ve buna binaen dâvayı takip eden şahıs halefiyet tarikı ile dâvacı yerine kaim olduğu için bunun ayrıca dâva ikamesine mecburiyeti yoktur. Mümellik tarafından açılan dâvaya dahil olarak dâvayı takibe salâhiyettardır) diye müttefik kararı sonraki kararına mübayin olup karardan birinde mümellik dâvacı digerinde ise dâva olunandır.

Birinde müddeabihi temellük eden 3 üncü şahsın dâvacıya halefiyetini ve onun yerine kaim olduğunu kabul ettiği halde digerinde müddeaaleyhe halefiyetini ve onun yerine kaim olmasını kabul etmemektedir.

Hâkimin mutlak olarak 186 ıncı maddeyi re'sen nazara alması ve tatbik etmesi hakkında sarih bir hüküm bulunmadığından usule ve 75 inci maddesine muhalif görülen yüksek mahkeme hususî dairesinin ve umumî hukuk heyetinin mevzuubahis esbabı mucibesiz bozma kararlarında isabet mütalâa edilememektedir.

230

İsviçre borçlar kanunundaki son [1] değişikliğin gerekçesi

Yazan
Fevzi Muhip ALPEREN
Ankara Hâkim Muavini

İsviçre parlamentosunun 30/Mart/1911 de kabul ettiği borçlar kanunu, 14/Haziran/1881 tarihli eski İsviçre boçlar kanununun esaslı surette tadilinden başka bir şey değildi.

Bu eser, o zaman eski borçlar kanununun yeni ihtiyaç ve temayüllere göre değiştirilmesi ve 10/İkincikânun/1907 tarihli İsviçre medeni kanununa bir «beşinci kitap» halinde ilâvesi suretile meydana getirilmişti. İsviçre borçlar kanununda son defa yapılan ve sebeplerinin kısaca tetkikini bahsimize mevzu olarak almış bulunduğumuz tadil ise, işte bu muaddel «beşinci kitap» ın «yedinci bap» ını ilgilendiriyor. Yedinci bap bilindiği ve Türk borçlar kanununda da aynen tekabül ettiği gibi, kefalet müssesesine ait hükümleri kanunlaştırmıştır Böylece, İsviçre federal meclisi, 10/K. evvel/1941 tarihinde kabul ettiği son kanunla, kefalet akdi üzerinde, tatbikatı şiddetle ilgilendiren bir takım değişiklikler ortaya çıkarılmış oldu.

Hukukî müesseselerin kolaylıkla değiştirilmesi. içtimaî bünyede bir inkılâp mevcut olduğuna en bariz nişane teşkil eder. Hele kususî hukuk alanında yapılan çabuk ve esaslı değişiklikler muhakkak ki önemli içtimaî inkılâpların ifadesidirler. İsviçre borçlar kanununda yapılmış olan bu son değişiklik ise, bir inkılâp çapında değildir. Belki daha mütevazı bir tedbir mahiyetindedir. Bunu, kanunun uzun hazırlık ve tetkiklerden sonra kabul edilmiş olması da gösteriyor. Filhakika daha 1934 senesinde idi ki İsviçre

[1] Bundan önce, İsviçre Boçlar K.nun ticarî hükümleri ihtiva eden 552 inci maddesiyle başlayan üçüncü kısmı da esaslı bir tadile tabi tutulmuştu.

milli meclisi, Federal hükümetten böyle bir kanun projesi hazırlamasını istemişdi. Federal hükümet, bir sene zarfında bu projeyi meclisin tasvibine arzedecekti. Fakat proje, ilgili çevrelerle yapılan geniş danışmalardan sonra, ancak 1939 ikincikânununun 20 sinde tamamlanabildi. Bu suretle Federal meclise kadar gelen lâyıha üzerindeki müzakere ve münakaşalar da iki sene kadar devam eyledi. Bu uzun devre boyunca, hukukî neşriyat sahasında da, hazırlanmakta olan kanunu tetkik ve tenkit edenler ve bunlar arasında belli başlı hukukçular görünüyordu. Muhtelif telkinler arasında, İsviçre hukukçular cemiyeti dahi, pek tabii olarak bu meseleyi ele aldı. Maksat, belli ve toplu idi : kefalet işlerindeki sui istimallerle mücadele edebilecek ve kefalet rejimini islâh eyliyecek hüküm ve tedbirler bularak bunları kanunlaştırmak. Fakat bu tedbirlerin neden ibaret olduğunda ve ne suretle kanunlaştırılması lâzımgeldiğinde oybirliği bnlunmayacağını da el betteki kolayca tahmin edebiliriz. Bahususki, İsviçre gibi hukukî meselelerle en derin halk tabakalarının bile ciddiyetle ilgilendiği bir memlekette ve inkılâp şartlarının yarattığı tereddütsüzlüklerden uzak bir devrede bunun böyle olacağı büsbütün açıktır. Fakat, işte, geç ve güç de olsa, bu kanunla, köklerini hayatın derinliklerine daldıracak bir takım hukukî yeniliklerin nihayet mevzuat sahasına girmiş bulunduğunu görüyoruz.

Acaba bu son tadil işinde ne gibi sebeplerle hareket edilmiş ve nasıl neticelere varılmıştır? Biliyoruz, ki hükümleri tadile mevzu olan kefalet akdi, tesirini sonradan gösteren bir takım borçlar doğurur.

Kefil, derhal cebinden bir şey çıkmadığı için, çokkerre, yüklendiği taahhüdün kendisini nerelere kadar sürükleyebileceğini düşünmez. Diğer taraftan, bu akit, hemen daima, bir menfaat mukabilinde de yapılmamaktadır. Birine kefil olmayı kabul eden kimşe, imzasını atarken, ucuza mal olan bir iylik yapdığını, kolay bir insaniyet ve dosluk eseri gösterdiğini sanarak bir taşla iki kuş vurduğuna, yani kendisi hiç bir zarara girmeksizin başkasına kâr temin eylediğine kanidir. [1] Böyle düşüncesizce girişilen kefalet taahhütleri, İsviçre hukuk edebiyatında, "Cautionnement d'auberge

[1] eskiden kalma bir halk meselimiz, cezada, şahadetle hukukta kefaleti, başkaları uğrunda karşılıksız bir üzüntü ve tehlikeye katlanış olmak bakımından, mukayese etmiş ve eski hukukî müesseselerimizle tatbikatımızın aksaklıklarını şu suretle tebarüz ettirmiştir: İşin yoksa şahit ol, paran çoksa kefil ol !

tâbirile ifade olunmuş ve fertlerin finansal muvazenesinde bunların husule getirdiği umulmadık tahripler uzun uzadıya münakaşa edilmiştir. "Otel arkadaşlığı kefaleti" diye türkçeye çevirebileceğimiz bu şöhretli tâbire uyan kefaletler, bir birini pek az tanıyan, bir otelde müsafir oldukları veya bir lokantada beraber kadeh kaldırdıkları sırada arkadaş olan kimseler arasında yapılanlardır. Halbuki bu hususta kanundan bekleyebileceğimiz şeyler var. Kanun, kefili, böyle düşüncesizce hareketlere girişmekten, iktisadî durumunu tanımadığı ve karekteri hakkında malûmat sahibi olmadığı kimselere hesapsızca kefil olmaktan, alıkoyacak kayıt ve şartları ihtiva etmeliydi. Bir kefalet akdi, kefile, taahhüdünün şumulünü düşünmek için icap eden fırsat ve imkânları verebilecek şartlar altında yapılmadıkça, muteber olmamak lâzımdı. Diğer taraftan, bu düşünme fırsatını versek bile, evlilik gibi sıkı içtimaî bağlantısı dolayisile işin ciddiyetini tek başına takdir edemiyecek vaziyette bulunan kimselerin de, kefil olma ehliyetleri takyit edilmeli idi. Şu önemli noktalardan başka kefili himaye eden kanun hükümlerinin mukavelelerle bertaraf edilmesine de mâni olmak icap ediyordu. Bir kefil gösterilmesi mukabilinde borç para veren veya kredi açan bir çok malî müesseseler, kefile imzalattıkları hazır ve matbu senet formüllerinde, kanunun temin ettiği bir çok hakları ve defi salâhiyetlerini dermeyan etmekten kefilin feragat eylediğini kayıt ve işaret etmişlerdir ki, bu formüller ekseriya gereken dikkatle okumaksızın ve itimada binaen kefil tarafından kolaylıkla imzalanır. İsviçre'de kendine borçlanacak şahıstan böyle matbu senetleri imza edecek bir kefil istiyen kredi müesseseleri o kadar çoğalmıştır ki bunların kendi şartlarını İmposer etmelerine mâni olmak ve bu suiistimalle mücadele eylemek günün meselesi olmuştur.

İşte bu mülâhazalar, bizi yeni tadilâtın hedefi ile kendiliğinden temasa getirmektedir. 10/Kânunuevvel/941 tarihli bu yeni kanun, kefili eskisinden daha esaslı bir himaye altına almak iddiasında bulunuyor. Tadili teşkil eden yeni hühümlere göre, evvelemirde, kefalet akdinin inşasında cari bulunan şekil şartlarının ağırlaştırılmış olduğunu görüyoruz. Bu yeni hüküm, tadile sebep olan ihtiyaçları takiben, kefili düşüncesizce taahhütler altına girmekten alıkoymağa ve yüklendiği borcun şümulü hakkında onu aydınlatmağa matuftur. Bu suretle, her şeyden evvel, kefalet akdinin şekli hakkındaki esas hükmü ihtiva eden ve Türk Borçlar kanununun 484 üncü

maddesine tekabül eyleyen İsviçre Borçlar kanununun 493 üncü maddesi değiştirilmiş bulunmaktadır. Yeni madde de dahi, eskisinde olduğu gibi kaide, kefaletin yazılı şekilde yapılmasıdır. Fakat ilâve olunan fıkralar bu kaideyi bir takım önemli istisnalarla takyit ediyor. Bu istisnalara göre, yazılı şekilde kefalet, İsviçre Konfederasyonuna veya bu Konfederasyonun âmme müesseselerine veya kantonlara ait ve âmme hukukundan doğma alacakların teminine matuf bulunmadıkça veya hükmi şahıslar tarafından verilmiş olmadıkça veyahut da nakliye mukavelelerine taallûk etmedikçe, muteber sayılmıyacaktır. Bunlar haricinde bulunan ve hakikî şahıslar tarafından kefalet edilen hallerde ise, yeni kanun, taahhüdün ehemmiyetine göre, bir birinden farklı iki şekil kabul etmektedir :

İki bin frankı geçen kefaletler için resmî şekil ve bu miktarın dununda bulunan kefaletler için de mesul olacağı miktarı ve kefalet müteselsil ise bu ciheti kefilin bizzat kendi el yazısile yazmış olması mecburiyeti. İşte böylece, yeni tadilât, «tek şekil» yerine «türlü şekil» esasını kabul etmiş bulunuyor.

Pek tabiî olarak, bu yeni esas, İsviçre borçlar kanununun bizim borçlar kanunumuzda da aynı madde numarasını taşıyan yirmi ikinci maddesi veçhile, kefalet akdi yapmak vadine de şâmil bulunmaktadır.

Şekil şartlarının şu ağırlaştırışile, onlara riayet olunmaksızın yapılmış kefalet akitlerinin muteber tutulması suretinde himaye olunan kefil, mevzuumuzu teşkil eden akdi inşa edebilmek için, aile birliğini himaye gayesile de, yeni kanun tarafından ayrıca bir ehliyet şartına tâbi tutuluyorki o da evli bulunan ve hakkında ayrılık kararı verilmiş bulunmıyan bir kimsenin, daha önce eşi tarafından yazılı şekilde muvafakat edilmiş olmadıkça, kefalet borcu altına giremiyeceğidir.

Kefalet akdi yönünden kabul edilen bu yeni ehliyet sınırlaması, Türk medenî kanununun 169 uncu maddesinin son fıkrasındaki ehliyet tahdidine ve bu hususta mevcut diğer hükümlere inzimam etmiş olunuyor ve İsviçre borçlar kanununun 494 üncü maddesi de bu suretle tadil edilmiş oluyor.

İsviçre borçlar kanunundaki değişikliğin getirdiği diğer yeni hükümler de, umumî olarak, kefilin yüklendiği borçların hafifletilmesine ve buna mukabil, alacaklıya tahmil edilen vazifelerin artmasına taallûk eylemektedir.

Bu cümleden olmak üzere, muaddel 497 ve 499 uncu maddeler, kefilin mesuliyetini kefalet mukavelesinde gösterilen mıkdar ile kati şekilde tahdit ediyor. Borçlunun borcunu ödememesinden mütevellit olarak alacaklının duçar olduğu zarar ve ziyan, kefaletnamede kefilin mesuliyeti için tayin olunan rakkamı ne derece aşmış olursa olsun, onun mesul tutulabileceği miktar asla bu muayyen rakkamın fevkine çıkarılmıyacaktır. Değer taraftan muaddel 500 üncü madde ile kefilin borcu, kefaletin nevine göre değişmek üzere, her sene için yüzde birden yüzde üçe kadar kanunî tenzilata da «Réduction légale» tâbi tutulmuştur. Bunun gibi, kefalet akdinin muacceliyet kesbetmesi bakımından da, muaddel 500 üncü maddenin getirdiği bir yeniliği görüyoruz : Bu yeni hükme göre, kefaletin nevi ne olursa olsun, kefil borçludan ayni teminat «Sûrtée d'ordre réel» istihsal etmek şartile, kendine karşı alacaklı tarafından girişilecek takibatı, bütün rehinler nakde tahvil edilinceye veya borçlu hakkında kati bir aciz vesikası istihsal olununcaya kadar veyahutta bir konkordato akit oluncaya değin, geri bırakdırılabilecektir. Bu suretle, yeni kanun, müteselsil kefaleti dahi (Cautionnemet Solidaire), kefili himaye esasının kuvvetlendirilmesi maksadını takiben oldukca tesirsiz bir hale getirmiş bulunuyor. Yeni 496 ıncı maddeye göre, borç menkul rehni ile de temin edilmiş olsa yine evvelemirde, alacaklının kendine gösterilen teminat üzerinden hakkını almağa çalışması icap etmektedir. Değişen 497 inci madde de, birlikte ve müteselsilen kefalet hali (Cautionnement Solidaire Conjoint) için borcun temamından mesuliyeti kaide olarak kabul etmiştir. Fakan ayni madde bu hususda önemli istisnalar dahi kabul eylemiş bulunuyor : Bu cümleden olmak üzere, kefil kendisile birlikte müteselsilen kefalet edenler aleyhine İsviçrede takibat icrası mümkün iken, bunlar kendinden önce veya kendisile birlikte takibata tâbi tutulmazlarsa, borcun hissesine düşeninden fazlasını ödememek salâhiyetine maliktir.

Yapılan değişikliğin alacaklıya yeniden yüklediği vazifelere gelince : Bunlar, tek taraflı ve ivazlı bir akit olan kefalette, esas itibarile taraflardan yalnız birine, yani kefile borç yükletilmekte olması nazara alınarak, ilk defa teşebbüse geçmek vaziyetinde bulunan alacaklının riayet etmesi lâzımgelen mecburiyetleri takviye eylemişlerdir. Ancak alacaklıya yükletilen bu vazifeler, asla bir karşı ödem (Contre – prestastion) mahiyetinde olmayıp, belki hüsnüniyet esasının tabii icablarından ibarettirler. Bu bakım-

dan yapılan değişiklik, sadece alacaklının işaret ettiğimiz mecburiyetlerini genişletmiş ve katileştirmiş, daha sıkı müeyyideler altına almış bulunuyor. Bu cümleden olmak üzere, borçlar kanunumuzun 500 üncü maddesine tekabül eden İsviçre borçlar kanununun 508 inci maddesindeki hükümlerde de değişiklik yapılmıştır. Bu hususdaki eski metne göre, borç için istihsal olunan teminatı, alacaklı tenkise rıza gösterirse, şu hareketinden dolayı kefile karşı mesul olmakla beraber, kefilin istiyebileceği zarar — ziyan, hâkim tarafından resen nazara alınamazdı. Ancak kefil, bundan mütevellit zararını kefaletten doğan borcu ile takas eylemek talebinde bulunursa, hâkim, işi nazara alır. Ve pek müşkül olan zararın şumulünü isbat da kefile ait bulunurdu. Yeni 503 üncü madde ise, eski 508 inci maddenin bu hükmünü çok geride bırakıyor. Yeni hükme göre, teminatın tenkisi, kendiliğinden, kefalet borcunun dahi aynı miktarda tenakusunu intaç edecektir. Keza alacaklının borca ait senetleri elinden çıkarması veya kefile teslimden imtina eylemesi dahi, yapılan değişikliğe göre aynı neticeyi kefil lehine kendiliğinden meydana getirmektedir. Muaddel 505 inci madde mucibince, borçlu tarafından vakî tediye gecikmelerini alacaklının kefile haber vermemesi dahi, ayni şekilde ve ayni nisbette, kefilin borçdan kurtulması neticesile müeyyidelendirilmiştir. Binaenaleyh, bir sermayeyi ödemekte veya yarı yıllık bir faiz tutarının tediyesinde veyahutta senelik amortisman bedellerinin kapatılmasında vakî olacak altı aylık gecikmeler, alacaklı tarafından kefile ihbar olunmadığı takdirde, kefil, bundan göreceği zarar nisbetinde esas borçdan beraat eyleyecektir. Bütün bunlardan başa, kefaletin sona ermesi bakımından da, hüküm değişiklikleri yaşılmış bulunuyor. Borçları iskat eden malûm sebeblerinden ve fer'î bir taahhüt olması itibarile kefaletin bu hususta esas borca bağlı bulunması keyfiyetinden başka ; İsviçre borçlar kanununun muaddel 509 uncu maddesile bu akdin muteberiyet müddeti de tahdit edilmiştir.

Bu yeni hükme göre esas borç henüz sakıt olmamış ve hattâ henüz muacceliyet kesbeylememiş bulunmasa bile, kefalet mukavelesi, inikadından itibaren 20 senenin geçmesile her halde hükümden düşmüş olacaktır. Ancak kanun, bu kaideye bir takım istisnalar vaz ediyor. Bir kere bu esas, kefalet akdinin yeni şeklini gösteren ve kefaletin kanun icabı tenziline taallûk eyleyen hükümlerde olduğu gibi, yalnız hakiki şahısların üzerine aldığı taahhütler için tatbik edilebilecektir. Sonra, nakliye mukavelelerini, âmme

796

müesseselerini, müstahdemleri ve devri (Périodique) ödemleri ilgilendiren kefaletlerde de carî değildir. Diğer taraftan, bu 20 senelik müddet azamî on sene için temdit dahi edilebilecektir. Ancak bu temdit, kefaletin son bulmasından en geç bir sene evvel yapılacak bir yazılı beyanla olabilmektedir.

Nihayet, yeni kanun, kefile, bazı kayıt ve şartlar dahilinde, müstakbel bir borca matuf olarak yapılan bir kefaletten kendi başına caymak akdi feshetmek (Droit de résilier) hakkını da tanımıştır.

Görüyoruzki bütün bu değişiklikler, hep kefille alacaklı arasındaki münasebetleri ilgilendiriyor. Buna karşı, borçlu ile ona teminat veren (yani kefil) arasındaki veyahut, birlikte kefil olanların kendi aralarındaki münasebetlere ve kefilin rucu hakkına (Le droit de recous de la caution) müteallik hükümler, bazı önemsiz teferruatı istisna edersek, hemen hiç değiştirilmiyerek, olduğu gibi bırakılmıştır.

Yapılan tadilin getirdiği en büyük yenilik ise, kefilin kendisine kanun tarafından temin olunan haklardan, yine kanunda tasrih edilmiş olmadıkça, peşinen feragat edemiyeceği keyfiyetidir. Bu suretle kefili himayeye taallûk eden her kaide, bir âmir hüküm (Droit impératif) sayılmış oluyor. Hususi mukaveleler sahasında esas olan tarafların iradesini serbest bırakmak prensibinin (L'autonomie de lavolonté des parties) ancak mahdut bir rol oynamasına imkân veriliyor. Yeni kanunun bundan maksadı, şüphesizki, kuvvetle himaye ettiği kefili, lehinde olan başlıca hükümlerin tam tatbikini de sağlamak suretile, hakiki bir emniyet altında bulundurmaktadır. Böylece, daha yukarlarda da işaret ettiğimiz veçhile, İsviçredeki bir çok kredi müesseselerinde kullanılması adet olan ve ihtiva ettiği bitmez tükenmez kayıtlarla kefilin kanun tarafından kendisine verilen bir çok defi haklarını dermeyan etmekten feragat eylediğini gösteren matbu formüllerin doğurduğu emri vakiler dahi bertaraf edilmiş bulunmaktadır. Kanunda yapılan değişiklikten önce, İsviçre mahkeme içtihatlarının, esaslı şekilde düşünmeden yapılan bu feragatlardan doğan emri vakileri karşılamak için, kefilin feragat ettiği şeyin hakikî şumulünü anlamış olmasını, bu hususta aranması icap eden bir şart saymağa başladığını da biliyoruz.

