ADLİYE CERİDESİ

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuz dördüncü sene
9 uncu sayı

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi
1943

İÇİNDEKİLER

No.		Sayfa No.
57	**Cezaî mes'uliyeti olmıyan küçükler**..... *(Yazan : Dr. Nurullah Kunter)*	725
58	**Türkiye Cumhuriyeti Temyiz Mahkemesi Teşkilât ve vazifeleri**..... *(Yazan: Cevat Serim) C. Baş Müddeiumumi Muavini*	741
59	**Ceza Hukukunda Af** ..... *(Yazan : Suat Bilge)*	760
60	**Ceza hukukunda kıyas**..... *(Yazan : İsmail Hakkı Balamır) Polis Enstitüsü Ceza Hukuku Öğretmeni*	772
61	**Bibliyografya**..... *(Yazan : K. Fikret Arık)*	783
62	**Bibliyografya** ..... *(Yazan : Dr. Nurullah Kunter)*	785
63	**Şufa hakkında bir inceleme**..... *(Yazan : Dr. K. Fikret Arık)*	789
	Resmî Gazetede neşrolunan Tevhidi içtihat kararları.....	826
	Resmî Gazetede neşredilen Koordinasyon Heyeti kararları	827

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

No: 57

Cezaî mes'uliyeti olmayan küçükler kakkında terbiye ve ıslah tedbirleri ve bunları tatbik ile vazifeli makam

Ceza kanunumuzun 53 ve 54. maddeleri üzerinde bir tetkik

Yazan

Dr. Nurullah KUNTER

Birinci kısım

Cezaî mes'uliyeti olmıyan küçükler hakkında terbiye ve ıslah tedbirleri.

I Yaşa ve fark ve temyiz kabiliyetine göre kanunun kabul ettiği cezaî mesuliyet sistemi.

II Cezaî mesuliyeti olmıyan küçükler hakkında usulî muameleler.

III Cezaî mesuliyeti olmıyan küçükler hakkında alınan tedbirlerin mahiyeti.

IV Devlet idare veya mürakabesinde bir müesseseye yerleştirme.

V Ana babaya veya vasiye teslim.

VI Terbiye ve ıslah tedbirleri kararlarının geri alınabilmesi.

VII Haklarında terbiye ve ıslah tedbirleri alınacak küçükler.

İkinci kısım

Terbiye ve ıslah tedbirlerini tatbik ile vazifeli makam.

VIII Kanunumuzdaki reis tâbiri ve bu hususiaki mahkeme içtihatları.

IX Mehaz kanundaki vaziyet.

X Başka memleketlerde terbiye ve ıslah tedbirlerini tatbik eden makamlar.

XI Netice:

A — Cezaî mesuliyeti olmadığı kanunen kabul edilen veya tetkikat ile anlaşılan küçükler hakkında tedbir almak salâhiyeti hukuki değil, cezaî mercilere aittir.

B — 53. maddedeki tedbirleri ittihaz salâhiyeti asliye ceza reis veya hâkimine aittir.

C — 54. maddedeki farik ve mümeyyiz olmıyan küçükler hakkında tedbir alma salâhiyeti de keza asliye ceza reis veya hâkimine aittir.

Birinci kısım

Cezaî mes'uliyeti olmıyan küçükler hakkında terbiye ve ıslah tedbirleri

I

Ceza Kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre küçüklük mes'uliyeti kaldıran sebeplerden biri olarak kabul edilmiştir. Fiili işlediği zaman onbir yaşını bitirmemiş olanlar hakkında takibat yapılamaz ve ceza verilemez. Onbir yaşını bitirmemiş küçüklerde irade ve temyiz kabiliyetinin bulunmadığı farzedilmiştir. Bunlarda irade ve temyiz kabiliyeti mevcut olsa dahi kanuni ve mutlak faraziyeye göre yok kabul edilir.

Kanunumuz ikinci devredeki yani onbir yaşını bitirmiş ve fakat henüz onbeş yaşını bitirmemiş olan küçüklerin cezaî mes'uliyetinin olup olmadığının tâyinini onların farik ve mümeyyiz olup olmamasına bağlamıştır. Eğer küçük suçu işlediği sırada temyiz kudretine malik değilse hakkında hiç bir ceza tertip olunamaz. Eğer farık ve mümeyyiz olduğu anlaşılırsa cezası indirilerek verilir [1].

Her ne kadar farık ve mümeyyiz olmadığı kanunca kabul edilen veya tetkikat neticesinde anlaşılan bu küçüklere ceza verilemez ise de işledikleri suçlar onlardaki kötü ahlâkî temayülleri ve suç istidadını gösterdiği için başı boş bırakılmaları da doğru değildir. Bunlar hakkında bazı terbiye ve ıslah tedbirleri alınması hem küçüğün hem de cemiyetin menfaati iktizasındandır. Ceza kanunumuzun 53. maddesinin ikinci fıkrası «Fiil kanunen bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağır bir cezayı müstelzim bir cürüm olduğu taktirde müddeiumuminin talebi üzerine mahkeme reisi çocuğun, istirdadı kabil tedabirden olmak ve onsekiz yaşını geçmiyecek müddetle mukayyet bulunmak üzere terbiye ve ıslah için devlet idare

[1] Bu münasebetle Temyiz Mahkemesinin "fark ve temyizin tâyini fen ve ihtisasa taallûk eden mesailden olduğu halde mahkemece resen bittakdir karar ittihaz olunması yolsuzdur„ şeklindeki içtihadını (TM. 2. CD: 2/2/1927 N. 292, *Temyiz Kararları 1927. Cilt 4, S. 96)* ve Prof. Tahir Taner (*Ceza kuhuku ve Türk ceza kanunu şerhi*, İstanbul, 1937, S. 327) ile, Dr. Faruk Erem'ın *(Ceza hukuku önünde suçlu çocuklar*. Ankara, 1940, S. 23) buna muhalif olan noktai nazarlarını kaydedelim.

Bu vesile ile biz de, ceza mevzuatındaki son temayüllere göre suç işliyen çocuklar hakkında tedbir almak için onlarda temyiz kudretinin mevcudiyetini aramak meselesinin gittikçe terkedilmekte olduğunu, çünkü çocuklarda eksik olanın temyiz kabiliyetinden ziyade kendine hâkim olabilme kabiliyeti olduğunun anlaşıldığını hatırlatmak isteriz.

veya murakabesinde bulunan bir müesseseye konmasını veyahut takayyüt ve nezarette teseyyüp ve ihmal ile bir cürüm işlemesine meydan verirlerse kendilerinden ikiyüz liraya kadar cezayı nakdî alınacağı ihtarı ile ana baba veya vasiye teslimini emreder" demektedir.

II

Fiili işlediği zaman onbir yaşını bitirmemiş olanlar hakkında ceza verilemediği gibi bunlar hakkında cezaî takibat da yapılamaz. Mamafih bir hazırlık tahkikatı yapılmalıdır ki fiilin çocuk tarafından işlendiği ve küçüğün onbir yaşını bitirmemiş olduğu anlaşılabisin. Bunlar sabit olunca hazırlık tahkikatında takibata mahal olmadığına ilk tahkikatta talepnamenin reddine veya son tahkikatın açılmasına mahal olmadığına karar verilecektir. Duruşma esnasında suçlunun on bir yaşını bitirmediği tahakkuk ederse dâvanın düşmesine karar verilmek icap eder.

Küçüğün onbir ile onbeş yaş arasında olması halinde eğer farık ve mümeyyiz olmadığı anlaşılırsa yine aynı kararların verilmesi lâzım geleceğini düşünüyoruz.

Hazırlık tahkikatında küçüğün farık ve mümeyyiz olmadığını anlıyan müddeiumumi ademi takibata karar verecektir. Sorgu hâkimide ya ilk tahkikatın açılması talebinin reddine (CMUK 173) yahut da ilk tahkikat sonunda son tahkikatın açılmasına mahal olmadığına (CMUK 197) karar verilebilecektir kanaatindeyiz.

Gayri mes'ul küçükler hakkında tedbir almağa salâhiyetli mahkeme reisi yapacağı tetkikatı her türlü merasimden âri olarak gayet sade ve basit bir şekilde icra edecektir. Çocuk mahkeme salonuna çıkarılmaksızın resmî elbisesini giymemiş olması iktiza eden reisin odasına veya müzakere odasına götürülmeli ve reis çocukla bir baba oğul gibi konuşmalıdır. Zaten kanunun bu işi mahkeme heyetine vermeyip mahkeme reisine vermesi de bu düşüncelere dayanmaktadır [1]. Temyiz Mahkemesinin «onbir yaşını ikmal etmiyen

[1] TANER (Tahir): *Ceza hukuku ve Türk ceza kanunu şerhi.* İstanbul, 1937, S. 332

ceraim eshabının sarahati kanuniyeye rağmen asliye ceza mahkemesinde alenen icrayı muhakemesi yolsuzluğu» [1] şeklindeki kararı daha ziyade on beş yaşından küçük olanların duruşmalarının gizli yapılacağı hakkındaki usulün 375. maddesine istinat etmektedir.

Duruşma esnasında küçüğün fark ve mümeyyiz olmadığı anlaşılınca mahkemenin dâvanın düşmesine karar vermesi lâzımdır. Eğer bu kararı veren mahkeme asliye mahkemesi değilse evrakın asliye ceza hâkimliğine tevdi edilmek üzere C. Müddeiumumiliğine teslimine karar verecektir. Eğer düşme kararını veren asliye mahkemesi ise ve çocuk işleri ile meşgul bir diğer asliye ceza mahkemesi varsa yine dosyanın oraya gönderilmesine karar verilmelidir. Yoksa, reis veya hâkim tedbirlere bizzat karar verir. Bu bahse ilerde tedbirleri tatbika vazifeli makamı tetkik ederken avdet edeceğiz.

III

Ceza hukukunda mânevi mesuliyeti kabul eden klâsik ve yeni klâsik mekteplere göre irade ve temyiz kabiliyetine malik olmıyan suçlular hakkında alınan tedbirler ceza değil, emniyet tedbirleridir. Ceza değillerdir, çünkü faillerinin cezaî mesuliyet ve ehliyetleri yoktur. Emniyet tedbirleridir, çünkü emniyet tedbirinden umumiyetle anlaşılan mânaya göre bu tedbirlerin tatbiki için failin cezaî mesuliyeti aranmaz, onun tehlikeli olması kâfidir.

Ceza vermek hususunda kanunî mesuliyet prensibini kabul eden pozitivist sisteme göre ise ceza ve emniyet tedbiri arasında bir fark yoktur, çünkü her ikisi de suçlu hakkında suç dolayısıyle alınan ve onun tehlikeli şahsiyetine uydurulan müeyyidelerdir.

Emniyet tedbirleri ile cezalar arasındaki münasebetleri bir başka yazımızda incelediğimiz için bu hususdaki nazarî münakaşalara burada girmek istemiyoruz [2] Yalnız eski mânada cezaların suçlulukla mücadelede kâfi gelmediğinin ilk defa küçüklerde farkına varıldığını ve cezaî mesuliyet yaşının yükseltilerek çocukların eski ceza sistemlerinden kurtarılmasına çalışıldığını bir kere daha kaydedelim.

Kısacası, gayrı mesul küçükler hakkında alınan tedbirler ister yeni mânada ceza, ister emniyet tedbiri adını taşısın, bir terbiye ve ıslah tedbiridir. Her halde eski mânada ceza değildir.

[1] TM.2.CD: 30/10/1937 tarih ve 2839 sayılı karar (*Temyiz Kararları 1937*, Cilt 5, Kısım 2, s 106)

[2] KUNTER (Nurullah): *Emniyet tedbirleri*. (Adliye Ceridesi 1942, s. 756)

Bu bakımdan tekerrüre esas olamaz. Kaldı ki on beş yaşını bitirmemiş farık ve mümeyyizlere indirilerek verilen cezalar bile tekerrüre esas teşkil etmemektedir (CK 54, son fıkra).

53. Maddedeki tedbirlerin ittihazı hakkındaki kararlar kabili temyiz değildir [1].

IV

Gayri mesul küçükler hakkında kanunun kabul ettiği tedbirlerden birisi küçüğün devlet idare veya mürakabesinde bir müesseseye konulmasıdır. Kanun bu müesseseye küçüğün terbiye ve ıslah için konulacağını kaydettiğine göre bu müesseselerin suçlu çocukların terbiye ve ıslâhını göz önünde tutan ve onların ruhî ve uzvî hususiyetlerine uyan bir rejim tatbik eden hususi bir müessese olması gerekmektedir. Yoksa çocukların her hangi bir müesseseye yerleştirilmesi doğru değildir. Mamafih başka türlü düşünenler de mevcuttur. Meselâ deniyor ki [2]: «Bu müessesenin nasıl bir müessese olduğunu kanun tasrih etmemiş ise de terbiye ve ıslah için demesine göre bu maksadla açılmış bir müessese olmak lâzım gelir. Böyle bir müessese çocuğun sinnine göre leyli, ana ve sair devlet idaresinde olan mektepleri murat etmek — mahsus bir müessese olmadıkça – çocuğun lehinde ve kanunun her halde maksadı dahilindedir. Ve böyle murat olunduğu takdirde çocuğun bulunduğu mahalde ve civar vilâyetlerde böyle mektep bulunursa ve böyle olursa bu tedbiri geri almağa da lüzum kalmaz». Temyiz Mahkemesi, suç işlemiş çocukların yatı mekteplerine konulmasını kabul etmemiş ve bunu «münhasıran çocukların talim ve terbiyesi ile iştigal edip mücriminin terbiye ve ıslahı ile alâkadar olmıyan yatı mekteplerine bu kabil küçük mücrimlerin sırf kararı mahkeme icabı olarak kabulü mektep idare ve nizamatınca bir emri müzem ve zarurî bulunmamasına ve esasen bu sureti hareket vazı kanunun esas maksadını dahi teşkil etmemesine göre» yolsuz bulmuştur [3]. Prof. Tahir Taner fazla olarak bu suretle hareketin hem suçlu çocuk hem de mektepteki diğer çocuklar için fena olacağını söylüyor, suçlu çocuğun damgalı gibi kalacağını, diğerlerinin de kötü itiyatlar kazanabileceğini sebep olarak gösteriyor [4].

[1] TM.C.UH: 10/1/1938, E 259, K 2 (Kemal Bora, 3. tabı, s. 58)

[2] NAZMİ (Mustafa): *Yeni Türk ceza kanunu şerhi*, Eskişehir, 1926, Cüz I, s. 173

[3] TM.2.CD: 3/10/1927 tarih ve 2839 sayılı karar (*Temyiz kararları 1927* cilt 5, kısım 2, s. 106)

[4] TANER (Tahir): *s. g.e.*, s. 328

Müesseseye koyma tedbiri 53. Maddenin dediği gibi « onsekiz yaşını geçmiyecek müddetle mukayyet bulunmak üzere» alınacaktır. Bizim bundan anladığımız mâna alınacak tedbirlerin hiç bir suretle onsekiz yaşını geçemiyeceğidir. Yoksa çocuğun müessesede ne kadar kalacağının muhakkak tasrih edilmesi lâzım değildir. Eğer hâkim bu müddeti tasrih etmemişse kanunun kabul ettiği müddeti kabul etmiş demektir. Bu taktirde küçüğün onsekiz yaşına kadar müessesede kalması lâzım gelecektir. Zaten bu tedbirler daima geri alınabilen tedbirler olduğu için müddetin âzamisinin sarih veya zımnî surette tâyini mahzurlu da değildir. Bu bakımdan Temyiz Mahkemesinin «ıslahhanede ne kadar müddet kalacağının ademi tasrihi muhalifi kanun ve mucibi nakızdır» şeklindeki kararına [1] iştirak edememekteyiz.

Memleketimizde gayri mes'ul küçüklerin gönderileceği devlet idare veya murakabesinde bir müessese henüz mevcut değildir. Çocuğun hayır seven aile ve kurumlara yerleştirilmesi tedbiri kanunumuzca kabul edilmediği için bu gün tatbik olunan yegâne tedbir çocuğun ana baba veya vasiye tesliminden ibaret kalmaktadır.

V

Mahkeme reisi çocuğun ana babaya veya vasiye teslimini emredebilir. Aynı zamanda bu kimselere şayet takayyüt ve nezarette teseyyüp ve ihmal ile küçüğün bir cürüm işlemesine meydan verirlerse kendilerinden ikiyüz liraya kadar cezayı nakdi alınacağını da ihtar eder.

Ana babanın vaziyeti iyi ise ve çocuğun yaş ve sair bakımlarından ana babaya ihtiyacı varsa bu tedbirin tercih edileceği şüphesizdir. Fakat, biz umumiyetle bu tedbirin faydası hakkında şuphe ve tereddüt duymaktayız. Bir kere, yukarda da işaret ettiğimiz gibi, bir ikinci tedbir hakikatte mevcut değildir ki tercih imkânı mevzuu bahis olsun. Nihayet, ekseri halde çocuğun ana babası istenilen dikkat ve ihtimamı göstermiş olsalardı çocuğun ilk suçu işlemesine mâni olurlardı. İkiyüz liraya kadar para cezası korkusu ile daha iyi hareket edeceklerine, çocuklarına iyi terbiye vereceklerine, onların ıslahına çalışacaklarına inanmak biraz müşküldür.

Yeni İtalyan kanunu ana babasına veya çocuğa bakmakla mükellef kimselere veya içtimai yardım müesseselerine çocuğun tevdii mümkün olan hallerde nezaret altında serbestiye karar verilmesini kabul etmiştir (Madde 232). Nezaret altında serbestiye tâbi tutulan

[1] TM.2 CD: 30/ 10/1927 tarih ve 2839 sayılı karar. *Temyiz kararları 1937* cilt 5, Kısım 2, S. 106

küçükler mahkemece tâyin edilen hususi şahıslar ve hayır ve yardım cemiyetlerinin daimî nezaret ve mürakabesi altında bulunur.

Kanun bir müesseseye tevdi tedbirinde müddetten bahsettiği halde ana baba veya vasiye teslim halinde bu takayyüt ve nezaretin ne kadar devam edeceğini bildirmemiştir. Bir fikre göre onbir yaşını doldurunca fail için müstakillen cezaî mes'uliyet başlıyacağından takayyüt ve nezaret de on bir yaşını doldurıncaya kadar olmak lâzım gelecektir [1]. Biz çocuğun müşssesede on sekiz yaşına kadar terbiye ve ıslah edileceği hakkındaki hükümden istidlâlen çocuğa bakmak ve onu yetiştirmekle mükellef olanların en aşağı bu yaşa kadar küçükler üzerinde takayyüt ve nezaretlerini devam ettirmeleri icap edeceğini sanıyoruz. Mamafih mahkemenin daha kısa bir müddet tâyin edebilmesine bir mâni olmadığı gibi çocuğun daha evvel ıslahı halinde de tedbirin geri alınması daima mümkündür.

Çocukların ana babaya veya vasiye tesliminde C. müddeimumisinin bir taahhütname alması lâzımdır (Mer'iyet Kanunu 16).

VI

Küçükler hakkında alınan terbiye ve ıslah tedbirleri kanunun sarahatına göre istirdadı kabil tedbirlerdendir. Kanun bu suretle küçükler hakkında verilen bu kararlar için kaziyei muhkeme prensibini kabul etmemiş ve bu suretle alınan tedbirlerin küçüğün ihtiyaç ve menfaatine daima uygun tutulabilmesini temin etmek istemiştir. Çocuğun ıslah olması halinde lüzumu kalmıyan bir tedbir diğer bir kararla geri alınabilecektir. Bu istirdat tedbiri emreden merci tarafından yapılacaktır [2].

Tedbirin büsbütün geri alınması kabil olduğu gibi değiştirilmesi de mümkün olacağı kanaatindeyiz. Meselâ ana baba veya vasi kendilerine teslim edilen çocuğun terbiyesinde ağır bir surette ihmal ve lâkaydi gösterirlerse bu ihmal neticesinde küçüğün bir cürüm işlemesini beklemeden hâkimin kararının geri alarak çocuğun bir müessese ye konulmasına karar verebilmesi kanunun ruhuna uygun olacaktır diye düşünmekteyiz.

Mahkemenin ana babasına veya vasisine teslim ettiği küçük bir suç işlerse duruşma ic a edilip mahkûmiyet kararı verilebilecek midir? Temyiz mahkemesi bu taktirde usulü dairesinde kanuni mercie müra-

[1] NAZMİ (Mustafa): *s. g. e.* S . 174

[2] TM.İ.CD : 22/2/1940 tarih ve 465/465 sayılı karar (Kemal Bora, S. 58)

caat iktiza ettiği ve tedbir kararının kanunî merasime uygun olarak istirdat ve refedilmesi ve ondan sonra duruşma icrasi ile mahkûmiyet kararı verilmesi lâzım geldiği mütalâasında bulunmuştur[1].

VII

Cezaî mesuliyeti olmıyan küçükler hakkında terbiye ve ıslah tedbirlerinin alınması için küçüğün hakikaten terbiye ve ıslaha muhtaç olması, hususi bir rejime tâbi tutulması zaruri bulunması lâzımdır. Diğer bir söyleyişle küçük içtimai bakımdan tehlikeli olmalıdır. Yeni İtalyan kanunu yaş meselesini suçun işlendiği ana nazaran hallettiği halde içtimai tehlikeliliği suçlunun hüküm anındaki vaziyetine göre tâyin etmektedir [2]. Hâkim küçüğün tehlikeliliğini bilhassa fiilin vahametine ve küçüğün beraber yaşadığı ailesinin ahlâkî durumuna göre tesbit eder. Fakat bazan da o fiile tâyin edilen cezanın muayyen bir ağırlıkta olmasını kanun tehlikeliliği gösteren bir hal olarak kabul etmiş ve hâkimin takdir hakkını takyit etmiştir. Bu takdirde tedbir alınması zaruridir ve hattâ nezaret altında serbesti tedbiri de alınamayıp çocuğun üç seneden aşağı olmamak üzere bir ıslah müessesine konulması icap eder.

Bizim kanunumuz küçüğün tehlikeliliğini tâyin etmek üzere yalnız suçun ağırlığını ölçü olarak almış ve suçun ağırlığını ölçmek için de o suça kanunen verilen cezayi göz önünde tutmuştur. Eğer fiil kanunen bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağır cezayi müstelzim bir cürüm ise küçük tehlikelidir ve hakkında ıslah ve terbiye tebbiri almak lâzımdır denilmiştir.

Eski İtalyan kanunu tedbirin ittihazında hâkimi serbest bırakmakta ve bu itibarla hâkim küçüğün ailevî vaziyetini de nazara alabilmekte idi [3]. Bizim kanunda emredebilir yerine emreder denildiği için hâkime böyle bir takdir hakkı verilmemiştir. Bu itibarla hâkimin elinde suç ağırlığı gibi objektif bir ölçüden başka bir şey maalesef bulunmaktadır. Cezası muayyen hadden yukarı olan fiilleri işliyen küçükler hakkında tedbir alınması mecburidir. Hâkim yalnız iki tedbirden birini seçerken sübjektif bakıma da ehemmiyet verilecektir. Tatbikatta tedbir adedi bire indiği için bu salâhiyetten de istifadeye imkân bulunmamaktadır.

---

[1] TM.1.CD ; 22/2/1940 tarih ve 465/465 sayılı karar (Kemal Bora, S.58)

[2] MANZINI (V.): *Trattato di diritto penale*. Cilt 2, S.65

[3] MAJNO ; *Ceza kanunu Şerhi*, cilt 1, S.227

İkinci kısım

Terbiye ve ıslah tedbirlerini tatbik ile vazifeli makam

VIII

Kanuumuz 53. maddesinde terbiye ve ıslah tedbirlerini tatbik eden makamı göstermek için „mahkeme reisi" tâbirini kullanmıştır. Bu müphem tâbirin neyi kasdettiğini tâyin ve tesbitte ihtilâflar çıkmıştır. Temyiz mahkemsi Ceza Umumî Heyeti 26/6/1933 tarih ve 152/155 sayılı bir kararında bu maddedeki reis tâbirinin dâvayi rüyet edecek ceza mahkemesi reisine mâtuf olduğuna ve bu tedbirleri almağa karar vermenin suçun vuku buluduğu mahaldeki ceza hâkimine ait bulunduğuna karar vermiştir [1]. Ceza hâkimi tâbirinin kullanılmış olmasından eğer asliye ceza mahkemesi vazifeli ise asliye reis veya hâkiminin, eğer ağır ceza mahkemsi vazifeli ise ağır ceza reisinin, ve eğer sulh mahkemesi vazifeli ise sulh hâkiminin karar verebileceği anlaşılmaktadır [2]. Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Heyeti 10/1/1938 tarih ve 259/6 sayılı diğer bir kararında da ceza mahkemesi reislerinin 53. maddeye göre ittihaz edecekleri tedbirlerin kabiliyeti temyiziyeyi haiz olmadığını söylemiş ve bu reisleri tâbirini kullanmakla asliye ve ağır ceza reislerinin kasdedildiği ve sulh hâkimlerinin hariç tutulduğu belirtilmiştir.

Son zamanlarda Temyiz Mahkemesi Dördüncü Ceza Dairesi 53. maddedeki tedbirlerin ittihazının mezkûr kanunun 58. ve Meriyet kanununun 13. maddeleri delâletile hukuk hâkimine ait vazifelerden olduğuna karar vermiştir [3].

Görülüyorki mahkeme reisi tâbirinin neye mâtuf olduğu hakkında tekrrür etmiş bir içtihat mevcut değildir ve meselenin tevhidi içtihat yolu ile halli zaruri görülmektedir.

IX

Bir kere de mehaz kanundaki vaziyeti tetkik edelim. 1889 tarihli italyan kanunu 53. maddesinde bu tedbirlerin hukuk mahkemesi reisi tarafından alınacağı tasrih edilmiştir. 54. maddesinde de fark ve mümeyyiz olmadığı sabit olan küçüklerin işlediği fiiller müebbet veya muvakkat ağır hapis veya bir seneden aşağı olmamak üzere hapis

[1] TM. C. UH : *Temyiz kararları (Ceza heyeti umumiyesi) 1930—1934*, S. 528

[2] TANER (Tahir): *s. g.e.* S. 329

[3] TM. C. UH : (Kemal Bora, S.58)

cezasını müstelzim bulunduğu taktirde hâkim bundan evvelki maddenin ikinci fıkrasında yazılı tedbirlerden birinin tatbikini emredebilir, denilmekte olduğundan dâvaya bakan vazifeli mahkeme tedbirlere karar vermektedir. Bu suretle onbir yaşını bitirmemişler hakkındaki tedbirleri hukuk hâkimi ve onbir ile onbeş arasındaki gayri mümeyyizler hakkındaki tedbirleri de ceza hâkimi tatbik etmektedirler [1]. On bir yaşından küçükler hakkındaki tedbirlerin alınması salâhiyeti hukuk mahkemesi reisine verilmesi sebebi olarak şu üç sebep ileri sürülmektedir [2]:

1) Ortada bir cürüm yoktur.

2) Kanunu medenin 221 ve 222. maddeleri mucibince aynı hâkimin salâhiyetine tevdi olunan mevad zümresine girmektedir.

3) Hâdise ceza kanununun 46, 47. maddelerinin tatbiki hakkındaki 1889 trihli kararnamenin 13, 14, 15. maddelerinde musarrah hallere benzemektedir.

X

Biraz da başka memleketlerde gayri mes'ul küçükler hakkındaki tedbirleri kimlerin tatbik ettiğini kısaca gözden geçirelim:

1930 tarihli italyan ceza kanunu sistemine göre gayri mes'ul küçükler hakkında tedbir ittihazı infaz hâkimi diyebileceğimiz infaza nazaret hâkimlerine aittir. Bunun sebebi olarak küçüklerin usulî muamelelere tâbi olmaması dolayısile yanlışlıkla hakkında takibat açıldığı takdirde dâvanın düşmesine dair verilen kararın ne mahkûmiyet ve ne de beraet kararı olmadığı cihetle hüküm hâkiminin bu tedbirleri tatbik etmesine imkân olmadığı ileri sürülmüştür[3]. Fakat 1934 tarihli çocuk mahkemeleri tesisi ve vazifeleri hakkındaki kanuna göre bu salâhiyetin çocuk mahkemelerine geçmiş olmasını kabul etmek lâzımdır. Zira bu kanuna göre çocuk mahkemelerinin cezaî, idarî ve hukuki salâhiyetleri vardır. Ceza takibatına tâbi olan ve 18 yaşından küçük olanların muhakemeleri bu mahkemeler huzurunda yapıldığı gibi suç işlemeseler bile kötü itiyatlar aldıkları ve bu itibarla ıslaha ihtiyaçları olduğu görülen veya maddeten ve mânen terkedilmiş olan küçükler hakkında terbiye ve ıslah tedbirleri de yine bu mahkemelerce alınır. Bu kanunun 1935 de değişen 32. maddesinde tâyin edilen velâyet ve vesayet hakkındaki hukuki salâhiyetlerinin de 1938 tarihli yeni Medeni kanunun birinci kitabı ile vesayet hâkimine geçmiş olduğunu kabul etmek zarureti vardır. Yalnız Medeni kanunun

[1] FERRI: *Principii di diritio criminale*, S.482
[2] MAJNO: *Ceza kanunu şerhi*, cilt 1, S. 228
[3] MAJNO: *s. g. e*, cilt 1, s. 228

meriyete vaz'ı hakkındaki kararname şimdilik vesayet hâkiminin asliye reisi tarafından sulh hâkimlerinden birine verileceğini kaydetmektedir. Şimdilik tâbirinden bu işin kat'i bir sisteme bağlanmadığı görülmekte ve müellifler vesayet hâkiminin çocuk mahkemeleri âzaları arasından seçilmesini temenni etmektedirler [1].

Belçika'da 1912 tarihli çocukların korunması kanunu çocuklar hakkında tedbir ittihazı salâhiyetini çocuk hâkimine vermiştir. On altı yaşından küçük bütün suç işliyen veya kendilerini serseriliğe, dilenciliğe, fuhşa götürebilecek yollarda hayatını kazanmağa çalışan küçükler, onsekiz yaşından küçük olup ta serserilik ve dilencilik edenler veya itaatsızlikleri ve kötü yaşayışları ile ana babalarını veya vasilerini bizar eden küçükler çocuk hâkimi huzuruna çıkarılmakta ve haklarında tedbirler alınmaktadır. Bu tedbirlerin ittihazı için de küçük sıkı bir müşahadeden geçirilmekte ve tedbir çocuğun ruhî, bedenî ve ahlâkî inkişaf derecesine uydurulmaktadır.

Hâkim çocugun menfaati icap ettikçe gerek re'sen ve gerek talep üzerine aldığı tedbiri geri alabilmekte veya değiştirebilmetedir.

Fransa'da 1912 tarihli çocuk mahkemeleri kanunu 13 yaşından küçük olanların cezaî mes'uliyetini kabul etmemekte ve bunlar hakkında tedbir ittihazı salâhiyetini hukuk makemesine vermektedir.

Hukuk mahkemesinde bu işler gizli olarak görülmektedir. Asliye hukuk mahkemesi çocuk mahkemesi olarak bu işlere bakmaktadır. Onüç ile onsekiz yaş arasındakiler ise asliye ceza mahkemelerinden biri olan çocuk mahkemesi huzuruna çıkarılmaktadır. Bu farkı kaldırmak için onüç yaşından küçükleri muhakeme edecek hukuk mahkemesi hâkimleri ile onüç ile onsekiz arasındaki küçükleri muhakeme edecek ceza mahkemesi hâkimlerinin aynı şahıslar olmasına çalışılmakta ve küçükleri alâkadar eden bütün işlerin aynı hâkimler tarafından görülmesi yoluna gidilmektedir [2].

1937 İsviçre Ceza Kanunu çocuklar ve gençler hakkında temyiz kudretini aramaktan vaz geçerek ceza mesuliyeti meselelerinde ötedenberi cari olan ananevî sistemi terketmiş ve ancak suçlunun şahsiyetine uygun tedbirler almak yolunu tutmuştur [3]. Usul meselesi.

[1] NOVELLI(G.): *Un'idea che cammina*, (Rivista da diritto penitenziario, 1939, S.965)

[2] DONNEDIEU DE VABRES (H.): *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*. Paris, 1938, S. 180

[3] LOGOZ(P.): *Commentaire du Code pénal suisse*, 1939, S. 332; BISE (E.): *Le régime répressif des infractions commises par les mineurs dans le projet de Code pénal fédéral* (II. Conférence suisse de législation pénale des mineurs, Zürich, 1930,S. 19)

Kantonlara bırakılmıştır. Salâhiyetli mercileri kantonlar kendileri tâyin edeceklerdir. İsviçre ceza Kanununa göre altı yaşından on sekiz yaşına kadar olanlar suç işledikleri zaman salâhiyetli makamlar tetkikat yapacaklar, suçlunun şahsiyeti müşahedelerle meydana çıkarılacak ve neticede on dört yeşını bitirmiş olup olmadığına nazaran hakkında tedbirler alınacaktır. Bu tedbirlerin geri alınması ve değiştirilmesi her zaman kabildir.

XI

Görülüyorki gayri mes'ul küçükler hakkında tedbir ittihazına vazifeli mercii tâyin meselesi bir kaç bakımdan vazedilebilmektedir:

A — Onbir yaşını bitirmemişlerle onbir ile onbeş arasındakilerden farık ve mümeyyiz olmadığı anlaşılanlar hakkında tedbir ittihazına vazifeli merci hukukî midir, cezai midir?

B — 53. Maddedeki tedbirleri ittihaza vazifeli merci neresidir?

C — 54. Madde dolayısile tatbik edilen 53. maddedeki tedbirleri almağa vazifeli merci neresidir?

Şimdi bu suallerin cevaplarını vermeğe çalışalım:

A — Cezaî mesuliyeti olmadığı kanunen kabul edilen veya tetkikat sonunda anlaşılan küçüklelr hakkında tedbir almağa vazifeli makamın hukuki olmayıp cezaî olduğu kanaatindeyiz. Zira:

1) Her ne kadar mehaz kanunda hukuk mahkemesi reisi tâbiri varsada kanunumuzda yalnız mahkeme reisi denildiğine göre ceza dâvalarını rüyetle mükellef mahkeme reisi kasdedilmiştir. Eğer vazıı kanun hukuk mahkemesi reisini kasdetmiş olsaydı italyan kanunundaki tâbiri aynen alabilirdi.

2) Bir Temyiz kararında adı geçen ceza kanununun 58 ve Meriyet kanununun 13. maddelerinden de istifadeye imkân görülmemektedir. Çünkü her ne kadar meriyet kanununun 13. maddesi ceza kanunun 58. maddesine atıf yapmakta ve bu da ceza kanununun 53. maddesine yollamakta ise de mesele iyice tetkik edilirse atıf yapılan hususun 58. maddenin ikinci fıkrası olduğu anlaşılır. Filhakika Mer'iyet kanununun 13. maddesi ceza kanununun 46 ve 58. maddeleri hükmüce „muvakkaten muhafaza edilmek üzere zabıtaya teslimine ceza mahkemesince karar verilmiş olan mecnunlarla sağır—dilsizlerin bir timarhane veya bir ıslahhaneye nakline karar verilmesi" salâhiyetini hukuk mahkemesi reisine vermiştir. 58. maddenin 46. maddeye atıf yapan üçüncü fıkrasıdır. Bu fıkraya göre eğer sağır—dilsiz olan fail yirmi dört yaşını bitirmişse mahkeme, hakkında 46. maddede gösterildiği surette muamele yapılmak üzere kendisinin salâhiyetli makama tes-

limini emredebilir. Meriyet kanununu[illegible]n 13. maddesinin hakkında tetbir ittihaz salâhiyetini hukuk mahkeme[illegible]sine verdiği sağır—dilsizler bütün sağır—dilsizler olmayıp yalnız 46. ma[illegible]ddedeki gibi serbest bırakılması tehlikeli görülüp muvakkaten muha[illegible]faza edilmek üzere zabıtaya teslimine ceza mahkemesince karar v[illegible]erilen ve bir timarhane veya ıslahhaneye nakline karar verilmesi lâzım [illegible]gelen sağır—dilsizlerdir.

