ADLİYE
DERGİSİ

YIL: 35 Birinciteşrin 1944 SAYI: 10

ADLİYE VEKİLLİĞİ TARAFINDAN
NEŞROLUNUR

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası

Adliye Dergisine abone olma ve kitap satın alma şartları

I — Adliye dergisine abone olmak veya Adliye Vekâleti tarafından bastırılan kitaplardan satın almak isteyenler:

1. Vekâlet neşriyat müdürlüğüne bir mektup yazarak kitabın adını ve adreslerini bildirecekler ve kitap veya abone bedelini dört kuruş damga pulu parasile birlikte posta ile Vekâlet neşriyat müdürlüğüne göndereceklerdir. Veya

2. Kitap veya abone bedelini bulundukları yer malsandığına yatıracaklar ve karşılığında alacakları hasılatı müteferrika makbuzunu oturdukları yer C. Müddeiumumiliğine teslim ile istedikleri kitabın adını ve adreslerini bildireceklerdir.
C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının adresini Adliye Vekâletine gönderecektir.

II — Kitaplar, ayrıca posta ücreti istenmeksizin Vekâlet neşriyat müdürlüğünden alıcının adresine gönderilecektir.

III — Adliye dergisi kapağında muntazaman gösterilmekte olan neşriyattan başkasını satın almak istiyenlerin, mevcudu olup olmadığını daha evvel Vekâlet neşriyat müdürlüğünden sormaları ve ona göre ısmarlamaları lâzımdır.

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

450

ADLİYE
DERGİSİ

Adliye Vekilliği Tarafından Çıkarılır

Yıl: 35 | Birinciteşrin 1944 | Sayı: 10

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER — Sahife

Doç. Dr. F. EREM — TEKERRÜRDE CEZANIN ÇEKİLMİŞ OLMASI ŞART DEĞİLDİR 815

Dr. NECİP BİLGE — YARDIMCIDAN MAHRUMİYET SEBEBİLE DOĞAN ZARARLARIN TAZMİNİ 820

NURİ ÜLGENALI — MİRASIN AÇILMASI —İHTİYATİ TEDBİRLER... 829

Dr. K F. ARIK — YARININ HUKUKU (MİLLETLER ARASI HAVA HUSUSİ HUKUKUNA BİR BAKIŞ) 846

Dr. E. TÜZEMEN — MUKAVELE İLE ÖLÜME BAĞLI TASARRUF ARASINDAKİ HUDUDUN NAZARİ ARAŞTIRMASI... 857

OLAYLAR (MEVZUAT ARASINDA) 878

KANUNLAR ARASINDA.....

TAMİMLER ARASINDA .....

BİBLİYOGRAFYA..... 883

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME KARARLARI..... 888

TEMYİZ MAHKEMESİ KARARLARI (CEZA KISMI) 129-144

TEMYİZ MAHKEMESİ KARARLARI (HUKUK KISMI)..... 245-260

451

Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart değildir

Yazan :
Doçent Dr. Faruk EREM

Suçların tekerrürü bakımından Türk Ceza Hukukunda yerleşmiş ve üzerinde durulmaksızın kabul edilmiş bir kanaat mevcuttur. Bu kanaata göre, tekerrüre esas olan mahkûmiyetin ihtiva ettiği caza infaz edilmedikçe tekerrür hükümlerinin tatbikına imkân yoktur. Cezanın kısmen infazı veya aynı suç için suçluya hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte verilmiş olan para cezasının infaz edilmemiş olması hallerinde de tekerrür hükümlerinin tatbikına imkân görülememektedir. Temyiz mahkemesinin içtihadı da bu hususta tekarrur etmiş bulunuyor.

Bu suretle tekerrüre esas olanacezanın tamamen çekilmiş olmasını tekerrürünşartı sayan bu içtihadın, ceza kanununu nsarahatına istinat ettiği ve 81ve 77 inci maddeler hükmünden bu neticenin çıktığı ileri sürülmektedir.

Kanaatımıza göre Ceza kannnunun hükümlerinden böyle bir netice çıkmadığı gibi yerinde olmadığını zannettiğimiz bu içtihat muhafaza edildikçe ceza kanununun bir çok maddelerini tatbikada imkân yoktur.

Evvelâ kanunun metnine dayandığı ileri sürülen bu içtihadın kanunun metni ile hiç bir alâkası olmadığını 81 inci ve 77 inci maddelerin tetkiki ile izaha çalışacak ve sonra da bu içtihadın muhafazası halinde Ceza Kanununun tatbikına imkân olmıyan hükümlerini izah edecegiz:

A — 81 inci maddeye göre (*bir kimse beş seneden ziyade bir müddetle bir mahkûmiyete uğradıktan sonra, cezasını çektiği.... tarihten itibaren on sene ve diğer cezalar da beş sene içinde başka bir suç daha işlerse*) mükerrir sayılacaktır. Bu madde dikkatle okunacak olursa görülür ki,tekerrürün şartı cezanın çekilmesi değil,suçlunun bir mahkûmiyete uğramasıdır. Cezanın çekilmiş olması, ancak tekerrür müddeti olan on ve beş senelik müddetlerin başlangıç noktasını teşkil eder. Bu sebeple mükerrir (bir mahkûmiyete uğradıktan sonra kanunun tâyin ettiği müddet zarfında bir suç işleyen kimse) dir. Bu tarif 81 inci maddeye en uygun olan tariftir. Kanunun tâyin ettiği müddet evvelki suçun cezasına göre beş veya on senedir ve bu müddetlerde cezanın tamamen infazından (*veya düşmesinden*) itibaren işlemeğe başlar.

Görülüyor ki cezanın infazı tekerrürün şartı değildir. Tekerrürün şartı suçlunun eskiden bir mahkûmiyete uğramış olmasıdır.

457

Mehaz kanununun bu maddeye tekabül eden 80 inci maddesinin yazılış şekli kanunumuzdaki hükmün aynıdır ve İtalyan Temyiz mahkemesi [1], İtalyan müellifleri [2] bu meseleyi izah ettiğimiz şekilde kabul etmekte ve tekerrürde buna esas olan cezanın çekilmiş olması şartını koşmaktadırlar. Diğer taraftan mehaz kanununun müzakeresi ve ihzarı sırasında cereyan eden müzakerelerden de kanununun mânasının bu merkezde olduğu anlaşılmaktadır.

Tekerrür müddetlerinde cezanın infazı (*veya düşmesi*)*ni* mebde kabul etmekteki maksat nedir? Tekerrürün şartı mahkûmiyet olduğuna göre, mahkûmiyetin katileştiği tarih tekerrür müddetlerine başlangıç tutulamazmı idı?

Cezanın infazı (*veya düşmesi*) nin müddetlere mebde tutulması yerinde bir düşüncenin mahsulüdür:

a) Eğer tekerrür müddetlerini mahkûmiyetin katileştiği tarihten başlatırsak, pekte uzun olmıyan bu müddetler, bazı ahvalde, daha suçlu ceza evinde cezasını çekmekte iken veya tahliyesinden pek az sonra bitmiş olacak ve bu suretle tekerrür müddetlerinin ceza evi dışında geçecek kısmı bakımından, kısa müddetli cezalara uğrıyanlar aleyhine, uzun cezalara mahkûm olanların lehine bir durum husule gelecekti.

b) Tekerrür müddeti mahkûmiyetin katileştiği tarihten başlasa idi, cezanın infazından kaçan ve tekerrür müddeti geçtikten sonra yakalanan kimseye tekerrür hükümlerinin tatbikına imkân bulunmıyacak idi. Halbuki tekerrür müddetlerinin cezanın infazından sonra başlaması halinde, cezadan kaçan kimse hakkında, müddet işlemeyecek ve-dâva mürürü zamanı dolmamış olmak şartı ile-ne zaman ele geçirilmiş olursa olsun mükerrir sayılacaktır.

B — Ceza kanununun 81 inci maddesinden tekerrürde, cezanın infazının şart olduğu degil, şart olmadığı mânasının çıkmakta olduğunu bu suretle izah ettikten sonra 77 inci madde hükümlerini inceliyelim:

77 inci maddenin birinci fıkrasının tekerrür ile alâkası yoktur. Çünkü tekerrürde sonraki suçun, yalnız tekerrüre esas tutulan mahkûmiyetten evvel değil, bu mahkûmiyete sebep olan suçtan da evvel işlenmesi lâzımdır.

Maddenin ikinci fıkrasına gelince, bu fıkra (hükmolunan cezanın katileşmesinden veya icrasına başlanmasından sonra) diğer suçun işlenmesi halinde içtima hükümlarinin tatbik olunacağını bildirmektedir.

