ADLİYE CERİDESİ

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuz dördüncü sene
11 inci sayı

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi
1943

İÇİNDEKİLER

No.		Sayfa No
72	**Borç ödemekten aciz vesikası** ..... *(Yazan : Dr. K. Fikret Arık)*	939
73	**Ceza Hukukunda ehliyet ve mesuliyet** ..... *(Yazan : Hamdi Öner) Ankara sulh hâkimi*	954
74	**Türk medeni kanununda karı ve kocaya terettüp eden hak ve vecibeler** ..... *(Yazan: Dr. Zahid Çandarlı) Ankara hâkim muavinlerinden*	972
75	**Evlenme vadiyle kızlık bozma suçları ve temyiz içtihadı üzerinde inceleme**..... *(Yazan: Şahap Gürsel) Eskişehir C. M. U. Muavini*	978
76	**Mukavele mevzuunun imkânsızlığı ve butlan** *(Yazan : Şükrü E. Postacıoğlu)*	981
77	**Kız kaçırma suçu ve ceza siyaseti** ..... *(Yazan : Rıfkı Eser) Devrek Hâ. M.*	991
78	**Yeni çıkan eserler**..... *(Yazan : K. F. A.)*	994
79	**Bibliyografya**..... *(Yazan : Kâzım Dereli)*	1002
78	**İstimlâk mevzuatımız ve tatbikatımız üzerinde bazı düşünceler**..... *(Konferansı veren : Sıddık Sami Onar) Ord. Prof.*	1008
	Temyiz mahkemesi karar sureti	1024
	Resmî Gazetede neşredilen Koordinasyon Heyeti kararları	1025

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

No: 72

Borç Ödemekten Aciz Vesikası

Yazan :
Dr. K. Fikret A R I K

Plan :

A. Giriş

I — Takip nasıl sona erer.

II — Aciz vesikası tanzim şartları

III — Aciz vesikasının muhtevası

IV — Aciz vesikası nedir'

V — Aciz vesikasının hükümleri

B. Tahsil edilmiyen meblâğın tesbiti

I — Aciz vesikasının doğurduğu hükümler.

II — Aciz vesikası ve tecdit.

III — Aciz vesikası ve alacak muhtevasının tebeddülü.

C. Alacaklıya verdiği kolaylıklar:

I — Borç ikrarı olarak aciz vesikası

II — Alacağın müruru zamana tâbi olmaması

Ç. Borçluya temin ettiği himaye:

I — Faiz borcundan kurtulma

II — Yeniden mal iktisap edilmemesinden mütevellit defi.

a — Mal iktisabı ne demektir.

b — Bu def'in menşe ve esası

c — Bu def'in hukuki mahiyeti.

A. Giriş. [1]

I. — Takibin sona ermesi.

[1] Bibliyoğrafya: *Favre*: De l'acte de défaut de biens. (Bu yazıda bilhassa bu makaleden istifade edilmiştir) 1931.—*Jaeger*: Commentaire de la LP. 1920 — 1925. *S. Ş. ANSAY*: İcra ve iflâs hukuku. 1935—1942. *Federal mahkeme kararları*.

485

Umumiyetle her icra takibi bir takip talebile başlar. Borçlunun borcunu ödemesi veya mallarının paraya çevrilmesiyle elde edilen paranın alacaklıya teslimi ile sona erer.

Fakat borçlunun malları alacaklıyı tatmine kâfi gelmiyebilir. Bu takdirde borçlunun malı bulunmadığı, yani aczi resmen tesbit olunur. Borçlunun aczi muhtelif suretlerle tezahür eder:

A. Takip haciz yoluyla yapıldığı takdirde aşağıdaki durumlar hasıl olabilir:

a) Borçlunun haczi caiz malı bulunmadığı anlaşılır. Bu takdirde haciz zabıt varakası aciz vesikası mahiyetini alır. (143, 115/1). [2]

b) Borçlunun haczi caiz malları icra dairesinin takdirine göre borcu ödemiye kâfi değildir. Bu takdirde haciz vesikası muvakkat aciz vesikası mahiyetini alır ve alacaklıya iptal dâvası açmak salâhiyetini verir. [3]

c) İcra muamelesi sona ermiştir; Lâkin alacaklı tamamile tatmin edilmemiştir. Alacaklıya kendisine ödenmemiş bulunan miktarı tesbit eden bir aciz vesikası verilir.

B. Takip iflâs yoluyla yapıldığı zaman borçlunun malları borcu ödemiye yetmediği takdirde daima *kat'i* bir aciz vesikası tanzim olunur. Bununla beraber, masaya ait hiç bir mal bulunmazsa iflâs dairesi tasfiyenin tatiline karar verir, ancak alacaklılar on gün içinde masrafları peşin vermek suretile iflâsa mütaâllik muamelelere devam edilmesini isteyebilir. [4] Tasfiyenin tatili halinde aciz vesikası verilmez; Bu vesika ancak takibin sonunda tanzim olunur.

C. Haciz neticesinde verilen aciz vesikasını hususi bir aciz vesikası olan *rehnin yetmemesi vesikası* ile karıştırmamak lâzımdır. (Bak: m. 152) Filhakika, rehin, satış istiyenin alacağına derece itibarile rüçhanı olan diğer rehinli alacaklıların mecmuundan fazla bir bedel ile alacaklı çıkmamasından dolayı satılamaz. Veya satılıp ta tutarı takip olunan alacak yetmezse alacaklı bütün veya geri kalan alacak için bir vesika verilir.

II — Aciz Vesikası Tanzimi İçin Gerekli Şartlar.

Biraz önce verilen izahattan bir aciz vesikası verilmesini mucip şartların neler oldugu anlaşılmaktadır. Bu şartlar şu surette ifade edilebilir:

a) Aciz vesikası münferit takipte bulunan veya iflasa iştirak eden alacaklıya verilir;

[2] Ayrıca sarahat olmıyan yerlerde maddeler icra ve iflâs kanunumuza aittir.

[3] 105/2, 277/2. Muvakkat aciz vesikası İsviçrede ihtiyatî haciz istemek salâhiyetini de verir: 275/1 Bizde ihtiyatî haciz yolu isviçreye nazaran daha geniştir.

[4] m. 277

b) Takip ve paraya çevirme muamelesinin sona ermiş olması lâzımdır.

c) Alacaklı tamamen veya kısmen tatmin edilmemiş olmalıdır.

III — Aciz Vesikasının Muhtevası.

Aciz vesikası, takip muamelesi neticesinde alacaklının tamamen tatmin edilmediği hususunun resmî bir vesikada tesbiti demektir. Bu vesikada alacaklı, borçlunun hüviyeti ile iflâs ve paylaştırma muamelesinin sonucu gösrilmiştir. Bundan başka, iflâs masasına, kabul edilen miktar, ödenen veya ödenmeyen alacak miktarları, müflisin itiraz edip etmediği de yazılır.

IV — Aciz Vesikası Nedir?

İsviçrede Federal Mahkeme müteaddit kararlarında aciz vesikasını tarif etmek fırsatını bulmuştur. 15/Mart/1904 tarihli kararında «borç ödemeden aciz vesikası kıymetli evrakdan madut değildir. Sadece takip zabıt varakasının hülâsasından ibaret bir vesikadır» demişti. [5] Daha sonra 1/Temmuz/926 tarihli bir kararında düşüncesini şu surette bildirmiştir: «Borçlunun cebri icraya tâbi tutulan malları tutarının alacaklıyı tatmine yetmediği vakıasını belirten resmî bir vesikadır. Bizzat aciz vesikası ne borcun tecdidine, yani eski borç yerine yeni bir borcun doğmasına, nede eski borcun yanında yer alan ve müstakil mahiyette bir borca vicüt verir... Aciz vesikası, ödeme emri veya haciz zabıt varakası gibi sadece bir takip hukuku vesikesidır.» [6,7]

Federal mahkeme, başka bir münasebetle aciz vesikasının hususiyetlerini şöyle belirtmiştir: «İflâs yoluyle takipte aciz vesikasına esas teşkil eden alacak, borcun sükut sebeblerinden biri ile ortadan kalkmadıkca vakıdır. Bununla beraber aciz vesikasında tesbit edilen alacak müruru zamana uğramaması bakımından alacaklı lehine, borçluya karşı faiz işlemesi itibariyle alacaklının aleyhine bir durum hasıl eder. Takip hukuku bakımından, aciz vesikası bir iptal dâvası sebebidir. Ve borç müflis tarafından tanındığı takdirde 68 inci madde mucibince borç ikrarı mahiyetini alır. Bundan başka, borçlu mal iktisap etmedikçe hakkında yeniden takip muamelesinde bulunulamaz ve bu hususta zuhur eden ihtilâs seri muhakeme usulü ile karara rapt [9] olunur

V—Aciz Vesikasının Neticeleri.

İflâs yoluyle takip sonunda verilen aciz vesikasının neticelerini tâyin eden 251 maddeye göre aciz vesikası, esas itibariyle 143 de yazılı hakları

[6] RO 26/2 , Sahife 479.
[7] RO 52/3 , Sahife 128
[8] RO 35/2 , No. 88
[9] M 251

bahşeder. Yalnız iki noktada fark vardır: Bir kerre, iflâs neticesinde verilen aciz vesikasının bir borç ikrarı mahiyetini alabilmesi için borçlunun alacağı kabul eylemiş olması lâzımdır; Bundan başka müflis hakkında aciz vesikasına istinaden yen bir takip talebinde bulunabilmek lçin müflisin *mal iktisap* etmesi gerektir.

Acaba aciz vesikası takip hukuku ve medenî hukuk bakımından ne gibi neticeler doğurur?

A—Takip Hukuku Bakımından:

a) Aciz vesikası 68 de yazılı borç ikrarı mahiyetindedir. Ancak iflâs eden borclu borcu red eylemiş veya borç hakkında bir şey söylememiş ise aciz vesikası borç ikrarı mahiyetini alamamak lâzım gelir.

b) Alacaklıya iptal davası açmak hakkını verir. Bununla beraber federal mahkeme içtihadına göre iflâs neticesinde verilen bir aciz vesikasının hamili bulunan alacaklı, ancak iflâs dairesi tarafından kendisine yapılan temlike istinaden iptal dâvası açabilir. (245 ve 255 m·)

c) Haciz yoluyla takipte aciz vesikası alan alacaklı, acız vesikasını aldığı tarihten itibaren bir yıl (Bak: m. 143/3) içinde takibe teşebbüs ederse yeniden ödeme emri tebliğine lüzum yoktur. Buna mukabil, iflâs neticesinde verilen aciz vesikasına istinaden takip talebinde hiç bir zaman ödeme emri tebliğine hacet yoktur. 1907 tarihindenberi federal mahkeme bu fikre sadıktır. [10]. Esasen bu tefsir tarzı, borçlunun mamelekinin tamamını tasfiye gayesini güden iflâs müessesesi ile telifi kabil olan tek tefsir tarzıdır. Bu tasfiye o kadar tam ve külli olmalıdır ki, iflâs kapandıktan sonra, tasfiyeden hariç kalmış bulunduğu haber alınırsa iflâs dairesi bu mallara el koyup sattıktan sonra başka bir merasime hacet kalmaksızın bedelini, eksik alan alacaklılara sıralarına göre dağıtır. (Bak: m. 255). Ancak elinde aciz vesikası buluuan alacaklı müflis borçlunun yeniden mal iktisabı üzerine yeniden bir takipte bulunmak isterse bu takdirde yeniden takip talebinde bulunması icap eder. (251/3).

C) Medenî hukuk bakımından neticeler :

a) Borç, borçluya karşı müruru zamana uğramaz (m. 143).

b) Aciz vesiksında tesbit edilen borç için alacaklı borçludan faiz istiyemez (143).

c) Mal ayrılığı talebine hak verir, mal ortaklığının feshini talebe hak verir, müteveffa aleyhine kati aciz vesikası alınan füruğunu mahfuz hissesinin yarısından mahrum edebilir. (m. 460/1). İlâ.... [10]

[10] Aciz vesikası bizde âmme hukukundan mahrumiyeti mucip değildir. Bu itibarla aciz vesikasından mütevellit mahrumiyetlere medeni kanunumuzca yapılan telmihler mesnetsiz kalmış birer hüküm durumundadır.

Esas itibarile haciz neticesinde verilen aciz vesikasile iflâs neticesinde verilen aciz vesikası aynı neticeleri doğurur. İflâs neticesinde verilen acız vesikasının haciz neticesinde verilen aciz vesikasından ayrı neticeler doğurması iflâs müessesesinin küllî tasfiyeyi mucip bir yol olmasındandır.

Şimdi iflâs neticesinde tanzim edilen acız vesikasının, esas hukuk münasebetine icra eylediği tesiri tetkik edeceğiz. Bunun için aciz vesikasının borcu tesbit, ileride alacaklının yapacağı icra takibini kolaylaştırma ve borçluyu himayeye ait hükümlerini gözden geçireceğiz.

B. ÖDENMİYEN BORÇ MIKDARININ TESBİTİ

I. — Aciz vesikasının neticeleri

Aciz vesikası ödenmiyen borç mıkdarını tâyin ve tesbit etmekle *izharî* müteakip bir takibin hangi şartlarda yapılacağını tasrih etmekle *icraî* hükümler doğurur.

Bir aciz vesikası daima izharî neticeler hasıl eder: Bu vesika borçlunun cebri icraya tâbi mallarının paraya çevrildiğini binnetice borçlunun haczi caiz malları bulunduğunu, bu malların paraya çevrildiğini, ancak alacağın tamamını veya bir kısmının ödenmediğini, ödenmiyen alacak mıkdarını tesbit eder. Buna mukabil bir aciz vesikası her zaman icraî hükümler doğurmaz bunun için yeni bir takibin maddeten mümkün olması, yani acız vesikası verilmekle neticelenen takibata esas olan hukukî münasebetin, alacağın mevcut olması lâzımdır. Aksi takdirde aciz vesikası yeni bir takip ve icra muamelesi bakımından bir kıymet ifade etmez.

II. — Aciz vesikası ve tecdit

Aciz vesikası takibe mevzu teşkil eden borcun sukut ederek yerine yeni bir borcun doğması, yani borcu tecdit neticesini hasıl eder mi? Bu suale hayır demek icab eder. Borçlar kanununun 116. maddesi tecdidin karine yoluyla kabul edilemiyeceğini, hilâfına mukabele olmadıkça yeni bir borç senedi tanziminin tecdit sayılamıyacağını beyan etmektedir. Bu itibarla iflâs muamelesi zımnında iflâs idaresi tarafından tanzim edilen bir aciz vesikası, alacaklının esas borcu ibrağ arzusunu tazammun etmez. Elinde aciz vesikası bulunan bir alacaklı ileride alacağını aramak hakkından vaz geçmedikçe her zaman aciz vesikasına mesnet olan bu alacağa istinat edebilir.

143 üncü maddeye göre kefiller müşterek borçlular ve borcu tekeffül edenler aciz vesikasında yazılı mıkdar için ödedikleri faizden dolayı boçluya rücu edemezler.

(48)

Halbuki eğer aciz vesikası, tanzim edilmekle borcu tecdit etseydi kefillerin de esas borçtan ve faiz borcundan kurtulmaları icap ederdi. Haciz yoluyla takip neticesinde verilen aciz vesikası borçlunun borç ikrarını mutazammın olmıyabilir. Filhakika ilâmsız takipte bulunan alacaklıya karşı her hangi bir sebeple itirazda bulunmıyan veya itirazı reddedilen bir borçlu aleyhine neticede bir aciz vesikası tanzim edilmiş olabilir. Böyle bir vesikanın esas itibariyle tecdidi tazammun edemiyeceği açıkdır.

Buna mukabil iflâs yolunda malların paraya çevrilmesi safhasında borçlu borcu tanımak veya reddetmek zorundadır. Borcu reddettiği takdirde tecditden bahsedilemiyeceği aşikârdır. Borcu tanıdığı takdirde aciz vesikası borç ikrarı mahiyatini alır.(m. 68). Acaba bu takdirde aciz vesikası tecdit mahiyetini alırmı? Alacaklı ve borçlu sarih bir mukavele ile aciz vesikasında tesbit edilen borcun eski borç yerine kaim olduğunu kabul etmedikçe tecditten söz açılamaz. Esasen federal mahkeme 1926 yılında bu mealde bir karar vermiştir:« Borçluların borcu tanıdıklarına müteallik beyanlarının şumulünü, istihdaf ettikleri hususî alanın, yani takip alanının haricine teşmil etmemek lâzımdır. Bu beyanın borcun tecdidini tazammun etmediği açıkdır.»

III. — Aciz Vesikası Ve Alacağın Muhtevasının Tahavvülü.

Borç münasebeti değişikliğe uğramadan alacağın muhtevasının tebeddülü mümkündür:Taahhüt edilen edanın artması veya eksilmesi, eda mevzu yerine başka bir mevzu kaim olması gibi söylemiye hacet yokturki fer'i borçlar bu tahavvülden hiç bir suretle haleldar olmaz.[11]

58/3 Madde, talep edilen meblağın takip talebinde türk parasiyle gösterileceğini beyan etmektedir. Bu bir âmme intizame kaidesi ve tatbikatın suhuletle yürümesi için kabul edilen bir yoldur. Federal mahkeme diyor ki (58 inci maddenin 3 üncü fıkrasına göre yapılan tahvil de artık B. K. 82 fıkra 2 mucibince İsviçrede tediye edilecek bir borç hususunda borçluya verilen bir intihap selâhiyeti değil, ameli düşüncelerle alacaklıya yükletilen kanuni bir tahvil ameliyesi bahis mevzuudur. Kanun vazıı bu hükmü koymakla, tarafları bağlıyan hukuki münasebeti tadil etmek ve alakalıların yabancı parasiyle tesbit ettikleri bir borcu İsviçre parasiyle ifade edilen bir borçla yenilemek gayesini gütmüş değildir; borçlu sadece yabancı memleket parasiyle gösterilen borca tekabül eden ve İsviçre parasiyle ifade edilen meblâğı karşılamak üzere İsviçrede bulunan mallarına müracaat edilmesine katlanmak zorundadır.) [13]

[11] Bak: Von Tuhr, S. 573; Oser, No. 11, 2 b ad art 116
[12] Jdt. 1918 S. 5
[13] Ro 51/3 S. 180

Aynı karar şu ciheti de belirtmektedir: Borçlu, hasım tarafa tediye mahallinde, yabancı parasiyle gösterilen meblâğı, faizleri ve masrafları vermek suretile aleyhindeki takibe her zaman son verebilir.

Haciz yoluyla takibe taallûk eden bu hükümler kıyas yoluyla iflâs tarikile yapılan takibe de tatbik olunur. [14]

Burada şu sual sorulabilir: 198. ci madde mucibince yabancı memleket parasının Türk parasına tahvili keyfiyeti kat'i mahiyettemidir? yani aciz vesikası ile tesbit edilen alacağa karşı borçlu artık alacağın ilk muhtevasını ileri süremezmi? Bu mesele paranın değerini süratle kaybettiği devirlerde büyük bir önemi haizdir. 1/Temmuz/1927 tarihli federal mahkeme kararının mevzuunu teşkil eden hadisede 66137 Fransız Frankına baliğ olan bir borç bahis mevzuu idi. Bu borç 30625 İsviçre Frankına tekabül emekte idi ve bu meblâğ üzerinden bir aciz vesikası verilmişdi. Birkaç gün sonra alacaklı borcun Fransız frankı üzerinden ödenmesine itiraz ederek aciz vesikasında yazılı İsviçre Frankını istediği zaman Fransız Frankı mühim suretde düşmüş bulunuyordu. Federal mahkeme, borcunu Fransız Frankı üzerinden ödeyen borçlunun borcundan kurtulabileceğini kabul etti.

Jaeger 198 ve 251 ci maddelerin lafız ve ruhile uzlaşamaz bulduğu bu kararı tenkit etmektedir. Bu müellife göre, 198. maddeye uyğun olarak alacağın memleket parasına tahvili, yalnız icra bakımından değil lâkin ödenmemiş kalan meblâğın katî suretde tesbiti için de cari ve mer'idir.

Alelâde takipte borçlu tahvil muamelesine itiraz yoluyle muhalefet edebilir; İflâsda alacaklılar tarafından sıra cetveline itiraz suretiyle tahvil muamelesine muhalefet edilebilir.

Yabancı memleket parasiyle ifade edilen, lâkin Türk parasına çevrilen bir borcu tanıyan bir borçlu, Türk parasiyle gösterilen yeni bir borç mu deruhte etmiş sayılacaktır? Hayır, çünkü 251/1 re göre 230 uncu maddenin tatbikatı neticesinde vaki borç ikrarı takip hukuku alanlar münhasır hükümler hasıl eder. Çünkü aciz vesikası ancak 68 inci maddenin tatbikatında bir borç ikrarı mahiyetini haizdir. Bu suretle, elinde aciz vesikası bulunan alacaklı bu vesikaya istinaden yeni bir takipte bulunabilir. ve itiraz vukuunda aciz vesikası 68. m. mucibince borç ikrarı sayılarak itirazın ref'ine karar verilir. Bununla beraber, borçlu için mukavelede tesbit edilen para nev'i ile borcunu ödeyerek takipten kurtulmak imkânı daima mevcuttur. Bundan başka, borçlu tarafından yapılan ikrar borcunu Türk parasiyle ödemek hususunda ki bir kararını ifade etmekden ziyade takip muamelesinin mevzuu olan borcu tanımak arzusunu ifade eder.

[14] Jdt 14/Şubat/1924; Jaeger, art 211 No. 1;

Hülâsa bir yabancı memleket parasının Türk parasına tahvil edilerek aciz vesikasında tesbit edilmesi, maddi hukuk bakımından değil, yalnız takip hukuku bakımından neticeler doğurur.

C. ALACAKLIYA VERİLEN KOLAYLIKLAR.

I. — Borç İkrarı Olarak Aciz Vesikası.

Bir borç ifade eden senetlerin mahiyetleri başka başkadır. Bu senetler bazen alacaklının alacağını tahsil ettiğini gösteren bir isbat vasıtası (makbuz gibi), bazen müstakil hukuki neticeler hasıl eder. Hukuki muamele mahiyetindedir. Borç ikrarı (Borcu tanıma senedi) bu kabil senetlerdendir.

B. K. 17 inci maddede yazılı mücerret tediye vadi sadece alacaklı lehine bir isbat vasıtası değildir. Bu, hattı zatında bir akittir. Ahmed'in Mehmet hesabına bir iş gördüğünü ve Mehmed'in bir borç tanıma senedi imzaladığını farz edelim. Bu senet Ahmet'in hizmet akdinden doğan alacağı için bir beyyine değildir. Mehmedin borcunun ilk sebebi Ahmet tarafından yapılan hizmettir. Fakat bu sebep borcu tanımanın esas temeli değildir. Mehmet Ahmetde 100 lira ödemeyi vadettiği zaman ifade etmek istediği şey şudur: Yaptığınız iş için bundan böyle size 100 lira borçluyum. Bundan böyle bu fiyat üzerinde münakaşa etmiyelim; bu bedel kat'i ve nihayi surette tesbit edilmiştir. Bu suretle Ahmet artık hizmet akdi münasebetiyle değil de, mücerret borç vadi mucibince borçlanmayı kabul etmiştir. Demek oluyorki yeni borcun temeli borçlu tarafından (Esas illeti teşkil eden mukaveleden mücerret olarak) tediye etmek hususunda izhar edilen arzudur.

Mücerret borç senedi alacaklının iddiasını illetten tecrit ederek beyyine külfetini kolaylaştırır. Filhakika alacağını isbat ve tahsil için alacaklının mücerret borç senedini ibraz etmesi kâfidir.

Mücerret borç senedi, ifayi bu kadar kolaylaşdırdığından icra ve iflas kanunun ona imtiyazlı bir durum bahşetmiştir: Nitekim 68 inci maddeye göre borç ikrarına dayanarak takipte bulunan bir alacaklı itirazın muvakkaten ref'ini isteyebilir.

143 ve 251. maddeler aciz vesikasına, 68 inci madde tarafından borç tanıma senedine verilen hükümlere benzer hükümler izafe etmektedir. Bununla beraber,her iki madde de aciz vesikasının yalnız 68 inci maddenin tatbiki bakımından borç ikrarı (Borç tanıma senedi) mahiyetindedir.

Haciz neticesinde verilen aciz vesikası daima bir borç tanıma senedi mahiyetindedir. Çünkü borçlu aciz vesikasi verilmesine müntehi olan icra muameleleri esnasında borcun esası ve muacceliyeti bakımından itirazda bulunabilir. Kanunun kendisini korumak için verdiği itiraz vesaire gibi (M. 65, 69, 71, 72) imkân ve vasıtalara rağmen borçlunun bir harekette bulun-

maması bu vasıtalardan ferağat, hiç olmazsa zımnen, takibin haklı olduğunu kabul etmiş telâkki ediyor. 68, 72. Maddeler hükümlerinden anlaşılıyor ki, aleyhine aciz vesikası verilen borçlu Hâkime müracaatla hakkını tesbit ettirebilmek selâhiyetine maliktir. Demekki kanun aciz vesikasına borç ikrarı mahiyeti izafe etmekle beraber bu vesikaya maddi hukuk bakımından neticeler atfetmek istememiştir. İflâs bahsinde durum başkadır: Borçlu Masaya ibraz edilen her alacak hakkında mütalâa beyanına davet olunur (Bak: M. 230) alacaklarını tamamen tahsil edemiyen alacaklılar ödenmiyen kısım için bir aciz vesikası alırlar. Bu vesika da müflisin borcu kabul edip etmediği zikredilir. Ancak borçlu borcu kabul eylediği zaman aciz vesikası bir borç tanıma senedi gibi kabul olunacaktır. Ancak borçlunun borcu sarih surette tanımıyarak sükût etmesi aslâ bir tanıma telâkki edilemez. Borçlunun borcu tanıdığı kaydını ihtiva eden aciz vesikası icra hukuku bakımından bir senet teşkil etmeyip yeni bir takip esnasında alacaklıya borçlunun itirazını muvakkaten refettirmek salâhiyetini verir.

Fakat müflis tarafından borcu tanımanın mahiyeti nedir? Yani müflis tarafından yapılan bu tanıma(haciz neticesinde verilen aciz vesikası gibi) yalnız takip hukuku bakımından bir muamelemidir yoksa maddi hukuk bakımından bir borcu tanıma müamelesimidir? Borcun borçlu tarafından tanınması hadisesini bir hukuki muamele telâkki etmekten ziyade, iflâs idaresi tarafından temsil olunan alacaklı karşısında borcun mevcut olduğuna dair borçlu tarafından yapılan bir beyan gibi telâkki eylemek daha doğru olur.

Borçlunun borcu kabule mütâallik beyanı mahkemede vâki ikrara çok benzer. Mahkemede Müddeinin iddia ettiği alacağı kabul eden müddaaleyh esas itibarile, kabul eylediği Mikdarı ödemeye mahkûm edilir. Bu takdirde Hâkim Müddeinin hakkının maddeten sabit olup olmadığını araştırmakla mükellef değildir. Bununla beraber borçlunun bu kabulü bir medeni hukuk muamelesi olmayıp bir usul muamelesidir. İflâs esnasında vâki borcu tanımada dahi durum aynıdır: Müflis tarafından borcun kabul edilmesi, bir hukuki münasebetin doğrudan doğruya ihdasına tadiline veya ilgasına mâtuf bir muamele değildir. Borçlu borcu tanımakla alacaklıya iflâs esnasında hakkını aramak salâhiyetini vermiş sayılır. Esasen müflis borçlunun hangi şartla altında borcu tanıdığını düşünmek bu tanımanın medeni hukuk bakımından bir tanımadan ziyade bir takip muamelesi telâkki edilmesini icap ettirir. Filhakika her şeyin mahvolduğunu gören borçlu, daha ziyade haklarında duyduğu hislerin tesiri altında kalarak alacaklıların alacaklarını tanır veya red eder. Esasen 143 ve 251 ci maddeler metinleri açıkça beyan ediyorki aciz vesikası 68 ci maddenin tatbikinde bir borç ikrarı (Borç tanıma senedi) mahiyetindedir. Bu madde

ise borç ikrarının sadece usul bakımından alacaklıya temin ettiği kolaylıktan bahsetmektedir. Hülâsa bir müflis masaya ibraz edilen bir alacağı kabul eylediğini beyan ederse bunun tek bir mânası vardır: Borçlu mallarının *iflâs yoluyla tasfiyesi esnasında* alacaklıya tatmim edilmek hakkını tanımıştır.

Borcun habul edildiğini ifade eden bir aciz vesikasına hâmil bir alacaklı, sonradan yaptığı bir takip muamelesinde borçlunun itirazını reddettirebilir. Demek ki aciz vesikası alacağın hukuken mevcudiyeti hakkında bir karine teşkil eder. Ancak, aciz vesikası maddi hukuk bakımından bir tanıma teşkil etmediği için bu vesikaya istinaden itirazın ref'i üzerine borçlu tarafından açılan borçdan kurtulma dâvasında beyyine külfetine tesir etmez yani bu dâva da müddâaleyh durumunda bulunan aciz vesikası hamili alacaklı takibe sebep olan alacağı ısbat zorundadır. Elinde mücerret borç ikrarı (Borç tanıma senedi: B. K. 17) bulunan alacaklı sadece tediye vadinin vücudunu ısbat etmekle mükellef iken borçdan kurtulma dâvasında müddaaleyh durumunda bulunan alacaklı takibe sebep olan alacağı ısbat zorundadır. Aciz vesikası alacaklı lehine borcun mevcudiyeti hakkında sadece bir karine teşkil eder. Borçlu malik olduğu vasıtalarla bu karineyi hükümsüz bırakabilir. Ancak hukuki nizam alacağın mevcut olmadığı hakkında müsbet bir delil getirmeğe borçluyu icbar edemez. demek oluyorki, borçlu borcunu inkâr edince borcun mevcudiyet ve muacceliyetini ısbat alacaklıya düşer. Bununla beraber borçlu tediye, borcun ademi ifası . . . . gibi maddeten ısbatı mümkün hususi kurtuluş sebeplerini ileri sürerse, iddia ettiği sebeplerin vücudunu ısbat eylemek ana düşer; işin menşesine kadar gitmek ve aciz vesikasına rağmen, niçin borçlu olmadığını ısbat eylemek külfeti borçluya düşer .

Demekki; kanun borçdan kurtulma dâvasında aciz vesikasına, maddi hukuk bakımından bir borç ikrarı (Borç tanıma) kıymet ve mahiyetini izafe etmemiş, borcun mevcudiyeti hususunda kabul eylediği karine ile tarafların rolünü tebdil eylemiştir. Lâkin beyyine külfetinin tevziinde esas olan yalnız maddi hukuk şartlarıdır.

II. Alacağın Müruru Zamana Uğramaması.

Esas itibariyle bütün borçlar müruru zamana uğrar; borcun muaccel olduğu andan itibaren müruru zaman işlemeğe başlar. Müruru zaman müessesesinin dayandığı başlıca düşünceler şunlardır: Ticari muameleler ve hayat işlerin süratle tasfiyesini ister; Alacaklının uzun zamandanberi alâkadar olmadığı bir borçun tediye edilmiş olması çok mümkündür;

Borcun doğduğu tarihten beri delillerin kaybolması ihtimali olduğundan mahkemeleri bu kabil delilsiz dâvalarla işgal etmemek düşüncesi.

Müruru zaman borcu mutlak surette ortadan kaldırmaz, yalnız boçluya dâva hakkını çürütecek bir defi verir. Bu suretle borç tabii bir borç mahiyetini alır. Sükutu hak müddetinin aksine olarak, müruru zaman hâkim tarafından resen nazara alınamaz, Borç olmıyan şeyin iadesine matuf dâva (B. K. 62) müruru zamana uğrayan borç için bahis mevzuu olamaz. Böyle bir borcu müruru zamanın tamam olduğunu bilmeden tanıyan bir borçlu bu borçu ödemekle mükelleftir. Nihayet, takas mümkün olduğu bir zamanda müruru zamana uğramış olan bir alacak sonradan müruru zamana uğrasa da takas edilebilir.

Müruru zaman da sükutu hak müddeti gibi kanunun tesbit ettiği müddet içinde dâva açılmamış olmasının neticesidir. Fakat sükutu hak müddeti kat veya tadil edilemediği halde müruru zaman müddetini kat vaya tadil eden sebebler vardır.

Kanun her alacağın müruru zamana tâbi olması esasına bazı istisnalar koymuştur. Bu istisnalara en çok ayni haklar bahsinde rastlanır. İcra iflâs kanunu da bir aciz vesikasiyle tesbit olunan bir alacağın borçluya karşı müruru zamana uğramıyacağını tesbit etmektedir. Niçin? bir kere, müruru zaman borçların süratle ödenmesini temin gayasiyle kabul edilmiştir. Fakat borcu ödeyemiyeceği resmen tesbit edilen bir kimseye karşı alacaklıyı kısa müruru zaman müddeti içinde hareket etmeye zorlamak elbette doğru değildir. Sonra, borcun ödenmediği resmen tesbit edildiği için, muayyen müruru zaman müddetini geçmesi borcun tediye edildiğine dair bir karine teşkil edemez. Nihayet, alacağın müruru zamana uğramaması keyfiyeti, faiz borcundan kurtulmak ve yeniden servet iktisap edinceye kadar takip edilememek imtiyazları mukabilinde kanunen borçluya yükletilen bir külfettir.