3) Her ne kadar Prof. Tahir Taner mahkeme reisi tâbirinin hukuk mahkemesi reisi olarak tâyin ve tesbiti yolunda bir içtihat tesisine maddenin müsait olduğunu söylüyor [1] ve Dr. Faruk Erem'de ceza verilmeyeceği için ceza mahkemesi salâhiyat târ olamayacaktır diyorsa da [2] böyle bir tefsire lüzum olmadığı kana[illegible]indeyiz. Çünkü:

a — Ana babası vazifesini ifa etmeyen veya bedenî veya fikrî tekâmülü tehlikede bulunan veya mânen metruk bırakılan veya ana babasının ıslahtan âciz kaldıkları çocuklar hakkındaki himaye tedbirleri (KM 272,273) her ne kadar hukuk hâkimi tarafından ittihaz edilir ve bu tetbirleri alan hâkimle suçlu çocuklar hakkında tetbir alan hâkimin bir tek hâkim olması temennî edilirse de hukukî tetbirlerin ittihazı bir tek mercie verilmemiştir ki bir elde birleştirmek mümkün olabilsin. Bu iş sulh mahkemesinin vazifesi olmakla beraber boşanma gibi asliye mahkemesine ait bir dâva dolayısile bu tetbirleri asliye mahkemesi de ittihaz edebilmektedir. Şu halde suçlu çocuklar hakkında tetbir alınmasını asliye hukuk hâkimine bırakmakla maksat temin edilmiş olmıyacaktır.

b — İtalyan kanununda 58. maddedeki tedbirleri alma salâhiyetinin hukuk hâkimine verilmesi için ileri sürülen sebepler bizde tamamen varit değildir.

c—Bu sebepler farık ve mümeyyiz olmadıkları tetkikat neticesinde anlaşılan 54. maddedeki küçükler hakkında da varit olmak lâzım gelirken İtalya'da bunlar hakkında ceza hâkimleri karar verdiklerine göre bu sebeplerin pek de ikna edici olmadığına hükmetmek lâzım gelmektedir.

ç — Son fransız tatbikatında suçlu çocuk işlerine bakan hukuk ve ceza hâkimlerinin aynı şahıslar olmasına çalışılması da göstermektedir ki bir kısım çocuklar hâkkında hukuk, bir kısım çocuklar hakkında da ceza hâkimini salâhiyetli kılan kanunlar arasında bir ahenksizlik vardır ve bunun telâfisi yolları aranmaktadır. Bu ahenksizliği biz ne için kendimiz bir tefsir ile yaratalım?

[1] TANER (Tahir): *s.g.e.* S 331

[2] EREM (Faruk): *s.g.e.* S. 22

B — 53. maddedeki tedbirleri ittihaza salâhiyetli merciin cezaî olduğunu bu suretle tâyin ettikten sonra bu merciin hangi mahkeme oldğunu tesbit etmek iktiza eder. Kanaatimizce kanundaki mahkeme reisi tâbirinden maksat asliye ceza mahkemesi reisi ve asliye mahkemesi müçtemi hâkimle teşekkül etmediği zaman da pek tâbii olarak asliye ceza hâkimidir. Bu kanaatimiz şu sebeplere dayanmaktadır:

1) 53. maddedeki mahkeme reisi tâbirinden sulh hâkimi anlaşılamaz. Çünkü:

a — Sulh mahkemesinden bahsederken kanun hiç bir yerde reis tâbirini kullanmamıştır [1].

b — Temyiz Mahkemesi Ceza Heyeti Umumiyesinin yukarıda sözü geçen 10/1/1938 tarihli kararında ceza mahkemesi reisleri tâbiri kullanılmıştır. Bu da sulh hâkimlerinin hariç tutulduğunu göstermektedir.

c — Ortada cezayı istilzam ettiren bir suç yoktur ki vazifeli mahkeme aransın ve bu itibarla küçük sulh hâkimi huzuruna çıkarılabilsin.

2) 53. maddedeki mahkeme reisi tâbirinden ağır ceza reisi de anlaşılamaz. Çünkü:

a — Ortada cezayı icabettiren bir suç yoktur ki vazifeli mahkeme aransın ve küçük ağır ceza mahkemesi reisinin huzuruna çıkarılsın. Zaten mahkemeye değil de reisin huzuruna çıkarılmaktan bu işin vazife ile alâkası olmadığı anlaşılmaktadır.

b — Ağır ceza mahkemeleri her şehir ve kasabada mevcut değildir. Onbir yaşını bitirmemiş bir küçüğün işlediği fiil ağır cezalı bir suç bile olsa kücüğün ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yere kadar sevki kanunun ruh ve maksadına uygun değildir [2]. Yüksek Temyiz mahkememizin yukarıda zikrettiğimiz bir kararında vazıı kanunun esas maksadını aradığını ve buna uymıyan bir tedbiri kabul etmediğini görmüş bulunuyoruz. Burada da vazıı kanunun küçük çocuklar hakkında nasıl bir muhakeme usulü düşündüğünü göz önünde tutmak meseleyi halle kâfi gelecektir. Tedbirin ittihazının müçtemi mahkemeye verilmeyip reise tevdi edilmesi, aleniyet olmaması ve usul kaidelerine tâbi bulunmaması ve başka memleketlerde çocuk mahkemelerinin işleyiş tarzının hususiyetleri vazıı kanunun maksadını gösterecek delillerdir.

[1] TANER (Tahir): *s. g. e.* S. 330

[2] TANER (Tahir): *s. g. e.* S. 329

3) 53. maddedeki mahkeme reisi tâbirinden murat asliye mahkemesi reisi veya hâkimidir. Çünkü:

a — Yukarıda gördüğümüz gibi sulh ve ağır ceza mahkemeleri kasdedilmiş değildir. Geriye asliye mahkemesi kalmaktadır.

b — Her ne kadar bugün asliye mahkemelerinde müçtemi hâkim sistemi tatbik edilmemekte ve bu itibarla asliye mahkemesi reisi bulunmamakta ise de bu hal mahakimin teşkilâtına ait ahkâmı muaddil 8 Nisan 1340 tarihli kanunun muvakkat maddesine istinat etmektedir. Bu kanuna göre aslolan asliye mahkemelerinin bir reis ve iki âzadan terekküp etmesidir (Mer'iyet kanunu 25). Ceza kanununun hazırlandığı ve kabul edildiği zaman müçtemi hâkim sistemi cari olduğuna göre kanunun reis tâbirini kullanmasını tabii görmek lâzımdır.

C — 54. maddedeki küçüklerden farık ve mümeyyiz olmıyanlar hakkında tedbir ittihazı vazifesinin yine asliye ceza mahkemesi reis veya hâkimine ait olduğu kanaatindeyiz. Çünkü:

1) Her ne kadar İtalya'da tatbikat vazifeli mahkemenin bu tedbirleri alması şeklinde cereyan etmiş ise de [1] bunun sebebi mehaz kanundaki 54. maddenin bizim 54. maddeden başka türlü sevkedilmiş olmasıdır. Filhakika mehaz kanunda küçüğün mümeyyiz ve farık olmadığı anlaşılırsa *hâkim* bundan evvelki maddenin ikinci fıkrasındaki tedbirlerden birinin tatbikini emredebilir, denilmiştir. Bizde ise 53. madde ahkâmı tatbik olunacağı söylenmiştir. Bu atfı yalnız tedbir bakımından değil usul bakımından da kabul etmek lâzımdır.

2) Her ne kadar Prof. Taner, mahkeme tetkikatı yapmıştır, iş olgun hale gelmiştir, aynı mahkeme daha isabetli olarak ve işin uzamasına meydan verilmeden karar verebilir demekte ise de [2] biz bu mülâhazayı tedbir ittihazı salâhiyetini mahkeme reis veya hâkiminden alıp mahkemeye vermek için kâfi görmüyoruz. Çünkü:

a — Hazırlık tahkikatında müddeiumumiler çocuğun yaşını tesbit ettikten sonra farık ve mümeyyiz olup olmadıklarını da tesbit ettirmeli ve olmadıkları taktirde tahkikata mahal olmadığına karar vermeli ve evrakı mütalâaları ile birlikte asliye reis veya hâkimine göndermelidirler. Kanaatimizce fark ve temyiz kabiliyetinin muhakkak mahkemede isbatı lâzım değildir. Hattâ bu işin mahkemeye sevki caiz

[1] MAJNO : *s. g. e.* Cilt 1, S. 231

[2] TANER (Tahir) : *s. g. e.* S. 338

bile değildir. Mümeyyiz olmıyan küçüğün üzerinde heybetli bir ağır ceza mahkemesinin yapacağı tesir bir düşünülsün.

b — Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi bu noktai nazarı teyit eden bir karar vermiş ve «muamelei muktaziyenin riyasetçe ifası için evrakın C. Müddeiumumiliğine tevdii lâzım gelirken hususu mezkûre mahkemece karar verilmesi yolsuzdur» demiştir [1].

c — Mümeyyiz olmıyan çocuklara ait tedbirlerin ittihazı salâhiyetinin bir hâkim elinde toplanmasının faydalarının yukarıda belirtebildiğimizi umuyoruz. Asliye ceza mahkemesi mütaaddit olan yerlerde küçükler hakkında tedbir ittihazı salâhiyetinin bunlardan yalnız birine verilmesi, kurulmalarının geçikmiyeceğini temenni ettiğimiz çocuk mahkemelerinin nüvesini teşkil edebilecektir. Böylece, fark ve temyiz kudretine bakmadan bütün suçlu çocuklar hattâ suç işlememiş bile olsalar bakımsız, maddeten ve mânen metrûk kalmış veya mânevi bir tehlike içinde bulunan çocuklar hakkında koruyucu, terbiye ve ıslah edici tedbirler alacak olan çocuk mahkemelerinin temeli atılmış olacaktır.

1] TM. 1. CD: 4/6/1940 tarihli karar (Prof. Tanor, *a. g. e.* S. 338)

No: 58

T. C. Temyiz Mahkemesi Teşkilât ve vazifeleri. [*]

yazan
Cevat SERİM
C. Baş M. U. Muavini

Hukuk İlâmlarının Temyizen Tetkikinde aranan kanuni şartlar

Bir hukuk ilâmının esasını tetkikten evvel temyiz mahkemesince mevcudiyeti aranan şartları iki kısma ayırabiliriz:

1. – Hükmün nihaî mahiyette olması ve temyizi kabil bulunması

2. — Temyiz talebinin müddeti içinde yapılmış ve kanuni harçların ödemiş olması.

1 — Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 427 inci maddesine göre asliye mahkemelerinden verilen nihaî kararlarla İkibinbeşyüz kuruşa kadar olan alacak dâvaları müstesna olmak üzere sulh mahkemelerinden sâdır olan nihaî kararların temyizleri kabildir.

Kanun vazıı, miktarları ikibinbeşyüz kuruşu tecavüz etmiyen alacak dâvalarının sulh mahkemelerince kat'i surette halledilmesini kabul ve temyiz mahkemesini kıymet itibarile ehemmiyetsiz saydığı bir takım küçük işlerle meşgul etmek istememiştir.

Ancak bu miktarın ne suretle hesabedilmesi icap ettiği tâyin edilmediğinden bu şekildeki bir alacak dâvasının miktar veya kıymetine mâtuf itirazlar temyiz mahkemesince red edilmemekte bilâkis bu gibi hükümlerin temyiz kabiliyeti bulunduğu kabul olunmaktadır. Bu itibarla dâva ikibinbeşyüz kuruşu mütacaviz bir iddiaya uygun olarak açıldığı halde mahkemenin, alacağı dâva edilenden aşağı bir miktarda takdir ve hükmetmesi halinde bu karar aleyhine haklı olarak, temyize müracaat mümkündür.

[*] Baş tarafı 1943 yılı — 7 — 513 sayılı Ad. Ce. sindedir.

Kanunun bu hükmü yalnız alacaktan mütevellit dâvalara münhasır olup sair hukukla ilgili dâvaların kıymetleri bu miktarı bulmasa bile buna dair olan hükümlerin temyizi kabildir. Esasen nakden kıymetini takdir kabil olmıyan dâvalar, umumiyet itibarile, temyize tâbidirler.

Nihayet gerek sulh ve gerek asliye mahkemelerinden verilen kararların nihaî mahiyette olmaları lâzım geldiğini de hatırlamak icap eder. Kanun bu mahiyeti haiz bulunmıyan ara kararları aleyhine temyiz yoluna gidilmesini kabul etmemektedir.

2 — Hukuk mahkemelerinden verilen hükümlerin kanunda yazılı müddetler içinde temyiz edilmeleri icap eder. Muayyen müddet geçtikten sonra yapılan temyizler muteber sayılmayıp bu gibi talepler red olunur.

Hukuk muhakemeleri usulü kanunu, ister âdi hukuka ister ticarete ait olsun, sulh mahkemeleri kararlarına karşı temyiz müddetini sekiz gün olarak tâyin etmektedir. Bu müddet asıl olarak hükmün tefhimini takibeden günden başlar. Hüküm, tefhim suretile olmayıpta tebliğ şeklinde bildirilmiş ise, temyiz müddeti tebliğ tarihini takip eden günden sayılmak üzere yine sekiz gündür.

Asliye mahkemeleri mukarreratına gelince: gerek asliye hukuk ve gerek asliye ticaret mahkemelerinden verilen kararların temyiz müddeti onbeş gündür. Ancak burada müddetin başlangıcı, hukmün tefhiminden itibar edilmeyip tebliğinden sayılmak icap eder. Yani taraflar hükmü muhakeme sırasında bizzat tefehhüm etseler bile müddet cereyan etmez. Müesses içtihada göre, temyiz müddeti, ilâm suretlerinin mahkeme baş kâtibi vasıtasile iki taraftan her birine verildiği tarihten muteberdir [1].

Temyiz talebi, usulen mahkemeye verilecek bir arzuhal ile yapılır. Arzuhale aleyhine temyiz olunan kimselerin sayısına göre suret dahi bağlanır. Arzuhalin mahkemeye verildiği gün derhal kaydinin yaptırılması lâzımdır. Bu kayıt tarihi temyize başlangıç sayılır.

Temyiz talebi yazı ile olduğu gibi sulh mahkemeleri kararlarına karşı sözle de yapılabilir. Bu taktirde hükmü temyiz edenin gösterdiği ve serdeylediği itirazları ve mucip sebepleri havi bir zabıt tutulur ve kendisine okunduktan sonra imza veya hususi bir işaretle tasdik ettirilir.

[1] 27 — Şubat — 929 tarih ve 4 numaralı tevhidi içtihat kararı.

Müddeti içinde verilmeyen temyiz arzuhalleri red olunur.

Temyiz arzuhali, kaide olarak, hükmü veren mahkemeye verilmek lâzımsa da kanun vazıı, temyiz edenlere bir kolaylık olması için bu arzuhali temyiz mahkemesine veya temyiz edenin bulunduğu yer mahkemesine de verilebilmesini kabul etmiştir. Arzuhal, temyiz mahkemesine verilmiş ve aleyhine temyiz olunan da temyizin bulunduğu yerde ikamet etmekte bulunmuş ise arzuhal suretini temyiz dairesi kendisine tebliğ eder ve hükmü veren mahkemeye dâva evrakının gönderilmesini bildirir.

Arzuhal, hükmü veren mahkemeye verilir veya temyiz edenin bulunduğu yer mahkemesine verilipte kaybolunduktan sonra hükmü veren mahkemeye gönderilirse arzuhal sureti, aleyhine temyiz olunana tebliğ olunur.

Cevap lâyihasının tebliğ tarihinden itibaren ongün içinde hükmü veren mahkemeye veya aleyhine temyiz olunanın bulunduğu yer mahkemesine verilmesi icap eder. Lâyiha, bulunulan yer mahkemesine verilmiş ise kaydı yapıldıktan sonra hükmü veren mahkemeye gönderilir ve hükmü veren mahkeme de temyiz arzuhalini ve lâyihayı dâva dosyasiyle birleştirerek temyiz mahkemesine gönderir.

Kanun vazıı hukuk dâvalarını temyiz edenlerin kanuni harçları ve zaruri temyiz masraflarını da ödemelerini mecburi kılmıştır. Ancak, temyiz arzuhalinin kabulü bu gibi harçların ödenmesine bağlı sayılmamıştır. Bu harçlar temyiz arzuhali ile birlikte peşin verilmemiş ise reis tarafından tâyin edilecek müddet içinde ödenmesi zaruridir. Aksi takdirde ve verilen müddet içinde harçlar tediye olumaz ise dâva temyiz edilmemiş sayılır.

Temyiz arzuhaline, umumiyetle arzuhallerde yazılması lâzım gelen hususlardan başka temyizce tetkiki talep edilen hükmün hulâsası ve temyiz sebeplerinin tamamı ile talebin neticesi de ilâve olunmak lâzımdır. Mürafaa isteniyorsa bu da ayrıca kayıt edilmelidir. Temyiz talebinde bulunan taraf temyiz sebeplerini arzuhalin verilmesi tarihinden itibaren bir hafta içinde vereceği lâyiha ile de bildirebilir. Temyiz mahkemesi, arzuhal, bu şartları havi olmasa bile ret etmeyip tetkikatını yapar. Ancak, Temyiz mahkemesi arzuhalde gösterilmemiş olan bütün noksanları da nazara almak mecburiyetinde değildir. Bu gibi hallerde yalnız açık hatalara istinaden hüküm bozulabilir.

Dâva evrakının Tetkiki
Duruşma ve karar

Temyiz reisi, temyiz arzuhalini ve diğer tarafın verdiği cevabı ile dosyayı tetkik ve raporunu hazırlamak üzere âzadan birine veya daire raportörüne havale eder. Aleyhine temyiz olunan muayyen müddet içinde cevap lâyihası vermiş ise bu lâyıha da nazara alınır, vermemiş ise, tetkikat temyiz edenin arzuhal ve lâyihası üzerine yapılır. Âza veya raportör bir hafta içinde iki tarafın asliye veya sulh mahkemelerinde serdettikleri iddia ve müdafaalarını ve bu arada ikame ettikleri delilleri ve mahkemeden sâdır olan hükmün mucib sebeplerini ve temyiz edenin buna karşı serdettiği itirazları ve karşı tarafın müdafaa ve cevaplarının hulâsalarını çıkararak kendi mütalâasını da [1] ilâve ettikten sonra tanzim edeceği raporu mahkeme reisine takdim eder.

Temyiz mahkemesi, dâvayı evrak üzerine tetkik eder. Ancak boşanmaya ve ayrılmaya ve hacir ve nesebe taallûk eden dâvalarla miktar veya kıymeti bin lirayı alan alacak ve aynı dâvalarında iki taraftan her hangisi istida veya lâyihasında mahkemeye çağrılmasını isterse gün gösterilerek kendilerine davetiye tebliğ olunur. Bu davetiyede gösterilen günde tarafların veya vekillerinin muhakemede bulunması ve bulunmazlarsa temyiz tetkikatı yapılacağı yazılır. Temyiz mahkemesinde gıyap muamelesi ceryen etmediği cihetle duruşmaya, gelmiyen tarafa yeniden tebligat için tâlik edilemez. Talep edilmemiş de olsa temyiz muhakemesi lüzumlu gördüğü taktirde izahlarını dinlemek üzere tarafları kendiliğinden de davet edebilir. Bu hallerde temyiz mahkemesi iki tarafı veya gelen tarafı dinledikten sonra temyiz olunan ilâmın bozulmasına veya tasdikine o gün karar vererek tefhim eder.

Duruşma günü karar verilmeyen işler en çok onbeş gün içinde karara bağlanır. Temyiz olunan karar, esas itibarile kanuna uygun olupta kanuni tatbikte bir yanlışlık yapılmış veya kanuna uygun olmıyan husus hakkında yeniden tahkikat ve muhakeme yapılmasına lüzum görülmemiş olursa temyiz mahkemesi bundan dolayı temyiz olunan kararı bozmayıp bu cihetleri değiştirerek ve düzelterek tasdik eder.

---

[1] 3032 Sayılı temyiz mahkemesi raportörleri hakkındaki kanuna nazaran raportörün rey ve mütalâa beyan ve ilâvesine salâhiyeti yoktur.

Hukuka mütaallik dâvalarda bozma sebepleri

Kanun vazıı, hukuk muhakemeleri usulü kanunu ile bozma sebeplerini şu suretle hulâsa etmiştir.

1. — Kanunun ve iki taraf arasındaki mukavelenin yanlış tatbik edilmiş olması,

2. — Mahkemenin dâvayı rüyete vazifeli bulunmaması,

3. — İki tarafı ve sebebi müttehit bir dâva hakkında yekdiğerine mütenakıs kararlar verilmesi,

4. — Muhakeme usulüne muhalefet edilmesi,

5. — Maddi meselenin takdirinde hata edilmesi,

6. — İki taraftan birinin dâvasını isbat için serdetttği delillerin kanuni sebebe müstenit olmıyarak kabul edilmemesi.

Muhakeme usulüne muhalefetten dolayı bir hükmün bozulabilmesi için mahkemeye ait vazifelerde muhakeme usulünün ihlâl olunmasına ve işbu kusur ve hatanın lâyik olan hükmü değiştirece derecede bulunmasına veya dâvacı yahut dâva olunan tarafından muhakeme usulünün tağyir ve ihlâl olunduğunu isbat edecek derecede itiraz olunupta mahkemece tetkik edilmemiş olmasına bağlıdır.

Gerek asliye ve gerek sulh mahkemelerinden verilen hükümler aleyhine ancak yukarıda sayılan sebeplerden dolayı temyize müracaat olunabilir. Böyle bir sebep mevcut değil ise kanuni olmıyan bir mülâhaza ile her hangi bir kararın temyiz edilmemesi daha doğru olur.

Temyiz mahkemesi, aleyhine itiraz olunan bir hükmü tetkik ederken, iki tarafın arzuhali ile lâyihasında ve cevap lâyihasında yazılı ve hükme tesiri olan bütün itiraz ve müdafaalar hakkında mucip sebep göstererek red veya kabul etmek ve bunları kararına işaret etmek mecburiyetindedir. Aksi taktirde temyiz kararı aleyhine tashih istemek daima mümkündür. Temyiz mahkemesi iki tarafın iddia ve müdafaası ile bağlı olmayıp kanunun sarih maddesine muhalif gördüğü sebeplerden dolayı da, taraflar talep etmemiş olsalar bile, temyiz edilen kararı bozabilir.

Temyiz mahkamesi kusurlu veya hatalı gördüğü sebeplerden dolayı bir ilâmı bozar ise dâvayı hükmü veren mahkemeye veya münasip göreceği diğer bir mahkemeye göderir. Bu mahkeme iki

tarafı çağırıp dinledikten sonra temyizin bozma kararına uyulup uyulmıyacağı hakkında bir karar verir. Mahkeme eski kararda ısrar ederse, kararını teyit için yeni delillere istinat etse bile, temyiz edildiği taktirde, ısrar kararı hukuk umumî heyetince tetkik olunarak hususi daire kararına uyulması lâzımgeldiği takdirde bozulur değilse tasdik olunur. Mahkemelerin umumî heyet kararlarına uymaları mecburidir.

Temyiz talebinin icra üzerine tesiri

Temyiz talebi, aslolarak icraya tesir etmez. Yani mahkemeden lehine hüküm alan taraf dilediği taktirde kanuni merasimlere riayet ederek icra dairesinden hükmün icrasını, kat'ileşmemiş olmasına rağmen, istiyebilmekte serbesttir :

1 — Temyiz eden taraf, temyiz neticesinde haksız çıktığı takdirde mahkûm olduğu parayı ödeyeceğine vaya eşyayı teslim edeceğine sağlam kefalet gösterirse,

2 — Aleyhine hüküm verilen mahkûm olduğu parayı veya eşyayı icra dairesi veya noter gibi resmî bir makama teslim etmis ise,

3. — Lehine hüküm alan, hasmının mal ve emlâkini haciz ettirmiş ise.

Temyiz mahkemesi talep edildiği takdirde icranın tehirine acele karar verebilir. Ancak bu şekilde teminat gösterilmiş olsa dahi temyiz mahkemesi, kat'iyyen tehire karar vermek mecburiyetinde değildir. Bilhassa, tehirinde mazarrat umulan hallerde, teminatın kâfi olmadığı yolunda itiraz vukuunda ve temyiz edenin suiniyetle hareket etmesi hallerinde icranın geri bırakılmasına karar verilmiyebilir.

Bilâkis, icranın tehiri devlet veya adlî muzaherate nail olanlar tarafından istenmiş ise, dâvanın ve hükmün mahiyetine ve sair hallere nazaran icranın tehiri icap ettiği taktirde teminat aranmaksızın icranın geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak Adlî müzaherete nail olan kimselerin hakları sarih değilse bu talebin kabulüne imkân yoktur.

Bu esasa muhalif olarak kanun, nafakaya dair verilen hükümlerin tehir edimiyeceğini açıkça işaret etmiştir. Yani teminat dahi verilse temyiz mahkemesi nafaka ilâmlarının icrasının geri bırakılmasına karar vermek salâhiyetini haiz değildir. Aynı esasa uygun olarak gayri menkule ve buna mütaallik aynî haklara ve aile ve şah-

sın hukukuna mütedair hükümler de kat'ileşmedikçe icra olunamazlar. Esasen bu gibi kararların pek büyük ehemmiyet ve nezaketi vardır. Hükmün temyizen tasdik edilmemesi taktirinde telâfisi belkide mümkün olamıyan zararlar tevlid edebilmesi ihtimalleri bunların kat'ileşmeden icra edilmemelerini tabiî ve zaruri kılmaktadır.

Temyiz hukuk İlâmlarının tashihi

Cezaya mütaallik işlerde ceza daireleri kararlarına olduğu kadar temyiz hukuk daireleri kararlarının da tashihi istenebilir. Şu farklaki ceza daireleri mukarreratına karşı yapılacak tashihi karar müddete tâbi olmadığı ve her derece mahkemeye ait dâvalara mütaallik temyiz ilâmları aleyhine talep edilebildiği halde hukuk daireleri ilâmlarına karşı bu talep müddete tâbidir ve ancak asliye mahkemelerinden verilmiş hükümler hakkında caridir. Yani sulh mahkemelerine ait dâvalar hakkındaki temyiz ilâmlarına karşı tashih istenemez. Üçüncü bir fark da : Cezada tashihi karar istemek salâhiyeti baş müddiumumiye verildiği halde hukukta ancak taraflar bu hakkı haizdirler.

Kanun tashihi karar için 15 günlük kısa bir müddet kabul etmiştir. Bu müddet kararın tefhim veya tebliğinden başlar. Ancak, taraflardan biri bu müddeti geçirmiş olsa dahi diğer taraf tashihi karar talep ettiği takdirde tashihi karar arzuhalinin tebliğinden itibaren 15 gün içinde kendisinin de tashihi karar istemek hakkı avdet eder. Bu gibi hallerde ya bir arzuhal ile veya asıl arzuhale verilecek cevap lâyihası ile bu taraf da tashih talebinde bulunabilir. Temyiz mahkemesi bu takdirde her iki talebi de nazara almağa ve tetkike mecburdur.

Kanun tashihi mucib sebepleri şu suretle hulâsa etmektedir:

1. — Hükmün esasına müessir itirazların meskûttûanh bırakılması;
2. — Bir ilâmda yekdiğerine mübayin kararlar bulunması;
3. — Hükmün usul ve kanuna muhalif bulunması;
4. — Temyiz mahkemesine ibraz olunup esas hükme müessir evrakta bir sania ve sahtelik vukubulmuş olması. Gibi hallerdir.

Tashihi karar talebi asıl kararı vermiş olan dairede tetkik olunur. Temyiz mahkemesi istida da beyan olunanlar dışında tashih sebebi aramağa mecbur olmadığı gibi kendiliğinden de kanuni hataları veya noksanları tashih de edemez.

Tashihi karar arzuhali, arzuhali verenin bulunduğu yer mahkemesine veya temyiz mahkemesine veya asıl hükmü veren mahkeme-

ye verilebilir. Tashihi karara mütaallik muhakeme usulü de aynen temyiz muhakeme usulü gibidir.

Bu sebeple taraflarca tashihi karar hakkındaki lâyihalar tebliğ ve teati olunduktan sonra temyiz tatkikatı yapılır.

Tashihi karar talebi, kanunda yazılı sebeplere mutabık görülmezse arzuhalin reddine ve tashih talep edenden 100 liraya kadar para cezası alınmasına ve muvafık ise, kabulüne karar verilir.

Temyiz mahkemesince arzuhalin kabul edilmiş bulunması dermeyan olunan itirazların kabulile tashihi talep edilen karar hilâfında karar verilmesini icap ettiremez. Temyiz mahkemesi, istidayı kabulden ve diğer tarafın vereceği cevaptan sonra hükmü yeniden tetkik eder. Ve neticeye göre kararını bildirir. Aynı ilâm aleyhine birden ziyade tashihi karar taleb edilmeyeceği gibi tashihi karar arzuhalinin reddine veya kabuliyle eski kararın tadiline dair Temyiz mahkemesi mukarraratı aleyine yeniden tashihi karar istenmesi de caiz değildir. Nihayet tashihi karar talebi teminat verilmiş olsa bile icrayi tehir edemez.

Ceza Mahkemeleri kararlarının temyizen tetkikinde aranan kanuni ve içtihadî şartlar

Ceza mahkemeleri tarafından verilen bir hükmün esasını tetkikten evvel temyizce mevcudiyeti aranan kanuni ve içtihadî diye vasıflandırdığımız şartları iki kısma ayırabiliriz:

A — Hükmün müddetinde temyiz edilmiş ve doğrudan doğruya temyize tâbi olmıyan hükümlerde temyiz şartının ifa edilmiş bulunması.

B — Temyiz edilen hükmün nihaî ve temyizi kabil bir hüküm olması.

A — Malumdurki ceza muhakemeleri usulü kanununun 310 uncu maddesi dâvayi temyiz edeceklerin hükmün tefhiminden itibaren nihayet bir hafta içinde hükmü veren mahkemeye bir istida vermelerini veya buna dair zabıt varakası tutulmak üzere zabıt kâtibine beyanda bulunmalarını mecburi kılmıştır. Kanunun bu hükmünü yerine getirmekle ancak, temyiz edecekler hükmün kat'ileşmesine mâni olabilirler. Binaenaleh tetkikata ilk olarak, temyiz talebinin müddeti içinde yapılıp yapılmadığının araştırılması ile başlanır.

Hüküm vicahi ise, temyiz müddeti, tefhim günü nazara alınmamak suretile, tefhimi takip eden günden başlar ve yedinci günü akşamı iş saatinin bitmesi ile nihayet bulur. Hüküm maznunun gıyabında verilmiş ise, temyiz müddeti tebliğ günü hesaba katılmaksızın tepliği takip eden günden başlayıp hafta sonunda biter. Şayet bu haftanın son günü genel bir tatile tesadüf ederse, mehil tatili, takip eden günün akşamına kadar devam eder. Son gün cumartesiye rastlarmakta ise, cumartesi günlerinin tamamen tatilden sayılamıyacağı yolundaki tevhidi içtihat kararına göre temyiz müddeti de o gün için öğleyin tatil saatinde nihayete erer. Temyiz müddeti içine bir veya birkaç günlük her kangi genel bir tatilin girmiş olması—mahkemelerin yaz tatili müstesna — bu müddetin uzatılmasına sebep teşkil etmez, tatil günleri de müddete dahil kabul olunur.

Duruşma, müdafi tarafından takip edilmekte iken, hüküm suçlunun gıyabında ve müdafiinin huzurunda tefhim edilmiş ise hükmü vicahi saymak icap eder. Binaenaleyh burada da temyiz müddeti tefhimi takip eden günden başlar. Müdafiin, muayyen müddeti zar-

fında hükmü temyiz etmemesinin vazifesini ihmal ve hattâ suiistimal neticesi olduğu anlaşılsa dahi bu haller hükmün kat'ileşmesine mâni teşkil edemez ve suçluya yeniden bir temyiz hakkı vermez.

Mahkemeye karşı yapılacak beyanlardaki şartlar da istida için olan şartların tamamen aynıdır. Binaenaleyh temyize istida vermek suretiyle yapılmış ise istidayı evvelâ imzası tahtında hâkime havale ettirmek ve bilâhare mahkeme kalemindeki deftere usulen kaydını yaptırmak lâzımdır. Ancak bu şekildeki havale veya kayıt muamelesinin ifasiyle temyiz müddeti muhafaza ve temin edilmiş olur. Temyiz, beyan suretiyle yapıldığı taktirde beyana ait zabıt varakasının da reise veya hâkime tasdik ettirilmesi bu bakımından zaruridir.

Temyiz istidaları ile eklerine ait kayıt işlerinin behemehal mahkemelerce yapılması şarttır. Bu kabil evrakın kaymakam, nahiye müdürü gibi idarî makam ve memurlar tarafından havale ve kayıt ettirilmesi, mevkuf bir maznunun temyizine ait istida kaydının ceza ve tevkif evi müdürlüğünce yapılması veya temyiz talebini havi istidanın muayyen müddeti içinde postaya tevdi edilmiş olması halleri temyiz mahkemesince muteber sayılmamakta ve hükmün kat'ileşmesine mâni olamıyacağı şekilde mütalâa yürütülmektedir.

Binaenaleyh temyiz müddetinin muhafazasına mütaallik işlerde kanuni salâhiyetleri bulunmıyan bu gibi idarî memurların kendilerine verilen temyiz istidalarını derhal mahkemelere vermeleri veya göndermeleri, havale ve kayıt gibi işlerle uğraşarak alâkalılar hukukunun ziyaına sebebiyet vermemeleri icap eder.

Temyiz eden şahıs, eğer hükmü veren mahkeme nezdinde bulunmıyorsa ve hükmün kendisine ikamet ettiği başka bir mahalde tebliğ edilmiş ise, temyiz istidasının o gün için bulunduğu mahal mahkemesine verilmesi ve kaydının da o yer mahkemesinde yaptırılması lâzımdır.

Kara, deniz, hava erleri ile küçük subaylara gelince, temyiz daireleri bu gibi askerî şahısların hususi vaziyetlerini nazara alarak, hukuk muhakemeleri usulü kanununun 122 inci maddesinden istifade yolile, bunlar hakkında ayrı ve istisnaî bir hüküm kabul etmektedir. Bu gibi şahıslar kendilerine ait temyiz istidalarını bağlı oldukları en yakın askerî makama verdikleri taktirde o makamlarca yapılan kayıt ve havale tarihleri muteber ve kâfi sayılır. Bu gibiler hakkında ayrıca hâkim havalesi veya mahkeme kaydı aranmamaktadır.

Temyiz talebinin şartlarına uygun olduğu anlaşılırsa bu defa depo parasının müddetinde verilip verilmediğinin tetkikine geçilir.

Ceza muhakemeleri usulü kanunu, kabahat işlerine taallûk etmiyen hükümleri temyiz eden her şahsın bir hafta içinde maliyeye on lira yatırmasını mecburi kılmıştır. Bu haftanın başlangıcı da temyiz istidasının verildiği veya zabıt kâtibine beyanın yapıldığı günden başlar. İstida hakkında mevcut ve mevzu bütün hükümler temyiz şartını ifade de aynen nazara alınır. Ancak depo edilen paranın maliyeye yatırılması tarihi şartın müddeti içinde yapıldığının ispat ve kabulüne kâfi sayılır. Depo makbuzunun ayrıca mahkeme kalemine kayt ettirilmesi zarureti yoktur. Tetkik neticesinde temyiz talebinin makbul veya haklı olup olmadığına göre depo olunan para ya geri verilir veya hazineye irat kaydolunur.