[1] Bruno — Barbera, *Codice penale del regno d'italia*, m. 80,not 2; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, 2 inci cilt, 1926, s. 449, not 2.

[2] Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, 926, 2 inci cilt, s. 449, n. 536; Majno, Ad. Vekâleti tercümesi, 1 inci cilt, s. 435, n. 448.

Bu fıkraya dayanılarak şu mütalâa ileri sürülmektedir:

a) 77 inci madde içtima hükümlerinin tatbik edileceği sahanın hududunu göstermektedir. Yani hüküm katileşinceye kadar işlenilen suçlarda basit içtima kaideleri (madde 68 ve sonrakiler) hüküm katileştikten veya cezanın infazına başlanmasından sonra da şiddeti artırılmış içtima hükmü (madde 77, f. 2), tatbik edilecektir. Cezanın tamamile çekilmesinden sonra, içtima hükümlerinin tatbik edileceğine dair 77 inci maddede sarahat mevcut olmadığından, içtima kaideleri cezanın infazının tamamlanmasına kalar olan sahada caridirler. Bu huduttan ötesinde tekerrür hükümleri tatbik edilecektir.

b) Bu düşünceyi kuvvetlendirecek bir mütalâa daha mevcuttur: Türk ceza kanununun 77 inci maddesi, mehaz kanundan tercüme edilirken, bu kanunda mevcut olan bir hüküm nedense alınmamıştır. Alınmıyan bu hükün cezanın katileşmesinden veya infazına başlanmasından sonra bir suç işlemesi halinde 77 inci madde tatbik edilmekle beraber, tekerrür hükümlernin de mahfuz tutulduğunu bildirmektedir. Majno şerhinin Türkçe tercünesinde [1] bu kaydı bulmak mümkündür kayıt şudur: (Evvel emirde ve lâzmgeldiği takdirde yeni fiil için tekerrürden münbais teşdit sebebi nazarı tibare alınır).

Yukarda arzettiğimiz ve 77 inci maddenin içtima ile tekerrür arasındaki hududu çizen bir madde olduğu yolundaki bu mütalâalar yerinde değillir. Çünkü:

aa) 77 inci maddede, bu maddenin ne zaman tatbik edileceği gösterilmiştir. İçtimaa ait olan bir maddeye müsteniden tekerrürün tatbik sahasın tâyin etmeğe imkân yoktur. Diğer taraftan içtima ile tekerrür biribirine zıt, yani birinin tatbiki halinde diğerinin tatbiki mümkün olmıyan iki müessese değildir. Ceza kanununun hiç bir maddesinde bu hükümlerden birnin tatbiki halinde diğerinin tatbik edilemiyeceğine dair bir kayıt ta mevcut değildir.

Bu sebeple bir mahkûmiyete uğrıyan kimse, bu mahkûmiyetin katileşmeinden veya ceza, hükmedilmiş ise cezanın infazına başlanmasından sonra diğer bir suç işliyecek olursa, ortada hem tekerrür hem de içtima hükünlerinin tatbikını mucip iki sebep vardır. Böyle bir suçlunun cezası evvel tekerrürden dolayı —şüphesiz şartları mevcut ise— arttırılacak, bu surete elde edilen ceza, 77 inci maddedeki nisbetler dairesinde evvelki ceza ile içtima ettirilecektir.

bb) Mehaz kanunda mevcut olupta kanunumuza alınmıyan kayda gelince: kanun vazıının bu hükmü almamak suretile tekerrür ile içtimaın tat-

[1] Majno, s.388.

bik sahasını tefrik etmek istediği yolunda bir düşünce varit olamaz. Çünkü, bu kayıtta (evveli emirde ve lâzımgeldiği takdirde yeni fiil için tekerrürden münbais teşdit sebebi nazarı itibare alınır) denmektedir. Bu kayıttan 77 inci maddenin tatbikını mucip hallerde, şartları mevcut ise tekerrür hükümlerinin de tatbik edileceği ve bunun da içtima hükümlerinin tatbikından evvel yapılacağı mânası çıkmaktadır.

Tekerrür hükümlerinin tatbik edileceği yolundaki bu kaydın alınmaması, tekerrür hükümlerinin tatbik edilemiyeceği mânasını vermez. Çünkü tekerrür kanunun müstakil bir babında yer almaktadır ve şartları mevcut oldukça tekerrür hükümleri tatbik edilecektir. Aksinin varit olması için 77 inci maddede bu gibi hallerde(tekerrür hükümlerinin tatbik edilemiyeceğine dair) bir sarahat mevcut olması icap ederdi.

Tekerrür hükümlerinin içtimadan evvel tatbikına gelince, bu husus Temyiz mahkemesince zaten kabul edilmiş bulunmaktadır. (TM.1.CD: 5/12/939 esas 3295 karar 2625, *Tem. Kararları,939–940*, s. 84; TM. 4. CD: 25/4/940 esas 4672, karar 4230, *Tem. Kararları, 939–940*, s. 239: TM. 2. CD: 25/1/937 esas 957 karar 1006, *Tem. Kararları,937*, s. 316).

Buraya kadar tekerrürde, buna esas olan mahkûmiyetin cezasının çekilmiş olmasını şart koşan içtihadın kanunun metnine dayanmadığını ve hattâ 81 ve 77 inci maddelerin, böyle bir içtihada müsait bulunmadığını izaha çalıştık.

II

Bu içtihadın yerleşmiş ve alışılmış bir içtihat olduğu ve değiştirilmesinin bu yüzden muvafık olmadığı fikri ileri sürülebilir. Fakat kanaatımıza göre bu içtihadın değiştirilmesinde mutlak bir zaruret vardır. Çünkü bu içtihat muhafaza edildikçe, ceza kanununun umumi insicamını muhafazaya ve kanunun bazı hükümlerini tatbika imkân yoktur. Şöyleki:

A — Tecil: Ceza kanununun 94 üncü maddesine göre, hâkim cezanın tecilini tefhimden sonra bir ihtarda bulunacak ve bu meyanda yeniden bir suç işlerse bu suçun cezasının şartlarına muvafık olduğu takdirde tekerrürden dolayı arttırılacağını da suçluya bildirecektir.O halde bu maddeye göre, tecil edilmiş bir ceza tekerrüre esas tutulabilecektir. Halbuki tekerrür hükümlerinin tatbikında eski cezanın çekilmiş olmasını şart koşan içtihat, tecil edilmiş ceza infaz edilmiş sayılamıyacağından 94 üncü madde sarahati ile tearuz teşkil etmektedir.

Bu tearuz bir tevhidi içtihat kararına mevzu olmuş ve (tekerrür hükümlerinin tatbikatında ... Tecil edilmiş mücezatın esas olamıyacağına) karar verilmiştir. (Tev. İçtihat, 20/9/942 esas 31, karar 14). Bu karar neti-

cesinde 94 üncü madde kısmen ilga edilmiş sayılabilir. Çünkü tekerrür bakımından maddenin tatbikına imkân bırakılmamıştır.

Halbuki 81 inci madde ile 94 üncü madde arasında hiç bir tearuz hali yoktur. Tekerrürde cezanın infazı şart olmadığına ve sadece mahkûmiyetin katileşmiş olması kâfi bulunduğuna göre, tecil edilmiş bir mahkûmiyet tekerrüre esas olabilir.

B—Müebbet Ağır Hapse Mahkûmiyet: Tekerrürden bahseden babta yer alan 82 inci madde müebbet ağır hapse mahkûm olan bir kimsenin diğer bir cürüm işlemesi halinde tekerrürden dolayı cezasının nasıl arttırılacağını göstermektedir. O halde bu maddeye göre, müebbet ağır hapse mahkûm olan kimse yeniden bir cürüm işliyecek olursa mükerrir sayılabilecektir. Halbuki tenkit ettiğimiz içtihat tekerrürde cezanın infazını şart koştuğuna ve müebbet ağır hapiste cezanın hiç bir zaman tamamile infazına imkân olmadığına göre 82 inci maddenin tatbikına imkân yoktur.

C—Meşruten Tahliye: Cezanın muayyen bir kısmını çekmiş bulunan suçlular, diğer şartlar da mevcut ise, şartla salıverilebilirler. Bu suretle salıverilenler cezalarının tamamını çekmemişlerdir. O halde meşruten tahliye müddeti içinde suç işliyen kimse hakkında, üzerinde durduğumuz içtihada göre, tekerrür hükümlerini tatbika imkân yoktur.

III

Netice: Buraya kadar tekerrürde eski mahkûmiyetin ihtiva ettiği ceza çekilmedikçe tekerrür hükümlerinin tatbikına imkân olmadığı yolundaki içtihadın kanuni hükümler bakımından doğru olmadığını izaha yeltendik.