Madde 143 çe göre, aciz vesikasiyle tesbit edilen borç, *borçluya* karşı müruru zamana tabi değildir. Fakat borçlunun mirascılarına karşı mirası kabullerinden bir sene sonra müruru zamana uğrar. Görülüyor ki borcu tekeffül edenlerle müşterek borçlulara karşı müruru zaman işlemeğe devam eder. Çünkü aciz vesikası alacaklı ile borcu tekeffül edenler arasındaki münasebetleri değiştirmez. Esasen bahis mevzuu istisnanın kabulüne sebeb olan düşünceler müşterek borçlular ve kefiller için varit değildir. Bu itibarla alacak müşterek borçlular ve kefiller karşısında müruru zamana uğrar.

Fakat acaba mirascılar bakımından mevzu müddetin mahiyeti nedir? bu müddet bir müruru zaman yoksa bir sükutu hak müddetimidir? Bu mesele çok mühimdir. Bir misal alalım: A, B. nin borçlusudur ve elinde B nin babası C. ye karşı bir aciz vesikası vardır. C. İflâs ederek ölmüş B. mirası kabul etmiştir. A., C. nin vefatından itibaren geçen bir yıl için de alacağını aramamıştır. Acaba aciz vesikasında yazılı alacağını B. ye karşı olan

borcu ile takas edebilirmi? Bir yıllık müddet sükutu hak müddeti olarak kabul edilirse takas edemez; müruru zaman olarak kabul edilirse takas mümkündür.

143. üncü maddeye göre borçlu mirascıları, mirası kabullerinden bir sene sonra alacaklı hakkını aramamışsa, müruru zaman iddea edebilirler. Bu müddetin kısa ve hususi bir müddet olmasına bakılarak bir sukutu hak müddeti olduğu iddea edilmiştir. Fakat Jaeger bu düşünceyi kabul etmez.

(Bak: 149 uncu madde şerhi No. 9) bu müellif hatırlatıyor ki M. K. 560 ( ) mucibince bir yıllık müddet mirasın açılmasiyle cereyana başlıyacağından, alacaklılar haklarını mirascılara karşı dermeyan edecekleri ana kadar bu müddetin inkıtaa uğrayacağı kabul edilmek icap eder. Halbuki bir yıllık müddet sukutu hak müddeti olsaydı inkıtaa uğramaması icap ederdi. Diğer cihetten kanunun açık ifadesine rağmen bu müddeti sukutu hak müddeti saymak yani bu müddetin hâkim tarafından resen nazara alınması, tarafların sonradan yapacağı mukavele ile değiştirilememesi için bir sebep göremeyoruz.

Ç. BORÇLUNUN HİMAYESİ

I. — Faiz borcundan kurtulma.

Aciz vesikasında yazılı alacak için faiz istenemiyeceği icra ve iflâs kanunumuz tarafından M. 143 de açıkca beyan edilmiştir. Borçlu lehine konan bu esas hukuk tekniğinden doğan bir netice olmayıp sosyal mahiyette yani faiz borcundan dolayı külfetlerinin davamlı suretde artmasının önüne geçerek borcluya kalkınmak imkânını veren bir hükümdür.

Borçlu lehine konan bu hüküm, borçlu aleyhine konan"Borcun müruru zamana uğramamak kaidesine bir taviz de sayılabilir.

Acaba borçludan istenmiyen faiz borcu *tabii bir borç* halini mi alır? Malumdurki tabii borç bazı hususi sebebler yüzünden dâva ve takıp edilemeyen borçlardır.(Bak: Von Tuhr: Sahife 28). Fakat tabii bir borç takas edilebilir. Hataen ödenen şeyin istirdadı dâvasına mevzu teşkil edemez (B. K. 62) Bu neticeler borçludan faiz istenmemesi esasını vaz'ı hikmetine aykırı olduğundan, faiz borcunu tabii bir borç saymayıp bu borcun tamamen kalkdığını kabul eylemek icap eder.

Faiz borcundan kurtulan yalnız borçludur. Buna mukabil kefiller müşterek borçlular faiz borcundan mesuldur.

Kefil ve müşterek borçluların hem faiz borcuyla mes'ul, hemde bu borçdan dolayı asıl borçluya rücudan kanunen memnu bulunmaları arasında bir tezat var gibidir. Fakat kefil ve müşterek borçlulardan ödedikleri

faiz borcundan dolayı borçluya rücu edememesi, hem kanunun maksadına, hemde hukuk tekniğine uygundur, bir kerre kanun borçluya verdiği himayenin alacaklı tarafından dolaşık yollarla borçlunun elinden almasını önlemek istemiştir. Sonra alacaklıya faiz borcunu tediye eden kefil ve müşterek borçlar onun hakkında halef olacaklarından, borçlu asıl alacaklıya karşı malik olduğu faizi tediyeden imtina def'ini onlara karşı da dermeyan edebilecektir.

Bazı müellifler, faiz borcunu muafiyet şahsi bir imtiyaz olduğundan borçlunun mirascılarınca ileri sürülemiyeceğini iddea ediyorlar. Fakat Jaeger aksi kanaattadır. Filhakika, müteveffa borçluyu bağlamıyan faiz borcunun mirascılara da intikal edemiyeceği kabul edilmek icap eder.

II. — Mal iktisap edilmemiş olmasından mütevellit defi.

251 inci maddeye göre, elinde aciz vesikası bulunan alacaklının yeni bir takip talebinde bulunabilmesi için müflis borçlunun mal iktisap etmiş olması lâzımdır.

A — Mal iktisabından maksad nedir?

Kanun mal iktisabı mefhumu hakkında açık bir bilgi vermiyor. Bu sebepten hukuk nazariyatı ve mahkeme içtihakları bu mefhumu tarife çalışmıştır.

Tesbiti gereken ilk nokta şudur: Muflis borçlunun mal iktisabından maksat,onun mamelekinde bulunan lâalettayin bir aktif değil, belki saf, yani borçlunun yeni borçları çıkarıldıktan sonra mevcut olan aktiftir.

Aksi takdirde müflis hiç bir kırediden faydelanamaz dı. Şu halde ancak aktif fassife üstün olduğu zamanlarda mal iktisabı vardır denir. nazariyat ve mahkeme tatbikatı bu noktada birleşmiştir.

İkinci mesele şudur: Elindeki aciz vesikasına dayanarak alacaklının takibatta bulunabilmesi için, müflisin elinde bir sermaye bulunması şartmıdır, yoksa müflis borçlunun normal olarak sermaye haline kalp edebileceği bir geliri olması kâfimidir?

Müelliflerden çoğu ikinci fikri kabul ediyor. Vaktile aksi tezi iltizam eden federal mahkeme fikrini değiştirerek 1927 de verdiği bir kararda (Bak: RO 53/3, Sah. 25) : "geliri kendisinin ve ailesinin infak ve iaşesine zaruri olon meblağdan fazla bulunan, hal icabına göre gelirinin bir kısmını sarmayeye tahvil ettiği anlaşılan veya hiç olmazsa normal yaşasaydı sermayeye tahvil edebilecek durumda bulunan borçlu borcunu ifaya zorlanabilir.„

B. BU DEF'İN MENŞE VE ESASI.

Acaba aleyhine aciz vesikası istihsal edilen müflis borçluya karşı takibat da bulunmak için onun mal iktisap etmesini beklemek hangi esasa dayanır. Federal mahkemeye göre kanunun bir lütfü olan bu defiin menşei müşterek Alman hukukunda mevcut beneficium competentiae müessesesidir. Bu müessese bilindiği üzere menşei Roma hukukunda bulunan ve cebri icra esnasında borçlunun yaşaması için elzem malları muhafaza edebilmesi hakkını ifade eden bir müessesedir. Jaeger, bu fikrin hilâfına, 251 inci maddede ki def'in bu müesseseye dayanmadığı iddiasındadır. (Bak: M. 265 No. 8). Bu müellife göre bahismevzuu müessese kanunumuzun ancak 82, 83 ve 184/1 inci meddelerinde yaşamaktadır. Filhakika bu maddeler borçlunun ve ailesinin yaşaması için zaruri olan asgari miktarın borçluya bırakılmasını temin etmektedirler. Lâkin 251. madde iflâs yoluyle tasfiye bakımından daha ileri gitmiş ve borçluya yeni bir iktisadi hayat sağlamak gayesini gütmüştür.

Hülâsa, borçlu yeniden mal iktisap etmedikçe, iflâstan sonra verilen aciz vesikasına istinaden borçlu aleyhine hiç bir yeni takip yapılamaz.

Buna mukabil haciz neticesinde verilen aciz vesikasına dayanılarak her zaman yeni bir takip yapılabilir. Fazla olarak aciz vesikası tarihinden itibaren bir yıl içinde yeni bir ödeme emri tebliğinede lüzum yoktur.

Bu farklı muamelenin sebebi nedir? Kanun niçin müflise imtiyazlı bir durum vermiştir. Çünkü iflâs borçlunun mallarının külli tasfiyesini intaç eder. Normal olarak borçlunun elinde haczi kabil hiç bir mal kalmamıştır.

Bundan başka, iflâsa hükmedildiği tarihten itibaren borçlu mamelekini dare salâhiyetinden mahrumdur, tasfiyenin bütün safhalarını gösteren resmî ilâmlarla itibarı da mahv olmuştur.

Bazı müellifler bu düşünceleri kabul etmekle beraber, aciz neticesnide aleyhine aciz vesikası verilen borçlunun da ayni himayeden faydalanmasını ileri sürüyorlar. Diyorlar ki maksat, borçlunun ekonomik varlığının yeniden ihyasını temindir. Bu itibarla, faiz alacağı bakımından aynı neticeyi doğuran aciz vesikalarının yeni servet iktisabı şartile takip bakımından da aynı durumda olması âzımdır.

C. MAL İKTİSAP EDİLMEMİŞ OLMASINDAN DOĞAN DEF'İN HUKUKİ MAHİYETİ

Yeni mal iktisap edilmemesinden doğan def'in, maddi hukuk bakımından bir defimidir, yoksa yalnız takip hususunda ileri sürülebilecek bir mü-

dafaa vasıtasımıdır? her iki fikri iltizam edenler var. Bir karar verebilmek için bu iki fikrin doğurduğu neticeleri görelim:

a) 251/2 madde hükmü ve takas:

251/2 ye göre borçlu mal iktisap etmedikce yeni bir takip muamelesi yapılamaz. Fakat, acaba aciz vesikasında yazılı alacak müflisin alacaklı zimmetindeki alacağı ile takas edilebilirmiş?

Lemanın, Reichel, Blumenstin ile birlikte 251/2 de yazılı defin usul hukukuna ait olduğu kabul edilirse borçlunun cebri icra usulû dışında ka lan bir yol olması itibarile, takasa itiraz edememesi gerekir.

Bilakis, borçlunun yeni servet edinememesinden doğan defi maddi hukuk alanına ait bir tahdit gibi kabul edilirse, müflis aleyhindeki alacaklar taliki bir şarta tabi sayılır ve borçlu yeniden servet edinmedikçe bunların hüküm hasıl etmiyeceği neticesine varılır. Bu takdirde takas mümkün olmadığı açıkdır

Federal mahkeme bu ihtilaflı mesele üzerinde henüz fikrini bir söylem işdeğildir. 251/2 da yazılı defi borçlunun yeni bir ikdisadi: durum edinmesine imkân vermek amacını güder. Borçlunun gerçekten himayesini istiyen bu maddeye göre, aciz vesikasında yazılı alacağın yalnız icra yoluyla tahsil edilememesi yetmez, takas yoluyla dahi dermeyan edilememesi gerekir. Aksi kabul edilirse kanunun borçluya bahşetmek istediği himaye dolanbaçlı bir yolla ortadan kalkar.

b) Ellerinde aciz vesikası bulunan alacaklının yeni bir takıpte durumu:

Acaba aciz vesikası almış olan alacaklılar, borçlu aleyhinde yapılan yeni bir takibe yeni alacaklılar gibi iştirak edebilirlermi, yoksa yalınız tasfiyeden artan mallar üzerinden mi haklarını istihsal ederler?

221/2 de yazılı def'i *maddi hukuk* alanına giren bir defi sayan müellifler yeni alacaklılar tatmin edildikten sonra elinde aciz vesikası bulunan a lacaklıların takibat yapabileceğini kabul ederler. Bu defi münhasıran *takip hukukuna* münhasır bir defi sayılan müellifler aciz vesikalı alacaklılarla yeni alacaklıların eşit durumda bulunduğunu kabul ederler. Birnci fikir taraftarı müellifler şöyle düşünüyorlar: Aciz vesikasında yazılı alacak, borçlunun yeni bir servet iktisap etmesi şartına muallaktır. Bu itibarla yeni takıp tekrar bir passifle kapanırsa, alacaklılar paylaşmağa iştirak edemiyeceklerdir. Fakat bu netice kanunda hiç bir mesnet bulamamakta ve elinde aciz vesikası bulunan alacaklıları müşkil duruma koymaktadır. Bu itibarla borçlunun yeni mal iktisap etmemiş olmasından mütevellit defi usul hukukuna münhasır sayan fikir daha doğru görülmektedir.

No : 73

Ceza Hukukunda ehliyet ve mesuliyet

Yazan
Hamdi Ö N E R
Ankara Sulh hâkimi

I — Ehliyet ve mesuliyet hakkında toplu malumat
II — Klâsik ve pozitivist mektepler mücadelesi
III — Muhtelif nazariyeler
IV — İçtimaî mesuliyet esası ve emniyet tedbirleri
V — Kanunumuzun sistemi
VI — Ehliyetin esasları
VII — Mesuliyetin esasları
VIII — Kabahatlerde mesuliyet
IX — Hükmî şahısların mesuliyeti

I — Ehliyet ve mesuliyet hakkında toplu malûmat

Modern ceza telakkisine göre suçu, medeni hukuktaki tasarruflar gibi netice tevlit eden hukuki bir muamele olarak mütealâ etmek kabildir. Medeni hukukta her hangi bir tasarrufun kanunen hüküm ifade edebilmesi için evvelâ o tasarrufu yapanda ehliyet yani yaptığı muameleyi fark ve temyiz edebilecek bir idrak ve kabiliyet seviyesi sonra serbest irade ve rızasının o muameleye taalluk etmiş olması aranır. Hukuki bir hâdise olan suçunda ceza hukuku bakımından netice tevlit edebilmesi için suçluda evvelâ ika ettiği fiili fark ve temyiz edebilecek idrak ve kabiliyet hassası sonra neticesini arzu ederek fiili işlemiş olması yani serbest irade ve şuuru ile suçun neticesini arzu etmiş olması aranır. Ceza hukukunda birinci hale ehliyet ikinci safhaya mesuliyet denir. Ceza ehliyeti idrak kabiliyetini aiz olanlarda bulunur. Ceza mesuliyeti ise ancak ceza ehliyetini haiz olup neticesini serbes irade ve şuurile arzu ederek suçu işliyen kimselere tereddüp eder. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, arizi sarhoşluk idraki yok etmesi veya azaltması itibarile ehliyete; kast meşru müdafaa,iztirar ve âmirin emrini ifa zarureti gibi haller şuur ve irade hürrüyetini kısmen veya temamen bertaraf etmeleri itibarile mesuliyete müessir âmillerdir.Medeni kanunla ceza kanununun ehliyete dair hükümleri arasındaki farkları ilerde

mukayeseli bir surette tetkike çalışacağız. Ceza hukukunda ehliyet ve mesuliyet yani kanunumuzun tabirine göre kabiliyeti isnadiyenin mevzuu suçlunun şahsiyeti, dolayisiyle bedeni ve ruhi hlleridir.

Muhakeme etmek ve cezalandırmak bir mânada suçludan cemiyete yaptığı fenalığın hasabını sormak demektir. Kendisinden cemiyete yaptığı fenalığın hesabı sorulacak adamın her şeyden evvel cemiyetin ve hesabın ne olduğunu bilmesi lâzımdır. Filhakika insan yalnız idrak ve irade kabiliyetile içtimaî bir varlıktır. Bu itibarla suç da fiilî bir olay değil failin kaidiye yani nizame aykırı zihniyetini ifde eden içtimaî bir hâdisedir.

Bu hâdise insanın filiyle ruhî münasebetine taalluk eder. Her içtimaî olay gibi iyi veya fenalık derecesi insan vicdanına, ilâhi emir ve nahiye ve cemiyet kanunlarına göre ölçülerek ahlâki, dini veya hnkuki bakımdan beşeri kıymet ölçüsüne tâbi tutulabilir. Son kıymet ölçüsünün mercii cemiyettir. Ve hükmünü ancak maddi fiiller hakkında verir. Ceza kanunu bu hükmün fiilden evvel cemiyet tarafından beyanından ibarettir. Bu ölçü vicdan yahut ilahi merci gibi insanı kötü düşüncesinden mesul tutmaz zira cemiyet yalnız nizamını muhafaza kaygusundadır.Nizam üzerinede ise düşünce ve kanaatler müessir olmaz. Ona tesir icra eden yalnız fiillerdir. Ancak ceza hukukunun iştigal sahasına giren mücerret fiiller değildir. Her medeni cemiyette Devletin müeyyidelerle teminat altına aldığı bir nizam vardır. Fiilin cezai bir hâdise mahiyetini alabilmesi için serbest irade mahsulu bulunması ve bu nizam üzerine müessir olması lâzımdır. Şu halde ahlak gibi suçta mücerret ve fiili değîl kaidevi bir mefhumdur. Diğer tâbirle failin kaideye yani nizama karşı tenkide şayan bir ruhî münasebetini ifade eder. Bu cihet kastlede karıştırılmamalıdır. Bir kimseyi istiyerek öldürmek ceza kanununa göre katil suçunu teşkil eder. Askerin düşmanı celladın idam mahkumunu öldürmesi fiillerinde kanunun mücerret ifadesine göre opjektif ve subjektif unsurlar mevcuttur. Yalnız bunların haraketi cemiyetin kaide ve nizamına karşı ve onu ihlâl suretile değil bilakis onuu nefine matuf olduğu için suç addetmiyoruz. Fakat bunu şahsi düşünce ve mülâhazamıza müsteniden biz böyle addediyoruz. Yoksa kanun mücerret olarak bir kimseyi diğerinin kasten öldürmesi halinin katil olduğunu beyanla iktifa eder. Demek suç da failin fiili isteyerek işlemesinden yani kastten mâda ve fazla bir şey daha aranır buda failin nizama ve kaideye karşı olan ruhî münasebetidir. Bu münasebet, hareketin kaide ve nizami ihlâle matuf olup olmadığının araştırılması ve tesbitini tazammun eder. Suçu bu şekilde mütalâa edince cezanın ruh ve mânası değişir. Cezanın gayesi suçu önlemek bunun

içinde failin ruhu üzerinde tesir icra etmektir. Bu tesir iki şey temin etmelidir. Biri ceza, faili korkutmalı ve bir daha suç işlemesine mâni olacak derecede sert olmalıdır. İkincisi ceza o suretle tertip edilmelidirki faili düzeltsin ve nefsini islâh etsin ve kendisinde tekrar suç işlemek arzusu uyanmasın. Suç, failin nizama aykırı zihniyetinden ibarettir dedik diğer tâbirle suç ceza kanununun men ettiği fiilin işlenmesidir. Memnu fiil suçun objektif unsurunu failin serbest irade ve şuuruda subjektif unsurunu teşkil eder. Klasik ceza mektebi tesirinde kalan kanunumuz ancak bu iki unsurun tekemmül ettiği fiilleri tam suç addederek tam ceza tertip etmiştir. Kanun, bedeni veya akli ve ruhi sebepler dolayisile suçluda bu irade ve şuurun tam olmaması yahut maddi fiilin tam olarak tekemmül etmemesi hallerini tam ceza tâyinine mâni addetmiştir. Fiilin işlenmesinin tam veya nakis olması keyfiyeti yani obiektif unsurun tekemmül safhalarını kanun teşebbüse ait hükümlerile tanzim etmiştir. Kanun, fiilin objektivitesinde noksan bulunmasını, gayri tam cürmü, cezayı azaltıcı bir sebep olarak kabul etmiştir. Gayri tam cürüm, filen neticesiz kalan cürümdür. Hareketinin teşebbüs haline gelmesi için suçu ika kastinin fiile inkilâp etmesi lâzımdır. Fail cürmün anasırını icraya elverişli vasıtalarla işlemeye başlamış olmalı ve maddi fiiline göre işlemek istediği suç hakkında şüphe ve tereddüde mahal kalmamalıdır.

Sübjektif unsurun tekemmülü ise doğrudan doğruya suçlunun bedeni tekemmülüne yahut akli ve ruhi durumuna müessir tabii veya arizi amillerle alâkadar olup tamamen suçlunun manevi alemine aittir. Kabiliyeti isnadiyenin mevzuunu teşkil eden bu amiller kanunumuzun 4 üncü babında tedvin olunmuştur. Kanunumuzun mülhem bulunduğu ceza meslegine göre her iki unsurun tam olarak bulunmadığı fiillere tam ceza verilemez, kanun 44 üncü maddesinden 60 ıncı maddeye kadar sübjektif unsura tesir eden amilleri yeni kabiliyeti isnadiyeyi teşkil eden ehliyet ve mesuliyeti ve 61 inci madde ile 62 inci maddelerinde teşebbüse ait hükümlerle maddi fiilin tekemmül safhalarını izah etmiştir. Kabiliyeti isnadiyede mevzuu bahs olan ehliyet cezanın tatbiki için suçluda aranan ehliyettir. Cezaya ehliyetin esası idrak ve temyiz (Urteilsfâhig) dır. Memnu fiilin mahiyetini idrak ve Temyiz edebilmek kabiliyetidir. Hareketinin cemiyet kanunlarına yani hukuki kıymet ölçüsüne göre iyilik veya fenalığını takdir edebilmek seviyesidir. Suçun fenalığını takdir edebilmek için aranılan Temyiz hassası hukuku medeniyede iktisadi ve tüccari muamelelere girişebilmek için aranılan Temyiz kudretinden şüphesiz daha duudur. Esasen Temyiz hassası yani ehliyet her iki hukuk sahasında başka mana ifade eder. Borçlar kanununun 53 üncü maddesinde hukuk hâkiminin, Ceza hukukunun mesuliyete ait hükümlerile bağlı bulunmadığı tasrih olunmuştur. Ceza hâkimi

faili fiilinden mesul tutmak için kast unsurunu arar halbuki hukuk hakimi haksız muameleden mesul tutmak ve tazminata hükümetmek için borçlar kanununun 41 inci maddesine göre fiilin kasti olması şartile bağlı değildir. Bunun gibi medeni kanunun 16 ve borçlar kanunun 54 üncü maddelerine müsteniden cezada kabiliyeti isnadiye için aranılan mesuliyetler de mukayyet değildir. Binaenaleyh ceza hukukunun gayri mesul adettiği 8 yaşında bir çocuğun veya irade ve şuurunun serbestisi tamamen münselip bir delinin fiilinden dolayı mesuliyetine yani tazminata hükmedebilir. Hukuku medeniye, mesuliyeti Ceza hukukundan daha geniş tutmuştur. Temyiz ve idrakden tamamen mahrum olanları da mesul addetmiştir. Buna mukabil hakları kullanma ehliyetini daha fazla takyit etmiştir Hukukta rüşt 18 yaşın ikmalile başlar, ehliyetin mesnedi olan Temyiz hassası normal halde yaşın tekâmülü ile alâkadardır. Mesuliyetin yaşa göre derecesini tayin hususunda Medeni hukuk ile ceza hukuku arasındaki ayrılığa işaret etmiştik; tabii ve arizi sebepler dolayısıyle akıl zaifliği ve akıl malûliyeti idrak ve iradeyi selbeden sair hallerin tayini muhtelif ilim şubelerinin ihtisasına girer. Akıl ve ruhun tarifi ve bunların izahı felsefe ve piskolojiye aittir. Hukuki manada Temyiz hassasını Ceza kanunu tarif etmemiştir. Bunu medeni kanun (Makul surette hareket etmek iktidarı madde (13) diye tarif etmiştir. muayyen yaştan sonra Temyiz ve dolayısıyle ehliyetin her şahısta vücudu asıldır. Bunu yok eden veya eksilten arızi sebeplerin isbatı lâzımdır. Ehliyet ve mesuliyet bahsinde yekdigerile mücadele halinde bulunan iki noktai nazarı iki mektebi kısaca izah etmek lâzımdır.

II — Klâsik ve pozitivist mekteplerin mücadelesi [1]

Bu iki ana mektep arasında esaslı mücadele daha fazla bir metot mücadelesidir. Ceza hukukunda suçluyu tenkil meselesi bu gün ikinci pilana çekilmiş ve bunun yerine müşahade ve tecrübeye dayanan usullerle suç'uluğu izale çareleri ön safa geçmiş gibidir. klâsik mektep 18 inci asırda bütün içtimai mezheplere tesir eden akliyatçi felsefenin mahsuludur. Klâsik cezacılar suçu işliyeni adeta ihmal ederek tetkiklerini daha fazla suç üzerinde teksif ederler ve Ceza hukuku esasını ferdin hür iradesine istinat ettirirler, pozitivistler ise Ceza tâyininde pozitivist metodun tatbikini teklif ederler bu metot, suçtan fazla suçun sebep ve âmillerini kendine mahsus usulle inceliyerek, tecziyeden maada suçu önliyecek tedbirleri tavsiye eder. Pozitivistlere göre suçun faili insandır. Fakat suç cemiyet içinde tahakkuk eder bir muhiti ve onu doğuran amilleri, sebepleri vardır. Bu itibarla suç hem ferdî ve hemde içtimai bir hâdisedir. suçu, içinde tahakkuk ettiği muhit ve failile kül halinde ve birlikte mütalâa etmek lâzımdır. Po-

[1]Burhan Köni. Yeni kanun hakkıda tetkikler Ad.C.1941/891; Nurullah Kunter. cezaî me eliyetinin esası. Ad, C. 1942 145; H. Natık: ceza hukukunda klâsik ve pozitivi mektepler. İzmir Barosu Dergisi 1935 sayılı.Makaleler bu mevzua temas etmektedirler.

zitivistler pisikoloji ve antrepolaji ilimlerinin yardımile bu gayeye doğru yürümektedirler. Pozitivist telâkkiye göre suç içtimai bir hadisedir. Mütemadiyen diğişen muhit, âmil ve sayikine göre tezahür eder. İlmî araştırmada tecrübe ve müşahade metoduna geniş yer vermek lâzımdır. buna mukabil klâsik mektebin yegâne metonu talili metottur.

Kabiliyeti isnadiye cezalandırmanın mesnedi olması itibarile Ceza hukukunun esasına taallûk eden bahislerdendir. Büyük Ceza prensiplerinin ekserisinde olduğu gibi bu mevzuda da klâsik ve pozitivist Ceza mektepleri arasında gayri kabili telif noktai nazar ihtilâfları mevcut olduğundan münakaşa gayet şiddetlidir. İki mektep arasında yarım asırdan fazla devam eden mücadele Ceza hukuku için bilhassa çok feyizli olmuştur. Klâsik mektebin adalet prensibinden ilham alan kanunumuz Ceza tayininde suçlunun irade ve şuûrunun suça taallûk derecesini ve tekâmül safhalarını gözönünde bulundurur klâsik ceza mektebine göre her insan ancak serbest iradesinin mahsulunden mesuldur. Ve bu mesuliyet tamamen manevidir. İradenin tabii bir tekamül safhası olduğu ve ona müessir âmiller bulunduğu inkâr edilemez bu âmiller ihtiyar ve iradeyi kaldıran veya tenkis eden akli ve bedeni maluliyetlerdir. Suç Serbest irade mahsulu olduğuna göre suçlu ancak iradesinin hâdiseye taallûku derecesinde mânen mesuldur. Binaenaleyh suçun bir kemiyet ve keyfiyet derecesi vardırki Ceza bununla mütenasip olmalıdır. Cezanın dayandığı içtimai adalet mefhumu da bunu icab ettirir. Bu suretle klâsik mektep suçluya ve onun tabii ve içtimai muhitine alâka göstermez. Ceza tâyininde suçluyu değil suç teşkil eden fiil ve hareketin objektif mânada korkunçluğu kıstasını kor ve tabiatile noksan irade mahsulu olan ve tamam olmamış fiilin cezasının, tam irade ve tam fiilin cezasından daha az olmasını iltizam eder. İşlediği fiilden dolayı suçlunun ne derece mesul olduğunun ölçülmesi mesuliyet derecesile mütenasıp Ceza tâyini esasını vazeder. Ve mânevi mesuliyeti Ceza tâyininde esaş ittihaz eder. İtalyada CESARE BECCARIA tarafından esasları kurulmuş olan bu mektep CARRARA ve PESSINA taraflarından kemal mertebesine yükseltilmiştir. Esası İtalyada LOMBROZO tarafından atılan CAROFALO ve FERRİ ile Kemal derecesine yükselen pozitivist mektep klâsik mektebin mânevi mesuliyet esasına şiddetle muhalefet eder. Pozitivistlere göre suç suçlunun mahsuludur. Binaenaleyh Ceza tatbikatinde suçludan sarfı nazarla munhasıran suçun tetkik edilmesi doğru değildir. Bilâkis bu hususta birinci derecede suçlu göze alınmalıdır. Suçlu maddi ve mânevi teşekkülâtı, içinde bulunduğu tabii ve içtimai muhitle birlikte mütalâa olunmalıdır. Tecrübe ve müşahede metodunun Ceza hukukunda tatbikile suçun sebep ve âmillerinin tesbit ve ona göre tenkili ve önleyici tedbirlerin alınması lâzımdır. Pozitivistlere göre suçlu insan olmak itibarile şahsi marazi ve içtimai âmillerin tesirinde hare-

ket eder. Ve bunların esiridir. bunun için serbest bir iradeden bahs edilemez. Ceza tatbikatında mânevi mesuliyet aramak ve hele bunun derecelerini ölçmiye çalışmak beyhudedir. Bunun gibi mesuliyetin terettüp edemiyeceği haller tasavvur etmek ve suçlunun mesuliyet derecesini ölçmiye uğraşma abestir yaşadığı cemiyet içinde tehlikeli bir durum arzeden herkes o cemiyete karşı kayıtsız ve şartsız mesuldur. Suçlu deli ise tedavi icin Islahaneye akıllı ise hapishaneye gönderilir. Zecri mahiyette tedbir almak cemiyetin en yüksek hakkı yani müdafaa hakkıdır. Cemiyete zararlı olduğunu suç işlemek suretile izhareden herkes umum için tehlike teşkil eder. Bu suretle pozitivist mektep klâsik mektebin mânevi mesuliyet prensipi yerine içtimai mesuliyet prensipini ikame etmiştir. Cemiyetin muhafazası yalnız Ceza ile değil ayni zamanda emniyet tetbirleri ve önleyici mahiyette bir takım tedbirlerle karşılamak kabildir. Yani pozitivistlere göre Tifüs hastalığının Cemiyette arzettiği tehlike yalnız tedavi ile bertaraf edilemez Zira tedavi müsmir olduğu takdirde ancak hastayı iyi eder. Halbuki Cemiyeti tehlikeye koyan hastadan fazlahastalıktır. Onu kurtaracak esaslı tedbir, Hastalığı ve dolayısıyle onu tevlit eden haşereyi yok eden tedbirlerdir. Bu itibarla Hıfzıssıha tedbirleri tedaviden evvel göze alınmalıdır. Ceza Hukukunda da mesele aynidir. Suçlunun tenkilinden evvel onu yetiştiren âmilleri tesbit ve gereken tedbirlerin alınmasını düşünmek lâzımdır. Pozitivistler cemiyette suçluluğu izale edecek tedbirlerin alınmasını bizzat suçlunun islâhından daha mühim addederler halbuki klâsiklere göre Ceza kanununun Gayesi tenkil ve tenkilinde yegâne vasıtası Cezadır. Pozitivistlere göre suçu işlerken suçlunun iradesinin tabii veya ârizi âmillerin tesrinde olması veya maddi filin objektivitesinde noksan bulunması yani hareketinin teşebbüs safhasında kalması Ceza tâyininde haizi tesir değildir. Suçlu suçu işlemekle Cemiyet içinde tehlikeli olduğunu ihsas etmesi ceza tâyini için kâfidir. Kullandığı vasıtaların ister kati surette fiili işlemeğe salih olmaması ister fiilin objektivitesinde noksan bulunması cezayı azaltıcı bir sebep teşkil etmez zira kararlaştırdığ suçu, ehliyetsizliği veya yedi ihtiyarında olmıyan mani sebepler tahaddüsile tahakkuk ettirmemesi suçlunun taşıdığı redâeti ve cemiyet içinde arz ettiği tehlikeyi azaltmaz Binaenaleyh failin melekâtının noksan neşvüneması veya marazi şekilde tagayyürünün mazeret sayılması cemiyet için arzettiği tehlike bakımından mahzurludur.