Kanun vazıı , C. müddeiumumileri ile fakir olduklarına dair belediye veya köy idare heyetlerinden ilmühaber getirenleri para depo etmek şartından müstesna kılmıştır. Ancak bu ilmühaberlerin mayyen müddet içinde mahkemeye ibraz edilmiş olması ve bilhassa, kayıtlarının ibraz edildikleri tarihte yaptırılmış bulunması lazımdır. Binaenaleyh depo parası ile yokluk ilmühaberi arasında—ki esaslı fark budur. Diğer bir farkta : eğer hüküm birkaç kerre temyiz edilmiş ise ilk defa depo edilen ve geri alınmıyan para, bütün temyizlerde muteber sayıldığı halde bozmadan evvel istimal edilmiş bulunan bir ilmühaberin müteakip temyizlerde hukuki bir kıymeti olmamasıdır. Temyiz mahkemesi , bu gibi ilmühaberlerin, arada zaman geçmiş olmasına nazaran, suçlusunun dâvayı temyizi sırasındaki malî kudretini ifade ve ispat edemiyeceği kanaatindedir ve bu sebeple kıymetsiz saymaktadır. Binaenaleyh bozulan hüküm tekrar temyiz ediliyorsa yeniden bir yokluk ilmühaberi ibraz edilmek icap eder .

Kanun, yokluk ilmühaberlerinin belediye veya köy idare heyetlerinden alınmasını şart olarak kabul ettiğine göre bu nevi ilmühaberlerin kanunun tâyin ettiği mercilerden alınmış olması da zaruridir. Aksi taktirde temyiz şartı yerine getirilmemiş sayılır. Askerler ve jandarma erleri tarafından eksriya ibraz edilen ve askerî makamlar tarafından verilmiş bulunan yokluk ilmühaberleri bu sebeple temyiz mahkemesince kabul edilmemekte ve bu kabil temyiz dilekleri red olunmaktadır.

Maznun aleyhine gıyaben sâdir olan hükümlerde, eski hale getirme talebinın müddeti içinde temyiz müddeti de cereyan eder. Maznun eski hale getirme talebinde bulunur ise bu talebin reddi ihtimalini nazara alarak müddeti içinde istida vermek veya zabıt kâtibine bir beyan yapmakla temyiz talebinde bulunmalıdır. Bu halde temyize taallûk eyleyen işler eski hale getirme talebi hakkında karar verilinceye

kadar tehir olunur. Para yatırma şartı eski hale getirme talebinin veya acele itiraz yoluna müracaat edilmiş ise itirazın reddi kararına temyiz talebinde bulunanın tefhim veya tebliğ suretile ıttılaından bir hafta içinde yapılır. Eski hale getirme talebinde bulunmaksızın temyiz yoluna gidilmiş ise bu muamele eski hale getirme talabi hakkından vaz geçmeyi gösterir. Maznun, eski hale getirme talebinde bulunmamış olduğu halde, temyiz istida veya lâyihasında temyize karşı buna dair bir itiraz serdederse temyiz mahkemesi maznunun bu talebi hakkında mahallince evvelemirde bir karar verilmesi yolunda bir mütalâa beyanı ile dosyayı mahalline iade eder.

Birden ziyade suçlular, hükmü tek bir istida ile temyiz edebilecekleri gibi müşterek yokluk ilmühaberi vermiş olmaları da temyiz tetkikatına mâni değildir.

Vicahi olmıyan hükümlerde, suçlunun ikamet mahalli hükmü veren mahkemenin bulunduğu yerden uzak olduğu taktirde ceza muhakemeleri usulü kanununun 40 ıncı maddesinin mâtufu aleyhi olan hukuk mahkemeleri usulü kanununun 164 üncü maddesi hükmünce müddete 30 kilometre 6 saat hesabile birer gün zam olunarak istida ile yokluk ilmühaberinin ona göre hesap edilmesi de temyiz mahkemesi kararlarındandır.

Hüküm gıyapta verilmiş ve tebligatta yapılmamış iken maznun haricen ıttılaından bahsi ile hükmü temyiz ederse istidanın müddeti içinde verildiği kabul olunur. Bu takdirde temyiz şartını istidaya nazaran hesap etmek zaruridir.

Temyiz mahkmesinin son kararlarından biri de temyiz müddeti içinde devamlı şekilde hasta bulunduğu muteber hekim raporu ile anlaşılan suçlunun hastalığı müddetince temyiz müddetinin uzatılması halidir. Bu içtihada göre hastalığın zevalini takiben ifa edilen temyiz kayıt ve şartları müddetinde yapılmış sayılır.

Mahkemelere yaz tatili sırasında [1] verilen temyiz istidalarına ait muameleleri, müstacel işlere taallûk edip etmediklerine göre ayırmak lâzımdır. Müstacel dâvalarda müddet, tatil yokmuşcasına aynen cereyan ettiğinden temyiz kayıt ve şartlarını yukarıda izah

[1] Ceza mahkemeleri usulü kanununun 423 üçüncü maddesi mucibince temyiz mahkemesi de her sene 20 temmuzdan 5 eylûle kadar tatil olunur. Tatil içinde görülmesi kanunen mecburi olan işlere bakmak üzere temyizin biri hukuk biri ceza iki dairesi birinci reisin tensibile nöbetçi bırakılır. Nöbetçi daireler kendi dairelerine ait işlere ilâveten diğer dairelerin vazifelerini de görürler. Bu maksatla tatil devresine münhasır olmak üzere bu dairelere adliye vekâletince muvakkat salâhiyet verilir.

edilen esaslara göre hesap etmek icap eder. Müstacel olmıyan işlerde ise müddet cereyan etmiyeceğinden tatil içinde temyiz şartlarının derhal ifasına lüzum ve mecburiyet olmadığı gibi evvelce başlayıp tatil dolayısile kesilmiş olan müddetler tatilin bittiği günden itibaren kanunen üç gün uzatıldığından temyiz istidalarını nihayet bu üç gün zarfında vermek ve kaydettirmek zarureti vardır. Giyabi olan hüküm şayet tatil içinde tebliğ edilmiş bulunuyorsa buna ait kanuni mehil, tatilin nihayet bulduğu günden itibaren yeniden işlemeğe başlar.

Maznunlar, şahsi dâvacilar, müdahiller ve hükmî şahıslar dâvanın temyizinde yukarıda gösterilen şartlara aynen tâbidirler. Cumhuriyet müddei umumilerine gelince: Sulh mahkemelerinden verilen ve temyizi kabil olan kararları kazası dairesinde bulundukları asliye veya ağır ceza mahkemeleri nezdindeki C. müddeiumumileri tefhim tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz edebilirler. Müddeiumumilerin sulh mahkemeleri kararlarını gördükleri tarihden itibaren temyiz edebilmeleri usulü, bazı mahzurlar tevlit ettiğinden, kaldırılmak zarureti hâsıl olmuştur. Ağır ceza müddeiumumilerinin asliye mahkemeleri mukarreratı aleyhine temyiz müddetleri otuz gündür. Asliye mahkemeleri nezdindeki müddeiumumiler ile ağır ceza müddeiumumilerinin kendi merkezlerindeki mahkemeler mukarreratına karşı temyiz müddeti kanunen muayyen olan müddettir.

Temyiz istidası ile şartının tamam ve müddeti içinde olduğu anlaşıldıktan sonra temyiz edenin temyiz dileğinin kabulüne karar verilir. Aksi halde ya istidanın müddeti içinde verilmemiş olmasından veya şartının ifa edilmemiş veyahutta müddetinin geçirilmiş bulunmasından dolayi tetkikat yapılmadan istida red olunur.

Temyiz mahkemesinin kısmen olsun işlerini azaltabilmek imkân ve mülâhazasile kanun vazıı, müddeti içinde yapılmıyan veya şart ifa edilmemiş bulunan temyiz dileklerinin reddi hakkını ceza muhakemeleri usulü kanununun 315 inci maddesile mahalli hâkimlerine de tanımıştır. Ancak tatbikatta mahkemelerimizin bu salâhiyeti ekseriya istimal etmemekte oldukları ve boş yere bu gibi dosyaları temyize kadar göndermekte bulundukları müşahede olunmaktadır. Hâkimlerin bu hususta sarfedecekleri küçük bir mesai ve göstereceklerı umumi bir gayret hiç şüphesiz istinaf teşkilâtının bulunmaması yüzünden çok yüklü bir şekilde çalışmak zaruretinde kalan temyiz dairelerinin işlerini hafifletebilecektir.

Ancak, mezkûr madde sarahatine göre, temyiz talebinin reddi ya istidanın kanunî müddetin geçmesinden sonra verilmiş veya müd-

deti içinde temyiz şartlarından olan paranın depo edilmemiş bulunması hallerine münhasır olup mahkemelerin bundan başka her hangi bir sebebe dayanarak ve meselâ hükmün temyiz kabiliyeti olmadığından bahsile temyiz talebini reddetmeleri caiz değildir. Temyiz eden taraf red kararının kendisine tebliğinden itibaren bir hafta içinde temyiz mahkemesinden bu hususta bir karar verilmesini istiyebilir. Bu taktirde dosya temyiz mahkemesine gönderilir. Şu kadar ki bu sebepten dolayı hükmün infazı tehir olunamaz. Ancak temyiz mahkemesi red kararının kanuna muvafık olmadığını görerek bu kararı kaldırırsa, esas hüküm kat'ileşmemiş sayılacağı cihetle, tetkikat neticesine kadar infazın geri bırakılmasını da behemhal mahalline bildirmesi icap eder.

B. — Kanuni ve içtihadî şartlardan birinin de temyiz edilecek hükmün nihaî ve temyizi kabil olması icap ettiğini söylemişdik. Kanun vazıı, ceza mahkemelerinden sâdır olan hükümlerden bir kısmının temyiz mahkemesini işgal edecek bir kıymet ve mahiyeti olmadığını, bununla beraber umumî ve ehemmiyetli işlerin dörtte üçünün teşkil edebilecek derecede çok olduğunu ve büyük işlerin iyice tetkikine vakit ve imkân bırakmak maksadile temyize gitmesi icap edenleri bir tasnif ve tahdide tâbi tutmak zaruri olduğunu kabul etmiş ve ceza mahkemelerinden verilen hükümleri:

1. — Doğurdan doğruya temyize tâbi olan hükümler,

2. — Temyizi kabil olmıyan hükümler,

3. — Temyizi kabil olan hükümler,

diye üç kısma ayrılmıştır.

1. — Başta ölüm cezası olmak üzere onbeş sene ve daha yukarı hürriyeti bağlayıcı cezalara ait mahkûmiyet kararları doğrudan doğruya temyize tâbidirler. Bu gibi cezalar ehemmiyetlerine binaen taraflarca temyiz edilmemiş olsalar bile hiç bir harç ve masrafa bağlı tutulmaksızın temyiz tetkikatına arz olunurlar ve temyiz tetkikatından geçmeksizin de kat'ileşmezler.

Onbeş sene ve daha yukarı hüriyeti bağlayıcı cezalar tek bir suça mukabil müstakillen tâyin edilmiş olmayıpta bir kaç suç neticesi içtimaen hükmedilmiş olsalar bile yine re'sen temyize tâbidirler; şu şartlaki içtima neticesi hâsıl olan en aşağı onbeş senelik bir mahkûmiyetin mecmuunu teşkil eden cezalardan bir veya bir kısmının evvelce kat'ileşmemiş bulunması lâzımdır. Aksi taktirde bu gibi mahkûmiyetler onbeş seneyi doldurmuş olsalar dahi ancak temyiz üzerine tetkik olunabilirler.

2. — Temyizi kabil olmıyan hükümler de üç madde halinde mütalâa edilmiştir:

a. — 20 liraya kadar (20 lira dahil) hafif para cezalarına dair olan hükümler,

b. — Yukarı derecesi 50 lirayı geçmiyen ve hafif para cezasını müstelzim suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri,

c. — Ceza kanunu ile sair kanunlarda katî olduğu yazılı bulunan hükümlerdir.

Kanunun mutlak olan bu hükümü ceza kanununun kabahat faslında yazılı fiillere ait olduğu kadar bu miktar cezayı mucip hususi kanunlardaki suçlara da şâmildir. Kanun vazıı, bu nevi mahkûmiyetleri tekerrüre esas teşkil etmiyeceğini beyan etmektedir. Bu gibi mahkûmiyetler aleyhine ancak ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesi mucibince yazılı emir yolu ile temyize müracaat edilebilir ve hükümde bir yolsuzluk mevcut ise yalnız bu şekilde ısah olunabilir.

Temyiz içtihadına göre, istisnaen ilk iki bende mütaallik hükümleri C. Müddei umumilerinin maznunun tamamen aleyhine olmak şartile, tatbikat noktasından, temyiz edebilmeleri caizdir. Bununla beraber hüküm tatbikat noktasından temyiz edilse de tatbiki istenilen maddenin temyiz kabiliyeti bulunması lâzımdır. Aksi taktirde temyiz istidasının kabulüne imkân yoktur.

20 liradan aşağı hafif para cezalarına ait hükümler bir cürme mütaallik ceza ile birlikte tâyin ve tertip edilmiş bulunuyorsa mahkûmiyet kararı bir kül teşkil ettiğinden para cezasına ait kısmın da temyizen tetkiki kabildir. Suçun mevzuunu teşkil eden ve bir mahkûmiyet zımnında müsadere ile birlikte hükmolunan hafif para cezalarının da temyiz kabiliyeti vardır. Bilâkis sulh mahkemelerince duruşma yapılmaksızın verilen müsadere kararlarının temyiz kabiliyeti kabul olunmamaktadır.

3. — Yukarıda gösterilen müstesnalar hariç olmak üzere, ceza mahkemelerinden verilen hükümlerin umumiyetle temyizi kabildir. Kanunun bu bahiste aradığı şartlardan biri de bu nevi hükümlerin nihaî mahiyette olmalarıdır. İkame edilen delillerin dinlenmesine lüzum olmadığına, keşif talebinin veya işin ehli hibreye havalesi dileğinin reddine, maznun veya mağdurun yaşlarının tashihine ve emsali gibi işlere ait olarak verilen mahkeme kararlarının temyiz kabiliyeti yoktur. Bu gibi nihaî olmıyan ara kararları aleyhine tem-

yize karşı serdedilecek itirazlar ancak esas hükmün temyizile birlikte yapılabilir.

Nihaî sayılmıyan ve temyiz kabiliyetini hâiz bulunmadıkları kabul edilen kararlardan bir kısmı da takibi izne ve şikâyete bağlı suçlarda ve gaiplere ait dâvalarda duruşmanın tatili hakkındaki kararlarla umumiyetle tatil mahiyetindeki mahkeme kararlarıdır. Bu arada, tahkikat icrasının başka bir mahkemeye veya idare hey'etine ait olduğuna mütedair vazifesizlik kararlarını da saymak mümkündür. Ancak evrakın vazifeli görülen askerî mahkemeye tevdiine mütaallik vazifesizlik kararlarının istisnaen temyiz kabiliyeti bulunduğu içtihat ve kabul olunmaktadır.

Netice itibirile sözlerimizi hülâsa ederek: Temyiz mahkemesi hüküm re'sen temyize tâbi bulunuyorsa hiç bir şart aramaksızın temyizi kabil hükümlerden ise, şartlarının yerinde olduğunu kabul ve tasdikten sonra hüküm esasını tetkike karar verir. Şayet hükmün kanuna veya içtihada göre temyizi kabil değilse temyiz mahkemesi bu defada istidayı hükmün temyiz kabiliyeti olmaması sebebine istinaden reddeder.

Temyiz talep ve istidasının mahiyeti ve temyiz tetkikatının şümulü

Kanun temyiz eden tarafın hükmün hangi cihetine itiraz ve neden dolayı bozulmasını istemekte olduğunu temyiz istidasında veya beyanında veyahut lâyihasında göstermesi icap ettiğini işaret etmektedir. Aynı zamanda temyiz için istinat edilen sebeplerde muhakeme usulüne mütaallik hukuki bir kaideyemi yoksa kanuni diğer hükümleremi muhalefet edilmiş olmasından dolayı itiraz olunduğu da kaydedilmelidir. Birinci halde kanuna muhalif olan vakıaların izahı lâzımdır. Temyiz istidasında vaya beyanında temyiz sebepleri gösterilmemiş ise temyiz istidası için muayyen müddetin bitmesinden yahut hükmün esbabı mucibesi henüz tebliğ edilmemiş ise tebliğinden bir hafta içinde hükmü temyiz olunan mahkemeye bu sebepleri ihtiva eden bir lâyiha da verilebilir.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 313 ve 314 üncü maddelerinin tâdil edilen bu günkü şekline göre lâyiha vermek ve esbabı mucibe göstermek mecburiyetleri temyiz şartları arasından çıkarılmış ve bu yolda verilen mücerret bir istidanın temyiz tetkikatı için kâfi olduğu kabul edilmiştir. Şu halde lâyiha verilmemiş bulunması veya istida veya beyanda temyiz şartlarının gösterilmemiş olması, temyiz

tetkikatına mâni değildir ve binaenaleyh temyiz talebinin reddini intac edemez. Bu itibarla temyiz lâyihası bugün tamamen ihtiyari olup eski kıymetini kaybetmiş bulunmaktadır. Alman ceza usulünden mülhem olarak evvelce kabul edilmiş bulunan lâyiha vermek mecburiyeti ve mucip sebepler gösterilmesi zaruretinin, bazı haksızlıklara meydan vermesi yüzünden, kaldırılmış olması hiç şüphesiz pek isabetli olmuştur.

Temyiz mahkemesi, temyiz olunan bir hükmün esassını tetkik ederken istida ve lâyihada gösterilen ve esasa ve usule ait bulunan noksanlardan başka hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu da görürse talep mevcut olmasa dahi bu hususu da tetkik eder ve bu suretle aleyhine itiraz olunan hükmü hangi cihetten kanuna muhalif görmüş ise o cihetten bozar. Diğer taraftan temyiz mahkemesi bu tetkikler sırasında temyiz talep ve istidasının şümul ve mahiyetini de göz önünde tutmak mecburiyetindedir. Başka bir ifade ile temyiz tetkikatı hükmün her nevi noksan ve hatalarına şâmil ve leh veya aleyh bahis mevzuu olmaksızın tasdiki veya bozolması demek değildir. Temyiz mahkemesi, mevcut talep karşısında ancak aşağıda yazılı husus ve bakımlarla mukayyet olarak hükmü tetkik eder ve buna göre lehe, aleyhe veya hem lehe hem aleyhe bozma kararı verebilir:

1. — Hüküm yalnız suçlu veya onun lehine C. Müddeiumumisi tarafından temyiz edilmiş bulunuyorsa, temyiz mahkemesi tetkikatını tamamen suçlu lehine yapar ve icabederse hükmü ancak bu bakımdan bozar. Aleyhe olan hususlar, mevcut ise, ilâma işaret edilmekle geçilir.

2. — Hüküm doğrudan doğruya temyize tâbi ise,temyiz tetkikatı, yukarıda gösterilen şekilde, yine maznunun lehine olan sebepler göz önünde bulundurularak yapılır.

3. — Hüküm C. Müddeiumumisi tarafından sarahaten suçlunun aleyhine temyiz edilmiş ise, temyiz mahkemesi, hükmü sebep mevcut ise, hem lehe hem de aleyhe olan noktalardan dolayı bozabilir. Aleyhte sebepleri havi temyiz istidasının şümulü geniştir. Temyiz mahkemesi, lüzumunda istidanın maksudunu tecavüz ederek istidada gösterilmemiş bulunan daha ağır sebeplerden dolayı hükmü bozmak salâhiyetini haizdir.

4. — Hüküm C. Müddeiumumisi tarafından temyiz edilipte lâyiha verilmemiş ve temyiz istidasının lehe veya aleyhe olduğu sarahaten anlaşılamamakta bulunmuş ise, temyiz talebinin lehe kabulü iktiza eder. Ancak tetkikata takaddüm eder şekilde ve hükmün temyizinden çok sonra verilmiş bir lâyiha mevcut olur ve aleyhe bir sebep de dermeyan edilmiş bulunursa, temyizin aleyhte olduğu düşünülerek, aleyhe tetkikat yapılması caizdir.

5. — Müdahiller de aynen müddeiumumiler gibi hükmü ceza bakımından temyiz edebilirler. Ceza muhakemeleri usulü kanununun 365 inci maddesinin tadili neticesi bu içtihat kabul ve takarrür etmiştir. Ancak, müdahilin usulüne tevfikan dâvaya müdahale etmiş bulunması şarttır. Müdahilin suçlu aleyhine olan temyizi üzerine, C. Müddeiumumilerinin temyizinde olduğu gibi, lehe tetkikat yapılabilmesi de mümkündür.

6. — Hüküm suçlu veya onun lehine C. Müddeiumumisi tarafından temyiz edilmiş ise yeniden verilen hüküm evvelki hükümle tâyin edilmiş cezadan daha ağır olmıyacağından cezanın ilk defa noksan tertip edildiğine ilişen müddeiumumi veya müdahilin sonradan serdettikleri itiraz ve temyizin kabulüne ve kazanılmış hakkın ihlâline imkân yoktur.

7. — Birden ziyade suçları ihtiva eden bir hüküm fıkrasının bir noktasına mâtuf temyiz lehe olduğu taktirde diğer cihetlerden aleyhe temyiz edilmiş olsa dahi lehe olan kısımdan aleyhe bozma yapılamaz.

8. — Müdahiller şahsî hak noktasından da dâvayı temyize salâhiyetli bulundukları halde C. Müddeiumumisinin bu bakımdan temyizi muteber değildir. Ancak müdahil yalnız şahsî hak cihetinden temyiz etmiş ise temyiz tetkikatı ceza cihetine sirayet ettirilemez.

9. — Maznunun lehine olan hukuki kaidelere muhalefet maznun aleyhine hükmün bozdurulması için C. Müddiumumisine bir hak vermiyeceğine nazaran bu esasa muhalif olarak yapılan temyizler ve verilen istidalar reddolunur. Beraat eden suçluların sorguya çekilmemiş olması veya idare heyetinden karar alınmadan muhakemelerinin icrası gibi sebeplere müsteniden yapılan temyizlerde olduğu gibi.

10. — C. Müddeiumumisinin temyiz talebi yalnız harç noktasına mâtuf ise temyiz tetkikatı harca hasredilip hükmün esasına teşmil edilemez.

Temyiz talebinden feragat

Dâvayı temyiz etmek salâhiyetini haiz olanların bu taleplerinden vaz geçmeğe de hakları vardır. Hukuka mütaallik dâvalarda da temyiz edenlerin bu taleplerinden sarfı nazar edebilmeleri caiz ve mümkündür. Ceza muhakemeleri usulü kanununun 295 inci maddesi sarahatine göre bu hak dâvacı, müdahil ve müddeiumumiye olduğu kadar suçluya ve müdafiine de aynen tanınmıştır. Ancak müdafiin bu hususiaki talebinden vazgeçebilmesi suçlunun açık arzusuna muhalif olmamasına ve ayrıca hususi vekâleti haiz bulunmasına bağlıdır.

Vaz geçme hakkının istimali için kanunen bir müddet tâyin ve kabul edilmemiştir. Şu halde hüküm temyiz mahkemesince bir karara bağlanıncaya kadar vaz geçenin bu hakkını kullanabilmesi mümkündür. Bu gibi hallerde mahkemece ittihaz edilen karar kat'iyet kesbedeceği ve binaenaleyh temyiz tetkikatı yapılamıyacağı cihetle dosyanın temyiz mahkemesine gönderilmesine de lüzum yoktur. Feragat, evrakın temyiz mahkemesinde bulunduğu sırada vukubulmuş ise tetkikat yapılmaksızın dosya mahalline geri gönderilir.

Müddiumumilerin temyiz talebinden vaz geçebilmelerini kanun tek bir şarta bağlamıştır. Eğer müddeiumumi sarahaten suçlunun lehine olarak temyize müracaat etmiş ise bu talepten vaz geçebilmesi ancak suçlunun muvafakatinin alınmasına bağlıdır. Temyiz aleyhte vaki olmuş ise muvafakat almağa kanunen lüzum ve zaruret yoktur.

(Mabadı var)

No: 59

Ceza Hukukunda Af [*]

Yazan :
Suat E. İ L G E

BÖLÜM: II

Hususi Af

5 — Hususi affın mahiyeti. 6 — Hususi affın tarihçesi. 7 — Hususi affın faydası. 8 — Hususi affın vasfı. 9 — Hususi affın tesir ve neticeleri. 10 — Hususi affın tatbikine ait kaideler. 11 — Hususi af reddedilebilir mi ?. 12 — Hususi affın nev'ileri.

§ 5 — HUSUSİ AFFIN MAHİYETİ—Hususi af mahiyeti itibariyle, lûtuf ve merhamet tetbiridir. [2] [3] Bu müesseseden, adlî hatanın düzeltilmesi, mahkûmun ahlâkını ıslah etmesi veya malûliyeti dolayısile ceza çektirilmesinde bir menfaat mülâhaza edilmiyen hallerde olduğu gibi bazı adlî ve içtimai saiklerle, cezası her türlü kanuni yollardan geçerek kat'ileşmiş, [4] mahkûmlar istifade ederler. Hususi af cezayı haiz olduğu sarahata göre kısmen veya tamamen kaldırılmakla beraber suçluluğu bırakır.

Hususi affı, benzer tedbirlerden, meselâ tecilden ayırmak lâzımdır. [5]Vakia tecilde de istifade eden şahıs muayyen müddet zarfında ikinci bir suç işlemezse cezası infaz olunmaz. Fakat tecille hususi af arasında bazı farklar vardır.

1 — Cezası affolunan veya tecil edilen kimse ikinci bir suç işlerse: eğer affolunmuşsa hakkında tekerrür hükümleri tatbik olunur, tecil olunmuşsa iki cezası ayrı ayrı infaz olunur.

2 — Hususi affın tesiri daha şümullüdür: cezayi tahvil, tahfif veya affeder. Halbuki tecil sadece bir tehirdir. Eğer suç tekerrür etmezse çekilmiş farzolunur.

[1] (grace, grazia, begnadigung)
[2] Trai té Ele mentaire de droit criminel: H. Donnedieu de Vabres S: 557
[3] Traité théorique et pratiquedu droit pénal Francais R. Garraud Cilt: 2 S: 633
[4] Cezanın umumi hükümleri: E. K. Erzen S. 54—56
[5] Her iki tedbirde cezaların şahsileştirilmesi esasına göre tanzim edilmiştir.
[*] Baş tarafı 1943 yılı Ad. Ce. 8 — 685 sayfesindedir.

3 — Cezanın tecili (C.K. 89) hâkim tarafından yapıldığı halde hususi af Reisi Cumhur (E. T. K: 42) veya Büyük Millet Meclisince (E. T. K. 26) yapılır.

Bu suretle hususi affın mahiyetini belirttikten sonra mümkün olduğu kadar tarifini yaparak tarihçesini tetkik edeceğiz.

Hususi af, fer'i ve mütemmim cezalara tesir etmeksizin, [1] cezayı değiştirir, azaltır veya ortadan kaldırır. Bu tarif kanunidir. Daha umumî olarak şöyle tarif edilebilinir. Hususi af; salâhiyetli uzvun ceza neticeleri üzerine tesir eden, hissinin izharıdır. [2]

§ 6 — HUSUSİ AFFIN TARİHÇESİ [3] ilk zamanlarda Fransada hususi af hakkını kral kilise ve bazı heyetlerle birlikte istimal ederdi [4] ve bu "*rappel de ban*„ , "*de galéres*„ veya "*commutation de peine*„ ismi altında yapılıyordu. İhtilâlden sonra, jüri müessesesine büyük bir kıymet verildiğinden [5] ve af hakkı dolayısile icraî kuvvetin, kazai kuvvete tecavüz eddiği kanaatı hasıl olduğundan 1791 tarihli ceza kanununun 52 inci maddesi ile af kaldırıldı. Fakat daha sonra 4/ Agustos/1802 (Onuncu senenin 16 thermidorları) tarihinde "SENATUS CONSULTE" tarafından tekrar kabul edildi. 18 inci Lui monarşisini tesis eden 7 nisan 1814 tarihli esas teşkilât kanunu ile 27, 28 ve 29 temmuz ihtilâlleri neticesinde kabul edilen 1830 tarihli esas teşkilât kanunları bu husus hakkında sarahaten bir hüküm tesbit etmediler. 4/Teşrinisani/1848 de kabul edilen esas teşkilât kanunu hususi af hakkı istimalini devlet reisine tevdi etti. 29 Martta mer'iyete giren 1852 kanununda birinci madde ile bu salâhiyet imparatora tanınmış ve bundan sonra 25 Şubat 1875 tarihinde yapılan [6] esas Teşkilât kanununun 3 üncü maddesinin 2 inci fıkrası ile [7] bu hak Cumhur Reisine tanınmıştır.

İngilterede hususi af hakkı ötedenberi Kralâ aittir. [8] kral iki cins suç müstesna diğer bütün suçlar için bu hakkını kullanabilir . Birinci istisna; *Common law*'a göre umumî menfaatı ihlâl eden bir suçu işlemiş olan kimsenin bu ihlâl keyfiyeti devam ettiği müddetçe

[1] Kanun veya kararnamesinde sarahat olan haller müstesnadır.

[2] Merhamet, lûtuf ve adalet hissi gibi.

[3] Bu paragrafta, yukarda 2 inci paragrafta izah edilen tefrik dolayısile, ceza kanununun teknik bakımından tedvin edilmiş zamanlarındaki hususi affın tarihçesinden ve şimdiki halinden bahsedecegiz.

[4] Cours de Droit Criminel Francais. — A. Rou cilt: I. S. 510

[5] Bununla adaleti tam olarak temin edeceğiz zan ediliyordu.

[6] Dareste: esas teşkilât kanunları: Cilt I. S. 436.

[7] "Cumhur Reisi hususi af hakkına maliktir.„

[8] Esquiss du droit criminel Anglais .Corrtney Stanhope kenny S : 19 625,626 .

kral af hakkını kullanamaz. [1] Fakat şahsi hak iddiası yolu ile mağdurun hakkını koruması mümkünse Kral bu hakkını istimâl edebilir. İkinci istisna da şudur : Bir kimseyi İngiltere dışında hapsedip onu "*Habeas corpus*„ ün himayesinden mahrum eden kimse hakkında da kullanılamaz . Bu istisnaların ışında „*chambre des common*" tarafından mahkûm edilen kimse hakkında da af yapılamaz.

Demekki İngilterede Kıralın hususi af salâhiyeti tahdididir.

4 Mart 1848 tarihli İtalyan esas teşkilât kanununun 8 inci maddesi gereğince " Kral , hususi af bahş ve cezaları tahfif edebilir " . Hususi af (*Grazia*) fın tesiratını yeni İtalyan ceza kanunu 174 cü maddesinde tesbit ve tasrih etmiştir [2].

Bizim hukukumuzda hususi affa dair ilk metne , 1810 tarihli Fransız ceza kanunundan tercüme ettirilip 1274 zilhicrede mer'iyete giren ceza kanunnameyi hümayununda rast geliyoruz. Bu kanunun 22 Mayıs 1327 tarihinde tadilinden evvel 47 inci maddesinde: "cezanın tebdili mutlaka iradeyi mahsusayı padişahiye manuttur ve berveçhi muharrer iradeyi seniyeyi mahsusa olmadıkça ve kanunnamede sarahatı bulunmadıkça bir cezanın affı veyahut tebdili tahfifi caiz değildir,, deniyor. Kanunun bu sarahatında anlaşıldığı veçhile Cumhuriyet devrine kadar hususi af hakkı padişahlara aittir [3].

Cumhuriyet devrinde: 1889 tarihli *ZANARDELLİ* İtalyan ceza kanunundan alınan ve 1 Temmuz 1926 tarihinde meriyete giren 765 sayılı Türk ceza kanununun 98 inci maddesi ile hususi af ve neticeler daha modern esaslara başlanmıştır . Yeni tanzim edilen Türk ceza kanunu projesinin 153-üncü maddesi ile hususi affa biraz daha yeni ve sakatlıktan nisbeten âri bir veçhe verilmiştir .

§ 7 — HUSUSİ AFFIN FAYDASI—Hukuku Esasiye sahasında tefriki kuvva nazariyesinin ortaya attığı prensipi ihlâl ederek icraî kuvvet, kazaî kuvvete müdahale ediyor diye hususi affın mevcudiyet ve faydası tenkit edilmiştir .Filhakika bir şahsın iradesi , en yüksek mahkeme hey'etlerinin kararlarını felce uğratıyor. Fakat hususi af eğer mahkûmiyeti ortadan kaldırsa idi bu tenkit yerinde olurdu.

Halbuki hususi af kararın yalnız icraî sahada olan infazına kısmen veya tamamen mâni olur [4].

[1] Mağdur ve üçüncü şahıs'ların haklarını ihlal etmemek için .
[2] Code pénal du Royaume D 'İtalie — Pierre de Casabianca S : 118
[3] Mufassal Nazariyatı Ceza: Mehmet Aziz S :205 — 7
[4] H. Donnedieu de Vapres: droit Criminel s: 559

Diğer taraftan ceza kanunlarında tecil, adlî tevbih, meşruten tahliye gibi müsamaha müesseseleri varken hususi affın tevlit ettiği faydalar da tenkit edilmiştir. Fakat bu müesseselerin tesirlerinin hususi af kadar şumullü olmaması bu tenkidi haksız kılar. Öyle haller vakî olabilir ki (meselâ: adlî hata) bunların mahzuru ancak hususi afla önlenebilinir.

Hususi af hakkındaki kısmen yersiz tenkitleri gördükten sonra bu müessese ile temin edilen faydaları gözden geçirelim [1] (2a)

1 — Hususi af, adlî hataların tamirine yarar. Bir kimse kat'iyetle mahkûm olmadan evvel karar bir çok kanun yollarından geçerek dikkatlice tetkik olunursa da ender olarak, hata yapmaktan sakınılamaz. Meclis tarafından yapılan hususi aflar tetkik edilirse: Yaş küçüklüğünü nazarı itibare almamak, suçlunun sıfatına bakmamak, [2] hükmün salâhiyettar bir mahkemeden sâdır olmaması ve müruruzamanın tetkik edilmemesi gibi hallerdeki bariz adlî hataları düzeltmek için, cezanın indirildiği veya ref olunduğu görülür, [3] [4].

2 — Hususi af, mahkûmun ahlâkını ıslah etmesine yarar. Kötü huyunu düzelten mahkûmlara affa mazhar olacakları kanaati verilirse, cemiyet bu yüzden bir çok yeni kuvvetler kazanır. Vakia bunun meşruten tahliye yolu ile de temin edileceği düşünülürse de hususi affın, şümulü daha geniştir ve muayyen olan müddeti beklemeğe de hacet yoktur. Affın bu faydasının en iyi misalini: Erzincan zelzelesinde yakın zamanlarda gördük. Filhakika bu mıntakadaki mahkûmların bulundukları ceza evleri yıkıldı ve herkesin kendi derdine düşüp devletin inzibat kuvveti üslerinden kalktığı halde bunlar firar etmemişler bilâkis felâkete uğrıyanlara yardıma koşmuşlardır. Bu suretle hüylarını ıslah ettikleri anlaşılan 273 mahkûmun cezası iki kanunla kısmen affedilmiştir. [5]

3 — Cezanın tatbik edilmesindeki gaye ortadan kalkarsa bu gibi cezaların çektirilmesinin önüne, hususi aflan geçilir. Cezanın ıslah

[2a] georges vidal: cours de droit criminel s: 741

[1] R. Garraud: traité théorique et pratique du droit pénal français s: 634

[2] Meselâ muvazzaf asker diye mahkûm edildiği halde o şahsın gönülü olduğu sabit olursa.