Bu içtihat nazari bakımdan da tenkit edilebilir. Çünkü cezanın çekilmiş olması şartı, yukarda işaret ettiğimiz gibi, cezası tecil edilmiş olan bir kimsenin yeniden suç işlemesi halinde, hâkimi tekerrürden dolayı cezayı arttıramıyacak hale sokmaktadır. Halbuki suçlu ikinci bir suç işlemiş ve fiilen tecile lâyik olmadığını ispat etmiştir.

Diğer taraftan suçlu yeniden suç işlerse tecil kararı ortadan kalkacak fakat buna rağmen kalkmış bulunan tecilin neticelerinden tekerrür hükümlerini tatbik etmemek suretile suçlunun istifadesine meydan verilmiş olacaktır. Aynı düşünce, şartla tahliyesinden sonra suç işliyen kimse hakkında da varittir.

Yukarda arzettiğimiz sebeplere binaen bu içtihadın değişmesinde mutlak bir zaruret kendini göstermektedir. Aksi takdirde, tekerrürle ilgili yeni hidiseler zuhuru neticesinde ceza kanunu tatbik edilmez hale gelecektir.

457

Yardımcıdan mahrumiyet sebebile doğan zararların tazmini

Yazan :
Dr. Necip BİLGE

PLÂN

I — Tazminat miktarının tâyininde gözönünde bulundurulacak hususlar;
II — Tazminat miktarının indirilmesini gerektiren sebepler;
III — Tazminatın ödenme şekilleri;
IV — Tazminat alacağının müruru zamanı, haczi, devri meseleleri.

Haksız fiil neticesi husule gelen ölüm dolayısile yardımcıdan mahrum olan kimselerin uğradıkları zararları tazmine mâtuf, BK. 45 inci maddenin 2 inci fıkrası münasebetile doğan meselelerden bir kaçına temas etmek istiyoruz [1].Bu yazımızda; yardımcısından mahrum kalan şahsa ödenmesi icabeden tazminat miktarının tâyininde müessir olan sebepleri; tazminatın indirilmesini gerektiren sebepler bulunup bulunmadığını, varsa bu tenzilin ne şekilde yapılacağını; tazminatın muhtelif ödenme şekillerini; müruru zaman meselelerini ve nihayet tazminat alacağının haciz ve devri kabil olup olmadığını inceliyeceğiz:

I — Tazminat miktarının tâyininde gözönünde bulundurulacak hususlar :

Haksız fiilden zarar gören şahıslara ödenecek tazminat miktarının tâyininde nazarı dikkate alınacak esasları BK. 43 üncü maddesinin 1 inci fıkrası şu şekilde hulâsa etmektedir: «Hâkim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın [2] ağırlığına göre tazminatın suret ve derecei şümulünü tâyin eyler.» Kanunun şu hükmüne göre, fail tarafından işlenen *kusurun ağırlık derecesi* bir taraftan; *hal ve mevki icabı* diğer taraftan tazminatın tâyininde rol oynıyan iki mühim âmildir. Kanunun bu hükmünden, tazminatın takdiri sırasında, mutazarrır olan şahsın uğradığı zararın ehemmiyeti yoktur mânası çıkarılamaz [3]. Filhakika, tazminata hükmetmek için ilk önce bir

[1] Bu hükmün doğurduğu diğer meseleler hakkında Ad. Dergisi 1944 sayı 8 s. 796 ya bak.

[2] Kanunumuz bir tecüme hatası olarak "kusur„ yerine "hata„ kelimesini kullanmaktadır. İsviçre Borçlar kanununda "Erreur=İrtum„ kelimeleri değil, "Faute= Verschulden„ tâbirleri vardır ki, bunların türkçe karşılığı"hata„ değil, "kusur„ dur.

[3] Bununla beraber, maadin nizamnamesi hükümlerine göre bir kaza vukuunda zarar husule gelmese bile, muayyen miktar tazminat verilecegi Temyiz Mahkemesi kararı icabıdır. Adliye Dergisi 1944 Sayı 7,s, 128; Kusur meselesi hakkında bak. *Fikret Arık*, Adliye Dergisi 1944 Sayı 9, s. 256; Maden arama ve işletilmesi hakkında kanun Mad.11

zararın vuku bulmuş olması ve zarar miktarı ile tazminat miktarı arasında bir nisbet bulunması lâzımdır. Yalnız şu varki, tazminat; bir kazanç menbaı olmayıp mutazarrır olan şahsın uğradığı zararları kapatmıya, yani zarar vukuundan evvelki hali iadeye mâtuf olduğundan, hiç bir zaman zarar miktarından daha yüksek olamaz, bilâkis bazı hallerde zararın hakikî miktarından daha aşağı düşebilir. Bu hallerin başlıcaları şunlardır:

Bir kerre, haksız fiil ile zararlı neticeleri arasında tam bir illiyetin mevcut olmayışı zarara nisbetle tazminatın şümulünü tahdit eden sebeplerden birisidir. Çünkü, doktrin ve içtihadın kabul ettiği esaslara göre haksız fiil neticesinde husule gelen zararların hepsi değil, ancak fiil ile illiyet rabıtası tam olan zararlar tazmine tâbi tutulmaktadır. Şuhalde normal olarak daha geniş bir zarara meydan verebilecek mahiyette olan bir fiil hakikatte ne miktar zarara sebebiyet vermiş ise; fail o miktardan fazlasını tazmin ile mahkûm edilemediği halde, mahiyet itibarile ehemmiyetsiz olan sebebe nisbetle zarar çok geniş olduğu takdirde adalet ve nasafet kaideleri mesuliyetin, normal olarak, o sebebin husule getirebileceği neticelerle tahdit edilmesini iktiza ettirmektedir.

Bundan başka kanunun da ayrıca tasrih ettiği şekilde hal ve mevki icapları, failin işlediği kusurun nevi ve ağırlık derecesi mesuliyetin hududunu tâyinde gözönüne alınacak diğer iki mühim sebeptir; meselâ, kusurun derecesi ağır veya hafif olduğuna göre tâyin edilecek tazminat miktarı az veya çok olacaktır [4].

Demek ki; vukua gelen zararla ödenmesi icap eden tazminat miktarı arasında bir nisbet kurulması mesuliyet kaidelerinin esasında mündemiç bir keyfiyet olduğundan kanun bu hususu tasrihe lüzum görmemiş; fakat diğer hususların açık olarak tesbitinde bir fayda derpiş etmiştir.

[4]. V. Tuhr, bu kusur meselesi hakkında şu fikirleri serddetmektedir: Borçlar kanunu 43 üncü maddesinin birinci fıkrası hâkime, tazminin şümulünü failin kusuruna göre tâyin etmeğe müsaade etmektedir... Kusurun ağırlığına göre tazminatın bu tâyininde, tazminatın temel kaidesini bir tanımamazlık, ve Ceza hukukundaki âmillerin bir tesiri görülebilir; filhakika suçlunun cezası bilhassa kusurun nevine ve ağırlığına tâbi olduğu halde, tazminat zararın kasten veya ihmal ile işlenmiş olması halinde değişmiyecek olan mutazarrırın iktisadî vaziyetine göre hesaplanır. Failin ihmali hafif olduğu takdirde mutazarrır lehine tam bir tazminat kabûl etmemek adalete mugayir gibi görünebilir. Fakat zarar ve ziyan tazmininin tamamile kusura istinat ettiği ve bu kusur mevcut olmadığı takdirde zararı bizzat mutazarrırın tahammül mecburiyetinde olacağı; keza, failin mamelekini azalttığı ve bazan bir cezadan daha şiddetli olarak carptığı için tazmin borcunun fail üzerinde bir ceza tesiri yaptığı ve nihayet hafif ihmal ile kusurun ademi mevcudiyeti arasındaki gayri muayyen hudut ve tam illiyet rabıtasının sınırlarını tesbit etmekteki müşkülât nazara alınırsa, hâkimin bir ihmal neticesi zarar verene karşı kasten zarara sebebiyet verenden daha mülâyim muamele yapması nasafete uygun gözükür. CO. T. § 12, II

Zararla tazminat miktarı arasında vücudu zarurî olan nisbete ve tazminat miktarının tâyininde âmil olan diğer noktalara mütealliik kaideler, umumî mahiyette ve her nevi haksız fiil hakkında tatbikı derpiş edilen esaslar olmak itibarile, yardımcıdan mahrumiyet dolayısile takdir edilecek tazminat hakkında da caridir. Ancak, yardımcıdan mahrum olanların zararı geleceğe ait ve bu itibarla muhtemel bir zarar olduğundan, zarar miktarını ve dolayısile tazminatın şümulünü katiyetle tâyin etmek mümkün olmıyacak ve bu hususta hâdisenin mahiyeti ile ilgili noktaların incelenmesi icap edecektir. Yani her şeyden önce yardımcı ölmemiş olsaydı ne miktar yardım edeceğini tâyin etmelidir. Bu maksatla yardımcı ve icabında yardım edilen bakımından gözönüne alınması gereken noktalar şu şekilde hulâsa edilebilir:

1 — Yardımcının malî kudreti.