Verdiğimiz kısa izahlar, İsviçre borçlar kanunundaki bu mühim değişik-

liğin, hangi noktalardan hareket edilmek ve ne gibi maksatlara erişilmek suretile meydana getirilmiş bulunduğunu, kuşbakışı gösteriyor. Fakat, yeni hükümler üzerinde hukukcu gözile yapılmış bazı tenkitleri dahi hülasa edersek, mevzua daha sağlam bir tarzda nufuz edebileceğimizi sanıyorum. Bir kerre, kanunun metninde hatalar yapılmış olduğuna işaret edilmektedir. Yazılış şekline taallûk eden bu hataları önemsiz görsek bile, İsviçrede neşredilen mahkemeler mecmuasının son nushalarından birinde çıkan ve (Pierre Cavin) imzasını taşıyan uzun makalenin, esasa ait bulunan şu mütalâalarını her halde kaydetmek lâzımdır : (yeni kefalet hukukunu gözden geçirince edilinilen ilk intiba, muğlak bir kanun karşısında bulunduğumuz hissidir. Bu karışıklık, evvelemirde, kabul edilen şekillerin ve kefile tanınan vasıta ve defilerin çokluğundan doğuyor. Bunda, ... Kanun vazının yeniliklere kalkışırken ekseriye yarı yolda durmağa mecbur kalışı da başlıca bir âmildir. Kanun vazıı, asasan bazı insan gruplarına mahsus bulunan bir çok kaidenîn tatbıkı imkânını, ayrıca birde bu kaidelerin şumulünü muayyen hal ve şartlara bağlayarak, tahdit ediyor ; yahut tarafların buna muhalif olmak üzere besleyecekleri maksadı mahfuz tutuyor. Binaenaleyh, kefaletle temin edilmiş borçların başlıca alacaklılarını teşkil eden bir takım mali müesseseler, kendilerini yeni vaziyete uydurmak için geçirecekleri zahmetli bir devreden sonra, bu hususda icap eden melekeyi elde edecekler ve önlerine çıkan bütün müşkillere galebe eyliyeceklerdir. halbuki iş hususunda tecüubesi az bulunan münferit şahıslar için böyle değildir. Bunlar, bir akrabaya veya dosta yardım için her hangi bir üçüncü şahsın tavassutunu, alacaklarını temin maksadile kabul ederek, borç vermeğe razı olacaklardır. Böyle tecrübesiz bir kimse, giriştiği hukukî münasebetin ne kadar karışık olduğundan şüphelenmiyerek, bu akitle hiç taahhüt elde etmediğini ve bilâkis ihtilâf halinde kefilinin avukatı tarafından kendisine öğretilmesi pahaliya mal edilecek bulunan sıkı bir takım vecibeler yüklenmiş olduğunu bilmeksizin, kefalet senedi üzerindeki imzaya inanacaktır. Yeni hukuk, vaz edilişindeki vuzuhsuzluk dolayısile, işte böyle ciddi bir mahzur gösteriyor. Diğer taraftan, şekil şartlarının ağırlaştırılması ve karmaşıklığı, kefiller arasında lüzumlu olan istifayı temin etmeksizin, müessesenin muhtaç buluduğumuz vazifesini önemsizleştirecektir.

Biz, bu hal neticesinde, kambiyo senetlerinin kendilerine ait olmama-

sı lâzım gelen ve esasen suiistimal edilmekte bulunan bir rolü, gittikçe benimseyeceklerinden korkmaktayız. Ehemmiyeti, bize göre, latin isviçrede her bakımdan mubalağalandırılmış olan meşhur (Cautionnement D'auberğe) ler o kadar istendiği halde, ortadan kaldırılmıyacaklardır. .....

Bunlar, bir kambiyo senedi üzerinde «aval" şeklini almak suretile yalnızca maskeleneceklerdir. Hakikî kiymetini tayin edebilmek için vereceği neticeleri beklemekliğimiz icabeden bu islâhatı, umumî olarak pahalıya mal etmiş bulunmaktan çekiniyoruz. Nihayet, bir çok bankacılar arasında kötü karşılanan bu yeni kanun, uzun senelerdenberi onu isteyen ve bekleyen geniş hayat çevrelerinin ümidini boşa çıkarmıştır . ... karşılıklı musaadekârlıklarda bulunduğu için, bütün Kompramilerin müşterek âkibetine uğrayarak, taraflardan hiç birini tamamiyle tatmin edememiştir.)

Görülüyorki bu sözler, yapılan tadilâtın, kefil için lüzumlu olan bir himaye maksadından hareket edilmişken, alacaklı için tehlikeli olabilecek bir neticeye yaklaştığını anlatmaktadır. Bununla beraber, âmir ahkâmın hususî hukukta bel kemiği vazifesi görmesine doğru atılan adımı alkışlamamak için sebep bulunamıyacağı da muhakkakdır. Hakıkaten, bir takım kurnaz adamların safdil kimseleri kanun himayesinden mahrum kılacak tertipler kurmasına, ancak, bu kimseler lehindeki hükümleri ferağat edebilir mahiyette bırakmamak suretile mani olunabilir.

Vakit vakit hukuk alemimizi ilgilendiren bir mevzu haline geldiğini gördüğümüz Türk ticaret kanununun tâdili meselesi ilerde tahakkuk etmek imkânını kazanırsa, İsviçrelilerin medenî kanunlarını kabul ettikleri sırada eski borçlar kanununu dahi yenilemiş bulundukları gibi, bizim de ticaret kanunumuzu değiştirirken, borçlar kanununun ilgili bir çok kısımlarını ve bu meyanda yazımızın mevzuunu teşkil eden kefalet bahsini de esaslı bir şekide tekrar gözden geçirmekliğimiz elbetteki ümit edilmeğe değer bir keyfiyettir.

295

No: 75

Poliçanın ihdası

Yazan
Targan Hacim Çarıklı
Paris Hukuk Fakültesi mezunu

Poliçanın hukukî bir kıymet arzedebilmesi için, bir çok hukukçuların şekil ve esas şartlar olarak iki kısma tefrik ettikleri muayyen şartların bir araya gelmesi lâzımdır. Ticaret kanunumuz poliçanın ihdası için lâzım olan şartları şekil ve esas şartlar olarak ayrılarak ..... şekil şartlarını 527 ve mütaakip maddelerde mütalâa etmekte, esas şartlara ise 533 üncü maddede «bir poliça iltizam ve taahhüde ehil olmıyan bazı eşhasın da imzasını muhtevi olur ise o poliçada imzası bulunan haizi ehliyet diğer eşhasın o poliçadan mütevellit borçlarının sıhhatı haleldar olmaz» ve 534 üncü maddede «her kim nam ve hesabına harekete mezun olmadığı bir şahsın mümessili sıfatiyle bir poliçaya imzasını vaz etmiş olursa o poliçadan dolayı bizzat mesul olur.....

Salâhiyetini tecavüz eden mümessil dahi bu hükümdendir» diyerek kısaca temas etmekte ve meselenin hallini ticaret kanunu umumî ehliyet ahkâmı ile medenî kanuna terk etmektedir.

Kanunun da kabul ettiği bu tasnifi poliçanın ihdas şartları için kabul ve müdafaa etmek hukuk ilmi bakımından poliçanın esasen şekle istinat eden ve şekil şartlarının noksanlığı poliçanın butlanını istilzam ettiren bir hukuk olması itibariyle kabul etmek doğru değildir.

Eğer bu şartların muhakkak surette bir tasnife tâbi tutulması lâzımsa yapacağımız tasnifin şekil ve esas şartlar olarak değil mecburî veya ihtiyarî şartlar olarak yapılması lâzımdır. Çünkü poliça hukuku tamamile bir

şekil hukukudur. Ve şekil şartlarını hukukî neticeleri itibariyle esas şartlardan ayırmak imkânı mevcut değildir.

Biz burada poliçanın ihdası için lâzım olan şartları tetkik ederken eski klâsik tasniften ayırarak şekil ve esas şartlar olarak değil.

1 — Poliçanın bizatihi ve mevzuunu teşkil eden alacağı.

2 — Poliçada mevzuubahs olan şahısları ayrı ayrı mütalâa edeceğiz:

(I)

"Poliça,,

Poliçanın poliça olabilmesi için muhakkak surette tahrirî olması lâzımdır. Bu tahrirî olmak şartı sadece bir delil şartı değil aynı zamanda poliçanınmuteber olması için muhakkak surette riayet edilmesi lâzım olan bir şarttır. Kanun şifahî poliça kabul etmemektedir.

Poliça lâlettayin bir kâğıt parçası üzerine kanunun emrettiği kayıtları el ile yazmak suretiyle elde edilebildiği gibi dip koçanlı matbû poliça defterlerinin ihtiva ettiği kâatlardaki boş bırakılmış mahalli mahsusları doldurmakla da ihdas edilebilir. Bu şekilde elde edilen poliçanın müteaddit nushaları olabilir. Ticaret kanununun 590 ıncı maddesi «poliça yekdiğerlerinin aynı olmak üzere müteaddit nusha olarak çekilebilir» denmektedir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası «müteaddit nusha olarak tanzim olunan poliçaların metninde birer sıra numarası bulunmak lâzımdır.» demektedir. Aksi takdirde mezkûr nushaların her birine ayrı bir poliça nazarı ile bakılır.

Poliça nushalarını poliça suretlerinden tefrik etmek icap eder. 590 ıncı maddenin bahsettiği poliça nushaları ile 593 üncü maddenin bahsettiği ve her hamile çıkarmağa salâhiyet verdiği suretler birbirlerinden tamamiyle farklıdırlar. Poliçanın diğer nushaları aynen poliçanın haiz olduğu

301

haklara mâliktir. Kanunun poliçayı bir çok nusha olarak ihdas etmesinin sebebi şunlardır.

1 — Poliça nushalarının müteaddit olması poliçayı elden çıkarmadan kabule arzetmek imkânını vermektedir.

2 — Poliça nushaları sayesinde çalınma, ve kayp olma tehlikelerini bertaraf etmek mümkündür. Bilhassa beynelmilel vaziyetin çok buhranlı olduğu bu zamanlarda poliça nushalarını müteaddit kanunlardan kabule göndermek imkânı mevcuttur.

Ticaret kanununun 590 ıncı maddesi bu nushaların her birisine birer sıra numarası konulmasını istemektedir. Bundan maksat nushalardan birisine tediye yapıldığı takdirde diğerlerinin hukukî hiç bir kıymetinin kalmamasıdır.

Ticaret kanununun 527 inci maddesi poliçanın mecburî olarak ihtiva edeceği kayitları zikretmektedir. 527 inci maddede sayılan şartların hepsi mecburî olup içlerinden bir tanesinin ihmalinde poliça boliça olarak bütün kıymetini kaybettirmektedir. Her ne kadar kanunun mecburî kıldığı kayıtlardan her hangi birisinin ihmâli poliça üzerinde ımzası bulunanlar tarafından isbat edilebilirse de bu vaziyetde bu bir poliça değil lâalettâyin bir senet vazifesi görebilir.

Bu poliçanın bütün hukukî hükümlerini ihtiva edebilmesi için 527 inci maddenin istediği şartların hepisinin bir araya gelmesi lâzımdır. Lâalettayin birisinin noksanlığı poliçanın butlanına sebebiyet verecektir.

Ticaret kanununun 527 inci maddesinin birinci fıkrasında «bir poliça metni senette poliça kelimesini ve senet türkçeden gayri lisan ile yazılmış ise o lisanda poliça mukabili olarak mustamel kelimeyi ihtiva eder» denmektedir. Kanun poliça kelimesinin senet üzerine kaydedilmiş olmasını mecburî kılmıştır. 1935 senesine kadar Fransız hukuku ile Alman hukuku bu noktada birbirlerinden ayrılmakta idiler. Fransız hukuku poliçayı kendisine sebebiyet veren alacaktan gayri olarak mütalaa etmediğinden poliça kaydının senet üzerine yazılması mecburiyetini kabul etmiyor. Ve bu kayıt olsa dahi poliçayı poliça olarak kabul ediyordu Halbuki Alman hukukî mücerret senet nazariyyesine sadık kaldığından ve bu

hukukta senet bizatihi kendine sebebiyet veren borçtan tamamiyle ayrılarak müstakbel hukukî hükümlere mâlik bulunduğundan böyle bir kaydın senedin üzerine yazılmasını hamillere ellerinde bulundurdukları evrakın mahiyeti ilk görüşte izhar etmek için zarurî idi.

1910 Lahey projesi ve 1930 Cenevre anlaşmasında tespit edilen ahkâm bu kaideyi Alman hukukundan almış bulunmaktadır.

Bizim kanunumuzda Lahey projesini kabul ettiği için bu kayıt bunun için mevzuatımıza girmiş bulunmaktadır.

2 — 570 inci maddenin ikinci fıkrası mucibince poliça bilâ kayt ve şart bir meblâğ tediyesi için tevkili ihtiva etmelidir. Demektedir. Binaenaleyh poliça bilâ kayt ve şart muayyen bir mablâğın tediye vekâletidir. Burada bilâ kayt ve şart tabirinden anlaşılan mâna poliçanın hiç bir kayda tabi olmıyan bir tediye tevkili olmasıdır.

Muayyen bir meblâğ kelimesi üzerinde bir parça durmamız icap etmektedir. Poliça öyle bir senettir ki içinde muayyen bir meblâğın tediyesi para miktarı ile ifade idilerek gösterilmesi lâzımdır.

Binaenaleyh muayyen olmıyan bir alacak üzerinde poliça ihdas etmek gayri kabildir. Bir poliça üzerine «Bana olan borcunuzu veya hesabı carimden kalan miktarı tediye ediniz» gibi gayri muayyen bir alacak karşılık olarak gösterilüp poliça ihtas edilemez. Ticarî hayatta poliçanın ihtiva ettiği meblâğ poliça üzerine hem harfler ile ve hem de rakamla olmak üzere iki defa yazılmış ve para miktarının yazılacağı yerler tahrifi müşkül olsun diye ince hatlarla çizilmiştir. Kanun rakam ve harflerle gösterilen meblâğlar arasındaki muhtemel hataları da nazarı itibare alarak 532 inci maddesinde «poliçanın bedeli hem harf ve hem rakam ile gösterildiğinde iki miktar beyninde tefavüt var ise huruf ile gösterilen miktara itibar olunur.» demektedir. Harflere itibar edilmekten maksat rakamları yazarken hataya düşmek çok muhtemel olduğu gibi tahrifleri de harflere nazaran çok daha kolaydır.

532 inci maddenin ikinci fıkrası "bir poliçanın bedeli yalnız huruf ile veya yalnız rakan ile müteaddit defalar yazılmış olur ve beyinlerinde miktarca tefavüt olur ise en az olan miktar muteberdir» demektdir.

Poliçanın muayyen bir meblağı ihtiva etmesi mecburiyeti olunca acaba poliçeya bir faiz şartı ilâve edilüp edilemiyeceği suali varit olabilir bu noktayı nazarı itibara alan kanun 531 inci maddesinin birinci fıkrasında «görüldüğünde ve görüldüğünden itibaran muayyen bir müddet sonra tediyesi meşrut olan poliçaya keşideçi tarafından bir faiz şartının konulmasına müsaade etmektedir. Ve vakti tediyesi süveri saire ile tâyin olunan poliçalarda faiz şartını keenlemyekün addetmektedir. Kanunun buradaelde etmek istediği netice poliçalardan faizi kaldırmak değil yalnız tarafeyne faiz miktarını evvelden hesap ettirüp sermayeye dahil ettirmektir

Faiz çok tehlikeli bir ameliyedir. Az zamanda büyük yekûnlara baliğ olabilir. Zannımıza göre kanunun bu kayıttan elde etmek istediği gaye, poliçayı ihdas eden keşidecinin yapılacak tediye miktarını tam olarak bilmesini istemesidir.

Halbuki görüldüğünden veyahut görüldüğünden itibaran muayyen bir müddet sonra tediyesi meşrut poliçalar için faiz miktarının evvelden hesabı kabil olmadığından kanun istisnaî olarak bu cins poliçalara faiz kaydının konulmasına müsaade etmektedir. Ve bu faiz miktarı irâe olunmamışsa (% 5) olarak kabul edilmiştir.

Şu halde poliça üzerinde muayyen bir meblağ gösterilmesi lâzımdır. Pek tabiidir ki bu meblağ para ile ifabe edilecektir. Ticaret meyanında (Nohut, pirinç ve sair) eşyalar üzerine çekilmiş poliçalar mevcut değidir. Yalnız burada mühim bir müşkilât ekseriyetle mevzubahs olmaktadır. Biliyoruz ki poliçalar beynelmilel bir vasfa mâliktirler. Ve poliçanın bu vasfı nazarı itibara alan ticaret kanunu 566 inci maddesinde «bir poliça mahalli tediyede rayiç olmıyan bir akçe ile Lâzimüt tediye olduğu takdirde keşideci emri tediyenin poliçada irâe olunan cins akçe ile tediyesini şart koşmuş olmadıkça. (Buna poliçenın hakikî surette meskûkâtı ecnebiyye ile tediyesi şartı denir. Emri tediye poliçanın bedeli tâlep olabileceği günün rayicine göre o memlekette mütedavil akçe ile icra olunur) demektedir.

Bu madde üzerinde biraz tevekkuf etmek lâzımdır. Bu gün Türkiyede döviz devletin inhisarında bulunduğundan hakikî surette meshûkâtı ecnebiyye ile tediyesi şart koşulan poliçaların dahi tediyeleri ancak Türk parası ile yapılacaktır. binaenaleyh ecnebî parası ile tediye mevzubahs ola-

maz. Bir poliça üzerinde hakikî surette meskûkâtı ecnebiyye ile tediyesi meşrut bulunabilir. Binaenaleyh bir poliçe meblağı ecnebî parası ile gösterilebilir. Bu şart mucibince muhatap tediye günü ecnebî parasını tedarik etmekle mükellef ise de, bu gün döviz devletin inhisarında bulunduğundan ecnebî parası ile tediye yapmak imkânsız bir iştir.

İki memleket arasında tedavül eden poliçalar için meblağın ecnebî parası ile gösterilmesi kabul edilebilir. Fakat acaba, bizim millî hudutlarımız dahilinde çekilen ve Türkiye dahilinde tediye edilecek bir poliçanın meblağını ecnebî parası ile göstermek mümkün müdür?

İlk nazarda bu suale menfi cevap vermek pek tabîi olarak akla gelirse de peliçanın ilerde beynelmilel bir karekter kesbetmsei ihtimâli bizi tereddüde düşürmektedir.

Yalnız burada bir para kuru meselesi mevzubahs olmaktadır. Bu noktada Türk ticaret kanunu ile 1930 senesinde Cenevrede tesbit edilen beynelmilel poliça ahkâmı arasında bir fark mevcuttur.

Ticaret kanunumuzun 566 ıncı maddesi sarih olarak «Emri tediye poliçanın bedeli talep olunabileceği günün rayicine göre o memlekette müteda vil akçe ile icra olunur" demektedir.

Kanun tediye olunabiledeği gün tâbirinden vâde hitamını kasdetmektedir. Halbuki muhatap poliçanın tediyesini bir kaç gün bekletebilir. Ve bu bekletmekten de kendisine para kurlarının alçalup yükselmesinden dolayı bir istifade temin eylemesi mümkündür. İşte bu vaz,iyeti göz önünde tutan Cenevre anlaşması hamile tediye degeç kalmış olan muhataptan isterse tediyenin bilfiil yapıldığı günün, isterse poliça vâdesinin hitama erdiği günün para kurlarından birisi üzerinden tediyenin yapılmasını talep etmek hakkını bahşetmektedir.

Bu vaziyet adalet telâkkisinin icabı olduğu gibi borçlar hukukunun umumî ahkâmına da tevafuk etmektedir. Çünkü borçlunun tediyede yapacağı teehhürün alacaklıya ziyan vermemesi lâzımdır.

Tediye parasının kurunu tarefynin evvelden mutabık kalarak tâyin etmelerini meneden hiç bir kanunî ahkâm mevcut değildir.

3 — 527 inci maddenin üçüncü fıkrasında poliça üzerine tediyeye mecbur olan şahsın (Muhatabın) ismini yazmak mecburiyetini vazetmiştir. Bu noktayı biraz ileride poliçada bahis mevzuu olan şahısları tetkik ederken mutalâa edeceğiz.