[3] Misal olarak: 24 Nisan 1338 tarih ve 226 sayılı kanun (Düstür cilt: 3 s. 65) ve 276, 277, 278, 285 sayılı heyeti umumiye kararları [Düstür cilt, 8 s: 26, 27, 33)

[4] Mahkemelerin devamlı tekâmülü ve yazılı emirle tashihi karar yollarının kullanılması affın bu cins faydasını biraz azaltır.

[5] 19 Nisan 1940 tarih ve 3804 sayılı kanun (Düstür cilt: 21 s: 719) ve 14 nisan 1941 tarih ve 3999 sayılı kanun (Düstür cilt: 22, S : 465)

edici ve elem verici gayesinin tahakkuku için, çekenin cezayı idrak etmesi lâzımdır. Eğer suçlu bundan mahrumsa ve zarar veremiyecek halde ise cezanın çektirilmesinde hiç bir içtimaî faide ve menfaat kalmaz. Bu idraksizlik yaşın fazla ilerlemesinden, daimi malûliyetten ileri gelebilir. Meselâ Ispartalı MUSTAFA oğlu OSMAN Deli olduğundan idam cezası affedilmiştir. [1] Daimi malûliyetleri tahakkuk eden Hayrullah ve ALİnin de bakiyeyi müddeti cezaları affedilmiştir. [2] Bu hususiaki misalleri çoğaltmak kabildir. Bundan başka Cemiyet için faydalı kimselerin cezaları âmmenin menfaati için affedilir. [3]

4 — Hususi af, Ceza kanununun şiddetini tenzil eden ceza kanununun mer'iyete girdiği zamanın telâkkileri ile uzun zaman sonra, Ceza kanununun tadilinden evvel değisen telâkkilere göre kanunda tesbit edilen cezalar şiddetli olabilir. Âmmenin adalet hissini rencide etmemek için [4] bu gibi münferit hâdiselerde ceza tenkis veya affedilir. [5]

Yukarıda sayıldığı gibi hususi af, kanununun ve tatbikinin aksaklıklarını ve sakınılması imkânsız boşluklarını doldurduğundan, çok faydalı ve lüzumlu bir müessesedir.

§ 8—HUSUSİ AFFIN VASFI—Hususi af, kararnamesinde veya kanunlarında birden ziyade isim zikredilse bile, münferit ve şahsidir. Tesir ve neticeleri bir tarafa bırakılırsa hususi affın en bariz vasfı budur. Bu vasıf hususi affın gayesinin de icabıdır. Zira hususi af, umumî affın tersine olarak, suç yerine suçlu ile meşgul olur. Bu, son zamanlarda ceza hukukunda, kuvvetle belirerek ceza kanunlarına da tesir eden, cezaların şahsileştirilmesi prensibine de uygundur. Affın suçluyu istihdaf etmesi adalet hisleri bakımından da doğrudur. Zira bu lûtuftan istifade edenin şahsiyeti tetkik edilmeden af yapılırsa, buna lâyık olmıyan pek kötü ahlâklı suçlular da faydalanır. Esasen son zamanlarda beliren temayüle uymak için umumî aflardan istifade edenler bile şahsen tesbit ediliyor. [6]

[1] 18 Teşrin evvel 1338 tarih ve 274 sayılı Ka. (Düstür Cilt: 3. S. 141.)

[2] 13 Kânunevvel 1338 Ta. ve 288 S. K. — (Düstür Cilt: 3 S. 177)

[3] 28/6/1938 tarih ve 3510 sayılı Ka. (Düstür: Cilt 19 S. 1566)

[4] Bu telâkki cereyanları kanunun tadilini mucib olur.

[5] Diğer tarafdan hususi affın geniş mikyasta kullanılması ölüm cezasının ilgasını hazırlamıştır. H. Donnedieu de Vabres: Traité élémentaire de droit Criminel. S. 558

[6] Şahsileştirilmiş umumî af "grâca ammistiante„ de olduğu gibi.

§ 9 — HUSUSİ AFFIN TESİR VE NETİCELERİ — Bu cins affın tesir ve neticeleri umumî olarak iki prensip üzerine bina edilmiş:

1 — Hususi af, cezanın infazına tesir eden [1]

2 — Hususi af, suça tesir etmediğinden, mahkûmiyet devam eder. Tekerrür hükümlerinin tatbikine esas olur.

Hususi af havi olduğu sarahata göre üç bakımdan cezanın infazına tesir eder (c k. 98)

1) Cezayı ortadan kaldırır «*remise*» [2] veya

2) Cezayı azaltır «*commutation*» veya

3) Cezayı değiştirir «*réduction*».

Kanun veya kararnamesinde hilâfı yazılı olmadıkça, hususi af, umumiyetle tesirini aslî ceza üzerinde göstererek munzam ceza alan fer'i ve mütemmim cezalar üzerine bir netice tevlit etmez. Hususi affın tesirini umumî olarak gördükten sonra bunları iki guruba tasnif ederek tetkik edeceğiz:

1) Hususi affın kaldırdığı cezalar: aslî ceza ile birlikte, daha ağır bir cezadan mübeddel olan cezaya kanunen ilâve edilmemiş bulunmak şartile, kanuni mahcuriyeti ref eder. [3] [4] Aslî ceza ile ne müradedildiğinin izahına lüzum yoktur. Ceza kanunumuzun 98 inci maddesinde bahsedilen kanuni mahcuriyet: beş seneden ziyade ağır hapis cezasına mahkûm olan kimsenin ceza müddeti zarfında kanuni mahcuriyet halinde bulunması ve emvalinin idaresinde kanunu medeninin mahcurlar ahkâmının tatbik edilmesidir. [5] Mahcuriyet altına alınmalarının sebebi malûm olduğu üzere cezaevinde bulunduğundan mallarını idare edemiyeceği ve ettirilmiyeceğidir. Ceza kanunumuzun 98 inci maddesi mucibince hususi af ile yalnız kanuni mahcuriyetin kalkması icabederse de aynı kanunun 33 üncü maddesinin istihdaf ettiği gaye bakımından bu iki madde arasında mübayenet vardır. Filhakika 98 inci maddenin gayesi: artık ceza evinden çıkmış bir mahkûmu ceza evinde bulunması dolayısile altına girdiği mahcuriyetten kurtarmaktır. Diğer taraftan 33 üncü maddede: kanu-

[1] Traité élémentaire de droit criminel . H. Donnedieu de Vabres S: 561.

[2] Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français. R. garraud cil; 2 S: 636 — 643.

[3] Ceza kanunu şerhi: Majno. S: 485.

[4] Hususi affın azalttığı veya değiştirdiği cezanın bakiyesi beş seneden ziyade ağır hapis cezası olursa kanaatimizce, bu maddenin gayesi itibarile, hususi af, sarahat bulunmadıkça bu hallerde kanuni mahcuriyeti ref etmez.

[5] Ceza kanunu madde: 33

ni mahcuriyetle babalık hakkından ve kocalık sıfatının bahşettiği haklardan mahrumiyet, aynı gaye ile kaleme alınmıştır. Şu halde 98 inci maddenin, kanuni mahcuriyet gibi, babalık hakkından ve kocalık sıfatının verdiği kanuni haklardan mahrumiyeti de ref etmesi icabeder. [1] Kanunun ahenği bakımından da bu şayanı arzudur. [2] İtalyan ceza kanununun bu husus hakkında vaz'ettiği madde aynen tercüme edilse idi bu aksaklık meydana gelmezdi. İtalyan ceza hukuku şarihleri, hususi affın, kendi kanunlarına göre, vasiyetname tanzim etmek hakkından mahrumiyeti de ref ettiğini söyliyerek [3] mahkûmun bu hususta evvelâ tanzim ettiği vasiyetnamenin batıl olduğunu ve hususi af ile hukuki muamelenin sıhhat kazanamıyacağı ve affa nail olduktan sonra yaptığı vasiyetnamenin muteber olacağını münakaşa ediyorlar.

2) Hususi affın kaldıramadığı cezalar; kanun veya kararnamesinde aksine sarahat yoksa:

a) Hususi af, alınan harçlar dolayısile hasıl olan masarifi muhakemeye müteallik hükümlere tesir etmez. [4] Binaenaleyh sonradan cezası affedilmiş kimse, muhakemesi dolayısile sarfettiği paraları geri istiyemez.

b) Bir kimsenin cezasının affedilmesi, zaptolunan eşyasının istirdadını icabettirmez. Bu fıkra bu cins eşyaların mahiyeti icabı konulmuştur. Filhakika suç ikaında kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun irtikâbından husule gelen eşya mahkemece zapt ve müsadere olunur. Esasen bizatihi muzır olan bu eşyaların iadesinin mahzurları da vardır: mahkûma daima maziyi hatırlatır ve bu eşyanın, ikinci bir suça teşvik etmek gibi piskolojik bir zararı da dokunabilir.

c) Hususi af, tediye olunan, ağır ve hafif para cezalarının istirdadını da icabettirmez. Bu hüküm de para cezalarının mahiyeti icabı konulmuştur.

ç) Hususi af ile cezanın infaz olunmaması, şahsi hak dâvasına ve hususi hukuk sahasındaki mes'uliyetin tâyinine mâni olmaz. [5]

[1] Eski İtalyan ceza kanununun 87 inci maddesinden alınan 98 inci madde aslının aynı değildir. İtalyan ceza kanununda bu aksaklık yoktur, ve madde daha sarihtir.

[2] Esasen bunun kabul edilmemesi insanî bakımdan, cezası affolunmuş bir kimsenin babalık ve kocalık hakkından mahrumiyeti, adalet hissimizi rencide eder. Meselâ hataen mahkûm olan bir kimsenin halini düşünelim. Zaten filiyat fikrimizi teyit eder.

[3] Ceza kanunu şerhi — Majno Cilt: I. S: 485.

[4] Ceza kanunu madde: 120

[5] Ceza kanunu madde: 100

d) Müebbet veya on seneden daha fazla muvakkat ağır hapis cezaları, hususi af ile azaltıldığı veya ortadan kaldırıldığı hallerde, kanun veya kararnamesinde aksine hüküm olmadıkça 3 sene emniyeti umumiye nezareti altına alınır. [1] Bu tedbir mahiyeti itibariyle, vahim bir suç işlemiş kimseler hakkında, muayyen bir tecrübe müddeti zarfında bir emniyet tedbiri almak maksadı ile tedvin edilmiştir. 1889 tarihli İtalyan ceza kanunu henuz proje [2] halinde iken on senelik müddet yerine daha kısa olarak beş sene ağır hapse mahkûm olanlar hakkında da bu tedbirin tatbiki isteniyordu. Müzakere sırasında bu derece bir cezaya mahkûm olan kimselerin böyle bir tedbire tâbi olması nisbetsiz addedilerek müddet on seneden fazlaya çıkarıldı.

101 inci maddede tatbik edileceği yazılı olan bu tedbri, cezanın affolunduğu tarihten hemen ertesi günü başlar. (C.K. 42) de mevzuumuzu alâkadar eden bir fıkra vardır. Bü fıkraya göre: «bu ceza hal ve vaziyet ve mahkûmun etvar ve harekâtı müsait olduğu takdirde bulundnğu mahal mahkemesi tarafından müddet ve keyfiyetçe ref ve tahdit olunabilir» denildiğinden vaziyet müsait bulunduğu takdirde mahkûm olduğu mahkeme tarafından (C.K. 101) deki tedbir, müddeiumuminin mütalâası ile, ref veya tahdid olunabilir. Bu hüküm şeni olmıyan suçları işliyen ve bilhassa adlî bir hata dolayısile mahkûm olan bir kimseye tadbik edilirse isabeti aşikârdır.

e) Hususi af munzam cezalara tesir etmediğinden [3] hidematı âmmeden memnuiyeti kaldırmaz. Bu suretle cezası affolunan kimse muayyen müddet ceza kanununun 20 inci maddesinde yazılı haklardan mahrum kalır.

f) Hususi af, muayyen bir meslek veya sanatın tatili icrasına mâni olamaz. [4] Bu, bundan evvelki paragrafta (e) söylendiği veçhile hususi affın fer'i ve mütemim cezalara tesir etmemesinin bir neticesidir.

Yukardan beri tetkikatımıza esas olarak, kanun veya kararnamede aksine sarahat olmadığı halleri aldık. Halbuki hususi af kanun veya kararnamesindeki sarahat derecesine göre daha geniş hukuki

[1] Ceza kanunu madde: 101

[2] Zanardelli projesinin 95 inci maddesi.

[3] Hidematı âmmeden memnuiyeti kaldırmadığı ceza kanununun 122 ve 123 üncü maddelerin mefhumu muhalifinden de anlaşılır. Filhakika hususi af, bu memnuiyete tesir etmediğinden ancak (C.K. 121) memnu hakların iadesi yolu ile hidematı âmmeden memnuiyet zail olur.

[4] Ceza kanunu madde: 25,35

neticeler tevlit edebilir. [1] Meselâ Ahmet Demir. Edirne emniyet müdürlüğünde bulundnğu sırada işlediği suçtan dolayı cezası: «cezai tesir ve neticelerine de şâmil» olmak üzere affedimiştir. [2] Bu hususta bir çok misaller verilebilir. [3]

§ 10.—HUSUSİ AFFIN TATBİKİNE DAİR KAİDELER—Hususi af henüz mesuliyeti tahakkuk etmemiş bir suçluya tatbik olunmaz, aksi halde ilerde belki beraat edecek bir kimse hukukundan mahrnm edimiş olurdu. Cezanın tadbiki bakımından infaza mâni bir sebepdir. Hususi af diğer müsamaha tetbirleri ile içtima ederse mahkûmun lehine tefsir etmek lâzım geleceğinden cezayı kaldıran, hususi af tatbik olunur. Bu sebeplerdeki yeni tanzim edilen Türk ceza kanunu lâyihasının 161 inci maddesinde: «Eğer muhtelif sebepler aynı zamanda tahakkuk ederse [4] bunlardan daha lehde olan sebep» tatbik olunur. deniyor.

Suçlu mütaaddit suç işlemişse kanun veya kararnamedeki sarahata göre affedilen cezadan maadası infaz olunur.

Dünyanın her tarafında hususi af, memleketin tâbi olduğu hukuk rejimine göre hükümdar veya temsilî meclisler tarafından tatbik olduğu halde İspanyada hususi af, hükmü ısdar eden hâkimin, müddeiumuminin, hapishaneler meclisinin teklifi veya tarafeynin talebi üzerine yüksek mahkeme tarafından bahşolunur. [5]

Hususi af teklifleri umumiyetle hapishaneler meclisinin mütalâası alındıktan sonra cezaevi müdürünün veya müddeiumuminin mütalâası ile birlikte adliye nezaretinin ceza işleri müdürlüğünün ait olduğu bürosuna gelir. Büro muvafık görürse nezaret kanalı ile hükümdar veya temsili meclise arzeder. Hususi af hükümdar tarafından tatbik olunuyorsa içinde ait olduğu mesul nazırın imzasını taşıyan bir kararname ile yapılır. Salâhiyet, meclis tarafından kullanılıyorsa bir kanunla tatbik edilir. Ölüm cezaları ile adlî hatada müddeiumumi resen harekete geçerek icap eden formaliteye tevessül eder.

Hakkında hususi af tatbik edilen mahkûmun fişine, cezasının infaz vaziyeti yazılarak sicili adlide muhafaza edilir.

[1] Hususi af, kanun veya kararnamesi ile tenakusa düşmemesi için ceza kanununun 98 inci maddesinde "ancak kanun veya kararnamesinde hilâfı yazılı olmadıkça„ cümlesi kullanılıyor.

[2] 3510 Sayılı ve 28 Haziran 1938 tarihli K. (Düstur.C; 19 S: 1566)

[3] 1202 ve 412 sayılı kanunlar.

[4] Meselâ: memnu hakların iadesi ile hususi af.

[5] 9 Kânunevvel 1931 tarihli İspanya esas teşkilât kanununun 102 inci maddesi

Hususî af Avrupada sık sık müracaat ve talep olunarak daima kullanılan kanuni bir yol olduğundan adliye nazaretlerinin teşkilâtında ayrıca af işleri ile uğraşan bürolar vardır.[1]

Bizde hususî af, teşkilâtı esasiye kanununun 26 ve 42 nci maddelerine göre Meclis veya Reisicumhur tarafından tatbik olunur. Af teklifini mebuslar, hükûmet ve salâhiyettar makamca tecviz edildiği takdirde, mahkûm tarafından yapılır. Bunun için evvelâ teklif mahallî müddeiumumilikçe tetkik ettirilir ve icap eden vesaik tanzim olunur.[2] Bilâhare evrak ceza işleri umum müdürlüğüne gelir. Bu müdürlüğün mütalâanamesi ile birlikte Adliye Vekâleti vasıtasile taleb İcra Vekilleri Hey'etine ve Büyük Millet Meclisine sevkolunur. Reisicumhur affedecekse icra vekilleri heyeti kararının Reisicumhur tarafından tasdikile hususi af tekemmül eder. Meclis tarafından yapılacaksa evrak, meclis reisliğinden adliye encümenine verilir, encümen de tetkik ederek bir mazbata ile işi heyeti umumiye sevkeder. Muvafık görülürse şekli bakımdan kanun veya karar[3] ile hususî af yapılır.

Bizde hususi af en ziyade malûliyet sebebile tatbik olunuyor.[4]

§ 11–HUSUSÎ AF REDDEDİLEBİLİNİR Mİ?–Memleketimizin kabul ettiği af sistemine göre hususî af, kararname veya kanunla bahşedildiğinden bu suali iki bakımdan tetkik edeceğiz ve ikisine de cevabımız menfi olacaktır. Çünkü:

1 — Hususi af, eğer kanunla yapılmışsa münakaşa etmeksizin red cevabı vereceğiz. Zira bu halde affın reddi, kanununun tatbikine muhalif bir hareket olur.

2 — Hususi af, bir kararname ile bahşedilmiş ise bu da reddedilemez. Çünkü hususi af içtimai menfaat ve adalet saiki ile ısdar olunduğundan âmme intizamını alâkadar eder ve mürurzaman gibi ht'idir, reddedilemez. Her memlekette bu telâkki kabul edimiştir.[5] Fkat bunun da istisnası vardır. Filkakika Norveçde mahkûm, Kra-

[1] Ceza bakımından avrupa adliyesine ait notlar: B. Arıkan. Ankara 1941. s: 9, 63, 72, 118, 145, 170.

[2] Malûliyet sebebile af yapılacaksa rapor adlî tıp işleri meclisince tasdik edilir.

[3] Büyük Miliet Meclisi, bilhassa adlî hataların tashihi zımnında yaptığı husuî afları heyeti umumiye kararları ile yapıyor. Misal olarak: 274,275, 276,277 ve 278 sayılı kararlar (Düstur c: 8 s: 3, 25,26, 27)

[4] Şimdiye kadar bizde malî ve cezaî 94 af kanunu çıkmıştır. Kanunlarımız: E. kemal Ergin İstanbul 1942 cilt 1 s: II

[5] R. Garraud: Traité du Droit Pénal Français. C: 2 s: 643 çe bakınz.

lın affını kabul etmek de veya mahkûm olduğu cezaya tâbi olmakta muhtardır.[1]

§ 12--HUSUSİ AFFIN NEVİLERİ—İkinci bölümde umumiyetle hususi affı ve neticelerini tetkik ettik. Bu paragrafda hususi affın taksimi ile nevilerini de tetkik ederek bu bölüme son vereceğiz. Ceza hukuku eserlerinde bizatihi hususi af umumiyetle ikiye taksim ediliyor:

1 — Ferdî hususi aflar «*grâces individuelles*» bir tek şahıs hakkında bahşedilir, ve cezayı tahvil, tahfif veya kaldırır.

2 — Müşterek hususi af «*grâces collectives*» lar da aynı neticeyi husule getirmekle beraber bu afdan bir çok şahıslar istifade ederler. Umumiyetle milli bayramlarda cezaevi müdür ve meclislerinden iyi not alanlar devlet reisi tarafından affolunur. Bu cins hususî affın vasfı muayyen zamanlarda ve idari makamlar tarafından yapılmasıdır.[2]

Tatbikatta hususi affın başlıca üç nev'i tefrik ediliyor:

1 — Şarta bağlı hususi af «*grâces conditionnelles*» lar muayyen bir müddet içirisinde ikinci bir suçun işlenmemesi şartı ile cezanın affolunmasıdır. Yani mahkûmun hususi aftan tamamen istifadesi bazı şartlara talik edilmiştir.

2 — Şahsileştirilmiş umumî aflar «*grâces amnistiantes* veya *amnistielles*» hususi af ile umumî af arasında bir lûtuf tedbiridir. Bu af, muayyen cins suçu işlemişlerin, şahsı nazarı itibara alınarak yapılır. Meclis muayyen suçlar için af ilân eder fakat bu aftan istifade edenlerin tâyinini icrai kuvvete bırakır. Bu müessese umumî af hakkında yapılan tenkitleri de önler. Zira bu suretle umumî aftan, şahsen ıslah olmamış ve tehlikeli olan suçluların istifade etmesi imkân kalmaz.

3 — İtalyan ceza hukukunda «*indulto* : *pardon général*» denile ve ceza kanunu şerhinde[3] fiili af diye tercüme edilen bir cins daha vardır. [4]

Gayri şahsi hususi af[5] «*indulto*» istifade eden şahıs tefrik edmeksizin yapılan ve yalnız cezaya tesir eden aftır. Yani tatbiki bal-

[1] 17 Mayıs 1814 tarihli Norveç Esas Teşkilât kanununun 29 teşrinisani 92 tarihli kanunu ile muaddel 20 inci maddesine bakınız.

[2] R. Garraud: Précis de droit criminel. s: 504 de bakınız.

[3] Ceza kanunu şerhi: Majno, C: I S: 470 — 471.

[4] Yeni ceza kanun lâyihasının 153 ncü maddesinde: "indulto.„ gayri şahsı-susi af, diye tercüme edildiği halde aynı mefhum 67 inci maddede gayri şah af denmiş. Kanunun ahengi bakımından iki ıstılâhın birleştirilmesi temenni olunur.

[5] Lâyihadaki ıstılahı tercih ediyoruz.

mından umumî affa, tesir ve neticesi bakımından hususi affa benziyen bir müessesedir. Yukarıda izah ettiğimiz şahsileştirilmiş umumî affa benzemekle beraber tesir itibariyie onun madunudur.

Ceza hukukunda affa benziyen iki müessese daha vardır

1 — Bunlardan birincisi adlî af "*pardon judiciaire*„ dir. Bu müessese son zamanlarda tedvin edilen ceza kanunlarında yer almıştır. [1] Bu tedbir ilk defa yoldan sapan 18 yaşını doldurmamış çocuklara mahkûm damgası vurulmamak için yapılır. [2] Takibat mahkemeye intikal etmeden evvel sorgu hâkimi tarafından, tetkikten sonra salâhiyettar hâkim tarafından yapılır. Bir defa yapılır. [3]

2 — Hususi affa yaklaşan diğer iki nevi tedbir de: idarenin uzlaşma hakkı "*droit de transiger*„ ve mağdurun affı "*pardon la victim*„ dir. Uzlaşma hakkı, vergilerde, gümrüklerde olduğu gibi, mahdud idari makamlara terkedilmiştir. Diğeri de hakaret ve zinada takibatın durdurulması için kullanılan aftır "*droit de pardon*". [4]

(Mabadı var.)

---

[1] Fransız ceza kanunu projesinin 58 inci maddesine ve 1930 tarihli İtalyan ceza kanununun 169 uncu maddesine bakınız.

[2] Code Penal du Royaume D. İtalie: Pierre de Gasabianca S: 115 şe bakınız

[3] İkinci defa yapılmaması için fişi adli sicile geçer.

[4] Çours de Droit Criminel Français; Roux. S; 513 ce. Ve arazi vergisi kanunu madde: 5,6 ve kazanç vergisi kanunu madde. 95 bakınız.

No : 60

Ceza Hukukunda Kıyas (L'analogie) yahut

Adsız Suç (Le délit innomé) [1]

Yazan :
İsmail Hakkı Balamir
Polis Enstitüsü Ceza
Hukuku öğretmeni

Kanunun 132 ve 133 üncü maddeleri suçlunun karekterini, psikolojik hallerini tâyinde hâkimi salâhiyettar kılmakta; 570, 571 ve 572 inci maddeleri de hâkime oldukça şümullü salâhiyetler tanımaktadır.

Bir kimsenin ailesine karşı olan vazifelerini ihlâli suçundan bahseden son üç madde şu hükümleri koyuyor:

Madde : 570 — (Her kim kanuni ikametgâhını terk etmek veya her hangi şekilde aile ahlâk ve nizamına aykırı bir hattı hareket takip eylemek suretile velâyet hakkının, babalık veya zevciyet sıfatının neticesi olan, muavenet mecburiyetinden kaçınırsa bir seneye kadar hapis . . . . .)

Madde : 571 — (Terbiye, talim, takayyüt, nezaret ve muhafaza veya bir meslek ve sanaatın icrası zımnında kendisine tevdi edilen bir kimse hakkında terbiye ve inzibat vazifesini suiistimal eden kimse.)

Madde : 572 — (Her kim yukarıki maddeler haricinde, ailesinden bir şahsa veya 14 yaşından küçük her hangi bir kimseye veya terbiye talim. . . . . Fena muamele ederse bir seneden beş seneye kadar hapis . . . . .)

«Mecbur olduğu muavenetten kaçınma «nın» talim ve terbiye vazifesini suiistimal etme «nin ve hele» fena muamele yapma «nın hudutlarını net olarak tâyin kabilmidir? tecviz edilebilecek şiddette bir muamele nerde biter, kanunun men ettiği fena muamele nerde başlar? keyfiyeti yekdiğerinden farklı talâkkilere yol açacak derecede müphembir.

[1] Baştarafı 1943 yılı-sd. C. 7—571 inci sahifesindedir.

Görülüyor ki kanun suçun unsurlarını kâfi bir vuzuhla tesbit etmeksizin bunu hâkime bırakıyor. Suç vak'aya değil; hâkimin takdirine taallûk eden bir nosyona istinat etmektedir. Salâhiyeti mutlak olduğu için bu hükümlere her hâkim tarafından başka türlü mâna verilecek her hâkimin kararında bir birine benzemiyen tatbik sahaları bulacaktır. Bu noktalarda kendini kanunla mukayyet görmeyen hâkimin vazifesi tefsirci olmaktan daha ileri gider. O, adeta kanun vazıı imiş gibi kendi sübjekiif talâkkisine göre vazife görecek kendi nasafet hakkaniyet ölçüsü ile adalet icra edecektir.

Polonya ceza kanununun 215 inci maddesinin de buna benzer bir hüküm ihtiva ettiği ve fiilin suç addedilmesi lâzımgelen vasıf ve unsurları sarahatle göstermeksizin «umnmî tehlike tevlit eden fiiller» den bahsettiği anlaşılmaktadır. [1]

Bu hükme nazaranda hâkim kendi akidesine uymıyan fiili mumî tehlike tevlit eder mahiyette görebilecek demektir.

Kanun bükümlerini Fransız mahkemeleri de ötedenberi çok serbest bir şekilde tefsire tâbi tutarlar.

Temyiz mahkemesi âzasından Ferit Yasa Türk ceza kanununun memurun vazifesini suiistimalden bahseden 240 ıncı maddesini kanunun birinci maddesindeki prensiple zıt görüyor. [2]

Hakikaten bu maddedeki (her ne suretle olursa olsun vazifesin suiistimal eden) tâbiri haylı mübhem ve muhtelif içtihatlara tefsirlere meydan verebilecek mahiyettedir. Bir memurun diğer maddelerde kendine yer bulamıyan her türlü uygunsuz hareketi bu kırk ambar maddenin hudutları belirsiz. Hükümleri içine ithal edilebilmektedir.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz. Kaidesini ihlâl eden bu gibi mevzuatın o ana prensiple telifi biraz güçtür.

Mamafih klasik mektebin müfrit prensiplerinden biraz olsun ayrılmıyan ve hâkimlere az çok bir takdir hakkı tanımıyan ceza kanunu bu gün artık yok gibidir. Failin suç işlediği zamandaki aklî haleti haksız tahrik ve saire gibi cezayı azaltan kanun sebeplerden başka takdiri esbabı muhaffife, suçun ve cezanın bir dereceye kadar şahsileştirilmesi ve cezaların tecili hakkındaki hükümler ne-

[1] Revue inter. de Broit penal 1936
[2] Adliye ceridesi sayı 1936 sahife 22

tice itibarile hep hâkimin talâkki tarzına terkedilmiş salâhiyetlerdir. Fakat ne de olsa bunlar Nullum Grimen prensipinin inkârını ve suç da ve cazada kıyasın mevcudiyetini tazammun etmezler.

— İngilterede —

Bu münasebetle İngiltere ceza sistemine kısaca temas etmek ve daha ziyade kıyasın leh ve aleykindekilerin kendi iddialarına delil gibi gösterdikleri bir hâdiseyi burada hatırlamak faydalı olur. İngilterede ta 1215 senesinde La Grande Charte'in 39. uncu maddesile kimsenin cezalandırılamıyacağı esasının Kral Jean tarafından kabul edilmiş olduğu ve hattâ daha sonra bu kaidenin İngiliz göçmenleri tarafından Şimali Amerikaya götürülerek 1774 de Filâdelfia beşer hukuku beyannamesinde bu suretle yer aldığı söylenmektedir. [1] Buna nazaran prensipin İngiltere de çok daha eskiden tanınmış olması lâzımdır. Mamafi bu gün İngilterede kanunun sarahaten suç addetmediği bir fiile ceza verilemiyeceği prensibi sarih olarak kabul edilmiş değildir. Çünkü zaten orada bizim bildiğimiz mânada müdeven ceza kanunu yoktur. Filhakika kanunun sarih hükümlerinin şumulü dahiline girmiyen bir fiili hâkimin cezalandırmasını men edecek bir hükme tesadüf edilmez. Bunu için de kaide İngiliz hukukunca mechul gibidir. Esasen suçu tarif etmek, suç addedilen fiillerin şumulü dairesini tâyin eylemek mahkemelere ait bir iştir. Bütün suçları hudutlarile birlikte hâkim tesbit ve taknin eyler. O, tam bir kanun vazıı gibidir. Bu bakımdan kıyas hem de en geniş ölçüde ve hiç engel tanımıyan bir mutlakiyet içinde cari gibi görünür. Fakat zahirî ve lafzî hayatiyeti olmıyan bu prensipin fiili mevcudiyeti inkâr olunamaz. Çünkü tatbikatta bunun ihlâl edildiği hemen de vâkı değil gibidir.

Asırlardan berli mahkeme kararlarile teessüs eden ve artık istikrarını bulmuş olan hukukî anane tatbikatta mutağ bir kanun mahiyetini almıştır. Hâkim sırf kazaî yollarla teessüs eden bu hukuki prensiplerin dışına çıkmamaktadır. İşte İngilterede diğer hukuki hükümler, kaideler gibi adeta Nullum crimen prensibini de teamülü hukuk tâyin etmiş bulunuyor.

Yalnız 933 senesinde bir hâdise münasebetile bu kaideye aykırı görülen bir mahkeme kararı İngilterede dedi koduyu ve beynelmilel sahada münakaşayı mucip olmuştur:

İngilterede bir kadın kaçırıldığı veya kaçırılmak tehlikesine maruz kaldığı iddiasile polise müracaat eder. Ve suçlunun nasıl bir a-

[1] Madrit Üniveristesinde ceza hukuku profesör Luiz Yimenez Asua. Revue de droit pénal et de criminologie. 1936. No. 3

dam olduğunu bütün eşkâlile haber verir kadının bu şikâyetini ciddiye almamak için hiç bir sebep bulunmadığından polis makanızması harekete geçer fakat şiddetli araştırılmalara rağmen suçluyu bulmak mümkün olmaz. Sonra suçlunun muhayyel ve ihbarın tamamile uydurma olduğu meydana çıkınca kadın mahkemeye sevkedilir. İngiliz hâkimi Common law dan emsal aramak ve eski bir takım hükümlerden istiane etmek suretile bu kadını mahkûm etmiştir. R. V. Menley kararı diye alınan bu hüküm İngilterede hücuma maruz kaldığı gibi beynelmilel cezacılar arasında da mes'ele olmuştur.

Mahkemenin memnu bir fiil icad etmiş olduğu böyle bir karar üzerine İngilterede kıyas yolile suçun filen mevcudiyeti iddia edilmiştir. Hakikatte bu kararın doğurduğu aksülameller, orada ana prensibin ötedenberli filen mevcut olduğuna ve her hangi bir fiile kıkas yolile ceza verilemiyeceğine bir delil olmak lâzımdır.

Bundan başka 937 La Haye beynelmilel mukayeseli ceza hukuku kongresinde bu mevzuu etrafında konuşulurken İngiliz ve Amerikan hukukcularının hemen ve bilâ tereddüt kıyas aleyhindeki kahir ekseriyete iltihak etmeleri de şayanı dikkattir. [1]

Şu vaziyet dahi Nullum crimen prensibinin anglo—sakson hukukunca mechul bulunduğu hakkındaki iddialara bir cevab ve İngilterede ceza sahasında kıyas sistemine sempati gösterilmediğine bir delil teşkil edecek mahiyettedir.

Roma Ve İslâm Hukuklarında Kıyas

Mevzuumuzun esasına, yani kıyas hakkında umumiyet itibarile yapılan münakaşalara geçmeden önce hatıra gelebilecek bir noktadan daha, kısaca bahsedelim :

Suçun ve cezanın kanuniliği prensibine hücum edenler arasında; 18 inci asra gelinceye kadar, tarihin her devrinde ve her Millette hâkimlere kıyas hakkının tanındığını ve binaenaleyh tatbikini istedikleri bu yeni sistemin nihayetünnihaye eski sistemden ibaret olduğunu iddia edenler vardır [2].

[1] A propos de queleues discussions recentes sur la regle Nulla poena sine lege. M. ancel. Fransa temyiz mahkemei birinci riyaset umumî kâtibi.

Revue de science criminelle et de droit pnal comparé. Sahife 670

[2] Bu iddia şekli kıyas tarafdarlarının dermeyan eyledikleri iddialardan nihayet birini teşkil etmesine rağmen, hâdise Hukuk tarihine taalluk ettiği için, bunu ileride yazacağımız (adsız suç ve kanunsuz ceza hakkında umumî fikir ve münakaşalar) bahsinden ayırmayı münasip gördük.

Bu, hakikaten böylemidir?

Bütün orta çağ Avrupasında bunu aramanın faydasızlığını, çünkü o devirde bu günkü manada inkişaf etmiş bir hukukun ve bilhassa ceza hukukunun mevcudiyeti mevzubahis olmadığını ve o zamandaki suç ve cezaların nasıl keyfi olduğunu yukarda anlatmıştık.

Meseleyi bu devrin veya bu kıt'anın haricinde mütalâa etmek istersek hatıra en önce „Roma Hukuku " gelir.

Romalılarda ceza hukukunda kıyasın mevcudiyeti iddia olunamaz. Gerçi Roma hukukunda hâkim, kanunu manalandırır. Hükümlerinde serbesttir. Kanun asıl müsbet ifadesini onun hükümlerinde bulur. Kanunun tâyin eylediği hâdiseye her hangi başka bir hâdiseyi benzeterek (Ad eXemplum legis) hüküm vermek salâhiyetini haizdir. Fakat bütün bunlar ve hâkimin istediği gibi hüküm verebilmekdeki serbestisini ifade eden buna benzer bütün iddialar ancak hususi hukuk sahası, yani medeni hukuk için doğrudur.