Yardımcıdan mahrumiyet tazminatı, eğer ölüm vaki olmasaydı yardımın ileride de devam edeceği ihtimaline dayandığından bu ihtimalin tahakkuk etmesi için her şeyden önce yardımcının bu yardımı ileride de yapmıya malî kudretinin müsait bulunması icap etmektedir. Yardım kabiliyeti (Capacité de soutenir) diyebileceğimiz bu iktidar mevcut olmadığı takdirde, yardımcıdan mahrumiyet ve bu itibarla zarar bahis mevzuu olamaz. Çünkü, bu iktidar olmayınca yardım etmeğe maddeten imkân yoktur.

Yardımcının malî kudret ve kabiliyetinden bahsedilirken yalnız mevcut maddî imkânlar değil, hâdiselerin tabiî cereyanına göre ileride vukuu muhtemel imkânlar da gözönüne alınmalıdır. Çünkü yardımcı sayılabilmek için yardımın halen vuku bulmuş olmasına lüzum yoktur; hayat tecrübesine göre bu yardımın ileride vukuunun ihtimal dahilinde olması kâfidir. Bu nokta bilhassa halen kendi hayatlarını bile temin edememelerine rağmen çocukların yardımcı sayılması halinde bahis mevzuu olur [5].

Yardımcının yardım kabiliyetini tâyin etmek için bilhassa şu noktalar göz önüne alınmak iktiza eder:

a) Yardımcı telâkki edilen şahsın her türlü, mevcut ve müstakbel, kazancı, aile mükellefiyetleri ve saire;

b) Yardımcının çalışma kabiliyeti ve bu kabiliyetin sona erme müddeti. Çalışma kabiliyetinin müddetini tâyin ederken, ölüme sebep olan haksız fiil olmasaydı yardımcının tabiî olarak muhtemel ölüm zamanı nazara alınır sa da, bu müddetin ölüm zamanından daha evvel geleceğini kabul etmek doğru olur. Çünkü, insanlar pek nadir olarak tabiî ölüm zamanlarına kadar çalışabilirler. İşten el çekme müddeti bir şahsın sıhhatına, meslekinin kolaylık

[5] JdT 1939 I 57; ***Esat Arsabük***, Borçlar Hukuku § 56 II No.4.

460

ve zorluklarına, hattâ iş ve meslek değiştirme imkânlarına tâbidir. Bu hususlar göz önüne alındığı takdirde kazanç müddetinin hayat müddetinden daha kısa olacağı prensip olarak kabul edilebilir;

c) Kazanç müddetini tâyin hususunda tabiî yaşama nüddetinin de bilinmesi lâzımdır. Bu müddet istatistiklere göre tesbit edilen hayat tablolarile tâyin edilir. Zararın takdirinde hesaba katılacak hayat müddeti, fiilin vukuu zamanındaki yaş ile muhtemel ölüm zamanı arasındaki farktır;

d) Yardımcının ahlâkî ve içtimaî vazifelerine karşı bağlılık hisleri.(Meselâ fedakârlık, vazifeye sadakat, hüsnüniyet ve iyi kalplilik gibi).

2— Yardımcının mevcut veya müstakbel yardım kabiliyetini tesbit etmek tazminatın miktarını tâyin için kâfi değildir. Çünkü bu nokta zararı tazmin meselesinin ancak birtarafını aydınlatmaktadır.Zararın mıktarı üzerine tesir eden âmiller arasında yardım edilen şahsın da vaziyetini tetkik etmek icabeder. Zira zararın vücudu ve derecesi bir taraftan yardım edenin malî kudretine bağlı ise,diğer taraftan yardım edilen şahsın ihtiyaç derecesine tâbidir. Filhakika malî kudreti müsait olan bir şahıs tarafından yapılan bir edanın yardım sayılması şartları arasında o edanın hakikî bir ihtiyaca karşılık olması şartı da vardır. Bu şart mevcut olmadığı takdirde o eda 45. inci maddenin istihdaf ettiği mânada yardım sayılamaz.

Hakikî bir ihtiyaca tekabül eden yardım ise, hakim doktrine ve mahkeme içtihatlarına göre, yapılmadığı takdirde yardım edilenin içtimaî mevkiine uygun yaşama tarzını değiştirmeği mucip olan yardımlardır. [6]. İhtiyaç derecesile bu ihtiyacın devam müddetinin tâyininde şu hususlar nazarı dikkate alınmalıdır.:

a) yardım edilenin içtimaî mevkii ve içinde bulunduğu hayat şartları. Bu mevki ve şartların şu veya bu şekilde olmasına göre meselâ, sıhhî tedav için veya bedii zevklerin tatmini hususunda yapılan yardımlar hakikî bir ihtiyaca karşılık sayılır, veya bir lüks talâkki edilebilir.

b) Yardım edilenin mevcut ve müstakbel kazancı, aile mükellefiyetleri;

c) Yardım edilenin çalışma kabiliyeti veya bu kabiliyetten mahrumiyeti. Çalşma kabiliyetinin sonu muhtemel ölüm zamanından daha erken gelebileceği halde daimî mahiyette olan çalışma kabiliyetinden mahrumiyetin sonu prensip olarak muhtemel ölüm zamanı ile birleşir [7].

Burada da meslek değiştirme imkânlarını hesaba katmak lâzımdır. Çünkü, artık bedenî kuvvet sarfını icabettiren işleri yapamıyan bir kimse, fikrî işlerde çalışmak kabiliyetine pek âlâ malik olabilir.

[6]. RO 57 II 180

[7]. E.Thilo,De L' indemnité de la perte de soutien, JdT 1982 I 84

461

d) Yardım edilenin hayat müddeti. Keza bunda da yardım edilenin hâdise zamanındaki yaşı ile muhtemel ölüm zamanı arasındaki fark göz önüne alınır

Burada tetkiki lâzımgelen mühim nokta, yardım müddetinin tâyininde yardım eden veya yardım edilenden hangisinin hayat müddetinin hesap edileceğidir. V. Tuhr, ve Arsebük yardımın muhtemel devam müddetinin yardımcının hayat müddetile mukayyet olduğu fikrindedirler [8].

Fakat Federal Mahkeme iki hayat müddetinden en kısa olanın nazara alınacağı fikrindedir ki [9],bu görüş tarzı daha makuldür. Çünkü, yardım edilen öldükten sonra yardımın hâlâ devam edeceği kabul edilemez. Hattâ yardım ölenin veresesine karşı filen devam etse bile, bunun artık yardım edilenle alâkası yoktur ve zarar olarak onun hesabına geçirilemez.

Hayat müddeti garp memleketlerinde istatistiklere dayanarak yapılan hayat tablolariyle tâyin edilir. İsviçre' de Piccard tarafından yapılan hayat tablosu mahkemelerce kullanılmaktadır. Bizde bu hususa ait olarak yapılmış bir tabloya henüz raslamadık.

e) Yardım edilenin ahlâkî durumu, içtimaî vaziyet ve şeraiti burada da nazara alınabilir (meselâ onun şahsi karakteri, yardımcıya karşı bağlılık derecesi).

II — Tazminatın tenzili sebepleri:

Tazmini icap ettiren zararın miktarını tâyinde yukarda söylediğimiz hususlardan başka diğer âmillerin de tesiri vardır. Daha doğrusu objektif bir şekilde tâyin edilmiş olan zarar miktarı, zararın içinde vukua geldiği hal ve şartlar icabı, yahut haksız fiil neticesi mutazarrırın elde ettiği kazanç, yardım edilen şahıs bir dul kadın ise tekrar evlenmek ihtimali ve nihayet zararın tam bir surette tazmini cihetine gidilirse borçlunun muzayakaya düşmesi (BK. 44.) gibi haller sebebile tenzilâta tabi tutulabilir. Bu halleri birer birer gözden geçirelim:

1 — Müterafik kusur;

BK.45. maddesine göre, «Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu, yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği veya zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis veya zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.»Bu hükmün 45 inci maddenin hududu dahilinde tatbik edilebilmesi için evvelâ haksız fiilden kimin hakiki surette mutazarır olduğunu tâyin etmek lâzımdır. kanunun tanıdığı tazminat hakkı yardım edilen şahısların

[8]. v. Tuhr, CO I § 48 S. 345; Arsebük, Borçlar Hukuku § 56 III.
[9]. JdT 1929 I 621; RO 57 II 299, 64 II 426.

zararına karşılık olduğu için hakiki mutazarırın onlar olması lâzımgelir. Ohalde, tazminat miktarının tâyininde tenzilât âmili olarak gözönüne alınması gereken mütarafik kusur, yardım edilenin kusuru olmalıdır. Federal mahkeme bir kazada çocukları ölen ana babanın yardımcıdan mahrumiyet dolayısiyle açtıkları dâvada şöyle demektedir : «Ana baba, meselâ,kazanın kandilerine sebep olduğu masraflar, yahut aile yardımcısından mahrumiyet gibi sebeplerle kendilerine has olan taleplerde bulunurlarsa, dâvalı; onların şahsî kusurlarını defi olarak dermeyan edebilir [10] Bu hususta tereddüt edilecek bir cihet yoktur, zira 44 üncü maddenin hususî bir hale tatbıkı bahis mevzuudur.