4 — 527 inci maddenin dördüncü fıkrası poliça üzerinde tediye tarihinin yâni vâdinin işaret edilmesi mecburiyetini vazeimiştir. Bu kaide poliça hukukunun en mühim kaidelerinden birisidir. Fakat tediye tarihleri yâni vâdeler her poliça üzerinde aynı şekilde gösterilmemiştir. Ticaret kanununun 558 inci maddesi vâdeleri itibariyle poliçaları dört kısma tefrik etmektedir.

A — Görüldüğünde tediye edilen poliçalar: bu nevi poliçalarda tediye tarihi poliçanın muhataba iprazı ile taayyün etmektedir. Hamil poliçayı istediği her hangi bir anda muhataba ipraz ederek aynı zemanda tediyeyi talep edebilir. Fakat poliçanın herhangi bir zamanda tediyeye arzedileceğini zannetmek hatadır. Çünkü kanun 559 uncu maddenin ikinci fıkrasında „Bu nevi poliçalarda görüldüğünden itibaren bir müddeti muayyene sonra tediyesi lâzımgelen poliçaların kabule arzı için kanunen mevcut olan veya meşrut bulunan müddetler zarfında tediye olunmak üzere iprazı mecburidir." demektedir. Binaenaleyh elinde görüldüğü anda tediye edilecek bir poliça tutan hamil ticaret kanununun 548 inci maddesi mucibince bu boliçayi ihdasından itibaren altı ay zarfında tediyeye ibraz etmek mecburiyetindedir. Zannımıza nazaran bu müddet çok kısadır. Ve Cenevrede tesbit edilen beynelmilel poliça ahkâmında bu müddet bir sene olarak kabul edilmiştir.

B — Görüldüğünden itibaren bir müddeti muayyene sonra tediyesi lâzımgelen poliçalar: Bu nevi poliçalarda vâdenin tâyini için lehdarın poliçayı muhatap nezdinde kabule iprazı lâzımdır. Çünkü vâde ancak bu kabul tarihinden itibaren hesap edilebilecektir. Bu nevi poliçalarda kabul ile tediye arasında ekseriyetle sekiz veya onbeş gün gibi kısa bir müddet geçmektedir. Keşideci poliçanın üzerine görüldüğünden....

gün zarfında tediyesi diye yazmakla muhataba poliçayı tediye için lâzım olan parayı tedarik için zaman vermektedir. Çünkü ticarî Hayatta tediye için böyle bir zamana ihtiyaç vardır. En zengin tüccar bile anide en ufak

bir tediyeyi yapmak için en büyük müşkilâtla karşılaşabilir. Çünkü ticarî hayatta para ekseriyetle mala kapatılmış bulunmaktadır. Görüldüğünden ve görüldüğünden itibaren bir müddeti muayyene sonra tediye edilecek poliçalara ticarî hayatta pek az tesadüf edilmektedir. Çünkü tüccarlar bu nevi poliçaların istimal edebilecekleri âni tediyeler için tabi tutulduğu resim ve formalite itibariyle daha kolay çeki tercih etmektedirler.

C — İhdas tarihinden itibaren bir müddet sonra te,diye edilecek poliç çalar: Ticaret kanunumuzun 561 inci maddesinde mevzubahis olan bu poliçalarda vâde ekseriyetle üç aydır. Bu nevi poliçalarda vâdenin hesabı ayları nazarı itibara alınarak yapılmaktadır.

Nitekim 561 inci maddede sarahaten evvelâ tam aylar hesap olunur. Demektedir. Şu halde, meselâ eylülün birinde ihdas edilmiş bir poliçada tediye günü sarahaten tâyin edilmiyerek sadece üç ay sonra tediyesi denilmesinde tediye günü Kânunu evvelin birinci günüdür. Eğer poliçada tediye günü sarahaten tâyin edilmiyerek sadece «Ay sonuna doğru «gibi bir kayıt konulmuş ise 561 inci madde mucibince tediye günü ayın son günüdür. Kanun ayın başı, ortası ve nihayeti gibi tâbirin poliça üzerine konulabileceğini nazarı itibare alarak «Bu tabirlerden maksat ayın birinci ve sonuncu günleridir" demektedir.

«Sekiz gün ve onbeş gün tâbirlerinden maksat bir veya iki hafta olmayup belki hakikî olarak sekiz veya onbeş gündür. Buçuk ay tâbiri onbeş güne mâtufdur" 561 inci maddenin bu son fıkrası üzerinde izahı müstelzim hiç bir şey yoktur.

D— Bir yevmi muayyenede tediye olunacak poliçalar: ticaret kanununun 562 inci maddesinde mevzubahs olan bu nevi poliçalarda keşideci tediye gününü poliça üzerinde bilfiil tâyin etmiştir.

Meselâ keşideci poliça üzerine içinde bulunduğumuz ayın 30 uncu veya onbeşinci günü tediye edilmek üzere kaydını koymakla tediye gününü tâyin eder. Ekseriyetle bu nevi poliçalarda tediye tarihi ayın onbeşi ile 30 u olarak seçilmektedir. Bundan maksat tacirler ekseriyetle bu günlerde tediyelerini yaptıklarından kasalarında para bulundurmalarıdır.

Ticaret kanunu takvimler arasındaki ihtilâftan dolayı doğması muhte-

mel olan münazaaları da nazarı itibara alarak 562 inci maddede «bir yevmi muayyende tediye olunmak üzere keşide kılınan poliçanın mahalli ihdası ile mahalli tediyesi beyninde takvimce fark olduğu halde vâde mahalli tediyedeki takvime göre hesap edilmiş addolunur. Takvimleri yekdiğerinden ayrı iki memleket arasında keşide olunan bir poliça tarihinden itibaren bir müddeti muayyene sonra lâzimüt, tediye olduğu takdirde tedavüle vaz, olunduğu gün mahalli tediyedeki takvimin ona mukabil gününe tahvil olunarak poliçanın vâdesi buna göre hesap olunur" demektedir.

Fakat üzerinde tediye tarihi yazılmamış bir poliça batıl değildir ticaret kanunumuzun 528 inci maddesinin ikinci fıkrası üzerinde vâde zikr edilmemiş poliçaları görüldüğü anda tediye edilecek poliçalara benzemektedir.

«Derununda vâde mezkür olmayan bir poliça görüldüğü anda tediye edilmek şartiyle keşide edilmiş addolunur" denilmektedir.

5 — Ticaret kanununun 527 inci maddesinin 5 inci fıkrasında «tediye olunacak mahallî» kaydını görüyoruz. Kanun tediye mahallinin poliça üzerine yazılmış olmasını istemekte bu kaydın ihmâli anında ise poliçanın butlanına sebebiyet vermektedir.

Tediye mahallinden kanunun kasdettiği mana, bir şehir, bir kasaba ismi değil tediyenin yapılacağı sarih adrestir. Çünkü elinde poliçayı tutan hamilin nereye müracaat edeceğini katiyyetle bilmesi lâzımdır. Bizim kanunumuzda poliça üzerine muhakkak surette tediye mahallinin yazılmış olması lâzımdır. Aksi takdirde poliça batıldır. Halbuki 1930 senesinde Cenevrede tesbit edilen beynelmilel poliça ahkâmında 528 inci maddeye bir kayıt ilâve edilerek "Mahallî mahsusunda gösterilmediği takdirde, muhatabın isminin yanında zikredilen yer aynı zamanda tediye mahalli ve muhatabın ikametgâhı farzedilir.

(A défaut d'indication steciale, le lieu designé à côté du non dutiré est réputé être le lieu du paiement et, en meme temps, le lieu du domicile du tiré)

Cenevrede tesbit edilen ahkâmla tediye mahalli sarih olarak yazılmamış yalnız muhatabın adresi bildirilmiş ise, kanun bu vaziyette muhata-

bın adresini tediye mahalli olarak kabul etmektedir.

Halbuki tediye mahallinin muhakkak muhatabın adresinde olması şart değildir.

Biraz ileride tetkik edeceğimiz veçhile : Muhatap pek âla tediyelerini bir bankada, bir sarrafta veyahutta lâalettayin ikametgâhının haricinde bir yerde yapabilir.

6 — Poliça her kime veya herkimin emrine tediye olunacaksa onun ismini (bu noktayı biraz ileride izah edeceğiz)

7 — Poliçanın ihdas olunduğu mahal ve tarihin Poliçe üzerinde işaret edilmiş olması lâzımdır.

A — Poliçanın üzerine ihdas mahallinin yazılması mecburiyeti eski hukukî bir kaidenin zamanımıza kadar intikalinden başka bir şey değildir. Eskiden bir çok memleket hukuklarında ayni mahalde bulunan keşideci ile muhatap arasında poliçanın ihdası men edilmişti.

Çünkü o zamanlarda poliça bu gün olduğu gibi bir kredi bir tediye vasıtası değil sadece bir havale vasıtası idi. Bu gün bu memnuniyet ortadan kalkmış bulunmakta ise de nedense poliçanın üzerinde ihdas mahallinin yazılması mecburiyeti zamanımıza kadar intikal etmiştir. Ve ticaret kanunumuzun 528 inci maddesinin son fıkrasında "mahalli ihdası gösterilmiyen poliçaya keşidecinin ismi yanında muharrer mahalde keşide edilmiş nazarile bakılır" demektedir. Ekseriyetle ticarî hayatta keşidecinin imzasının yanına sahibi bulunduğu müessesenin resmî mührü basılmakta ve bu mühür üzerinde yazılı mahal ihdas mahalli farz edilmektedir.

Eğer ne poliçanın ihdas mahalli, ne de keşidecinin ismini yanında müessesenin adresi mevcut değilse poliça pek tabii batıldır.

B — tarihe gelince : Poliçanın üzerine ihdas tarihinin konulması mecburidir. Bu tarih senedin lâalettâyin bir yerine atılmış olabilir. Elverirki tarih mevcut bulunsun. Poliçanın üzerinde tarihin bulunmasının iki mühim faidesi vardır.

1 — Evvelâ keşidecinin ehliyeti bakımından ancak Poliçanın tarihi sayesindedirki poliça ihdas edildiği anda keşidecinin poliçayı ihdas edebil-

mek için lâzım olan kanunî ehliyeti haiz olup olmadığını tetkik mümkündür. Bilhassa bu mesele iflâs vaziyetlerinde büyük bir ehemmiyet arzetmektedir.

1 — Bir çok hallerde te'diye tarihi ancak ihdas tarihi ile hesap edilmektedir. Meselâ tarihinden bir müddet sonra tediye edilecek poliçalarda tediye tarihi ihdas tarihi olmadıkça tâyin imkânı yoktur. Poliça üzerine tarih konulmadığı takdirde poliça batıldır. Tarihsiz bir poliça herne kadar bir borcu tevsik eden bir delil olarak ileri sürülebilirse de bu hiç bir vakit bir poliça değildir. Bu hususta ticaret kanunumuzun 527 inci maddesi çok sarihtir.

8 — Poliçayı mevkii tedavüle çıkaran şahsın "keşideci" imzası bu noktayı da biraz ileride tetkik edeceğiz.

Bu şekilde poliça üzerine konulması mecburî olan bütün kayıtları gözden geçirmiş bulunuyoruz. Bunlardan maada poliçalar üzerinde ihtiyari olarak konulabilen şartlar da mevcuttur. Bu şartlardan da ileride bu yazımızı tâkip edecek yazılarda sırası geldikçe bahsedeceğiz.

— II —

"Poliçada mevzubahs olan şahıslar„

Bir poliça ihdas edilebilmek için üç şahsın mevcudiyeti lâzımdır:

1 — Poliçayı imzalayan keşideci.

2 — Poliçayı tediye edecek olan muhatap.

3 — Poliçanın zilyetinemalik olan lehdar veyahut hamil.

yalnız bir halde ticaret kanunu 529 uncu maddede keşideciye aynı zamanda muhatap olmak hakkını vermekle iki kişinin mevcudiyeti ile poliçanın ihdasına müsade etmektedir. Bu mevcudiyeti muhakkak lâzım olan üç kişiden maada, sırası geldikçe kendilerinden bahsedeceğiz.

Diğer şahıslar da poliça hukukuna dahil olabilirler. Fakat esas poliça üç şahıs arasında doğan bir hukukî rabıtadır.

Poliça hukukunun aralarında hukukî bir münasebet de, hissettiği bu üç şahıstan ayrı ayrı bahsetmezden evvel çok mühim iki umumî kaideden bahsetmemiz lâzımdır.

1 — Ticaret kanunumuzun 533 üncü maddesinde, «bir poliça iltizam ve taahhüde ehil olmayın bâzı eşhasın imzasını muhtevi olur ise de poliçada imzası bulunan haizi ehliyet diğer eşhasın o poliçadan mütevellit borçlarının sıhhatı haleldar olmaz» denilmektedir.

Binaenaleyh bir poliça üzerinde bulunan imzalar arasında hukukî bir rabıta mevcut değildir. Poliça üzerinde sahte bir imzanın bulunması veyahut poliçanın ehil olmıyan bir şahıs tarafından imzalanması poliçanın kıymetine hiç bir halel getiremeceği gibi diğer imza sahiplerinin borçları üzerinde de hiç bir tesiri yoktur.

Binaenaleyh poliça üzerinde imzaları bulunan şahıslar biribirlerine karşı temamile «hukuki cepheden» müstakil bir vaziyette olup herbirisi ayrı ayrı imzasını koymaları keyfiyeti ile izhar ettikleri rızadan dolayı borçlu mevkiinde bulunmaktadırlar. Bu kaide poliçanın kendisine sebebiyet veren hukukî münasebetten ayrı mustakil bir borcu temsil etmesi hassasının zaruri bir neticesidir. Ve men'şei Alman hukukunda bulunmaktadır.

2 — Ticaret kanunumuzun 596 ıncı maddesi mucibince «paliçanın metni tarif edilmiş ise tahrifden sanraki imza sahibi şekli mahruf veçhile ondan evvelki imza sahipleri de metni aslı veçhile mesüldürler. Poliça bir çok ellerde dolaştığı için üzerinde bir tahrifin yapılması veya bir sahtekârlığa alet olması çok muhtemeldir. Kanun tahrif edilmiş bir poliçaya sahip olan hamilin tahrif edilmiş metin veçhile mesuliyetini istemektedir. Pek tabiidir ki diğerleri asıl metne göre mesul olacaklardır. Bu da bize poliçada şeklin ne kadar kıymeti olduğunu, göstermektedir.

I — Keşideci

Keşideci poliçayı ihdas edüp üzerine imzasını atan şahıstır. Poliça üzerinde keşidecinin imzası, poliçayı ihdas için lâzım olan rızasının delili ve nihayet poliçanın poliça olabilmesi için lâzım olan en mühim bir şarttır. Üzerinde keşidecinin imzası olmayan poliçanın hiç bir hukukî kıymeti yok-

tur. Bir poliçaya ilk bakışda keşidecinin imzasının bu kadar mühim bir mevki olduğunu fark etmek mümküm değildir. Çünkü poliçanın metninde (yukarıda yazılı..... Türk Lirası..... kuruşu tediye ediniz denilmektedir. Bu bir tediye talebidir. Fakat burada dikkat edilecek bir nokta varsa oda keşidecinin poliçayı ihdas ile «muhatabın tediyeyi reddi halinde» bizzat tediyeyi teahhüt etmesidir. Ve bunun içindriki bir çok hukukçular her poliçanın bir emre muharrer senedi ihtiva ettiğini iddia etmişlerdir. Binaenaleyh keşideci yalnız poliçaya imzasını koymak vakiasile tediyeyi poliçayı her imzalıyan şahıs gibi taahhüt etmekte ve tediyeden mütevellit mesuliyeti kabul etmektedir. Keşideci ilk ve son borçlu mevkiinde bulunmaktadır. Eğer poliça tediye edilmiyecek olursa bütün imza sahiplerinin rucu edebilecekleri son şahıs keşideçidir. Binaenaleyh poliçayı tedavüle koymakla mesuliyeti deruhde etmiş bulunmaktadır. Şu halde :

Keşideci poliçayı imzalıyabilmek için kanunî ehliyete sahip olması icap eder. Ticaret kanununda poliça üzerine atılacak imzanın şekli hakkında hiç bir kayda tesadüf edilmemektedir. Biliyoruzki imza, sahibinin rızasını beyan etmesi itibariyle hukukî bir kıymet arzetmektedir. Binaenaleyh tüccar rızasını izhar için her hangi bir işareti kullanabilir. Elverirki bu işaret keşidecinin arzusunu kati şekilde ifade etsin. Üzerinde böyle bir işaret olan poliçanin tedavülünde kanunî hiç bir mahzur yoktur.

Ehliyyet: Poliça ticaret kanununun 21 inci maddesi mucebince bir ticarî muamele olması itibariyle, ihdası için lâzım olan ehliyet tüccar olmak için lâzım olan ehliyettir. Fakat hiç bir kanun tüccar olmıyan bir şahsa poliça ihdasını men, etmemiştir. Böyle bir poliça ihdas edildiği takdirde keşideciden istenilecek olan ehliyet şartları medenîkanunun bir teahhüde girişmek için istediği şartlardır.

Mezun küçük: Eğer kanunu medeninin 12 inci maddesi mucibince mahkemei asliye önünde mezun kılınan küçük, ticaret ile iştiğal ediyorsa pek tabiidirki poliça ihdas etmesinde hiç bir mahzur yoktur. Kanunu medeninin 396 ıncı maddesi bu hususta çok sarihtir.

«Kendisine sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya sanat ile iştiğale sarahaten ve zımnen izin verilen vesayet altındaki kimse bu sanat ve mesleğin zaruriyetinden olan her tasarrufu yapabilir. Ve bu tasarruflardan

dolayı bütün servetile mes'uldür. Binaenaleyh poliça ticaretin zaruri tasarruflarından olması itibariyle poliçayı da imzalıyabilir.

Poliçanın sebebi : Her hukukî akıt gibi poliçada hukukî bir sebebe istinat etmektedir. Böyle bir sebep mevcut olmadığı takdirde pek tabiidirki keşideci poliça ile taahhüt altına girmekten çekinecektir. Fakat poliçada bu hukukî sebep, diğer âkitlerde olduğu gibi büyük bir ehemmiyeti haiz olmayup poliçanın tedavülünü kolaylaştırmak maksadı ile poliçada zavahire büyük bir ehemmiyet verilmiş, ve sebebin mevcut olduğu farz edilerek üzerinde fazla israr edilmemiştir.

Ticaret kanunumuzun 529 uncu maddesi poliçanın ihdas edilebilmesi için üç ihtimali nazarı itibara almaktadır.

1 — Poliça bizzat keşidecinin emrine muharrer olabillir.

2 — Bizzat keşidecinin üzerine keşide edilebilir.

3 — Bir şahsı salisin hesabı için keşide olunabilir.

1 — Birinci halde keşideci poliçada lehdar olarak kendisini göstermiştir. Bu şekli havi olan poliçayı poliça olarak kabul etmek müşküldür. Çünkü hakikat halde ortada keşideci ve muhatap olmak üzere iki şahıs mevcut olup keşideci poliça ile muhatabtan bir tediye talebinde bulunmaktadır. Her ne kadar ilk ihdas edildiği anda bu şekil bir senet, poliça değil de ilk ciro muamelesinin ifası ile hakikî poliça çehresini iktisap edeceğinden kanun bu şekil poliçaların ihdasına müsaade etmiştir.

2 — İkinci şekilde: Poliça bizzat keşidecinin üzerine keşide olunmuştur. Bu şekilde muhatap ve keşideci rolleri aynı şahıs üzerinde toplanmıştır. Bu sened de hakikatta bir poliça değil, nihayet emre muharrer senettir. Bu hal yalnız suiistimallere sebebiyet verebilirse de şubeleri müteaddid ve bir çok şehirlere dağılmış müesseselere kendi şubeleri üzerine poliça ihdas etmek imkânını verdiğinden kanun tarafından kabul edilmiştir.

3 — Nihayet poliça bir şahsı salisin hesabı için keşide olunabilir. Bu vaziyet iki şekilde olabilir.

A — Temsil eden şahıs temsil ettiği şahıs namına, vekil, vekili, olduğu şahıs namına veyahut kanunî mümessil, temsil ettiği ehil olmıyan şahıs namına poliça keşide edebilir.

Eğer vekil hakikaten kendisine poliça ihdası için salâhiyet verilmiş ise temsil ettiği şahıs namına poliça ihdas etmesinde kanunî hiç bir mahzur yoktur. Fakat burada poliça hukukunun bir hususiyeti kendisini göstermektedir. Eğer vekil poliça üzerinde sarahaten vekâleten harekat ettiğini bildirmemiş ise üçüncü şahısların keşidecinin bir vekil olduğunu anlamalarına imkân yoktur. Bu noktayı nazarı itibara alan ticaret kanunumuz 534-üncü maddesinde «her kim nam ve hesabına harekete mezun olmadığı bir şahsın mümessili sıfatı ile bir poliçaya imzasını vaz, etmiş olur ise o poliçadan dolayı bizzat mesul olur» demektir. Binaenaleyh medenî hukuk bakımından başka birisine vakâleten hareket ettiğini bildirdiği takdirde mesul olmaması lâzımgelen mümessili, ticaret kanunu salâhiyeti olmadan poliçayı imzalamasından dolayı mesul tutmaktadır.