Roma ceza hukukunda bir filin hâkim tarafından kıyas tarikile suç sayılabildiğine delâlet edecek bir hüküm veya teamülün bulunduğunu zan etmiyoruz.

Yedinci asırda Çin ceza hukukunda kıyasın mevcudiyetini iddia ise, prensibin kabulü veya reddi bakımından mühim birşey ifade etmez.

İslâm hukukuna gelince: Mâlum oldugu üzere İslâm hukukunun, fakihlerce „edillei şer'iye" adı verilen, dört menbaı vardır: kuran, sünnet, İcmaı Ümmet, kıyası fukaha. ve hukuki münasebetlerde bu dört menba sırasile kıymeti hâizdir.

Hukuki bir mes'ele karşısında en evvelâ kurana müracaat edilir. Orada kâfi sarahat mevcutsa diğer „edille" ancak kuranın hükmünü teyid edecek mahiyette bir kıymet ifade eder.

Kuranda meselenin hâlli için kâfi bir hüküm yoksa «Sünnet» den yani Peygamberin hâreket veya sözlerinden hüküm istinbat edilir. Eğer Sünnet de kâfi bir vuzuhla tatmin edemiyorsa fukuhâ yani hukukçular arasında takarrür etmiş içtihatlar veya salâhiyet sahibi kimselerin âlimlerin bir mesele hakkındaki ittifakları hukuka menba teşkil ederler.

İslâm hukukunun son iki menbaı evvelkiler derecesinde kuvvetli olmadığı için tatbik sahasının daha ziyade hukuki muamelâtta bulmuştur. Hem zaten bunlar tatbikatta kıyasçıların ileri sürdükleri sistemden farklı bir şekilde ceryan eder.

«Kıyası fukâhâ" bir hâdise karşısında hüküm vermek zaruretinde bulunan hâkimin o mesele hakkındaki içtihadı değil, mezhep sahibi İmamların içtihadlarile ve İlmî bir şekilde önceden tessüs etmiş kaidelerdir.[1]

Bu itibarla suçun kanuniliği prensibini tenkit edenlerin ceza hukuku tarihinde «kıyas» aramaları ve bazı eski hukukta bu sistemin mevcut olduğunu isbata teşbbüs etmeleri pek esaslı olmasa gerektir.

Adsız suç ve kanunsuz ceza hakkında umumî fikir ve münakşalar

Şimdi kıyas hakkında müsbet mevzuat haricinde yapılan nazarî münakaşalardan ve kıyas taraftarlarının umumiyet itibarile serdettikleri afakî fikir ve mütalâalardan bahsedelim:

Bunlar için «Nullum Cirmen ve Nulla poena sine lege» prensibi bu gün artık maksadı teminden uzaktır. Çünkü ceza bir âdet veya cemiyetin bir kaprisi değildir. O, bir zaruretle bir maksatla mevzudur. Ceza, suçlularla mücadele; cemiyetteki namusluları korumak, uygunsuzların şerrinden cemiyeti uzak tutmak ve suç işlenmesini azaltmak gayesine matufdur. Demekki ceza suç ile sıkı sıkıya alâkadardır.

Suçun tekâmül ve tahavvülüne göre cezaların da değişmesi lâzımdır. Halbuise bu günkü içtimaî nizamın neticesi olarak suçlar nevi ve miktarı ve işlenme şekilleri bakımından çabuk bir tahavvül ve — tâbiri caizse — bir terakki arzettikleri halde bunları karşılamak hususunda cezalar geri kalıyorlar. Ve bunun böyle olması biraz da tâbiidir. Çünkü kanun vazıının bütün suçları önceden görüp tam bir isabetle kanuna derç etmesi mümkün olamaz. kanun ne kadar dikkatle hazırlanırsa hazırlansın ve ne kadar mükemmel olursa olsun yine bir çok boşluklar bırakır.

Bunun neticesi kanun tarafından men edilmiyen fakat haddi zatinde menfur olan fiiller, yani içtimaî suçlar — sırf kanun onları suç olarak görmediği için — cazasız kalırlar.

O filin işlenmesinde bir cemiyet düşmanlığının mevcudiyeti inkâr olunamaz. Tesiri bakımından mubah ve zararsız adeedilmesine im-

[1] Gerçi İslâm hukukunun kabul ettiği cezalar arasında kısasıvâhidden başka bir tazir cezası vardır. ve şariğ tarafından cezası tâyin edilmemiş olan suçlar için tazirin tatbiki salâhiyeti hâkime bırakılmıştır. Fakat bu cezanın tâyininde de hâkim yukarıda söylenen hukuk menbalarından istifade eder. Ve herhangi bir fiili istediği gibi suç sayması ise hiç mümkün değildi.

kân olmıyan o fiilin cezasız kalması ceza kanunnun asıl maksadını hiçe indirir ve bundan bütün bir cemiyet müessir olur.

Binaenaleyh böyle bir fiili cezalandırabilmek için hâkime salâhiyet verilmelidir.«Bundan, kanunsuz suç ve ceza olmaz» Prensibi belki mütessir olur amma cemiyet faydalanır. Ve ceza hukukunun prensipleri nihayet cemiyetin faydası ve bütün vatandaşların huzur ve emniyeti namına konmuştur.

Kaidenin müdafaası mevzu bahsolunca en kuvvetli delil olarak hemen vatandaşın hak ve hürriyeti ileri sürülüyor. Bu, mânasız bir müdefaa şeklidir. Cemiyetin yani bütün vatandaşların menfaatı mevzubahis olduğu zaman ferdî endişeler susmaga mahkûmdur. Hem masum ve şayanı himaye bir kütlenin zararına olark bir tek suçlunun hürriyet veya emniyetini himaye gayreti niçin?... Ferdin Hürriyeti namı altında sadece o içtimaî suçu işleyen kimsenin hukukunu siyanet düşünülüyorda bu fiilden zarar gören ferdin hakkı nazara alınmıyor. Bu, oldukça abestir.

(Nullum Crimen sine lege; Nulla Poena sine lege)

Şu iki düsturda sanki kökünü çok eski devirlerden alıyormuş gibi bir asillik davası ve sanki ilişilemez bir kudsilik havası var. Halbuki harici görünüşüne rağmen aslının Romalı olmasile övünemez.

Bu lâtince düstur kanunlardaki mevkiini almağa 18 inci asrın sonradan individüalistleşen in kılabile başlar. Uzun asırların keyfi ceza verme sisteminin önüne geçmek üzere konmuş fakat bilâhara adeta putlaştırılarak kanunlardaki yeri kıskanç bir taassupla muhafaza edilmiştir.

Hakikatta ise Pozitivizm zaten onun ehemmiyetin sarsmıştır. Asgari ve azami hadler arasında hâkimi serbest bırakmak bazı yenilikler kabulü suretile—Evvelce de muhtelif vesilelerle tekrar ettiğimiz gibi — suçları ve cezaları şahsileştirmek hakikatte kıyasdan başka bir şeymidir?

Bizim yapmak istediğimiz de bugünün ihtiyaçları karşısında bunu biraz daha ileri götürmekten ve artık ehemmiyetini kaybetmiş olan bu kaideyi tamamen ber taraf etmekten ibarettir.

Kıyas yolile bir fiili suç saymak bu günün cemiyetleri için bir ihtiyaçtır. İhmali kabil olmıyan bir zarurettir.

Kanunun ceza tâyin ettiği bir fiili işlememiş olmakla beraber anormal ve cemiyet için tehlikeli kimseler vardır. Yüksek sınıfa mensubiyet, servet ve saire gibi içinde bulundukları bazı arizî vaziyetler onların suç işlemesine bir zaman için mâni olabilir.

Daha doğrusu mes'eleyi şöyle mütalâa etmek lâzımdır: Cemiyette öyle suçlular bulunur ki bunlar aslında hiç olmazsa hilekâr,merhametsiz, ve namussuz kimselerdir. Suçu kanunî takibata maruz kalmıyacak şekilde yani kanunun tarif ettiği hudutlar haricinde ustalıkla işlerler, Ne bileyim, suçlu birini öldüreceği yerde meselâ onu tehlikeli teşebbüslere ikna eder. Açıktan açığa birinin malını çalacağına, karışık şüpheli ve gayri meşru borsa oyunları yapar. Cebren bir kadının ırzına geçmez de sonradan yüz üstü terketmeyi düşünerek bir kızı veya bir kadını türlü madrabazlıklarla kandırır.

Velhasıl kanunun derpiş ettiği suçların dışında buna benzer içtimaî suçlar ve suçlular vardır ki daha sinsi ve cemiyet için daha tehlikelidirler. Ve Ferri nin dediği gibi bu iki tip suçludan hangisinin daha çok olduğunu ve karekterleri bakımından hangisinin daha ziyade tehlike arzettiğini söylemek güçtür

İmdi cemiyet için az tehlikeli olmadıkları aşikâr olan ve adeta zabıtaya memleket adliyesine meydan okuyarak gezen bu nevi suçluların mahza kitapta yeri yok diye cezasız bırakılmalarının adalete, ceza hukukunun ruhuna muvafık olacağı iddia edilebilirmi?

Binaenaleyh bu gibi hallerde bu nevi içtimaî ve ahlakî suçlara, kıyas yolile ceza tatbik edilebilmesine imkân bırakılmalıdır.

Bu hususta düşündüklerimizi söylemeden ve bu iddialara karşı yapılabilecek mukabil iddia ve müdafaaları dermeyan etmeden önce bir noktayı aydınlatmak muvafık olur:

Bahsimize mevzu yaptığımız meselenin bir hususiyeti de onun siyasî bir hadise gibi telakki edilmesindedir. Ceza hukukunun belki diğerlerinden ziyade bu bahsı konuşulurken işin ilmî mahiyetine siyasî görüş tarzı da karışmış ve adeta bir rejim meselesi yapılmıştır. Hakikaten bilhassa 1937 Temmuzunda Pariste ve aynı senenin Ağustosunda La Hayede toplanan beynelmilel kongrelerdeki müna kaşalar neticeleri itibarile alelumum totaliter ve inkilapçı Devletlerin kıyasa, demokrat ve liberal memleketlerin de ana prensibin muhafazasına taraftar olukları gibi bir netice çıkarmağa müsait bir şekilde cereyan etmiştir.

Hiç şüphesiz bu bahiste siyasî bakımdan ceza hukukunun telâkkisi, aile ve saire gibi içtimai teşekkülleri veya ahlâk mefhumunun anlayış tarzı kıyasın kabul veya reddinde müessirdir. Ancak bu hususta mübalağa ederek devletin siyasî bünyesindeki ana hatlarının ferdiyetçi veya devletçi olup olmadığına göre onu iki taraftan birine

mal etmek hatalı olur. Meselâ Totalitaire ve inkilapçı bir devlet olmaktan uzak bulunan Danımarka — Yukarda da bilmünasebe söylediğimiz gibi — kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini sarahaten inkâr ettiği halde, Faşist İtalya ceza kanunu ilk maddesile bu kaideyi tesbit ve muhafaza eylemiştir.

Netekim cezacıların da kıyası red veya kabul hakkındaki düşünceleri siyasî şahsi akidelerinin zaruri bir neticesi olması, yani liberalist iseler kaideye değilseler ona aleyhtar olmaları icabetmez.

Gerçi kıyas sistemini ceza kanunlarile ihdas eden Sovyet Rusya ve Alman cezacıları arasında bu sistemi tenkit eden, daha doğrusu suçun kanuni olması lâzımgeldiğini müdafaa eyliyen alimler varmı? bilmiyorum. Fakat meselâ siyasî akidesi itibarile inkilâpçı olmadığı tahmin edilebilen Cenûbî Amerikalı bir ceza alimi (Montevideo Üniversitesi Fakültesi Profosörlerinden Cartos Salvagno Campos)« Nullum crimen, Nulla poena sine lege» kaidesinden hayli şikâyetçi görülmektedir. Hatta kıyas sistemi en kuvvetli müdafiini bu profösörün şahsında,en mutedil ve cazib izahını yine onun ifadelerinde bulmuştur. Diyebiliriz.

Canpos kıyas taraftarları için bir kazançtır. Noktai nazarı düşünüşümüze uygun olmasa da itiraf etmek lâzımdır ki taraftarı bulunduğu fikri kuvvetle müdafaa etmektedir.

Onun bu mevzu etrafında söylediklerini burada hulâsa etmemek mühim bir noksan teşkil edeceği için onları mümkün olduğu kadar vuzuhla anlatmağa çalışacağız.

Campos için «kanunsuz cürüm ve ceza olmaz» kaidesi bu gün artık lüzumlu ve faydalı değildir. Lüzumlu değildir çünkü o eski devirlerdeki hudutsuz bir şekilde hâkim olan keyfi cezaların önüne geçmek adlî istibda da karşı vatandaşın hukukunu korumuş olmak için o zamanlarda mevcudiyeti zaruri görülen bir kaide idi. O devirler insana hiç bir hak ve hürriyet tanımayan zamanlardı. O zamanın medeni seviyesi sosyal ve ekonomik şartları ve alelumum cemiyet telâkkisi bu günkülerine benzemekten çok uzaktır. Bu gün «Nullum crimen» kaidesinin tâdil veya lağvı üzerine eski keyfi cezalar sisteminin avdet edeceğini düşünmek hatalı olur. Bu gün Milletlerin bizzat kendi kontrölleri altında bulunan kazaî ve icraî mekanizma öyle keyfi bir surette ve haksızlıklara meydan verecek şekilde işleyemez. İşte bunun için bu prensip artık lüzumlu değildir.

Lüzumlu olmadığı gibi faydasız ve noksandır da ....

Bu günkü ihtiyiçlar ve hayat şartlarının seriğ tebeddülü karşısında kanun vazıının bütün cürümleri önceden görüp tesbit etmesine imkân yoktur. Bir ceza kanunu ne kadar dikkatli mesai ile hazırlanırsa hazırlansın noksandır. Ve bunun içindir ki bir caza kanununun kabulünden sonra çok zaman geçmeden ekseriya kanunların ya yeniden tanzimi veya bir çok esaslı hükümlerinin tâdili suretile yeni ve daha mükemmel vasıflarla memnu fiiller vücuda getirilmekte veya mevcut suçların hududu genişletilmektedir.

Buna rağmen yeni kanun hükümlerinin de yine noksan ve gayri kâfi oldukları az zaman sonra görülüyor.

Ayrı ayrı her hukuki hâdisenin—zahiren ne kadar benzerlik arzetse de—bir başka hâdiseden farklı hususiyetleri vardır. Bu fiillerin gösterdikleri hususiyetleri nazarı dikkate alarak onun ceza tehdidi altında bulunan başka bir fiile benzetilmesi mümkün olup olmadığı hakkında hâkime salâhiyet vermek suretile kanunların boşluğunu doldurmak lâzımdır. Kanun maddesinin sertliği ancak hâkime verilecek böyle salâhiyetle tâdil edilebilir.

Gerçi bu gün medeni hukuk sahasında kıyas mümkün hatta kanunen lâzımdır. Medeni hukuk sahasında kanunların sakit veya gayri vazıh olmaları sebebile hâkimlerin hüküm varmekten çekinemiyecekleri bir çok milletlerin mevzuatında yer almış bir hükümdür.

Fakat bu hükmün medeni kanunlarda yer alması kâfi değildir. Müeyyide cezaî mahiyeti hâiz olmadıkça tesirsizdir. Gayri meşru bir fiilden dolayı bilâsebep zarar gördüğüm zaman eğer mâruz kaldığım haksız fiil ceza kanunile derpiş edilmemişse bizatihi kötü olan o fiil ceza kanunu bakımından meşru ve mubah addediliyor demektir.

Gerçi uğradığım zararın tazmini için hukuk mahkemesine müracaat edebilirim. Fakat hukuki müeyyideler ekseriya pek zavallı ve acizdir. Haksız fiiller için bir zecir ifade etmez. Bilhassa aciz halinde bulunan bir adam aleyhinde ki tazminat mahkûmiyetinin hiç müsbet ve pratik bir tesiri yoktur. İşlenen fenalığın neticesi cezasız ve hükümsüz kalır.

Bunlar hep «kanunsuz cürüm ve ceza olmaz» kaidesinin neticesidir.

Bu prensip etrafında o kadar çok laf edilmiş ve kaide öyle şiddetle müdafaa edilmiştir ki cürüm asıl özünün, hakiki hüviyetini kaybetmiş; haddi zatında fena bir fiil olmaktan çıkarak yalnız kanun tarafından men edildiği için fena görülmeğe başlamıştır. Bu şekilde adeta suç haksız bir fiil olduğu için cezaya lâyık görülmüyor da cezalandırıldığı için haksız fiil addedilmiş oluyor.

Cürüm nedir ?

Bir çok hukukçular hemen malûm cevabı verirler: «kanunun ceza tehdidi altında men ettiği fiildir.» Halbuki değildir. Bu tarif suçun hakiki bünyesine uygun düşmez. Meselâ henüz bugün ceza tehdidi altına giren bir fiile dün suç değildi demek ciddi bir düşüncenin mahsulü olamaz. Çünkü fiilin ceza kanununda derpiş edilmeden önceki mahiyeti ne ise ceza tehdidi altına alındıktan sonraki mahiyeti de odur.

Mahiyetleri itibarile bir tebeddül mevzubahis olamıyacağı gibi o fiilin cemiyet aleyhindeki fena tesirlerinde de bir değişiklik iddia olunamaz. O, bugün hakikaten zararlı bir fiil ise dün de öyle idi. Suç; vasfını kanundan değil bir takım içtimai zaruretlerden olur.

Binaenaleyh suçun ilmî ve hakiki tarifi bu zaruretler nazarı dikkate alınmak suretile yapılmalı ve kanunda yazılı olmasa dahi muzır olan fiile ceza verilebilmelidir.

Cürmün mevcudiyeti kanuna tekaddüm eder. Kanunlar olmadan önce suç vardı. O, Cemiyetle, kimbilir belki de ilk insanlar yaşıttır. Suç olmadan bir insan cemiyeti tasavvur olunamaz.

Cürüm de hastalıklar gibidir. Bir hastalığın ancak ilâcı bulunduğu andan itibaren mevcut olmağa başladığı, tedavî şekli keşf olunmadan önce mevcut olmadığı iddia edilebilir mi ?

Suç da böyledir. Eskiden beri mevcut olan zararlı bir fiilin kanun tarafından ona ceza tâyin edilmeden önceki mevcudiyeti inkâr edilip, o, ancak ceza tehdidi altına girdiği andan itibaren mevcut olmağa başlamıştır denemez.

No: 61

Bibliyografya

Yazan: **K. F. A.**

I

RİFAT TAŞKIN — ***ASKERİ MUHAKEME USULÜ.*** İkinci bası. A. Kıral basım evi . ANKARA 1943. 403 SAH. ***ASKERİ CEZA KANUNU*** ŞERHİ 6. basım. HARB OKULU matbaası. 303 Sah. — ***ALMAN CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU ŞERHİ.*** Cezaevi matbaası. 1938. 831 SAH. 175 KURUŞ.

Adı askerlik adliyemize, askerlik hukukumuza derin bağlarla merbut bulunan askerî temyiz mahkemesi müddeiumumisi sayın Rifat Taşkın, kanunî yaş haddini doldurarak çok sevdiği vazifesinden ayrılmış bulunuyor.

Mektebi hukuk mezunu bulunan Rifat Taşkın, 4 ağustos 317 tarihinde memuriyete girmiş, bir müddet sonra harbiye nezareti hukuk müşavirliğine getirilmiş, daha sonra Diva—ı temyiz—i askerî müddeiumumiliğine tâyin edilmiş ve 13 temmuz 1943 tarihine kadar yirmi yıl bu vazifeyi büyük bir çalışma aşkı ve liyakatle başarmış, millî müdafaa hukukumuzla ilgili birçok kanunların hazırlanmasında hizmeti geçmiştir.

Resmî vazifesinin yanında ilmî çalışmalarını da ihmal etmeyen sayın hukukcumuz mütaaddit değerli eserleriyle hukuk kütüphanemizi de zenginleştirmiştir. Başlıca eserlerini hatırlatalım: HAVA HUKUKU (basan: Türk hava kurumu. 1934. 270 SAH.), MİLLÎ MÜDAFAA HUKUKU (Türk hukuk kurumu, 17s.), İNGİLİZ CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ (Adliye vekâleti, 218 S.), ALMAN CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ (Adliye Vekâleti 831 S. 175 KURUŞ), DENİZDE ZAPT VE MÜSADERE HUKUKU (Deniz matbaası S. 96), HAVA HUKUKU (Türk hukuk kurumu S. 21), Millî müdafaa hukuku (Türk hukuk kurumu).

I — ASKERİ MUHAKEME USULÜ: 14/6/930 tarihli askerî ceza muhakemeleri usulü kanunumuzun mehazı, 1898 tarihli alman c. m.

u. kanunudur. Bu kanunun ana vasfı, hukuk ile komuta icaplarını bir biri ile uzlaştırmak, umumî muhakeme usulünün esaslı prensipleri ile askerî esasları birleştirme ve nihaî hüküm verme salâhiyetini yüksek bir askerî mahkemeye vermesinde görülür. Müellif tetebbülerinin ve bilhassa uzun tecrübelerinin ışığı altında yeni kanunun hükümlerini açık bir şekilde anlatmış, icabında misallerle izah yolunu tutmuştur. Bunda başka eser, umumî ceza m. u. hükümleri ile her zaman mukayeselere yol açmak gibi bir hususiyeti de haizdir. Bu usul, ana esasları bilen okuyucunun işini kolaylaştırıyor, istisnaî hükümlerin mahiyetine daha iyi nüfuz imkânı veriyor.

Askerî C. U. K., 13 yıl içinde, eğer aldanmıyorsak, on tadile uğramıştır. Elimizdeki kitapta, bu tadillerden başka lâhika halinde, 3832, 3410, 4237, 4308 sayılı kanunlara yer verilmek suretile eserin değeri arttırılmıştır. Nihayet, kitabın amelî faydasını arttıran bir nokta da, muhtelif tahkikat evrakı ve karar örneğinin ek olarak sona eklenmiş bulunmasıdır.

II — ASKERÎ CEZA KANUNU ŞERHİ: Memleketimizde hukuk eserleri içinde 12 yılda altı defa basılmak mazhariyetine eren ilk kitap, aldanmayorsak, bu eserdir. Bu hâdise, eserin ihtiyaca ne kadar muvaffakiyetle cevap verdiğini gösteren kâfi bir delildir. Ceza hukuku, askerî ceza hukukunun mahiyet ve vazifesi, disiplin kabahatları ve tecavüzleri ile bizde askerî ceza hukukunun tarihçesine ait alâka verici bir girişten sonra 1930 tarihli askerî ceza kanununun şerhine geçilmiştir. Bu arada 1943 yılına kadar yapılan tadiller nazara alınmış, ayrıca 4277, 4276, 4237 sayılı kanunlara yer verilmek suretile eserin değeri arttırılmış bulunuyor.

III – ALMAN CEZA MUHAKEMELERİ KANUNU ŞERHİ — Bu kitap istisnasız bütün adliyecilerimizi ilgilendirecek bir eserdir. Çünkü bugün yürürlükte bulunan ceza muhakemeleri kanunumuz esas itibarile, alman C. M. U. K. dan iktibas edilmiştir. Uğradığı bir çok tadillere rağmen, kanunumuz mehazın esas ve hususiyetlerini taşımaktadır. Bir himmet eseri olarak dilimize çevrilen bu şerh aynı zamanda, Türk C. M. U. K. nun şerhi mahiyetini taşımaktadır. Esasen, Adliye Vekâleti tarafından bastırılmış bulunan bu eser alman temyiz mahkemesi âzasından *Otto Schwarz* ın eserinden çevrilmiştir. Otto SCHWRZ'ın bu eseri diğer şerhleri gibi açık, faydalı ve bilhassa alman temyiz mahkemesinin en yeni kararlarını ihtiva etmektedir.

Bu değerli eserleri bütün hukukçularımıza tavsiye ederiz.

No: 62

BİBLİYOGRAFYA

Yazan:
Dr. Nurullah KUNTER

Prof. Dr. iur. Ernst E. HIRSCH
Hukukî bakımdan FİKRÎ SAY

İkinci Cilt: Fikrî haklar (Telif hukuku)
İstanbul, 1943
274 + 64 sahife, 179 kuruş.

İstanbul Üniversitesi kara ve deniz ticareti hukuku ord. profesörü Dr. Hirsch' in Hukuk Fakültesi doktora ihtisas kurlarındaki takrirlerini ihtiva eden «Hukukî bakımdan fikrî sây» adlî kitabın ikinci cildi de İstanbul Üniversitesi yayınlarının 189. su olarak neşredilmiş bulunmaktadır. Mahdut bir zümreye hitap eden bu takrirlerin neşredilerek bütün memleket hukukçularının istifadesine arzedilmesine ne kadar sevinsek yeridir.

Fikrî çalışmalar durumunun hukuk kaidelerile emniyet altına alınması lüzumuna birinci ciltte işaret eden müellif ikinci cildin önsözünde eserin bir bütün olduğunu ve ancak teknik sebeplerle iki cilde bölünmüş olduğunu kaydetmektedir.

Telif ve ihtira beratı hukukunun içtimaî, iktisadî, tarihî ve nazarî esasları birinci ciltte anlatılmıştı. İkinci ciltte halen yürürlükte olan 8 mayıs 1326 tarihli hakkı telif kanunu ile Maarif Vekilliğinin emrile toplanan Üniversite komisyonunun sayın profesöre hazırlattığı (Fikrî eserler hakkında kanun) projesi hükümleri incelenmiştir.

Gerek yürürlükte olan kanunun tefsirinde ve gerek projenin hazırlanışında müellif muayyen bir ilmî görüşten hareket ettiği için, bu görüşün dayandığı ilmî esasları ikinci ciltte 285—295 numaralı bahislerde belirtmeği faydalı bulmuştur.

Birinci ciltte olduğu gibi, ikinci cilde de ilgili metinler eklenmiştir. Okuyucular Hakkı Telif Kanununu, Borçlar Kanununun neşir muka-

velesi hakkındaki 12. babını ve Müellifin hazırladığı yeni kanun projesini kitabın sonunda bulabileceklerdir.

Kitap bir başlangıçla beş bölümden ibarettir. Birinci bölüm öz fikrî eserlere tahsis edilmiştir. İkinci bölümün mevzuu eser sahibidir. Üçüncü bölüm fikrî haklara ayrılmıştır. Dördüncü bölüm muamele ve tasarruflardan bahsetmektedir. Beşinci ve sonuncu bölümde fikrî haklar münasebetile ceza ve hukuk muhakemeleri usulü kanunlarının hükümleri tatkik edilmekte ve bazı ıslahat teklifleri ileri sürülmektedir.

Bu mükemmel ve memleketimizde bu sahada ilk yazılmış eseri okuyucularımıza hararetle tavsiye ederiz.

Prof. Mustafa Reşit BELGESAY
Dâva teorisi

İstanbul, 1943
152 sahife, 80 kuruş

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Profesörlerinden Mustafa Reşit BELGESAY'ın doktora ihtisas kuruarındaki takrirleri de İstanbul Üniversitesi yayınlarının 208.si olarak «Dava teorisi» adile neşredilmiştir.

Müellif önsözde ne Türk kanunu Medenisinde ve ne de Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununda dâvaya dair umumî teori bulunmadığına işaret ederek bu noksanın yalnız bize münhasır olmadığını ve diğer memlektler mevzuatında da bir hakkı temin etmesi için devlet makamlarına yapılan müracaatın taraflar arasında husüle getirdiği münasebetlere tatbik edilecek kaidelerin bulunmadığını kaydetmektedir.

Hakların normal müeyyideleri devlet makamları tarafından zor kullanılarak temin edilmeleridir. Böyle bir müeyyideden mahrum olan hak ahlâkî bir alacaktan ibaret kalarak pratik kıymeti hâiz olmaz.

Bir hakkı devlet makamları vasıtası ile temin müeyyidesinden mahrum etmemek ne kadar zaruri ise bu vasıtaya müracaat salâhiyetinin sui istimal edilmemesi için tedbirler almak da o kadar lâzımdır.

Hakkı temin ve teyit için devlet makamlarına müracaat salâhiyetinin şartlarını ve neticelerini kanunlardaki kükümleri birleştirerek,

icabında kanun vazıı gibi düşünerek ve ilmin son tarakkilerini göz önünde tutarak tefsir yolu tanzim etmelidir.

Sayın Profesör 1941—1942 ders yılında doktora ihtisas kurlarında dâva hukukî münasebetine tatbiki lâzım gelen ana prensipleri araştırmış ve bu eser böylece meydana gelmiştir.

Bu degerli eser sekiz baptan mürekkeptir. Birinci bapta dâvanın mahiyeti ve teyit ettiği hak ile arasındaki münasebet, ikinci bapta mahkemeye müracaat salâhiyeti, üçüncü bapta dava hakkının şartları tetkik edilmiş, dördüncü bapta dâva hakkının mevzuu, beşinci bapta iddia ve müdafaa, altıncı bapta dâva ehliyeti, yedinci bapta usulî muameleler incelenmiştir. Sekizinci ve sonuncu bap da iddia ve müdafaa mesuliyetine tahsis edilmiştir.

Bu istifadeli eseri de okuyucularımıza hararetle tavsiye ederiz.

Rifat TAŞKIN

Askerî Temyiz Mahkemesi Müddeiumumisi

Askerî Muhakeme Usulü (mukayeseli şerhli)

İkinci tabı, Ankara, 1943

403 sahife, 5 lira.

Bu sene içinde Askerî Ceza kanunu şerhini de neşreden sayın General Taşkın, 1930 senesinde basılan ve bugün mevcudu kalmıyan Askerî Mahkeme usulü kanunu şerhinin ikinci tabını neşretmiş bulunmaktadır.

Kitabın tertibinde yazılı metinlerde bugüne kadar yapılan değişiklikler ve ilâveler nazara alınmıştır. Bundan başka Askerî usul hukukuna giren 3832 sayılı Örfi idare kanunu ile askerlerin zat işlerine taalûk eden idarî dâvalar hakkındaki 3410 sayılı kanun da lâhika olarak ilâve ve şerh edilmiştir.

Eser Müellifin önsözde dediği gibi Askerî kazaya taallûk eden mevzuatımızın gerek vücuda getirilmesinde ve gerek bunların Askerî mahkemelerde geçirdiği tatbikat sahasında yirmi beş senelik bir tecrübenin, yerli ve yabancı Askerî mevzuat ve mahkeme içtihatları üzerinde yapılan mukayeseli tetkiklerin ve uzun çalışmaların mahsulüdür.

Bu değerli şerhin bütün hukukçulara ve bilhassa askerî kaza vazifelerinde çalışan askerî ve adlî hâkimlere, askerî kaza müesseselerinden hak ve adâlet isteyen adlî amirlere, Müddeiumnmilere, maznun ve müdafilere çok faydalı olacağına eminiz.

No: 63

Şuf'a Hakkı Üzerinde Bir İnceleme

Yazan :
D. K. F. ARIK

A — Maksat

B — Tarifi ve kanunumuzdaki yeri

I — Giriş

1 — Şuf'anın gayesi

2 — Hukukî mahiyeti

3 — Şuf'a hakkı ile şuf'a hakkına benziyen müesseseler arasındaki farklar:

a) İştira hakkı ile fark

b) Vefa hakkı ile »

c) Akit yapma ile »

4 — Tapuya verilen şerhin tesiri:

a) Şuf'anın nisbî bir hak olmasından doğan mahzurlar

b) Şerhin faydası

II — Şuf'a hakkının doğuş ve sukutu:

1 — Doğumu

a) — Doğum sebepleri

b) Şuf'a mukavelesi:

aa) Bu mukavelenin muhtevası

bb) Şekli

c) Tapuya verilen şerh:

aa) Şerhin şartları

bb) Şerhin muhtevası:

aaa) Şerhin devamı:

bbb) Şerhin muhtevası

d) Muayyen gayri menkul mâliki lehine şuf'a hakkı

2 — Şuf'a hakkının sukutu

III — Şuf'a münasebetine dahil şahıslar ve şuf'nın mevzuu:
1 — Şuf'aya dahil şahıslar.
2 — Şuf'a münasebetine dahil şahsın değişmesi
3 — Şuf'a hakkının mevzuu
VI — Şuf'anın muhteva ve hükümleri:
1 — Şuf'a hali
2 — Şuf'a hakkının kullanılması
3 — Şuf'a hakkının istimalinden doğan neticeler
4 — Tapuda yapılacak muamele
V — Kanuni şuf'a hakkı.

***

A — Maksat

Şuf'a hakkı mahkemelerimizi. hiç şüphesiz en çok işgal eden mevzulardan birisidir. Adliye Vekâleti ve hususi şahıslar tarafından neşredilen temyiz kararlarına şöyle bir göz atmak bu görüşün doğruluğunu isbata yeter. Tatbikatı bu kadar alâkalandıran bu bahis üzerinde teşekküre lâyık bir himmet mahsulü olan yazılar da eksik değildir. Bununla beraber, hukuki mahiyeti, tapu sicilli bakımından durumu uzun ve çetin münakaşalara yol açan bu müessese hakkında ne mahkeme tatbikatı, nede nazariyat son sözü söylemiş değildir. Tatbikatta rastlanan tereddütlerin başlıca sebebinin kanunun takip ettiği *muhtasar tanzim tarzında* olduğu muhakkaktır.

B — Şuf'anın tarifi ve kanunumuzdaki yeri:

Şuf'a hakkı [1], muayyen bir mal [2] mâliki tarafından başkasına satıldığı zaman bu malın tercihan kendisine temlikini istemek salâhiyetini ifade eder. Görülüyorki bu hak bir nevi rüçhan hakkıdır. Bu müesseseyi tanıyan memleketlerde kullanılan tâbirlerin hepsi, aşağı yukarı, şuf'a hakkının bu mahiyetini açıkça göstermektedir [3].

[1] *Şuf'a*, lûgaten *zam* mânasına olup terk zıddıdır. Temellük—ü atiye *şuf'a* denilmesi anda malı müşteranın akkar—ı şefia zammı bulunduğuna mebnidir. Şefaatünnebi . . . dahi bundan mehuzdurki nimeti şefaata mazhar olan, zümrei faizine zam edilmiştir. Ve şer'an akkar yahut akkar hükmünde olan bir mülkü müşterayı müşteriye her kaça mal oldu ise ol miktar ile (yani misli ile mal oldu ise mislini ve kıymeti ile mal oldu ise anın kıymetini şefi müşteriye bilita) müşterinin rızasına bakılmaksızın temellük etmektir» Bak: *A. Haydar Efendi, Mecelle şerhi*, 950. m. *Mecellede* şuf'a bahsi etraflı bir şekilde düzenlenmiştir: 1008 — 1044. maddelere bakınız.

[3]. İsviçre medeni kanunu, İtalyanca metin " diritto di prelazione„ Almanca metin " das Vorkaufsrecht„ Fransızca metin" le droit de préemption„ Pandekt hukuku jus protimeseos„ tâbirlerini kullanıyor.

[2] Bazan şufa hakkını yalnız *gayri menkullara* hasreden tarifelere rastlayoruz Bu çok yanlış bir görüştür. *kanunî şufa yalnız* gayri menkuller hakkında caridir. Fekat *mukavelevi şufanın* menkullara da tatbik edilebilmesine fikrimizce hiç bir mâni yoktur.

Bu hakka mâlik olan kimseye *şefi*, hakkın taallûk ettiği şey'e *meşfuğ* denmektedir.