III — Muhtelit nazariyeler.

Klâsik ve pozitivist görüşleri telif eden bir çok mutavassıt nazariyeler vardırkı bunlarında cezai mesuliyet telâkkilerinden bahsetmek lâzımdır. Bunlara göre irade serbestliği ve mânevi mesuliyeti kabul etmeli fakat Ceza nevilerini içtimaî müdafaa esasına göre tâyin etmelidir. Bunlara görə

iradenin serbest olup olmadığı metafiziğe ait bir meseledir. Mânevi mesuliyetin esası şunlardır.

İrade serbestliği fiziyolojik ve psikolojik sebeplerle tam olmıyabilir fakat hiç yokta değildir. İrade serbestliğ hiç yok ise Ceza vermeğe hakkımız kalmaz belki irade serbestliği yok fakat irade serbestliği kanaati, mesuliyet hissi herkeste vardır. İrade, zekâ dahili ve harici sebeplere karşı harakâtında insana istiklâl ve ihtiyar verir. Binaenaleyh; mânevi mesuliyet vardır. Deliler müstesna korkutulabilen herkes mesuldur.

Mânevi mesuliyet bahsini aşağıdaki neticeye bağlıyalım.

1 — İrade serbest değildir. İradeye, fikiri tekamüle tesir eden bütün âmilleri nasıl tesbit edeceğiz ve hele bunların derecelerini hangi ölçü ile tâyin edeceğiz. sarhoşluğu, deliliği, sağır ve dilsizliği ceza tâyininde nazara aldığımız takdirde tahsili, mesleği, içtimaî ve iktisadi vaziyeti neden gözetmiyelim.

2 — Kendimizi serbest sanıyoruz bu mesuliyet hissini nasıl terkedebiliriz. Umumî vicdanda normale nazaran malûlü mazur görür ceza tâyininde adaleti ihmal edebilirmiyiz? deniliyor.

Mesuliyet hissi umumî bir histir. Anormallerde de bulunur. Mesuliyet için bu bir kriter olamaz, umumî vicdanda müsbet bir şey değildir. Zihniyetler tebeddül ettikçe mütemadiyen tahavvül eder. Bunu anlamak için Ceza tarihine bir göz atmak kâfidir. Bir zamanlar suçlunun fiilinden akraba ve tallûkatınında cezalandırılmasında umumî vicdan hiç bir rahatsızlık duymuyor ve bilâkis bunu tasvip ediyordu. Her sahada kılı kırk yaran Yunan flilozofları bile zamanlarındaki esaret müessesini, esirlere yapılan muameleleri tâbii görmemişlermidi? Ferdi olsun içtimaî olsun sakım zihniyetler ilme esas teşkil edemez.

3 — Cezalandırmada yalnız failin fiili isteyerek yapmış olmasını arayamayız, eğer serbest irade ve kasdı mesuliyetin esası olarak alırsak ihmalî ve taksirî suçlarda mesuliyeti nasıl izah edebiliriz.

4 — Zekâdan maksat temyiz hassasıdır. Yapdığını bilmek bu hassa delilerde ve çocuklarda kısmen vardır. Bunlarda yaptıklarının memnu olduğunu bilirler.

5 — Korkutmak tesirinin ceza tâyininde ehemiyeti inkâr olunamaz, fakat buda mânevi mesuliyete esas olamaz, delilerin mühim bir kısmı ve çocuklar korkutula bilirler. Sonra ihmalî ve taksirî fiilleri cezalandırmada korkutmadan bahsolunabilir mi?.

6 — Normal ile anormal arasındaki hudut nedir. Bunu nasıl ve hangi vasıtalarla tâyin edebiliriz? Binaenaleyh; bunların hiç birisi mesuliyete esas olamaz. Cezada mesuliyetin esası içtimaî mesuliyettir.

IV İçtimaî mesuliyet esası ve emniyet tedbirleri [2]

Buna kanunî mesuliyet de denir. Ceza, cemiyetin suçluluğa karşı kendisini müdafaa için aldığı tedbirlerden ibarettir. Her cemiyet kendisine hukuki bir nizam vermiş ve bu nizamın devamını müeyyideler altına almıştır.Bu duru mu ihlâl eden herkes suçlu ve her suçlu kayıtsız ve şartsız olarak cemiyete karşı mesuldur. İçtimaî mesuliyetin esası budur. Meşru müdafaada mütecavizin tamamen veya kısmen mazur olması tecavvüze uğruyanın alacağı tedbirlere tesiri bulunmadığı gibi cemiyet içinde bu böyledir. Nizam ve bekasını ihlâl ve tehdid eden her şahsı tenkil etmek cemiyetin hakkıdır. Suç işleyen herkes mesuldur. failin tehlikeli şahsiyeti ancak müeyyidelerin tatbikinde nazara alınmalıdır. Bu müeyyideler suçlunun içtimaî hayata uyubilmesini temine matuf olabilmelidir. Hulâsa Ceza kanununda yazılı fiilleri işliyen herkes mesul tutularak bunlar hakkında tedbirler alınmalıdır. Yalnız tedbirler suçluların şahsiyetlerine uydurulmalı.Şu halde Cezaî tedbirlerde gaye içtimaî nizamın muhafazasıdır. Nizamın muhafazasını temin eden cezaî tedbirler mahiyetleri itibarile iki kısma ayrılabilir. Tenkilî mahiyette tedbirler ve önleyici mahiyette tedbirler.

1 — Tenkilî tedbirler, suç vukua geldikten sonra alınan tedbirlerdir. Bunları da iki kısma ayırabiliriz.

A — Zecir tedbirler yahut şahsi tedbirler. Suçluyu bir daha suç işliyemiyecek bir hale getirmek için alınan tedbirlerdir; Hürriyeti bağlayıcı tedbirler sürgün cezası, mali Cezalar ve meslek sanatın tatili cezaları yani ceza kanunumuzun 11 inci maddesinde yazılı müeyyideler.

B — Tahaffüzü tedbirler, yahut içtimaî tedbirler. Bunlarla suçlunun ıslâhından fazla cemiyetin muhafazası gayesi gözetilir. hidematı âmmeden memuniyet,Emniyet Umumiye nezareti altında bulundurma gibi umumî hizmetlerin selâmetle ifasını temine matuf çarelerle babalık sıfatının bahşettiği hakları kullanmaktan, intihab etmek ve olunmak, siyasi haklarından mahrumiyet gibi aile ve cemiyetin meşru menfaatlerini siyanete matuf tedbirlerdir.

2—Önleyici tedbirler. Suç vukua gelmeden evvel alınan tetbirlerdir. Suçlulukla mücadele ilmi tenkilî müeyyidelerden fazla önleyici tedbirlere ehemmiyet verir. Geçen misâlde arzolunduğu gibi Tifüs hastalığını yok edecek tedbir, tedavi değil bu hastalığı tevlit eden haşereları yok etmeyi istihdaf eden hıfzıssıhha tedbirleridir. İçtimai bir hastalık olan suçlu luk için de hal tamamen aynıdır. Filhakıka suçlulukla mücadelede cezaî müeyyidelerin kâfi gelmediği anlaşılmış ve önleyici tetbirlerin ehemmiyeti takdir olunmuştur. Önleyici tedbirler iki kısma ayrılabilir.

[2] N. Kunter Ad. Ceridesi 1942 VI 756; Tahir Taner: Ceza hukuku, S. 296

A—Yakın tedbirler suçların vukuunu önlemak gayesile teşkil olunan vasıtalar, zabıtaî mânia ve emniyat kanunlarile bu teşkilata verilen bütün vazifeler. Keza bizdeki kan gütme kanunu bu kabilden orijinal bir önleyici tetbirdir.

B—Uzak tedbirler suçların vukua gelmesini daha uzaktan önliyen tedbir lerdir. Cadde, iskele ve istasyonlarda kâfi derecede tenvir vasıtası bulundurulması, içki yasağı bu kabil tedbirlerdendir. Keza vergilerin Gümrük târifelerinin indirilmesi kaçakcılığı, havaici zaruriye fiyatlarının düşürülmesi mülkiyet aleyhine işlenen suçları azalttığı cihetle önleyici tedbirlerden sayılabilir.

V — Kanunumuzun Sistemi

Kanunumuz, suçun manevî ve maddî unsurlarına tesir eden ve bu unsurları tenkis eden âmillerin cezanın azaltılmasını icap ettirdiği klâsik sistemi kabul etmiştir. Bu yazıda ancak suçun sübjektif unsuruna tesir eden âmilleri mütalâa edeceğiz, yaş tabiî veya arizi sebepler dolayısıyle suçlunun aklı durumunda husule gelen ve cezaya kanunen müessir görülen âmillerin meşru müdafaa, izrar, âmirin emrini ifa zarureti gibi ruh haletlerini ve bütün bu hallerin hukuku medeniyedeki akislerini ve hususiyetlerini alâkalı medenî kanun hükümlerile mümkün mertebe mukayeseli bir surette tetkike çalışacağız. Kabiliyeti isnadiye, ehliyet ve mesuliyet diye iki kısma ayrılır. Kanunumuzun tekniğinde bu taksime riayet olunmamıştır. Adliye Vekâlelince teşkil olunan komisyon tarafından yeni İtalya ceza kanunu esas tutularak hazırlanan lâyihada isnat kabiliyetine tahsis edilen 3 üncü bab, biri ehliyet diğeri mesuliyet olmak üzere iki fasla ayrılmıştır. İlmi tasnife uygun bulunduğu için bizde kanundaki münferit hükümleri ehliyet ve mesuliyet namları altında iki kısımda mütalâa edeceğiz.

VI—Ehliyetin Esasları

Kanunun suç addedtiği fiili işliyene ceza verilebilmesi için evvel emirde o kimsenin ceza ehliyetine haiz olması yani ceza hukuku bakımından o suçun kendisine kabili isnad olması lâzımdır. Ceza ehliyeti demek suçlunun idrak ve temyiz kabiliyetine sahip olması demektir. Fakat ehliyet başlı başına cezaya mesnet teşkil etmez. Ehil bir kimsenin cezalandırılması için aynı zamanda mesuliyeti de aranır. Kastın yokluğu, iztirar, meşru müdafaa ve âmirin emrini ifa zarureti gibi mesuliyeti refeden sebebler mevcut ise ehil de olsa suçluya ceza verilemez. Ehliyet hususunda ceza hukuku ile medenî hukuk arasındaki görüş farklarına işaret etmek muvafık olur kanaatındeyiz. Ceza kanunu farik ve mümeyyiz tâbirlerini birlikte kullanmış ve akıl malûliyetinden de bahsetmiş isede bunları târif etmemiştir. Madde (46,54,58.) Medenî ka-

nun yalnız mümeyyiz tâbirini kullanmıştır. Farik ve mümeyyiz müteradif kelimelerdir. Her ikiside makûl surette hareket etmek iktidarını ifade eder. (M.K. madde 10,13,15,16).

Medeni K. nun 10 nuncu maddesine göre mümeyyiz olan reşit medeni haklarini kullanmaya selahiyettardir. 11 inci maddeye göre rüşt 18 yaşın ikmalile başlar ve evlenme kişiyi reşit kılar. M; K. nin 13 üncü maddesi ceza K. numuzun, idrak ve temyiz hassasına tesiri dolayisile isnad kabiliyetini kaldiren veya hafifleten sebepleri tasrih ederek temyiz kabiliyetini tarif etmiştir. mezkür maddeye göre yaş kücüklüğü akıl hastalığı, sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerden birile makul surette hareket etmek iktidarinden mahrum olmayan her şahis kanunen mümeyyizdir.

Medeni kanunun zikrettigimiz maddeleri hukukî tasarruf için yani serbest rizasile kendisini ve başkasını ilzam edecek muamelelerde bulunması için şahisde arnılan ehliyettir. Yani hukukî tasarrufde bulunabilmek için aranan şarttir. hukuku medeniyede kusur ve zararlarden mesuliyet için ehliyet şart değildir. M. hukukta ehliyetsizliğin müeyyidesi butlandir. (Madde — 13 = mümeyyiz olmayan şahsin tasarrufu hukuki hüküm ifade etmez. Kanunun tâyin ettiği istisnalar bakidir.). Kanunun tâyin ettiği istisnalar hüsnü niniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı ika olunan zararlardir. Meselâ; mümeyyiz olmayanın evlenmesi butlannına kadar muteberdır. Madde — 112, 115. Keza sarhoşlukla birkimseye zarar ika eden mesüldur. borçlar. K. M. 58. gayri mesul kimselerin iras ettikleri zararden mesul tutulmaları hakkındaki umumi kaide medeni. K. nun 16 ıncı maddesindedir. (Mümeyyiz olmayan küçük ve mahcurler . . . . Haksiz fiillerindan dogan zararlarden mesuldırlar). Zaten hukukta haksiz fiilden mesuliyet için kast aranmaz. B. K. 41.

Ceza kanunu da ehliyeti temyiz kudretinde aramiştir. temyiz ve idrak yaşın tekâmülile alâkadardir. insan temyiz hassasından tamamen mahrum olarak dogar. büyümesile beraber yavaş yavaş aklı melekâtı de belirir gitgide artar ve nihayet tekâmül ederek tabii halini alir.

Cezai mesuliyette bizzarure bu tabii inkişafa tabi tutularak devrelere ayrılmıştır. Kanunumuz bu hususta 4 devre kabul etmiştir.

1— idrak kabiliyetinin bulunmadığı muhakkak sayılan devre: 11 yaşını bitirmeyene ceza verilemez Madde (53).

2— idrak kabiliyetinin bulunduğu şüpheli devre: 11 ile 15 yaş arası. idrak bünye, içtimai muhit ve aile seviyesine göre inkişaf ettiğinden tekâmülü ilerler veya gcikir, bu devrede idrak hassasının bulunup bulunmadığı muayyene ile tesbit edilmesi lâzımdır.

3 — Temyiz ve idrak kudretinin mevcudiyeti kanunen muhakkak sayılan devre 15 yaşın ikmalile başlar. Bu devrede idrakin mesuliyete esas teşkil edecek bir tekâmül seviyesine vasıl olduğu kabul olunmuştur. Fakat henüz tekâmül halinde bulunduğu yani tam olmadığı için mesuliyetde tam değildir. Kanununuz mesuliyete esas teşkil eden idrak halini tekâmül seyrini takiben yine iki devreye ayırmıştır; 15 ilâ 18 yaşları arasında idrakin az bulunduğu ve 18 — 21 — Yaşları arasında yani tam mesuliyet yaşına kadar idrak kabiliyetinin en çok bulunduğu devre olmak üzere iki kısma ayrılmıştır.

4 — Temyiz ve idrak kudretinin tam bulunduğu devre: 21 yaşın ikmalile başlar buudan sonra biyoloji ve fizyoloji ilimlerine göre tekâmül tamdır. yaş hususunda bütün ceza kanunları mesuliyetsiz bir devre kabul etmişlerdir. ondan sora yaşın ilerlemesile mütenasip olmak üzre iki veya üç ğayrı tam mesuliyet devresi kabul edimiştir. Bizde tam mesuliyet 21 yaşını bitirmekle başlar. İhtiyarlıktaki akli maluliyet olup fizyolozik mesnedi ayrıdır.

Hukuku medeniye 18 yaşını bitiren şahsı tasarruflarında ehil addeder. İktisadi, tüccari ve medeni muamelatın inceliklerini kavrayacak seviyede bulunduğu kabul olunan 19 yaşında bir kimseye eyilik ve fenalığını takdir etmek nisbeten daha kolay olan suçu işlemekte bir mazeret sebebi tanınması suçlu lehine kabul olunan lüzumsuz bir hafifletici sebep telekki oluna bilir.

İdrake tesir eden arizi sebepler kanunumuzun 46, 47 ve 48 inci maddelerinde tedvin olunmuştur. 46 ıncı maddeye göre suçu işlediği zaman şuurun serbestisini selp edecek surette akli maluliyete müptela olanlara ceza verilemez çünki bu halde ehliyetsizlik tamdır. Filhakika cezaya ancak insan mevzu olabilir zira tenkilin mesnedi olan idrak ve irade yalnız insanda bulunur eşya ve hayvanlarda bu hassa bulunmadığı için cezaya mevzu teşkil edemezler. Şuurun serbestisini temamen selp edecek marazi maluliyet halinde insan; eşya ve hayvan derkesine indiği için artık mesul değildir. 47 inci maddede, idrak ve mesuliyeti selp edecek derecede olmıyan maluliyetin isnat kabiliyetine tesiri derecesinde cezayı azalatacağı kabul olunmuştur.

idrak ve irade azalınca mesuliyetin ve dolayısile cezanında azalması lâzım geldiğini kanun kabul etmiştir. Yalnız ihtiyari sarhoşluk yani ihtiyarile kendisini idrak ve iradeden mahrum etmek halini mazeret sebebi olarak kanun kabul etmemiştir. Madde 48. Klâsiklerin mesuliyet hakkındaki bu telâkkisine karşı pozitivstilerin noktai nazarlarını yukarıda izah etmiştik.

VII Mesuliyetin esasları

kanunumuzun ehliyet ve mesuliyete ait hükümleri yekdiğerine karışık surette kabiliyeti isnadiye namile mevzudur. Ehliyet ve mesuliyet hükümleri ancak yeni projede yekdiğerinden ayrılmıştır. Kasdın yokluğu, meşru müdafaa, iztırar hali ve âmirin emirlerini ifa mecburiyeti mesuliyeti reffeden sebeblerdir. Farik ve mümeyyiz yani ehliyet sahibi bir kimse bu dört haleti ruhiye' tesiri altında suçu işlediği takdirde gayrı mesul olması itibarile cezaden muaftır. Kast, suçlunun neticesini serbest iradesile arzu ederek suçu işleme halidir; İrade serbestisi ise fiili işleyüp işlememekte muhtar olması demektir. Fakat mesuliyet için kast ve iradenin kâfi olmadığını, mesuliyetin esası, suçu işlerken suçlunun ayni zamanda cemiyetin nizam ve kaidelerine muhalif hareket etmek kanaatında taşımış olması lâzım geldiğini izah etmiştik, filhakika suç kelimesi fiili bir olay değil kaidevi ve içtimaî bir mefhumu ifade eder. Mesuliyetin esası, suçlunun cemiyet nizamına aykırı bir zehniyetle hareket ederek suçu işlemiş olması lâzımdır. Suçun manevi unsurunu teşkil eden bu haleti zihniyeyi ekseriya kast kelimesile ifade ederiz. Halbuki kast kelimesi mesuliyetin mesnedini ifade edemez, yukarıda bilvesile temas ettiğimiz gibi askerin düşmanı öldürmesi cezakanunu ifadesine göre kasden adam öldürmektir. Fakat askerin niyeti kaideye muhalefet değil bilâkis onun nefine matuf oldugu için bu hareketini suç addetmiyoruz. O halde kasd yerine suçlunun kaideye aykırı zihniyetini ifade edecek başka bir tâbir lâzımdır.Sayın profesör Richard Honig [3] taksir kelimesini kullanmışır. Fakat bizde taksir kelimesi daha fazla gayri kasdi cürümlerdeki haleti truhiyeyi ifade eder. Adliye vekâletince hazırlanan projedede kelime bu mânada kullanılmıştır. Madde 54—57: Keza profesör .T. Taner de kelimeyi aynı mânada kullanmıştır. [4]

Filhakika kasd kelimesi cezada mesuliyetin esasını teşkil eden haleti ruhiyeyi ifade edemez. İdam mahkûmünun ipini çeken kimsede kasden adam öldürüyor. Fakat hareketinde müesses nizam aleyhine bir zihniyet taşımadığı için bu fiilini biz suç saymıyoruz. Esasen yeniden hazırlanan kanun projesinde kasd kelimesi terk edilmiştir. 51 inci maddesinde (suçun mevcudiyeti için tehlikeli ve zararlı neticeyi kendi icrai veya ihmali fiilinden ileri gelmiş olamadıkça hiç kimseye kanunun derpiş ettiği bir fiilinden dolayı ceza verilemez) ifadesile teşrihine çalışdığımız ruh halini ifadeye çalışmıstır, fakat maddenin maksadı tamamen ifade ettiğine kani degiliz

Kanuna aykırı zehniyeti ifade edebildiği için kast yerine kusur kelimesini kullanmak daha muavfık olur kanataindeyiz, zira bu tabir:

1— Kasdî fiilleri, yani ceza tehdidi altında bulunan fiilleri kasden ika halini.

[3] [4] Richar donig: Taksir ve ceza, üniversite konferansları 893, S.209 T. Taner. Ceza Hukuku sayfa 304

2— Taksiri ve ihmali fiilleri, yani ceza tehdidi altında bir fiili önleyebilmek için zaruri ihtimamı göstermemek halini ifade edebilmesi itibarile ilmi mânaya daha yakın bir tâbirdir. Kusur kelimesi kasdi hareketlerde kasdın nizama aykırı mahiyetini belirttiği gibi ihmali, tedbirsizlik ve dikkatsizlik mahiyetinde olan suçlardaki mesuliyetide ifade eder. Kusur kelimesine bu mânayı verdikten sonra mesuliyetin esası kusurdur diye târif edebiliriz.

Meşru müdafaa, İztirar gibi hallerde kanun kusurluyu gayri mesul adetmiş yani mesuliyetten istisna etmiştir. Kusur içtimai nizama aykırı zihniyeti ifade eder dedik kasdi hareketlerde bu zihniyet açık surette görülür fakat taksirli fiillerde kaideye aykırılık nasıl tezahür eder. Bu kabil fiillerde kaideye aykırılık şu şekilde tecelli eder. Kanun bu hallerde ihtimam ve dikkat gösterilmek suretile içtimai nizamın ihlâl edilmemesini emreder. Çünki ihmal ve dikkatsizlikten, ancak gösterilmesi istenilen bir ihtimam ve dikkate nisbetle bahsetmek kabildir. Burada istenme bir kaide ve nizam tarafından talep edilme mânasinadır. Onun için bu gibi hallerde ihmal ve dikkatsizlik kanunun muahafazasını istediği nizamın ihlâli şeklinde tecelli eder. Bu itibarla kaideye muhalefet zihniyeti yine mevcuttur. Zira burada hukuki nizam herkesten hareketinin bilinebilir neticesini hesaba katmayı ve kötü akibetlerini önliyecek her şeyi yapmayı istemiştir. Nizamın bu istek ve emirlerine muhalefet ancak cezai mahiyette ihmal ve dikkatsizlik teşkil eder. Kusurun felsefi ve pisikolojik mahiyeti bizi alâkadar etmez. Cezai mahiyeti kanuna muhallif zihniyeti ifade eder. Esasen ceza hukuku kaideye muhalefet zihniyetile mücadele eder. Yoksa fiilin neticesile değil. Mesuliyeti tâyinde neticenin değil kaideye muhalefetin mevzua alınması, Ceza hukukunda müterekki ve mütekâmil bir safha arzeder.

VIII — Kabahatlerde mesuliyet

Kabahatlerde kast yani mesuliyet aranmaz diye bizde bir noktai nazar mevcuttur. Bu telâkkiye 45 inci maddenin ifade tarzı sebebiyet vermektedir. Madde şu şekilde yazılıdır.

Madde 45— Cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şey yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiille ceza tertip ettiği ahval müstesnadır.

Kabahatlerde kast sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalinden mesuldur.

Son fıkra kabahatlerde mesuliyet esasını kaldırmamış yalnız sübut şeklini değiştirmiştir. Kanun kabahat teşkil eden fiilin aslolarak kasden işlendiğini kabul etmiştir. Hareketinin gayrı kasdi olduğunu isbat külfeti maznuna tahmil olunmuştur. Bu cihet kanunumuzun aslı olan İtalya Ceza kanu-

nu esbabı mucibe layihasında sarih olarak bildirilmiştir.[5] Binaenaleyh suçlunun bilerek hareket ettiği kabahatlerde de aranılacaktır. Maddi hata kabahatlerde de cezayı refeder. Asker sigarasının sivil bir kimse tarafından satın alınması kabahat teşkil eder. Maznun bu sigaranın sivillere mahsus paket içinde kendisine verildiğini yahut sivillere mahsus sigara olduğuna ikna edilmek suretile hataya düşürüldüğünü ispat ederse tabiatile cezadan kurtulur. Keza ceza kanununun 576ıncı maddesine göre edebe muhalif bir suretde halka görünmek kabahat suçunu teşkil eder. Bir kimse imdat talebi yahut yangın veya herhangi bir tehlike karşısında çıplak olarak sokağa fırladığını veya vesikasız silâhın haberi olmadan eşyası arasına veya paltosu cebine konulduğunu isbat ederse mesul olmaz. (2nci ceza dairesi karar 943/453).

Hulâsa; kabahatlerde de suçlunun bilerek hareket etmiş olması lâzımdır. Ancak cürümlerde olduğu gibi suçun zararlı neticesini arzu etmiş olması şart değildir.?

Hükmî şahıslarda ceza mesuliyeti

Hükmî şahısların cezai mesuliyetleri günün önemli ve münakaşalı mevzularındandır. Cezai mesuliyet ancak cezanın içtimaî gayesini anlıyabilecek kabiliyette olanlara tereddüp eder. Gezayi hissetmek yani irade ve temyiz kabiliyetine yalınız insanlar sahiptir. Bu itibarla cezaya yalnız insan mevzu olabilir. Hükmî şahısların de cezaya mevzu teşkil edip edemiyecekleri meselesi ihtilâflıdır. Hükmî şahısların cezai mesuliyetleri aleyhinde bulunanlara göre hükmî şahıslar hakikatte mevcut değildirler, bunların mevcudiyetleri farazidir. İradeleri olmadığı gibi cezayî da hissedemezler, mahiyetleri itibarile bir kısım cezalar meselâ hürriyeti bağlayıcı cezalar bunlara tatbik edilemez. Karar ve iradeleri ancak uzuvları yani hakiki şahıslar vasıtasile beyan olunur. Bu kararlardan haberdar olmıyanlar hatta bu kararlara muhallif kalan uzuvlara da tesir edecek bir cezadan nasıl bahs olunabilir.?

Hükmî şahısların cezai mesuliyetleri lehinde bulunanlara göre ise : hükmî şahısların mevcudiyetleri farazi değil hakiki ve şen'idir.Bunların kollektif bir iradeleri mevcutdur. Bu irade ile alım satım, icab ve kabulde hulâsa bütün hukukî tasarruflarda bulunurlar. bunların suç teşkil eden faaliyetleri mali cezalarla, hükmî şahsi kısmen veya tamamen faaliyetten men ve fesih gibi bünyelerine uygun ve tenkili mahiyetde sair tetbirlerle önlemek kabildir.

Halihazırda bunlardan bilhassa iktisadi gayeler takib edenlerin yani Şirketler inkişaf ederek pek büyük mali kudret iktisab etmişlerdir. Son zamanlarda tek şahıslı tâbir olunan bir nevi şirketler peyda olmıya başla-

[5] Majno : ceza kanunu şehri cilt IS,. 152

mıştır. Şirketin bütün hisselerine bir şahıs sahip olduğu zaman tek şahıslı şirket vucut bulur. Ekser memleket kanunları bu mahiyette şirketlerin teşekkülüne mani olmıya çalışır.

Bazı hukukçular da bu nevi şirketlerin ilerde mühim bir rol oynıyacağı kanatile yakından alâkadar olurlar. Tek şahıslı şirket tek şahsın iradesile hareket eder. Bu şahıs ekseriya cezaî mesuliyetten kurtulmak gayesile şirketi siper olarak kullanır. İktisadi münasebetlerin inkişafi tek şahıslı şirketin devam ve çoğalmasını mümkün kılacak mahiyettedir. Hükmî şahısların mesuliyeti hakkında ceza kanunumuz tamamen sakittir. Yani Hükmî şahısların cezalandırılacağına dair bir hüküm mevcut değildir. Bu itibarla mevzuatımızda ceza ancak hakiki şahıslara tatbik olunur. İcra iflâs kanununun 345 inci maddeside cezaya yalnız hakiki şahısların mevzu teşkil edebilecekleri esasını teyid etmiştir. Zira maddeye göre suç teşkil eden fiil, hükmî şahıs tarafından işlendiği takdirde ceza hükmî şahsa değil o fiile iradesi taallûk eden ve hükmî şahıs namına hareket eden uzuvlara tereddüp eder. Madde hükmî şahsın cezalandırılması kaidesinden içtinap ettiğimizi gösterir. Binaenalyh sisteminize göre cezaya ancak hakiki insan mevzuu teşkil edebilir. Hükmî şahıslar hakkında medeni kanun hükümleri de pek noksandır. Medeni kanunun 45 inci maddesi (Başlı başına mevcudiyeti haiz cemiyet ve şirketlerle kendilerine has bir mevcudiyeti ve muayyen gayesi bulunan müesseseler sicillerine kayıtlarını icra ettirmekle şahsiyet iktisap ederler.) der. Ticaret kanunu 122 inci maddesine göre Ticaret şirketleri başlıbaşına hükmî şahsiyeti haiz teşekküllerdir. Medeni kanunun 46 ıncı maddesine göre hükmî şahıslar cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icadı ancak insanlara has olanlardan maada bütün hakları iktisap ve borçları iltizam ederler. Hükm şahısların taksir ve mesüliyetleri hakkında medeni kanunun 48 inci maddesinde hüküm mevcuttur. Maddeye göre hükmî şahsın uzuvları iradelerile hükmü şahsı ilzam ederler. Ve kusurlarından şahsen kendileri de mesuldürler. Hükmî şahısların iradeleri uzuvları vasıtasile beyan olunur. Ancak uzuvlar hükmı şahsın mümessili değil bizzat kendisidirler. Hali hazırda temayül büyük kudret iktisap eden iktisadi ve tüccari şirketlerin ve hatta Belediye ve komun gibi idari teşekküllerin cezai mesuliyetleri cihetine gidilmesine müteveccihtir. Hükmî şahıslar hakkında hususî ceza kanunlarımızdaki hükümlerden kısaca bahsetmek faideli olacak kanaatindeyim.

Hayvan Sirkatinin Men'i Hakkında Kanun:

6/4/329 günlü hayvan sirkatinin men'i hakkındaki kanunla köy ve şehir gibi hükmî şahısların suçtan mesul tutulmaları esası kabul olunmuştur. Kanunun bu hususdaki maddeleri şunlardır.

Madde—6 : Mesruk hayvan izi bir kariyeye veya aşirete veya çiftliğe veya tek hane ve mandıralara müntehi olunca o aşiret ve kariye ahali-

si ve çiftlik ve tek hane ve mandıra sahip ve müstecirleri ya izin kendi hududları haricine çıktığını isbat veya sariki ihbar veyahut hayvan bedelini ala, tariki taksim tediyeye mecburdurlar

Madde— 7 : İz bir kaç kariye veya aşiret arasında gayp olursa yine 6 ıncı maddeye tevfik hareket olunur.

Madde— 8 : İz bir kasabaya müntehi olursa iş bu muamele medhalinde bulunan mahal hakkında tatbik olunup sair mahallata teşmil edilemez.

Mevzuubahs olan tazmin temamen hukukî mahiyette bir tazminat adolunamaz. Burada hırsızlık yani suç teşkil eden bir fiilden dolayı hükmî şahsın mesul tutulması ve bundan dolayı mahkûm edilmesi keyfiyeti derpiş edilmiştir.

Kendisine suç izafe olunan şahsiyet hökmî ve izafı bulunduğu için hakiki şahıslara mahsus cezalar kabili tatbik görülmemiştir. Suç teşkil eden bir fiile karşı bir tetbir daha doğrusu bir müeyyide mevzuubahıstır? Ancak hüküm olunacak paranın para cezası olduğuda iddia olunamaz zira para cezasının neticelerini tevlit edemez. Meselâ, hapse çevrelemez müruru zeman ve sair sukut sebepleri medeni hukuktaki kaidelere tâbi olması lâzımdır. Köy şehir veya kasabanın bu kanundaki mesuliyetleri hükmî şahısların haksız fiillerinden mütevellit mesuliyetle de karıştırılmamalıdır. Çünkü tazminle mükellef tutulan hükmî şahıs barçlar kanununa göre haksız bir fiil ika etmiş değildir. Esasen hükmî şahsın âdi mesuliyeti hukuku âmme müessesesi olması itibarile daha fazla hukuku idare hükümlerıne tâbidir. Hayvan sirkatının meni hakkındaki kanunun tazmine dair hükümleri suç isnadi töhmeti altında bulunan hükmî şahsın bu suçdan dolayı mesuliyetine mütedairdir. Kendisini teşkil eden hakiki şahıslardan birisinin işlediği suçtan hükmî şahsın mesul tutulması esası kabul olunmuştur. Denilebilirki hayvan sirkatinin meni hakkındaki kanunla bizde hükmî şahısların mesuliyeti esasına dogru ilk adım atılmıştır.