Böyle bir mesuliyetin mümessile atfedilmesinin sebebi, poliçada şeklin hâkim oluşu ve poliçayı ellerinde tutan hamillerin keşidecinin bizzat kendi hesabına mı yoksa üçüncü bir şahıs hesabına hareket ettiğini bilmelerine imkân olmayışıdır.

B — Ticaret kanunumuzun 529 uncu maddesi mucibince poliça bir şahsı salisin hesabı için keşide olunabilir. Meslâ bir tüccar bazı sebepler dolayisile imzasının tedavülde bulunmasını istemiyerek borçluların birisi üzerine bir poliça ihdasını diğer bir şahıstan talep edebilir. Bu vaziyette poliçeyi ihdas eden şahıs bir komisyoncu sıfatı ile hareket etmektedir.

Bu vaziyette şekil itibariyle poliçayı ihdas eden şahıs ise de hakikat halde muhatabın alacaklısı poliçanın ihdasını emreden şahısdır. Şu halde: evvelâ poliçanın ihdasını emreden tüccarın borçlusu olan muhataba poliçanın ihdasını haber vermesi lâzımdır. Aksi halde üzerine bir tanımadığı ve borçlusu bulunmadığı bir şahıs tarafından çekilen, poliçeyi pek tabiî reddecektir. Bu üç şahıs beyninde hakikî keşideci emri veren tüccardır. Fakat poliçanın ihdası için böyle bir emrin verildiğinden haberdar olmıyan üçüncü şahıslar için ise vaziyet temamile aksidir. Onlara göre keşideci poliçayı imza eden şahıstır. Emri veren hakikî keşideciyi tanımadıklarından kendisine karşı hiç bir rucu hakkına malik değillerdir.

II — Muhatap

Poliçada ismi geçen ikinci mühim şahıs da muhataptır. Muhatap vâde

hitamında, poliçanın kendisine ibrazı üzerine tediyeyi yapmak mecburiyetinde olan şahıstır. Muhatap poliçayı kabul ederek keşidecinin borçlusu olduğunu tanımıştır. Binaenaleyh poliçanın üzerinde muhatabın isminin bulunması zaruridir. Muhatabın poliçayı tediye etmesi için hakikaten keşidecinin borçlusu olması icap etmektedir. Fakat burada tebaruz ettirilmesi icap eden bir nokta varsa muhatabın tediye günü keşidecinin borçlusu olmasıdır. Keşideci poliçayı ihdas ettiği zaman muhatabın alacaklısı bulunmıyabilir. O anda karşılık mevcut değildir. Elverirki tediye günü karşılık mevcut bulunsun. Bu nokta çek ile poliçayı birbirinden ayıran en mühim noktadır.

(Poliçanın karşılığı eylül 1941 tarihli adliye ceridesinde uzun uzun mutalâa ettiğimiz için burada bu mesele üzerinde fazla ısrara lüzum görmüyoruz)

Poliçada muhatabın bulunması, asıl borçlu olması itibarile muhakkak lâzımdır. Fakat poliçada muhatabın yanında ikinci derecede borçlu'ara da tesadüf etmek mümkündür. Onlarda:

1 — Ticaret kanunumuzun 581 inci maddesi mucibince «Keşideci veya cirantalardan biri indelhace, poliçanın kabulü veya tediyesi için bir şahıs irae edebilir» demektedir. Bu irae edilen şahıs birinci muhatabın yanında yer alan ikinci muhatabdırki, birincisinin poliçayı ademi kabulü veya tediyeyi reddi halinde kendisine müracaat edilecektir. Ticarî hayatta bu şekli tavassut şüpheyi uyandırdığından çok müstamel değildir. Bu şekli tavassut ekseriyetle beynelmilel bir karekter arzeden poliçalarda daha çok tesadüf edilmektedir.

2 — Ticaret kanununun 530 uncu maddesinde bir poliçanın üçüncü şahsın ikametgâhında tediyesi şart ittihaz edilebilir denmektedir. Bu şartla ikametgâhında tediyenin yapılacağı şahıs bildirilmektedir. Bu şart poliçada mevcut olduğu takdirde poliça muhatabın ikametgâhında tediye edilecek yerde bu şartla tâyin edilen şahsın ikametgâhında yapılacaktır.

Muhatap için poliçanın ikametgâhından başka bir yerde tediye edilmesini istemesi için bir çok sebepler mevcut olabilir. Meselâ: Evinde kasa bulundurmadığı gibi para işlerini bir banka vasıtasile yaptırabilir. Hâmilde, ikametgâhı uzak bir yerde olan muhatabın nezdine kadar gitmektense, tediyenin bir iş merkezinde bir bankada yapılmasını talep edebilir. Ticarî

hayatta tediyeleri bir bankada veyahut büyük iş merkezi olan şehirlerde yapılacak poliçalar daha kolaylıkla tedavül etmektedir.

3 — Aval: Poliçaya dahil olan şahıslardan muhakkak ki en mühimlerinden biriside aval veren şahıstır. Aval poliçanın tediyesinin yapılacağı hakkında bir teminattır. Ticaret kanununun 555 inci maddesinde «Bir poliçanın tediyesi aval ile temin olunabilir» denmektedir. 555 inci maddenin ikinci fıkrası mucibince bu teminat üçüncü bir şahıs tarafından verilebildiği gibi poliçaya vazıülimza bir şahıs tarafından ita olunabilir.

Aval veren şahıs tediyenin yapılacağını temin eden bir kefilden başka bir şey değildir. Aval poliça ile alâkadar şahıslardan birisi için ve yahutta keşideci için verilebilir.

Aval 556 ıncı madde mucibince iki şekilde verilebilir:

1 — „Aval içindir" veyahutta buna muadil bir cümlenin altını imzalamak suretile.

2 — Ve yahut da sade poliçayı imzalamak suretile, yalnız bu ikinci şekilde aval verildiği takdirde, imzanın poliçanın «yüz» tarafında bulunması icap eder. Aksi takdirde poliçanın arkasına konulacak olursa aval verenin imzasını cirantaların imzalarından maddeten tefrik mümkün değildir. Fakat hakikat halde poliçanın arkasını imzalamakla da ayni netice elde edilmektedir. Çünkü bir şahıs poliçanın arkasını imzalamakla tediyey tekeffül etmektedir. Binaenaleyh her ciranta bir kefil bir aval verendir. Aval veren şahıs avalı kimin için verdiğini bildirmek mecburiyetindedir. Eğer poliça üzerinde böyle bir kayda tesadüf edilmezse, 556 ıncı maddesinin son fıkrası mucibince avalın keşideci hesabına verildiği farz edilir. Çünkü poliçada esas borçlu, hakikaten kefile ihtiyacı olan şahıs keşidecidir.

Aval veren kimse bir kefildir. Ve bu kefil, aval verilen kimsenin teahhüdü bâtıl olsa dahi, verdiği taahhütten dolayı mesul kalmaktadır. Bu poliça üzerindeki imzaların birbirine nazaran gösterdikleri istiklâliyet kaidesidir. Pek tabiî bu mesuliyet nisbeti 557 inci madde mucibince kefil olunan şahsın mesuliyeti derecesindedir.

III

"Lehdar„

Poliçaya dahil olan üçüncü ve en mühim şahıs lehdardır. Poliça bu

zata teslim edilmiş ve ismi de poliçanın üzerine yazılmıştır. Poliça üzerinde lehdarın emrine kaydının yazılması şart değildir. Poliçayı diğer emre muharrer senetlerden tefrik için poliça kelimesi kâfi gelmekte ve üzerinde emre muharrer kaydı olmıyan poliçalar da ciro edilebilmektedir. Ticaret kanununun 536 ıncı maddesi mucibince emre muharrer olmıyan poliçaların ihdası mümkündür. Fakat bu takdirde poliça üzerine sarahaten (emre muharrer değildir) kaydının konulması lâzımdır. Bu şekilde olan poliçalar ciro edilemezler. Bu suretle poliçanın ihdasında mevzuubahs olan üç mühim şahıs görmüş bulunuyoruz.

317

No : 76

Arjantin ceza hukukunun umumî hükümleri

Yazan
Ragıp Öğel

Türk ceza kanununda değişikler yapıldığı sırada muasır ceza kanunlarının göz önünde bulundurulacağına şüphe yoktur. Bu mülahaza ile Arjantin ceza hukukunda yapılmak istenilen ıslahat dolayısile profesör Euserbio ile Gomez taraflarından hazırlanan ceza kanunu layihasının umumî hükümlerini ihtiva eden birinci kitabını hukukçularımızın tetkik gözüne sunmak münasip olacaktır. Bu layıha cezada pozitif ekolün prensiplerine istinat etmekde olup ayni ekole mensup bulunan son İtalyan ceza kanunundan yapılan iktibasları da ihtiva eder.

Fasıl 1 — Ceza kanunu tatbik sahası

1 — Ceza kanunu şu suçlara tatbik olunur.

I — Kısmen veya tamamen Arjantin Devleti ülkesinde veya bu devletin kazasına tabi mahallerde işlenen veya bu ülke ve mahallerde neticelenen suçlara,

II — Arjantin Makamları Memur veya müstahdemleri tarafından hariçte memuriyetlerinin veya tevdi olunan vazifelerinin ifasında işlenen suçlara,

III — Muahedeler veya beynelmilel Hukuk kaideleriyle kabul edilen ahvalde hariçte işlenen suçlara,

2 — Suçun işlendiği zaman cari olan kanunla hüküm zamanında veya

bu iki zaman arasında mer'i kanun birbirinden farklı olursa daima en müsaidi tatbik olunur.

Mahkûmiyet esnasında daha müsait bir kanun neşrolunur ise ceza o kanunun hükmüne göre tadil olunur.

3 — Bu kanunun umumî hükümleri, imkân oldukça, hususî kanunlarda derpiş edilen bütün suçlara tatbik olunur.

Fasıl 2 — Suç

4 — Suçu husule getiren fiilin veya terki fiilin neticesi, suçun icrasındaki kasde muvafık ise suç kasdidir.

Kanunun hususî olarak tasrih eylediği hallerde, suç, kullanılan vasıtasının muhik surette tevlit etmeyeceği bir netice hasıl etmiş ve bu netice icradeki kastten ileri bulunmuş ise suç kastten ileridir.

Kanunda hususî olarak tayin edilen hallerde netice tedbirsizlik, ihmal veya teçrübesizlik veya kanunlara, nizamlara, emirlere inzibatı kaide ve vecibelere riayetsizlikten mütevellit ise suç taksiridir.

5 — Evvelce mevcut veya o anda veya sonradan hasıl olupta doğrudan doğruya suç ile münasebeti olan sebebler, suç ile netice arasındaki rabıtaya halel vermez.

6 — Hataen veya kazaen fiilin tevcih edildiği ve tevcih edilmek istenildiği şahıstan başka birisi aleyhine bir suç işlenmiş ise, ceza noktasından mağdurun vaziyetinden mütevellit teşdit sebebleri nazara alınmayarak suçun tevcih edildiği veya edilmek istenildiği kimsenin şahsına bağlı şartlara göre ceza tayın olunur.

7 — Bir suçun icrasına başlanıpta izalesi failin elinde olmayan veya failden hariç bulunan sebeblerle işlenmiş ise, cezası altıncı fasıldaki hükümlere göre tayin olunur.

8 — Teşebbüsten ihtiyarı ile feragat halinde ancak ifa olunmuş icra muamelelerinden, suç mahiyetini haiz olanlarına ceza verilir.

9 — Muayyen bir suçun işlenmesi için yapılan anlaşma icraya konmamış veya aynı maksatla yapılan havale kabul edilmemiş ise altıncı fasılda bun-

lara tertip edilen ceza ile tecziye olunur.

10 — İmkânsız bir suça tenebbüs eden faili cezasız bırakmak muvafık bulunmaz ise altıncı fasılda yazılı ceza tayin edilir.

11 — Bir suçun manen veya maddeten icrasına her hangi bir şekilde iştirak edenlerin hepsi o suçun cezasıyle tecziye olunur.

12 — Şerikin, ağırlığı irtikâp olunan suçtan daha az veya çok bir suçun icrasına iştirak eylediği sabit olursa 6 ıncı fasılda bu husus için tesbit olunan ceza verilir.

13 — Suçun unsurlarını teşkile veya icrasını teshile hizmet etmedikce şerikler arasındaki şahsi münasebetler ve hallerde irtibat aranmaz. Şerik tara fından kabul olunanlar müstesna olmak üzere teşdid sebebleirnde dahi irtibat nazara alınmaz.

14 — Kusura müstenit suçda netice, müteaddid şahısların iştirakiyle hasıl olmuş ise hepsine ceza verilir.

15 — Fail, aşağıdaki ahval tahtında fiili ika eylemiş ise suç yoktur.

1 — Failin hüsnüniyetini iğfale salih vasıta kullanan üçüncü bir şahsın hilesinden mütevellit olup kusura müstenit bulunmayan fiilde esaslı hata sebebile.

II — Hududları dahilinde olmak üzere, bir hakkın veya bir memuriyet veya mesleğe ait vazifenin ifasında veya kanuni bir hükümle veya salâhiyetli âmme makamlarının kanun dairesindeki emriyle mükellef bulunduğu bir vazifenin icrasında,

III — Failin kendisinin veya başkasının bir hakkı failin fiil veya terk fiilinden münbais olmamak üzere vahim ve yakın bir tehlike içinde olupta bu tehlikeden başka suretle kaçınmak mümkün olmadığı takdirde tehlikeyi önlemek sebebiyle.

Tehlike mala karşı olduğu takd irde işlenen suçun tevlit eylediği zararın içtinap olunan zarardan aşağı olması lâzımdır.

Bu hükümler, hususî sebeblerle veya vazife, meslek veya memuriyet dolayısiyle tehlikeyi hukukan karşılamak ile mükellef olanlar hakkında mer'i değildir.

320

IV — Aşağıdaki şatların mevcudiyeti halinde kendi hakkını müdafaa etmek zarureti ile:

Gayri meşru tecavüzü karşılamak,

Tecavüzü menveya def için makul vasıta kullanmak,

Müdafa eden tarafından kâfi derecede tahrik yapılmamış olmak. Aşağıdaki hallerde bu şatların mevcudiyeti kabul olunur :

a) Geceleyin kendi evinin veya yakın müştemilâtının kapısını veya duvarlarını veya bahçe duvarlarını yıkan veya bunlara merdiven dayayanlar hakkında,

b) Evinde, şahsı için ciddi bir tehlike tevlid edecek harekette bulunan bir yabancı ile karşılaşanlar hakkında,

c)— Hücra bir mahalde oturupta evine veya bunun bazı müştemilâtına bir yabancının hot behot girnesine başka suretle mani olamıyacak bir kimse hakkında,

V — Başkasının bir hakkını müdafaa zaruretiyle: kendi hakkını müdafaa için matlup şartların mevcutiyeti lâzım olduğu gibi tecavüze uğrayan tarafından kâfi derecede tahrik edilmiş fakat müdafaa eden tarafından buna iştirak edilmemiş bulunmak dahi iktiza eder.

VI — Ahvali başka suretle izaleye ve şahsı için tehlike teşkil eden bir mukavemeti başka tarzda bertaraf etmeğe müsait bulunmadığı takdirde, vazifesini icra halinde bulunan makam mümessiline karşı gösterilen şiddeti def için.

Bu hümler, işbu şiddet veya tehlike, mukavemet, talebi üzerine makam mümessiline mukavemet edenlerin şahsına karşı icra olduğu takdirde dahi caridir.

16 — Yukarıdaki maddenin, 2, 3, 4, 5, 6, numaralı bentlerinde yazılı hallerde kanun ve makamın tayin eylediği hudud veya zaruret derecesi tecavüz edilirse kasıt veya tedbirsizlik ile işlenen suçlar için tesbit olunan cezalar verilir. İşbu tecavüzün ciddi surette büyük bir tehlike endişesi tevlid eden ahval saikasıyle vukubulduğu sabit olursa hiç bir ceza verilmeyecektir.

321

Fasıl 3 — Suçlu

17 — Aşağıdaki haller suçun teşkil ve tavsifinde bir unsur olarak derpiş edilmemiş bulundukca suçlunun âzami tehlikeliliği şartları olarak nazara alınacaktır.

1 — Şahsî, ailevî ve içtimaî hayatı, ahlâksızlığı, sefahatı, tufeyliliği,

2 — Suç veya kabahatı için evvelce verilmiş olan hükümler,

3 — Şuuru muhtel olmasa ve cinai vasıf göstermese dahi suçun işlenmesine müessir bulunan uzvî şartlar ve ruhî anormallikler,

4 — Suçu ehemmiyetsiz ve âdi sebeblerle işlemek,

5 — Suçun ihzar, icra, ve ikmâl, zamanı mahalli, vasıtaları, ve tarzı suça iştirak tarzları, mağdur ile ailevî veya içtimaî münasebet ve suçlunun büyük bir ahlâki duygusuzluğunu gösterecek mağdurun madunluk vaziyeti,

6 — Suçun neticelerini ağırlaştırmak,

7 — Suçu işledikten sonra mağdura, mutazarrır olan şahsa, makamata ve hadise mahalline koşan şahıslara tecavüz etmek,

8 — Memuriyet, meslek veya sair hususî vaziyetler fail için şahsan veya ictimaen daha dürüst bir hareketi mecburi kılmakta idise,

9 — Taksiri suçlarda zararın vukuu muhakkak ve aşikâr bulunduğu ahval içinde zarara sebeb olmak.

18 — Suçlunun asgarî tehlikeliliği şartları şunlardır:

1 — Şahsî, ailevî ve içtimaî hayatında haysiyet sahibi olması,

2 — Bir vazifenin veya mesleğin veyahut içtimaî duyguları gösteren bir muamelenin ifasında takdire lâyık hareket ile temayüz etmiş olması,

3 — Suçu, sebebiyet vermediği, derpiş eylemediği geçici bir tesemmüm halinde işlemiş olması,

4 — Kalabalığın, gürültülü bir içtimaın telkini ile veya umumî heyecan halinde işlemiş olması. Fakat failde 17 inci maddenin 3 numaralı bendinde mezkûr anormallik bulunmamalıdır,

322

5 — Suçun işlenmesi akabında ihtiyariyle ve süratla suçun veya sebebiyet verdiği zararın neticesini bertaraf etmeğe veya azaltmağa çalışmış olması,

6 — Nedameti gösterecek hal ve tarzlarda suçu itiraf eylemesi,

7 — Suçun mahiyet ve şartlarına göre âmil olduğu tezahür etmekte ise zaruret halinde işlenmesi.

19 — Yukardaki maddelerde âzami ve aşgarî tehlikelilik için sayılan şartlar tahdidi olmayıp suçlunun şahsiyetine göre suç esbabının takdirinde suçun ağırlığı derecesinde, icra tarzında tahlikeliliğin derecesini tayine yarayan sair şartlarda nazara alınacaktır.

20 — 17 ve 18 inci maddelerde tasrih edilen ve yukardaki maddenin tatbikinden tevellüt eden ahval sebebiyle, mahkeme, aşağıdaki ahvali tayin için işlenen suç ile failin şahsi vaziyeti arasındaki münasebetleri esaslı surette tesbit edecektir.

a) Suç, münhasıran hususî veya muvakkat bir fırsattan istifade ile mi işlemiştir,

b) Suç, ictimaî bir ihtiras ile veya ahvalin mazur göstereceği şedit heyecan halinde mi işlenmiştir.

c) Suç hasta halinde mi, vahim ruhi anormali içinde mi, alkol, ecza veya uyuşturucu maddelerle tam şuursuzluk veya müzmin tesemmüm halinde mi işlenmiştir,

d) Suçun veya suçların mahiyet ve şekli, saik sebebleri ve şahsî vaziyetler suçluda cinai bir vasıf gösteriyormu,

e) Evvelce iki veya ziyade taksirî suç işlemekle ve hayat tarziyle cinai itiyat kazandığı veya kısmen dahi olsa suç mahsulâtı ile yaşamağa temayül eylediği anlaşılmakta mıdır,

f) Sonradan cezası af veya kalbedilmiş olsa bile evvelce memleket dahil veya haricinde askerlik veya siyasî olmayan bir suçla mahkûm olmuş mudur. Ve mukerrir ise yukardaki iki fıkrada yazılı hususî haller nazara alındığı takdirde tehlikelilik göstermekte midir.