Kanunumuz şuf'a hakkını başlı başına bir müessese olarak etraflı bir surette düzenlememiştir. Bu müesseseye ayrı ayrı 4 maddede (gayri menkul mülkiyetinin tahditleri: MK. 658, 659, bazı şahsi hakların tapuya şerh verilmesi: 959, nihayet gayri menkul satışlarında şekil meselesi: B. K. 216) temas etmiş, tamamen hususi mahiyette bir kaç meseleyi tanzim ederek bu hakkın tarif ve istimal şekli ... vesaire gibi önemli noktaları izah ve aydınlatma işini nazariyat ve mahkeme tatbikatına bırakmıştır.

Yabancı kanunlar içinde *Alman medeni kanununun* bu müesseseye gereken önemi verdiğini, uzun ve etraflı hükümler sevkettiğini görüyoruz. Gerçekten , bu kanun şuf'a hakkına tam 22 madde tahsis etmiştir: Satış bahsinde (504-514) aynî haklar bahsinde (1094-1104) nihayet mirasçılara ait şuf'a bahsinde (2034, 2035) maddeler. Buna mukabil, bu bahse *Avusturya medeni kanunu* 7 madde (1072 1079) *Fransız medeni kanunu* yalnız bir madde (mirasçıların şuf'a hakkına mütaallik 841 inci madde) ayırmış, *İtalya medeni kanunu* ise bu müesseseden hiç bahis etmemiştir.

Biz önce mukaveleden, daha doğrusu, ***hukuki muamelelerden doğan*** şufadan, daha sonra kanuni şufadan bahsedeceğiz. ***Şimdiden söyleyelim ki mukavelevî şufaya*** ait hükümler esas itibarile ***kanuni şufaya da*** tatbik olunur.

1 — Şufanın gayesi:

Şufa hakkı *orta çağda* sosyal bir rol oynamıştır. Gerçekten,bu devirde aileler ve diğer topluluklara ait gayri menkullerin başka ellere geçmemesini temin eden ***kanuni şufa*** hakları mevcut idi. Halbuki bu gün Şufa hakkı, her şeyden önce, ***hukuki*** muamelelere dayanmakta ve ***ferdî gayelere*** hizmet etmetedir. Şufa hakkı en ziyade adî icar veya hasılât icarlarında önem arzeder. Filhakika, kiracı şufa hakkı elde etmek suretile, kiraladığı ğayri menkulun istemediği bir kimseye temlikine mâni olmak imkânını kazanır. Keza, bir kollek siyoncu şufa mukavelesi ile ileride satılması muhtemel bir malı iktisap salâhiyet ve imkânını elinde bulundurur.[1]

Bundan başka, şufa hakkı ***spekülasyon*** maksadile, yani ileride ğayri menkulun değeri artması ihtimali düşünülerek kâr temini için de tesis olunabilir. Bunun için, satış bedeli önceden Şufa mukavelesinde tesbit olunur; ileride ğayri menkul satıldığı zaman, satış bedeli

[1] Menkullerde dahi mukavelevi şufanın kabul edilmesi zarureti bu misalden açıkca anlaşılmaktadır.

ne olursa olsun, *Şefi* şufa mukavelesi ile tesbit edilen bedeli vererek şeyi temellük edebilir.

Gerek orta çağ hukukunda, gerek müşterek alman hukukunda, mukavele ile şufa hakkı tesisi mümkündü. Buna ***retractus conventionalis*** denirdi. Bu tarihte resmî şekilde yapılan mukavelevi şufa ***aynî*** bir mahiyti hâiz olup üçüncü şahıslara karşı dermeyan olunabilirdi. Halen Alman kanunu m. 1098 — f. mukaveleden doğan şufanın üç üncü şahıslara karşı ***aynî*** bir tesiri hâiz olacağını kabul etmektedir.

2 — Şufa hakkının hukukî mahiyeti:

Şufa hakkının hukuki mahiyeti nedir? Yani, bu hakkı, mâlum hukuk kategorilerinden hangisine ircağ edebiliriz, bu hakkı en iyi izah eden hukuk müessesesi hangisidir?

Bu mesele üzerinde hukuk nazariyatında uzun ve çetin münakaşalar ceryan etmektedir. Fakat mahkeme kararlarının şimdiye kadar bu mesele üzerinde sarih bir durum almamaları da gösteriyorki bu mesele tatbikî ehemmiyeti hâiz olmakdan ziyade nazarî bakımdan ilgi uyandırmaktadır.

İleri sürülen başlıca nazariyeler şunlardır:

A — Bey vadi nazariyesi

Bu nazariye taraftarlarına göre şufa mukavelesi bir bey vadidinden ibarettir: Mal sahibi, ileride yapacağı satış şartları dairesinde şefi ile bir bey akdi yapmağa taahhüt etmiştir; satış vukuunda şefi va'de istinaden esas satış mukavelesinin akdine mal sahibini icbar edebilir. Bu nazariye şufa hakkını izah etmekten âcizdir. Bir kerre akit vadi taraflardan birisine veya her ikisine, ilerde esas akdin yapılmasını istemek salâhiyetini verir. Halbuki şefi satış vaki olur olmaz bir taraflı beyanı ile esas akdi vücuda getirebilmektedir. Mal sahibini ayrıca satış akdi yapmağa icbar etmesine lüzum yoktur. Sonra, bu nazariye doğru olsa idi şekil bakımından borçlar Kanununun 22 inci maddesi mucibince gayri menkullere müteallik şuf"a mukavelesinin resmi şekilde yapılması icabederdi. Halbuki B. K. 214 üncü maddesi bütün şufa mukaveleleri için yazılı şekli kâfi görmektedir.

B — İcap nazariyesi:

Bu nazariyeye göre: Şufa mukavelesi, mal sahibi tarafından satış hususunda yapılan bir icabı mutazammın ve bu icabın hükmünü şefinin hakkını kullanması için muayyen müddet sonuna kadar mah-

fuz tutan bir mukaveleden ibarettir. Bu suretle, şefinin hakkını kullanması, mal sahibi tarafından yapılan ve hükmü mahfuz tutulan bir icabın kabulu mahiyetini alır ve böylece satış akdi vucut bulur, denilmektedir.

Bu nazariyenin en zayıf tarafı şurasıdır: Mal sahibi yaptığı icap ile, pek muhtemel, olarak uzun zaman bağlı kalacaktı. Bu ise oldukça anormal bir hâdisedir. Diğer tarafdan, şufa akdi ğayri menkul satışına mütaallik bir icap, Şufa hakkının kullanılması ise bu icabın kabulü mahiytinde olacağından her ikisinin de *resmi sekilde* yapılması lâzım gelirdi. Halbuki kanun böyle bir mecburiyət tahmil etmemiştir. Bu arz ettiğimiz mahzurları yüzünden bu nazariyenin bugün taraftarı kalmamış gibidir.

C — Şartlı satış nazariyesi:

Bu nazariyeye göre şufa mukavelesi bir satış akdinden ibarettir. Ancak bu satış bütün hükümlerini hâsıl etmek için şeyin başkasına satılması ve şefiin hakkının kullanılmasından ibaret *iki talikî şartın* gerçekleşmesi lâzımdır. Bu nazariye bu gün İsviçre nazariyatında en çok ragbet gören nazariyedir. [1]

Bu nazariye esas itibarile doğru isede kâfi değildir. Çünkü mukaveleden doğan şufayı izah ettiği halde kanundan veya ölüme bağlı tasarruflardan (vasiyet, miras mukavelesi) şufa haklarını aydınlatamamaktadır.

D — İnşaî hak nazariyesi:

Bilhassa *Von Tuhr*'«un İsviçre borçlar kanununa dair yazdığı meşhur eserden sonra bir çok meselelerin izahında bilhassa kullanıldığını gördüğümüz *İnşaî kak* mefhumu şufa hakkını izah için de ileri sürülmektedir. Bu nazariyeye göre [2], Şufa hakkı şefiin muayyen şartlar altında kullanabileceği bir inşai haktır. Bu hakkın kullanılmasına müteallik beyan mal sahibine vasıl olmakla şefii ve mal sahibi arasında bir satış münasebeti doğar. Şufa mukavelesi arzedilen inşai hakka vücut veren nev'i şahsına münhasır bir mukavele olduğu gibi kanuni şufa hakkı da kanundan doğan inşai bir haktır.

[1] Bu nazariyenin taraftarları: *Oser—Schönenberger:* BK. 216 m. şerhi, no.18. *Leemann,* MK. Şerhi, 681 m. no 2; *Rossel—Mentha:* MK şerhi, cilt: II, S. *Allgäuer, S.* 28; Alman hukukunda: *eneccırus* paragrof 340 no I.

[2] Bu nazariyenin taraftarları: V. Tuhr: All. Teil.III. S.278, no 58; *V. Tuhr, Obligationenrecht* I, S, 237: *Haab:* MK. Şerhi 681/882 no 2.

3 — Şufa ile bu hakka benzeyen müesseseler arasındaki farklar:

a) Şufa hakkı ve iştira hakkı:

İştira hakkı şufa hakkına şu noktalarda benzer: Evvelâ iştira hakkı da yeni bir hukuki durum yaratan inşai bir haktır. Sonra, hak sahibine, mülkiyetin kendisine devredilmesini istemek salâhiyetini veren borç münasebeti gerek şufa, gerek iştira hakkında, bu hak sahiplerinin bir taraflı beyanı ile teessüs eder. Nihayet, tapu sicilline verilen şerh, gerek şufa gerek iştira hakkında aynı neticeleri doğurur. İştira hakkı şufadan şu noktalarda ayrılır:

İştira hakkı sahibine mutlak bir iktisap salâhiyeti verir. Çünkü malı satana alup almamak ve satış anını tesbit etmek salâhiyeti münhasıran iştira hakkı sahibine aittir. Halbuki şefi hakkını kullanabilmek için, borçlunun (yani mal sahibinin) malı üçüncü bir şahsa satması şarttır. Bu itibarla fedaral mahkeme (Cilt 54 kısım 2 sahife 330) her iştira hakkının—bu hakkın hususi bir halini teşkil etmesi itibarile bir şufa hakkını tazammun edeceğini ileri süren görüş tarzını haklı olarak, red etmiştir. Hakikaten, bu görüş tarzı kabul edilse idi, *resmî şekilde* yapılmayupta *tahriri* şekilde tanzim edildiği için hükümsüz bulunan bir iştira mukavelesini kanunun şufa için aradığı tahriri şekil mevcut bulunduğundan, şufa mukavelesi olarak imal etmek mümkün olurdu .....

b) Şufa ve vefa hakkı:

Vefa hakkı, satıcının, sattığı malı yeniden satın almak salâhiyetini mahfuz tutan bir haktır. Bu hak sayesinde bir kimse istemeyerek satmış olduğu bir şeyi tekrar satın almak imkânını muhafaza eder. Vefa hakkı sahibi, hakkını kullanmazsa müşteri, ilk müşteride satıcı durumunuda alır. İştira ile şufa hakkı arasındaki benzerlikler veya ayrılıklar, aynen vefa ve şufa hakları arasındada mevcuttur.

Acaba vefa hakkının kullanılması, şeyin 3 üncü bir şahsa satılması şartına bağlanırsa durum nedir? meselâ, vefa hakkı sahibi, sattığı malın müşterinin elinden çıkmasını arzu etmeyebilir. Ve mal satıldığı takdirde vefa hakkını kullanacağını tasrih edebilir. Bu takdirde yapılan muamele, tarafların kullandığı *vefaen satış* tâbirine ragmen, bir şufa aktidir.

c) Şufa ve akit yapma vadi:

Akit yapma vadi ile şufa hakkının çok kere birbirine karıştırıldığı görülmüştür. Halbuki bu iki müessese birbirinden önemli fark-

larla ayrılmıştır. Akit yapma vadı bilindiği gibi, akitlerden birisine veya her ikisine, esas akdin yapılmasını istemek salâhiyetini veren bir hukuk münasebeti kurar. Meselâ bey vadi, taraflardan her birisine, esas bey akdini yapılmasını istemek salâhiyetini veren bir hukuk münasebeti tesis eder. Halbuki şufa hakkı şefie mal sahibinden esas satış akdinin yapılmasına istemek salâhiyetini vermez, esasen şefiin böyle bir salâhiyete ihtiyacı da yoktur. Çünkü mülkiyetin şefie nakli borcunu doğuran vecibe münasebeti şefiin bir taraflı inşai beyanı ile doğrudan doğruya mevcut bulur, bu suretle akit yapma vadinden mütevellit mütalebenin tapuya şerh verilmesi mümkün değildir. Şu halde bir malı satın almak isteyen kimse yalnız bey vadinden mütevellit ve esas bey'in yapılmasını istemekten ibaret bir mütalebe hakkı ile iktifa etmek istemezse bir iştira mukavelesi yapmak ve iştira hakkını tapuya şerh verdirmek zorundadır.

4 — Tapuya verilen şerhin tesiri :

a) Şuf'anın nisbî hak olmasından doğan mahzurlar: Medeni kanunumuzun kabul ettiği düzenleme şekline göre şufa ***hakkı nisbî*** bir haktır. Bu itibarla şufa hakkına vucut veren şufa mukavelesi ile mükellefiyet altına giren kimseye, yani mal shibine karşı hüküm ifade eder. (Müşterek mâlikler lehine tanınmış kanunî şufa hakkında durum başkadır. Bu ciheti aşağıda göreceğiz). Mukaveleden doğan şufa hakkının nisbî bir hak olmasından çıkan ilk netice, ilk satışda kullanılmadığı takdirde bu hakkın sukut etmesi keyfiyetidir. Şu hal de şefii ilk satışda hakkını kullanamazsa bir daha bu hakkı kullanamaz. İkinci netice, şufa akdi ile mükellefiyet altına giren mal sahibi bu mükellefiyetini ihlal ederek şeyi başkasına satarsa—müşteri şufanın mevcudiyetini bilse dahi — şefi malı alamaz, ancak zarar ve ziyan talep edebilir. Çünkü gayri menkûller üzerinde bir aynî hak ancak tapu sicilline tescil ile doğar (tapu sicillinin menfi hukuki tesiri); sonra müşteri şufa hakkının vucudunu bilse dahi bu hak kendisine müessir olmaz, çünkü akitlerin tesiri yalnız akitlere münhasırdır (Res inter alios acta); üçüncü netice: Şefi, şufa hakkını kullanmadan önce bahis mevzuu olan gayri menkûl üzerinde mâlik tarafından bir takım aynı haklar tesis edilmesinin önüne geçemez.

b) Tapuya verilen şerhin faidesi:

Şefi için birer mahzur teşkil eden bu neticeleri bertaraf etmek ve böylece şufa hakkının müteakip satışlarda dahi istimali imkanını tanımak, bu hakkın aynen ifasını temin eylemek şufanın tesisin-

den sonra vucude getirilen aynî mükellefiyetleri bertaraf eylemek imkânını kabul etmek çok faideli olacağını düşünen kanun vazıı şufa hakkının tapuya şerh verilmesi usulünü derpiş eyledi. Tapu sicilline verilen şerh şufa hakkının *şahsi bir hak* olması mahiyetini değiştirmemekle beraber bu hakkın gayri menkûlün her mâlikine karşı hüküm ifade etmesini temin eder. Demek oluyorki, tapuya şerh verilen şufa hakkı, gayri menkûlün sonraki satışlarında dahi istimal edilebilir. Diğer tarafdan tapu sicilline verilen şerh, şefie karşı mal sahibinin tasarruf kudretini tahdit edeceğinden, yani şufa hakkına muğayır tasarruflar şefia karşı hükümsüz olacağından *aynî ifa* (Real—exekution) yı, yine aynı sebepden, ğayrı menkûl üzerinde sonradan tesis edilen aynî mükellefiyetlerin şefia zarar vermemesini temin eder.

II

ŞUFA HAKIKNIN DOĞUŞU VE SONA ERİŞİ

1 — Şufa hakkının doğuşu:

a) Şufa hakkının kaynakları:

Şufa hakkı ya hukuki muamelerden yahut kanundan doğar; bu gün tatbikatta şufa hakkı en çok diriler arasındaki hukuki muamelelerden doğar: Şufa, ya dogrudan doğruya mustakil bir mukavelede yahut, adi icar veya hasılât icarı ile birlikte kararlaşdırılır. Lâkin ölüme bağlı teberrü şeklinde (vasiyet veya miras mukavelesi ile dahi şufa hakkı tesis edilebilir; misal: A, vasiyetnamesinde dostu B, ye kütüphanesi veya muayyen bir bağçesi üzerinde bir şüfa hakkı verebilir. Şufa doğrudan doğruya kanuudan da doğabilir. Bunun biricik misali müşterek mâlikler lehine tanınan şufa hakkıdir. [1]

b) Şufa mukavelesi

şufa hakkının kaynaklarından şufa mukavelesi tatbikatta ki önemi bakımından ayrıca incelemeğe layikdir. Her şeyden önce şufa akdi, İsviçre ve Alman hukukundaki hâkim kanaata göre bir satış akdi olarak degil son zamanlarda Vontuhr, Guhl ve Haba tarafından ileri sürüldügü gibi şefia inşai bir hak veren, nevi şahsına münhasır bir akıttır.

---

[1] jviçirede kanton hukukuuda kanunû şufa hakkına hala rastlanmaktadir. Rak: *haab*, Mk. şerhi' 681 m. şerhi; keza erki hukukumuzda kanunnû şufaya geniş bir yer verilmişti.

aa) Şufa mukavelesinin muhtevası :

Şufa mukavelesinde, tarafları (ki bunlardan birisi mal sahibidir, buna mükellef veya *şefi borçlusu* denir,digeri şufa hakkı sahibidir ona da *şefi* denir,) tarafların *şufa* hakkı tesisine müteallik iradelerini şufa hakkının taallûk ettigi şey gösterilmek icabeder. Esas itibarile Şufa hakkının ne müddet için verildigi, başkasına devri mümkün olup olmadığı da mukavelede tasrih edilir . Şufa mukavelesi muhtevası şu arzedilen hususlara inhisar ettigi takdirde, şefi hakkının istimal ettigi zaman şeyi, matsahibi ile 3. üncü şahıs müşteri arasındaki satış şartları dairesinde iktisap eder. Lâkin şufa mukavelesi, meselâ tediye bedeli, tediye şekli, gayri menkulü takyit eden ipoteklerle temin edilen borçların şefi tarafından üstlenmesi gibi hususi şartları da ihtiva edebilir. Şufa mukavelesinde satış bedeli tesbit edilmiş ise şefi, satıcı ile 3 üncü şahıs müşteri arasında kararlaştırılan bedele bağlı olmayup şufa mukavelesinde yazılı bedeli vererek malı iktisap eder. Böyle satış bedelinin şufa mukavelesinde tesbit edilmesi halinde şufa hakkına *mevsuf veya mahdut şufa hakkı* denir. Nihayet, şufa mukavesleside şefi mukabil bir eda taahhüdünde bulunabilir.

bb) şufa mukavelesinin şekli :

Menkûl malları (meselâ bir kolleksiyon, bir inci gerdanlık, bir kütüphane) ye taallûk eden şufa mukavelesi şekle tâbi degildir. Lakin ğayri menkullere talluk eden şufa mukavelesi yazılı şekle bağlıdır. (B. K.214) Bunun sebebi prof.*Schvvar ve Simonius'in* izah ettiği gibi, tatbikatta şufa hakkının hemen daima bir icar mukavelesi ile birlikte şart edilmesidir. Şufa, resmi şekle (bağlı tutulsa idi. kira mukavelesinden ayrı bir de şufa mukavelesi yapmak gerekecektir. Bu da güçlükler doğuracaktı, sonra İsviçrede şufa ötedenberi tahriri şekilde yapılırdı.

Nazariyatta hâkim kanaata göre yazılı şekle riayet mecburiyeti, gerek *adi şufa* gerek *mevsuf şufa* (yani satış bedeli önceden tesbit edilen) hakkında caridir. Federal mahkemenin son içtihadı da bu merkezdedir. (Federal mahkeme kararları cilt 48, kısım 2, S. 231, C. 54, K. 2, S. 326)

Mevsuf şufa da satış bedeli önceden tâyin edilmiş olması hasebile, mal sahibi doğrudan doğruya bir iştira hakkından doğan mükellefiyete benzer bir borç altına girmiş olacağından bu çeşit şufanın *resmi şekle* tâbi olması düşünülebilir. Netekim prof. *Simonius*

(ZSR. 1920 .S. 311) bu tezi müdafaa etmişti. Ancak B. K.nunumuzun 214 f. 3, açıkca şufa hakkını *tahriri şekle* bağlamıştır. Buna karşı, şöyle cevap verilebilir: kanun vazı, mevsuf şufa akdini düşünmemiştir, denemez. Çünkü medeni kanunun 659 uncu maddesinin ikinci fıkrasının muhalif mefhumundan böyle bir akdi derpiş ettiği açıkca belli olmaktadır. Nihayet mevsuf şufa akdi ile iştira akdi arasın da bir benzerlik bulunmakla beraber büyük ayrılıklar mevcut olduğunu da unutmamalıdır: Mevsuf şüfa hakkı, ancak mal sahibi şeyi sattığı takdirde istimal edilebildiği halde, iştira hakkı ancak bu hak sahibinin arzu ettiği anda kullanılabilir.

Adi (yani bedeli göstermeyen,) şüfa mukavelesinde yalnız mükellefin (mal sahibinin) imzası bulunmak kâfidir. Çünkü adi şüfa akdi inşai bir hakka vücut veren bir taraflı bir mukaveledir. [1]. Lâkin mevsuf bir şufa hakkı tesis eden, yahut şefinin mukabil edasını ihtiva eden şufa akitleri ile bir kira mukavelesine merbut şufa kaydı mal sahibi ve şefiin imzasını taşımalıdır.

Şufa hakkı, veya vasiyetm iras mukavelesi, ifası vahibin ölümüne muallak bir hibe tariki ile tesis edilirse miras hukukunda muayyen şekillere riayet edilmek icabeder. Bu takdirde şüfa hakkının menkûl veya gayri menkûl mallara taallûk etmesi ehemmiyeti hâiz değildir.

C : — Şerhin şartları:

aa) Şufanın tapuya şerh verilmesi için bazı *şartlar* lâzımdır. Bunlar şufaya vücut veren ***hukuki sebep*** ve gayri menkûl mâlikinin şerh verilmesini mutazammın ***yazılı*** talebidir. (medeni kanun 963 — 965) tapu sicilli nizamnamesi 70), Hukuki sebepden maksat, yazılı şufa mukavelesi yahut şufaya vucüt veren ölüme bağlı tasarruftur. Prof. Haab ve bazı İsviçre mahkeme kararlarına göre, Şufa mukavelesinde veya müstakil yazılı bir akitle tapu sicilline şerh verileceğine dair bir kayıt kabul edilmiş değilse şerh talebi reddolunur. Fikrimizce şufa hakkına vucüt veren hukuki sebep (şufa mukavelesi) ve gayri menkûl mâlikinin şerhe mütedair yazılı tâlebi bulunduğu zaman tapu memuru şerh vermekten istinkâf edemez. yazılı şekilde şerhe muvafakat eden mâlik sonradan şerhin tescili için gerekli muameleyi yapmazsa şefiin mahkemeden alacağı ilân şerh verilmesi için muktazi talep yerini tutar.

bb) Şerhin muhtevası:

Şerh, şefiin kim, olduğunu ve tapu sicilli nizamnamesinin 77. maddesinde yazılı hususları (hakkın esas muhtevası, sıra tâyini için

tescil talebinin tarihi, evrakı müsbiteye atf) ihtiva eder. Bundan başka,

aaa) Şerhin devam müddetini yani şerhden mütevellit himayenin sona ereceği tarihi göstermelidir. (Tapu sicilli nizamnamesi). Şerhin en çok on yıl müddetle hüküm hasıl edeceği kanunda yazılı olduğuna göre, şufa için kabul edilen müddetle şerhin tesir müddeti arasındaki münasebeti yakından incelemek lâzımdır: şufa hakkı on yıl veya daha az müddetle tesis edilmiş olabilir. Bu takdirde tarafların kararlaştırdığı şufa müddeti şerh müddeti olarak tescil olunur. Şufanın devam müddeti on yıldan fazla devam edecek ise (ki buna hiç bir mâni yoktur: Bu ciheti biraz sonra göreceğiz şerh on yıl müddetle tescil olunur. Şufa hakkı gayri muayyen veya şerh anında henüz takvimde bür gmnle kabili tâyin olmıyan bir müddetle (meselâ icarın devamı müddetince) tesis edilmişse şerh yine on yıl müddetle tescil olunur. Demek ki şerhin müddeti şerhi tescili talebinin yapılması on yılı geçemez. (şerhin yenilenmesi kabil olduğunu ileride göreceğiz.)

Fakat on yılı geçmemek kaydı ile tâyin edilen şerh müddetinin şufa için kabul edilen müddetten daha uzun olarak tesbit ve bu müddetin tapuya kaydı mümkünmüdür? Bu suale müsbet şekilde cevap vermek icap eder. Çünkü şufanın kullanılmasına imkân veren satış bu hakkın istimali için konan müddet hitam bulmak üzere iken vâki olabilir. Şefi müddetin hitamından önce hakkını kullansa bile, tapuya mâlik olarak tescili mümkün olmıyabilir. Halbuki tapu sicilli nizanamesine göre (Madde) şerhin devam müddeti sona ermekle şerh re'sen terkin olunur. Halbuki, hal ve şartlara göre, mukavele ile muayyen şufa müddeti sona erdiği anda şerhin devam etmesi ve şufa sona erdiği tarihden şefiin tapuya tesciline kadar geçen müddet içinde mükellefin (mal sahibinin) yapabileceği aynı tasarruf muamelelerinin kendisine karşı hükümsüz olmasında şefiin büyük menfaatı olabilir.

bbb) Hususi şartlar: Şufa mukavelesi hususi şartlar ihtiva ettiği ve bilhassa mahdut bir şufa hakkına vücut verdiği takdirde, tapuya verilen şerh bu hususi şartları ezcümle satış bedelini göstermelidir. (Tapu sicilli nizamnamesi:), Alâkalılar şufa mukavelesine hususi şartlar koymamışlarsa tâbii tapuya verilen şerh sufanın istimaline dair herhangi bir şart ihtiva etmez. Bu takdirde medeni kanun 681/1. gereğince, şefi malı, üçüncü şahıs müşteri ile yapılan satış şartları dairesinde iktisabeder.

b) Muayyen gayri menkul mâliki lehine tesis edilen şufa:

Muayyen bir şahıs lehine değil de muayyen bir gayri menkul lehine ihdas edilen şufa hakkı (ki buna Almanca eserlerde sübjektif — dingkiches Vorkausrecht diyor), o gayri menkulün müseccel bulunduğu sahifeye kaydedilir.

2 — Şufanın son erişi:

a) Sona ereiş sebepleri:

Şufa hakkı bu hakdan feragat neticesinde sukut eder. Bu feragatın sihhati bir şekle bağlı değildir. Lâkin şufa tapuya şerh verilmişse bu şerhin terkini için şefiin yazı ile terkini talebinde bulunması lâzımdır.

[1]. Bunun gibi şufa hakkı, şufa mevzuu olan şeyin büsbütün mahvolması ile de sona erer. Münhasıran şefiin veya mükellefin (mal sahibinin) şahsına bağlı olarak tesis edilen şufa hakkı, şe veya mükellefin ölümü ile sukut eder.

Nihayet, şufa hakkı, tapuya şerh verilsin verilmesin, istimâl edilmekle de sukut eder. Çünkü kullanılmakla hak fonksiyonunu başarmış, mevcudiyet sebebini kaybetmiştir.

Şufa hakkının izaha ihtiyaç göstermiyecek kadar basit olan bu sukut sebepleri yanında, tapuya şerh verilip verilmemesine göre hususi kaidelerin tatbikini gerektiren bazı sukut sebepleri vardır:

aa — Şufanın istimal edilmemesi:

Şufanın istimalini mucip halin vukuunda şufanın istimal edilmemesi bir sukut sebebi midir? Bu hususta bir ayırma yapmalıdır. *Tapuya şerh verilmiyen şufanın* istimal edilmemesi, daima bir sukut sebeblidir. Çünkü şefi ile mal sahibi arasındaki münasebet üçüncü şa-

[1] — Kanuni şufa hakkından feragat ayrı esaslara tâbidir: Mülkiyetin kanuni takyitlerinden olan şufa hakkı ancak resmi senet ve tapu siciline şerh verilmesi ile iskat veya tâdil olunur. K.M. 657. Bu itibarla meşfu hissenin bey ve ferağ muamelesi icra edilmezden önce hissedar olan müddeinin kendi hissesini satmak için ahara tevkil etmesi müddeialeyhin satın aldığı hisse hakkında şufa hakkını iskat etmez. ( ). Federal mahkemenin içtihadı da bu merkezdedir. Bu mahkemeye göre kanuni şufadan feragat resmi şekle tâbidir (Cit 51 Kısım 2 S; 144.)Yine Temyiz Mahkememize göre şefiin şifahî ikrariyle şufa hakkının iskatı kanuna uygun değildir Keza müşterek gayri menkulün satılarak şüyuun izalesine karar verilmiş olması bu kararın infazından önce hissedarlardan birinin ahara sattığı hisse hakkında diğer hisse sahibinin şufa hakkına mani teşkil etmez. Şefiin müzayede sırasında pey sürmesi ve müzayededen çekinmesi şufa hakkını iskat etmiyeceği ve ihtiyarî ve alenî müzayede neticesinde bey bayin ihalesile mün'akit olacağından ihaleden sonra ve tescilden evel dahi şufa dâvası dinlenebilir. [1. H. D. 24 teşrinisani 1934]

hıs müktesibi hiç bir suretle takyit etmediğinden ona karşı dermeyan edilemez. (Meğerki üçüncü şahıs müktesip, şufadan mütevellit vecibeyi üstmenmiş olsun.)

Tapuya şerh verilmiş bnlunan şufanın istimal edilmesi halinde başka türlü düşünmek lâzımdır:

Şerh keyfiyeti, şufanın mevzuu olan gayri menkul üzerindeki mülkiyet hakkı ile şufa münasebeti arasında ***aynî bir subjektif bağlılık*** tazammun ve ifade edebilir, o suretle ki gayri menkulü iktisap eden kimse, şufa akdinden doğan bütün borçlarda satıcı yerine kaim ve şefi — hakkı baki bulundukça — bu hakkını bütün mâliklere karşı kullanmağa salâhiyetli olur. *(Leemann,* Art.= 681, Nr. 79; PFEİFFER S. 54; *Allgauer*, S. 47; *Guhl,* S. 170;*)* Bununla beraber taraflar, tapoya verilen şerhin şufa münasebetiyle mülkiyet hakkı arasında husule getirdiği bu sübjektif aynı bağlılığı tahdit veya bertaraf ederek şufanın ancak ilk satışta veya yalnız bir kaç satış halinde istimal edilebileceğini mukavele edebilirler. Bu takdirde tapuya verilen şerhin tesiri bu muayyen satışlara münhasır kalır.

Şerhe mütaallik mukavelede şufanın istimali hakkında hiçbir hüküm yoksa, tereddüt halinde, şefiin şufayı müteakip satışlarda da dermeyan salâhiyetini haiz bulunduğu kabul edilmelidir. Çünkü şufanın taallûk ettiği gayri menkul sahibinin hiçbir gayri ihtirazî dermeyan etmeden muvafakat eylediği şerh, bütün kanuni neticelerini hasıl eder *(Haab, S.408, Nr.19; Leemann, A t.681, Nr.89)*tarafından ileri sürülen bu fikre ***OSTERTAG*** muarızdır. Bu müellife göre, tereddüt halinde, yani şufa hakkının müteakip satışlarda kullanılabileceği açıkça anlaşılmadıkça şefi hakkını ancak ilk satışta kullanabilir. Bak : Art. 959, Nr. 33.»

bb — Meşfu, şufa hakkının istimaline cevaz vermiyen bir muamele neticesinde başkasına intikal ederse :

Tapuya şerh verilmiyen şufa sukût eder, ancak meşfu (külli halefiyet = «tevarüs) yoluyla intikal eder ve şufa ilk mal sahibinin şahsına bağlı olarak tesis edilmemiş bulunursa, şufa devam eder. Keza, yeni mâlik, eski mâlikin şefia karşı olan mükellefiyetini üstüne almış ise şufa devam eder. Buna mukabil, tereddüt halinde, tapuya şerh verilen şufa hakkı — gayri menkul üzerindeki mülkiyet hakkiyle vecibenin aynı sübjektif bağlılığının neticesi olarak —yeni mâlike karşı dermeyan edilebilir. Lâkin bu kaide mutlak bir surette tatbik edilemez, bunun istisnaları vardır :

aaa — İstimlâk — Mesele İsviçrede 20 Haziran 1930 tarihli Federal istimlâk Ka nununun 91 inci maddesinin birinci fıkrasına

MİLLİ KÜTÜPHANE

göre : hilâfına mukavele olmadığı takdirde tapuya şerh verilen şahsî haklar tazminatın ödenmesiyle sukût ederler. «İstimlâk muamelesinde şefiin durumu ve tazminat talebi hakkında adı geçen kanunun 21, 23, 37 inci maddleerine bakınız. Keza Federal mahkeme kararları : C. 51, K. 1. S. 362.»

bbb = Tapuya şerh verilen şufaya mevzu teşkil eden gayri menkul üzerinde *cebri icraya* tevessül edildiğinde,şufa hakkı—,mükellefiyetlere itiraz yoliyle «İcra İflâs K.128»iptal edilmemişse— katileşen mükellefiyetler listesine uygun olarak, artıran müşteriye geçer. Ancak, meşfu kendisine ihale edilen müşteri, muhtevasına göre şufa hakkının müstakbel bir satışta dermeyan edilemiyeceğini ve sukût ettiğini hâkime tesbit ettirebilir. Filhakika şufa, yalnız mal sahibinin şahsına bağlı olarak veya yalnız mal sahibi ile mirasçılarına karşı müessir olmak üzere tesir edilmiş olabilir. Bununla beraber, sureti umumiyede tesis ve tapuya şerh verilen şufa hakkının *cebri icra* esnasında terkini bazen mümkündür: çünkü Federal Mahkemenin bir kararına göre, 959 uncu madde gereğince tapuya şerh verilen haklar, medeni kanunun 784 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında yazılı *gayri menkul mükellefiyetleri* tâbiri içine girer. Federal Mahkeme K : C. 42, K. 3, S. 142) Bu suretle şerh verilen şufa haklarına takaddüm eden rehinli alacaklılar şufa hakkiyle mukayyet gayri menkulün — bir kere mükellefiyetlerle birlikte; sonra mükellefiyetlerden âri olarak -- iki kere müzayedeye çıkarılmasını ister. Gayri menkulün mükellefiyetlerden âri olarak ihalesi, rehinli alacaklıların menfaatine olduğu takdirde şufa hakkı terkin edilir. (İcra ve iflâs K. 141, f : 3). Tapuya verilen şerhe ragmen şufa hakkı *aynı* bir hak olmadığı için, satış bedelinden hakkının istifasi zımnında, alacaklıları kendisinden sonra gelen alacaklılara karşı şefi, M. K. 784 fıkra 3 e göre, rüçhanı haiz değildir. Bu izah edilen kaide iflâsda da carîdir. Bu sebepten hakkı tapuya şerh verilen şefi, *cebri icra* neticesinde hakkını kaybetmemek tehlikesine maruz kalmamak için mukaddem rehinli alacaklıların muvaffakatini alması kendi menfaatı icabıdır.

ccc — Tapuya şerh verilsin verilmesin, şufa hakkı *alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi,* meselâ bir hibe veya miras yoliyle şefiin meşfuu iktisap etmesi halinde sukut eder. Zira bir kimsenin kendi malı üzerinde aynı hak sahibi olması mümkündür. Ancak, şerh keyfiyeti şufa hakkını aynı bir hak haline sokmadığı, şufa hakkı şerhten evvelki şahsî mahiyetini muhafaza ettiği cihetle Borçlar K. - nun alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle alacağın sukutuna

müteallik 118 inci maddesi tatbik olunur. Şufa hakkının izahında „şarta muallâk satış" nazariyesi kabul edilirse, bundan hiçbir veçhile tereddüt ve şüphe edilemez. Bunula beraber, alacaklı ve borçlu sıfatının niçin yeni bir vaziyet ihdas eden inşaî bir hakkın sukutunu intaç etmemesi anlaşılamaz. Çünkü bu hak meşfuun daha sonra şefi tarafından iktisabı üzerine muhtevasız kalmıştır. Bu noktada Türk—İsviçre Medeni kanununun kabul ettiği şufa hakkı mefhumu ile Alman medeni kanununun benimsediği şufa mefhumu arasında mevcut, ameli bakımdan ehemmiyetsiz küçük farklardan birisini görmekteyiz (*Bu hususta izahat için bakınız: Wolf, Sachenrecht* § 126. VI. 2). Tapu sicilli nizamnamesinin 72 inci madeesinin ikinci fıkrası, şefi mâlik durumuna geçmekle şerhin re'sen terkin edileceğini âmirdir.

ddd —Şufa müddetinin geçmesi:

Şufa hakkı muayyen veya gayri muayyen bir müddet için tesis edilebilir. Bununla beraber, gayri muayyen bir müddetle tesis edilen şufa hakkı ebedî bir mahiyeti hâiz değildir. Bir şufa hakkı pek uzun bir zaman sonra dermeyan edilirse muayyen hâdisede şufadan mütevellit bağlılığın K . M. 23 ve B. K. 20 inci maddelerine aykırı olup olmadığını hâkimin tetkik etmesi gerekir; mahaza = böyle bir hal tatbikatta pek nadir vaki olur. Bahusus mahdut „şufa yani şatış bedeli önceden muayyen" halinde mal sahibi, vaziyete göre, clausula rebus sic stantibus kaidesine baş vurabilir. Federal Mahkemenin inandırıcı bir surette izah ettiği gibi (Federal mahkeme K. C. 53, K. 11 S. 394) 681 fıkra 3' e istinaden gayri mahdud bir zaman için tesis edilen şahsî şufa hakkının 10 yıl sonra sukut edeceği kabul edilemez. „Bu fikrin aksini iltizam edenler: Allgäuer S. 87; leemann S. 681 Nr. 25 Bu fikri iltizam edenler: Becker. Art. 216, Nr 9" keza borçlar kanununun 127 inci maddesindeki on yıllık müddete istinat etmek de yanlıştır; çünkü şufa hakkı umumiyetle müruru zamana tâbi değildir. Müruru zamana tâbi olan yalnız şufa hakkının istimalinden doğan mütalebelerdir. Bu suretle kanun şufa hakkının varlığını bir müruru zamana tâbi tutmamakla beraber şerhten mütevellit himaye ancak 10 yıl müddetle hüküm ifade eder. „Bu hükmün gayesi hakkında bak. Federal Mahkeme K. C. 49, K. 11 S. 335" Şu hal de 10 yıldan fazla veya muayyen olmıyan bir müddetle kararlaştırılan şufa hakkı, tapuya şerh verilmesi için yapılan talepten itibaren 10 yıl geçmekle şerhin hükmünden faydalanamaz. 10 yıl sonunda şerhi yenileyeceğine dair mâlik tarafından iptidaen yapılan taahhüt hükümsüzdür. Böyle bir taahhüdün muteber olması 681 fıkra 3' ün mânasını ortadan kaldırırdı. Buna mukabil, ayrı bir anlaşma-

ile *şerhi yenilemek* mümkündür. Lâkin böyle bir anlaşmaya dayanarak yapılan şerh, müddetin geçmesiyle hükümsüz kalan şerhin bir devamı olmıyıp tescil sırası tescil talebiyle muayyen (M. K. 972) müstakil bulunan bir şerhtir.