Fakat haksız fiil neticesi ölen şahsın da kusurunu hesaba katmaktan sarfınazar edilemez. Çünkü, haksız fiil doğrudan doğruya ölen şahsa karşı işlenmiştir ve tazminat dâvası bu ölümden doğmaktadır Gerçi 45 inci madde ölene bir tazminat dâvası tanımıyorsa da, onun tarafından işlenmiş olan bir kusuru 50 ve 51 inci maddelere göre,üçüncü şahıslar tarafından işlenmiş bir kusur olarak telâkki etmeğe imkân yoktur. V Tuhr' la beraber diyebiliriz ki,hayatta kalanın dâva hakkı, ölenin şahsına karşı işlenen bir haksız fiilden neşet ettiği için bu hak, ölenin müterafik kusurundan müteessir olur [11]. Şu halde, yardım edenin ve yardım edilenin müterafık kusurları müşterek bir surette gözönüne alınarak tazminat mıktarı tâyin edilecektir.

2 — Haksız fiil neticesi elde edilen kazanç;

Zararın miktarını tâyin ederken mamelekte hasıl olan bütün eksilmeler hesaba katıldığı gibi, haksız fiil dolayısile o mameleke ilâve edilen unsurların da nazara alınması lâzımdır. Çünkü, hakikî zarar eksilmelerle ilâvelerin karşılaştırılmasından çıkan farktan ibarettir. Binaenaleyh haksız fiil neticesi elde edilen kazançlar tazminattan ziyade zarar mefhumunu alâkalandırır; fakat doktrin ve içtihat bu hususu tazminatın tâyini münasebetile nazarı dikkate almaktadır [12].

Bu kazançlar arasında göz önüne alınabilecek olanlar:

a) Yardım edilen şahsın, yardımcının mirasına konması;

b) Yardımcı tarafından aktedilen sigorta mukavelesi tazminatının yardım edilene ödenmesi;

c) Çocuk ölümü halinde çocuğa yapılacak tahsil ve terbiye masraflarından kurtulma halleridir.

Federal Mahkeme ve bir çok müellifler miras sebebile tenzilât yapmayı kabul ettikleri halde,yardımcı tarafından aktedilmiş olan hayat sigorta-

[10]. JdT 1932 I 865; Brosset, La peret de soutien, JdT 1942 I 101.

[11]. V. Tuhr, CO I S 345; JdT 1932 I 866; Aksi reydet P. Mayr, L' indemnisation de la perte du soutien, S. 118

[12]. V. Tuhr CO I s. 85; Oser, OR, Madde 45 No. 21; JdT 1929 I 44

46

sı tazminatının tenzil edilmesini kabul etmemektedirler. Buna sebep olarak da sigorta tazminatının evvelce ödenmiş olan sigorta ücreti karşılığı olduğunu, bir tenzil yapılacak olursa bundan haksız fiil failinin istifade etmiş olacağını ileri sürmektedirler. Fakat şunu kabul etmek lâzımdır ki, sigorta ücretleri yardım edilen tarafından değil, yardımcı tarafındaa ödenmektedir; diğer taraftan, sigorta bedelinin tenzil edilmemesi hususundaki sebepler, aynı şekilde miras için de dermeyan edilebilir. Çünkü, mirası teşkil eden mallar da ölen şahıs tarafından sarfedilen mesainin mahsulüdür. Binaenaleyh; miras için olduğu gibi, sigorta tazminatı için de tenzilâtı kabul etmek adalete daha uygun olur[13].

Tahsil ve terbiye masraflarına gelince; ölüm dolayısı ile sarfedilmiyecek olan bu masrafların tazminat yekûnundan tenzil edilmesi adalet hislerini rencide eder. Çünkü, bu mahsubun yapılmasını kabul etmek, mamelek bakımından doğumun bir zıya ve ölümün dir kazanç olduğunu kabul etmek olur[14].

3— Yardımcıdan mahrum olan şahıs, kocasının ölümü ile dul kalan bir kadın olursa, tazminatın takdirinde tekrar evlenme ihtimallerini de nazara almak gerektir. Dâva zamanında kadının tekrar evlenmiş bulunması tazminat takdirine mâni olmazsa da, tazminat miktarının mühim bir surette tenziline sebep teşkil edebilir. Temyiz Mahkemesi 26 Şubat 1942 tarihli bir kararında bu hususta şöyle demektedir:« Kocası öldürülmüş bir kadının bu yüzden tazminat istemiye hakkı vardır. Kadının bilâhara başkasile evlenmiş olması bu hakkın sukutunu istilzam etmez. Hususile kadının ikinci kocasının içtimaî vaziyeti ve malî kudreti kendisini tazminat talebinden müstağni kılacak derecede değildir»[15].

Dul kadın, eğer , dâva neticelenmeden tekrar evlenmiş ise, tazmitatın hesabı oldukça kolaydır; çünkü, kadının eski kocası zamanındaki hayat şartları ile yeni evlilik zamanındaki şartların mukayesesi tazminatın tâyini için kâfidir. Fakat dâvanın katî surette neticelenmesine kadar dul kadın tekrar evlenmemiş bulunursa meselenin halli zorlaşır; zira, tazminatın tâyini hususunda «ekseri ahvalde tamamile tahmin çerçevesi içerisinde kalınır. Dul kadının genç yaşı tekrar evlenme ihtimalinin bir unsuru olarak ele alınır»[16]. İhtimal üzerine dayanan hesaplar da tabiatile katî olamazlar.

Takdir edilecek tazminatın irat veya sermaye şeklinde ödenmesine göre tenzil şekli başka başka olmalıdır. Tazminat irat şeklinde verildiği takdirde, bu

[13].V.Tuhr. CO I s.345; P. Mayr S. 65 ve müteakip; JdT. 1942 I 83

[14]. JdT 1932 I 359.

[15]. 4. Hukuk 26-2-1942 gün ve 1369-907 sayılı karar, Halis Sungur Mad. 45 No. 37.

[16]. JdT 1942 I 102.

irat dulluğun devamı müddetine münhasır kalır. Tekrar evlenince irat kesilir. İsviçrede kabul edildiği şekilde evlendikten sonra iradın birden kesilmeyip üç seneliğinin defaten verilmesi ahlâki ve içtimai bakımdan makûldür. Çünki, irat evlenme ile beraber birden kesilecek olursa kadın, bu hususu düşünerek iradın kendisine temin ettiği emniyet perdesi arkasında dul hayatına devam etmeği tercih edebilir [17]. Tazminat irat olarak değil de sermaye şeklinde verilirse; hüküm zamanında evlenme ihtimalini düşünerek tazminatı muayyen bir yüzde ile tenkis etmek lâzımdır.

Nazari olarak dul erkekler için de tekrar evlenme ve bu yüzden tazminatı tenzil ihtimali düşünülebilirse de tatbikatta bu şekil tenkislere raslanmadığından bu hususu incelemiye lüzum görmüyoruz. Yalnız şunu diyelim ki, tenkis yapılma icabettiği zaman dul kadınlar hakkındaki esaslar tatbik olunur.

4 — En nihayet Borçlar Kanunun 44üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince: «zarar kasten veya ağır bir ihmal veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayıkaya muruz bıraktığı takdirde hâkim, hakkaniyete tevfikan zarar ve ziyanı tenkis edebilir.»

III — Tazminatın ödenme şekilleri:

Nazari olarak Tazminatın sermaye şeklinde defaten veya irat olarak taksitle verilmesi bahis mevzuu olabilir. Mahkeme içtihatlarımız, bizde tazminatın daima sermaye şeklinde birden ödenmesi suretinde tecelli etmektedir [18].