Millî Korunma Kanunu:

Cezai mesuliyet hakkında Milli Korunma Kanununda Orijinal hükümler mevcuttur Alım, Satım serbesttisini Cemiyet menfaatine tahdid eden ve bazı Hukukî tasarrufları suç ad eden bu kanunla bizde cezai mesuliyet ana prensiplerine nazaran genişletilmiştir. Kanunun en bariz hususiyeti idari bir kararla fiil ve hareketleri suç ad ve ilân etmek salâhiyitinin Hükümete verilmiş olmasıdır. Fevkalade hallerde Devletin bünyesini iktisadi ve Milli Müdafaa bakımından takviye maksadile İcra Vekilleri Hey' etine bu kanunda gösterilen şekil ve şartlar dairesinde vazife ve salâhiyetler verilmiştir. Madde — 1 —

Üçüncü maddesinden serahaten anlaşılacağı gibi fevkâlede hellere munhasır bulunan bu kanun fevkalede hallerin hitamında Hükümetinde selâhiyeti nihayet bulur. Filhakika fevkalade hallerde seri ve cezri tedbirlere lüzum gösteren iktisadi ve milli Müdafaa ihtiyaçları ancak bu mahiyetteki selâhiyetlerle karşılanabilir. Bununla beraber kanun vazıı, Mülkiyet ve Hürriyeti takiyitedici tedbirlerin mahiyet ve şartlarını kanunla tâyin ederek Hükümetin selâhiyetlerini oldukça tahdid etmişdir. Meselâ 14 üncü meddeye göre Hükümet, ancak halkkın ve Milli Müdafaanın ihtiyacı olan maddelere değer fiyatı mukabilinde el koyabilir. 11 inci maddeye göre sanayi ve maaddin müesseselerinin istihsallerini normal maliyet fiatlarına ancak muayyen bir kâr illavesile mubaya edebilir. Mili Koruma Kanununun hükmî şahsın cezaladırmasına mütedair hükümleri 59 uncu maddesindedir.

Madde 59 Fıkra 2 — 31 inci maddenin 2 ve 3 üncü fıkralarile 32 inci maddede yazılı fiillerin işlenmesinde tevellüt eden veya edebilecek olan zarar malın yahut temin edilen veya edilmesi kast olunan gayri muhik menfaatın miktar veya mahiyetine göre hafif ise bu fiilleri işleyenler hakkında 100 Liradan 1000 Liraya kadar ağır para cezası ve 3 aydan bir seneye kadar hapis cezası verilir. Ve bir aydan 3 aya kadar dükkan mağza ve Ticarethanenin kapatılmasına ve bu müddet zarfında suçlunun Ticaretten menine hükm olunur.

Bu fıkraya göre ihtikar ve istismar fiillerini işleyenlere ceza verilmekle beraber suçlunun çalıştığı müessese de dükkan ve mağazanın kapatilmasına ve bu müddet zarfında Ticarretten menine karar verilebilir. Maddeye göre bir anonim şirketin satış mağzasında müsdahdem bulunan bir kimse ihtikar fiilini işlelerse fiilin faili olan hakiki şahıs kanununda yazılı cezalarla cezalandırılır. Ve fiilinden dolayı çalıştığı mağaza da kapatılı. Ve bu müddet zarfında Ticaret hanenin başka yerde mumasil bir Ticari faaliyette bulunmaktan yani Ticarretten menine hükm olunur. suçun hükmî şahsı temsil salâhiyetin hayiz uzuvlarının riza ve malumatları dahilinde işlemiş olması halinin ademi subutu dahi Ticaret hanenin kapatılmasına meni teşkil etmez [6]

Mağazanın kapatılması cezası ancak anonim şirketi hakkında kabili infazdır. Bu suretle müsdahdemin fiilinden dolayı şirket, Bünyesine uygun bir müeyyide ile cezalandırılmış oluyor. Hükmi şahsın tenkili mahiyette bir müeyyide ile Cezalandırılması suretile Milli Korunma kanununda bu sahade daha ileri bir adım atılmış demektır.

İş Kanunu:

15/6/936 gün ve 3008 sayılı iş kanunu memleketimizde işçi ve iş verenlerin riayetle mükellef oldukları nızamı temin etmiştir. Bu kanun suç

[6] Ceza ummumî Heyeti 6/4/943 gün karar 34

teşkil eden fiillerinden dolayı doğrudan doğruya hükmî şahsı değil ancak mümessillerini cezalandırmıştır. Kanun işçi ve iş vereni birinci maddesinde tarif etmiştir. Mezkûr maddeye göre bir iş akdi bolayisiyle başka bir şahsın iş yerinde bedenen veyahut bedenen ve fikren çalışan kimseye işçi denir. bu iş akdi dolayisile kendi iş yerinde başka bir kimseyi bedenen veyahut fikren çalıştıran şahsa iş veren denir.

Müdürler, İdare memurları ve umumiyet itibarile işin sevk ve idaresi vazifesini gören kimseler iş veren vekillidirler. Madde 1 Fıkra 2 ve 3 .

İş veren şahıs hakiki olduğu gibi hükmî de olabilir. Kanun cezai hükümlerini ihtiva eden 8 inci faslında yalnız hakiki şahısları cezalandırmıştır. Zira cezalar münhasıren iş veren ile iş veren vekiline tâyin olunmuştur. Bu itibarla iş veren hükmî bir şahıs olduğu takdirde ceza Müdür, memur, idare meclisi âzalarına tereddüb edecektir.

Kanunun 125 inci maddesi ikinci fıkrasında suç hükmî bir şahıs veya bir cemiyet tarafından işlendiği takdirde ceza o teşekkül veya cemiyetin iş ve işçi bulma teşkilâtını idare ile muvazzaf kimseye verilmiştir.

Alâkadar hususi kanunların kısaca tetkikinden anlaşıldığı gibi hükmî şahısların cezaî mesuliyetleri hakkında mevzuatımızda umumî ve şamil bir ceza prensibi mevcut değildir. Her kanun kendi bakımından bu mevzuya temas ederek muhtelif ve mubayin müeyyideler vaz etmişlerdir. Denilebilirki hükmî şahısların suçlardan mesul tutulmaları ihtiyacı karşısında bünyelerine uygun mali ve zecri bazı tetbirlerin alınması ihtiyacı kendisini mevzuatımızda fazlasile hissettirmeğe başlamıştır. İçtimaî ve İktisadi hayatın inkişafile ilerde daha fazla ehemmiyet kazanacağı şüphesiz olan bu mevzuun önemle göze alınarak ceza kanununa ana prensibin konulması ve bu sayede yukarıda işaret ettiğimiz hususî kanunlar arasındaki ahenksizliğin önlenmesini temenniye şayan buluruz.

No: 74

Türk Medeni Kanununda Karı ve Kocaya Terettüb Eden Hak ve Vecibeler

Yazan:
Dr. Zahid ÇANDARLI
Ankara Hâkim muavinlerinden

Evlenme, evlilik birliğini kuran bir müessesedir. Karı ve kocadan ibaret olan bu birlik, evlenme merasiminin icrasile teşekkül eder. [1]

Eşlerin birbirlerine ve bu birliğe karşı olan hak ve vecibelerinin izahına girişmeden evvel, bu müessese üzerinde biraz durmayı faideli buluyorum.

İlk hatıra gelebilen, evlenmenin bir tarifinin, kanunu medenimizde olup olmadığıdırki; kanunumuz böyle bir tarif yapmaktan içtinap etmiştir. [2]

Evlenecek eşlerin, bu akdi yapmaktaki gayelerini araştıracak olursak, bu gayelerin pek muhtelif olduğunu görürüz. [3]

İşte bundan dolayıdırki, evlenme akdinin dürüst bir tarifini vermek pek müşküldür. Bir çok müellifler gibi «Rossel ve Mentha» de bize evlenmenin tarifini vermiyor. Yalnız bir kaç kelime ile «evlenmenin ahlâki, bir müessese» olduğundan «din prensiplerine sıkı şekilde bağlı bulunduğundan» bahsediyor,

Evlenmenin hukuki bünyesine gelince, ilk olrak bunun bir akid olub olmadığı meselesi mevzuubahs olur. Akdin tarifini borçlar kanunu bize vermektedir.[4]

Evlenmeninde, bir akit olduğu hemen inkâr edilemez. Bununla beraber bu akdi doğrudan doğruya borçlar kanunundaki akitle de, ayni mahiyette kabul edemeyiz. Buna daha ziyade ne'vi şahsına mahsus bir akid demek doğru olur. Zira bu akid yalnız mâmeleke teallûk eden bir

[1] Türk medeni kanunu 151, 108 ve 109 uncu maddelerine bakınız.

[2] Kanunumuz mümkün olduğu, kadar tariflerden kaçınmıştır. Zira bir şeyi tarifin doğuracağı müşkülâtı, vazıı kanunumuzda takdir etmiştir.

[3] Evlenme bazılarına göre sırf bir içtimai vazife duygusuna müstenittir. Diğer bazılarına göre, fizyolojik bir ihtiyaca cevap vermekte. Veya evlât yetiştirmek arzusu, Yahutta mütekabil bir aşkın tatmin edilmesinden ibarettir.

[4] Borçlar kanununun birinci maddesine bakınız.

akid değil, birliği taşkil eden eşlerin şahsi vaziyetlerini, bulundukları muhit ve camiayı da alâkadar eden bir akiddir. [1]

Biliyoruzki, her akitde bir taraf borçlu ve bir taraf alacaklı, vaziyetindedir taraflar akde müteallik bu hak ve vecibeleri karşılıklı, rizalarının uygunluğu halinde her zaman tebdil kudretine maliktirler.

Halbuki evlenme akdinde, eşlere terettüp eden bu hak ve vecibelerin değiştirilmesi imkânsızdır. Ve bunların ademi ifası halinde diger taraf, tazminattan başka müeyyidelere maliktir. [2]

Evlenme akdi, karı ve kocaya bir takım haklar ve vecibeler tahmil etmiştir. Evlilik birliği yalnız hukuki bir karekter arzetmez; ayni zamanda ahlâki, dini, içtimai cepheleri de kuvvetlidir. Bundan dolayıdır ki, karı ve kocaya yalnız hukuki değil, ahlâki bir takım vecibelerde tahmil edilmektedir. Kanunumuz, eşlere terettüp eden esaslı hak ve vecibeleri mümkün olduğu kadar saymıştır. Koca, birliğin reisliğini ifa edecek, ikametgâhı seçecek, karı ve çocuklarını iaşe [3] ile mükellef olacaktır. Karı da, ev işlerini idare edecek ve müşterek saadeti temin husnsunda gücü yettiği kadar kocasına muavenat edecektir. Eşlerin birlikte olan mükellefiyetleri de vardırki, bunda ki gaye, evlilik birliğinin saadetini müştereken siyanet etmektir. [4]

Evlilik, karı ve koca arasında bir birlik tesisi gayesine matuftur. Acaba bu birliğin teşekkülü için yalnız evlenme merasimi kâfimidir, yoksa eşler arasında cinsi münasebetin tahakkuku ve aynı meskende hiç olmasa bir müddet beraber oturmak lâzım mıdır? Vazıı kanunumuz, cinsi münasebetin tahakkukunu aramamaktadır. Bir arada oturmak şartına gelince, Onun da mutlak bir lüzumundan bahsetmemektedir. [5]

Birliğe nihayet veren tabii sebebler, eşlerden birinin ölümüdür. Arizî sebepte boşanma ile gaiplik kararıdır. [6]

[1] Bu akdin tam bir karektersitik vasfı da âmme intizamına teallûk etmesidir. Profesör Piérre Aeby buna (aile hukuki akdi) namını vererek borçlar, hukukundaki akitden böylece tefrike çalışmışdır.

[2] Türk medeni kanununun 129 dan 135 kadar ve 155 den 159 za kadar, 161, 162 den 164 de kadar olan maddelere bakınız. Bazı vazıı kanunlar, boşanmayı yalnız eşlerin irade beyanlarile feshetmelerini kabul etmiştir. Meselâ Belçika medeni kanununun 275 inci maddesi böyle bir hükmü ihtiva eder.

[3] İaşe kelimesinin ifade ettiği mâna: yiyeceği, içeceği, oturacak meskeni, giyeceği, elhasıl hayatı idâme için lüzûmlu bütün ihtiyaçları ihtiva eden mânada anlarız.

[4] Türk medeni kanununun 151,190,261,277,280,315 inci maddelerine bakınız.

[5] Evlenme akdile teessüs eden bu birlik, çocukların doğmasıyle aile birliğine kalb olur.

[6] Türk medeni kanununun 51 ve 129 dan 135 inciye kadar olan maddelerine bakınız.

519

Vazıı kanunumuz evlilik birliğinin ehemmiyetine mebnî, bu birliği siyanete matuf bir takım tetbirler almıştır. Bunları üç katagori içinde zikretmek mümkündür.

I—Umumî Mahiyetteki Tedbirler: Medenî kanunumuzun, 161 inci maddesi Hâkimin müdahale edebileceği vaziyetleri tâyin ediyor.Karı ve kocadan birisi, aile vazifelerini ihmal ederse, bundan zarar gören taraf hâkime müracaatla, onun müdahalesini talep etmek hakkını haizdir. Hâkimin ilk vazifesi, hangi tarafın suçlu olduğunu tâyin etmek ve bundan sonra da ona kendisine terettüp eden, vazifeleri başarmasını ihtar eylemektir. Hâkim bu ihtarın bir netice tevlit etmediğini, görürse birliğin menfaatini iktiza ettiği şekilde kanunen tâyin edilmiş tetbirleri almakta serbesttir. [1]

II—Müşterek Hayatın Tâtili: Türk medenî kanununun 161 inci maddesi, hâkime eşlerden birinin ayrı mesken ittihazına müsaade salâhiyetini bahşetmektedir. Kanunumuz bu ayrı yaşayış için, muayyen bir müddet tâyin etmiyor, yalnız tehlikenin devam ettiği müddetçe denilmektedir. Binaenaleyh, hâkim bu tehlikenin vücut ve ademi vücudunu takdirde serbesttir. Karı, koca arasında hadis olan vahim hadiselerde tesirli tedbirlerden biri, müşterek hayatın bir müddet için tatilidir. Müşterek hayatın tadili kararı, boşanma veya ayrılma dâvası ikame ettikten sonra ihtiyati bir tedbir olarak hâkim tarafından verilebilir. [2]

Müşterek hayatın tatili için evvel emirde, eşlerden birinin sihhatını, [3] şöhretini ve yahut işinin feyiz ve terakkisi ciddi bir şekilde müşterek hayatın devamı yüzünden haleldar olması lazımdır,

İkinci bir mühim mesle de müşterek hayatın tatiline, hâkim tarafından karar verildikten sonra diğer eşin ve çocukların iaşesi kime ait olacağıdır. Bazı hukukçular kocaya ait olacağını iddiâ ediyor ve mademki diyorlar:

Müşterek hayatın tatili evlilik birliliğini bozmıyor, öyle ise kocanın bu birliğe terettüp eden, aile efradını iaşe vecibesinin de devamı lâzımdır. [4]

Diğer bazı müellifler de kabahatlı tarafın, diğerini iaşe etmesi lâzımgeldiğini ileri sürüyor. Vazıı kanunumuz bu hususu hâkimin takdirine bırakmış ve 162 inci maddenin üçüncü fıkrasında, sarih şekilde izah ederek «hangisinin diğerine ne miktar muavenette bulunacağını hâkim tâyin edecektir,» demiştir.

[1] Türk medeni kanununun 162 den 163 üncüye kadar olan maddelerine bakınız.

[2] Türk medeni kanununun 162 inci madde fıkra ikiye bakınız.

[3] Buradaki sıhhat kelimesinden yalnız fiziki değil ahlâki sıhhatin de haleldar olması lâzımdır. Proin. 17 ve müteakip sahifelere bakınız.

[4] Nasıl eşler bu ayrılık müddetince sadakat ile mükellef iseler bu ayrılık müddeti içinde her hangi biri diğer bir kimse ile münasebette bulunması zina addettiğimiz ve birbirinin mirascısı olması gibi.

III — Karı ve kocanın borçlarına ait tedbirlere gelince: koca, aile birliğine olan vazifelerini ihmal ederse, meselâ ailenin iaşe masraflarını, mesken bedellerini ilâ. . tediye etmezse, karı koca arasındaki mal sistemi [1] her ne olursa olsun, hâkim burada kocanın borçlularına borcunu hepsini ve ya bir miktarını ev masraflarına karşılık olarak karıya ödemelerine hükmedebilir.[2]

Bilhassa bu tedbir, tatbikat sahasında çok faideli bir netice doğurabilir. Bunun cezai bir mahiyetti olmayub, yalnız aile birliğinin himayesinden ibarettir. Şunu dâ ilâve edeyim ki, karı ve koca arasında cebri icra zaten mevcut değildir.

Evlilik birliliğini teşkil eden karı ve kocanın bu birliğin icabatından, bir takım haklara ve vazifelere maliktirlerki, bunları evvel emirde iki kısım içinde izah etmek mümkündür.

I—Karı ve kocanın ayrı ayrı, evlilik birliğine karşı olan vazifeleri: Bunu izaha girişirken karı ve kocanın birlik içindeki durumunu da incelemek lâzımdır. Karı ve kocanın birlik içindeki durumları müsavat prensibine dayandığı, bir çok hukukçularca kabul edilmektedir.

Ve kocanın üstün bir hukuki vaziyeti olacağını kabul eylememektedir. Ben müsavat prensibini kabul etmiyenler zümresine iltihakı münasip görüyorum. Zira Kanunumuzun bir çok maddeleri bu müsavatı açıkça kabul etmemiştr. «Hatta kocanın üstün hukukunu su götürmez bir hakikat olarak kabul etmiştir. Medeni kanunumuzun 152 inci maddesi sarahaten «koca, birliğin reisidir,» demiştir.

İsviçreli Hukukçular da bu reislik kelimesi üzerinde bir az duruyorlar. Ve bunun madunluk ve mafevklik mânasında anlaşılmamasında israr ediyorlar.[3]

Bu reisliği bir aile babası mahiyetinde anlamak tam yerinde olur, kanaatındayız.

Her cemiyette için nasıl bir otoriteye ihtiyaç varsa, evlilik birliğinin de eşlerin teşekkül ettiği bir cemiyet addedileceğinden onda da bir otoritenin bulunması bir ihtiyaçtır. [4]

[1] Medeni kanunumuz üç türlü mal sistemi kabul etmiştir. Birincisi mal ayrılığı sistemidir. Karı, koca başka bir sistem kabul etmemişlerse bu şekli kabulleri karine olarak kabul edilir. Madde 186.Diğer ikisi de ihtiyari sistemdir. Mal birliği madde 191, Mal ortaklığı madde 209.

[2] Medeni kanununun 163 üncü maddesine bakınız.

[3] Koca yalnız birliğin reisi değil ayni zamanda birliği temsil salâhtyetini de haizdir. Kocanın bu temsil salâhiyetini haiz mes'uliyeti kollektif şirketlerdeki temsil salâhiyetini haiz âzaların mes'uliyetlerine benzer. Rossel: sahife 285

[4] Mahezimiz olan İsviçre kanunu medenisi esaslarını teşkil eden Cermen ve Romen hukukları da kocaya üstün bir hak tanımaktadır.

Kocaya terettüp eden vecibelerden biri de, karı ve çocukların münasip veçhile iaşesidir. İaşe kelimesinden anlaşılan esas itibarile besleme, ikamet ve giydirmedir. Bunun karı ve kocanın içtimai durumlarına ve kocanın gelir ve kazancına mütenasip olması lâzımdır. Kanunumuz bazı ahvalde, kocaya karısının da münasip derecede aile masraflarına iştirakini, talep hakkını vermiştir. [1]

Meselâ koca bir kaza veya hastalanma neticesi çalışma kabiliyetini bir miktarını yahut tamamını gaip etmişse, veya her hangi bir sebeple şahsi serveti zayi olmuşsa karısından, hakkaniyet icabı imkân dahilinde onun yardımını isteyeceğini kanun kabul etmiştir.

Kadına terettüp eden hak ve vecibelere gelince: Medeni kanunumuzun 153 üncü maddssinin 3 üncü fıkrası « eve kadın bakar » demektedir. Bunun ifade ettiği mâna kadının ev işlerindeki salâhiyetini göstermektedir.

Ev kelimesinden maksat, ev idaresi eski tâbirile (idarei umuri beytiyedir.) Bu yalnız bir hak değil, ayni zamanda kadına terettüp eden bir vazifedir de. [2] kadının malik olduğu diğer bir hak, bazı ahvalde evlilik birliğini temsil salâhiyetidir. [3]

Kanun bu salâhiyetin, evin daimi ihtiyaçları kadrosu dahilinde kalacağını göstermektedir. kadına bahşedilen bu temsil salâhiyeti birliğin mevcudiyeti ile kaimdir. Karı ve kocalık rabıtasının mevcudiyetide şarttır.

Boşanma ve butlan ile feshedilen birlikte, temsil salâhiyeti ortadan kalkar. Eğer karı koca müstakil bir ev teşkil etmemişlerse [4] kadına terettüp eden temsil salâhiyeti de tahdide uğrar.

Kadının evlilik birliğini temsili esnasında etmiş olduğu borçlardan, kocanın da mes'ul olacağı esas itibarila kabul edilmişdir.

Alacaklıların kocayı mes'ul tutabilmeleri için, evvel emirde salâhiyetin evin daimi ve gündelik ihtiyaçları çevresini geçmemesi lâzımdır. Bu hududu geçmiş salâhiyetler için kocanın sarih ve zimni rizası olmazsa mes'ul tutulmaz.

Eğer karı temsil salâhiyetini suiistimal eder yahut kullanmaktan âciz bulunursa ve bu hususta ehliyetsizliğide görülürse koca bu salâhiyeti tamamen veya kısmen kadından nezedebilir.

[1] Medeni kanunumuzun 190 ıncı maddesine bakınız

[2] Kadın ev işlerini ifa ve idareden dolayı kocasından bir ücre talep edebilimi? meselesi mevzuubahıs olunca kanun bu hususu sarih bir şekilde izah etmemiştir. Evlenmenin esas bünyesi göz önüne getirilirse böyle bir ücret talep edilmiyeceği sarih şekilde meydana çıkar.

[3] Türk medeni kanunu 155 inci maddesine bakınız.

[4] Karı veya kocanın ebeveyni evinde ikamet ediyorlarsa.

522

Bunun üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edebilmesi için noter marfetile ilân edilmesi lâzımdır. Aksi takdirde, hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara karşı bu nezi ileri sürülemez. [1]

Temsil salâhiyeti, kadın için bir hak addedilirse de bu hak kocanın otoritesi tarafından hudutlanmıştır. Kadının diğer bir vazifesi de, gücü yettiği kadar müşterek saadeti temin hususunda kocasına muavin ve müşavir va zifesini görmesidir. Eşlerin içtimai mevkilerine göre terbiyevi, sıhhı, ve gelir menbalarına esas olan işlerde, kocasına akıl vermek ve onu ikaz etmesi lâzımdır. Karı bazı ahvalde zikrettiğimiz gibi koca ve çocukların iaşesile de mükelleftir. [2] Rosselin dediği gibi, kadın yalnız şahsi geliri ile değil, bizzat kendi mesai ve sayi ile de lüzumunda çalışarak evlilik birliğinin refahına hizmet edecektir. [3]

Kadının bir meslek ve sanatı icra ederek kazandığı şeyleri lüzumunda yuvanın masarifine sarfetmesi gibi.

II — Karı ve kocanın evlilik birliğine karşı müşterek vazifeleride vardır: Evlenme eşlere bir takım vecibeler tahmil ederki, bunlar evliliğin birer neticesinden başka bir şey değildir. Meselâ çocukların iaşesi, terbiyesi, gibi hususlar, karı ve kocaya müttehiden tahmil olunmuştur. Birbirlerile hüsnü münasebette bulunmakta eşler için birer vazifedir.

Birinin talebini diğeri sebepsiz yere reddedemez. Karı ve koca kezalik birbirlerini tatmin etmekle de mükelleftirler.

Aynı zamanda karı ve kocanın birlikde ikametleri şarttır. Zira evlenmedeki gaye eşlerin hayatlarını birleştirmeleridir. Hemen bütün vazıı kanunlar evlilik rabıtasile bağlı eşlerin birbirlerine sadakatla mükellefiyetlerini kabul etmektedir.

Bu eşlere yalnız hukukî bakımdan değil, ahlâkı bakımından da tahmil edilmiş belli başlı vecibelerden biridir. Medeni kanunumuzun 151 inci maddesinin 3 üncü fıkrası «karı koca birbirine sadakatle mükelleftir.» diye bir esas vazetmektedir.

Sadakatsizliğin en ağırı zinadır. Türk vazıı kanunu zina filine iki müeyyide komuştur.

Zina bir suçtur, ceza kanunumuz tarafından bu fiili işliyenler cezalandırılır. [4]

Diğer müeyyideye gelince; bu da zinanın bir boşanma sebebi oluşudur. Zina sabit olduğu takdirde, eşleri hâkim boşamaya mecburdur, ayrılıklarına hükmedemez. [5]

[1] — Türk medeni kanunu 156 ıncı maddeye bakınız.
[2] — „ „ „ 182 inci maddeye bakınız.
[3] — „ „ „ 156 ve 183 e kadar 2 , 203 e kadar 3,216 ya kadar 3 ve 187 inci maddelerine bakınız.
[4] — Türk ceza kanunu 440 ve 444 üncü maddelerine bakınız.
[5] — Medeni kanunu 129 uncu madde fıkra 1 e bakınız.

No. 75

Evlenme vadiyle kızlık bozma suçları ve Temyiz içtihadı üzerinde inceleme

Yazan:
Şahap GÜRSEL
Eskişehir C. M. U. Muavini

15 Yaşını doldurmuş bir kızı, alacağım diye kandırmak, kızlığını bozanlara, ceza kanunumuzun 423 cü maddesinde yazılı ceza verilmekde ise de, yüksek temyiz mahkemesinin (Suç, iğfâl ile mukarenet tarihinde tekevvün edeceğine ve istinkâf cürmün tekemmülünde kanunen şart olmamasına binaen, fiilin vuku bulduğu tarih ile dâva tarihi tetkik edilerek 108 ci madde hükmünün nazara alınması) gerektiği yolunda doğan ve yaşıyan içtihadı bu maddenin tatbikini güçleşdirmekte ve kanun vazıının genç kızları koruma yolundaki amacının gerçekleşmesine engel olmaktadır.

Şöyle ki: Faillerin bir çoğu, kızı kandırıp kızlığını bozdukdan sonra altı ay oyalamakta ve bundan sonra açılan dâvalar da ceza kauunumuzun 108 inci maddesinde yazılı mehile riayet olunmadığından reddedilmekdedir.

Biz, hem bu noktadan, hem de yüksek temyiz mahkemesinin içtihadını kanunun ruhuna uygun bulmadığımızdan, 423 cü maddede yazılı suçun unsurlarını inceleyecek ve asıl içtihadın ne yolda verilmesi gerektiği hakkındaki düşüncelerimizi sıralayacağız.

* *
*

Suçun unsurları :

1 — Suça hedef olan kızın 15 yaşını duldurması

2 — Suçlunun bu kıza evlenme vadinde bulunması,

3 — Evlenme vadinin kandırma kasdıyle yapılmış olması,

4 — Bu suretle kandırılan kızın bikrinin izale edilmesinden ibarettir.

Bir suçlunun 423 cü madde uyarınca takibe uğratılması ve cezaya çarpdırılması için, yukarıda saydığımız bütün unsurların mevcut ve tamam olması zaruridir. Eğer unsurlardan herhangi bir tanesi noksan bulunmuş veya tamamlanmamış ise faile ceza verilemez. O halde, kendisine evlenme vad

edilerek kızlığı bozulan mağdurenin sıcağı sıcağına dâva açmasına karşı kabil (ben evlenme vadinde bulundum, fakat bunu hüsnü niyetle yaptım, kandırma kasdım yoktur) diye bir müdafâada bulunursa, müddeiumumilik nasıl dâva açabilecek, mahkeme ne yolda davranacakdır. Gerçi ortada bir fiil vardır. Fakat henüz evlenme vadinin kandırma kasdına dayandığı hakkında delil mevcut değildir. Yani suçun bu unsuru temamlanmamışdır. Fail ne zaman almaktan vazgeçerse bu unsurda o zaman tamam olacak, daha doğrusu, bugün mağdureyi yüzüstü bırakarak almaktan vaz geçen suçlunun, fiili işlediği vakit de almak vadinde gayri samimi olduğuna hükmetmek için bir karine doğacakdır. (Bunun da istisnası bulunabilir, aşağıda inceleyeceğiz)

Böyle bir müdafaada bulunan suçlu hakkında, 423 cü maddenin ikinci fıkrasına göre muamele ifa olunması düşünülebilirse de biz bunu doğru görmüyoruz. Çünkü: Evlenme vadeden ve vadinde durarak mağdure ile evlenen kimsenin hareketinde iğfâl unsur mevcut değildir ki bu yolda davranılsın. Bu suçlu evlendiği takdirde (evlenme vadinin kandırma kasdına dayandığı sübuta ermediğinde) beraat kararı verilmesi gerekir. Nasıl ki, suçlu evlenmek ister, mağdure red ederse hüküm yine aynidir.

Öyle ise, evlenme vadinin kandırma kasdına dayandığı anlaşılıp, bikir izalesinin evlenme vadiyle kandırılarak vuku bulduğu gerçekleşinciye kadar suçu tamam saymamak zarureti vardır. Tamamlanmıyan suçlar için de 108 ci maddede yazılı altı aylık mehil hesaplanmıyacağına göre bu mehili bikrin izalesi tarihinden hesaplarsak yanılmış oluruz. Fail ne zaman evlenmekden, cayarsamehil de o zaman işlemeğe başlar.

Ancak, failin mağdureyi almaktan vaz geçmesiyle evlenme vadinin kandırmak kasdıyle yapıldığını kabul eylemek behemehal lâzım gelmez. Eğer, failin evlenmeden caymasına sebep olan hadise bikrin izalesinden sonra, mağdurenin haksız hareketiyle vücut bulmuş ve failin evlenmeden dönmesini haklı gösterir mahiyet taşıyor ise, mahkeme tarzı yine değişir. Misal Mağdure suçlu hakkında dâva açmış, suçlu (hüsnü niyetle evlenme vadinde bulunduğunu) beyan etmiş ve evlenmeğe hazır olduğunu bildirmiş iken, mağdurenin başkalarıyle yakınlık peyda ettiğini öğrenerek evlenmekten vazgeçer ve bu iddiasını da delillendirirse, bu vaz geçmeyi, evlenme vadinin kandırma kasdına dayandığına karine sayabilir miyiz? Hayır. Çünkü: kasıtlar arasında kopukluk doğmuş ve bizi suç anında yapılan vadin asılsızlığına doğru gösterecek yol kapanmışdır.

Hulâsa: Ceza kanunumuzun 423 cü maddesinde yazılı (evlenme vadiyle kandırarak kızlık bozma) suçlarında, ayni kanunun 108 ci maddesinde belirtilen mehilin hesaplanmasında başlangıç, iğfâl unsurunun tamamlandı-

525

ğı tarih olmalı ve eldeki temyiz içtihadı o yolda değiştirilmelidir. Bu suretle hem caza prensiplerine uygun davranılmış, hem de bu çeşit suçların cezasız kalması önlenmiş bulunacakdır.

Ayni zamanda bu suçun suçlusu olarak takibe uğrıyan ve mahkemeye verilen suçlar tarafından evlenme vadinin hüsnü niyetle yapıldığı iddia edilir ve evlenme muamelesi bütünlenirse, bu suçlu hakkında verilecek karar tecil değil beraat olmalıdır. Suçlunun, sonradan doğan haklı bir sebebe dayanarak evlenme vadinden döndüğü tesbit edilince de yine suçluya ceza verilmemeli ve haklı bir sebeple vukua gelen caymanın, suç tarihinde vücudu iddia edilen hüsnü niyetin asılsızlığına karine teşkil edemiyeceğinin kabulü ile, iğfal unsurunun noksanlığından, yine beraat yoluna gidilmelidir kanaatındayız.