Meşfu, şufa için muayyen müddetin hitamından önce satılır, lâkin şefi şatışa bu müddetin hitamından sonra muttali olursa, şufa müddetinin hitam bulmuş olmasına rağmen, ıttıla tarihinden itibaren bir ay içinde şufa dermeyan edilebilirmi ? Evet, satış keyfiyetinin şufa için muayyen müddet içinde vuku bulması kâfidir.(Aynı fikirde: *Leemann*, Art. 681, Nr . 66; *Hartmann*, BGB § Nr. 4).

b— ŞERHİN TERKİNİ : Tapuya şerh verilen şufa hakkının sukutiyle tapu sicillinde yazılı şerh hükmünü kaybeder. Vakıa, şerhin devam müddeti, şufa hakkı için kabul edilen müddetten ziyade olabilir. Ancak bu halde şufa müddetinin hitamından sonra dahi şerhin hüküm ifade edebilmesi için, satışın şufa müddeti bitmeden önce yapılmış ve şufanın istimali için muayyen bir ay içinde dermeyan edilmiş bulunması gerekir. Aksi takdirde şufa müddetinin geçmesiyle daha uzun müddet için yapılan şerh dahi hükmünü kaybeder.

Bundan başka, tapuya verilen şerh, şufa hakkında müstakil olarak gerek feragat, gerek on yıldan ziyade veya muayyen olmıyan müddetle aktedilen şufa haklarında on yıllık müddetin geçmesiyle hükümsüz kalır. Şufa hakkı—meselâ bir aylık müddet içinde istimal edilmemekle — sukut ettiği halde terkin edilmeden tapu sicillinde kalan şerhin hükmü nedir? Böyle bir şerh, *haksız bir tescil* mahiyetindedir. Çünkü onun hukuki sebebi mevcut değildir. Bununlaberaber hüsnüniyetli üçüncü şahıslara karşı haksız bir tescillin neticelerini „973" hasıl etmez; zira tapuya verilen şerhler, tapua sicillindeki kayıtların istifade ettiği umumî itimat esasından faydalanmaz. Bununlaberaber, tapu sicillinde yazılı pir şerh, Medenî Kanunun 9 uncu maddesinkeki karineden faydalanarak, muteber sayılır. Bu sebebten, hükmünü kaybeden bir şerhin hemen terkin edilmesi faydalı olur. Netekim, tapu sicilli = nizamnamesi istisnaî bir hüküm koyarak hükmünü kaybeden şerhlerin re'sen = terkin edileceğini kabul etmiştir. „Madde 72". Bunun sebebi şerhte hakkın istimali için tâyin edilen müddetin hitamı veya şefiie, şufanın istimali yahut başka bir yolla mâlik durumuna geçmesidir.

Şufa hakkı sair sebeplerle sukut ettiği zaman, meşfuun mâliki şerhin = terkinini istiyebilir. Şerhin hak bahşettiği kimse, terkine muvafakat etmezse mâlik, terkin dâvası açabilir. Diğer taraftan, meşfuun sahibi, şerhin her türlü önemi kaybettiğini vesikalarla şüphe götürmiyeck surette tapu memuruna ispat ederek terkin talebinde bulunabilir. «Madde 976». (Bakınız: *Ostertag*, Art. 959, Nr. 23; *Haab*, Art. 682, Nr. 26, S. 412).

III

Şufa Münasebetine Dahil Şahıslar ve Şufanın Mevzuu

1 — Şufa münasebetine dahil şahıslar.

a — *Şefi* : Mukaveleden doğan şufada, mukaveleyi şefi olarak akteden kimse; (başkası lehine aktedilen şufa mukavelesinde, lehdar üçüncü şahıs; ölüme bağlı teberrüe dayanan şufada, musaleh; kanundan doğan Şufada; kanunun tâyin ettiği kimseler «müşterek mâlik) şefi durumundadır.

b — Şufa borçlusu : Mukaveleden doğan şufada, şufa vecibesini iltizam edenler; ölüme bağlı teberrüe dayanan şufada, mirasçılar; kanundan doğan şufada, kanunun gösterdiği kimse «müşterek mâlik» şufa borçlusu, meşfuunaleyh durumundadır.

2 — Şufada şefi veya şufa borçlusunun değişmesi.

a — Şefiin değişmesi :

aa — Şufa hakkının temlikî meselesi : İsviçre mahkeme kararları ve nazariyatında hâkim bulunan fikre göre, şufa hakkı munhasıran şahsa bağlı bir hak değildir; fakat bu hakkın serbestçe devr ve temlik edileceği de kabul edilmemektedir. Ancak, küllî haleflyet halinde, şefiin haleflerine intikal edeceği umumen kabul edilmektedir. (*Federal mahkeme kararları* C. 48, Ks. II S. 469; *Leemann*, Art. 681, Nr. 30,35; *Ostertag*, Art. 959, Nr. 28, *Allgauer*, S. 64). Şüphesiz, bu esaslardan hiç birisi âmir hüküm mahiyetini hâiz değildir. Bu itibarla, munhasıran şefiin şahsına bağlı bir şufa hakkı tesisi kabil olduğu gibi, şufa mukavelesi yapılırken veya daha sonra şefiin şufa hakkını başkasına devredebileceği mukavele edilebilir. Ancak, şufa hakkının kabili devrolduğu mukaveleden anlaşılmalıdır. Bu husus, hususi durumdan, şufanın gerçekleştirmek istediği gayeden istidlâl edilebilir.

Kabili devr şufa hakkı, *şahsi* yani muayyen bir şahıs lehine tesis edilmiş olabilir. Bu takdirde şefi, hakkını serbestçe temlik edebilir, terhin edebilir, şufa hakkı şefie karşı yapılan cebri icra takibatında haciz edilebilir, şefiin iflâs masasına dahil olur. Lâkin şufa hakkı muayyen bir şey üzerinde aynı bir hak sahibi bulunan bir kimse lehine de tesis edilebilir (buna Almanca ***die subjektif – dingliche Ausgestaltung*** denir.) Bu itibarla bir gayri menkûlun, veya muayyen bir kıymetli evrak veya mahdut bir aynı hakkı sahibi sıfatı ile bir kimse lehine şufa hakkı tesis edilebilir ***(LEEMANN: Art, 681, No. 14 — 15, ALLGAUER: S. 59)***. Muayyen bir şey üzerinde aynî bir hak sahibi lehine tesis edilen şufa hakkı, hususi bir şekle hacet kalmaksızın, o şey üzerindeki mülkiyet hakkı veya mahdût aynî hakla birlikte intikal eder. Bu şey üzerinde yapılan rehin, haciz muameleleri şufa hakkına da şâmildir. Şufa hakkı taallûk ettiği şeyle birlikte iflâs masasına dahil olur. Bir gayri menkûlün alelıtlak mâliki lehine tesis edilen şufa hakkı, bu gayri menkûlün müseccel bulunduğu sahifede zikrolunabilir (Tapu sicil nizamnamesi 39).

bb) Şufa hakkı tapuya şerh verilmişse: Bu takdirde, hilâfına mukavele yoksa, şerhten mütevellit himaye hakkı şufa ile birlikte şufa hakkını temellük eden şahsa geçer. Lâkin şerhin yeni şefi üzerine çevrilmesi kendiliğinden olmaz.

Şufa hakkı muayyen bir kimse lehine tesis edilmiş olursa (ki buna Almanca ***Personrecht*** denir) şufanın devr ve temlikine ait senet ve evvelki şefiin verdiği tescil salâhiyetini ibraz ederek yeni şefiin tapudaki şerhi, üzerine çevirtmesi şayanı tavsiyedir. Bu suretle tapuda mâlik olarak müseccel satıcının terkine muvafakatına istinaden vâkı terkin neticesinde şerhten mütevellit himaye kaybedilmiş olmaz. Daha önce verdiğimiz izahlardan da anlaşıldığı gibi, şerh umumî itimattan istifade etmiyeceğinden şerh verilen şufa hakkı, umumiyetle doğmamış veya doğmakla beraber sonradan sukut etmişse, hüsnü niyetli müktesip şufa hakkını iktisap etmez, keza şerh, tapuya müseccel olmakla beraber hakiki mâlik bulunmıyan kimsenin muvafakatile yapıldığı takdirde dahi hüsnü niyetin himayesi bahis mevzuu olamaz ***(OSTERTAĞ: Art. 959, No. 8 ve 20)***.

b) Şufa borçlusunun değişmesi:

Şufa hakkı esas itibarile yalnız şufa ile taahhüt altına giren kimse veya mirasçılarına karşı dermeyan edilebilir. Bununla beraber, şufanın istimaline imkân vermiyecek bir iktisap taliki ile mali iktisap edenler, borçlar kanununda borcun nakli hükümlerine göre şufa borcunu iltizam edebilirler. Diğer taraftan yalnız şufa borçlusunun

şahsına munhasır olmak üzere şufa hakkı tesisi mümkündür. Bu suretle şufa borçlusunun ölümü ile şufa hakkı sakıt olur. Eğer şufa tapuya şerh verilmiş bulunuyorsa, tereddüt halinde şufa vecibesinin şufanın taallûk ettiği gayri menkûl mülkiyet hakkına merbut olduğu kabul olunur. Bu itibarla şufa yeni mâlike karşı da kabili dermeyandı.

3 — Şufanın mevzuu.

Bir satış akdinin mevzuunu teşkil edebilen her şey şufa hakkının mevzuu olabilir. Bu ikbala,

Şufa hakkının yalnız gayri menkullarda care olarasını iddia edenleraldanmaktadırlar.

IV

Şufa Hakkının Muhteva Ve Hükümleri

1 — Şufa hali:

Şufa hakkının kullanılabilmesi için *şufa hali* denilen vakıanın vukuu şarttır. Halbuki iştira ve vefa haklarının istimali için böyle bir şart yoktur.

a) Şufa hakkının kullanılmasına imkân veren *şufa halinden* maksat nedir? Nazariyat ve tatbikatta hâkim kanaata göre meşfuun her temliki *şufa hali* sayılmaz. Şufanın dermeyan edilebilmesi için, şufa borçlusunun ihtiyari ile üçüncü bir şahısla meşfu hakkında, meşfuun paraya (veya para yeri tutan mücerret kıymetli bir şeye) çevrilmesini icabeden bir muamele akdetmesi, bu muamelede karşı tarafın şahsı şufa borçlusu için ehemmiyeti hâiz bulunmaması (yani mal sahibi için gaye, mukabil edayı istihsal etmek) ve şefiine de bu edayı mahiyetine göre temin edebilmesi şarttır.

Alelâde.

Şu halde *beyide, ihtiyari müzayedelerde, tediye makamına temlikte şufa* cereyan eder. Söylemeğe hacet yok ki, meşfua mütaallik muamelenin hukuk mahiyetini yanında alâkalıların bu muameleye verdiği isim değil, muamelenin mahiyet ve muhtevası ehemmiyeti hâizdir. Bu itibarla, meşfuun teslimine tekabul eden eda, mahiyet ve vasfı icabı para yerini tutan mücerret kıymetli eşyadan (altın çubuklar,kıymetli evrak)ibaret ise,*tırampa* halinde dahi şufa dermeyan edilebilir.Buna mukabil şufa hali teşkil etmeyen yâni(şufanın istimaline imkân vermeyen haller şunlardır:*küllî halefiyet*(miras yoluyla intikal),*mıra sın taksimi,ölüme bağlı bir teberrüün infazı,kaydı hayatla bakma*,bir şirkete sermaye olarak tahsis,hibe(hâkim,kısmentrampa veya hibe,kısmen bey«olan muhtelit bir akit karşısında bey mahiyeti-

nin galip olup olmadığını takdir eder), *Cebri artırma (feberal mahkeme kararları: c.44, KISM2, S.364)*, cebri icra organları tarafından yapılan rizaî satışlar *(LEEMANN: Art. 681, No.52)*, istimlak... Ancak, ilâve etmek gerekir ki bütün bu sayılan hallerde şufa hakkının istimal edilmemesi, bu hakkın, mâlikin değişmesile sukût edeceği mânasına gelmez. Filhakika şufa hali sayılmıyan muamelelerde dahi, tapuya şerh verilen şufa hakkı, yeni mâliki takyit edebilir.

ŞUfaya ait bu izahlar âmir kaideler mahiyetinde degildir. Bu itibarla şufa hali teşkil etmiyen temliklerde de şefiin, meşfuun kendisine devir temlikini istiyebileceği mukavele edebilir.

TEMYİZ MAHKEMEMİZ hangi hallerde şufa cereyan edəcegini bir çok kararlarında tesbit etmiş buluniyor:

1 — 14 Kânunu sani 1936 tarihli bir karare göre *tırampada* şûfa cereyan etmez.

2—Davadan sonra müddeialeh meşfu hisseui ahara hibe etse müddeinin dâvası sakit olmaz. Çünkü müşterinin bu hisseyi ahara hibe etmesi suiniyetine ve müddeiyi dâvadan feragat ettirmeğe muhavvel olduğuna ve hibenin iskatına dair kanuni bir hüküm yoktur.

3—Temyiz mahkemesi hissedarlar arasında şufa cereyan edecegini kabul ettikten sonra bu içtihadını değiştirmiş ve hissedarlar arasında şufa cereyan etmiyeceğine dair sabit bir içtihat tesis eylemiştir.

4— İhtiyari ve aleni müzayede, bu müzayede maliye tarafından yapılmış dahi olsa, şufa dâvası ummmî hükümlere göre görülür.

5 — Bir gayri menkulü hissedarlardan birisi üçüncü bir şahsa ölünceye kadar bakma şartile ve bundan sonra diger hissedar da hissesini başka bir şahsa adiyen ferağ etmiştir. Ölünceye kadar bakma şartı ile malı iktisap eden kimse şarta muallak mâlik sıfati ile şufaya sahiptir.(30 Mart 1931).

5 – İrs tariki ile şufa talebinde bulunan kimsenin kendisine intikal muamelesinin yapılmamış olması şufa dâvasının kabul ve görülmesine mâni değildir.

— Şufa dâvası açıldıktan sonra müşteri meşfu hisseyi başka kimseye satarsa HMUK ,nın 186, maddesi mucibince birinci müşteri hakkında şufa dâvasına devam edemeyip ancak bu maddede beyan olunana şıklardan birisini ihtiyar etmesi lâzımdır(*I, H. D. 1930/39*).

7 — Belediye ve imar planına göre şuyulandırılan gayri menkullerin satışında şufa cereyan edecegi HUKUK umumî heyetince 15/3/1935 tarihinde kabul edilmiştir.

8 — Artırma, eksiltme ve ihale kanununa göre yapılan satışta cereyan eder. Şufa müddetinin başlangıçı HMUK. 572. maddede yazılı ilk ilân tarihi degil, satışa ittila tarihidir.

b— Şufanın istimaline imkân veren muamele:

aa) Mal sahibi ile üçüncü şahıs arasında mal sahibine meşfuun mülkiyetini devir borcunu yükleten mukavelenin tamamlandığı anda şufa dermeyan edilebilir.

Şufa dermeyan edilmek için adı geçen mukavelenin ifa edilmiş olması şart değildir. Şufa dermeyan edilmek için, istimalini mümkün kılan akdin daha evvelce ifası şart olsaydı tapuya şerh verilmiyen şufa hakkını kullanmak imkâni kalmazdı(Federal mahkeme kararları 42, II, S. 34). Buna mukabil akıt yapma vadinde şufa dermeyan edilemez. Keza, satışa tekaddüm eden müzakereler veya bu müzakerelere girişmeden mâlikin mücerret meşfuu temlik etmek niyetini taşıması şufanın dermeyanına imkân vermez. Bu itibarla mal sahibi satış niyetini veya satış müzekkerelerinin şefie bildirerek hakkını kullanup kullanamıyacağını sorması üzerine şefi cevap vermekle mükellef degildir. Çünkü henüz hakkını istimal imkânı doğmuş değildir. Ancak, iş henüz niyet ve müzakere safhasında iken şefi hakkının istimlinden vaz geçebilir *(Federal mahkeme kararları: 54, 11. S. 145).* Ancak, fikrini bildirmesi için yapılan talebe şefi tarafından red cevabı verilmesi her zaman bir ferağatı tazammun etmez. Şefiin hakkını kullanmak kararını satışın yapılacağı tarihe talik arzusunu ifade edebilir. Bu cihetin tâyini, maddi hâdisenin takdiri çerçevesine girer. Şufa hakkı, satışın inikadı üzerine dermeyan edilebilir, dedik. Lâkin bu esas amir bir kaide değildir. Bu itibarla, şufa mukavelesinde, müzakereleri esnasında dahi şufanın dermeyan edilebileceği kararlaştırılmış olabilir. Bmnun gibi, satmak niyeti taşiyan mal sahibine, satış teklifini önce şefie yapması mecburiyeti de yükletilebilir(ki buna Almanca *Vorhand* denir)

bb) Mukavelenin muteber olması:

Şufa hakkı dermeyan edilebilmemk için, üçüncü şahısla yapılmış olan akdin yani satış mukavelesinin muteber olması lâzımdır. Şu halde bu akit bir makamın tastikine muhtaç ise bu tasdik yapılmalıdır. (Bak: M. K. 421) . Bu mukavele, şekil noksanı (M. K. 657), Temyiz

kudretinin bulunmaması (18), gibi bir sebeple muteber değilse şufa dermeyan edilmez. Yani şufanın istimali zımnında yapılan beyan hukuki bir hüküm hasıl etmez. Bnna mukabil, bu akit rizayı ifsat eden sebeplerin mevcudiyeti sebebile (B. K. 21. 23) nisbi butlan ile malulsa orada bir intizar hali mevcuttur. üçüncü şahıs müşteri akitle bağlı olmadığını beyan ederse şufa hakkını kullanmağa imkâan veren bey hükümsüz kalır (bu hükümsüzlüğün tesiri makabele şâmildir). Akde muvafakat eder veya bir yılık müddet (B. K. 21/1, 31) içinde akitle bağlı olmadığını bildirmezse aktin butlanı ileri sürülemez, ve şufanın istimaline mütaallik beyan mukable şamil olur.

cc) Satışın şarta bağlı olması şufanın dermeyanına mani değildir. Ancak, mükellef ile üçüncü şahıs müşteri arasında kararlaşan şartlar şefia da müessirdir. Bununla beraber, şarta muallak satışta dahi şufa hakkının kayıdsız ve şartsız istimâl edilebileceği ayrıca mukavele edilmiş olabilirir. Diger taraftan, satışta konulan şart, şufanın kullanılmamasından ibaret ise, bu şart şefia karşı hükümsüzdür. Filhakika, üçüncü şahıs müşterinin zarar ve ziyan taleplerine mahal vermemek için, mal sahibi, ancak şufanın kullanılmaması halinde cari olmak üzere satış yapmış olabilir (*Federal: mahkeme 49, II, S. 203*). Böyle bir şartın şefia karşı hükümsüz olacağı alman medeni kanununun 506. Maddesinde açıkca yazılıdır.

2—Şufa Hakkının İstimali

a) Bu hususta lüzumlu şartlar:

aa) İlk şart şufanın istimalini imkân veren bir muamelenin (*Şufa halinin)* vukuudur. Mal sahibi ile üçüncü şahıs arasında muteber bir surette akdin muteber bir surette yapılması üzerine şefi lehine doğan hak artık ihlâl edilmez. Bilhassa, satış akdinin sonradan feshi şefia karşı hüküm hasıl etmez *(Federal mahkeme kararları: 42.II, S.35)*.Zira şufa hakkının istimali üzerine *şefi ile mal sahibi arasında* bir satış mukavelesi vücut bulur. Bu satış, şefiin muvafakatı olmadan fesh edilemez. Yapılan satış fesh edildikten sonra dermeyan edilen şufa beyanı hüküm hasıl eder mi? Federal mahkeme bu ciheti hal etmemiştir. Profesör Haab bu suale müsbet cevap vermektedir. Çünkü bu müellife göre, satış muteber surette yapılmakla şufa hakkının istimâli için vücudu zaruri bulunan şart tahakkuk etmiştir.

Satış mukavelesinin İcra ve iflâs kanununda yazılı iptal dâvası ile feshi şefinin durumuna müessir değildir. Çünkü satış mukavelesinin muteber surette akdi ve şufanın istimali ile mal sahibi arasında

satış münasebti tekemmül etmiştir. Buna mukabil, satıştan sonra mal sahibinin ifâsı ile şufa hakkının istimalini imkânsız kılabilir.

bb) Şufa hakkının istimali için diğer bir şart, şufanın kullanılması imkânını veren muameleyi ve bu muamelenin esaslı şartlarını şefiin bilmesidir. Şefie bu bilgiyi vermek için meşfuun sahibine bir ***ihbar mükellefiyeti*** yükletilmiştir. Bu vazifenin ifası, şufa hakkının kullanılması için mutlak bir şart teşkil etmezse de bu şartın ihlâli şefiin zarar ve ziyan iddiasına esas teşkil edebilir. Bu ihbar vazifesi satış akdinin yapılması ile doğar. Şu halde meşfuun mâliki şefie sadece satış müzakerelerinden malumat verirse bu vazifesini yerine getirmiş olmaz, meğerki şefi bu malumat üzerine hakkını kullanmaktan vaz geçmiş olsun.

Bu ihbar yazılı şekle tâbi tutulmamıştır. Lâkin bu yazılı şekilde yapılacağı mukavele edilenir. İhbarın yazı ile yapılacağı mukavele edilmemiş olsa bile beyyine teminatı bakımından ihbarın yazı ile yapılması mal sahibi lehinedir. İhbar muhtevası itibarile, hakkını kullanmak hususunda bir karar vermesini mümkün kılacak bütün hususları (satış bedeli, satışın mevzuu, ödeme şatları..) şefia bildirmelidir.

İsviçrede bazı kantonlarda ihbar vazifesi tapu memuruna verilmiştir. Satış akdi üzerine mal sahibi ve müşteri tapuya muracaat ettiği zaman memur keyfiyeti hakkı tapuya şerh verilen şefi'a bildirir.

b) İstimale mütaallik beyan:

Şufa hakkının istimaline üteallik beyan, yeni bir hukuki durum inşa eden beyanlar zümresinderdir. Bu itibarla bir taraflı ve muhataba vusulü icap eden beyanlardandır. Bu beyan, bayü beklemediği bir hukuki duruma koyması itibarle hiç bir şart ihtiva edemez. Şufanın istimaline müteallik beyan geri alınamaz. Bununla beraber, muhatap, geri almağa müteallik beyana, şufanın istimaline müteallik beyandan önce muttali olursa istimale ait beyan hükümsüz kalır(B.K. 9/).

Şufa hakkı şefi tarafından kullanılmalıdır. Ancak müteaddit kimseler lehine mevzu bir şufa hakkının nasıl istimal edilecegi hakkında kanunumuzda bir hüküm yoktur. Alman medeni kanunun 513. maddesine göre şufanın bu kimselerin tamamı tarafından kullanılması icap eder. Bu kimselerden birisi hakkında şufa sukut eder veya bunlardan birisi şufa hakkını kullanamazsa şufa diger hak sahiplerinin tamamı tarafından kullanılır.

Şufanın istimaline müteallik beyan satıcıya tevcih edilmelidir. LEEMANN'A göre bu beyan, mal sahibine ve üçüncü şahıs müşteri

şefinin malumatı tahtında tescil edilmiş ve esasen şufa tapuya şerh verilmişse yeni mâlik sıfatı ile üçüncü şahıs müşteriye tevcih edilmelidir.

Bu beyan, şufa hakkının istimali iradesini şüpheye mahal bırakmayacak surette ifade etmelidir. Bu beyan bir şekle tâbi tutulmamıştır. Lâkin taraflar bu beyanı hususi bir şekle tâbi tutabilirler. Şefi mâlik olarak tescil edilirken, şufa hakkının istimal edildiğine ait beyanın bir vesika ile isbatına ihtiyaç vardır.

c) Şufanın istimali müddeti:

Satılan malın bir şufa hakkı ile mukayyet olması mal sahibi ve üçüncü şahıs müşteri bakımından bir emniyetsizlik durumu yaratır. Bu durum şufanın kullanılacağı veya kullanılmıyacağına dair bir yakın hasıl oluncaya kadar devam eder. Bekleme müddeti ilânihaye devam edemiyeceği cihetle kanun şefia hakkının istimal için bir aylık bir müddet tâyin etmiştir. Şefi bu müddet içinde hakkını kullandığını beyan etmezse şufa hakkı—hiç olmazsa bahis mevzuu satış için — sukut eder. Mahiyeti itibarile, bu müddet hakkı düşüren bir müddettir. Hilâfına bir mukavele olmadığı takdirde bu müddet bir aydır.

Tereddüt halinde bu müddet şefiin satışa ve satıcı ile üçüncü şahıs arasında akdedilen mukavelenin esaslı şartlarına vakıf olduğu tarihten itibaren cereyana başlar. Buna mukabil satış müzakerelerinin devamına veya akit yapma vadinin mevcudiyetine vukuf, bu müddetin cereyanına esas teşkil etmez. Şefiin ıttılâ şekli ahemmiyeti hâiz değildir (Federal mahkeme kararları :44,11, S. 172). Bazı kantonlarda şufanın dermeyanına imkân veren satış akdi tapuya intikal ettiği zaman,tapu sicil memurları tapuya şerh verilen şufanın sahibine keyfiyeti bildirir.Ve kendisine hakkını istimal için müddet bahşeder.

Şufanın İstimal Müddetine Ait Bazı Temyiz Kararları

Şefiin beye ıttılaı tarihinden itibaren bir ay içinde şufa dâvası ikame ettikten sonra da on sene takip edilmezse şufa hakkı sukut eder. Binaenaleyh şefi beye ıttıla tarihinden itibaren bir ay içinde şufa dâvası ikame etmiş iken dâvanın takip olunmamasından dolayı müracaata taliki tarihinden itibaren bilâmüracaat bir ay geçmesi şufa hakkının sukutunu müstelzim değildir.(I H.D. 4 HZİRAN 933).

2 — Mahkeme müruru zaman müddetini, taraflar müruru zaman iddaasında bulunmasa dahi re'sen nazarı dikkate almakla mükelleftir) 25/2/943).

3 — Şufa hakkı satışa ittiladan itibaren bir ay içinde kullanılmalıdır. Ittıla tarihi şahitle isbat olunabilir. Gayri menkul hakkında tapu memuru huzurunda akdedilen beye takadddüm eden harici sözleşme (yani müzakereler) müruruzaman esas ittihaz olunan şufa dâvası hakkında muayyen müddet memuru huzurunda vukubulan akde şefiin ıttılaı tarihinden başlar. Bunda dahi B. K. nın 130. maddesi kıyas yolu ile tatbik olunur.(I. H. D. 1833) III. H. D. ferağdan evvelki bir ıttılaın kanuni bir kıymeti olmadığını beyan ediyor, ki tabii bu karar yanlıştır(333. H. D. 937/36).

4 — Beye ıttıla müşteriye de ıttıla demektir. Binaenaleyh, Mehmede satıldığı zannı ile ounu aleyhine dâva açtıktan sonra muhakeme esnasında Ali'ye satıldığına mübrez resmî kayıtla müttali olan müddei hakında müruruzaman Ali'ye satıldığına mutaliğ olduğu tarihte başlar (22/ 12/930)

3 — Şufa hakkının istimalinden doğan neticeler

a) Bir satış vecibesinin teşekkülü

Bir inşaî hak olan şufa hakkı istimal edilmekle, bir satış akdî yapmağa lüzum olmaksızın, bir satış bağlamı, bir satış münasebeti doğar. Şufa hakkı tapuya tesçil edilmemiş ise bu münasebet şefi ve satıcı bakımından hak ve borçlar doğurur. Şufa hakkı tapuya şerh verilmiş ve şufa istimal edildiği zaman üçüncü şahıs müşteri tapuya mâlik olarak tescil edilmiş ise bu münasebet üçüncü şahıs müşteri ile şefi arasında teessüseder.

aa) Şufa borçlusu ile şefi arasında teessüs eden borç münasebeti, muhtevası bakımından, esas itibarile, satıcı ile üçüncü şahıs arasındaki satış akdinin aynıdır. Bununla beraber, bunun böyle olması zaruri degildir. Alâkalılar hususi şartlar mukavele etmekte serbesttirler. Üçüncü şahıs müşteri tarafından vadedilen fer'i edaları şefiin ifası mümkün değilse bu edaların yerine kıymetlerini ödemesi gerektir. *(Leemann, Art. 681, No73).* Satıcı satış bedelinin ödenmesinde üçüncü şahsa mühlet vermişse bu mühletten şefiinde istifade edebilmesi için şefiin ecele tâbi tutulan satış bedeli hakkında teminat vermesi lâzımdır.

bb) Şefiin ödemeğe mecbur olduğu meblağ:

aaa) Alelade şufada şefi, üçüncü şahıs müşterinin ödemeği taahhüt ettiği satış bedelini ödeyecektir.

Temyiz mahkememiz şufada bedel meselesine dair müteaddit kararlar vermiştir:

1 — Muvazaa ve ispat şekli: Şefiin bayi ile müşteri arasında tâyin olunan semeni müşteriye vermesi lâzım gelip mebiin kıymetini eda ile mükellef bulunmayacağı cihetle mebiin takdir olunan kıymetinin verilmesi yolsuz olduğu gibi muvazaa iddiasını ispat sadedinde gösterilen deliller ispata yetmezse dâvacının müddei aleyhe yemin teklifine hakkı olduğu bedihidir. (27 teşrini sani 1937).

2 — Şufada satış bedelinin muvazaalı olduğu iddiası mesmudur. Şefiin bayi ile müşteri arasında tâyin olunan semeni müşteriye vermesi lâzımdır.

3 — : Şefiin müşteri aleyhine bedeli müsemmanının miktarı hakkında dermeyan ettiği muvazaa iddiasının yazılı delillerden başka mahkemeye kanaat verecek delillerle ispatı caizdir. (II ilkkânun 1931),

4 — Fera'harcı: müşteri tarafından fer'harcı gibi ihtiyar edilmiş masrafları dahi şefi ifa ile mükelleftir. (10 Kânun 1931).

5 — Müşterinin muvazaa iddiası: Şufa dâvasında müddei aleyh meşfu hissenin bedeli tapu memuru huzurında beyan ve ikrar ettiği miktarın fazla olduğunu iddia edemez (18/3/934).

6 — Şufa hakkı sabit olarak hüküm verildikten sonra şefiin meşfu hisse bedelini müşterinin talebine karşı tesviyeden imtina etmesi şufa hakkının sukutunu mucip olmaz. Muşterinin bu baptaki ilâmını mevkii icraya koyarak mezkur bedeli tahsil etmesi lâzım gelir (I. H. D. 1933). Şufa hakkı birinci satıştaki şefiin hakkı taalluk eden bedel olup ikinci fera, esnasındaki bedel değildir (3. H. D. 938/56). I. H. D. aynı mahalde bir kararı vardır.