323

Fasıl 4 — Küçüklerin tâbi olacağı rejim

21 — Suç on sekiz yaşından aşağı bir küçük tarafından işlenmiş ise aşağıdaki hükümler tatbik olunur.

a) Suçu tevlit eden sebebler, suçun şartları ve küçügün şahsî vaziyeti tehlikeliliği göstermezse mahkeme küçüğü ebeveyni nezdinde birakabilecek veya bir vasi veya muhafıza tevdie hüküm edebilecektir. Bu hüküm küçüğün nefine olmak üzere her vakit geri alınabilir.

b— Ebeveyni yanında bırakmak veya vasi veya muhafıza tevdi eylemek muvafık olmazsa küçük mânen metruk bir halde bulunduğu takdirde ve yukarıki bendde yazılı şartlara göre tehlikeliliği anlaşılırsa 21 yaşına kadar umumî veya hususî bir terbiye müessesesine konacaktır. Fakat mahkeme, müessese müdürünün raporu üzerine kapatmayı icap ettiren sebeplerin bertaraf olduğuna veya küçüğün maneviyatında salah bulunduğuna ve serbest bırakıldığı zaman kendisinin terbiyesini deruhte edeceklerin ehliyetine ve yaşıyacağı muhitin vaziyetine göre işi tetkik ederek, küçüğün sıhhat ve terbiyesine uygun bulunduğu takdirde, serbest bırakabilecektir.

c— Küçük, mahkemenin müdahalesi zamanında, onbeş yaşını ikmal eylemiş bulunuyor ve 17 inci madde hükmüne göre âzami tehlikelilik gösteriyorsa, veya ahlâk bozukluğu, suç işlemeğe temayül gösteriyorsa gayri muayyen zaman için bir islâhhaneye veya umumî terbiye müessesesinin hususî şübesine kapatılacaktır.

Küçük kapatıldığını müteakip asgarî bir senenin mürürundan sonra 18 yaşını ikmâl ederse haraket tarzı maneviyatında bir salâh irae etmekte bulunmuş veya şahsiyetinde müsait bir değişiklik husul bulmuş ise, ıslah evi müdürünün raporu tetkik edildikten sonra, küçük ya bir terbiye müessesesine nakil veya hususî şube rejiminden muaf tutulacak ve 21 yaşına kadar böylece kalacaktır. Bu müessesenin muhitine intibak etmez ise aşağıdaki hüküm tatbik olunacaktır.

Eğer yukarki fıkrada tesbit edilen zamanın ikmâlinden sonra küçüğün tehlikelilik hali değişmemiş ise, mahkeme, ceza ehliyetini haiz suçlulara müteallik ahkâm mucibince ceza tayin edecek ve mahkûm icap eden müeeseseye konacaktır.

324

Suç için tesbit edilen ceza üç ay hapisten aşağı ise mahkûm 21 yaşını ikmâl etmedikçe serbest bırakılmıyacaktır.

22 — 21 inci maddenin a ve b bentlerindeki hallerde mahkeme, lüzumlu göreceği bir müddet zarfında muvafık gördüğü bir murahhasın nazareti altında serbest bırakılabilecektir.

Eğer küçük, emredilen hareket kaidelerine riayet etmez veya sonradan inzibata riayetsizlik itiyadı, ahlâksızlığı ile tehlikeliliği zahir olursa bir terbiye müessesesine kapatılacak veye onbeş yaşını ikmâl eylediği takdirde 21 yaşına kader C fıkrasında yazılı inzibatî rejime tabi tutulacaktır.

23 — Umumî terbiye müessesesi müdüklüğü on beş yaşını ikmâl eyliyen küçüğü hareket tarzı veya ahlâkından dolayı ıslâhhane veya hususî şubede kalmasını muvafık görürse buraya nakil edebilir. Islahhane veya hususî şubede ikamet bir seneden fazla devam edecek ise veya buralara nakil üçüncü defa olarak emredilmekte ise müdürlükce mahkemeden müsaade istihsal edilir.

24 — Suç on sekiz yaşını ikmâlden evvel işlenmiş olupta bu yaşı ikmâlden sonra takibata uğramış veya mahkûm olmuş ise mahkeme bunun hakkında ya küçüklere müteallik yukarki hükümleri veya büyüklere ait cezaları tatbik edebilir.

25 — Küçüğün havassının noksanlığı veya neşvünemasının teahhür veya dimağî veya asabî malûliyete veya sarî hastalığa mübtelâ bulunması sebebleriyle hususî bakıma tabi olması muktazi ise, ebeveyni nezdinde bırakmak veya bir vasi veya muhafıza tevdi etmek muvafık veya mümkün bulunmadığı takdirde vaziyeti ile alâkalı bir müesseseye kapatılacaktır.

Neşvünemasındaki teahhür veya dimağı veya asabî maluliyet halinde bulunan küçük yirmi bir yaşını ikmâl edinceye kadar tehlikeliliği zail olmamış ise 62 inci madde mucibince icap eden mahalle kapatılacaktır.

26 — Bütün ahvalde, mahkemenin, küçüğün terbiyesine veya bakımı

na muvafık müeyyideleri tatbik edebilmek için şahsiyetini tetkik ve ailesini ve yaşadığı muhiti nazara alarak gerek ehli hibreye ve gerek başka vasıtalara müracaat suretile küçük hakkında mâlumat elde ederek onu bizzat tanıması lâzımdır.

325

27 — Umumî veya hususî bir terbiye müessesesine kapatmak, küçüğe ilk tahsilini vermek ve bedeni terbiyesiyle bir meslek veya sanat örenmesini temin eylemek üzere ruhî terbiyevi bir rejim içinde bulundurmaktan ibarettir.

28 — İslâhhaneye veya umumî müessesenin hususî şübesine kapatmak, geceleri tecrid, mecburî çalışma ve ilk tahsili temin eden rejim içinde bulundurmak demektir.

29 — Küçük tarafından işlenen suçların hepsinde veya küçüğün bir suçtan mağdur olması halinde mahkeme babalık hakkının nez'ine veya talikına karar verebileceği gibi vasi veya muhafızın uhdesındeki vazifeden mahrumiyetine de karar verilebilir.

Fasıl 5 — Cezalar

30 — Onsekiz yaşından büyük olanlar tarafından işlenen suçlar için tesbit edilen cezalar şunlardır :

1 — Ağır Hapis

2 — Hapis

3 — Tedavi veya bakın için elverişli Bimarhane veya umumî müesseseye kapatma

4 — Memleketten tard

5 — Ehliyetsizlik

6 — Para cezası

31 — Ağır hapis ve hapis cezaları bunlara mahsus müesseselerde geceleri hücrede tecrid suretiyle çekilir.

32 — Ağır hapis ve hapis cezaları çalışma mecburiyetini istilzam eder. Mahkûmlar iki sene ceza çektikten sonra şahsi vaziyetlerine göre hususî mahiyette olmamak üzere Devlet, Vilâyet âmme işlerinde istihdam olunabilirler.

33 — Ağır Hapis ve hapis cezalarına mahkûm olanlar için şunlar mecburidir :

I — Bu cezaları çektirmeğe mahsus her müessesede mevcut olan Mektebe iştirak ederler. Yaş ve sıhhat sebebleriyle bir mahkûmun mektepte huzuru mümkün olmazsa veya mahkûmun fikri haleti mektebe devamı luzumsuz kılmakta ise müessese müdürü mahkûmu bu mecburiyetten istisna edebilir.

II — İdarece tesbit olunan Üniformayı giymeğe ve idarece emredilen bütün sağlık ve sağlamlık tedbirlerine riayet eylemeğe mecburdur. İçinde ceza çekilen müesseselerde mahkûmlardan ihtiyacı olanların tıbbi bakımı temin olunacaktır.

III — İdarece konacak nizamlara tabi olurlar. İdarece yapılacak nizamnamelerde her bir cezanın hususî mahiyetini tağyir ve mahkûmun haysiyet ve sıhhatını ihlâl edecek tedbirler bulunmayacağı gibi mahkûmun say bedelinin her hangi bir bahane ile mahsup edileceğine dair kayıt dahi bulunmıyacaktır.

34 — İdare nizamnamelerine inzibatın temini için icabında mahkûmların otuz günden fazla olmamak üzere hücre hapsine konulabileceği hususuna dair hükümler konabilir. Hücre dahilinde icrası mümkün oldukca bu müddet zarfında mahkûm çalışmaktan istisna edilmeyecektir.

35 — Nizamname mahkûmların mektuplaşmada tabi olacakları şartları tesbit ve müdürüyet de bu şartlara riayeti temin için kontrol edecektir.

36 — Mahkûmların zaifleri, malulleri, altmış yaşını mütecaviz olanları ağır hapis cezasını hapis cezasını çekenlere mahsus müesseselerde çekeceklerdir.

37 — Ağır hapis ve hapis cezasına mahkûm olan kadınlar, kendilerene mahsus müesseselerde, müessese dahilinde mümkün oldukça bahçe işlerinde çalışma mecburiyetile cezalarını çekeceklerdir. Kadınlara verilen hüriyeti sahip cezaların infazı, kadın hamile ise veya dogurdukdan 40 gün geçmemiş ise, talik olunacakdır. Bu müddet, resmî ehlihibrenin raporu ile tesbit edilen ahvalde temdid olunabilecekdir.

38 — Mahkûmların tabi olacakları iş, hem terbiyevi ve sıhhi maksatlarla hemde tekniğe alışmak ve para kazanmak gayelerine göre tanzim olunacakdır.

39 — Haftalık iş saatı, idarenin tesbit edeceği vakitlerde olmak uzere

322

44 saattir. Bu müddet ancak müessese müdürünün kanaatına göre katî zaruret halinde fevkalâde mahiyette olmak üzere temdit olunabilecektir.

40 — Mahkûmlara saiylerinin bedeli verilecektir. Bedel aşağıdaki hususlar için karşılıktır :

1 — Başka suretle temin edilmemiş ise, suçdan hasıl olan zarar ve ziyanın telâfisine,

2 — Kanun hükmüne göre iaşesine,

3 — Müessesede sebebiyet verdiği masraflara

4 — Tahliyede teslim edilmek üzere sermaye biriktirilmesine.

41 — 3 seneden ziyade ağır hapis ve hapis cezalarının infazı zamanında, mahkûm kati ehliyetsizlik halindedir. Mahkeme suçun mahiyetine göre bunu diğer üç senelere de teşmil edebilir. Ehliyetsizlik, mahkûmiyet müddetince kocalık, velâyet ve malları idare salâhiyetinden mahrumiyeti mucipdir. Mahkûm medenî kanunun ehliyetsizler için vazeylediği tarzda vesayete tabi olacakdır.

42 — Müebbed ağır hapse mahkûm olan bu usule tebaiyete başladığı günden başlamak üzere müddetinin 25 senesini ve muayyen müddet ile ağır hapse mahkûm olan da müddetin dört de üçünü ikmal etmiş ise, Müessese müdürü tarafından verilen ve metninde mahkûmun ceza müddetince nizamlara daima riayet eylediğini ve bir san'at öğrendiğini ve çalışmağa alışkanlık gösterdiğini beyan eden raporu üzerine meşruten tahliyeye nail olobilirler. Bu rapor mahkûm hakkında daima yapılan müşahedelerin yazılacağı hususî sicil defterindeki malûmata istinat eder.

43 — Üç sene veya daha ziyade hapis cezasına mahkûm olanlardan yukardaki maddede muayyen tarzda mahkûmiyetinin dörtte üçünü ikmal eyleyenler, müessese müdürünün o maddede mezkûr şartları tesbit eden raporuna istinaden, meşruten tahliye olunabilirler.

44 — Şartla tahliye için mahkûmun suçdan doğan ve mahkûmiyet kararı ile tahmil edilmiş bulunan vecibeleri ifa etmiş veya ifa imkânsızlığı için de bulunduğu sabit olmuş bulunmak lâzımdır.

45 — Meşruten tahliye şartları şunlardır :

328

1 — Kararda tayin olunan yerde ikamet.

2 — Kararda tesbit edilen hareket kaidelerine riayet.

3 — Kendisinin maişet medarı yoksa emredilen müddet zarfında bir meslek ve sanat, bir iş edinmek.

4 — Yeniden suç işlememek.

5 — Mahkemece tayin olunan bir sahabet makamının nezaretine tâbi olmak eğer ikamet edeceği yerde böyle müessese yoksa mahallî zabıta makamının veya mahkemenin tayin edeceği şahsın nezaretine tâbi olacaktır.

46 — Mahkûm tahliye müddeti esnasında yeni bir suç işlerse şartl tahliye geri alınır. Yukarıki maddede tesbit olunan diğer şartların ihlâlinde dahi tahliye geri alınır.

47 — Aşağıdaki hallerde şartlı tahliye yapılmaz :

1 — 73 üncü maddede tasrih edilen hal haricinde hürriyeti salip bir ceza ile tecziye olunan taksirî suçlarda mükerrir olan.

2 — Şartlı tahliyesi kaldırılmış olan.

Tahliye talebinin reddi halinde mahkemece bakiye ceza müddeti nazara alınarak muvafık surette tayin olunacak bir mühlet içinde talep tekrar olunabilir.

49 — Vilâyet mahkemelerince beş seneden ziyade ağır hapis cezalarına mahkûm edilenler cezanın nevine göre umumî müesseselere nakil olunurlar (Arjantin federâl bir devlet olduğundan vilâyet mahkemeleri kabahatlara bakarlar. Ceza kanunu ise umumidir)

50 — Bimarhaneye kapatma cezası, cinaî bimarhanelerde veya devlet bimarhanelerinin hususî şubesinde infaz olunur. Bakım ve terbiye müessese lerine kapatmak dahi, böyle müesseseler yoksa bu maksada yarayabilecek umumî müesseselerin hususî şubelerine koymak suretile infaz olunur.

51 — Vilâyet mahkemeleri tarafından kapatılmasına karar verilenler, vilâyette muadilleri yoksa millî müesseselere kabul olunabilecektir.

52 — Tart cezası, 20 inci madde hükmünce mahkûmun suça itiyadı veya tehlikeli mükerrirliği sabit olup kasdi bir suçla mahkûm olan her ya-

bancıya fer'î ceza olarak verilir. Bu madde mucibince tart olunan memlekete dönerse, bir buçuk seneye kadar hapse tâbi tutulup tekrar tart olunacaktır.

53 — Ehliyetsizlik katî veya hususî olabilir.

54 — Katî ehliyetsizliğin neticeleri şunlardır:

1 — Halk intihabına müstenit olsa dahi, mahkûmun icra etmekte olduğu hizmet veya memuriyetten mahrumiyet,

2 — Seçim hakkından mahrumiyet,

3 — Âmme hizmet veya vazifesini iktisapdan mahrumiyet.

Hususî ehliyetsizlik, mahkûmiyet esnasında hizmet, memuriyet, meslek ve sanat veya bunlara müteallik haklardan ve bunları iktisaptan mahrumiyeti müstelzimdir.

Siyasî haklara müteallik hususî ehliyetsizlik mahkûmiyet müddetince buna mütedair haklardan ehliyetsizliği müstelzimdir.

Ehliyetsizliğe mahkûm olan bunun istilzam ettiği memnuiyetlere riayet etmez ise bir buçuk seneye kadar hapsolunur.

56 — Para cezası, hükümde tayin edilmiş bulunan miktarda paranın devlete tediyesidir. Para ödenmediği takdirde, mahkûm bir buçuk seneye kadar hapse konur. Mahkeme para cezasını hapse tahvil etmeden evvel, mahkûmun evsafı ne olursa olsun, ev eşyası, elbiseleri, iş alâtı hariç olmak üzere malları, aylığı, ve sair gelirleri ile cezanın tahsili esbabını arayacaktır. Mahkûmun serbest çalışmak suretile para cezasını ödemesine müsaade olunacaktır.

Mahkûmun ikdisadî vaziyeti nazara alınarak mahkeme tarafından vadesi ve miktarı tesbit olunmak şartiyle cezanın taksitle edasına müsaade edilir. Mühletin hepsi bir buçuk seneden fazla olmayacaktır.

57 — Mahkûm parayı ödediği zaman serbest bırakılır. Her hapis günü için 4 — 10 Pesos arasında bir para hesap olunur.

58 — Mahkûmiyet suçun vasıtalarından mahrumiyeti müstelzimdir. Mesul olmayan üçüncü sahıslara ait olmadıkça bu vasıtalar suç sebebi ile

müsadere olunur.

Musadere olunan vasıtalar satılmazlar. Devlet tarafından intifa mümkün ve muvafık olmayanlar imha olunur.

59 — Mevkufiyet müddeti şöyle mahsup olunur: İki gün mevkufiyet bir gün ağır hapse ve bir gün mevkufiyet bir gün veya iki gün ehliyetsizliğe veya mahkeme tarafından 4 — 10 Pesos arasında tesbit olunacak para cezasına muadildir.

60 — Cezanın infazı sırasında mahkûm tecennün eder veya mahkûmiyetin infazına mani diğer ruhi malûliyete müptelâ olursa, cinnet veya malûliyet müddetince ceza infaz edilmiş sayılır ve mahkûm kendisi veya üçüncüler için tehlikesiz olduğu resmi ehli hipre tarafından verilen rapor ve müddeiuminin mutalâasıyle sabit oluncaya kadar bimarhane veya icabeden umumi bir müesseseye konur.

Cinnetin veya malûliyetin mevcudiyeti de resmî ehli hipre raporuyla tesbit olunmak lâzımdır.

Fasıl 6 — Cezalarının neticesi

61 — Cezalar, Suçlunun 17, 18, 19 uncu maddelerde beyan olunan tehlikeliliği derecesine göre her bir suç için tesbit olunan hadler dahilinde tayin olunur. Mahkeme suçlunun şahsiyetini etrafiyle öğrenmek için lâzım gelen bütün malûmatı talep eder.

62 — Suç cinnet içinde işlenmiş ise mahkeme failin bir bimarhaneye konmasını emreder. Buradan çıkmak için resmî ehli hiprenin failin kendisine veya başkasına karşı tehlikesi kalmadığı hakkında verdikleri rapor üzerine müddeiumumiliğin mutalâası alındıktan sonra adliyece karar verilir.

63 — Suç tam bir şuursuzluk halinde işlenmiş ise, mahkeme failin münasip bir müesseseye kapatılmasını emreder. Buradan yukarki madde de mezkûr şartlar dahilinde çıkılır.

Failin şahsî vaziyeti ve fiilin şartları ve resmî ehli hiprenin raporu ile her türlü tehlikelilik zail olduğu anlaşılırsa bu müeyyide tatbik olunmaz.

64 — Suç, cinneti tazammun etmeyen vahim ruhî anormali içinde veya

alkol veya edviye veya uyuşturucu maddeler istimalinden mütevellit müzmin tesemmüm halinde işlenmiş ise, mahkeme failin tedavi rejimi ve sıhhatı müsait ise çalışma mecburiyetiyle gayri muayyen bir zaman hususî bir müesseseye kapatılmasını emreder.

Kapatılma müddeti suç için tesbit olunan cezanın âzami müddetinden aşağı olmıyacak ve âzami haddi üç seneden aşağı ise bu müddet üç seneden aşağı düşmiyecekdir.

Ceza müebbet hapis ise bu ceza verilecektir.

Şahsın hususî müessesede alıkonulması kâfi addedildiği takdirde resmi ehli hiprenin raporu üzerine mahkeme, suç için tesbit olunan cezaya göre kapatmayı ağır hapis veya hapse tahvil eder. Fakat her ikisinin müddeti yukarıki fıkrada tesbit olunan asgarî hadden aşağı olmamak üzere gayri muayyen bir zaman olarak tesbit olunur.

Hususî müessesede geçirilen zaman kanunun hedeflerine göre mahsup olunur.

65 — Suç, 20 inci maddede beyan olunan tarzda canilikle mevsuf şahıs tarafından işlenmiş ise mahkeme, suça tayin olunan cezanın âzamisinden az olmamak veya âzami ceza altı seneden az ise bu miktardan aşağı bulunmamak üzere, mahkûmun gayri muayyen zaman için ağır hapse tabi tutulmasını emreder.

Suç için müebbet ağır habis cezası konmuş ise bu ceza hükmolunur.

66 — Suç, 20 inci maddede tesbit edildiği veçhile suç işlemeği itiyat edinmiş veya cezası hürriyeti salip bir suçu iki defa işlemiş olupta tehlikeliiği mezkûr 20 inci maddede muharrer tarzda sabit olmuş biri tarafından işlenmiş ise, mahkeme adliyece tayin olunan bir mahaldeki hususî müessesede on seneden aşağı olmamak üzere gayri muayyen bir zaman için ağır hapse konmasına hükmeder.