No. 76

Mukavele Mevzuunun İmkânsızlığı ve Butlan

Yazan :
Şükrü E. POSTACIOĞLU

Hadise

Devlet limanları işletmesi İzmir umum müdürlüğünün bir çok istehalelerden sonra istihlâf ettiği İzmir Liman İşletmesi T. A. Ş. ile Aydın İnşaat şirketi arasında ihale suretile İzmir birinci kordonuna Marke paket taşı döşenmesi hususunda mukavele yapılmıştır. Şartnameye göre taş granit cinsinden olacak, döşenecek iki taş arasında mesafe azamî bir santimi geçmeyecektir. Ayni zamanda, Aydın inşaat şirketi liman işletmesi şirketine muayyen bir müddet zarfında bir iş programı verecek ve taşları döşeme işi de muayyen bir zamanda nihayete ermiş olacaktır. Eksiltmeye iştirak için 5.000 lira ihtiyat akçası şart konulmuş ve ihale Aydın inşaat şirketi üzerinde kalmıştır. Şirket bunun üzerine faaliyete geçmiş lâzım gelen malzemeyi tedarike koyulmuş ve taşları döşemeye başlamış ancak iki taş arasındaki şartnamede yazılı bir santim faslı müşterekleri temine muffak olamamıştır. Bunun üzerine liman şirketi bu sebebe ve mukavelede kabul edilipte ifa edilmiyen diğer sebeplere dayanarak akdi festmiş teminat akçesi 5.000 lirayı irada kaydetmiştir. Bunun üzerine, Aydın inşaat şirketi İzmir asliye ticaret mahkemesine müracaatla taşlar arasındaki mesafenin bir santim olmasına imkân bulunmadığı cihetle akdin mevzuunun gayrî mümkin olduğunu ve bu itibarla mukavelenin butlanını iddia ve irat kaydedilen 5.000 lira ile icrada hıfz edilmiş olan 840 lira taş bedelinin tarafına iadesi için dâva açmıştır. Buna mukabil liman işletmesi şirketi feshin yalınız faslı müşterek mes'elesine dayanmadığını, mukavelenin diğer şartlarının da yerine getirlmemiş olduğunu, kaldı ki faslı müştereklerin bir santim olmasının mümkün bulunduğunu def'an dermeyan etmiştir. Yapılan mahkeme neticesinde, İzmir asliye ticaret mahkemesi butlan dâvasının kabulüne, mukavelenin batıl olduğuna ve bu itibarla teminat akçası ile icrada mahfuz bulunan taş bedelinin Aydın inşaat şirketine iadesine karar vermiş ve bu karar da Temyiz ticaret dairesi tarafından tasdik edilmiştir.

Kararlar

İzmir asliye ticaret mahkemesinin verdiği 24/12/1941 tarih ve E. 941/5 K. 941/304 sayılı karardan :

« ..... Netice : iki taraf arasında akdedilen mukavelede faslı müştereklerde birer santimden fazla olmayacağı şeklinde dercedilen kaydın tatbikat sahasında teminine imkânı maddî ve fennî olmadığı bilmuhakeme sabit görülmüştür. Mukavelenin bu kısmının ifasında tâbiî ve afakî ademi imkân mevcut olduğu kanaati hasıl olmuştur. Müddeialeyhin ikinci müteahhide ihalesinde taş aralıklarının 1,5 santim olabileceği hususunu mukavelede zikretmekle bir santim olması imkânsızlığını kendisi de kabul etmiş demektir. Bu vaziyetde taş aralıklarının mutlak bir satim olması şartında müddei aleyhin ısrar etmesi ve taahhüdün bu şekilde ifasını istemesi hakkaniyete uygun görülmüştür.

Bu kısma ait taahhüt mevzuunun gayri mümkün olması bütün mukaveleye şartolan bir keyfiyet olması hasebile mukavelenin hey'eti umumiyesi borçlar kanunun 20nci maddesi mucibince batıldır.

Batıl olan bir akde kanunen bir hüküm terettüp etmiyecegine nazaran müddeialeyh tarafından mukaveleyi feshederek teminat akçasını irat kaydetmesinin kanunen bir kıymeti yoktur ve müddeinin yedi ihtiyarında olmıyan bu ahvalden dolayi taahhüt ifa edilmemiştir.

Bu vaziyette ticaret kanunun 648 ve 649 ıncı maddeleri teminat akçesi ile icrada mahfuz bulunan 840 lira taş bedelinin müddeiye verilmesini amirdir. Borçlar kanununun 20 inci maddesi hükmüne tevfikan müddei ile müddeialeyh arasındaki mukavelenin butlanına ve irat kaydedildiği anlaşılan 5.000 liranın müddeiaaleyhten ve müddeaya ait satılan taşlar bedeli olarak icrada mahfuz bulunduğu 937/9555 No. lu dosyadan anlaşılan 840 lira taş bedelinin de mezkûr icradan alınarak müddeiye verilmesine..... temyizi kabil olmak üzere 24/12/1941 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesinin E. 942/949 K. 279 sayılı ve 11/2/1943 tarihli tasdik kararından :

«.....mukavelenamenin 4 üncü maddesinde iki taş arasındaki müşterek faslın hiç bir vakit bir santimi geçmiyeceği tasrih kılınmış ve taahhüt edilen işin zikrolunan maddede gösterildiği gibi taşlar arasındaki faslı müştereklerin hiç bir vakit bir santimi geçmiyecek surette yapılmasına maddeten ve fennen imkân olmadığı mahkemece yapılmış olan tetkikat ve tahkikattan anlaşılmış ve ihtilâf edilen nokta bundan ibaret bulunmuş olmasına ve hadisedeki imkânsızlığın mahiyetine ..... göre bu cihetlere matuf temyiz itirazları varit değilsede .....»

Görülüyorki mesele borçlar kanunun 20 inci maddesine temas etmektedir Malûm olduğu üzere borçlar kanununa göre akitlerin erkâni üçtür : rıza, ehliyet ve mevzu. Akitler ancak muteber rızaların birleşmesi ile vücut bulurlar, bu riza beyanının ehil kimseler tarafından izhar edilmiş olması ve kanunen tecviz edilen bir mevzuu alâkadar etmesi lâzımdır.

Taraflar her nekadar akit yapmak hususunda serbest iseler de bu serbesti mutlak değildir. Borçlar kanunun 19 uncu maddesinin 2 inci fıkrası ve 20 inci madde bu serbestiyi takyit etmişlerdir. Bu maddelere göre mukaveleler kanunun aksini sarih bir şekilde menettiği hukuk kaidelerine mugayir olamıyacağı gibi, bu sarahatın mevcut olmadığı hallerde kanuna muhalefet aynı zamanda ahlaka, adaba veya umumî intizama veyahut şahsî hükümlere müteallik haklara aykırı olduğu takdirde muteber addedilmiyecek ve akit mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik ise mukavele batıl telakki edilecektir.

Bu itibarla akdin muteber olabilmesi için mevzuunda yukarıda temas ettiğimiz şartlara uygun ve bu cümleden olmak üzere bu mevzuun mümkün olması icap etmektedir. Romalıların da söylediği gibi mevzuu imkânsız olan bir mukavele tarafları hiç bir şekilde ilzam edecek bir akit değildir. [1] Bu bakımdan meselenin münakaşasına mahal yoktur Bu cihet bedihi bir vaziyetin ifadesidir.

Ancak üstünde durulacak başka bir nokta var ise o da doğrudan doğruya bu imkânsızlık mefhumudur. Bir akdin mevzuu ne vakit ve ne şekilde imkânsız olabilir? Borçlunun malî vaziyeti veya fizik kudreti borcu eda edemiyecek derecede ise bu vaziyet imkânsızlığı icap ettirir mi?

[1] Impossilium nulla est obligatio (L. 185. D.50. 17)

İmkânsızlık mefhumunu iki mânada anlamak kabildir. Birincisi afakî (objektif) ve mutlak şekilde imkânsızlıktır. Bu takdirde mukavelenin mevzuu yalnız âkitler için değil, herkes için va'ittir, yani akdin mevzuunu yerine getirebilmek hiç kimsenin iktidarında değildir. Bu şekilde imkânsızlık maddî olabileceği gibi kanunun hükümlerinden de doğar. Her iki halde de imkânsızlık katidir ve bütün fertler için mevcuttur.

Bu mutlak objektif imkânsızlığın yanında bir de nisbî ve subjektif imkânsızlık vardır. Meselâ mukavelenin hükümlerini icra etmek borçlunun fizik veya malî iktidarı dışında kalır ve aynı iş daha kuvvetli veya malî bakımdan bir az daha üstün biri tarafından yerine getirilebilir.

Objektif ve subjektif imkânsızlık arasında garp hukukunda exorbitance (Unerschinglichkeit) denilen ve daha ziyade iktisadî bir mahiyet arzeden bir vaziyette mevcuttur. Von Tuhr'a göre bu vaziyette mukavelenin icrası mümkündür. Fakat bunu icra etmek için öyle bir gayret sarfetmek yahut o derece fazla masraf ihtiyat etmek lâzımdır ki makul bir insan tarafından bu şekilde mukavelenin icrası normal bir iş olarak telâkki edilemez. Demek oluyor ki bu exorbitance yani fevkalede iktisadî güçlükler subjetktif ve objektif imkânsızlık arasında yer almaktadır. Bu vaziyet, her ne kadar mevzuun belki mümkün olması itibarile, nisbî imkânsızlığa yaklaşmakta ise de mevzu elde etmek için sarfedilmesi icap eden gayretin büyüklügü, ve bunun makul bir insan tarafından normal bir iş olarak telâkki edilmesi bu nu mutlak ve objektif imkansızlığa benzetmektedir.

Bu üç vaziyet muhtelif garp hukuku tarafından başka başka şekillerde benimsenmiştir. Fransız hukuna göre nazarı itibare alınan yalnız mutlak imkânsızlıktır. Fransız temyiz mahkemesinin son içtihadına göre bir mukavelenin mevzuu mutlak bir surette imkânsızlıka malûl bulunur ise ancak bu takdirde akdin iptaline karar verilebilmektedir. Bu itibarla nisbî imkânsızlık muvakkat veya katî olsun nazarı itibara alınmamakta ve fevkalâde iktisadî güçlükler halinde mukavelenin lüzüm ifade ettigi neticesine varılmaktadır.

Alman hukukunda ise nisbî sübjektif imkânsızlığa Fransada olduğu gibi yer verilmemekte ve objektif ve mutlak imkânsızlık halinde mukavele iptal edilmekte ise de fevkalâde güçlükler halinde seçilecek yol doktrinde münakaşayı mücip olmaktadır. Münakaşa edilen cihet şudur: fevkalâde güçlükler ile mutlak objektif imkânsızlık mefhumu ayni midir, yani her iki halde mukavele batıl mıdır? Yahut bu vaziyette bulunan borçludan mukavelenin icrasını istemek hüsnü niyet kaidelerine uygun düşer mi, borçlu bu hususta alacaklının sui niyet ile hareket ettiğini iddia ederek borcundan beri olur mu? Von Tuhr [1] ikinci noktai nazarı kabul etmenin daha doğ-

[1] Von Tuhr, sahife 228

ru olduğu kanaatinde ve bu hususta alman müellifleri tarafından ileri sürülen sebepleri daha mukni bulmaktadır.

İsviçre hukukunun imkânsızlığı telâkki tarzı alman hukukunun görüşüne yaklaşmaktadır. İsviçrede sübjektif imkânsızlık reddedilmekte mutlak ve afakî imkânsızlık maddî bir sebepten doğsun veya kanun hükümleri neticesinde tahakkuk etsin akdin iptalini mucip olmaktadır. [1] Exorbitance vaziyetine gelince, her ne kadar Von Tuhr böyle bir vecibenin borçluya yükletilmesinin hüsnü niyet kaidelerine uygun olmadığını kayıt ediyorsada bu fikrinde sebat etmemekte ve derhal bir misal vererek şunları ilâve etmektedir. «Muayyen bir fabrikanın mamulâtının teslimi hakkında bir mukavele yapılsa ve mukavele akdedilmezden önce fabrika yanmış olsa ve akitte mevzuu bahsedilen mamulât piyasada bulunamayıp sırf müstehliklerin elinde bulunsa, bunların müstehliklerden alınarak mukavelenin yerine getirilmesi iktisadî bakımdan o derece gayri makul bir hareket olur ki bu vaziyette imkânsızlık vardır denilir». Ve biraz aşağıda da «şayet bu vaziyetin imkânsızlıkla bir tutulmaması istenirse bu takdirde muhakkak borçlar kanunun 24 üncü maddesinin 4 üncü bendinin nazarı itibare aldığı dâva hakkının borçluya tanınması icap eder» demektedir. [2]

Binaenaleyh Von Tuhr'a göre İsviçre hukukunda exorbitance afakî ve mutlak imkânsızlığa müsavidir. Bu imkânsızlığın tevlit ettiği bütün neticeleri de doğurur. Mamafih Alman hukukunda olduğu gibi bu müsavat kabul edilmediği takdirde akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibare alınmasına ticarî doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olduğundan bahsedilerek akdin butlanını hakkını borçluya tanımak nisfet kaideleri icabındandır. Demek oluyor ki her iki halde de muteber akitten bahsetmek doğru değildir.

Kanaatımıza göre Von Tuhr'un terviç ettiği birinci fikir yani fevkalâde iktisadî güçlüklerin(exorbitance) mutlak ve objektif imkânsızlıktan sayılabileceği görüşü bizce de müreccahtır.

Zira, exorbitance'ın yazımızın başında verdiğimiz tarifi ile objektif imkânsızlık arasında bir tefrik yapmak çok zor, hatta kabil değilbir. Vakıa bu vaziyette akit mevzuunun yerine getirilebilmesi belki mümkündür.

Fakat bu imkâna ulaşabilmek için o derecede çalışmak veya masraf etmek lâzımdır ki bunu ihtiyar etmek çılgınca bir hareket olarak telâkki edilir. Esasen akit mevzuu ile bunun yerine getirilmesi için sarfedilecek emek ve ücret arasında aşırı derecede bir nisbetsizlik bulunduktan sonra ortada mutlak imkânsızlıktan başka bir vaz'iyete tesadüf edilemez. Bu iti-

[1] Schneider — Fick, Madde 20 not 11
[2] Von Tuhr, ibidem.

barla mutlak ve objetktif imkânsızlıkla, fevkalâde iktisadi güçlükler diye tavsif ettiğimiz exorbitance arasında bir fark gözetmek doğru sayılamaz.

Yukarıya naklettiğimiz kararlarda bu nokta iyice belirtilmiştir. Bu kararların taallûk ettiği hâdisede münakaşa edilen cihet taşlar arasındaki faslı müştereklerin bir santimi geçmemesi idi. Müteahhit şirket ise bu şartın tahakkukunun imkânsız olduğunu iddia etmişti. İki taş arasındaki mesafenin bir santim olması mecburiyeti muhakkak ki mutlak bir imkânsızlık teşkil etmiyordu. Zira döşenecek taşlar mermer gibi işlenecek olursa bu şartın tahakkuk edeceği belli idi. Fakat granit taşlarının bu şekilde döşenmesi o derece masraflı bir iş idi ki bunu yerine getirmek makul sayılamazdı. Esasen mahkeme de tatbikat sahasında bu şartın «teminine imkânı maddi ve fenni» olmadığını görmüş ve kararında «mukavelenin bu kısmının ifasında tâbiî ve afaki ademi imkân mevcut olduğu kanaatı hâsıl olmuştur» demekle fevkalâde iktisadî güçlüklerin tevlit ettiği vaziyetin mutlak ve objektif imkânsızlıkla bir olduğunu kabul etmiştir.

Ayni kararda bir az sonra «müddeialeyhin taahhüdün bu şekilde ifasını istemesi hakkaniyete uygun görülmemiştir.» ibaresi mevcut ve her ne kadar bu ibare borçluya borçlar kanunun 24 üncü maddesinin 4 üncü bendindeki dâva hakkının tanınması lâzım geldiği yolundaki görüşü hatırlatıyorsa da bu düşünce varit değildir. Çünkü karar yakından tetkik edildiği takdirde görülür ki hakkaniyyete uygun olmıyan cihet doğrudan doğruya imkânsız bir akdin ifasını istemek değildir. Bilâkis hakkaniyete uygun olmıyan cihet müddeialeyh tarafından ikinci mukavelenin akdi sırasında vâki olan tadilât neticesinde imkânsızlık kabul edildikten sonra kendisinin birinci müteahhide karşı taşlar arasındaki faslı müştereklerin bir santim olarak döşenmesini istemektedir.

Temyiz kararına gelince, yüksek mahkeme fevkalâde iktisadî güçlüklerin yaratttığı durumu mutlak ve objektif imkânsızlıkla bir tutan Asliye Ticaret dairesinin görüşünü teyit ettikten başka «hâdisedeki imkânsızlığı mahiyetine» demek suretile bu neticeye daha şümullü bir mâna vermiş ve imkânsızlığın muhakkak mutlak ve mücerret bir şekilde telâkki edilmemesi icap ettiğini, bunun muhtevasının değişebileceği gibi imkânsızlık mefhumunun her hâdisenin mahiyetine göre araştırılması lâzım geldiğini işaret etmiştir. Bu itibarla fevkalâde iktisadi güçlükler yani exorbitance Türk hukukunda neticeleri bakımından mutlak ve objektif imkânsızlıkla bir tutulmuştur.

Ancak imkânsızlık veyahut aralarında bir fark olmadığı için exorbitance'ın 20 inci maddedeki neticeyi doğurabilmesi için diğer bir şart daha lâzımdır ki o da *bu imkânsız olma keyfiyetinin mukavelenin in'ikadından evvel mevcut* olması keyfiyetidir. Binaenaleyh borçlar kanunun 20 inci

maddesinin tatbik edi'ebilmesi için imkânsızlığın akit teşekkül etmeden mevcut olması gerekmektedir. Müellifler bu hususta müttefiktirler. [1] Çünkü akit vücut bulduktan ve mukavele in'ikat ettikten sonra vecibelerin ifası safhasında ortaya çıkacak imkânsızlığın neticelerini 20 inci madde değil fakat 117 inci madde tâyin etmektedir.

Bu iki madde arasında ise fark vardır. 20 inci maddeye göre borçlu mukavele mevzuunun imkânsız olduğunu isbat ettiği takdirde akit iptal edilmekte, halbuki, 117 inci madde mucibince ifanın mümkün olmadığının tahakkuku borçluyu borcundan beri kılmamaktadır. Bu neticenin hâsıl olabilmesi için ayrıca bu imkânsızlığın kendisi tarafından yaratılmadığını, ve evvelden dahi tahminin kabil olmadığını ve olamıyacağını isbat etmek mecburiyetindedir. [2]

Müeyyide itibarilede iki madde arasında ki farkı gözden kaçırmamak lâzımdır. Edanın imkânsızlığı halinde borç sukut eder ve mütekabil taahütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyleri istemek hakkından mahrumdur. (Borçlar kanunu 117, ticaret kanunu 648). Ancak bu esaslı kaide mütekabil taahütleri havi mukavelelerin en başında gelen beyide bir istisna kabul etmiştir. Boçlar kanununun 183 üncü maddesi mucibince satılan şeyin nef'i ve hasarı akdin in'ikadından itibaren müşteriye intikal etmektedir. (Ticaret kanunun 686 ıncı maddesi). Meselâ muayyen bir oda takımını bir kimseye satsam ve beyi akti tamam olduktan sonra bu oda takımı yanmış olsa mukavelenin icrasının benim için mümkün olmadığı bedihi olmakla beraber ben evvelce almış olduğum parayı iadeye mecbur olmıyacağım gibi parayı henüz almamış isemde bunu istemek hakkından mahrum kalmam. Bundan başka, ifanın imkânsızlığı halinde borç sukut etmekle beraber mukavele tamamen ortadan kalkmamakta borcun mevcudiyetini hatırlatacak bir takım izler bırakmaktadır. [3]

20 inci maddenin müeyyidesi bundan farklıdır. Mukavelenin in'ikadından evvel aktin mevzuu imkânsız ise mukavele batıldır. Butlan yapılan mukaveleyi tamamen ortadan kaldırmakta ve bu hususta hiç bir istisna kabul etmemektedir. Taraflar arasında biribirini ilzam edecek bir münasebet

[1] Bk. Von Tuhr sh. 288, Schneider — Fick madde 20 not 9, 10, Rossel no. 62 Colin et Capitant Tome II no. 53

[2] Silvio Giovanoli, Force majeure et cas fortuit, sh. 101.

[3] Bu hususta bakınız. Von Tuhr sh.528

kalmamıştır. [1] Bu cihet kararlarda bilhassa tebarüz ettirilmiştir. Müddeialeyh idare mukavelenin sırf taşların arasındaki faslı müştereklerin bir santimi aştığından dolayı değil, müteahhit şirketin zamanında bir iş proğramı tanzim ve kendisine tevdi etmediğinden ve muayyen zamanda bitirilmesi icap eden kısımları ikmal etmediğinden dolayı mukaveleyi feshe mecbur kaldığını dermeyan etmişse de Asliye mahkemesi kararında «Batıl olan bir akte kanunen bir hüküm terettüp etmediğine nazaran müddeialeyh tarafından mukaveleyi feshederek teminat akçasını irat kaydetmenin kanunen bir kıymeti yoktur» diye kaydetmiş ve temyiz mahkemesi de kararında «ihtilaf edilen nokta bundan (yani, akit mevzuunun imkânsızlığından dolayı butlandan) ibaret demek suretile bu iddiaları haklı olarak varit görmemiştir. Zira, dâva edilen idarenin bahis mevzuu ettiği bu sebepler feshi icap ettiren sebeplerdi. Fesih ise muteber bir mukavelede olabilirdi. Batıl bir akitte olamazdı. İşte temyiz mahkemesi bu ciheti görmüş olacak ki ihtilafı butlan iddeasının tetkikine hasretmiş ve bu sabit olduğuna göre diğer cihetleri aramaktan haklı olarak çekinmiştir.

Ancak, bu bakımdan, Asliye Ticaret mahkemesinin kararı üzerinde durulacak başka bir nokta vardir. Kararda «müddeinin yedi ihtiyarında olmıyan bu ahvalden dolayi taahhüt ifa edilememiştir. Bu vazivette ticaret kanunun 648 ve 649 uncu maddeleri teminat akçesi ile icrade mahfuz bulunan 840 lira taş bedelinin müddeiye verilmesini âmirdir.» Denilmiştir. Ticaret mahkemesinin bu neticeye ulaşmak için istinat ettiği bu maddeler kanaatınıza göre yerinde değildir. Vakia 648 ve 649 uncu maddeler ticaret kanunun „taahhüdatı ticariye„ nin umumî hükümlerini tesbit eden 4 üncü babının birinci faslında münderiçtir. Fakat, bu her iki madde akdin mevzu alâkadar etmeyip mukavelenin icrasına taallûk etmektedir. Her iki maddede ifa ve ademi ifadan bahsedilmektedir. İfa ise ancak muteber bir mukavelede bahs mevzuu olabilir. Batıl bir akitte ifanın yeri yoktur. Ayni şekilde 649 uncu madde iptalden değil, fesihten bahsetmektedir. Fesih ise yukarıda işaret ettiğimiz gibi, sahih bir mukavelede varittir. Batıl olan mukavelenin feshi tasavvur edilemez. Bu itibarla Ticaret mahkemesi teminat akçesi ile taş bedelinin müddeiye iadesine karar verirken hükmünü ticaret kanunun 648 ve 649 uncu maddelerine değil, borçlar kanunun hükümlerine dayandırması lâzım gelirdi. Zira, kararda mufassal bir şekilde izah edildiği üzere Asliye Ticaret mahkemesi haklı olarak mukaveleyi batıl addetmiştir. Butlanın neticelerini gösteren hükümler ise ticaret kanununda, değil borçlar kanununda yer almıştır.

20 ineci maddenin müyeyidesi butlan olduğuna göre bunun mahiyetini araştırmak lâzımdır. Malûm olduğu üzere butlan mutlak ve nisbî olmak

[1] Ancak, borçlar kanunun 65 nci maddesi hükmü mahfuzdur.

üzere iki kısımdır. Her ikisinin de kendilerine has ve biribirine zıt tarafları vardır. Mutlak butlan ile illetli olan bir mukavelede butlan sebebi mahkemece re' sen nazarı dikkate alınır. Nisbî butlanda ise hâkim ancak taraflardan birinin talebi üzerine hüküm verir. Mutlak butlanda her alâkadarın butlan dâvasını açmağa hakkı olmasına mukabil nisbî butlanda bu hak yalnız taraflara bahşedilmişdir. Mutlak butlan ile illetli bir akit sonradan icazet verilmekle sıhhat peyda edemez, bu hususta ki dâva hakkı müruru zamana uğramaz. Halbuki, nisbî butlan sebebi icazet verilmekle ortadan kalkacağı gibi müruru zaman müddetinden sonra da dermeyan edilemez.

20 inci maddenin ihtiva ettiği butlan kanaatımızca mutlaktır. İsviçrede bütün müellifler buhususta mutabıktırlar. [1]

Bu itibarla mevzuu mümkün olmıyan bir akitte imkansızlık keyfiyeti hâkim tarafından re' sen nazarı dikkate alınacak bir cihettir. Taraflar dâva sırasında bu butlan sebebine hiç temas etmemiş dahi olsalar mahkemenin bunu kendiliğinden mevzuu bahsetmesi lâzımdır. Aynı zamanda bu butlan sebebinin dâvanın temyizi sırasında asliye mahkemesinde dermeyan edilip edilmediğinin de ehemmiyeti yoktur. Butlan mutalk olduğuna göre bu iddianın doğrudan doğruya temyiz mahkemesi huzurunda yapılması kabil olup temyiz makkemesi tarafından bunun incelenmesi mecburiyeti vardır. Her nekadar Temyiz mahkemesi kararında «faslı müştereklerin hiç bir vakit bir santimi geçmiyecek surette yapılmasına maddeten ve fennen imkân olmadığı mahkemece yapılmış olan tetkikattan ve tahkikattan anlaşılmış» kaydından bu cihetin Asliye mahkemesinde dermeyan edilmesi icap ettiği ve butlan iddiası Asliye ticaret mahkemesinde tetkik edilmeden Temyiz mahkemesinde nazarı itibare alınmıyacağı manası çıkarılmak istenirse bu doğru değildir. Temyiz kararındaki bu ibare butlan iddiasını alâkadar etmeyip daha ziyade imkânsızlığın sübutuna dairdir. Ve bu bakımdan da doğrudur. Zira imkânsızlığın tesbiti bir vakıayi, bir hadiseyi tesbit etmek olduğundan bir asliye mahkemesinin vazifesi cümlesindendir. Çünkü Temyiz mahkemesi yalnız kanuna bir aykırılık olup olmadığını araştırmak ile mükelleftir. Binaenaleyh hahise ve vakıa asliye mahkemesi tarafından tesbit edildikten sonra butlan iddiası bu mahkemede dermeyan edilmemiş, ve hâkimde re' sen nazarı itibara alması lâzım gelen bu noktayı görmemiş olsa bile bu iddia Temyiz mahkemesince incelenecek bir keyfiyettir.

İmkansızlığın müyyidesi mutlak butlan olduğuna göre bu yalnız taraflar ve tarafların mirascıları veya alacaklıları tarafından değil, her hangi bir alâkadar, tarafından da dermeyan edilmesi kabildir. Böyle bir mukavelenin butlanını bu hususta menfaatı olan her kes tarafından istenebilir. Bu taktirde

[1] René des Goutlus Syteme desnvllités en droit suisse no. 26 (Zeitschriftfür Schweizerisches Recht).

535

dâvacının butlana hüküm verilmesine bir menfatı olduğunun isbat edilmesi lâzımdır. Bu sabit olduktan sonra mahkeme için dâvayı neticelendirmek mecburiyeti vardır.

Butlan mutlak olduğuna göre aktin butlan sebebi nehayete erdikten sonra borçlu tarafından icazet verilmek suretile sıhhat peyda etmesine kebil değildir. Bu bakımdan mukavele yapılmazdan evvel imkansızlık mevcut olur ve akit tamam olduktan sonra imkansızlık zail olsa da mukavele yine muteber değildir. [1] Hatta borçlu« ben imkansızlığın defini istimal etmiyeceğim diye rıza beyanında bulunsa ve bilâhara imkansızlık ortadan kalksa bu rıza beyanı imkansızlığın zevalinden evvel ve sonra da hüküm ifade etmez. Şayet burçlu imkansızlığı bile bile mukaveleyi imzalamış ve sonradan bu def'i dermeyan etmişse hüsnü niyet kaidelerine muhalif hareket etmiş olur. Bu takdirde mukavele iptal edilmekle beraber borçlunun alacaklıya mahkemece takdir edilecek bir tazminat vermesi nısfet kaideleri icabındandır. Fakat bu tazminat için burçlunun sui niyet sahibi olması şarttır. İmkansızlıktan dolayı butlan iddiası ise başka bir delil bulunmadığı takdirde bizatihi bu suniyeti ispat edecek karine ve delil değildir.

Butlan mutlak olduğuna göre bu iddia her zaman dermeyan edilir müruru zamana mevzuu bahsolmaz.

---

[1] voh Tuhr 288

No. 77

Kız kaçırma suçu ve ceza siyaseti

Yazan:
Rıfkı ESER
Devrek Hâ. M.

I

Kız kaçırma suçlarının içtimai ve iktisadi sebepleri, Devlet'in mani tedbirleri, meselenin yalnız hukuki bakımdan tedkikine inhisar eden, yazımızın mevzuu haricinde kalır; hukuki bir mütalaâ olan bahsımız, Devlet'in Kız kaçırma suçlarındaki ceza siyaseti ve bu siyaseti güden ceza maddelerinin tatbikatta verdiği neticelerdir.

Ceza siyaseti üzerinde âmil, suçların mahiyetleri ile şümul ve ehemmiyetleridir.

II

Mahiyeti itibarile Kız kaçırma suçu, husule getirdiği umumi hicap hissi dolayısile bir taraftan adabı umumiye ve karı kocanın sadakat ahidlerine dayanan aile düzeni üzerinde yaptığı bozucu tesirler dolaysile diğer taraftan nizamı aile aleyhine bir harekettir.

Umumî hicap hissi, mâşerî vicdanın, kendi ahlâk telâkkilerine göre verdiği, ayıplama hükümleri tazahhürüdür; aile de içtimai ve ahlâki bir müessesedir.Bu itibarla burada mücerret kanunun ihlâl edilişi keyfiyeti ikinci pılana düşer, buna mukabil ahlâk, hukuk üzerinde hâkim bir mevki ihraz eder.

Kız kaçırma suçunun örflerle ve bu örflerin vasıflandırdığı ahlâk telâkkilerile diğer bir alâkası, onun muhtelif içtimai heyetlerde evlenme müessesesinin bir usulü olarak yaşamış bulunmasındadır. Fakat bu gün ferde tanılan irade hürriyeti ve insanlık haysiyeti icapları ve bu itibarla kadının erkek yanında aldığı onur ve eşitlik hakları ve bir Devlet meselesi mahiyetini iktisap eden vatandaşların sıhhatı düşünceleri artık bu eski usulün devamına müsade edemez.

III

Şümul ve ehemmiyet bakımından Kız kaçırma suçu, bir zümre suçlara zemin ve müsamaha ve alışma muhiti hazırlayan bir ana suçutur. Belli bir

suça teveccüh eden ceza müeyyedesi, yalnız yasakladığı suç üzerinde değil, onunla yakından alâkalı diğer suçlar üzerinde de muhtelif istikametli tesirler husule getirir. Bir suçun alâkalıları ve benzerleri sözü ile, suçlunun haksız arzularını tatmine vasıta olan diğer cürmî hareket sahalarını kastediyoruz. Kız kaçırma suçunda esaslı bir rol oynayan şehvaniyet hisleri, hetki—ırz, zina, fuhuş suçlarının da başlıca oluş sebepleridir.

Kız kaçırma suçunu işleyenler, büyük bir ekseriyetle, idrakleri henüz olgunluk çağına varmıyan ve cezanın korkutma tesirinden binnisbe âzade bir ruh halinde bulunan gençlerdir; Bu gençler, vâkıa, gene büyük bir ekseriyetle, ayni zamanda evlenme maksadile hareket etmektedirler; fakat onların evlenme hnsusundaki fikirleri yaşlarile birlikte değişir, hesaplarında hemen daima hatalara düşerler, netice, suçlar, aile nizamı ve bütün cemiyet aleyhine, tekerrür eder.

Bu marazi ve cürmi haller, tesadüfi ve gevşek temellere dayanan ve bu yüzden sair türlü şehvaniyet suçlarına müsait zemin ve şartlar temin eden aile ve muhitlerin yer almalarına mahal verir.

IV

Kız kaçırma meselesinde ceza siyaseti, işin ehemmiyetile mütenasip olmak gerektir; filhakika Türk vazıı — kanunu, bu lüzuma uygun olarak, bu nevi suçlara ağır cezalar tertib etmiş ve onlara bir ahlak redaeti vasfı izafe etmiştir.

Bu sahada ceza siyaseti; umumî hicab doğuran ve aile nizamını bozan suçların, korkutma ve uslandırma tedbirlerile, azaltılmasını ve dolayısile millî hicab duyğularını ve ailenin safvetini korumayı ve bunlarla beraber vatandaşın şeref, esalet ve haysiyetini, milletin beden ve ruh sağlığını hedef tutmuştur. Aynı ceza siyaseti neticesi olarak, Medenî kanunun evlenme yaşlarında gösterdiği asgarî hadler indirilmiştir.