Hakkı tapuya şerh verilen şefi, gayri menkul üzerinde sonradan tesis edilen mükellefiyetleri terkin ettirdiği takdirde terkin edilen mükellefiyetlerin değeri bedele ilâve olunur.

bbb) *Mevsuf şufa hakkında*, şefi esas itibarile, şufa hakkını tesis eden senette tesbit edilen bedeli ödemekle mükelleftir. Lâkin mal sahibi satıştan önce meşfuun değerini azaltan fiil ve muamemelelerde bulunmuş olabilir (Şefi, mâlikin bu kabil muamelelerine mümanaatda bulunamaz). Şefi bu takdirde kararlaştırılmış bulunan bedelin indirilmesini istiyebilir. Keza, şufa hakkı tapuya şerh verildikten sonra gayri menkul üzerinde tesis edilen mükellefiyetler sebebile husule gelen kıymet eksilmesi de kararlaştırılan bedelden indirilir (şefi bu mükellefiyetleri doğrudan doğruya terkin ettirmek salâhiyetini de haizdir.). Buna mukabil, şufa tesis edildikten sonra mal sahibi

meşfu üzerinde yapdığı faydalı ve zaruri masrafların bedele ilâvesini isteyebilir (*Leemann: Art. 681. No76).*

b) Şefiin haiz olacağı mutalebeler :

Şufanın dermeyanı ile vücut bulan satış vecibesi (1) şefia, bayiden ifayı (yani meşfu menkul bir şey ise teslim, gayrimenkul ise şefi namına tescili) istemek salâhiyetini verir. Şufa borçlusu, sebebsiz olarak ifadan imtina ederse şefi gayri menkulün bulunduğu yer hâkimine muracaat ederek 665. madde mucibince mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini isteyebilir. Fakat yapılan satış üzerine üçüncü şahıs müşteri tapuya mâlik olarak tescil edilmemişse şefiin haiz olduğu hakları tâyin için bir tefrik yapmak lâzımdır:

aa) Tapuya şarh verilmiyen şufa hakkına ragmen gayri menkul başkasına satılır ve tapuya o yolda tescil yapılırsa, şefi lehine aynen ifa mümkün değildir. Şefi, şufanın dermeyanile kendisi ve şufa borçlusu (yani mal sahibi arasında vücut bulan satış mükellefiyetini ihlal eden mal sahibinden zarar ve ziyan isteyebilir (B. K. 97).

bb) Şufa tapuya şerh verildiği halde gayri menkul başkasına satılmış ve müşteri namına tescil yapılmış bulunuyorsa şefi lehine aynen ifa mümkündür. Çünkü tapuya verilen şerh, tasarrufu tahdit edeceğinden sonradan doğan haklar şefia karşı hükümsüzdür. Fakat şefiin mülkiyeti iktisabi ne suretle olacaktır?

Bu hususta İsviçreli müellifler arasında anlaşamamazlıklar vardır. ***Leemann*** (681. No. 70), ***Ostertag*** (madde 959 No. 6) adlı müelliflere göre, şefi, mülkiyeti kendisine devretmesi hususunda ***tapuya müseccel müşteri*** aleyhine dâva açmalıdır. Profesör ***Haab*** bu fikirde değildir. Bu müellife göre mülkiyetin devrine matuf olarak tapuya müseccel müşteri aleyhine açılacak dâva mesnetten mahrumdur. Zira şufa hakkı üçüncü şahıs müşteriyi alâkadar etmeyen, ona müessir olmıyan bir hususdur. Bu itibarla, tapuya şerh verilen şufa hakkı sahibi, tapuya mâlik sıfatila tescil olunan üçüncü şahıs müşteriye karşı 975 mücibince ***tapu sicillinin tashihi*** dâvasını dermeyan etmelidir. Filhakika, tapuya şerh verilen şufa hakkına ragmen, meşfuu satın alan üçüncü şahıs müşterinin mülkiyeti iktisabı, şufa hakkının kullanılmaması şartına muallaktır. Bu şart tahakkuk etmez, yani şefi

[1] Bu satış vecibesi, daha doğrusu, bu satış münasebeti, mal sahibi ile üçüncü şahıs müşteri arasındaki satıştan müstakildir. (*Rossel — Mentha C.* 11, S. 559 ve bu müellifi takiben *İ. Postacıoglu: Hukuki B. Mec. S. 7099*) tarafından müdafaa edilen fikir şudur: şefi şufa hakkını istimal etmekle üçüncü şahıs müşterinin verini alır, ortada mal sahibi ile üçüncü şahıs ve şefi ile mal sahibi arasında ayrı ayrı iki satış değil, bir satış vardır.

müddeti içinde hakkını kullandığını bildirirse müşteri mülkiyeti iktisap edemiyeceğinden namına yapılmış olan tescil sebepsiz ve haksız bir tescil mahiyetini alır. (M. K. 974). Bayi mâlik sıfatını muhafaza eder. Görülüyor ki bu müellifin kanaatında, hakkı tapuya şerh verilen şefi, bayi ve üçüncü şahısla uyuşamadığı takdirde şefi tapuya müseccel müşteriye karşı madde 975 mücibince ***tapu sicillinin tashihi dâvası*** bayie karşı da 665, madde mücibince ***mülkiyetinkendisine aideyetine karar verilmesi dâvasını*** açar.

Profesör Homberger daha başka bir fikir müdafaa eder: tapuya şerh verilen şufaya ragmen meşfuu satın alan üçüncü şahıs, ancak şufa hakkı müddeti içinde kullanılmamış olmak şartile meşfuu iktisap edebilir. Demekki üçüncü şahıs müşterinin iktisabı ***taliki bir şarta bağlıdır***. Bu şart, tapuya verilen şerh sayesinde üçüncü şahsa karşı da hüküm ifade eder. Bu düşüncelerden ötürü, tapu memuru tapu sicilli nizamnamesinin 12. maddesi gereğince müşteri namına tescil yapmak için bu şartın ademi tahakkukunu beklemek zorundadır. (Yine bu müellifin ifadesine göre, bal, bern, şafuz kantonlarında tapu sicil tatbikatı bu merkezdedir).

Diğer taraftan, tapuya verilen şerhe ragmen, müşteri namına tescil yapılmışsa ***Homberger***, müşteri ve mal sahibi aleyhine ayrı ayrı iki dâva açmak icap ettiğini kabul etmez. Bu müellife göre, tapuya verilen şerh sayesinde mülkiyetin devrine müteallik mütalebe tapuya müseccel müşteriye de dermeyan edilebilir. Bu itibarla gerek mülkiyetin iadesi, gerek tapu sicillinin tashihi dâvaları müşteriye karşı tevcih edilebilir.

Fikrimizce ***Haab***'ın fikri fazla nazari ve sun'idir.

Filhakika, gayri menkul mülkiyetinin şarta muallak olarak nakli gibi bir düşüncenin bu fikre esas teşkil ettiği görülmektedir. Halbuki bu cihet tapu sicilli tarafından kabul edilmemiştir. Diğer taraftan, meşfuun üçüncü şahsa satılması halinde, müşteri ile bu müşteri arasında, şefiin hakkını kullanmaması kaydile bu satışın hüküm ifade edeceğine dair tekmik manada bir ***şart*** dahi mevcut değildir.

Bize göre, hukuki durum şöyle izah edilmek lâzımdır:

şufa tapuya şerh verildiği halde üçüncü şahsa satılan ve onun namına tes cil olunan meşfu, üçüncü şahıs müşteriye kayıtsız ve şartsız intikal etmiş ve müşteri mâlik sıfatını almıştır. Ancak, şefii yeni bir satış vecibesi tevlit etmeğe mâtuf inşai hakkını, tapuya verilen şerh sayesinde her mâlike yani tapuya mâlik olarak tescil olunan müşteriye karşı da dermeyan edebilir. Bu suretle şefiin dâvası doğrudan

doğruya müşteriye teveccüh eder. Bedelin müşteriye verilmesi icabeder. Esasen *temyiz mahkememizin* bir çok kararlarında bu cihet açıkca beyan edilmiştir. Birinci hukuk dairesinin 28-10-938 tarihli bir kararına göre şuf'a dâvasında gayri menkulün şefi namına tescili ve bedelin kendisinden tahsili hüküm altına alınmalıdır. Yoksa «dâvacı, bedeli, dâva olunana verdiği surette dâva olunan uhdesinde yazılı hissenin terkin ve iptali ile dâvacı namına tesciline» diye şarta muallâk olarak verilen hüküm yolsuzdur. Satış bedelinin dâvacı şefiden alınıp *dâva olunan müşteriye* verilmesine ve meşfu hissenin de dâvacı şefia temlik ve tapuca uhdesine tesciline hükmolunmak iktiza eder.

Federal mahkemenin iki kararında(Cilt 44 kısım 2 sah. 365, cilt 42, kısım 2 sah. 32), şufa tapuya şerh verildiği surette şefiin açacağı dâvanın müşteriye teveccüh edeceği beyan edilmekte, ancak bu hususta hukuki bir izaha girişilmemektedir.

Söylemeğe hacet yokki, müddeaaleyh ortada bir şufa hakkının bulunmadığını, veya şufanın dermeyanını mucip bir muamele olmadığını (meselâ ortada bir satış değil bir hibe, ölünceye kadar bakma akti bulunduğunu), şefiin hakkını istimal müddetini geçirmiş olduğunu .... ileri sürebilir.

Şufa hakkının tesisinden sonra meşfu üzerinde tesis edilen aynî mükellefiyetlere gelince: Şufa tapuya şerh verilmediği takdirde şef'bu mükellefiyetlerin mevcudiyetine itiraz edemez. Sadece zarar ziyan isteyebilir. Buna mukabil, şufa hakkı tapuya şerh verildiği takdirde, şefii muvafakatı olmaksızın sonradan tesis edilen ve kendisine zarar veren aynî mükellefiyetler hakkında tashih dâvası açabilir. (*LEEMANN: ART.* No. 76)

Şuf'a hakkının tapuya şerh verilmesi mal sahibinin tasarrufunu tahdit eylediğinden, şerhten sonra tesis olunan aynı mükellefiyetler şefii hakkını kullandığı takdirde, *haksız bir tescil* mahiyetini alır.

c) Satıcının mutalebeleri:

Burada en mühim mesele şudur: Şufa hakkı istimal edildiği zaman satıcı (yani meşfuun sahibi,)satış bedelini kimden talep edebilir?

HAAB'a göre, bedeli talep hakkı, şuf'anın istimali ile ilk mâlik ve şef'i arasında kurulan satış münasebetine dayanup daima mâlike aittir. Üçüncü şahıs müşteri, bedeli daha önce mal sahibine tediye ve mâlik sıfatı ile tapuya tescil edilmiş bulunsa dahi şefiden satış bedelini isteyemez.

HAAB'ın bu kanaatı, daha önce izah ettiğimiz nazariyesine uygundur. İsviçre müelliflerinin çoğu tapuya mâlik sıfatı ile tescil edi-

len müşterinin—satış bedelini ilk mâlike ödememiş bulunsa dahi—şefiden satış bedelini isteyebileceği kanaatındadır [1].

Biraz önce müdafaa ettiğimiz kanaat bizi de bu müelliflerin kabul ettiği neticeye götürmektedir. Hiç şüphe yokki ilk mal sahibi müşteriden satış bedelinden mütevellit alacağını dâva eder. Ve bunu temin için şefii tarafından bu müşteriye ödenecek bedeli haciz ettirebilir.

Wielland, üçüncü şahıs müşteri mal sahibine karşı satıştan doğan vecibelerini ifa ettiği takdirde semenin şefi tarafından kendisine verileceğini beyan etmektedir. Üsküdar mahkemesi de 935 yılında verdiği bir kararda bu fikri iltizam etmiştir[2].

Bu usul amelî olmakla beraber kukukî değildir. Çünkü, daha önce izah ettiğimiz gibi, şefi hakkını dermeyan etmekle şefi ve tapuya müseccel müşteri arasında yeni (yani müşteri ile ilk satıcı arasında akitten müstakil) bir satış münasebeti teessüs etmişti. Bu ikinci satışın hükümlerini birincisine bağlamak doğru olmaz.

Bundan başka, mevsuf şufada (yani şefiin vereceği bedel iptidaen şufa mukavelesinde tâyin edilmişse) meşfu üzerinde mal sahibi tarafından yapılan faideli ve zaruri masraflar da ayrıca tazmin edilmek icabeder.

d) Üçüncü şahıs müşterilerinin mutalebeleri:

HAAb ve Guhl'a göre, üçüncü şahıs müşteri—tapuya tescil edilmiş ve bedeli ödenmiş bulunsa dahi şefie karşı hiç bir mutalebeye mâlik değildir. Tapuya şerh verilen şufaya rağmen tapuya mâlik sıfatı ile tescil edilmişse şefiin talebi üzerine tapu kaydını şefi lehine tashih ettirmekle mükelleftir.

Buna mukabil üçüncü şahıs müşteri satıcıdan: (1 — evvelce ödemiş ise satış bedelinin iadesini, 2 — icabında, satış mukavelesinin hükümlerini yerine gitirmediginden dolayı, tazminat istiyebilir. Yukarıdada işaret ettigim gibi, bazı müellifler bu kanaata iştirak etmezler. ve tapuya mâlik olarak tescil edilen üçüncü şahıs müşteriye bedeli istemek hakkını tanırlar.

[1] *Leemann*: madde 681 şerhi No. 72, *OSTERTAG*: madde 959 şerhi No. 35, *ROSSEL — MENTHA*: Cilt 2, Sahife 359. Bilmünasebe arzedelimki, *Bay İ. Posta oğlu* tarafından daha evvel zikrettiğimiz makalede, Rossel'in "bedeli mebiin her ne suretle olursa olsun şahsi salise değil, bayie tediyesi lâzım gelir„ fikrinde bulunduğuna dair yapılan beyanda (bak: *Hukuki Bilg mec*. Sah. 7098) bir zuhul bulunduğu açıktır. Çünkü *Rossel*'in ikinci tabının ikinci cildinin 359 uncu sahifesinde yazılı fikir sarihtir.

[2] *Hukuki bilg. Mec* 1939 Ağustos, Sah. 790

4 — Tapu Sicilli Bakımından Durum:

Bu durumu kavramak için şufa hakkının tapuya şerh verilip verilmemiş olmasına göre bir tefrik yapmak lâzımdır.

a) Şufa tapuya şerh verilmemişdir:

Şufa Ancak üçüncü şahıs müşteri tapuya tesciledilmeden önce dermeyan edildigi takdirde, şefi tapuya mâlik olarak tescil olunur. Bunun icin,şefiin tapuya tescil hususunda tasarruf ehliyetini haiz satıcının yazılı bir tescil talebinde bulunması lâzımdır. Bu talepnameye şunlar eklenmelidir: şufa mukavelesi, şufanın istimal edildiğini müsbit yazı, satıcı ile üçüncü şahıs arasında mevcut satış mukavelesi (şu halde şefiin tescili için, satıcı ile şefii arasında resmi şekilde satış mukvelesi tanzimine ve bu mukaveleyi tescilin hukukı illeti olarak tapu memuruna ibraza aslâ ihtiyaç yoktur).

Mal sahibi ğayri menkulü satar ve ğayri menkul müşteri namına tescil olunursa şefiin hakkı mal sahibinden zarar ziyan istemek hakkına inkılap eder. Artık ğayri menkulün kendi namına tescilini isteyemez. Ancak, namına tescil yapılmasına muvafakat ederse ortada bu müşteri ile şefii arasında yapılan yeni bir satış ve tescil mahiyeti mevcuttur.

b) Şufa tapuya şerh verilmişse:

Müşteri mâlik sıfatı ile tapuya tescil edilmeden önce şufa dermeyan edilirse yapılacak muamele basitdir: Satıcının şefii namına tescil yapılmasına mütedair talebi namesi ile birlikte şufanın istimal edildigini gösteren yazı, satıcı ile müşteri arasında yapılmış bulunan resmi satış mukavelesinin ibrazı üzerine, şefii tapuya mâlik olarak tescil olunur (Şufa mukavelesi, şufanın şerhi münasebetile tapu dairesine evvelce verilmiş bulunduğundan ayrıca ibrazına hacet yoktur.)

Müşteri mâlik sıfatı ile tescil olunduktan sonra şufa dermeyan olunursa tapu sicilli bakımından yapılacak muamele nazariyatta munakaşaları mucip olmaktadır:

Daha evvel söyledigimiz gibi bazı İsviçre kantonlarında (Bal), Berne, şafız) ve Avusturya tatbikatında üçüncü şahıs müşterinin tescil edilmesi için tapuda meşru şufanın müddeti içinde kullanımamış bulunmasının isbatı gerekir. Tabii bu usul takıp edilen yerlerde vaziyet ğayet basittir. Çünkü şufa müddeti geçmeden müşteri tescil edilemez.

Zaten bir çok müelliflerin kanaatına göre,şufa hakkının tapuya şerh verilmiş bulunması müşteri namına tescil yapılmasına mani degildir.

Bu itibarla şufa hakkının tapuya şerh verilmesine ragmen,satıcı müşteri lehine tescil talep ederse bu talebi reddetmek için bir sebep yoktur. Lâkin müşteri namına tescil yapıldıktan sonra şefi hakkını kullanırsa tapu sicilli bakımından nasıl bir durum hasıl olur? *Haab* tarafından müdafaa olunan fikre göre, tahakkuku lâzım gelen şart, yani şufanın kullanilmaması keyfiyeti, tahakkuk etmediginden müşteri namına yapılan tescil haksız bir tescil mahiyetinde olup mülkiyet satıcı uhdesindedir. Bu itibarla, *Haaba*,ın fikrince şefii namına tescil yapılmak için tapuya ibrazı icabeden vesikalar arasında şu iki belgenin de bulunması lâzımdır; 1— tapuya müseccel müşteri namına yapılmış tescilin terkinine bu müşterinin muvafakatini bildiren yazı (veya eger müşteri terkine müvafakat etmezse madde 975 mucibince aleyhine açılan tashih dâvası sonunda verilen hüküm) 2 — satıcının şefii lehine tescil yapılmasına mükdair talebi talebi. Çünkü *Haab*,a göre müşterinin iktisabı için gereken şart tahakkuk etmediginden mülkiyet satıcının uhdesinde baki kalmiştır. Bu itibarla, şefii namına tescil yapılmak için satıcının talebi lâzımdır.

Haab ın düşüncesi bize karışık görülmektedir. Daha önce izah ettigimiz gibi tescil ile mülkiyet müşteriye intikal,etmiş şefiin şufa hakkını istimal eylemesi ile (yani şefiin bir taraflı beyanı ile,) müşteri ile şefii arasında (muhtevası itibarile evvelki satış münasebetinin aynı olan) bir satış münasebeti teessüs eylemiştir. Şu halde tapuya ibraz edilecek vesikalar:

1 — şufa mukavelesi, 2 — satıcı ile müşteri arasındaki resmî satış akdi,

3 — Şufanın istimaline mütaallik yazılı beyan, 4 — tapuya müseccel müşterinin şefii namına tescil yapılmasını istemesi. Müşteri rızası ile böyle bir talepte bulunmazsa şefii medeni kanunun 655 inci maddesi geregince, kendisinin bir taraflı beyanı ile tessüs eden satış münasebetine istinaden mülkiyetin kendisine aidiyetine karar vermesine dair açtığı dâvada alacağı hüküm, bu beyan yerine geçer. teklif ettiğimiz bu izah tarzı, şufa dâvasının tapuya müseccel müşteri aleyhine açılacağı yolundaki muttarit temyiz içtihadına da uygundur.

Şefi namına yapılan tescil münasebetile yeniden ferağ harcı alınacakmıdır?

Tapu sicilli bakımından ortada bir nakli mülkiyet bulunduğundan bu suale müsbet cevap vermek icabeder. *Haab*, üçüncü şahıs müşterinin haksız tescilinden doğan fuzuli masraflar arasında bu ikinci intikal harçlarını saymakta ve bu masrafların ilk satıcıya tereddüp edeceği kanaatinde bulunmaktadır. Bu müellife göre böyle bir hal

şekli, satıcıya, şufa müddeti içinde müşteri namına tescil talebinde bulunmasına mâni olacaktır. Honberger'de tapu sicilline vâki şekli tescil keyfiyetinin ikinci bir ferağ harcına tâbi olacağı mütalâasındadır. ***Allgäuer*** (sahife 33), ***Bern*** Adliye komisyonunun bir kararı ikinci defa ferağ harcı alınması merkezindedir. ***Ostartag*** bu hususda müteredditdir.(madde 995 şerhi)

Şefii tapuya mâlik olarak tescil edildiği zaman şufaya mütaallik şerh resen terkin olunur.

*
* *

Kanuni Şufa Hakkı

Bu gün medeni kanunumuza göre biricik kanuni şufa hakkı, müşterek mülkiyette hissedarlar menfeatine mevzu şufadır. Medeni kanunun 658 inci maddesine göre hissedarlardan birisi hissesini üçüncü bir şahsa sattığı vakit diğer hissedalar şufa haklarını kullanabilirler. Buna ***müşterek mülkiyetten mütevellit şufa hakkı*** demek mümkündür. (Retractus ex jure comdomminii)

Gayesi:

Kanuni şufanın gayesi vaktile, kanuni şufa müessesesi ile takip edilen gayenin tamamen zıddıdır. Eskiden bir ailenin fertleri toprağa çok bağlı idi. Aynı toprak üzerinde yaşarlar, severler ölürlerdi. Bu kadar yakın ve mânevi bağlarla bağlandıkları toprağı onlara bırakmakta yabancıların aralarını girmesine mani olmakta büyük menfaat vardır.

Halbuki bu gün müşterek mülkiyette kabul edilen kanuni şufanın gayesi bütün başkadır. Bu gün müşterek mülkiyet, hissedarlar arasında işletme bakımından ihtilâflara yol açtığından gayri iktisadi bir müessese sayılmaktadır. Bütün hisselerin bir veya mahdut hissedarlar elinde toplanması gayesini temin etmek için hissedarlara şufa hakkı bahşedilmiştir. Böyle olmasa idi hissedarlardan her birisi hissesini istediğine satabilecek ve aynı gayri menkul üzerinde müşterek mülkiyet münasebeti taksim yapılmak uzun zaman devam edebilecektir. Bundan başka müşterek mülkiyette kanuni şufa usulünün kabul edilmesinin ikinci bir sebebi şudur: Bir gayri menkul üzerine müşterek mülkiyetin teessüsü bir terekeden taksimi mümkün olmıyan ve satılmamış bulunan bir gayri menkulün mevcut olmasından ileri gelir.

Bu takdirde mirasçılar bir hissenin bir yabancıya geçmemesini temin etmek için şufa haklarını kullanırlar.

Menkullerde hukukî durumu tapu sicilli gibi bir vasıta ile doğ-

ru bir şekilde bilmek mümkün olmadığından hissedarlar lehine kanunî bir şufa hakkı etmekte faide görülmemiştir.

Kanuni Şufa Hakkının Mahiyeti:

Eskiden kanunî şufa hakkı *intizarî* mahiyette bir aynî hak (expectative) sayılıyordu. Filhakika, mülkiyetin üçüncü şahsa intikali bir taraftan mâlikin iradesine bağlı temlik keyfiyetine, diğer taraftan bir geri alma hakkı mahiyetini taşıyan şufa hakkı sahibinin iradesine bağlı idi. Şufa hakkı sahibinin dâvası yalnız mal sahibini değil, malı hüsnü niyetle iktisap eden müşteriye karşı da tevcih edilebilirdi.

Acaba kanununuzdaki kanuni şufa hakkının mahiyeti nedir? 659 uncu maddenin ifadesine göre bu hak, hisseyi iktisap eden bütün üçüncü şahıslardan gayri menkulü geri almak salâhiyetini verdiği için aynî bir hak sayılabilir.

Allgauer, s. 10, ***Rossel — Mentha, Wieland*** bu fikirdedir. Lâkin son zamanlarda yayılan bir fikre göre kanuni şufa hakkını ***aynî bir hak*** telâkki etmeyip, muayyen bir gayri menkulün mâlikine ait ve muayyen hisseyi iktisap eden üçüncü şahsa müteveccih ve—tapuya şerh verilen bir hak gibi - kanunen tasarruf kudretini tehdit eden ***şahsi bir hak*** saymak daha doğrudur. ***(Haab, Madde 681/682 No:51)***

DOGUŞ VE SUKUTÛ:

Kanuni şufa hakkı bir gayri menkul üzerinde müşterek mülkiyetin teessüsü ile kendiliğinden doğar. Bu hak tapuya şerh verilen mukaveleyi şufa hakkının tesirini haiz olup ayrıca şerh verilmesine lüzum yoktur. Bununla beraber, hissedarlar şufa hakkının istimali hakkında bazı hususi şartlar (meselâ önceden bir fiat) tesbit etmişlerse böyle bir anlaşmanın 3 üncü şahıslara karşı muteber olması için resmî senede rabıtedilmesi ve tapuya şerh verilmesi lâzımdır.

Kanuni şufa hakkından ***feragat*** caridir: Gerek bütün hissedarlar, gerek bazı hissedarlar kendi aralarında kanuni şufanın cari olmayacağını mukavele edebilirler. Lâkin böyle anlaşmanın hüküm ifade etmesi için resmî şekilde bir mukaveleye raptı ve tapuya tescili lâzımdır. ***(Haab: sahife 424 No — 52 Fedaral mahkeme***: cilt 51 kısım 2. S. 22, temyiz 1. h. D. 1901—2169); çünkü bu hal 682—2 mucibince, mülkiyet hakkının kanuni bir tahdidinin ilğası veya tağdili mahiyetindedir.

Feshedilen kanuni şufa hakkı yerine muayyen şartlarla mukavelevî bir şufa hakkı tesis olunabilir.

Satış mukavelesinden önce dahi şufa hakkının istimalinden bir defaya mahsus olarak vaz geçilebilir. ve bu feragat hiç bir şekle tâbi değildir. *(Fedaral mahkeme, cilt 51 kısım* 2. s. 144)

Kanuni şufa hakkı müşterek mülkiyet münasebetinin ortadan kalkması ile sukut eder; ğayri menkulün üçüncü bir şahsa kâmilen satılması bütün hisselerin bir hissedarın elinde toplanması gibi. Buna mukabil, müşterek mülkiyet vaziyeti devam ettikçe hissedar durumuna giren her şahıs şufa hakkına mâlik ve şufa ile temlik hürriyeti mahduttur. yani müşterek mülkiyet münasebeti devam ettikçe hissedarların şufa hakkı müruru zamana uğramaz.

KANUNİ ŞUFADA HAK SAHİBİ VE HAKKIN MEVZUU:

Hissedarlardan her biri hem şefii, hemde şufa ile mükellef şahıs vaziyetine geçmiştir. Yani şufa hakkı ve şufadan doğan mükellefiyet hisse üzerindeki mülkiyete bağlıdır.

KANUNİ ŞUFANIN MUHTEVASI VE HÜKÜMLERİ:

a) Mukavelevi şufanın dermiyanını mucip haller (yani satış) kanuni şufada da tamamen caridir. Aradaki fark şunlardır: bir kerre, kanuni şufanın dermiyan edilebilmesi için hissenin *üçüncü bir şahsa satılması* lâzımdır. Hiç bir şüpheye yer vermiyecek kadar açık olan bu noktada temyiz mahkememiz bazı mütenakız kararlar verdikten sonra 1940 yılında verdiği bir tevhidi içtihat kararı ile bu cihetı kesin olarak kabul etmiştir.

Acaba kanuni şufa, mukavelevi şufanın hilâfına olarak *cebri müzayide* halinde ceryan edermi? *Alman medeni kanununun* 512 inci maddesinde satış, cebri müzayide yolu ile veya iflâs idaresi tarafından yapıldığı takdirde şufa hakkının sukut edeceği yazılıdır. Aynı kanunun 1098 inci maddesi, iflâs idaresi tarafından yapılan *rizai satış* halinde şufa hakkının istimal edilebileceği kabul olunmuştu. İsviçre medeni kanununda böyle sarih bir hüküm yoktur. Alman medeni kanununun hükmüne benzer bir maddenin kanuna ilnali teklifi mütehassıslar komisyonunca reddedilmişti. Diğer tarafdan bazı müellifler (*Ostertağ*: S. 188 madde 959 No: 38 a, *Leemann*: Madde 681, *Rossel—Mentha* birinci tabı 681 şerhi, *Allgäuer* S.121), İsviçre kanununda alman kannununundaki hükme benzer bir hüküm bulunmaması itibarile alelıtlak cebri müzayidede şufanun ceryan edeceği fikrini müdafaa etmişlerdir.

Lâkin *Fedaral mahkeme* 1918 yılında verdiği bir kararında (cilt 40 da, kısım 2. s. 365) cebri müzayidelerde şufanın ceryan etmeyece-

ğine karar verdi. Bunun üzerine *Rossel ve Mentba* fikrini değiştirdi (ikinci bası cilt 2 S. 257) Tuor' da bu fikri takip ediyor S. 480). *Temyiz mahkemesi* 1. Hukuk dairesi 931 tarih ve 4217 karar sayılı bir ilâmda cebri müzayide de şufanın ceryanını kabul etmişti. Lâkin aynı dairenin iki şubat 1930 tarihli bir kararı ile 15—Mart—1940 ta rihli ğayet dolanbaçlı bir dille yazılmış bulunan bir tevhidi içtihat kararı cebri müzayidede şufanın ceryan etmeyeceğini tesbit eylemektedir.

Burada bir noktanın açıklandırılmasını faideli görüyoruz: Federal mahkemenin Rossel tarafından iktibas edilen ve cebri müzayidede şufa ceryan etmiyeceğini tesbit eden kararı *mukavelevi* şufaya mütaallik. İsviçre yüksek mahkemesinin gösterdiği mucip sebepler bu nevi şufaya kabili tatbiktir.

Kanuni şufa ile alâkalı değildir. Esasen, İsviçrede gayrı menkullerin cebri icra yolu ile paraya çevrilmesine mütaallık 23 nisan 1920 tarihli federal mahkeme nizamnamesinin ikinci maddesini takiben aynı mahkemenin 7 ilkteşrin 720 tarihli talimatının 32 inci bendinde *kanuni şufa hakkını cebri icra haliude ceryan edeceğini gösteren hükümler* vardır. Bu bende göre bir hissenin satılması halinde diğer hissedarlar şufa haklarını kullanmak üzere davet olunur. Bu merasime riayet olunmazsa ihale fesih olunabilir. Federal mahkeme bu nizamnameye dayanarak kararlar da vermiştir. (cilt 51 kısım 3 S. 167, cilt 55 kısım 3 S.163)

Buna mukabil kanuni şufa tıbkı mukavelevi şufa gibi trampa halinde ceryan etmez. Fakat Trampa mücerret bir kıymeti haiz bir şeyle bir gayrı menkulün değiştirilmesi suretinde olur, veya muvazaalı bulunursa kanuni şufanın cari olacağı muhakkaktır.

b) Mukavelevi şufanın istimaline mütaallik hükümler kanuni şufanın da istimalinde caridir. Yani şufanın dermeyan edilebilmesi için hissenin müteber şekilde salılması lâzımdır. Şefiin satışa ve satışın esaslı unsurlarına ıttıla kesbetmesi lâzımdır. Ittıla için mücerret 658 inci maddenin ikinci fıkrası mucibince şefesatışaın ihbarı kâfi değildir. Bir aylık müddet, şefii, satışdan ve esaslı şartlarından haberdar olduğu tarihden itibaren ceryana başlar(Federal mahkeme 44,2, S. 385), hakkın istimaline mütaallık beyan, hakkın istimal müddeti ve saire hususunda verdiğimiz mukaveleler şufa bahsinde izahlar aynen kanuni şufaya tatbik olunur.

Keza, kanuni şufa müşterinin tescilinden önce satıcıya, müşterinin tescilinden sonra müşteriye dermeyan olunur. (*Haab* başka fikir-

dedir: 681/682 no. 55).

Hissedarların sayısı ikiden ziyade ise her biri hakkında, şufa müddeti, federal mahkemenin kararlarına göre (44,2, S. 34) ittıla tarihinden itibaren bir aydır. Mütaaddit hissedarlar müddeti içinde şufa haklarını kullanırlarsa satılan hisseyi hisseleri ile mütenasiben iktisap ederler. [1] Bakınız: Haab 681/682 no. 55, Leeman: 682 No 19, Wieland 682 şerhi.

Temyiz mahkemesi birinci hukuk dairesi, 17 teşrin 929 tarih ve 4321 sayılı bir kararında hem hissedarlar arasındaki satışda şufa ceryan edeceğini, hem de meşfuun hissedarlar arasında mütesaviyen kayıt ve tescili lâzım geleceğine karar vermiştir. Bu karar kanunun ruhuna uygun olmasa gerektir: müşterek mülkiyet iktisabı bakımdan mahzurlu olduğu için kanuni şufa hakkı kabul edilmiştir. Kanun bu şekil mülkiyetin bir an evvel zeval bulmasını temin için bütün mülkün tek bir hissedar veya bir kaç hissedarın elinde toplanmasını ister. Eğer şufa hakkının hisse adedi ile mütenasiben istimali kabul edilirse bu gaye daha çabuk tahakkuk eder.

Kanuni şufa hakkı ile mukavelevi şufanın içtimai bir hisşedar kendi hissesi üzerinde hissedar olmıyan bir şahıs lehine mukavelevi bir hisse tesis eylemişse, kanuni şufa, mukavelevi şufaya takaddüm eder. Çünkü müşterek mülkiyet münasebeti ile birlikte ve aynı zamanda kanuni şufa hakkı doğmuştur. Mukavelevi şufa ancak kanuni şufa kullanılmadığı takdirde tatbik olunur.

c) Kanuni şufanın istimalinde doğan durum tapu sicilli bakımından yapılacak muamele hususunda mukavelevi şufa hakkında verdiğimiz izahlar kanuni şufaya aynen tatbik olunur.

*
* *

Bibliografya Haab : Des Sachenrecht. 1936.
Allgäuer: Das Vorkauf-recht. 1918.
Rossel — Mentha: Ma uel du drvitcivril. 1922
Wieland—Bovay: Les drvrits réels 1912
Temiz m. kararları.
Federal mahkeme kararları.

[1] Birinci hissedar müddeti içinde şufayı dermeyana edip mal hâkimin hükmü ile namına tescil edildikten sonra, satışa mntalli olan diğer bir hissedar şufa dermeyan edebilirmi ? Edebilirse hasım kim olur ? Bu hususta biz temyiz kararı bulamadık. İsviçreli şarhleri ve Federal mahkeme de bu hususta mutalaa beyan etmemiştir. Kanunun hissedarlara tanıdığı hak ancak ittila tarihinden itibaren bir ay içinde şufanın kullanılmaması ile sukut edeceğine göre, ikinci şefiin hakkı bütün hissenin birinci hissedar lehine tescil edilmesine rağman, mahfuzdur. Bu hak, hissenin temamını tefrruğ eden birinci hissedara karşı istimal edilebilir, kana- atındeyiz.

Resmî Gazetede neşrolunan Tevhidi içtihat kararları

Kararın Tarihi	No. su	Özü	Resmî Gazetenin No. su	Tarihi
3/3/1943	49. E. 12. K.	Ödünç Para Verme Kanununun Murahabaha nizamnamesini ilga etmediği H.	17/7/1943	5458
5/5/1943	8. E. 18. K.	497 sayılı kanun hükmünün ancak 1338 senesinde geri alınan Trakya ve havalesi mültezimlerine münhasır olduğu H.	5/8/1943	5474
2/6/1943	12. E. 21. K.	2566 sayılı kanun hükmünün, borçlarından bir kısmını mezkûr kanununun meriyetinden evvel ödemiş bulunanlara da teşmili H.	5/8/1943	5474

Resmî Gazetede neşredilen Koordinasyon Heyeti kararları

Kararın Tarihi	No. su	Karar Sa.	Resmî Gazetenin Tarihi	No. su
2/7/943	20194 2	455	9/Temmuz/943	5451
2/7/943	20194 2	456	9/Temmuz/943	5451
8/7/943	20256 2	458	15/Temmuz/943	5456
8/7/943	20237 2	459	15/Temmuz/943	5456
8/7/943	20289 2	462	15/Temmuz/943	5456
8/7/943	20235 2	457	14/Temmuz/943	5455
16/7/943	20302 2	461	24/Temmuz/943	5464
26/7/943	20358 2	464	28/Temmuz/943	5467