Eğer suça ait cezanın âzamisi on seneden fazla ise gayri muayyen zaman için ağır hapis müddeti bu zamandan az olmaz.

Suçun cezası müebbet ağır hapis ise bu ceza verilir.

Suçların hakikî içtimaında mahkeme aşağıdaki hallerde faili on sene-

den az olmamak üzere gayri muayyen zaman için ağır hapse mahkûm eder.

1 — Suç iki olupta her birine ait ceza üç seneden altı seneye kadar hapis ise.

2 — Suç üç olupta bunlardan birinin cezası âzami altı sene hapis ve diğerlerinin üç vaya daha az hapis ise.

3 — Suç üç ve daha ziyade olupta her dirinin cezası üç sene veya daha az hapis ise.

68 — Muvakkat ağır hapis veya altı seneden ziyade hapis cezalarını müstelzim iki veya ziyade suçun ve keza bir veya ziyade suça muvakkat ağır hapis ve diğerlerine altı seneden fazla hapis cezası tesbit olunmuş suçların hakikî içtimaında mahkeme, yirmi beş seneden aşağı olmamak üzere gayri muayyen ağır hapis emreder.

69 — Suçların hakikî içtimaına müteallik diğer hallerde ceza aşağıdaki tarzda tatbik olunur : (maddenin tafsilâtını yazmağa mahal görülmemiştr.)

70 — 74 — (Maddelerin tafsilâtını yazmağa luzum görülmemiştir.)

75 — Aynı bir cürüm kasdinin başka başka zamanlarda muhtelif icra fiillerile kanunun aynı hükmü ihlâl edilirse içtima kaidesi tatbik olunmaz.

76 — Suç teşebbüs derecesinde kalmış ise mahkeme ikmal edilmiş hadise, hareket tarzına göre işlenmiş suç için tesbit olunmuş bulunan cezanın azamisi olmamak üzere bir ceza tayin eder. Eğer müebbet ağır hapis mevzubahis ise yukarıki şartlar nazara alınmak suretile on seneden yirmi beş seneye kadar hapis hükmolunabilir.

77 — Gayri mümkün bir suça teşebbüs edilmiş ise, tesbit edilmiş bulunan azamî ceza yarısına kadar indirilerek verilir. Ve failin sabit olan tehlikeliliği derecesine göre asgari hadde kadar azaltılabilir. Eğer müebbet ağır hapis ise muayyen seneden on seneye kadar ağır hapis verilir.

78 — Muayyen bir suç işlemek için yapılan anlaşma veya havaleyi icra takip eylememiş ise anlaşma veya havaleye iştirak edenlere anlaşılan veya

havale edilen suç için tesbit edilen azamî cezanın üçde biri verilir. Müebbet ağır hapis mevzubahis ise altı seneden on seneye kadar hapis verilir. Havale kabul edilmemiş ise yukarıki ceza yalnız havale edene verilir.

79 — İşlenen suçdan daha ufak bir suça iştiraki kasdeden şerike, kasteylediği suçun cezası verilir.

İşlenen suçdan daha büyük bir suça iştiraki kasteden şerike bu fiile ait ceza verilir. Ve bu ceza 25 seneyi geçmemek üzere azamî müddetin üçte biri kadar tezyit olunabilir.

80 — Para cezası verilirken mahkemece suçlunun ve ailesinin iktisadi vaziyeti nazara alınır.

81 — Suç, kazanç sebebleriyle işlenmiş ise, mahkeme kanunda emredilmemiş dahi olsa cezaya fiilin şartlarına ve mahkûmun iktisadî vaziyetine uyğun para cezası ilâve edebilir. Bu ceza beş bin pesosu geçemez.

Fasıl 7 — Tecil

82 — 85 inci maddede bahsedilen istisnalardan başka ilk defa mahkûm olan şahsın mahkûmiyeti iki seneden fazla olmıyan hapis veya iki bin pesos dan fazla olmıyan para cezası ise infazını, mahkeme, olbabtaki kararında şarta bağlı olarak tecil eylediğini emredebilir.

Suç için hapis veya para cezalarından başka ehliyetsizlik dahi verilmiş ise mahkeme, suçun mahiyetine veya sebeblere bakarak bunun icrasının tecil edilmesini emreder.

83 — Evvelce kusura müstenit bir suç işlemiş ve 17 inci maddenin 9 numaralı bendinde yazılı azamî tehlikelilik sebebi bulunmamış ise sonradan işlenen suçdan dolayı ceza tecil olunabilir.

84 — Mahkeme, suçların hakikî içtimaı halinde cezanın tecilini emredemez. Ancak verilecek para cezası 82 inci maddede beyan olunan miktardan aşağı ise tecili caizdir.

85 — Ceza ancak 20 inci maddenin a, b fıkralarında derpiş edilen vaziyette hareket ettikleri sabit olan suçlular lehine olmak üzere tecil olunur.

Bundan başka kanunun 18 ve 19 uncu maddeleri mucibince asgari

tehlikelilik şartlarınında bulunması lâzımdır.

86 — Mahkeme mahkûmun hareket tarzına ve oturacağı mahalle ait hükümleri tesbit eder. Bu takdirde tecrübe için kâfi görülecek müddet zarfında mahkûm nezaret için bir murahhasa veya sahabet müessesesine tevdi olunabilir.

87 — Mahkeme tecrübe müddetini 3 ile 6 sene arasında tayin edecektir. Bu tecrübe müddeti zarfında ceza mürur zamana oğramıyacaktır.

88 — Tecrübe müddeti zarfında bir veya daha ziyade suç işlanmesi halinde mahkûma hakikî içtima kaideleri mucibince bütün suçlarına tekâbül edan ceza verilir. Mamafi sonradan işlediği suç bir ve taksirî olupta asgari tehlikelilik şartları mevcut ise mahkeme, tecilin kaldırılarak her iki suç için yani ceza tayin ile bununda icrasını tecil eder.

89 — Mahkûm, hareket tarzına ve ikamet mahalline mütaallik vecibelerini meşru sebep olmadan ihlâl ederse ceza infaz olunur.

90 — Tecrübe müddeti zarfında mukaddema her hangi bir şekilde zeval bulmuş bir mahkûmiyetin mevcudiyeti anlaşılırsa infazı talik edilmiş bulunan ceza infaz olunmaz.

91 — Tecil mahkûma tereddüp eden 8 inci fasıldaki vecibelerin icrasına manî olmaz. Mahkeme bu vecibelerin eda olunacağı müddeti tayin eder. Bu sebeple tayin olunan paranın hile ile eda edilmemesi veya meşru sebep olmadan vecibelerin yerine getirilmemesi halinde tecil olunan cezanın infazı lâzım gelir.

Fasıl 8 — Zararın Telâfisi

92 — Her suç, mağdurun duçar olduğu maddî, manevi zararın telâfisi mecburiyetini tevlit eder. Mahkeme vereceği hükümde, zarar görenin talebi olmasa dahi tazminatın miktarını tamamen isbat edilemediği takdirde hakkaniyet üzere tesbit eyler.

Lâkin zarar gören tamamen isbat edemediği için hakkaniyet dairesinde tesbit edilmiş bulunan tazminatı duçar olduğu zararın telâfisine kâfi görmezse farkı için hukuk mahkemesine müracaat edecek ve bu mahkemece

mahkûmiyet hükmünde tesbit olunan tazminata mağdurun mustahak olup olmadığı noktası tekrar tetkik olunmayacaktır.

93 — Yukarkî maddede tesbit olunan tazminata halel vermeden mağdurun veya varislerinin talebi üzerine hükmün neşrî masraflarının kısmen veya tamamen ödemek mahkûma ait olmak üzere suçtan hasıl olan gayri maddî zararın telâfisine hadim olacağı anlaşılırsa hükmün o mahalde neşrini emreder.

Mahkeme neşrin gayeye muvafık yapılması için icabeden hususları tayin eder.

Mahkeme muvafık gördüğü takdirde mağdurun veya vârislerinin talebi olmaksızın dahi, masrafı mahkûm tarafından verilmek üzere neşri emredebilir.

Şahsî dâvaya bağlı veya küçükler tarafından işlenmiş veyahut küçükleri veya üçüncüleri izrar edebilecek ise neşriyat emrolunamaz.

94 — Mahkûmiyet hükmü ile şunlar emrolunur.

1 — Suçlu tarafından elde edilen şeylerin iadesi veya iade mümkün değilse carî kıymetinin mahkûm tarafından ödenmesi,

2 — Mahkeme masrafının ödenmesi.

95 — Tazmin vecibesi, mahkeme masrafından gayri, suç işlendikten sonra mahkûm tarafından aktedilen diğer vecibelere ve para cezasına racihtir. Mahkûmun emvali paralı mesuliyetlerin hepsini telâfiye kifayet etmezse evvelâ mahkeme masrafı ve sonra sebebiyet verilen zarar tehsil olunacaktır.

96 — Zararın tazmininden şerikler müteselsilen mesuldur.

97 — Kazanç gayesiyle işlenmiş bir suçun semerelerine iştirak edenler hisselerine isabet eden kısmı tazmin ederler.

98 — Bu fasılda yazılı vecibeleri ifa imkânından mahrum bulunan mahkûm hakkında şöyle muamele olunur:

1 — Ağır hapis, hapis cezasına mahkûm ise, zarar 40 ıncı maddede yazılı tarzda tazmin olunur.

2 — Para cezasına mahkûm olmuş ise mahkeme, kazanç veya aylık-

tan ayrılacak kısmı tayin eder. Taksitin miktarını tayin ederken aile masrafı nazara alınır. Mahkeme taksit zamanlarını muvafık surette tayin eder.

Fasıl 9 — Dâvalar

99 — Suçtan mütevellit dâvalar, amme dâvaları ile şahsî ve hususî dâva olarak üçe ayrılır.

100 — Kanunun sarih hükmü mucibince mutazarrırın şahsi şikâyetine bağlı tutulmıyan dâvalar âmme dâvasıdır. Dâvanın âmme dâvası olması vasfı, suçtan mutazarrır olana usul kanunu tarafından verilen itham hakkına halel vermez.

101 — Âmme dâvası ikamesine mahal olmıyan hallerde, hetki ırz, iffete taarruz, kaçırma suçları şahsî dâvaya bağlıdır. Bu maddede derpiş edilen ahvalde mağdurun, vasi veya muhafız veya kanunî mümessilinin ihbar ve ithamı zaruridir. Suç ebeveynin, vasisi, muhafızı, mümessili bulunmıyan küçük ve ehliyetsize karşı işlenmiş veyahut bunlardan biri fail veya şerik bulunmuş ise yukarki zarurete mahal yoktur.

102 — Aşağıdaki suçlardan mütevellit dâvalar hususidir:

1 — Usule karşı muavenet yapılmaması.

2 — İftira ve hakaret.

3 — Sırların ifşası.

4 — Haksız rakabet.

İftira ve hakaret dâvaları munhasıran mağdur tarafından ve öldükten sonra karısı, çoçukları veya çoçuklarının çoçukları tarafından ikame edilmek lâzımdır.

Fasıl 10 — Dâva ve ceza müruru zamanı

103 — Ceza dâvası şu hallerde zeval bulur:

1 — Suçlunun ölümü ile.

2 — Af ile.

3 — Müruru zamanla.

4 — Şahsî dâvada mağdurun vaz geçmesi ile.

104 — Mağdurun feragati fariğ ile vârisleri hakkında muteberdir.

105 — Afiv, suçtan mutazarrır olanın zararını tazmin ettirmek hakkını izale etmez.

106 — Ceza dâvası şu hallerde müruru zamana uğrar:

1 — Müebbet ağır hapis cezası tayin olunan suçlarda 25 senenin müruru ile.

2 — Ceza, zamanı muayyen ağır hapis veya hapis ise suç için tespit olunan cezanın âzami müddetinin hitamında.

3 — Yalnız bir ceza olarak ehliyetsizlik tayin edilmiş hallerde 5 senenin hitamında.

4 — Beş bin pesos dan fazla para cezası verilmiş olan suçlarda beş seneden daha az zaman içinde iki senenin hitamında.

Mahkûmun 20 inci maddenin C bendinde yazılı olduğu veçhile evvelki bir hükümle itiyadi veya aynı maddenin F. Bendi mucibince tehlikeliliği sabit bir mükerrerliği tebeyyün eylemiş ise yukarki mühletler yarısı kadar çoğaltılır.

107 — Dâva mürur zamanı, suçun işlendiği gecenin yarısından ve mütemadi suçlarda işlemenin kesildiği günden başlar. Müteselsil suçlarda kanunun son defa ihlâl edildiği günün gece yarısından mürura başlar. Teşebbüs halinde en son icra filinin işlendiği günün gece yarısından başlar.

Tekemmülü bir şartın tahakkukuna bağlı suçlarda şartın tahakkuk ettiği günün gece yarısından başlar.

İflâs suçuna ait dâvada iflâsa hükmolunduğu günün gece yarısından başlar.

108 — Hakkında hüküm verilebilmesi için diğer mahkemede halli lâzımgelen müteehhir mesail zuhurunda mürur zaman durur ve talik sebebi kalkınca ceryana başlar.

109 — Dâva müruru zamanı aşağıki hallerde kesilir.

338

1 — Bir suçun işlenmesi ile.

2 — Hükmün tefhimi ile.

110 — Müruru zaman, suça iştirak edenlerin her biri için ayrı ayrı cereyan eder, durur ve kesilir.

111 — Ceza şu hallerde sukut eder:

1 — Umumî af ile.

2 — Ağır hapis, memleketten tart, ehliyetsizlik ve para cezalarından af ile.

Mahkemeler teşkilâtı esasiye kanununun 6 ıncı fıkrası mucibince verecekleri raporda mahkûmun 20 inci maddede sayılan hallerden hangi ve hangilerinin mevcut olduğunu tasrih edecektir. Umumî af, suçun sebebiyet vereceği zararı tazmin ettirmek hakkını izale etmez.

3 — Hüküm, şahsî dâvaya müsteniden verilmiş ise tecavüze uğrayan şahıs tarafından af halinde şeriklerden biri hakkındaki af diğerlerine şâmildir.

4 — Ağır hapis, hapis, ehliyetsizlik ve para cezaları için aşağıdaki maddede yazılı müddetlerin mürurunda.

112 — Aşağıda yazılı müddetler geçince ceza müruru zamana uğrar:

1 — Müebbet ağır hapis için 25 sene

2 — Gayri muayyen zaman ile ağır hapis ve hapis için 25 sene

3 — Müddeti muayyen ağır hapis ve hapis cezasında iki misli müddetin mürurunda. Bu takdirde müruru zaman beş seneden az ve 25 seneden fazla olamaz.

4 — Beş bin Pesos dan ziyade para cezasında beş senenin ve daha aşağısında iki senenin hitamında

113 — Gerek bimarhaneye, gerek suçlunun bakım ve tedavisi için münasip bir müesseseye kapatmakta müruru zaman yoktur.

114 — Ceza müruru zamanı katî hükmün suçluya tebliğ edildiği günün gece yarısından ve infaza evvelce başlanmış ise hükmün infazının inkıtaından başlar.

No: 76

Ecnebi Devletlerin Kazaî Muafiyeti [*]

Konferansı veren
Nusret Metya
Ankara Hukuk Fakültesi
Profesörlerinden

Zamanımızda bir Devletin muhtelif ihtiyaçlarını kendi memleketinde tatmin etmesi münkün olmadığı cihetle devletler ecnebi fert ve şirketler ile münasebetlere girişmeğe mecburdurlar. Bu münasebetlerden bir takım ihtilâflar çıkması tabiî olup ecnebi devletler ile münasebetlere girişen fertler şirketler o devletlerin mahkemelerine müracaat etmekten ise kendi memleketlerindeki mahkemelere müracaatı hak istihsali için daha muvafık addetmekte ve bazı devletlerin kanunları ecnebi memleketlerde mukim bulunan kimseleri mahalli mahkemelere dâvetine müsait bulunmaktadır.

İşte bir devlet mahkemelerinin ecnebi devletler aleyhine ikame olunan dâvaları rüyete salâhiyettar olup olmadıkları meselesi bu suretle mevzubahis olmağa başlamıştır.

Bu meselenin tetkikine girişmezden evvel kaza muafiyetinin dahilî hukuk ile münasebetlerini incelemek lâzımgelir. Bu da devletler hukuku ile dahilî kukuk arasındaki münasebetlerin incelenmesile mümkün olur. Bunun için de şu meselelerin halli icabeder. 1 — Devletin hukukî kaideleri kendiliklerinden dahilî hukuk kaidesi sayılırlar mı? Yani bunlar dahilî hukuk kaidesi haline ifrağına lüzum kalmaksızın fertler ve mahkemeler üzerinde doğrudan doğruya tesir ederler mi? 2 — Devletler hukuku dahilî hukukun aykırı hükümlerini kendiliğinden ilga edermi?

Bu hususda müellifler iki kısma ayrılmışlardır. İkilik taraftarları, birlik taraftarları.

[*] Bu Konferans 3/1/942 de Dil Tarih ve Coğrafiya Fakültesinde verilmiştir.

340

İkilik taraftarlarına göre dahilî hukuk ile devletler hukuku arasında üç bakımdan ayrılık vardır : (1) İki hukukun idare ettikleri içtimaî münasebetler ve süjeler (hak sahipleri) bir birinden ayrıdır. Dahilî hukuk bir devlet dahilinde fertlerin bir birlerile veyahut devletle olan münasebetlerini tayin eder. Devletler hukuku ise devletler arasındaki münasebetleri tanzim eder. (2) İki hukukun mahiyetleri bir birinden ayrıdır. Dahilî hukukta üstün madun münasebeti vardır.

Devletler hukukunda bir birine müsavi süjelerin münasebeti vardır. (3) İki hukukun kaynakları ayrıdır. Dahilî huhukun kaynağı devletin iradesidir. Devletler hukukunda kaynak devletlerin müşterek iradeleridir. Bu ayrılık neticesi olarak ikilik taraftarlarına göre şunlar tesbit olunabilir:

a) Devletler hukuku kendiliğinden dahilî hukuk kaidesi olamaz. Dahilî hukuk kaidesi de kendiliğinden devletler hukuku kaidesi ihdas edemez.

b) Devletler hukuku ile dahilî hukuk bir birlerile temas halinde olmıyan ayrı ayrı birer sistem olduklarından aralarında tâbilik ve üstünlük mevzbahis olamaz.

Birlik taraftarlarına göre iki hukukun idare ettikleri münasebetler ve süjeler ayrı değildir. Çünkü her iki hukukun tanzim ettiği münasebet nihayet insanların hareketleridir. Devletler hukukunda hareketlerin neticesi doğrudan doğruya ferde değil devletlere atfolanur.

Süjelerin müsaviliği veya üstünlüğü iddiası da esaslı değildir. Dahilî hukuk bir devlet idaresinde birleşen insanların münasebetlerini tanzim ediyorsa devletler hukuku da bu insanlardan mürekkep devletlerin beynelmilel cemiyeti birleşmelerinden doğan münasebetleri tanzim eylemektedir. Hukuk, birinde de diğerinde de cemiyet hayatının icaplarından doğmakta ve bu icapları tanzim etmektedir. Bu bakımdan incelenirse iki hukukun kaynakları da, ana hükümleri de ayrı değildir. Her ikisi aynı hukuk telekkisinin tezahürleridir.

Bazı birlik taraftarlarına göre dahilî hukuk devletler hukukundan üstündür. Fakat ekserisine göre devletler hukuku üstün addolunmalıdır.

İngiliz ve Amerika mahkemeleri ve ekser Avrupa devletleri birlik taraftarlarına mülâyim kararlar vermişlerdir.

3cy

Meselâ Prusya ihtilaflar mahkemesi emekli yüzbaşı Helfelt'in Rusya Hühümeti aleyhin ikame ettiği dâvada müddeinin kazaî muafiyet Prensipi Prusyalılara tanınmamış olduğu için tatbik olunamıyacağı ve Alman dahilî hukuku tarafından tanınmadıkça mahkemenin devletler hukuki kaidelerine müracaat edemiyeceğini itirazına karşı mahkeme müddeinin devletler hukuki kaidelerinin dahilî hukuk tarafından kabul edilmedikçe tatbik olunamıyacağına dair olan itirazı hukuki esaslardan ari olduğunu ve böyle bir kaidenin kabulü devletler arasındaki münasebetlerde yeknasak bir sistem olan devletler hukukunun değil ayrı ayrı birer dahilî hukukun kabulüne müncer olacağını beyan etmiştir.