V

Şimdi, vazife gördüğüm Devrek kazasını, tatbikatın verdiği neticelere bir örnek olmak üzere tadkike alıyorum: 1939, 1940, 1941 yıllarında ilk tahkikattan geçen dâvaların, her yıl ve pek az nisbet farklarile, %30 kadarı adabı umumiye ve nizamı aile aleyhine cürümlerdir, ve bunlar içinde en çok yer alan kız kaçırma suçlarıdır. Daha sağlam bir ölçü olmak üzere beyan olunur ki, tarafımızdan her yıl Ağır ceza mahkemesine sevkolunan dâvaların % 90 gibi bir ekseriyeti bu suçlardır. Nihayet, bahis mevzuu suçlarda, ağır müeyyedelere rağmen, nisbi bir azalma husule gelmediğini tesbit edebiliriz.

Tatbikattan edindiğimiz kanaata göre, bu sahada cezaların,ağırlaştırılması değil, belki aksine hafifletilmeleri ve bununla beraber suçun oluşunda Yardımları geçen, fakat mevcut ceza maddelerinin şümulleri haricinde kalan, diğer şahıslara da teşmili lâzımdır. Bu diğer şahıslar kaçırılan veya sair suretle iffetine taarruz olunan kız ile kızın veli veya vasileridir.

12 yaşındaki bir erkek çocuğu, 14 yaşındaki bir kız üzerinde, kızın kullandığı türlü tahrik ve teşvik, vaid ve iğfal oyunları neticesi olarak, hetkırız veya kaçırma, alıkoma suçlarını işlerse, mevzuatımıza göre, ceza giyecek olan sadece erkek çocuğudur. Halbuki burada suçu hazırlayan ve yapan erkek çocuğile birlikte asıl kızdır; kız, kendi kasid ve fiillerile suça ortak olmuştur.

Kızın velisi veya vasisi olan kimselerin rolleri daha başkadır. Mahallî vâkıalara göre: veli veya vasî: kızı bir menfaat karşılığında, henüz nikâh yokken, kocaya vermeğe, gene mahallî tâbirle satmaya, muvafakat eder, kız kocaya gider; sonradan bir menfaat ihtilâfı üzerine, veli veya vasi damadı bir suçlu olarak ihbar eder; artık muhbir için suçludan âzamî menfaat teminine fırsat hasıl olmuştur; suçluya ağır bir tazminat öder ve bu kahir üzerine, kaçırdığı kızla zoraki bir aile hayatına bir vakıt katlanır, yahut mahkemede hüküm giyer.

VI

Adabı umumiye ve nizamı aile'yi değil, sadece kendi menfaatlerini düşünen ve kanunu ve tatbik mercilerini kötü niyetlerine birer vasıta yapan velilerin ve vasilerin hareketleri millî cemiyet için tehlikedir. Kahir ve cebir üzerine kurulan ve daha baştan fesada uğrayan aileler, evlenme vasıf ve istidadından mahrum kızlar ve onların fuhuş hayatları, hep o velilerin ve vasilerin mesuliyet payları olan, haller ve neticelerdir. Bu veliler ve vasilerin ve kızlarının mezkûr hareket ve rolleri ceza siyasetinin belli başlı bir tetkik mevzuu olmaya değer.

Ceza siyaseti bakımından lüzumlu gördüğümüz tedbir, bu bahiste, sözbaşında beyan ettiğimiz veçhile, ahlakı ilk plana alarak, millî vicdanın ayıpladığı ve takbih ettiği bütün alakalıları cezanın ihata dairesine almak, diğer taraftan, mahallî icabları karşılayacak tarzda, şahsî hürriyeti tahdit eden uzun müddetli cezalar yerine kısalarını komak, fakat gene bütün alakalılara derece derece para cezaları tahmil etmektir.

533

Yeni çıkan eserler

Yazan:
K. F. A.

Prof. Dr. A. Egger — (Çeviren: Dr. Tahir Çağa): aile Hukuku. Kenan matbaası. Kısım I: Evlenme Hukuku. İstanbul. 1943-388 Sah. 205 Kr.

17 Yıl önce büyük bir inkilâp hamlesile batı kanunlarının benimsenmesi ameliyesine girişmişdik. Muktebes yabancı Hukuk kaidelerinden beklediğimiz verimin alınabilmesi, bu kaidelerin Yurt toprağında tutabilmesi, yeşillenip filizlenebilmesi için temini gerekli bir takım şartlar vardı. Bunların en mühimlerinden birisi — ve belki birincisi — bu kanunların anlaşılmasını, tatbik kabiliyetlerini muhafaza edebilmesini sağlayacak ana ilmî eserlerin derhal dilimize çevrilmesi işi idi. Gerçekten, muazzam bir ağacı en küçük yaprakçıklarına kadar besleyip yeşil tutan onun özü ise, bir Kanunun ayakta durabilmesi de onun mûdil bünyesine hâkim olan prensiplerin tatbikatçıkar tarafından bilinmesile mümkündür. 1926 Hukuk inkilâbını başaranlar bu zarureti açıkça duymuşlar, o zamanki imkânlar nisbetinde İsviçre Medenî Kanununun biricik fransızca şerhi olan *Rossel — Mentha'nın Manuel De Code Civil Suisse* adlı üç ciltlik eserini 1922 tarihli ikinci basımından *Curti — Forrer* 'in medenî Kanun şerhi (1915 tarihli fransızca tercümesinden)dilimize çevirtilmişlerdi. Yine bu arada *Rossel*'in borçlar Kanunu Şerhile *Martin*'in borçlar Kanunu nazariyeleri, *Von Overbeck*'ın İcra İflâs hukukuna ait Sistematik eseri tercüme edilmişti. Bu eserlerin yeni Kanunlarımızı anlamakta Hâkimlerimize ve bütün tatbikatçılarımıza nekadar faydalı olduğu malûmdur.

Fakat, İsviçre Medenî Hukukuna ait gerçekten ana eserler, hiç şüphe yokki, bu memleketin en tanınmış hukukçularından müteşekkil birer hey'et tarafından Almanca olarak yazılmış iki büyük şerh takımıdır.

Her biri beş altı bin sahife tutan bu takımlardan birincisi, Bern Hukuk Fakültesi Profesörlerinden *Gmür*'in Reisliği altındaki bir hey'et tarafından hazırlanmış ve (*Gmür' Şerhi veya Bern şerhi*) diye tanınmıştır. İkincisi ise yine Profesörler ve federal mahkeme âzasından mürekkep bir hey'et

tarafından Zürihte neşrolunup *(Zürih şehri)* veya basanın ismine izafetle *Sehultess Şerhi* adı ile maruftur.

Halen ikinci basımlarını idrak eden ve tamamlanmamış bulunan ve iki şerh takımından *Zürich şerhi* hukukçularımızına tamamen meçhulu değildir. Filhakika sayın *İsmail Hakkı Karafakı* tarafından Büyük bir vukuf ve güzel bir uslûpla dilimize çevrilen *Wieland*'ın(*İsviçre Medenî Kanununda aynî haklar*)adlı büyük eser,Zürich şerhinin ilk tabında aynî haklar bahsini yazan Wieland'ın eserinden başka bir şey değildir.Keza,aynı şerh takımından Federal mahkeme âzamdan *Hugo Oser*in Borçlar Hukukuna ait büyük şerhinin 210 sahifelik bir kısmı *Prof. Dr. Hüseyin Avni Göktürk* tarafından *Bağlamlar şerhi* adile dilimize çevrilmişti.Şimdide İstanbul Ve Zürich Hukuk Fakültelerinden mezun ve İstanbul Ticaret makemesi âzasından değerli hukukçu *Dr. Tahir Çağa*'nın Zürich şerhinden *aile hukuku* bahsini dilimize kazandırmış olduğunu büyük bir memnunlukla görüyoruz. Hiç tereddüt etmeden diyebiliriz ki bu tercüme memleketimiz hususî Hukuk irfanı ve tatbikatı için çok mes'ut bir hadise teşkil etmektedir.

Eserin müellifi *Profesör Egger*'in ilmî şahsiyeti ve eserinin şöhreti, uzun izahları lüzumsuz kılacak kadar büyüktür. 30 yılı mütecaviz bir zamandan beri Zürih üniveristesinde medenî hukuk okutmuş olan Profesör Egger İsviçre medenî kanununun umumî zabıtalar,şahsın hukuku,aile hukukuna ait hükümlerinden bu kanuna hâkim olan ruha,felsefeye,ahlâka-bir kelime ile-ana prensiplere yükselebilen mümtaz bir hukuk âlimidir. Onun medenî hukuka ait yüksek ve kavrayıcı görüşleri İstanbul üniveristesi ve hukuk kurumunun dâveti ile 1937 yılında İstanbul ve Ankarada verdiği unutulmaz konferanslarında açıkca görülür. *Dr. Tahir Çağa* tarafından dilimize çevrilen eserine gelince: mütercimin dediği gibi, bu (yalnız ilim sahasında mühim bir mevki işgal etmekle kalmayan, aynı zamanda tatbikatta ta müessir bir rol oynıyan, müellifin kendi tâbirince "Lebenswerk"i, yani bütün ilim hayatını kendisine vakfettiği ana eseridir.)

Her şeyden önce işaret edelimki, *Tahir Çağa*'nın değerli tercümesi *Egger*'in aile hukuku şerhinin tamamını ihtiva etmiyor. Mütercim isabetli bir düşünce ile şimdilik Kanunu muzun 82 — 169 maddelerine tekabül eden kısmı neşretmiştir. Memleketimiz için büyük bir amelî kıymeti haiz olmıyan karı koca mallarının idaresi usullerinin tercümesini sonraya bırakmıştır.

Dr. Tahir Çağa'nın tercümesinde göze çarpan ilk hususiyet onun gerek, Almanca, gerek Türkçe'ye hâkimiyetidir. Bu cihet daha ön sözün tercümesinde göze çarpmaktadır. Bununla beraber, ifade olunmak istenen fikir ifade tarzından daha mühim oldukça(ve bilhassa metin tercümelerinde) mütercim, pek haklı olarak, uslûptan fedakârlık etmekten çekinmemiştir.

Tercümede dikkati çeken diğer bir nokta da, Türk Medeni Kanunun maddelerinin karşısına, İsviçre medeni kanununun maddelerinin tercümeleri-

541

ni koymuş olmasıdır. Bu usul, İsviçre medeni kanununun Fransızca metninden çevrilen medeni kanunumuzun daha iyi anlaşılması bakımından çok iyi bir hareket olmuştur. Bu suretle kanunumuzun metni ile bu tercümelerin karşılaştırılması mümkün olacak,ve kanunumuzun tefsirinde daha büyük isabet elde edileceği muhakkaktır.

Tercümede kullanılan dile gelince: çeviren, Hukuk dilinde bir sadelik vücude getirmek teşebbüsünden ziyade kanunla ilgili bulunanları ve bilhassa tatbikatçıların eline anlaşılabilir bir eser vermek hedefini güdtüğünden cari hukuk dilimizi kullanmıştır. Hukuk dilinin her dilden ziyade istilâh istikrarına ihtiyaç gösteren bir dil olduğu düşünlürse, bu alanda umumun kabulüne mazhar olmıyan terimler ortaya atmanın ne kadar yersiz ve hatta tehlikeli olduğu kolayca teslim edilir bir keyfiyettir. Yine kanunda mevcut olmamakla beraber tatbikatta veya hukuk dilimize yerleşmiş bulunan kelimeleri kullanmak hususunu çok isabetli bir hareket sayıyoruz (eş, yoksulluk nafakası, iştirak nafakası. . gibi.) Buna mukabil mütercim, ne kanunumuza ve ne de hukuk lisanımızda yerleşmiş, karşılığı olmıyan Almaca tâbirlere mukabil — husumet ortaklığı = Streitgenossensghaft gibi bir iki müstesna hariç — bir ıstılâh koymaktansa bunları bir cümle izah etmek şıkkını tercih etmiştir.

Mütercım, izah cümlelerile birlikte birer *ıstılâh* teklif etse Hukuk mefhumlarımızın belirmesini ve birbirinden tefrik edilmelerini teminetmek suretile hukuk dilimize ve hukuk ilmimize büyük bir hizmet etmiş olurdu. Filhakika, bir mefhum ayrı bir ıstılâhla ifade edildiği zaman daha mütebariz, daha vazıh bir mevcudiyet kazanır. Hukuk ilmi bu mefhumlar çoğaldıkça, aralarındaki farklar arttıkça zenginleşmiş, ilerlemiş olur. Büyük Hukuk dillerinden yapılan tercümelerin bir faydası da çevirenin yeni ıstılâhlar bulup koyarak hukuk dilimizi ve hukuk mefhumlarımızı zenginleştirmesi olacaktır.

Medeni Kanunumuzun en çok münakaşalara sebep olan, içtimai ve ahlâkî bakımdan pek mühim bir bahsinin hakkile anlaşılmasında Egger tercümesinin çok faydalı bir klavuz vazifesi göreceğinden eminiz. Yine eminizki bu eser *Von Tuhr*'un meşhur eserinin borçlar hukuku anlayışımızda yaptığı inkilâba benzer bir gelişmeye sebep olacaktır. Mütercimi başarılı tercümesinden dolayı hararetle tebrik eder, eseri bütün hukukçularımıza tavsiye ederiz.

***

Almanya. I. — Türk Hukuk Kurumu Neşriyatından: Dünya mevzuatı tercümeleri serisi İstanbul. Işık Matbaası 1943 75 Sahife.

Hukuk Kurumu Dünya mevzuatı serisi tercümelerinden Almanya'ya ait cildin ilk kısmını da yayınlamış bulunuyor. Aynı seriden İsviçre mevzuatına ait ilk yarım cildin çıktığını daha önce haber vermiştik. Bu suretle, her türlü güçlüğe rağmen Kurumun tuttuğu yolda ilerlediğini görüyoruz.

Evvelce de bildirdiğimiz gibi, Kurumun bu teşebbüste güttüğü gaye yabancı memleketleri *ana kanunlarını* dilimize çevirmek değildir; başlıca Devletlerin yaşadığımız istisnaî, fevkalâde devri hukuk bakımından ifade eden mevzuatı dilimize kazandırmaktır. Acı acı şikâyetlere sebep olan bu iktisadî darlık devrinde başka memleketlerde alınan tedbirleri bilmenin ne kadar faydalı olduğu düşünülürse kurumun bu teşebbüsündeki isabet anlaşılır. Bir misal olmak üzere artıkların, eskilerin değerlendirilmesine müteallik tercüme mevzuatı gözden geçirmek kâfidir.

Almanya'ya ait formalar Dr. Hikmet Belbez tarafından çevrilmiştir. Çeviren, dilimizde karşılığı bulunmıyan tabirlerin aslını not halinde vermiş, Türk mevzuatı ile ilgili hükümler geldikçe Türk mevzuatına atıflarda bulunmuştur. Bu yarım cildin içinde bulunan başlıca mevzuat şunlardır:

Harp esnasında âmme hizmetlerinde askerî iş müddet hakkında talimatna.

Kullanılmış eşya için tesbit olunacak âzamî fiatlar hakkında niz.

Harp esnasında danslı eğlenceler hakkında niz.

Devlet iş mükellefiyeti mensuplarından olup barpte ölen veya kaybolanların tâyin ve terfilerine dair niz.

Ayakkabı, deri, getir toptan ticaretinde fiat tesbitine dair niz.

Fürerin kaza işlerinin basitleştirmesine dair emri.

Mahkemeler teşkilâtı Hukuk İşlerinde basitleştirmeğe dair niz.

Harp yüzünden mallara ika olunan zarar hakkında niz.

İhtira beraatı numune hususunda alınacak fevkalâde tetbirler hakkında niz.

Hisse senetleri hakkında niz.

Hasar veya ziya uğrayan mahkeme veya Noter senetleri yerine yenilerin konulması hakkında niz.

İktisat teşkilâtının sadaleştirmesi hakkında niz.

Hayatının kazanmak için çalışan anaları korumak kanunu ve niz.

Çocukların muayyen olmıyan cezalarla mahkûmiyetine dair niz.

Düşman malların tâbi muamele hakkında niz.

Senetlerin tastikinde tatbik olunacak usulleri sadeleştirme hakkında niz.

* * *

Ankara Üniversitesi—Hukuk Fakültesi Dergisi: Cilt 1, sayı 1. Ankara Maarif Matbaası 1943. 180 Sahife.

«Cümhuriyetin müeyyidesi olan bu müesseseyi açarken duyduğum sevinci hiç bir teşebbüste duymadım.» Devletimizin büyük koruyucusunun bu çok mânalı sözlerile açılan Ankara Hukuk Fakültesi, Ankara Üniversitesinin ilk fakültesi olmak imtiyazını taşıyan bu bilgi ocağı, bir kaç gün sonra, kuruluşunun 18 inci yılını kutluluyacaktır.

Uzun yıllardan beri memleketin her köşesinde yurt hizmeti gören Ankara hukukçul arının bu yıl dönümü için ta içlerinde duyduğu sevinç, yeni *fakülte dergisinin* yayınlanmağa başlandığını öğrenmekle, eminiz ki, daha çok artacaktır.

En başta Maarif Vekilimizin dergi için yazdığı ön sözü okuyoruz: «. . Yüksek bilim kurumlarımızın dilsiz kalmaması için Türk bilginlerini ve onların başında bulunan idare adamlarımızı daima yazmaya ve yazdıklarını basmaya teşvik ettim: tecrübeli bilginlerimizin gençlere örnek olması, genç bilginlerimizin daha geniş hayat imkânları içerisinde kendilerini yetiştirme imkânları bakımından emeklerini yazıp yaymaları, düşüncelerini böyle bir yayma vasıtasile söylemeleri memleketimize Hukuk fikrinin gelişmesi için çok faydalı olacaktır. »

Dergi idare hey'etinin kısa ön sözünden sonra *Makaleler bölümü* geliyor:

Fakülte Dekanı Ord. profesör Esat Arsebük, «Türkiye 'de Medeni Hukukun inkişafı sahaları» başlıklı yazısında İsviçre medeni kanununun memleketimizce benimsenmesi hâdisesi üzerinde durulyor. Bu hâdisenin «Mecelleden medeni kanuna ani bir geçiş» formülü ile izah edilemiyeceğini kuvvetle beyan eden Profesör, tanzimat devrinden beri medeni hukukumuzun geçirdiği inkişaf safhalarını dikkatle inceledikten sonra 16 yıl önce gerçekleşen *Reception* (yabancı kanunların benimsenmesi) hâdisesini, Tanzimattan beri hissedilen islâm hukukundan ayrılma ceryanlarının bir devamı ve taçlanması gibi görüyar.

Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal «Hukuk ilmi ve sosyoloji» başlıklı yazısında, hukuk ilmini hukukun diğer anlamlarından ayırt ettikten sonra Türkiyede hukuk ilminin ilerlememesine temas ederek bu hâdiseyi, memleketimizde hukuk tahsil ve tedrisi an'anesinin, bir taraftan dogmatik islâm fıkhının, diğer taraftan Napolyon kodundan beri exégetique metodun hükmü altında bulunan fransız tedris usullerinden kuvvetle müteessir olmasile izah etmektedir. Her hukuki kaidenin arkasında uzun bir tarih, derin bir felsefe, millî bir iktisat ve geniş bir sosyoloji bulunduğuna işaret eden Profesör bunları bilmiyen hukukçunun ancak kanuncu kalaca-

ğını beyan ettikten sonra medeni milletlerde hukuk ilminin doğuş ve gelişmesine; hukuk ilminde metafizik, rasyonalist ve pozitivist ceryanlara sosyoloji ile hukuk ilminin ilgilerine temas ederek bu gün memleketimizde hâkim olan çok yüksek hukuk sisteminin inkişafı için fakültelerimizde yapılan tedrisatı ve hukuk kurumunun mevcudiyetini faydalı bulmaktadır.

Doçent Dr. Faruk Erem Ceza hukukunda meslek sırrı adlı tetkikinde sır mefhumuna ayrılan birinci bölümde önce ceza kanununda yer alan mesdolayısile şahitlikten çekinme hallerini bir birinden ayırmakta, sır lek sırrının dile verme halile bir usul tetbiri olan meslek sırrı mefhumunun geniş ve dar mânalarını izah ederek meslek ve san'at ile sırra vukuf arasında illiyet bağının bulunması zaruri bulunduğuna işaret ettikten sonra tevdi edilen sır ile öğrenilen sır arasında kanunun vazıının fark gözetmediğini belirtmektedir. İkinci bölümde meslek sırrının dile verilmesi hali etraflıca bir şakilde tetkik edilmiştir. Üçüncü bölümde şahadetten çekinme meselesi incelenmiştir. Şahadetten çekinme hakkının dayandığı ana düşünceleri hatırlattıktan sonra müellif bahsi üç kısma ayırmıştır. Önce şahadetten çekinme ve hakkı olan şahısları gözden geçirmiş sonra şahadetten çekinmenin mâna ve şumulünü aydınlatmış, nihayet sır sahibinin muvafakati meselesi üzerinde durarak avukatlık kanununun 25 inci maddesile ceza muhakemeleri usulü arasında mevcut bir tezadı belirtmiştir.

Prof. Dr. Nihat Erim (Lahey Konferanslarından önce tahkim ve sulhçuların gayreti) adlı incelemesinde, devletler arası âmme hukuku tahkim meselesini târif ettikten ve muhtelif tahkim (ihtiyari, mecburi tahkim), tahkimin devletler hukukundaki önemi üzerinde durmuştu. Bundan sonra, muhtelif milletlerde tahkim müessesesini inceliyen profesör, hâkeme müracaat usulünün Romalılardan, Yunanlılardan önce Türkler (hititler) tarafından kullanılmış olduğunun bu gün kesin surette isbat edildiğini belirten dikkata layık izahlarda bulunuyoar. Daha sonra eski Yunanlılar,Romalılar, orta çağda tahkim müessesesinin inkişaflarını gözden geçiriyor nihayet 19 uncu asırda bu müessesenin kazandığı önemi ve bu uğurda sarfedilen emekleri dikkatle inceliyor.

Prof. Mahmut Koloğlu (İnsanları en iyi başarabilecek mesleklere sevketmenin ekonomik ve sosyal bakımından ehemmiyeti) başlıklı etüdünde önemli bir mesele üzerinde dikkatı çekmektedir.

MAHKEME İÇTİHATLARINA ayrılan ikinci kısımda: Ord. Prof. S. Ş. Ansay, Temyiz mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesinin haksız fiilden dolayı verese aleyhine açılacak dâvada salâhiyet meselesine müteallik bir kararı ile Temyiz Mahkemesi Üçüncü ve Dördüncü Hukuk Dairelerinin hukuk usulü muhakemeleri kanununun 15 inci mddesine müteallik birer

545

kararına esaslı bir tahlil ve tenkide tâbi tutmakta, faydalı izahlarda bulunmaktadır.

Ord. Prof. V. Raşit Seviğ'in Temyiz Mahkemesi İkinci hukuk dairesinin bir kararı hakkında etraflı bir notunu buluyoruz. (Âmme vesayetini işlemesini mümkün kılacak olan vesayet müşavirlikleri kurulmadıkça Temyizimizin an'ane ve adetlerimizde yaşayan hususî vesatet hükümlerini tatbik eylemekte ve arzedilen hadisede olduğu gibi velâyetin tabii babaya rücu eylediğine içtihat etmekte haklı olduğuna) işaret eden porofesör Türk ve İsviçre Temyiz mahkemeleri arasındaki içtihat farkını, teşkilât farkından doğan bir netice gibi görüyor.

Dr. Necmi Osten (İBCO kararı) adlı etütünde Julyus Berger ve consortium şirketile Nafıa Vekâleti arasında çıkan ve tahkim yolu ile halledilen bir dâvayı ve bu hususta verilen kararı incelemişti. Etüd üç kısma ayrılmıştır. Birinci kısım da dâvanın tazammun ettiği 22 adet ihtilâfın ne şekilde halledildiği gösterilmiştir. İkinci kısımda bu ihtilâflardan idare hukukunu ilgilendirenler üzerinde durulmuştur. Üçüncü kısımda, bu kararın heyeti umumiyesi ve içtihadî mahiyeti belirtilmiştir. Yazının bu kısmında muharrir, bu ihtilâfta hususi hukuk prensipleri tatbik edilmesi keyfiyetini her nafıa işini idarî bir mukavele sayan ve idarî kazaya tabi kılan Fransız usulü yerine bizde nafıa işi mukavelelerinden doğan ihtilâfların adli mahkemelere tabi olmasile izah etmektedir.

Bibliyoğrafya bölümünde medenî hukuk Doçenti Dr. Bülent Nuri Esen (Türkiyede borçlar hukuku üzerindeki çalışmalara bir bakış) adlı yazısında, huhuk inkilâbından sonra memleketimizde borçlar alanında) yazılan eserlerin mahiyetini kısaca belirttikten sonra Profesör Arsebük tarafından bir kaç ay önce neşredilen borçlar hukuku adlı eseri tafsilen tahlil etmektedir.

Devletler hususi hukuk Doçenti Dr. Osman Berki (Mal rejimleri ve bunlardan doğan kanun ihtilâfları) adlı incelemesinde; mantıkî bir tasnif metotu takip ederek, önce mal rejimleri meselesini medeni hukukumuz ve mukayeseli hukuk bakımından gözden geçirmiş, sonra mal rejimlerinden çıkan kanun ihtilâflarını mufassalan tetkik etmiştir.

İktisat Docenti Dr. Fethi Çelikbaş (bir iktisat ders kitabının tercümesi münasebetile) balıklı yazısında, profesör Henri Truchy'nın meşhur eserinin birinci cildinin dördüncü tab' ından meb'us Bay Atıf Bayındır tarafından iktisat ilmi) adı ile yapılan tercüme yi ele almıştır. Bu eserde mevcut tercüme aksaklıklarına temas Fetihi Çelikbaş, yer yer dikkati layık umumi mülâhazalarda ileri sürmektedir.

* *
*

ÇOCUK MESELESİ (İŞ Mecmuası neşriyatından. İstanbul 1943).

Yıllardanberi memleketimizin biricik felsefî ve sosyal ilimler mecmuası hüviyet ve imtiyazını muhafaza eden İş dergisi, Cemiyetimizin sosyal hadiselerini ilmî araştırma metodlarının ışığı altında incelemeğe devam etmektedir.

Dergi, son bir kaç yıldanberi gittikçe artan bir alâka ve ehemmiyetin mihrakı olmak istitadını gösteren ÇOCUK meselesine hususî ve fevkâlâde bir sayı ayırmakla, eski geleneğine sadık olduğunu göstermiştir.

Millet hayatının önemce ilk meselesi olduğu muhakkak bulunan ÇOCUK dâvasının muhtelif cepheleri, muhtelif ilim kollarına mensup değerli bilginlerimiz tarafından ayrı ayrı ele alınarak çok istifadeli bir şekilde incelenmiştir.

Daha evvel «Nesebi sahih olmayan çocuklar» mevzuuna ayırdığı özel bir sayı ile (1942 yılı no. 12) çocuk dâvasına yakın ilgisini göstermiş olan ADLİYE CERİDESİ bu güzel hareketinden dolayı İŞ mecmuasını tebrik ve okuyucularına tavsiye eder.

***

İstanbul barosu mecmuası—yıl 17, sayı 9. Eylûl 943:

1 — Avukat H. Veldet: İsviçre medenî kanunu karşısında Türk kanunu

(Bu önemli etüd tamamlanınca kendisinden ayrıca bahsedeceğiz.)

2 — Doçent S. Dönmezler: Dolandırıcılık cürmü.

3 — Z. Kaya oğlu: Gayri menkûllerde Bey vadi ve hukukî neticeleri.

4 — M. R. Belgesay: Mahkeme kararları analizi.

5 — Adlî, İdarî, Malî kararlar.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

547

No: 79

Bibliyoğrafya

Kâzım DERELİ

Adliye Encümenleri

Adliye Memurlarının Hak ve Vazifeleri

Hüsnü Mehmet Kabakçıoğlu

Adliye Müfettişi

İzmir Marifet Matbaası: 1943

Sahife: 122, Kuruş 250

Cemiyetin asayiş ve intizamının temini ve halkımızın hak işlerinin düzenlenmesi için Cumhuriyetimizin kurucu ve yapıcı eliyle mahkeme teşkilâtımız memleketimizin en hücra köşelerine kadar genişletilmekte ve bu teşkilâtın nahiye ve köylerimizde dahi bulunması için çalışmaktadır. Zamanla müsbet neticeler vereceğine inandığımız bu çalışmalara gittikçe genişleyen teşkilâtın lüzumlu bir unsuru olan ve kalem teşkilâtı diye anılan kâtip sınıfı vazifesinin tenevvüü ağırlığı dolayısiyle diğerlerinden ayrılmakta ve hususi bir kıymet arz etmektedir. Hususi bir kıymet arzeden «günlük işlerini hakkiyle gören, âmirlerine itaat eden, halka kolaylık gösteren, kendini işe veren, çok çalışan, anlayarak ve bilerek vazife gören, intizamı, dürüstlüğü seven, kendini her türlü ihtilattan koruyan, ciddi, tetbirli, iyi görüşlü, yurtseven, kanunlara riayet eden, kötülüklerden kaçınan iyiliğe giden» bu sınıfın halkın işlerini benimseyerek ferağatla yaptıkları aşikârdır. Hayatlarını vazifelerine vakfedip fedakârlık hisleriyle meşbu olarak çalışan bu sınıfın hak ve vazifeleri bizde iyi anlaşılmamış ve ayırt edilmemiş olup bu sınıftan olan adliye memurlarının sicillerini tanzim eden, tâyinlerini yapan, inzibati cezalarını veren Adliye encümenlerinin vazife ve salâhiyetlerinin de neden ibaret olduğunu gösterir bir eser vücuda getirilmemiştir. Yine bugüne kadar kendini adli hizmete vermiş bir memurun memuriyet hayatını gösterir sicil dosyasının tanzimi ve adliye encümenlerinde kayıt ve yazı işlerinin yürütülmesi şeklini gösterir bir talimat meydana konulmamıştır. Bu sebeple bu sahadaki mevzuatımız hiç işlenmemiş ve bu husustaki kanun,

C1.8

nizamname, talimatname ve tamimler derli toplu bir şekilde tanzim edilmemiştir. İşte bu mühim boşluk bulunduğu devlet hizmeti dolayısiyle bu işlerle alâkalı bulunan tecrübeli, bilgili, idare ve tatbikat adamımız eser sahibi tarfından doldurulmuştur.

Derin araştırmalar, yorucu çalışmalar, uzun tecrübeler mahsulü olan bu eserde adliye encümenlerinin vazife ve salâhiyetleri, adliye memurlarının hak ve vazifeleri incelenmiş ve bunlarla alâkalı kanun, nizamname, talimatnameler gösterilmiş ve Adliye Vekâletince şimdiye kadar yapılan tamimler ilâve edilmiştir. Bununla beraber Memurin kanununun adliye memurlarını alâkadar eden maddeleri de gösterilmiş ve izahları yapılmıştır. Böylece mevcut mevzuat incelenerek bunlardan çıkan ve alınan neticelere göre adliye encümenlerince tutulacak defterler, matbu evrak ve kartonların nasıl olacağı hakkında izahat verilmiş ve bu kayıtların yeknesaklığının temini için gereken tavsiyelerde bulunulmuştur.

Hiç işlenmemiş bir sahada, bulunması çok güç ve araştırılması ise günlere bağlı kanun, nizamname ve talimatları toplıyarak bunları kıymetli bilgileriyle mezceden ve mühim bir boşluğu dolduran müellifi bu eserinden dolayı tebrik ederken eserin eser sahibinden tedarik edilebileceğini bildiririz.

(Şahsın Hukuku)
(Şahıslar Hukuku)

Dr. Hüseyin Avni Göktürk

Ankara Hukuk Fakültesi ve Siyasal Bilgiler Okulu Medeni Hukuk Profesörü

Maarif Matbaası, Ankara 942, Sahife: 222, Kuruş: 350.