Fakat alacaklının vaziyetine, yaşına, ihtiyacının mahiyet ve derecesine göre tazminatın ödenme şeklini tâyin etmek daha muvafık olur[19]. Meselâ, evlenmesi ihtimali olan kadın veya henüz küçük olan çocuk için irat şekli, buna mukabil çalışma kabiliyeti tamam ve sermayeden istifade edebilecek olan kimseler için de sermaye şekli daha iyidir[20].

İsviçre Federal Mahkemesi de sermaye tahsisini tercih eder gözükmektedir. Bununla beraber bazı hallerde irat tahsis ettiği vakidir [21].

[17] İş kazaları, meslekî hastalıklar ve analık sigortası Kanun projesi Mad. 15–20 ile karşılaştırınız.

[18] 4. Hukuk Dairesinin 28-2-1942 tarih ve 631-78 sayı ve 26-2-1942 tarih ve 1339-907 sayılı kararlarile, Hukuk Umumi Heyetinin 8-4-1942 tarih ve 4-15-21 sayılı kararlarına bak., Halis Sungur, Mad. 45, No. 36—38.

[191. Oftinger, Schweiz. Haftpflichtrecht s. 166, JdT 1942 I 84.

[20]. JdT 1942 I 84, P. Mayr s. 122.

[21]. RO 54 II 296, 298, 58 II 263.

465

IV—Tazminat alacaklarında müruru zaman, bu alacakların haczi ve devri meseleleri.

a) Umumiyet itibarile tazminat alacaklarında cari olan müruru zaman müddetini BK.nın 60 ıncı maddesi tesbit etmiştir. Bu maddeye göre tazminat dâvaları «mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittılaı tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim olan fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz „Yardımcıdan mahrumiyet hallerinde de bu madde hükmü tatbik olunur Binaenaleyh müruru zaman müddetinin başlaması için yardım edilen şahsın ölüme sebep olan haksız fiili ika eden şahsa ve bu ölümden doğan zarara muttali olması lâzımdır. Zarara muttali olmuş sayılmak için yalnız zararın vuku bulduğunu bilmek kâfi değildir; fakat o zararın şümulü hakkında da bir fikir sahibi olmak icap eder.

Gayri Meşru çocuklar hakkında dâva hakkı, çocuk tarafından açılacak babalık dâvasının sübutundan itibaren başlar[22].

60 ıncı maddenin ikinci fıkrasına göre kaksız fiil cezayı mucip ise, tazminat dâvasında da o fiile ait olan ceza müruru zamanı tatbik olunur. Ancak, tazminle mükellef olan şahıs, hakiki bir şahıs değilde hükmi bir şahıs ise (meselâ 55inci maddeden doğan mesuliyette, istihdam eden hükmi bir şahıs ise) bunlar hakkında ceza müruru zamanının değil, birinci fıkradaki âdi müruru zamanın tatbik edileceği Temyiz içtihadı cümlesindendir[23].

b) İcra ve İflâs Kanununun 82.inci maddesinin 11inci bendine göre «vücut veya sihhat üzerinde ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lâzım gelen paralar» ın haczedilmemesi lâzımdır. Bu madde hükmü gereğince yardımcıdan mahrumiyet tazminatı da hacze mevzu olamaz.

c) Fakat bu alacakların haciz kabiliyetinin bulunmaması, bunların devredilemiyeceğini istilzam etmez. Zira BK nun 162inci maddesi «kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızası aranmaksızın alacaklının alacağını üçüncü bir şahsa temlik» edebileceğini kabul etmiştir.

Kanun temlik edilemiyecek olan alacakları sarahaten zikretmiştir[24].

Tazminat alacağının devri hakkında kanunî bir memnuiyet bulunmadığına ve işin mahiyeti tazminat alacağının devrini meneder vasıfta olmadığına göre bu alacağın BK.nu. hükümlerine göre devredilebilmesi kabul edilmek lâzımdır.

---

[22]. RO 60 II 147 (JdT 1937 I 94).

[23]. 4. Hukuk D. 18-12-944 tarih ve 612-449 No. lı karar. Adliye Dergisi 1944 sayı 5.s. 89.

[24]. BK.284, 300, 320, 519; MK.85.

Mirasın açılması – ihtiyati tedbirler

Yazan :
Nuri ÜLGENALP

Miras Hukukunun ençok tatbik edilen hükümleri, terekenin yazılmasına ait olanlarıdır. İhtiyati tedbirler adı altında toplanan bu hükümler, Miras Hukukunun diğer bütün hükümlerile ilgilidir. Bu hükümlerin tatbiki, idari mahiyette olduğundan kaza mercilerinin mürakabesinden geçmez. Medeni Kanun'un neşrinden sonra velâyet vesayet, miras hükümlerinin tatbik suretine dair bir nizamname ile talimatname yapılmıştır. Medeni Kanundaki hükümler, tatbikat bakımından, bu suretle ikmal edilmiştir. Nizamname ve talimatname, tatbikatın bütün müşküllerini ve ihtimallerini karşılıyacak surette mükemmel değilse de, Medeni Kanun hükümlerinin doğru olarak tatbikını sağlıyacak açık hükmleri ihtiva etmektedir.

Terekenin yazılması; yalnız Medeni Kanunun bu hususa müteallik hükümlerini değil usul, İcra ve İflâs Kanunlarını ve ecnebilere ait terekelerde, milletler arası hukuk kaidelerile buna ait hususi kanunlarımızı ve diğer devletlerle yapılmış anlaşmaları da ilgilendirdiğinden geniş bir mahiyet arzeder

Bu konuyu, ele almağa beni sevkeden birinci sebep, ihtiyati tedbir olarak terekeye elkoymuş olan hâkimin, tarafların defter tutma ve resmî tasfiye ve taksim talepleri olmadığı halde, tereke mallarını resen satarak mirasçılar arasında taksim ve terekeyi tasfiye etmesidir. Hâkimin, ileride izah edeceğimiz üzere, doğrudan yapmakla mükellef olduğu işler bulunduğu gibi diğer birçok muameleleri yapabilmesi, alâkalıların Medeni kanun ve usul kanunlarına uygun olarak istek ve dâvalarına bağlı dır. Tatbikatı ençok ilgilendiren hükümler üzerinde fazlaca durarak Miras Hukukunun; mirasın açılması, ihtiyati tedbirler, mirası iktisap, defter tutma talebi,resmî tasfiye ve taksim hükümlerini, diğer kanunların ilgili hükümlerile birlikte incelemeğe çalışacağım.

Miras, ölüm ile açılır. Miras açılınca; iktisaba ehil olan kanuni ve mansup mirasçılar, hiçbir merasime yani mirası kabul ettiklerini beyana ve mallara fiilen elkoymaya hacet olmaksızın, reddetmek hakları mahfuz bulunmak kaydile, onun temamına sahip olurlar. Kanunda açıkça yazılı haller müstesna olmak üzere müteveffanın; alacakları, hakları, zilyedi bulunduğu malları mirasçılarına intikal eder. Mirascılar, murisin borçlarından şahsen mesul olurlar. Terekedeki haklar ve borçlar taksime kadar müşa kalır.

Yani mirascıların mevrus mallar üzerindeki mülkiyeti, iştirak halinde mülkiyettir. Mukavele veya kanun ile muayyen temsil ve idare hakları mahfuz kalmak üzere, ancak ittifakla verecekleri kararla mevrus malda tasarruf edebilirler. Mirasçılardan herbiri şayi hissesinde tasrruf edemez. Mukavele veya kanun mucibince iştirak devam ettiği müddetçe, taksim istenemez. Mirasçılar ittifakla terekeyi idare edemezlerse, bunlardan birinin talebi üzerine, hâkim, taksimin icrasına kadar miras şirketine bir mümessil tâyin eder. Mümessil, terekeyi bütün mirasçılar namına idare eder. Yine mirasçılar uyuştukları takdirde diledikleri gibi terekeyi taksim ederler. Hisselerin teşkil ve kabzı yahut yazılı olarak taksim mukavelesinin akdile miras şirketine nihayet verilir. (K.M.M.517,539,581,583,629,630,586,611).

Şu verdiğimiz izahata göre kanunun kabul ettiği esas prensip; bir kimse öldüğü zaman onun terekesine doğrudan hâkimin elkoymamasıdır. Tereke, varsa, mirasçıların temamına intikal eder ve bunlar tarafından izah olunduğu üzere müştereken tasarruf olunur. Ancak kanunun tâyin ettiği hallerdedir ki; mirasçıların hak ve menfaatlerini korumak, terekenin muhafazası ve hak sahiplerine ulaştırılmasını sağlamak için hâkim terekeye elkor ve terekenin muhafazası için gerekli tedbirleri alır. Bu husus, Medenî Kanunun 16 ıncı babının 1 inci faslında ihtiyati tedbirler adı altında toplanan hükümler, nizamname ve talimatname ile tanzim edilmiştir.