İsviçre Federal mahkemesi 1918 senesinde verdiği bir kararda kazai muafiyet hakkındaki hukuku düvel kaidelerinin Millî İsviçre hukuku kabilinden olarak tatbiki lâzım geldiğini beyan etmiştir. Bazan devletler hâkimlerini tereddütten kurtarmak için kanunlarına bu yolda sarahatler koymaktadırlar. Meselâ Şimalî Amerika birleşik devletleri kanunu esasinin 6 ıncı maddesinde muahadeler hakkında bu yolda bir sarahat vardır.

Kezalik Alman kanunu esasisinin 4 üncü maddesinde hukuku düvelin umumen kabul olunan kaidelerin dahilî kanunlara ilhak olunduğunu beyan etmiştir. Avusturya kanunu esasisinde de buna benzer bir hüküm vardır.

Bizim sisteme gelince: bizde muahedeler Büyük Millet Meclisinden geçtiği için bunların ihtiva ettiği kaideler yani ahdî hukuka kanunî bir mahiyet atfolunabilir ve bu kaidelerin dahilî hukuka naklolunduğu iddia olunabilir.

Ancak taamülî hukuku düvel kaideleri için (meselâ kazai muafiyet için) mahkemelerimizin bir kanuni sarahate ihtiyaç olmaksızın hükümler vermeleri lâzımgelir. Aksi takdirde hukuku düvel kaidelerine mugayir hükümler sadır olması ve bu hükümlerden devlet için mesuliyet terettüp etmesi ihtimali vardır.

Kaza muafiyet bahsinde müellifler iki kısma ayrılmışlardır. Biri geniş muafiyet tarafını iltizam etmekte diğeri dar muafiyet taraftarıdırlar.

Geniş muafiyet taraftarları Devletin bütün tasarruflarının hâkimiyete müstenit olduğunu ve bu tasarruflardan dolayı Devletin bir ecnebi devletin hakkı kazasına tabi olması mümkün olmadığını beyan ediyorlar.

Dar muafiyet taraftarları ise devlet tasarruflarının hâkimiyet ve temşiyet tasarrufları namile ikiye ayırdığını ve Hâkimiyet tasarruflarından dolayı devleti muhakeme etmek mümkün değilse de temşiyet tasarruflarından dolayı bir devletin ecnebi bir devletin hakkı kazasına tabi olabileceğini söyleyorlar. (Bunların sistemine İtalya, Belçika sistemi diyorlar)

Hâkimiyet ve temşiyet tasarruflarını bir birinden ayırt eden kıstaslara gelince:

Bazı müellifler ve mahkemeler devletin akdi yaparken takip ettiği maksat, siyasî ise akdin devlet sıfatile vaki olduğunu ve maksat gayrı siyasî ise fert sıfatile yapıldığını meselâ At iştirası halinde akdi mezkûrun mahiyeti atların orduya veya devlet reisinin zatına mahsus olmasına göre değişeceğini ve birinci şıkta akdin hâkimiyet hakkına binaen vaki ve ikinci şıkta hususî bir tasarruf mahiyetini haiz olduğunu beyan ediyor.

Bu kıstas tatbikatta ittiratsızlığı mucip olduğu cihetle (Loran) tarafından reddolunmuştur. Bunun için Loran Devlet tasarruflarının idarî ve siyasî tasarruflar ile medenî kanun kaidelerine tevfikan akdolunan tasarruflar olmak üzere ikiye taksimini teklif etmiştir. Mamafi bu da evvelkinden ziyade şayanı kabul bir kıstas değildir.

Alman müelliflerinden (Dubar) bunun için ayrı bir kıstas teklif ederek diyor ki devletin medenî taahhütlerini devlet kanunlarından birine müstenit olmak veyahut devletin memurları tarafından vaki olmak üzere ikiye ayırmalıdır.

Fakat bu tarzı taksimde doğru değildir. Zira devlet memurları serbest olmayıp devletin kanunlarına tevfiki harekete mecburdurlar. Kanunlardan siyasî kanunlar kastolunduğu takdirde netice doğru çıkmaz. Zira Devletin tasarrufları dâva ettiği mukaveleler her vakit siyasî] ehemmiyeti haizdir.

Fransız müelliflerinden Profesör Veys diyor ki ecnebi bir devlet tarafından sadır olan tasarrufların mahiyeti nazarı itibare alınmalıdır. Bu suretle maksadın teyini için fazla araştırmalar yapmağa muameleleri ince ince taksimlere tâbi tutmağa lüzum kalmaz. Ve hâkimlerin vazifeside kolaylaştırılmış olur. Şu halde hâkimler kendilerine bir muamele arzolunduğu zaman şu suali sormalıdırlar? Şu muamele devlet memurlarından başka bir kimse tarafından ifa olunamıyacak mahiyette midir. Eğer böyle ise muame-

343

le kuvvei âmmeye müteferri siyasî bir muamele olup ondan çıkan dâvayı rüyete hâkimler salâhiyettar değildir.

Devletin devlet sıfatile yaptığı muameleler ile fert sıfatile yaptığı muameleleri tayin için şimdiye kadar beyan olunan kıstaslara ilâveten son zamanlarda müellifler muamelelerin ancak idarî olmaları halinde muafiyet tahakkuk edeceğini zikrediyorlar.

Bu mebhasde devlet istikrazları için büyük ihtilâflar mevcuttur. Bazı devletler tarafından umumun iştirakile vaki olan istikrazların devlet muamelelerinden olduğunu diğer bazıları da bunların hususî muamele kabilinden olduğunu beyan ediyorlar.

İsviçre Federâl mahkemesi hazine bonolarının natık olduğu paraları ödemenin hususî bir muamele mahiyetinde olduğuna karar vermiştir. (13 mart 1918)

Fransanın Aix mahkemesi ve diger bazı Fransız mahkemeleri evvelki noktai nazarı kabul etmişlerdir.

Kazai muafiyetin istisnaları:

Kazai muafiyet mutlak olmayıp aşağıdaki istisnalara tâbidir. Devletler bazan haiz oldukları kazai muafiyetten feragat ve mahallî mahkemelerin hakkı kazasına işlerini tevdi ederler. Bu feragat de ya sarih veya zimnî olur. Sarih feragat: evvelâ devletin bir fert aleyhine mahalli mahkemeler huzurunda âmme borçlarından dolayı bir dâva ikame etmesi, saniyen evvelce akdetmiş olduğu beynelmilel bir mukavele ile ecnebi bir devlet mahkemesinin hakkı kazasını kabul eylemesi [*] salisen ecnebi bir fert ile taahhüde girişen bir devletin yine bu ihtilâfların o arazinin mensup olduğu devlet mahkemelerinde görülmesini kabul eylemesi hallerinde tahakkuk eyler.

Zimnî feragat de aleyhine dâva ikame olunan bir devletin mahkemenin salâhiyetsizliğini itiraz makamında beyan etmemesi ile olur.

[*] 1919 senesinde mağlup devletlerle yapılan sulh muahedelerine o devletlerin ticarî muamelelere giriştikleri takdirde kazaî muafiyet imtiyazından feragat ettiklerine dair birer madde konulmuştur. Mahut Sevr-de de mevcut olan bu maddeye İsviçre Hükumeti 1918 de neşrettiği bir kararname ile mütekabil olmak şartile kazaî muafiyetten feragat edeceğini kabul etmişdir. Madde bittabi Lozana girememiştir.

344

Taahhütlerinin icrasını temin için bir devletin ecnebi bir memlekette bazı mallarını rehin olarak vermesi de zımnî feragate misal addolunabilir.

Şurası da bilinmek gerektir ki imtiyazından feragatle bir şahıs aleyhine dâva ikame eden ecnebi bir devletin diğer müddeilerden farkı olmadığından müddeialeyh olan ecnebilerin de onun aleyhine her nevi itiraz ve müdafaalarda bulunmağa ve mütekabil dâvalar ikamesine hakları derkârdır.

Vaktile devletler aleyhine def'i dâva dermeyan ve mukabil dâva ikame olunucağı kabul olnnuyordu. Son zamanlarda İngiliz, Amerika ve Fransız mahkemeleri def'i dâva dermiyanı caizse de mütekabil dâva ikame olunamıyacağına karar vermişlerdir. Alman yüksek mahkemesi bidayetden buna muhalif iştihatlarda bulunmuş ise de sonraları o da içtihatlarını değiştirmiştir.

İcra Muameleleri

Ecnebi bir devlet aleyhine ikame olunan dâvalara bakmağa mahallî mahkemelerin salâhiyettar olup olmadıkları hususunda ihtilâf mevcut olmakla beraber gerek sadır olan ilâmların ve gerek mukavelelerden münbais taahhütlerin ifası zımmında alehlerinde icra muamelelerine girişilemiyeceğini herkes kabul etmektedir. Bu muamele ister devletin kuvvei âmme sıfatile tasarrûf ettiği emval ve emlâke ve ister fert sıfatile tasarruf ettiği emval ve emlâke taalûlk etsin.

Şurası da malum olmalıdır ki ekseriyetin fikrince ecnebi devlet muafiyet imtiyazından feragat ve mahallî mahkemenin hakkı kazasını kabul etmiş olsa bile sadır olan ilâmın cebren icrasına tevessül olunamaz.

İtalya hükümeti 20 ağustos 1925 tarihli bir kararname ile Adliye vekâletinin müsaadesi olmadıkça ecnebi bir devlet aleyhine icra muamelelerine tevessül olunamıyacağını kabul eylemiştir.

345

Mahkemelerin İçtihatları

Muhtelif devletlerden Almanya, Şimalî Amerika birleşik devletleri, Brezilya, Kanada, Fransa, İngiltere, Macaristan, Japonya, Lüksenburg, Hollanda, Polonya, Portekiz, Çekoslavakya mahkemeleri geniş muafiyet sistemini ve İtalya, Belçika, İsviçre [1] mahkemeleri dar muafiyet sistemini kabul etmişlerdir. Avusturya mahkemeleri son zamanlarda İtalya ve Belçika sistemine iltihak etmiştir. Romanya mahkemelerinin de bu sistemde olduğu anlaşılmaktadır.

Yunanistan mahkemelerinin vaziyetleri şüpheli görülmektedir. Şu tafsilâtdan anlaşıldığına göre muhtelif devletler mahkemelerinin ekserisi geniş muafiyet sistemine sadık kalmakta ve dar muafiyet taraftarları ekalliyette bulunmaktadır.

Muafiyet ve icra bahislerinde gemiler meselesi şayanı dikkatti.

Eskiden gemiler harp gemileri ve ticaret gemileri namile ikiye ayrılıyorlardı. Umumî harp esnasında ve ondan sonra bu taksimin kifayetsizliği meydana çıktı. Hukukudüvel enstitüsü 1928 istokholm içtimaında hukuku düvel bakımından şöyle bir taksim kabul etti :

(1) Ticarî olmıyan bir Hükûmet hizmeti yapan gemiler, (2) ticarî bir hizmet yapan gemiler.

Birinci kısmı da ayrıca ikiye ayırdı. (a) askerî gemiler (b) sivil bir âmme hizmetinde kullanılan gemiler.

Bu son kısım ya efradın malı olan gemileri veyahut devletin malı olan veyahut devlet tarafından isticar veya istimval olunan gemileri ihtiva etmekte dir. Müellifler, gemileri ya âmme gemileri veya hususî gemiler namile ikiye ayırarak taksimi daha ziyade ihtisar ediyorlar. Burada en ziyade dikkat edilecek nokta kıstas meselesidir. Bu kıstasın tayininde de gemilerin mülkiyetine değil tahsis olundukları hizmete bakılır. Biaenaleyh mnhassas olduğu hizmet bir âmme hizmeti ise gemi, âmme gemilerindendir. Bilâkis tahsis olunduğu hizmet ticarî ise (bu mebhasda tenezzüh gemileri de ticarî addolunur) gemi hususî gemilerden addolunur.

[1] Federal mahkeme bir dâvada ecnebi bir devletin aleyhine hükmettiği halde İsviçre Hükümeti bu hükmü iptal etmiştir.

346

1926 da Brükselde (devlet gemilerinin muafiyetlerine dair bazı kaideleri birleştirmek için) akdolunan mukavelede bu kıstas kabul olunmuştur.

Bu taksimle kazaî muafiyet bakımından mütalâa olunduğu takdirde şu neticelere varılır:

Âmme gemileri bir âmme hizmetine muhassas oldukları için bayrağını taşıdıkları devletten maada devletlerin müdahalesinden az çok masun kalırlar. Tabiidir ki bu gemiler içinde askerî kuvvetler arasında bulunan gemiler diğerlerinden daha ziyade imtiyazlara mâliktirler.

Hususî gemilere gelince: bunlar diğer devletlerin otoritelerine tâbî olarak deniz ülkelerinde bulundukları takdirde yalnız hukuku düvelin müstesna bazı hallerde tanıdığı bazı imtiyazlardan istifade edebilirler.

Kazaî muafiyet bahsine gelince: harp gemileri mahallî kazadan mutlak surette muaftırlar. Ceza meseleleri sırf hukuku düvele taallûk ettiği için bahsımızdan hariç bırakılmıştır.

Hukukî meselelerde de muafiyet tamdır. Binaenaleyh bunlarla vâki olan müsademelerde harp gemilerinin mahalli kazaya tabiiyeti iddia olunamaz.

Bu mebhasde devlet yatları yani devlet reislerine veya diplomatlarına mahsus olan yatlar harp gemilerine benzetilmektedir.

Harp gemilerinden başka âmme gemileri. — bunlar kazaî muafiyetten müstefit ve haciz vesair icra muamelelerinden müstesna olmakla beraber bunların muafiyetleri harp gemileri derecesine çıkamamaktadır. (bunlar bazı memleketlerin dahilî hukukunda da kazaî muafiyetten istifade ediyorlar. Meselâ Fransada adlî mahkemeler bunların dâvalarına bakmıyor.)

10 Nisan 1926 tarihli Brüksel mukavelenamesi 3 üncü maddesinde kazaî muafiyet ve haciz vesair hususlarda muafiyet tanımış olmakla beraber bu muafiyetler vazih bir surette tayin edilmiştir. Şurası da dikkate şayândır ki maddede yazılan muafiyetlerden istifade edebilmesi için geminin devletin emirlerine ve kontrolüne tâbi olması ve munhasıran âmme hizmetine muhassas olması şarttır. Bu gemilerden çıkacak dâvaların geminin mensup olduğu devlet mahkemelerinde rüyet olunacağı da tasrih olunmuştur. Burada gayri ticarî âmme hizmeti tâbirleri tereddüdü mucip olmaktadır.

347

Mukavelenin eski projesinde (âmme hizmeti) tâbiri vardı. Fakat bu tâbirin tarifi güç olması hasebile yerine Hükümet hizmeti tâbirinin ikamesi münasip görülmüştür.

Mukavele, gayrı ticarî ve Hükümet hizmeti tâbirlerinin tayinini mahkemelere bırakmış ve bunlar için ayrı kıstas koymaya lüzum görmemiştir. (Mukavele, mahkeme geminin bu sıfatlarını tayin hususunda tereddüt ettiği takdirde geminin mensup olduğu devletten bir şahadetname istenilebileceğini de kabul etmiştir.)

Bu mebhasda posta hizmetlerine muhassas olan gemiler bittabi âmme gemilerindendir.

Tamamen veya kısmen bir ticarî hizmete tahsis olunan gemiler: bu gemiler prensip itibarile hususî gemilere benzer. Bunlar gördükleri hizmet ve naklettikleri yolcu ve eşya yüzünden vaki olacak metalip hususlarında hususî gemilerin tabi oldukları mesuliyet kaidelerine ve aynı vecibelere tabi olmaları gerek doktrin ve gerek mevzu hukukça tanınmıştır.

Mahkemelerin içtihatları :

Umumî harpten sonra gemi donatan devletler aleyhine ikame olunan dâvalar muhtelif memleketlerde muhtelif suretlerde halledilmiştir.

Mısır hidiviyetine mensup şarkiye namında bir vapur yüzünden çıkan bir dâvayı küçük İngiliz mahkemesi kazai muafiyet itirazına rağmen rüyet etmiş ve büyük mahkemeler dâvayı reddetmişlerdir. Kezalik Belçika kralının malı olup evvelce posta hizmetlerinde bulunan ve sonraları hususî nakliyatta kullanılan parlement belge namındaki vapurun müsademesinden çıkan dâvayı küçük mahkemeler rüyet ettiği halde büyük mahkeme dâvada ademi salâhiyet kararı vermiş ve bu karar sonraki İngiliz mahkemeleri içtihatlarına esas teşkil etmiştir.

Şimalî Amerika birleşik devletlerinde de mahkemeler (umumî harpten sonra bir İtalyan vapuru ve bizim Gülcemal müstesna) bu gemiler yüzünden çıkan dâvalarda ecnebi devletlerin kazai muafiyetten istifade edeceklerine karar vermişlerdir. Son zamanlarda İsveç temyiz mahkemesinin Norveç gemileri hakkında verdiği kararda kazai muafiyeti temin etmiştir. Almanya ve Fransa mahkemeleri de bu gemilerden çıkan dâva-

larda ecnebi devletlerin kazai muafiyetlerine karar vermişlerdir. Bilâkis Belçika mahkemeleri İtalya mahkemelerinin içtihatlarına uyarak ecnebi devletlerin kazai muafiyetten istifade edemiyeceklerine karar vermişlerdir. Evvelce de mevzubahis ettiğimiz 1926 Bürüksel mukavelesi birinci maddesinde devletler tarafından ticarî maksatlarda kullanılan gemilerin efrat, tarafından temellük edilen gemiler gibi muameleye tabi olacaklarını tasrih etmiştir. Mukavelede haciz meselesinden bahsedelmediği için hukuku düvel enstitüsü 1928 de Istokholm içtimaında bu meseleyi halle karar vermiş ve (ticarî bir hizmet ifa eden devlet gemilerinin bu hizmete müteferri borçlardan dolayı haciz ve tevkif olunabileceğini) kabul etmiştir.

Devletlere ait hamulelerin tabi olacağı muameleye gelince:

Mukavele hükümlerine göre eğer hamule haczi kabil olmıyan bir gemi ile naklolunuyor ise muafiyetten istifade eder. Şayet hususî bir vapur ile naklonuyorsa meskûr muafiyetten müstefit olamaz. Şurası da bilinmelidir ki eski hukuku düvel ahkâmına nazaran büyük bir terakki sayılan Bürüksel mukavelesi devletlerce tasdik edilmemiş ve binaenaleyh meriyete girmemiştir.

Son olarak hukuku düvel enstitüsünün evvelce zikrolunan 1928 İstokholm içtimaının son bir kararından bahsedelim: bu karar mucibince devlet malı olan veya devlet tarafından toptan isticar veya istimval edilmiş bulunan ve ticarî bir hizmet yapan gemiler ecnebi limanlarda bulundukları takdirde limanın tabi olduğu devletin millî kanunları ve halen mevcut ve âtiyen akdolunacak mukaveleler ahkâmı mahfuz olmak şartile efradın mülkiyetinde bulunup ticarî ve Hükümete gayrı mütaallik bir hizmet ifa eden gemilerin tabi oldukları muamelenin aynına tabi olacaklardır.

Bu gemiler ifa ettikleri hizmete müteferri borçlar için haciz ve tevkif muamelelerine tabi olacaklardır. Şurası da unutulmamalıdır ki hukuku düvel enstitüsünün kararları ilmî mahiyette birer temenniden ibarettir.

Hukuku Düvel enstitüsünün mukarreratı

Hukuku Düvel enstitüsü 1891 tarihli Hamburg içtimaında kazaî muafiyet hakkında şu kararları vermiştir:

343

Madde 2

1 — Evvelâ memleket dahilinde bulunan menkul veya gayri menkul emvalin mülkiyetine veye tasarrufuna dair olan dâvalar.

2 — Saniyen ecnebi bir devletin mahalli tebaadan birinin varisi musalihi sıfatile veyahut memlekette açılan bir mirasta alâkadar sıfatile ikame edeceği dâvalar.

3 — Salisen ecnebi bir devlet tarafından memleket dehilinde kurulan bir ticarî veye sınaî müessese veyahut işleyen bir yere müteferri olan dâvalar.

4 — Rabian ecnebi devletin mahalli mahkemenin salâhiyetini sarahaten kabul ettiği dâvalar.

5 — Hamisen ecnebi devlet tarafından memleket dahilinde akdolunan mukavelelerden çıkan dâvalar.

6 — Sadisen memleket dahilinde vaki olmuş bir cürüm veya şibih cürümden mütevellit zarar ve ziyan dâvaları mesmudur.