Medeni Kanunumuzdan evvel tatbik edilen Mecellenin dayandığı islâm hukuku ve bunu toplayan fıkıh içtimai ve iktisadi hayatımızın seyrine, icaplarına uymamış, esasında cemiyetle beraber dinamik olan hukuk statik bir hale gelmiş ve cemiyetin telâkkileriyle kıymet kükümleri hukuk telâkki ve kıymet hükümlerinden ayrılmıştı. Bunun neticesi olarakta Türk hukuku da inkişaf edememiş ve içtimai bünyemizde aksaklıklar, gerilemeler husule getirilmişti. İçtimai hayatımızın ihtiyaçlarına uymıyan bu metod ve zihniyetin yıkılması ancak 17 sene evvel medeni kanunumuzun kabulile mümkün olmuş ve bu suretle aile müessesemiz hürmet, muhabbet, şefkat esaslarına,

549

karşılıklı vazife ve mesuliyet hislerine göre kurulmuş çocuğun terbiyesine, himayesine büyük önem verilmiş. mülkiyet hakları içtmai hayatın icaplarına göre tanzim edilmiş, aile malları, işçi patron münasebetleri, komşuluk hakları bünyemize uydurulmuş ve içtimai tesanüdün bir ifadesi olan vakıf müessesesi iktisadi ve içtimai mahzurları önliyecek bir şekle konularak Türk camiasını dinamizmine, ihtiyaçlarına, gelişmesine uygun millî bir hukukun doğmasına ve inkişafına yol açılmıştı. Açılan bu yolda ilmi eser ve araştırmalarla, terceme ve adaptelerle ilerlenirken kanunun esaslı bir tetkik ve tadile tâbi tutulması da söylenildi. Fakat açılan bu yolda ilmi çalışmalar ve mahkeme tatbikatile ilerlemeler durmadı ve hız aldı. Bununla beraber kanunun izahı ve kavranılması ve içtimai bünyemize uyumlaştırılması için zaruri olanların hepsi yapılmadı. Kanunun doğru, kolay ve emin bir surette anlaşılması için pek az çalışıldı. Hukuk Fakültelerimizin ve Yüksek mekteplerimizin tedrisatında esas olması lâzımgelen sistematik ders kitapları (Maunels) bile henüz tamamlanmadı ve talebe tuttuğu notlarla oradan buradan okuduğu eserlerle hazırlandı. İşte bunun için müellif ön sözünde gücünün yettigi kadar bu boşluğu doldurmağa 937 de Bern üniversitesi profesörlerinden Dr. P. Tuor'un İsviçre medeni kanunu (Das Şchweizerische Zivilgesetzluch) adlı eserimi esas tutularak yazdığı «Miras Hukuku» la başladığını ve bu kitabımda metod ve hacim bakımından daha ziyade hukuk öğrenicileri için hazırladığını söyliyor.

Talebeyi uzun araştırmalardan ve yorucu çalışmalardan kurtaracak olan bu kıymetli eser yine Prof. Dr. P. Tuor'un «İsviçre Medeni Kanunu» adlı eseri esas tutularak yazılmış isede umumi girim fasılları daha ziyade müellef tarafından işlenmiş, diğer kısımları adapte edilmiştir. Bunun içindirki müellif ön sözünde «adapte edilen kısımlardaki sistem aynen Profesör Dr. P. Tuor'un sistemidir. Binaenaleyh medeni kanunumuzun şahsın hukuku kısmındaki hükümlerin böyle derli toplu mazbut ve ahenkli pirensiplere ircaı şerefi asıl ona aittir diyor.

Eser umumi girim ve şahsın hukuku gibi bölümlere ayrılmış ve bu bölümlerde muhtelif fasıllara ayrılmıştır. Umumi girim bölümünün Türkiye de medeni hukukun tarihçesinden bahas eden birinci faslında Türkiye de medeni hukukun geçirdiği tekâmül safhaları tetkik edilerek Türk ve İsviçre medeni kanunun karıştırılması ve hükümleri arasındaki bazı tehalüfleri toplu ve kısa bir şekilde belirtilmesi yapılmıştır. İsviçre medeni kanunun tarihçesi ve mahiyetinden bahseden ikinci fasılda ise İsviçre de hususi hukukun tevhidi meselesi inclenerek İsviçre medeni kanunun doğuşu anlatılmış ve medeni hukukun karakteristik vasıfları tetkik edilmiştir. İsviçre ve Türk medeni kanunlarının sistemi ve muhtevasından bahseden üçüncü fasılda ise medeni kanunun kısımları incelenerek, İsviçre medeni kanununun şümul ve hududu

ve Türk medeni kanununun şümulü tetkik edilmiştir. Medeni kanunumuzun başlangıç hükümlerinden bahseden dördüncü fasılda ise hukukun tatbiki, kanunun tefsiri anlatılarak örf ve âdât hukukunun rolü, hâkimin hukuk yaratmaktaki rolü incelenmiş ve ilmi içtihadlarla kazai kararlar tetkik edilmiştir Bundan sonra ise hâkimin takdir hakkı anlatılarak bir hakkın kullanılması, hüsnüniyet kaidesi, hakkın suistimâli tetkik edilmiş ve medeni kanunumuzdaki beyyineye dair hükümler izah edilmiştir.

Şahsın hukukundan bahseden ikinci bölümde umumi surette şahıslardan bahsedilerek hakiki (tabii) şahıslardan bahseden birinci fasla geçilmiş ve bu fasılda da şahsiyetin kavramı ve muhtevası etraflı bir surette anlatılarak şahısların hukukan hüküm ifade eyleyen münasebetleri, hısımlık, ikâmetgâh meseleleri incelenmiş ve şahsiyetin himayesi, ismin korunması, değiştirilmesi tetkik edilmişdir. Bilâhare de şahsiyetin başlangıç ve sonu, doğum ve ölüm ile gaiplik kararı ve şahsî hallerin tescili izah edilmiştir. Hükmî şahıslardan bahseden ikinci fasılda ise hükmi şahıslar karşısında kanun kurucunun vaziyeti incelenerek hükmi şahıslar hakkındaki umumi hükümler, hükmi şahısların tabiat ve mahiyeti başlangıç ve sonu anlatılmış ve cemiyet hukuku ile tesis müessesesi izah edilmiştir.

Vasıtasızlık içinde bocalayan talebeyi bu yokluktan kurtararak memlekete borçlu bulunduğu vazifelerden büyük bir kısmını ödeyen profesöre bu eserinden dolayı teşekkür ederken hazırlanmakta olduğunu söylediği" Aile Hukuku"adlı eserini sabırsızlıkla beklediğimizi bildirir, bu değerli eserin müellifin kendisinden ve Ankarada Akba kitap evinden temin edilebileceğini okuyucularımıza hatırlatırız.

Bütün Tadilleriyle Birlikte, Haşiyeli

Adliye Harç Tarifesi Kanunn

İhsan şensoy: Gediz Sorgu Hâkimi.

İstanbul İktisadî Yürüyüş Matbaası ve neşriyat yurdu· 943 Sahife: 103, Fiatı: 250. kuruş.

Hukuki bilgilerin gelişmesi muhtelif mevzular üzerine yazılan telif ve terceme eserlerle sağlanırken kanunlarımızın daha iyi anlaşılması, daha iyi kavranılması ve alâkadarların en sağlam, en iyi esaslar ve vasıtalarla yeti şebilmesi için tatbiki eserlerde yazılmaktadır. Hukukta Noşetel kantonu harç tarifesi, cezada Alman harç tarifesi ve icrada İsviçre federal harç tarifesi gözönünde bulundurularak hazırlanan Adliye Harç tarifesi kanunumuzdan

bahseden bu eserde bunlardan biridir. 9. sene gibi kısa bir zamanda iki defa tadile uğrayan ve ekseriya adliye teşkilâtımızın ilk basamağında olup ferağatle çalışan ve halkın hukukunu herşeyden üstün tutarak vazifelerini yapan mahkeme başkâtipleri ve bazı yerlerde sulh mahkemesi kâtipleri tarafından tatbik olunan kanunun tatbikatında bir takım müşkilâtla karşılaşıldığı ve bir çok maddelerinin kanunun ruh ve maksadına aykırı olarak tatbik edildiği temyiz kararlarından ve Adliye Vekâletinin tamim ve kanuni mutalâalarından anlaşılmaktadır. Bir çok yerlerimizde ise bu kararları ve tamimleri bulmak mümkün olmamaktadır. İşte bu imkânsızlıkları önlemek ve kanunun tatbikatiyle meşgul kimselere lüzumlu vasıtaları vermek maksadile yazılan bu eserin ön sözünde eser sahibi" kanunların daha iyi anlaşılması ve tatbikatının daha ziyade kolaylaştırılması gayesine matuf ve ferağat hisleriyle meşbu olarak çalışan bütün adliye mensuplarının mesaisine ortak olmak isteğile ve bu isteğin verdiği zevk ve şevkle bütün tadillerle birlikte haşiyeli olarak derledim ve topladım" demekle eserin nasıl meydana geldiğini izah etmektedir. Adliye Harç Tarifesi kanunu ile bu Kanuna ek Noter Harç Tarifesi Kanunu ve Harç Tarifesi Kanununun Şûrayı Devlette tatbik suretini gösterir İzahnameyi ihtiva eden eserin başına: Sayın Adliye Vekilimiz Ali Rıza türel'in „Vazifemizin Cümhuriyeti korumak ve inkilâp yolunda yürümek olduğunu çok iyi bilen arkadaşlarımın kanunları anlayış ve tatbikte her vakit bu zihniyetten ilham alarak hareket edeceklerine inanıyorum" sözü konularak esbabı mucibe lâyihasından kanunun ihtiyaçlarımıza uygun olup olmadığı hakkındaki satırlar alınmıştır.

Eserde Adliye Harç Tarifesi ve merbutlarına ait Kanununun her maddesi ayrı ayrı gösterilerek her maddenin altına meriyetleri tarafından bugüne kadar Adliye Vekâletinin bu hususda neşredilmiş ve edilmemiş bütün tamim ve mütalâaları ve bu kanuna ait talimatnamenin mühim kısımlariyle kıymetli kalemlerden iktibas edilen faideli notlar ilâve edilmiş, Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiye, Şûrayı Devlet, Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat, Heyeti Umumiye ve hususi daire kararları konulmuş ve kanunun maddelerinde diğer kanunların maddelerine yapılan atıflar gözönünde bulundurularak bu maddeler bazan aynen bazanda kısmen ve izahen yazılmıştır. Bundan başka her maddenin alâkalı bulunduğu madde ile irtibatı o maddeler altına konulan notlarla tavzih edilmiş ve hususi surette elde edilen 941, 942, 943 yıllarına ait neşredilmemiş içtihatlar, tashihler, mutalâalar ait olduğu madde altına konulmuştur.

Üzerinde hassasiyetle ve itina ile çalışıldığı anlaşılan eser; eser sahibinin dediği gibi tatbikat bakımından hâkimler, müddeiumumiler, avukatlar, noterler, icra memurları, dâvavekilleri, mahkeme başkâtipleri ve bütün hukukçuların istifadelerine hadim bir eser olmuş ve büyük bir boşluğu doldur-

muştur. Müellifi mükemmel bir surette hazırlayarak tab ettirdiği bu eser[illegible]den dolayı tebrik ederken çıkaracağını müjdelediği" İcra ve iflâs Kanununda Ceza Hükümleri ve Temyiz Mahkemesi İçtihatları" adlı eserini sabırsızlıkla beklediğimizi bildirir ve eserin eser sahibinden tedarik edilebileceğini okuyucularımıza hatırlatırız.

553

No. 73

İstimlâk mevzuatımız ve tatbikatımız üzerinde bazı düşünceler (*)

Konfransı veren :

Ord. Prof. Sıddık sami onar

kanunlar içine beliren hukuk kaideleri hayat ve tatbikat sahasına çıktıktan sonra ekseriya kanun vazının düşünmediği ve göremediği bir takım istihaleler geçirir ve şekiller alır. Vakit vakit bir hukuk müessesine ait kanunların tatbik şekilleriyle, bu kanunların ihtiva ettikleri kaidelerin hayat ve tatbikatta büründükleri kisve ile gözden geçirilmesi, meselâ yaşıyan kaide ile kanun vazının doktrinin düşünceleri arasında husule gelen farkın belirtilmesi çok faideli olur. Bu tahlil, mukayese ve tenkit hukukun hayatla müvazi olarak tekâmülüne, gelişmesine yardım eder.

İstimlâke mütedair mevzuatımızın böyle bir tahlil ve tetkike tabi tutulması lâzım geldiğine kaniim. Bir kere istimlâk hakkındaki esaslar ve nazariyeler bir olduğu halde mevzuatımız muhtelif ve dağınıktır. Bunlardan bir kısmı çok eski bir kısmı ise yenidir ve aralarında derin prensip farkları mevcuttur. Bu farkların bir kısmını tatbik sahalarının hususiyeti veya hâdiselerin bünyeleri arasındaki farklarda da izaha imkân yoktur. Ve nihayet istimlâk hakkındaki mevzuatımızın en yenileri bile tatbikatta bir çok maddî ve hukukî güçlükler doğurmaktadır. Bu itibarla istimlâk mevzuatımız mukayeseli bir tahlilini yapmağı, aralarındaki prensip farklarını belirtmeği ve bu mevzuatın tatbikatta aldığı şekilleri ve doğurduğu güçlükleri incelemeyi faideli görüyorum.

İstimlâk, zıt menfaatların, bugünkü siyasi teşkilât ve medeni hukuk mevzuatının hemen her yerde temeli sayılan mülkiyet hakkıyle umumî menfaatlar ve ihtiyaçlar düşüncesinin en şiddetle çarpıştığı bir sahadır; İçtimaî hayatın, siyasi ihtiyaçların doğurduğu zaruretler mülkiyet hakkına bir çok tahditler koymuş mülkiyet müessesenin fizyonomisini çok değiştirmiştir, fakat bu hakkın, sahibinin rızası hilâfna olarak tamamen nez'i şüphesiz ki mülkiyet hakkına konulan en ağır tahdit ve vurulan en büyük darbedir. Mülkiyet

[*] Bu konferans 23—1—1943 tarihinde Türk hukuk kurumu adına Ankarada Dil Tarih Coğrafiye Fakültesinde verilmiştir

hakkı kabul ve himaye edilince bu hakkın cebri ve resmi ihlâline karşı da en geniş ve emin bir tazmin esasının bulunması zaruridir. Bu, yani malikin himayesi istimlâk meselelerinin bir safhasını, bir cephesini teşkil eder. Diğer taraftan bugün umumi menfaatların hususî menfaatlara üstünlüğü, icab ettikçe umumî menfaatlar karşısında hususî menfaatların eğilmesi prensibi de hukukun bir mukarinesidir. Eski hukukumuzda bu mukarineyi" zararı âmmı def' için zararı has ihtiyar olunur" vecizesi ile ifade ediyordu. Bu, umumî menfaat düşüncesi de maliklerin egoist düşüncelerinin, kaprislerinin âmme hizmetlerini geri bırakmamasını ve binaenaleyh malikin elinden mülkünün bir an evvel alınarak lüzum görülen hizmete en seri bir yoldan tahsis edilmesini icabettirir. Bir malikin, idarenin ihtiyacından istifade etmek için mülkünü elinden çıkartmak istememesi veya diğerinden çok fazla bir tazminat alabilmek için bir çok vesilelere baş vurması karşısında bir hastanenin bir sanatoryomun inşası geciktirilebilir mi? Bir şehrin iktisadî, içtimaî ve sıhhî ihtiyaçlarının icapları maliklerin keyif ve arzularına terk olunabilir mi?

Malikin himayesi istimlâkin bir cephesini teşkil ettiği gibi âmme menfaatlerinin korunması da diğer cephesini teşkil eder ve istimlâk mevzuatı bu iki zıt menfaatin temini ve hem malikin korunmasının hemde mülkün bir an evvel malikin elinden alınarak âmme menfaatlerinin ve hizmetlerinin en ehven ve çabuk yoldan temininin usullerini bulmak gayesini güder. Bu usuller malik bakımından tetkik edilince müracaat yollarının çoğaltılması mülkiyet hakkının en büyük koruyucusu ve müeyyidesi olan kazai mercilerin ve bilhassa adli kazanın istimlâk işlerinin geniş bir müdahale ve söz sahibi olması icabeder, halbuki âmme menfaatleri de idareye istimlâk işlerinde bir takdir salâhiyeti tanınmasını, istimlâkin çabuk neticelenmesi için müracaat yollarının az ve müddetlerin kısa olmasını ve nihayet âmme hizmetlerinin, idari ihtiyaçlarda fazla ihtisası olmıyan adliye hâkiminin istimlâk işlerine hiç karışmamasını icabettirir.

İşte istimlâk hakkındaki mevzuatın kıymeti bu iki zıt menfaati telif ve her ikisinin de korunmasını ve tahakkukunu temin etmesiyle ölçülür.

Bu umumî düşüncelerden sonra mevzuatın tahliline geçelim: bilindiği gibi bizde gerek Mülga kanunu esasi ve gerekse bugünkü Teşkilâtı esasiye kanunu idareye bu salâhiyeti vermektedir. Fakat istimlâkin şart ve şekillerini tesbit eden kanunlarımızda bir birlik yoktur. Bu hususdaki mevzuatımız ahenksiz ve dağınık bir haldedir: istimlâk hakkındaki Umumî kanunumuzu teşkil eden 24 İkinciteşrin 1295 tarihli «menafii umumiye için istimlâk kararname»sinin yanında 1939 tarihli Belediye istimlâk kanunu, Devlet Demir yolları istimlâk kanunu; vakıflar hakkında 25 Haziran 328 tarihli ve Millî Müdafaa ihtiyaçları için yapılacak istimlâklar hakkında bir kanun vardır. Bunlardan başka Teşviki sanayı kanununda, Askerî memnu

mıntıkalar kanununda, Köy kanununda, maadin nizamnamesinde, Orman kanununda, İskân kanunlarında ve diğer bazı kanunlarda istimlâki alâkalandıran ve hattâ prensipler üzerine tesir edebilecek olan hükümler vardır.

İstimlâk hakkındaki mevzuatın böyle çeşitli olması bir bakımdan izah edilebilir: Bazı metler hakkında yapılacak istimlâklar bir hususiyet arzeder ve bu itibarla bazı istisnai hükümlere tâbi tutulabilir; fakat bu istisnalar, yukarıda da arzettiğim gibi sistem birliğini bozmamalı, istimlâke hâim olması lâzımgelen hakkaniyet esas ve ölçülerinde farklar husule getirmemelidir. Eğer mevzuatımız arasında böyle ölçü farkı, prensip ikiliği varsa bunları gözden geçirmek ve bir sistem birliği kurmak zarureti kabul edilmek lâzımgelir; şimdi böyle ikilikler olup olmadığını araştıralım: İstimlâkin esaslı prensibi; istimlâk edilen gayri menkulün hakiki değerinin malike ödenmesidir. Bu esas o derecelerde ehemmiyetli talâkki edilmiştirki, esas teşkilât kanununa kadar girmiş ve istimlâk kanunlarına bu esasın tam bir adalet ve hakkaniyet dairesinde tahakkuku için hükümler konulmasına çalışılmıştır. Takdir edilecek kıymeti tâyinde iki esas hatıra gelebilir:

a — Mülkün vergi kayıtlarına, tapu sicillerine velhâsıl evvelden malûm olan esaslara göre kıymetinin takdiri; yani daha ziyade objektif bir ölçü.

b — Kıymetin o gün mevcut bir çok âmilleri göz önünde tutarak tamamen takdiri bir surette tesbiti, yani bunun kıymeti takdir edeceklerin kanaatlarına göre, daha ziyade sübjektif bir esas dahilinde takdiri.

Bu ikinci sistemde kıymeti takdir edecek heyetin teşkilinde de muhtelif usuller vardır; bu heyet ya Devlet ajanlarından ve bilhassa hâkimlerden, memurlardan teşkil olunur ve yahut mülk sahiplerinden mürekkep olur ve yahut mülk aipleriyle hâkim ve memurlardan mürekkep muhtelit bir heyet olur.

Bu muhtelif sistemlerin leh ve aleyhinde bir çok sözler söylenebilir. Kıymetin mevcut kayıtlara göre ve objektif esaslar dahilinde takdirinde surat, istikrar ve bitaraflık temin edilir. Bir takım keyfi ve indi takdirler, bunlardan doğabilecek suiistimaller önlenmiş olur. Buna mukabil vergilere esas tutulan kıymetlerin veya tapu sicillerindeki kıymetlerin o günün kıymetlerine uymadığı söylenebilir. Bu tahminlerin, muhtelif sebeplerle hakikata uygun bir surette tesbit edilmemiş olduğu iddia olunabilir.

İkinci sistemde ise kıymet tamamen serbest bir surette takdir edileceği için hakikate daha kolay varılabileceği söylenir. Jüri heyeti hiç bir kayıtla mukayyet olmaksızın o günün iktisadi durumuna göre mülkün kıymetini serbestçe takdir eder ve bu suretle malikin hakları daha iyi korunmuş olur. Fakat buna mukabil bu sistem de suiistimale çok müsaittir. Ken-

disini hiç bir kayıtla mukayyet görmiyen jüri heyetleri bir çok tesirlerin altında kalabilir. Meselâ Fransa'da ilk zamanlarında jüri heyetinin bitaraflığını temin etmek icin bunların idare ile alâkası olmıyan mülk sahiplerinden teşkili sistemi kabul edilmiş ve bunların vergi mükellefiyetlerini artırmamak maksadiyle mutedil hareket ederek müfrit fiyatlar koymıyacakları düşünülmüştü, fakat hâdiseler bu mülk sahiplerinin tamamen hususi menfaat düşüncesiyle hareket ederek idare zararına yüksek kıymetler takdir ettiklerini gösterdi; bu tecrübeler üzerine bu usul biraz tadil edildi, ve jüri heyetine istimlâk işine bakan mahkemenin reisinin reislik etmesi kabul olundu, ve bu suretle jüri eyetine muhtelit bir mahiyet verildi; aynı zamanda bu heyete kıymeti tesbit ederken mevcut esasları göz önünde tutmak mecburiyeti yüklendi; heyet, kıymet takdirinde arazi vergisi için kabul olunmuş esaslara riayet etmekle mükellefti, fakat bu tadillerde ihtiyaca kâfi gelmedi ve 8 Ağustos 1935 tarihli muvakkat bir kanunla istimlâk bedelini tesbit salâhiyeti memurların ekseriyeti teşkil ettiği diğer bir muhtelit komisyona verildi; bu komisyon iki memur ve istimlâk olunacak malın bulunduğu civarda ikamet eden bir malikten teşekkül etmekte ve hâkimin reisliği altında bulunmaktadır. Başka memleketlerde de bedelin tesbiti hususunda takdir ve tahmine az yer vermek ve daha sabit ve istikrarlı unsurları nazarı itira almak temayülü görülmektedir.

Bu sistemlerden hangisinin daha iyi olduğunu tâyin ve takdir etmek hukuki bir mesele olmaktan ziyade teşri siyasetine taallûk eder. Kanun vazıı memleketteki muhtelif vaziyetleri, temayülleri, elindeki maddi ve şahsi vasıtaları göz önünde tutarak bunlardan birini tercih edebilr. Hukukcu kabul edilen sistemin hukuk tekniği bakımından doğurduğu güçlükleri veya adaletsizlikleri göstermekle mükelleftir. Bu itibarla ben bu sistemlerden hangisinin daha iyi olduğunu araştırmağı mevzuumuzun dışında görüyorum, ancak bu hususta teşri siyasetimizde bir birlik olmadığını ve neticede ortaya muhtelif ölçüler çıkmış bulunduğunu ve bunun da adalet ölçülerinde bir aksaklık husule getirdiğini göstermekle iktifa edeceğim:

A— İstimlâk kararnamesine göre kıymet iptida belediye meclisi tarafından seçilen üç muhammin ile belediye meclisi azasından dört tapu ve evkaf idarelerinden birer ve hukuk mahkemesinden bir zattan mürekkep muhtelit bir komisyon tarafından tesbit edilir, fakat intihai ve kati olarak mahkeme tarafından tâyin edilen bir jüri heyet tarafından ve tamamen serbest olarak taktir olunur. Malûm olduğn üzere bu heyet mahkeme tarafından teşkil edilmekle beraber bir ehli vukuf heyeti mahiyetinde değildir, tamamen serbest bir jüri heyetidir, mahkeme bu heyetin faaliyetini sadece usul bakımından mürakabe eder, takdir ve tahmine müdahale edemez.

557

b — Belediye istimlâklerini 934 tarihli kanun gayri menkulün vergi matrahları esasına göre, yani objektif esaslar dahilinde kıymet takdiri esasını kabul etmiş iken 939 tarihli kanun bu esastan tekrar ayrılmış ve iptida Belediye meclisi azasından bir, Mülk sahiplerinden ve Belediyede vazife sahibi olmıyan mimar veya mühendislerden bir zattan mürekkep bir komisyon tarafından ve intihaen de mahkemece tâyin edilecek ehli vukuf marifetiyel ve hakikatta serbest bir surette kıymet takdiri esasını kabul etmistir.

c— Yeniden kurulacak Erzincan şehir yerinin istimlâkine dair 940 tarihli kanunda bedelin takdirinde Millî Müdafaa istimlâklerindeki esas kabul edilmiştir.

Görülüyor ki eski kararname ile yeni Belediye istimlâk kannnunun yani devlet istimlâkleriyle Belediye istimlâklerinde serbest tekdir ve tahmin esası, sübjektif bir sistem; Devlet Demir Yolları, Millî Müdafaa ve Erzincan Şehri istimlâklerinde vergi kayıtları ve esasları, daha ziyade objektif sistem kabul edilmiştir. Devlet ve vilâyet istimlâklerine taallûk eden kararname eski ve digerleri yeni olduğundan kanun vazıımızın objektif sisteme temayül ettiğini zannedebiliriz; fakat Belediye istimlâklerinde 934 kanununda bedelin tahmini hususunda vergi esasları nazara alındığı halde son kanunda takdir ve tahmin sistemine dönülmüştür. Bu vesile ile dışarıda söylenilen sözler arasında bazı maliklerin az vergi vermek için mülklerinin kıymetlerini düşük olarak kaydettirdikleri ve bu suretle bu vergi kımetleri istimlâke esas tutulunca mülklerinin hakiki kıymetlerinden çok düşük bir bedel ile istimlâk olunduğu ve bunu önlemek için tekrar tahmin sistemine dönüldüğü yolunda bazı garip mucip sebepler de vardır. Bütün kanunlarımıza da ahlâki esasları birinci plana alan kanun vazıımızın şer'î hile ve tezvir yollarına sapan kötü niyetli mükellefleri himaye etmek gibi bir mucip sebebe kapılabileceğini bir dakika bile hatırımıza getiremeyiz, ancak bir kısım kanunlarımızda başka, diğerlerinde başka bir sistemin kabul edilmesi kanaatimce çok mahzurludur. Gerçi bir millî müdafaa, bir demir yolu istimlâki daha ziyade sürate ihtiyaç gösterebilir. Fakat bütün istimlâklerde mülkün hakiki kıymetinin ödenmesi esas olduğuna göre, bütün kıymet takdiri usulleri bu esasın tahakkukuna mâtufdur. Kanun vazıımıza göre her halde bunlardan birisi adaleti temin etmektedir. Şu halde kıymet takdirinde iki sisteme ve muhtelif usullere yer verilmesine lüzum yoktur. İtiraz müddetleri, yolları muhtelif istimlâklerde başka olabilir. Fakat bu; kıymetin takdirinde muhtelif sistemlerin kabulüne bir sebep teşkil edebilirmi? Kıymet şu veya bu esas dahilinde takdir edilmesini bu istimlâkin süriatıne tesir etmez. Mesele hakikî ve âdil kıymeti bulmaktır. Bu da ya vergi kayıtlarına göre âdilane tahakkuk edebilir veya tahmin suretiyle anlaşılabilir; bunla-

rın birinden biri doğru olacağına göre, diğerine göre takdir edilen kıymet ya hükümet veya mâlik lehine olarak hakikatten şaşıyor demektir. Bu ikiliğin derhal kaldırılmasının bütün istimlâklerde ve kıymet takdirinde gerek idare ve gerekse mâlik bakımından adalete en uygun, tezvirlere ve suiistimallere en kuvvetle mâni olan ve bilhassa suiniyet sahiplerinin idareyi izrar etmesine imkân vermiyen bir tek usulün kabul edilmesinin zarurî olduğu kanaatindeyiz.

İstimlâke mütaallik mevzuatımızda rastladığımız ve izah edemediğimiz ikiliklerden bir diğerine yukarıda dolayısile temas etmiş oluyoruz:

Kanunlarımız kıymet takdirinde maddî bakımından, yani esas, kariter bakımından muhtelif sistemler ve ölçüler kabul ettiği gibi usul bakımından da muhtelif sistemler kabul etmiştir: Kıymet hakkında son kararı verecek olan heyetlerin bir kısmı yam bir jüri heyeti mahiyetinde oldugu halde, bir kısmı ehli vukuf heyeti mahiyetindedir. Eğer bir jüri hakikî kıymeti daha adilâne takdir edebiliyorsa, Belediye İstimlâk kanunu bu sistemi niçin değiştirmiştir? Belediye istimlâk kanunundaki usul doğru ise niçin diğer istimlâklere de aynı usul tatbik edilmemektedir?

İstimlâk mevzuatımızın böyle çeşitli olması bunların tatbik sahalarının tâyinini de güçleştirmektedir: Meselâ şark mıntakaları dahilinde muhtaç çiftçilere tevzi edilecek eraziye dair ve şarktan garba nakledilecek şahıslara müteallik 1097 sayılı kanunun mütemmimi mahiyetinde hususi bir istimlâk kanunu vardır. Bu kanunun ikinci maddesi hükümet bu yerlerde köylü, aşiret efradı, göçebe göçmen, muhacir gibi kimselere dağıtılmak üzere büyük arazi istimlâki vermekte ve 3. maddede bu istimlâkler için objektif hudutlarla mahdut bir bedel takdiri sistemi kabul etmektedir. Bu kanunda bu nevi istimlâklere karşı mahkemelere muracaat edileceğine dair de bir hüküm yoktur. Binaenaleyh bu kanuna müstenit istimlâklerin adlî safhası ile, jüri safhası da mevcut değildir. Kanunun 4. maddesi «işbu kanunun birinci umumî müfettişlik mıntıkası dahilinde ve lüzumu icra Vekilleri heyetince tasdik edilen yerlerde tatbik» edileceğini tasrih etmektedir. Hükûmet bu salâhiyeti geniş manasiyle anlamış ve kanunu Garbi Anadoluda da tatbik etmiş, Devlet Şûrası ise ancak şarka münhasır hususi bir kanun sayarak Garbi Anadoluya tatbiki hakkındaki kararları iptal eylemiştir. Nihayet Meclis 14 Haziran 1934 tarihli tefsiri ile Devlet Şûrasının görüşünü kabul etmiyerek «lüzumu icra Vekilleri heyetince tastik olunacak yerlerde» fıkrasının «lüzumu İcra Vekilleri Heyetince tastik edilecek her yer» manasını istihdaf eylediğini kabul eylemiştir. Bu suretle ortaya bir ikilik daha çıkmıştır. Şarktaki hukukları arzetmiyen mıntıkalardan birinde istimlak bu kanunla yapılabilecek, halbuki diğer bir vilayette ise bu sisteme temamen zıt bir esasa dayanan istimlâk karanamesi mucibince yapılacaktır. Arzettiğim gibi hususiyetler istimlâk usul ve müddetlerinde farklar do-

559

ğurabilir; fakat esaslardaki ikiliğin üzerinde ehemmiyetle durulması icabeden bir mesele olduğunu zannediyorum. Şimdi istimlâk mevzuatımızdaki bazı vuzuhsuzlukların tatbikatta doğurduğu güçlüklerden bir kaçını arzedeyim:

Bilindiği veçhile istimlâk işleri üç safhada tetkik edilir: İdarî safha, adlî safha, jüri safhası. Bu safhalar bazan birbiriyle tedahül eder gibi görünüyorsa da her safhanın gene birbirnden ayrılabilecek hususi karakterleri vardır. Bu güçlüklere en karışık muameleleri ihtiva eden idari safhada rastgeliyoruz; bu safhada üç esaslı muamele vardır: Umumî menfaat kararı; istimlâk edilecek gayri menkulün tâyin,tesbit ve tahdidi; istimlâk ve el koyma kararı.

Umumi menfaat kararıyle istimlâk kararı bir çok defalar birbiriyle karıştırılmakta ve umumi menfaat kararının mahiyeti istimlâk kararına da teşmil edilmektedir. Bilindiği gibi umumi menfaat kararı istimlâk muamelesinin saiki hakkında ittihaz edilmiş bir karardır. Bu saik bazan kanunda tesbit ve tâyin edilmiş olur. Yani muayyen bir işin yapılmasını emreden bir kanun bu iş için istimlâk yapılmasını da emreder. Bu takdirde idarenin salâhiyeti kanunla bağlı demektir, mevzuatımız arasında umumi menfaat mefhumunun böyle kanunla tesbit edildiği hallere meselâ camilerin ve vakıflar idaresinne bağlı müesseselerin «harim ve müştemilâtında» bulunupta «her nasılsa ferdin uhtesine» geçen yerler hakkında tesadüf ediyoruz. 328 tarihli kanun bu gibi hallerde umumi menfaatın mevcudiyetinin musaddak olduğunu ayrıca menfaatı umumiye kararına lüzum bulunmadığını tasrih eder; kanaatımızca asarı atika nizamnamesi mucibince istimlâkedilecek «bina veyahut sair asarı atikai gayrimenkûlenin .... bulunduğu arazinin» istimlâki için de ayrıca umumi menfaat kararına lüzum yoktur. Aynı suretle maden mültezimleri, sınai müesseseler sahipleri lehine yapılacak istimlâklerde de ayrıca umumi menfaat kararına lüzum yoktur. Devlet Şûramızın da dediği gibi «bu cinsten istimlâkler hususi eşhas menfaatına cereyan etmektedir.» Ve «teşviki sanayi kanunun» istimlâk kararnamesine atfettiği hüküm ancak usul ve eşkâle taallûk eder.»