İhtiyati Tetbirleri Almakla Mükellef Olan Hâkim – Mirasa müteallik işlerde, bazı dâvalar müstesna olmak üzere, gerek Medeni Kanun gerek Hukuk Muhakemeleri Usulü kanunu müteveffanın, son ikametgâhı mahkemesini salâhiyetli tanır. Miras, bilcümle mallara şâmil olmak üzere müteveffanın son ikametgâhı mahkemesinde açılır. Ölüme bağlı tasarruflarda, iptal ve tenkis ve mirasın taksimi ve miras sebebile istihkak dâvaları bu mahkemede görülür. Kısmetin butlan ve feshine ve mirasçılar arasında terekenin idaresine ait iddialar, terekenin taksim katisine kadar tereke aleyhine ikame olunan dâvalar müteveffanın ikametgâhı mahkemesinde görülür. (K.M.M.518, H.U.M.K.M.11)

Bu hükümlere mütenazır olarak, terekenin korunması ve hak sahiplerine uluaştırılmasını sağlamak için gerekli tedbirleri doğrudan almağa mecbur olan hâkim de, müteveffanın son ikametgâhı hâkimidir. Eğer müteveffa, ikametgâhının gayri bir mahalde ölmüşse bu mahal sulh hâkimi, kendi kaza dairesi içindeki malların korunmasına yarayacak tedbirleri alır ve müteveffanın son ikâmetgâhı sulh hâkimini de haberdar eder. Asıl selâhiyetli hâkim, müteveffanın son ikametgûhı sulh hâkimi olduğu için, sakin olduğu yer sulh hâkiminin, malların korunmasına yarıyacak tedbirleri aldıktan sonra selâhiyetli hâkimin talimatına göre hareket etmesi gerek

Hâkimin Yapacağı Tedbirler — Burada hâkimin vazifesi terekenin halile korunması ve hak sahiplerine ulaştırılmasını sağlamak olduğuna göre hâkim bu maksada ve hâdiseye uygun düşecek her türlü tedbiri alabirlir. Kanunda, bu tedbirlerin neler olabileceği, tahdidi olmamakla beraber, gösterilmiştir. Hâkim, kanunla muayyen hallerde; terekeyi mühürler, deftere geçirir, vasiyetnameleri açar, sahiplerine tebligat yapar, varisler terekenin idaresinde ihtilâf ederlerse bunlardan birinin talebi halinde mümessil tâyin eder, terekeyi resmen idare eder.

Terekenin mühürlenmesini ve deftere geçirilmesini gerektiren haller - Evvelcede izah ettiğimiz üzere, kanunda gösterilen hallerde terekenin mühürlenmesi ve deftere geçirilmesi mecburidir. Bu haller, medeni kanunun 532 icni ve nizamnamenin 35 inci maddeerinde sayılmaktadır.

1- Mirasçılardan biri vesayet altına alınmış veya alınması icabediyorsa,

2- Vekili olmıyan bir mirasçının gaybubeti halinde,

3-Mirsçılardan ve alâkadarlardan birinin talebi üzerine.

Sulh hâkimi terekeyi mühürler ve defterini yapar.

Medeni kanunun 532 inci maddesile nizamnamenin 35 inci maddesi arasında bazı farklar vardır. Nizamnamede terekenin mühürleneceği haller şu suretle gösterilmektedir:

1- Mirasçılardan ve alâkadarlardan birinin talebi hallerinde,

2- Mirasçılardan biri veya birkaçı gaybolupta vekilleri bulunmadığı ve *mirasçılardan biri veya birkaçı küçük olduğu takdirde*,

3 Terekenin mühürlenmesini icabeden bir vasiyetname bulunduğu surette, hâkim terekeyi mühürler.

Kanunda, mirasçılardan biri vesayet altına alınmış veya alınması icabediyorsa denildiği halde nizamnamede; *mirasçılardan biri veya birkaçı küçük olduğu takdirde deniliyor.*

Nizamnamenin bu hükmü, kanuna uygun değildir. Çünkü kanuna göre, mirasçının ya vesayet altında olması veyahutta vesayet altına alınmasının icabetmesi lâzımdır. Filhakika, vesayeti müstelzim haller arasında, küçüklüke sayılmaktadır. (K.M.M.354) Ancak velâyet altında bulunmıyan küçüğe, vasi tâyin olunur. Küçük mirasçının, baba ve anası varsa, şüphesiz, vasi

469

tâyinine mahal yoktur. Küçük, ana ve babsının velâyeti altındadır. Velâyetin devamı müddetince çocuğu temsil ve mallarını idare salâhiyeti bunlara aittir. (K.M.M.268, 278) Küçüğe, miras düşmesi halinde onun haklarını velâyeti haiz olan ana ve babasının koruyacağı şüphesizdir.

Ana ve ya babanın ölmesi dolayısile küçüğün mirasçı olması haline gelince: Karı ve kocadan birinin ölmesi halinde, velâyet, sağ kalana ve boşanma halinde çocukların tevdi olunduğu tarafa aittir. Evliliğin zevalinden sonra sağ olan karı veya koca hâkime, çocuğun malî vaziyetini gösterir bir müfredat defterini vermeğe mecburdur. Tâyin edilen müddet içinde bu defter verilmezse, hâkim, o zaman bu defteri yaptırır veyahut kayyum tâyin eder. (K.M.M.279 nizamname M.21)

Medeni kanunun yörürlüğe girmesinden pek az sonra, nizamname ve talimatname hazırlanmadan evvel, 14 Kânunevvel 1926 tarihli bir tamimle, ana ve babadan birinin ölümü halinde de, küçüğe ait terekenin, yazılacağı mahkemelere tebliğ edilmişti. Bu tamimde şöyle denilmektedir: (Velâyet altında bulunan çocuklara ait malların idare ve intifa hakkı kanunu medeninin 278 ve 280 inci maddeleri mucibince ana ve babaya ait olduğundan bahsile emvali mezkürenin tahririnde tereddüt edilmekte olduğu vuku bulan istizanlardan anlaşılmaktadır. Filvaki kanunu medeninin 278 ve 280 inci maddelerinde ana ve babanın velâyetleri devam ettikçe çocuğun mallarını idare hususunda teminat ve hesap vermekle mükellef oldukları ve taksirleri hasebile velâyet kendilerinden nez'olunmadıkça çocuğun emvalinden intifa hakları olduğu mezkûr ise de yine kanunu mezkûrun 279,285,287,288 inci maddeleri mucibince evliliğin zevalinden sonra velâyeti haiz olan karı veya koca, hâkime, çocuğun malî vaziyetini gösterir bir müfredat defteri vermekle ve hâkim, çocuğun menfaatı noktasından icabeden tedbirleri ittihaz etmekle mükellef olduğu gibi ana ve baba, idare hakkının zevalinde mallarını çecuğa veya vasisine teslime mecbur ve çocuğun zararını mucip tasarrufattan mesul olduklarından terekenin nsulen tahriri ve çocuklara isabet edecek malların tanzim edilecek musaddak defteri mucibince satılmıyarak aynen velilerine teslimi ve nükut varsa kanunu medeniden muahhar olan Emlâk ve eytam Bankası kanununun 5 inci maddesi hükmüne tevfikan paranın da tennmiye edilmek üzere eytam ve sandıklarına, sandıkların tasfiyesinden sonra Eytam ve Emlâk Bankalarına tevdii lüzumunun...)

Nizamname yapılırken bu husus için 21 inci madde tertip edilmiştir. Yukarda da izah edildiği üzere medeni kanunun ruhuna da uygun olarak tertip edilmiş olan ve halen yürürlükte bulunan nizamnamenin 21 inci maddesinin sarih hükmü müvacehesinde, ana ve babasından birisi ölmesi sebebile mirasçı olan ve velâyet hakkı sağ kalan ana ve babaya ait bulunan küçüğe ait terekenin, hâkim tarafından resen yazılacağı iddia edilemez. Nizamna-

menin 35 inci maddesinde yazılı (mirasçılardan biri veya birkaçı küçük olduğu takdirde) hükmünü, medeni kanunun 532 inci maddesinin 1 inci bendine uygun şekilde anlamak ve o suretle tatbik etmek zaruridir. Zira nizamname kanuna aykırı hükümleri ihtiva edemez. Binaenaleyh ***mücerret mirasçının küçük olması, terekenin, hâkim tarafından doğrudan mühürlenmesini ve deftere geçirilmesini icabettirmez.***

Medeni kanunun 532 inci maddesinde gösterilmediği halde, nizamnamenin 35 inci maddesinde sayılan diger bir sebepte, ***terekenin mühürlenmesini icabeden bir vasiyetnamenin bulunmasıdır.***

Medeni kanunun 535 inci maddesinin son fıkrası mucibince, sulh hâkimi, vasiyetnamenin kendisine tevdiini müteakip kanuni mirasçıların mallara muvakkaten el koymalarına müsaade yahut resmen idaresini emreder. Ve mümkün ise alâkadarları da dinler.