Müddeinin memur sıfatile ikame ettiği dâvalar da dahil olmak üzere hâkimiyet muamelelerinden (tasarruflarından) çıkan dâvalar ve ecnebi devlet tarafından tahvilât ihracı ve emisyon suretile akdolunan istikrazlara mütaallik dâvalar mesmu değildir. Yine hukuku düvel enstitüsü 1928 de Istokholmdaki içtimaında devlet gemileri için şu kararları vermiştir:

Devlet malı olan veya devlet tarafından toptan isticar veya istimval edilmiş bulunan ve ticarî bir hizmet yapan gemiler ecnebi limanlarda bulundukları takdirde limanın tâbi olduğu devletin mahallî kanunlarını ve halen mevcut ve âtiyen akdolunacak olan mukaveleler ahkâmı mahfuz olmak şartile efradın mülkiyetinde bulunup ticarî ve hükümete gayri müteallik bir hizmet ifa eden gemilerin tâbi oldukları muamelelerin aynına tâbi olacaklardır. Birinci fıkrada beyan olunan devlet gemileri ifa ettikleri hizmete müteferri borçlar için haciz ve tevkif muamelelerine tâbidirler.

Bizi alâkadar eden dâvalar

(1) — 1876 Senesinde Almanyadaki Krup fabrikasına Hükümetimizin

ısmarladığı toplara anvers limanında hükümetten alacağı olan bir belçikalı tarafından haciz konulmuştu. O zaman Brükselde sefirimiz bulunan Etien Karateodori efendinin müracaatı üzerine bu haciz fekolundu.

(2) — İstanbul Belediyesi Romanyaya un sipariş etmiş idi. Umumî harp devam ediyordu. Unlar Kalas'dan vapura bindirildiği sırada İstanbulda emvaline tekâlifi harbiye suretile vaziyet olunan bir Romanyalı tarafından haczettirildi. Ve ikame olunan dâvada mahkeme, devletimizin hâkimiyet fiillerinden olan istimval muamelesini tetkika kendisini salâhiyettar addederek aleyhimize karar verdi.

(3) İtalyadaki Ansaldo faprikasına Dramalılar tarafından teberrü olunan paralar ile bir kravözör ısmarlamıştık. Fabrika aleyhimize bir dâva açtı. Ve mahkeme yine hâkimiyet fiillerinden olan kravözör siparişi muamelesini tetkika kendisini salâhiyettar addetti. Fakat sonra İtalya ve Balkan muharebeleri ve harbı umumî çıktığı için İtalya, kravözörü teslim etmedi. Ancak Cümhuriyetin teessüsünden sonra mesele sulhan tesviye olundu.

(4) — Harbı umumî esnasında askerî mübayaat için Berline bir heyet gönderilmiş ve bu heyetin emrine Berlin bankalarına mevduat yapılmıştı. Alman fabrikaları hükümetimiz aleyhine dâvalar açmışlar ve Alman ihtilâflar mahkemesi eski içtihatlarının hilâfına olarak bu dâvaları rüyet ve aleyhimize hükümler isdar etmiştir.

(5) Tazmniat Maliye nazırları ünvanile bir kitap neşreden bay Zeki Pakalın 1874 senesinde Hükümetimizin Comptoir d'Esconpte bankası aleyhine bir dâva açtığı ve o dâvada mahkemenin banka lehine karar verdiği yazılı ise de Fransız mahkeme mukarreratını ihtiva eden ve burada bulunan mecmualarda bu ilâmın suretini bulmak kabil olamamıştır.

351

Sovyetlerden Çıkan İhtilâflar

Malûmdur ki Sovyetlerin teşekkülünü diğer devletler tanımadılar. Fakat onlarla ikdisadî münasebetlere girişmektende hâlî kalmadılar. Yani tanımayışları hukukî bakımdan idi. Yoksa filî tanıma vardı. Ondan sonra hukukî tanıma da vâki oldu. Şu halde bunların vaziyetlerini üç devreye taksim etmek doğru olur :

1 — Hukukî tanımanın henüz vaki olmadığı devre,

2 — Hukukî tanıma devresi,

3 — Ahdî rejim devresi,

Birinci devrede devletler Sovyetleri tanımadıkları için mahkemeler Sovyet kanunlarının tatbikatını bertaraf etmişler ve bu kanunlara müsteniden yapılan ukut ve mukaveleleri ve hususile mülkiyetin nez'i hakındaki icraatı iptâl etmişlerdir. Müstesna olarak şimalî Amerika birleşik devletlerinin mahkemeleri ve İsviçre mahkemeleri tanıma muamelesinin bir siyasî iş olduğunu ve bunun hükümetin varlığına tesir etmiyeceğini beyan eyleyerek Sovyetlerin muamelelerinin sıhhatine kail olmuşlardır.

İkinci devre hukukî tanıma devresi. Bu devrede mahkemeler Sovyetlerin varlığını hükûmetlerce tanınmış olduğunu nazarı itibara alarak bunların gerek dahilde ve gerek hariçteki ukut ve muameleleri mûteber olduğunu karar altına alınmıştır.

kazaî muafiyete gelince : Fransız mahkemelerinin bu devredeki içtihatlarından ticarî muameleler için kazaî muafiyet kabul etmedikleri anlaşılmaktadır. Bu devrede dikkate şayan olan mesele Sovyetlerin mülkiyetin nez'i hakkında yaptıkları kanunlar ve bunların içraatından çıkan dâvalardır.

Mahkemeler bu kanunların da bir devletin dahilî hakimiyetine müsteniden yaptığı kanunlar olduğunu ve o kanunlara dayanarak devletin ittihaz eylediği tedbirleri tetkik ve muhakemeye ecnebi mahkemelerin salâhiyeti olmadığını karar altına almışlardır. Müstesna olarak Fransız mahkemeleri diğer mahkemelerin içtihatları hilâfına olarak o muamelelerin butlanına dair kararlar vermişlerdir.

Ahdî rejim devresi

Sovyetlerin hem ticaret ile iştiğal etmelerini hem de kazaî muafiyetten istifade eylemelerini diğer devletlerin kabul etmeleri mümkün olmadığından Sovyetler, vaziyetlerini akteyledikleri ticaret muahedelerile tayin etmek mecburiyetinde kalmışlardır. Bu muahedelerle Sovyetler şu iki prensipi yani (1) ticaret mümessilliklerinin yaptıkları ticarî muamelelerden mesul olduklarını (2) ancak ticaret mümessilliklerinden başka organların yaptıkları muamelededen mesul bulunmadıklarını kabul etmişlerdir. Bundan başka mukavelelerle mahalli mahkemelerin salâhiyetli oldukları dâvalar için her nevi icra muamelelerine girişilebileceğini de kabul etmişlerdir.

Bir de son zamanlarda Sovyetler mahalli mahkemelere müracaattan ise ihtilâflarını hakem yolile hal etmeyi müreccah görmektedirler. Bunun için tip mukaveleler akdetmektedirler.

Netice itibarile Sovyetlerin vaziyeti hülâsa edilmek lâzım gelirse şu neticeler çıkar:

Sovyetlerin teşekkülü evvelce hükümetlerce hiç tanınmamış bilâhara filen ve daha sonraları hukukan tanınmış ve haricî ticaret rejimleri devletler tarafından az çok tam bir surette kabul edilmiş ve hatta bu ticaretin inkişafı için malî yardımlar yapılmıştır.

353

Bibliographie

Profesör
M. Nusret Metya

Rektör Cemil Bilsel	—	Devletler Hukuku Cilt — 1 — Giriş
Gide	—	Le Droit International de la mer Cilt 1, 2.
Van Prag	—	La Juridication et le Droit International
Staupvitzki	—	Statu International de l'U.R.S.S. Etat Commerçant

354

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
8/7/942	18352	349	17/7/42	5160
1/7/942	18228	354	7/7/42	5151
27/6/42	18214	355	2/7/42	5147
8/7/42	18353	356	17/7/42	5160
8/7/42	18354	357	16/7/42	5159
8/7/42	18256	358	18/7/42	5161
8/7/42	18257	361	18/7/42	5161
15/7/42	18364	365	17/7/42	5160
15/7/42	18365	366	17/7/42	5160
22/7/42	18385	369	25/7/42	5167
23/7/42	18386	370	25/7/42	5167
23/7/42	18387	371	25/7/42	5167
23/7/42	18388	372	25/7/42	5167

Resmî Gazete ile Neşrolunan Temyiz M. tevhidi içtihat kararları

Kararın Tarihi	No. su	Resmî Gazetenin Tarihi	No. su	Özü :
18/3/942	E. 37 / K. 6	6/7/942	5150	İcarın yenilenmesinden mütevellit iddialar ait olduğu mahkemede ispat edilinceye kadar icranın tehiri icap edeceğine dair
15/4/942	E. 14 / K. 9	6/7/942	5150	Şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı mümeyyiz küçüklerin dâva ve şikâyet hakkına malik olduklarına dair.

larda ecnebi devletlerin kazai muafiyetlerine karar vermişlerdir. Bilâkis Belçika mahkemeleri İtalya mahkemelerinin içtihatlarına uyarak ecnebi devletlerin kazai muafiyetten istifade edemiyeceklerine karar vermişlerdir. Evvelce de mevzubahis ettiğimiz 1926 Bürüksel mukavelesi birinci maddesinde devletler tarafından ticarî maksatlarda kullanılan gemilerin efrat, tarafından temellük edilen gemiler gibi muameleye tabi olacaklarını tasrih etmiştir. Mukavelede haciz meselesinden bahsedelmediği için hukuku düvel enstitüsü 1928 de Istokholm içtimaında bu meseleyi halle karar vermiş ve (ticarî bir hizmet ifa eden devlet gemilerinin bu hizmete müteferri borçlardan dolayı haciz ve tevkif olunabileceğini) kabul etmiştir.

Devletlere ait hamulelerin tabi olacağı muameleye gelince:

Mukavele hükümlerine göre eğer hamule haczi kabil olmıyan bir gemi ile naklolunuyor ise muafiyetten istifade eder. Şayet hususî bir vapur ile naklonuyorsa meskûr muafiyetten müstefit olamaz. Şurası da bilinmelidir ki eski hukuku düvel ahkâmına nazaran büyük bir terakki sayılan Bürüksel mukavelesi devletlerce tasdik edilmemiş ve binaenaleyh meriyete girmemiştir.

Son olarak hukuku düvel enstitüsünün evvelce zikrolunan 1928 İstokholm içtimaının son bir kararından bahsedelim: bu karar mucibince devlet malı olan veya devlet tarafından toptan isticar veya istimval edilmiş bulunan ve ticarî bir hizmet yapan gemiler ecnebi limanlarda bulundukları takdirde limanın tabi olduğu devletin millî kanunları ve halen mevcut ve âtiyen akdolunacak mukaveleler ahkâmı mahfuz olmak şartile efradın mülkiyetinde bulunup ticarî ve Hükümete gayrı mütaallik bir hizmet ifa eden gemilerin tabi oldukları muamelenin aynına tabi olacaklardır.

Bu gemiler ifa ettikleri hizmete müteferri borçlar için haciz ve tevkif muamelelerine tabi olacaklardır. Şurası da unutulmamalıdır ki hukuku düvel enstitüsünün kararları ilmî mahiyette birer temenniden ibarettir.

Hukuku Düvel enstitüsünün mukarreratı

Hukuku Düvel enstitüsü 1891 tarihli Hamburg içtimaında kazaî muafiyet hakkında şu kararları vermiştir:

357

Madde 2

1 — Evvelâ memleket dahilinde bulunan menkul veya gayri menkul emvalin mülkiyetine veye tasarrufuna dair olan dâvalar.

2 — Saniyen ecnebi bir devletin mahalli tebaadan birinin varisi musalihi sıfatile veyahut memlekette açılan bir mirasta alâkadar sıfatile ikame edeceği dâvalar.

3 — Salisen ecnebi bir devlet tarafından memleket dehilinde kurulan bir ticarî veye sınaî müessese veyahut işleyen bir yere müteferri olan dâvalar.

4 — Rabian ecnebi devletin mahalli mahkemenin salâhiyetini sarahaten kabul ettiği dâvalar.

5 — Hamisen ecnebi devlet tarafından memleket dahilinde akdolunan mukavelelerden çıkan dâvalar.

6 — Sadisen memleket dahilinde vaki olmuş bir cürüm veya şibih cürümden mütevellit zarar ve ziyan dâvaları mesmudur.

Müddeinin memur sıfatile ikame ettiği dâvalar da dahil olmak üzere hâkimiyet muamelelerinden (tasarruflarından) çıkan dâvalar ve ecnebi devlet tarafından tahvilât ihracı ve emisyon suretile akdolunan istikrazlara mütaallik dâvalar mesmu değildir. Yine hukuku düvel enstitüsü 1928 de Istokholmdaki içtimaında devlet gemileri için şu kararları vermiştir:

Devlet malı olan veya devlet tarafından toptan isticar veya istimval edilmiş bulunan ve ticarî bir hizmet yapan gemiler ecnebi limanlarda bulundukları takdirde limanın tâbi olduğu devletin mahallî kanunlarını ve halen mevcut ve âtiyen akdolunacak olan mukaveleler ahkâmı mahfuz olmak şartile efradın mülkiyetinde bulunup ticarî ve hükümete gayri müteallik bir hizmet ifa eden gemilerin tâbi oldukları muamelelerin aynına tâbi olacaklardır. Birinci fıkrada beyan olunan devlet gemileri ifa ettikleri hizmete müteferri borçlar için haciz ve tevkif muamelelerine tâbidirler.

Bizi alâkadar eden dâvalar

(1) — 1876 Senesinde Almanyadaki Krup fabrikasına Hükümetimizin

358

ısmarladığı toplara anvers limanında hükümetten alacağı olan bir belçikalı tarafından haciz konulmuştu. O zaman Brükselde sefirimiz bulunan Etien Karateodori efendinin müracaatı üzerine bu haciz fekolundu.

(2) — İstanbul Belediyesi Romanyaya un sipariş etmiş idi. Umumî harp devam ediyordu. Unlar Kalas'dan vapura bindirildiği sırada İstanbulda em valine tekâlifi harbiye suretile vaziyet olunan bir Romanyalı tarafından haczettirildi. Ve ikame olunan dâvada mahkeme, devletimizin hâkimiyet fiillerinden olan istimval muamelesini tetkika kendisini salâhiyettar addederek aleyhimize karar verdi.

(3) İtalyadaki Ansaldo faprikasına Dramalılar tarafından teberrü olunan paralar ile bir kravözör ısmarlamıştık. Fabrika aleyhimize bir dâva açtı. Ve mahkeme yine hâkimiyet fiillerinden olan kravözör siparişi muamelesini tetkika kendisini salâhiyettar addetti. Fakat sonra İtalya ve Balkan muharebeleri ve harbı umumî çıktığı için İtalya, kravözörü teslim etmedi. Ancak Cümhuriyetin teessüsünden sonra mesele sulhan tesviye olundu.

(4) — Harbı umumî esnasında askerî mübayaat için Berline bir heyet gönderilmiş ve bu heyetin emrine Berlin bankalarına mevduat yapılmıştı. Alman fabrikaları hükümetimiz aleyhine dâvalar açmışlar ve Alman ihtilâflar mahkemesi eski içtihatlarının hilâfına olarak bu dâvaları rüyet ve aleyhimize hükümler isdar etmiştir.

(5) Tazmniat Maliye nazırları ünvanile bir kitap neşreden bay Zeki Pakalın 1874 senesinde Hükümetimizin Comptoir d'Esconpte bankası aleyhine bir dâva açtığı ve o dâvada mahkemenin banka lehine karar verdiği yazılı ise de Fransız mahkeme mukarreratını ihtiva eden ve burada bulunan mecmualarda bu ilâmın suretini bulmak kabil olamamıştır.

Sovyetlerden Çıkan İhtilâflar

Malûmdur ki Sovyetlerin teşekkülünü diğer devletler tanımadılar. Fakat onlarla ikdisadî münasebetlere girişmektende hâlî kalmadılar. Yani tanımayışları hukukî bakımdan idi. Yoksa filî tanıma vardı. Ondan sonra hukukî tanıma da vâki oldu. Şu halde bunların vaziyetlerini üç devreye taksim etmek doğru olur :

1 — Hukukî tanımanın henüz vaki olmadığı devre,

2 — Hukukî tanıma devresi,

3 — Ahdî rejim devresi,

Birinci devrede devletler Sovyetleri tanımadıkları için mahkemeler Sovyet kanunlarının tatbikatını bertaraf etmişler ve bu kanunlara müsteniden yapılan ukut ve mukaveleleri ve hususile mülkiyetin nez'i hakındaki icraatı iptâl etmişlerdir. Müstesna olarak şimalî Amerika birleşik devletlerinin mahkemeleri ve İsviçre mahkemeleri tanıma muamelesinin bir siyasî iş olduğunu ve bunun hükümetin varlığına tesir etmiyeceğini beyan eyleyerek Sovyetlerin muamelelerinin sıhhatine kail olmuşlardır.

İkinci devre hukukî tanıma devresi. Bu devrede mahkemeler Sovyetlerin varlığını hükûmetlerce tanınmış olduğunu nazarı itibara alarak bunların gerek dahilde ve gerek hariçteki ukut ve muameleleri mûteber olduğunu karar altına alınmıştır.

kazaî muafiyete gelince : Fransız mahkemelerinin bu devredeki içtihatlarından ticarî muameleler için kazaî muafiyet kabul etmedikleri anlaşılmaktadır. Bu devrede dikkate şayan olan mesele Sovyetlerin mülkiyetin nez'i hakkında yaptıkları kanunlar ve bunların içraatından çıkan dâvalardır.

Mahkemeler bu kanunların da bir devletin dahilî hakimiyetine müsteniden yaptığı kanunlar olduğunu ve o kanunlara dayanarak devletin ittihaz eylediği tedbirleri tetkik ve muhakemeye ecnebi mahkemelerin salâhiyeti olmadığını karar altına almışlardır. Müstesna olarak Fransız mahkemeleri diğer mahkemelerin içtihatları hilâfına olarak o muamelelerin butlanına dair kararlar vermişlerdir.

Ahdî rejim devresi

Sovyetlerin hem ticaret ile iştiğal etmelerini hem de kazaî muafiyetten istifade eylemelerini diğer devletlerin kabul etmeleri mümkün olmadığından Sovyetler, vaziyetlerini akteyledikleri ticaret muahedelerile tayin etmek mecburiyetinde kalmışlardır. Bu muahedelerle Sovyetler şu iki prensipi yani (1) ticaret mümessilliklerinin yaptıkları ticarî muamelelerden mesul olduklarını (2) ancak ticaret mümessilliklerinden başka organların yaptıkları muamelededen mesul bulunmadıklarını kabul etmişlerdir. Bundan başka mukavelelerle mahalli mahkemelerin salâhiyetli oldukları dâvalar için her nevi icra muamelelerine girişilebileceğini de kabul etmişlerdir.

Bir de son zamanlarda Sovyetler mahalli mahkemelere müracaattan ise ihtilâflarını hakem yolile hal etmeyi müreccah görmektedirler. Bunun için tip mukaveleler akdetmektedirler.

Netice itibarile Sovyetlerin vaziyeti hülâsa edilmek lâzımgelirse şu neticeler çıkar:

Sovyetlerin teşekkülü evvelce hükümetlerce hiç tanınmamış bilâhara filen ve daha sonraları hukukan tanınmış ve haricî ticaret rejimleri devletler tarafından az çok tam bir surette kabul edilmiş ve hatta bu ticaretin inkişafı için malî yardımlar yapılmıştır.

36 (

Bibliographie

Profesör
M. Nusret Metya

Rektör Cemil Bilsel	—	Devletler Hukuku Cilt — 1 — Giriş
Gide	—	Le Droit International de la mer Cilt 1, 2.
Van Prag	—	La Juridication et le Droit International
Staupvitzki	—	Statu International de l'U.R.S.S. Etat Commerçant

3652

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
8/7/942	18352	349	17/7/42	5160
1/7/942	18228	354	7/7/42	5151
27/6/42	18214	355	2/7/42	5147
8/7/42	18353	356	17/7/42	5160
8/7/42	18354	357	16/7/42	5159
8/7/42	18256	358	18/7/42	5161
8/7/42	18257	361	18/7/42	5161
15/7/42	18364	365	17/7/42	5160
15/7/42	18365	366	17/7/42	5160
22/7/42	18385	369	25/7/42	5167
23/7/42	18386	370	25/7/42	5167
23/7/42	18387	371	25/7/42	5167
23/7/42	18388	372	25/7/42	5167

Resmî Gazete ile Neşrolunan Temyiz M. tevhidi içtihat kararları

Kararın Tarihi	No. su	Resmî Gazetenin Tarihi	No. su	Özü :
18/3/942	E. 37 K. 6	6/7/942	5150	İcarın yenilenmesinden mütevellit iddialar ait olduğu mahkemede ispat edilinceye kadar icranın tehiri icap edeceğine dair
15/4/942	E. 14 K. 9	6/7/942	5150	Şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı mümeyyiz küçüklerin dâva ve şikâyet hakkına malik olduklarına dair.