Bu gibi hallerde umumi menfaat kanun tarafından tâyin edildiğine göre ayrıca idari mahiyette bir umumi menfaat kararına lüzum yoktur; fakat bir istimlâk ve elkoyma kararına lüzum olduğu tâbiidir, burada umumi menfaat kararıyle istimlâk kararının veya istimlâk muamelesinin bu iki unsurunun tamamen ayrı olduğu görülmektedir.

Umumi menfaatın böyle kanun tarafından gösterilmediği hallerde de üç ihtimal hatıra gelebilir: ya istimlâk kanunu umumi menfaatları ihtirazı bir surette sayar veya vukuu olarak gösterir veyahut umumi menfaatın mevcudiyeti tamamen idarenin takdirine bırakır.

560

Devlet Demir Yolları istimlâk kanununda «Devlet Demir Yolları ve teferruatına lüzumu dolayısiyle işgal edilmiş veya edilecek gayrı menkûller» denilmek suretiyle bu kanunun kabul ettiği umumi menfaat ihtirazı olarak gösterildiği gibi 927 tarihli Askerî Memnu Mıntakalar kanununda bu kanun mucibince yapılacak istimlâkler ihtirazı surette gösterilmiştir. Bu gibi haller umumi menfaatın kanun tarafından gösterilmesi haline çok yaklaşır ve bazan da iki hal tedahül etmiş olur.

Aynı suretle umumi menfaatın vukuu olarak gösterildiği hallerle tamamen idarenin takdirine bırakıldığı hallerde birbiriyle karışmaktadır. Bizde istimlâk kararnamesi ile Belediye İstimlâk Kanunu bu vaziyettedir; Belediye İstimlâk Kanununun geçirdiği istihaleler ve tadillerde kanun vazımızın umumi menfaat mefhumunu genişletmek temayülünde olduğunu göstermektedir. Bu temayülleri metinler üzerinde tesbit edebiliriz: menafii umumiye için istimlâk kararnamesinin 17 Nisan 330 tarihli kanunla muaddel 1 inci maddesi umumi menfaatler ne olabileceğini vukuu surette sayıyor ve bundan «menafii umuma şâmil hususatı saire» demek suretiyle bir tamim yapıyor. Halbuki 1934 tarih ve 2497 sayılı Belediye İstimlâk Kanunu gerek bu tarihli maddesini ve gerekse 329 tarihli Belediye İstimlâk Kanununun tadillerini ihtiva etmemekte ve sadece Belediye Kanununa bir atıf yaparak «beldenin ve belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni, sıhhi ve bedii ihtiyaçlarının tanzim ve tesviyesi ve tehlikeden korunması için tesisat yapmak» keyfiyetini umumi menfaat saymaktadır. 939 tarih ve 3710 sayılı kanun ise umumi menfaatları aynı şekilde tavsif etmemekle beraber «beldenin ve belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek» tâbirini de terk etmek suretiyle umumi menfaatın tâyinine esas olacak bir kaydı daha kaldırmış ve bu mefhumu biraz daha genişletmiştir. Bundan maada belediye istimlâk kanunları mıntaka istimlâkına de yer vererek belediyenin akar inşası için dahi istimlâk yapabilmesine imkân vermektedir. Şu suretle umumi menfaat, yani istimlâkin saiki takdiri bir mahiyet almaktadır.

Bu nokta üzerinde, yüksek heyetinizi fazlaca işgal ve tasdi etmekliğimin sebebi bu meselenin çok tereddütlere ve ihtilâflara sebep olmasıdır.

Umumî menfaat kararı takdiri bir mahiyet alınca kazai murakabanın dışında kalmış olur. Yani bu karar aleyhine idarî kaza müracaatla bir iptal dâvası açılmamak icabeder. Menafii umumiye için istimlâk kararnamesinde bu hususta bir sarahat olmamakla beraber aynı esası kabul eden Fransada da umumî menfaat kararının takdiri mahiyette olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu takdir salâhiyet maksat bakımından mahdut sayılıyordu; yani bir yerde yol açmak, mektep yapmak hususunda umumî menfaat olup olmadığının kazai mercilerden tetkik ve münakaşasına imkân olmadığı kabul edilmekle bereber kanunda sayılan misallere göre bir işin kanunun kabul

ettiği umumî menfaat maksadına uygun olup olmadığı tetkik edilebilirdi. Meselâ otel yapmak maksadiyle bir istimlâk yapılsa kanundaki misallere göre otel inşası veya işletmesi için yapılacak bir istimlâkin bu kanuna göre umumî menfaat sayılamıyacağına karar verilirdi, fakat mektep yapmak üzere bir gayrı menkul istimlâk edilmişse bu yerde bir mektep inşasının umumî menfaat olup olmadığı münakaşa edilemez. Bu nokta, yani nerede mektep, nerede hastane inşa edileceği tamamen takdiri bir meseledir.

Bizde vaziyet çok müphemdir ve güçlükler doğurmaktadır: Millî müdafaa ihtiyaçları için yapılacak istimlâklar hakkındaki kanunun 1 inci maddesinin 2 inci fıkrasında Vekiller Heyeti tarafından verilen istimlâk kararı aleyhine dâva olunamıyacağını sarahaten beyan etmekte ve ancak asliye hukuk mahkemesinde bedel dâvasının açılabileceğini kabul eylemektedir. Belediye istimlâk kanununda ise bu hususta daha dikkata değer hükümler vardır: Bu kanun da istimlâkin âmme menfaatlarına uygun olduğu hakkındaki kararın katî olduğunu sölemekte ancak belediyenin istimlâk talebi üzerine umumî menfaat kararı vermiye salâhiyetli olan merciler tarafından o istimlâkta umumî menfaat olmadığına dair verilecek karara karşı belediyelere idari bir itiraz hakkı tanımaktadır. Şu suretle umumî menfaat olduğuna dair belediyenin verdiği ve idarî vesayet makamının tasdik ettiği karar kati mahiyeti haiz bulunmakta ancak idari vesayet makamının red kararına karşı belediyeye hiyerarşik mahiytte bir müracaat yolu gösterilmektedir. Kanun bu kadarla iktifa etmiyerek «âmme menfaatları hakkındaki kati kararlar aleyhine Devlet Şûrasına müracaat olunamıyacağını» tasrih etmiştir. 934 Belediye İstimlâk Kanunu ise «umumî menfaatlar hakkındaki kati kararlar temyiz olunamaz» demekte idi.

Devlet Şuramızın bu hûsustaki içtihatlarında bir birlik yoktur: «937 tarihli bir içtihadında Şûra umumî menfaat kararını — Fıransa da olduğu gibi — maksat bakımından tetkike kendisini salâhiyetli görmektedir. Bu karara göre» haddi zatında mülk mahfuzdur. İstimlâk ve istimval ancak istisnaen tecviz edilmiştir. Bu cevazda istimlâkin bir umumî menfaatın kati bir luzum ve zarurete istinadiyle kaimdir. Belediyenin âmme hizmetiyle müterafik dahi olsa akar mefhumuna girebilecek mevzularda istimlâk yapabilmesine yukarda yazılan kaide noktasından cevaz olamaz. «Şûra bu kararı 934 tarihli kanunun meriyeti sırasında, yani kanunun» umumî menfaat kararlarının kati olduğu ve bu kati kararların temyiz olunmıyacağını tasrih eylediği sıralarda ittihaz etmişti.

Halbuki daha yeni bir kararında Devlet Şûrasının bu içtihadından rücu ettiğini görüyoruz: Bu yeni kararında Şûra diyor ki «Gerçi idarî fiil ve kararlarda esas maksat salâhiyet ve şekil cihetlerinden biriyle kanunlara veya nizamlara aykırı olduklarından dolayı iptali için menfaatları haleldar

562

olanlar tarafından açılacak dâvaların Devlet Şûrasınca görüleceği 3546 sayılı kanunun 2 inci maddesinde yazılı ise de 3710 sayılı Belediye İstimlâk Kanunun 7 inci maddesi âmme menfaatları hakkındaki kati kararlar aleyhine Devlet Şûrasına müracaat olunamıyacağını sarahatan göstermekte ve mahallin en büyük mülkiye âmirinin tasdikiyle katileşen bu gibi kararların Devlet Şûrasınca tetkikini vazı kanun meneylemiş bulunmakta olduğuna göre kanunun bu mutlak sarahatı karşısında kararın şu veya bu sebeple tetkikine kanunen imkân olmadığından dâvanın vazife noktasından rüyete .....»

Bu karar istimlâk kararlarını bir hükümet tasarrufu haline koyarak tamamen kazai mürakabanın dışında bırakmaktadır. Kazai mürakabanın dışında diyorum; çünkü asliye hukuk mahkemesinin yapacağı mürakaba ancak bedelinin takdiri ve fomalitenin — sihhat değil — sadece mevcudiyet bakımından mürakabasından ibarettir. Şu halde karar esas bakımından kanuna aykırı ise meselâ bir menkulun istimlâkine müteallik bulunuyorsa veya bir tacirin ticarethanesi, fabrikası, belediye tarafından işletilerek varidat temini maksadiyle istimlâk yapılıyorsa fert bu kanunsuzluğu hangi misalle ve ne suretle anlatacaktır?

İlk hatıra gelecek ferdin hiyerarşik bir mürakabayi tahrik edebilmesidir: Malik kararı tastik eden idari vesayet makamının meselâ kaymakamın hiyerarşik âmirine, valiye müracaatla bu tasdik kararının refini istiyebilir. İdari makamların idari vesayet salâhiyetlerini kullanırken ittihaz ettikleri kararlar daima gerek kanuni ve gerekse takdiri bakımından daimi hiyerarşik bir mürakabaya tâbi olduğundan vali, kaymakamın kararını yolsuz veya yersiz görürse kanaatımca refedebilir, şu suretle tasdik kararı ortadan kalkmış ve umumî menfaat kararı da tekemmül edememiş olur. Filhakika kaymakamın bu tasdik salâhiyeti, merkezin ademi merkeziyet idareleri üzerinde haiz olduğu idari vesayetin bir neticesidir. İdari vesayet ne kaymakamın şahsına ve ne de makama ait bir salâhiyet değildir; Bu merkeze izafeten kullanılan bir salâhiyet olduğuna göre Dahiliye Vekili namına hareket edilmektedir. Binaenaleyh Dahiliye Vekili doğru bulmadığı bir tasdiki hiyerarşik kudretine binaen daima kaldırabilir. Bununla beraber, kaymakamın tasdiki ile belediye kararının artık tekemmül ederek müstakil bir mevcudiyet almış olduğu ve bu müstakil karara iltihak eden tasdikin hiyerarşik âmiri tarafından kaldırılmıyacağı iddia olunabilir. Fakat böyle bir iddia kabul edilirse bir kaymakamın hatası yüzünden, hiyerarşik mercilerin meselâ Dahiliye Vekilinin gözü önünde kanunsuz bir istimlâk kabul edilecek, mülkiyet hakkına tecavüz olunabilecek demektir ki bunun hukukî esaslarımızla telif edilemiyeceği aşikârdır. Bununla beraber yukarıda arzettiğim şekilde bir iddianın kuvvet ve kıymeti de inkâr edilemez.

563

İkinci bir yolda belediye kanununun 74 üncü maddesinden istifade edilerek valilerin veya Dahiliye Vekilinin talebi üzerine bu gibi kanunsuz kararların Devlet Şûrasınca tetkik ve iptâl edilebilmesidir. Bilindiği veçhile bu maddeye müsteniden vali veya Dahiliye Vekilinin yapacağı itirazlı bir sukutu hak müddetine de tâbi değildir. Fakat bu yol da ferdi tamamen tatmin etmiyebilir.

Kanaatımca, Devlet Şûrasının arzettiğim son kararında Belediye istimlâk kanununun 1 inci maddesine verdiği vüsat de çok fazladır; bu kararda istimlak kararıyla umumî menfaat kararı ve umumî menfaat kararları aleyhine dâva açılmıyacağı hakkındaki hükmün mahiyeti istimlâk kararına da işmal edilmek suretiyle ve istimlâk işine bir hükümet tasarrufu mahiyeti verilerek zuhule düşülmektedir. Bendenize göre umumî menfaat kararı istimlâk kararından ayrıdır veya onun ayrı bir unsuru, cüzü fer'idir. İstimlâk kararı, esas, maksat, salâhiyet, şekil bakımından Devlet Şûrasınca pekalâ tetkik olunabilir. Ancak umumî menfaat noktası, yani istimlâkin saiki kazai murakabenin dışında kalır. Binaenaleyh bu kararın menkule taallûk etmesi bakımından yani esasları kanuna mugayereti veya salâhiyet, şekil bakımından kanuna mugayereti iddia edilebileceği gibi istimlâkin maksat bakımından da, kanuna mugayereti tetkik edilebilir. Bu idarî ve icraî bir karar aleyhine idarî kazaya müracaat kararın tatbik ve icrasını durdurmıyacağından böyle bir itirazın istimlâk ve dolayısıyla âmme hizmetlerini geciktireceği de iddia edilemez. 7 inci madde, kanaatımca, ancak zaman ve mekân, icra tarzı, bakımından âmme menfaatının takdirî olduğunu tasrih etmiştir. Yoksa istimlâk gibi mülkiyet hakkına taallûk eden bir muamelenin salâhiyet, şekil, esas ve maksat bakımından kazaî bir murakabeye tâbi olmaması kanunlarımızın ruhuna uymaz kanaattındayım.

Menafii umumiye için istimlâk kararnamesinde böyle kazaî murakabe yolunu kapayan bir hüküm olmadığına göre devlet istimlâklerinde daha yüksek sâlahiyetli makamların umumî menfaat hakkında verdikleri kararlar kazaî murakabeye tâbi tutulabileceğinden bir kaza belediyesi tarafından verilen ve kaymakamın tasdikile tekemmül eden bir kararın kazaî murakabe dışında kaldığı halde ayni mahiyette olan ve daha büyük ve sâlahiyetli bir merci tarafından ittihaz edilen ve ferdi ve devleti daha fazla alâkalandıran bir kararın kazaî murakabeye tâbi olması tarzında tecelli eden prensip ikiliğinin izahı da imkânsız denecek kadar güç olduğunu zannediyorum.

Müsaade buyurursanız maksadımı bir az daha izah edeyim: yukarıda arzettiğim gibi umumî menfaat ile istimlâk kararı ayrı ayrı şeylerdir. Bazı kanunlarda bu ayrılık tamamen gösterilmişdır ve bunlar müstakil kararlar şeklinde tecelli eder ve başka başka merciler tarafından verilir. Bu iki kararın birleştiğini kabul etsek o zaman istimlâk kararının o mahallin istim-

564

lâkinde umumî menfaat olduğu yolundaki kısmî kararın saikini teşkil eder. Kanun vazıının kazaî mercilere tetkik ettirmek istediği işte bu kısımdır; yani nerede mektep, nereda yol, nerede stadyum inşasında umumî menfaat olduğunu idarî veya adlî kaza tetkik edemez; bu tamamen idarenin tetkikine kalmış bir keyfiyettir. Fakat istimlâk kararı sade bundan ibaret değildir; bu karar, salâhiyet, şekil bakımından tetkik edilebileceği gibi mevzu bakımından, yani istimlâkin taallûk ettiği mâlın mahiyeti, mütemmim cüzüleri ve teferruatı gibi noktalardan da tetkik edilebilir. Ve şimdi arz edeceğim veçihle bu son noktada bir çok tereddütler ve ihtilâfalar ortaya çıkar. Şu halde istimlâk kararı üzerine açılan bir hükûmet tasarrufu gibi Devlet Şurasının ademi — mesmuiyet kararı ile reddedeceği bir dâva değildir. Burada idarenin takdir sâlâhiyeti mevzuu bahistir. Binaenaleyh Devlet Şûrası böyle bir dâvayı iptidaen kabul eder, dâva, umumî menfaat meslesine taallûk ederse bu noktada idarenin takdir salâhiyeti olduğu için reddolunur. Fakat diğer noktalara taallûk ediyorsa dâva görülür ve bu noktalardan kanuna nizama aykırılık görülürse karar iptal olunur.

Yukarıda bir istimlâk kararının umumî menfaat unsurundan başka unsurlarıda ihtiva edecegini ve bu unsurların da kanuna ve nizama,esas ve maksat bakımından muhalif olduğu iddialarını doğurabileceğini işaret ettim. Bunların en mühimlerinden biri de istimlâke mevzu olacak mallar meselesidir.

Neler istimlâke mevzu olabilir?

Bir kere ummumiyetle kabul edilen nokta,istimlâkin ancak gayrimenkullere taallûk edebileceğidir. Menkuller ancak istisnai hallerde ve istimval denilen diğer bir usul ile cebren istimval edilebilir. Şimdi arzedeceğim gibi mavzuatımız da istimalâkin ancak gayrı menkuller hakkında tatbik edilecek bir usul olduğunu tayin etmektedir.

Ancak gayrı menkul tâbiri üzerinde biraz durmak ve bunun medlulunu iyice tayin ve tavzih etmek mecburiyetindeyiz.

Bilindiği gibi gayrı menkuller, maddi gayrı menkuller, ve gayrı maddî gayri menkuller olmak üzere iki kısma ayrılabilir. Medeni kanunumuzun 632 inci maddesinde de araziden maada «tapu sicilinde mûstakil ve daimî olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar» da gayrı menkul sayılmaktadir. Bundan maada medeni kanunun 619. Maddesi mülkiyeti gayri menkulün mütemmim cüzülerine ve 621. maddesi de teferrüatına teşmil etmede ve temliki tasarruflarda mütemmim cüzülerin mutlaka,teferrüatın ise hilafı tasrih edilmedikçe tasarrufa dahil bulunacaklarını kabul eylemektedir.

Acaba istimlâkte de gayri menkul tâbiri bu esaslar dahilinde mi anlaşılmak lâzımgelir? İlk bakışta istimlâk hakkındaki mevzuatımızın yalnız erazi ile bunun mütemmim cüzü sayılmak icap eden üzerlerindeki binalara taallûk ettiği zannedilir: Filhakika istimlâk kararnamesinin muaddel birinci mddesinde« ebniyeli ve ebniyesiz arazi ve çiftlikât» istimlâkinden; belediye istimlâk kânunnda kezalik «binalı ve binasız gayri menkuller» den; menafii ummumiyeye müteallik imtiyazat kanunu «erazi ve emlâk» ten; maadin nizamnamesi «erazi» den; teşviki sanayi kânunu da aynı suretle «erazi» den bahsetmektedır. Memnu mıntakalar kânunu da eraziye tealluk eder. Erazi tabirinde, tasarrufta ondan ayrılması mümkün olmıyan mütemmim cüzülerin de dahil olduğu şuphesizdir. Bununla beraber bu mütemmim cüzüler bina yıkılıp enkaz şeklinde müstesna bir mahiyet iktisap edince kıymetleri istimlâk bedelinden tenziledilmek üzere sahibine terkedilebilir; tatbikatta binalar yıkılırken bu enkaz da artırma, eksiltme usulleri dahilinde satılmaktadır.

Teferrüata gelince; medeni kanunun 621. maddesine göre «bir şeye ait yapılacak temliki tasarruflarda o şeyin istisna olunmıyan teferrüatı dahil olur» sa da istimlâkte mesele tetkike değer: teferrüat mahiyeti itibariyle asıl şeyden ayrılabilir; t ferrüatın asıl şeyle bağlılığı eşyanın mahiyetinden ileri gelmeyip «mahalli örfe veya malikin sarih arzusuna göre bir şeyin işletilmesi veya muhafazası veya andan istifade olunması için daimi bir tarzda tahsisi . . . ve istimalde o şeye tâbi» kılınmanın veya asıl şeye takılmanın veya onunla birleştirilmenin bir neticesidir. Binaenaleyh mütemmim cüzün asıl şeye bağlılığı tabii ve maddi olduğu, mütemmim cüzülerin asıl şeyden ay ılması ya o şeyin veya mütemmim cüzülerin tahribini intaç ettiği halde teferrüatın asıl şeye bağlılığı iktisadi mahiyettedir ve teferrüat asıl şeyden ayrılmakla o şey iktisadi tahsisi cihetini kaybetmiş veya bu mahiyeti eksilmiş olmakla beraber ne asıl şeyin ve nede teferrüatın kıymetine halel gelmez. İstimlâke mütaallik mevzuatımız ise sadece arazinin ve bunun mütemmim cüzü olan binaların istimlâkind n bahsetmektedir. Bu kanunların maksadı gayri menkulü iktisadi mahiyetle değil tabii ve maddi şekil ve mahiyetinde ele geçirmektir. Yani iktisadi bir bütünü ele geçirmek değil bir toprağı, bir sahayı elde etmekten ibarettir; hattâ, işaret ettiğim gibi istimlâkin mütemmim cüzülere sirayeti neticesidir ve ayrılacak bu enkazın maliklerine terki bile mümkündür. Bu itibarla istimlâkin teferrüata sari ve şâmil olmaması istimlâk kanunlarının ruhundan anlaşılmakta ve şu suretle teferrüat istimlâkten hariç bulundurulmaktadır. Ancak kanunlarda çiftlik, fabrika gibi iktisadi bir bütün ifade eden tabirler bulunursa bunlara taallûk eden istimlâklerde teferrüatın da bulunacağını kabul etmek icabeder.

Gayri maddi, gayri menkullere gelince, bunlar bir şahıs lehine daimi olarak tesis edildikleri için tapu sicilinde müstakil bir sahifeye geçirilen

üst ve inşaat hakkı gibi bir takım irtifaklardır. İsviçre doktrin ve içtihatlarında bu daimilik otuz seneyi tecavüz eden müddetler olarak tefsir edilmiştir. Acaba bu nevi haklar istimlâke mevzu olabilirlermi? Bu nevi haklar da muayyen bir araziye t:allûk etmektedir. Bu arzın istimlâkinin bu haklara da şâmil olacağı ve onun sukutunu intaç edeceği tabiidir; kanunların ibaresi de istimlâk salâhiyetinin bunlara şâmil olmadığı hissini vermektedir. Yani kanun vazıının lüzumu halinde doğrudan doğruya gayri menkulün istimlâkini ve dolayısı ile onlara taallûk eden ayni ve şahsi hakların düşürülmesini arzu ettiği söylenebilir. Ancak Belediye istimlâk kanunu istimlâke mevzu olabilecek malları biraz daha genişletmekte hattâ, medeni hukuk bakımından müstakil bir tasarrufa ve «üst hakkı teşkil etmeğe olamı» yan «bir evin muhtelif katları» nın istimlâke mevzu olabileceğini kabul etmiştir: Belediye istimlâk kanununun 3. maddesine göre «tasdikli imar plânının tatbiki için mevcut binaların plâna göre fazla olan katlarını yolların genişletilmesi için binaların zemin ve bodrum katlarının lüzumlu olan kısımların istimlâk belediyeler salâhiyetlidir. İstimlâk edilen katlar veya zemini ayrı inşaata mevzu olmıyacak yıkılan katların yerine tekrar inşa edilmemeleri için bir idarî irtifak doğacak ve zeminler ise yola, âmme emlâkine inkilâp edecektir; bu itibarla Belediye istimlâk kanunun bu hükmü netice itibariyle medeni kanuna muhalif bir vaziyet ihdas etmez, ancak iptidaen bu kanuna uymaz gibi görünen bir tasarruf vardır. Bu hüküm bize arzdan, binadan mücerret ve gayri menkule mütaallik hakların da istimlâk edilebileceğini kanun vazıım z da kabul ettiğini göstermektedir. Bundan başka medeni kanun «Âmme menfaati için» arzdan mücerret olarak arzın mütemmim cüzü olan kaynak, çeşme ve ırmakların» istimlâk olunabileceğini kabul etmektedir. Sular kanunu da «eşhası hakikiye ve hükmiyeye ait olup kendilerine varidat temin eden sulardan umumun istifadesine vazedilmesine lüzum görülenler belediyelerce kanuna tevfikan istimlâk edile» bileceği gibi «bir köyün hayat ve sıhhati için zaruri olup hududu haricinde bulunan sulardan temini istifadesi için Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletinin tasdikine iktiran etmek şartiyle bu sular köyün mensup olduğu kaza kaymakamlığınca köy namına istimlâk edilebile» ceğini tasrih eylemektedir. Bu itibarla arzdan mücerret, fakat gayri menkule mütaallik ve gayri menkul mahiyetteki hakların da istimlâke mevzu olabileceğini kabul etmek doğru olur.

İstimlâkin mevzuundan çıkabilecek bu ihtilâfları hangi merci tetkik edecektir?

Adliye mahkemeleri sadece istimlâk formalitelerinin mevcut olup olmadığını ve bedel ihtilâfını halledebileceğine göre bu ihtilâfların da idare mahkemesinde, Devlet Şûrasında tetkiki zaruridir. Filhakika bu ihtilâflar

istimlâk kararından çıkmıştır. İdarî bir tasarruf olan bu kararın esas bakımından kanuna muhalefeti de ancak Devlet Şûrasında tetkik edilebilir.

Görülüyor ki istimlâk kararından çıkabilecek ihtilâflar sadece saik unsurundan yani istimlâk kararının umumî menfaat noktasından çıkmıyor; bu karar takdiri mahiyette sayılarak idare mahkemesinin salâhiyeti dışında kalsa bile mahkemenin tetkik edebileceği noktalar vardır. Halbuki istimlâk kararı bir hükümet tasarrufu gibi iptidaen tetkik edilmezse bu ihtilâflar da mercisiz kalır. Nitekim Devlet Şûrası yukarıda söylediğimiz kararında bir un fabrikasının teferrüat vesairesine el konmasından çıkan ihtilâfı da tetkik etmemekle tatbikatta büyük bir boşluk ortaya çıkarmıştır.

İstimlâkte vaz'ıyet, el koyma işleride ihtilâf doğurmaktadır: İstimlâk kararnamesi vaz'ıyet ve tahliyenin «hükûmeti icraiye» tarafından yapılacağını söylüyor, «hükûmeti icraiye» ne demektir? Eski Şurayı Devletin bir kararında bundan maksat icra daireleri olduğu kabul edilmiş ve bu karar tastike iktiran ederek bir kaide halini almıştır. Halbuki İcra Dairelerinde istimlâkin ruh ve tevellüdü gaip olarak, istimlâk formalitelerinden sonra ortaya bir de icra formaliteleri çıkarak işler sürüncemede kalmaktadır. İcra dairelerinin hareket tarzları da adli makamlarda âmme hizmeti düşüncelerinin tekdir edilemediğini göstermekte ve idari kazanın «idari usullerin lüzum ve zaruretine kuvvetli bir delil vermektedir. Kanaatımızca icra dairelerinin istimlâk işlerinde bir vazife ve salâhiyeti olmamak lâzımgelir.

Belediye iştimlâk kanununda vaz'i yedten evvel mahkemenin müdahalesine lüzum göstermektedir. Kanaatımızca burada mahkemenin rolü sadece bir tesbiti delâilden ibarettir. Yani mahkeme ileriki bedel ihtilâfında haksızlığa mahal vermemek için gayri menkulün vaziyetini tesbit edecek ve bir de vaz'i yede kadar yapılması lâzımgelen formelitelerin mevcudiyetini arayacaktır.

İstimlâk işlerinde Tapu dairelerinin rolü de yanlış anlaşılmaktadır. İstimlâk bir hususi hukuk tasarrufu, bir mülkiyet nakli hadisesi değildir. İstimlâk muamelesinin tescilinden mütevellit bir mülkiyet nakli hadisesini göstermek ve yeni malik yani devlet namına bir sicil ihdas etmek değil, o yer üzerindeki mülkiyet kaydını terkin etmek, âmme emlâki mahiyetini alan o yeri artık mülkiyet mevzuundan ve hususi hukuk tasarruflarından çıkartmaktır. Hatta gayri menkul mülkiyetinin nakli için tescili şart koyan medeni kanunumuz bile istimlâkte buna lüzûm görmemekte ve istimlâk muamelesinin tekemmülü ile eski malikin hakkının sukûtunu kabul eylemektedir. Binaenaleyh istimlâk işlerinde, bazı Tapu dairelerinin hatta ilgili hükûmet dairelerinin zannettiği gibi nakli mülkiyet formalitelerine lüzum yoktur. İdari safhada tekemmül eden istimlâk kararı istimlâk edileni gayri menkul üze-

568

rindeki mülkiyet ve diğer bütün ayni ve şahsi hakları iskat etmiştir. El koyma muamelesi ile de bu hukuki hadise fiili sahaya geçmiş olur; Tapunun vazifesi ise artık o mülk üzerindeki hakları telkin etmek, onu hususi mülkiyet sahasından çıkarmaktan ibarettir, yoksa alelade bir nakli mülkiyet gibi devlet namına tescil yapmak ve Tapu senedi vermek değil!

Hulâsa; bugün istimlâk mevzuatımız ve buna dayanan tetkikatımız en haklı yerlerde ferde muracaat yolu göstermemek, kıymet taktirinde ayrı ayrı ölcüler kullanmak itibariyle fertleri; kıymet taktirinde indi ve keyfi tahminlere, sui istimâllere müsait olması, adliye ile idarenin salâhiyet sahalarının iyice ayrılmamış bulunması; bazı formalitelerin sui istimale ve işi uzatmağa meydan vermesi bakımından da devleti memnun edememekte ve istimlâk kanunlarında aranması lâzımgelen iki düşünceye cevap vermemektedir.

Söze başlarken arz ettigim gibi; maksadım ne yüksek dinleyicilerce bilinen istimlâk nazariyelerini ve sistemlerini izah etmek, ne de istimlâk mevzuatımızın bir teşrihini yapmaktır. Sadece mevzuat yığınları içinde beliren ahenksizliklerden ve tatbikattaki tereddüt ve güçlüklerden bazılarını arz etmek suretile hukuk tekniği bakımından bir tahlil yapmak ve hukuk tekâmülü, kanun vazının fonksiyonu bakımından hukuçuya düşen vazifeyi ifa etmekten ibarettir. Kanaatımca istimlâk mevzuatımız bir kül olarak değil daha ziyade muayyen ve geçici hadiselere çare bulmak düşüncesiyle parça parça tedvin edilmiş ve neticede hem mevzuat arasındaki ve hem de tatbikattaki ahenk kaybolmuştur. Bu vaziyet karşısında bu mevzuatın ve buna müstenit tatbikatın ne âmme menfaatını nede ferdin teşkilâtı esasiyle kanunile ve idari rejimimizle himaye edilmesini sübjektif haklarını temamen koruyamadığını zannediyorum. Kanun vazıımızın bu teknik mahzurları en kısa bir zamanda önleyerek bu sahayı da aydınlatacağına eminim.

569

T. C.

TEMYİZ MAHKEMESİ

3. H. Dairesi

S A Y I

Esas	*Karar*
10929	*9579*

Mahkemesi: Avanos Sulh

Kararın

Tarihi: 9/8/943

No. 198/313

Taraflar

Müddei: Umuş Ercan

Müddeaaleyh: Nebi Özgül

Üçüncü şahıs .....

Dâva : 50 lira kiymetli tarlaya müdahalenin men'i ve iki senelik ecri misil tutarı 150 liranın tahsili talebinden ibarettir.

karar : Keşif ve mesahaya nazaran yedi buçuk dönüm miktarındaki mahalle tecavüz ve müdahalenin men'ine ve fazla iddianın reddine mütedairdir.

Temyiz eden : Müddeaaleyh vekili.

— **(Temyiz kararı)** —

1782 No. lu ölçüler kanunu mucibince bu kanunda yazılı ölçülerden maada ölçünün kullanılması menedilmiş olduğu halde istimali memnu olan dönüm mikyası ile hüküm verilmekle beraber dönüm hesabında yanlış yapılması ve tarafların eski tapu kayıtlarında dönüm olarak gösterilen arazi miktarının fen' memuru marifetiyle metre murabba olarak mesaha ve krokisinin yaptırılması icabederken yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuzdur. Nakzına 25/9/943 tarihinde ittifakla karar verildi.

570

Resmî Gazetede Neşredilen Koordinasyon Heyeti Kararları

Kararın Tarihi	No. su	Karar No.	Resmî Gazetenin Tarihi	No. su
16/8/1943	2 20432	466	18/9/1943	5511
16/8/1943	2 20453	467	18/9/1943	5511
7/8/1943	2 20493	468	18/9/1943	5511
18/9/1943	2 20635	469	21/9/1943	5513