Vasiyet, ehemmiyetli olup kanuni mirasçıların mallara elkoymaları halinde, vasiyet olunan şeyi elden çıkaracakları ve lehine vasiyet yapılan kimseyi ızrar edecekleri, kanuni mirasçıların ahlâki ve malî durumlarından anlaşılırsa hâkim, lehine vasiyet yapılan kimsenin menfaatlerini korumak için mirasın resmen idaresini emredecektir. Nizamname de, kanunun bu hükmünü nazara alarak, bu takdirde, icabediyorsa terekenin mühürlenmesini uygun bulmuştur. Şuhale göre nizamnamede, kanunun 535 inci maddesi aynen tekrar edilmiş demektir.

Unumi tedbirler arasında ***terekenin doğrudan doğru ya resmen idaresi*** de sayılıyor. Terekenin doğrudan doğruya idaresini gerektiren sebepler şunlardır:

1 — Vekil tâyin etmeden gaybubet eden mirasçının menfaati istilzam ediyorsa onun *hissesi* hakkında,

2 — Mirasa istihkak iddia edenlerden hiçbiri sıfatını teyit edecek delil göstermediği yahut mirasçı bulunup bulunmadığı şüpheli olduğu takdirde *tereke* hakkında,

3 — Müteveffanın bütün mirasçıları malûm olmazsa kezalik *tereke* hakkında,

4 — Kanunen muayyen olan diğer hallerde,

Kanunla tâyin edilmiş diger haller şunlardır:

a — Nakil ile mükellef mirasçı teminat göstermediği yahut namzedin huukunu tehlikeye koyacak tasarruflarda bulunduğu takdirde (K.M.M.470 son fıkra).

b — Mirasın açıldığı gün hayat ve mematı isbat edilemiyen gayip mirasçının hissesi. (K.M.M.528/1)

c — Sulh hâkimi, vasiyetnamenin kendisine tevdiini müteakip kanuni mirasçıların emvale muvakkaten vaziyet etmelerine müsaade etmediği takdirde (K.M.M.535/3).

Yukarda yazılı hallerde sulh hâkimi, terekeyi resmen idare eder veya birisini memur tâyin eder. Memur edilecek kimse, vârislerden biri veyahutta bu islerden anlayacak başka bir şahıs olabilir. Ancak müteveffa, vasiyeti tenfiz için bir memur tâyin etmişse mirasın idaresi de, buna havale edilir. Bu takdirde, terekenin mahkeme tarafından idaresine lüzum yoktur. (K. M. M. 497)

Vesayet altındaki kimsenin vefatı halinde terekesi, idarenin vasiden alınmasını haklı gösterecek sebepler yoksa, vasi tarafından idare olunur.

Hâkim, Terekenin Mühürlenmesi, Deftere Geçirilmesi ve Resmen İdaresini Gerektiren Hallerden ne Suretle Haberdar Olacaktır. Adliye ve idare memurlarının, resmî muameleler dolayısile muttali oldukları vesayeti müstelzim halleri bildirmek hususundakikanuni mükellefiyetleri baki kalmak üzere nüfus memurları, kendilerine haber verilen ölüm vakalarını haftada bir defa ölenin aile künyesile beraber mahallindeki sulh hâkimine bildirirler. Ölen, nüfus itibarile orada kayıtlı değilse nüfus memuru ölenin kayıtlı bulunduğu nüfus dairesini haberdar eder. Oradaki nüfus memuru da sulh hâkimine haber verir. Kendisine haber verilen sulh hâkimi salâhiyetli değilse, salâhiyetli sulh hâkimini tahkik ederek ona bildirmeğe mecburdur. (Nizamname madde: 1)

Hâkim, nüfus dairesinden tevdi olunan ölenin aile künyesini tetkik edecektir. Ölenin mirasçıları arasında vesayet altına alınması icabeden küçük varsa terekenin korunması için de gerekli tedbirleri alacaktır. Nizamnamenin yürürlüğe konduğu gündenberi bu madde hükmü, maalesef, nüfus idarelerince önemle tatbik edilmemiş ve halen de edilememektedir. Nüfus daireleri, ölenlerin aile künyelerini haftada bir diğil, ekseri yerlerde, senede bir defada hâkime vermiyorlar. Ölüm vukuatından nüfus dairelerinin vaktinde haberdar olamadıkları bir gerçek olmakla beraber kendileri de mahkemeye haber vermekte tevil götürmez ihmalkârlık gösteriyorlar. Hâkim de bu sebeple vaktinda terekeye el koyamıyor ve ilgililerin menfaatlerini korumak mümkün olamıyor. Bunun için daha kuvvetli müeyyideler konulması gerektiği kanaatindeyiz.

Adliye ve idare memurları, belediye reisleri, ihtiyar heyetleri, hastahane idareleri de vesayeti müstelzim halleri sulh hâkimine ihbar etmekle mükelleftirler. Bu suretle de hâkim mirasçılar arasında vesayet altına alınması gereken birisi olduğundan haberdar olabilir.

Mirasçı vesayet altında ise bu cihet mahkemece malûmdur. Vasisi tarafından da haber verilir. Hâkim muamele dolayısile bu gibi hallere mut-

tali olabileceği gibi zabıta memurlarının, mahalle ihtiyar hayetlerinin veya ilgililerin haber vermesile de muttali olabilir. Bu hususta nizamnameye ayrıca hükümler konulması ve kimlerin ihbarla mükellef olduklarının tâyin edilmesi temenniye şayandır. Zira bir çok ahvalde mahkeme vaktile haberdar olamamakta ve mevzuata göre mesul bir şahısta bulunamamakta ve bu yüzden vatandaşların hakları ziyaa uğramaktadır.

Mirasçılar ve Alâkadarlar Terekenin İhtiyati Tedbir Olarak Yazılmasını Her Zaman İsteyebilirler mi? Murisin ölümünden altı ay sonra mirasçılardan veya alâkalılardan biri, ihtiyati tedbir olarak, terekenin mühürlenmesini ve deftere geçirilmesini isterse hâkim, bu talebi kabul edecek midir? Medeni Kanunun 531 ve 532 inci maddelerinde; terekenin ihtiyati tedbir olark mühürlenme ve deftere geçirilmesini istemek için, bir müddet tâyin edilmemiştir. 532 inci maddenin son fıkrasında, defteri yapma muamelesinin, tarihi vefattan itibaren bir ay içinde ikmal olunacağı tarsih edilmiştir. Bu hükme göre kanun vazıı, hâkimin, ölüme ve terekenin mühürlenmesi ve deftere geçirilmesini mucip sebeplere, ölüm tarihinde muttali olacağını ve işe derhal el koyacağını kabul ederek bu işin bir an önce bitirilmesini uygun görerek ölüm tarihinden itibaren bir ay içinde defterin ikmalini emretmektedir. Hâkim, ölümden vaktile haberdar edilmemişse ne olacaktır? Bu takdirde terekeyi mühürleyip deftere geçirmiyecek mi? Kanun vazının ilgililerin menfaati bakımından defter yapma muamelesinin süratle ikmalile terekenin mirasçılara teslimini hedef tuttuğu ve bu itibarla bir müddet tâyin ettiği kabul edilirse, bu takdirde dahi hâkimin terekeyi yazması gerekir. Esasen kanunda da defter yapma muamelesinin bir ay içinde ikmal edilememesinin neticesini tâyin eden hükümler yoktur. Ancak mirasın ölümle açıldığına ve miras açılınca ölenin zilyedi bulunduğu mallarının, alacaklarının, haklarının ve borçlarının mirasçılarına intikal ettiğine ve terekenin ihtiyati tedbir olarak deftere geçirilmesinin de onun korunması ve mirasçılara ulaştırılmasını sağlamak olduğuna göre; ölümü müteakip mirasçı ve alâkalılardan birisi, haberdar olamamış ve terekeye diğer mirasçı ve alâkalılar tarafından el konulmuş ve faraza aradan altı ay veya daha uzun bir müddet geçmişse ölümden sonra haberdar olan mirasçı, terekenin mühürlenmesini ve deftere geçirilmesini isteyemez. Çünkü, bunu haklı gösteren sebep ortadan kalkmıştır. Alâkalının hak ve menfaatlerini diğer kanuni yolara müracaat ederek koruması mümkündür. Mirasçı ve alâkalı istihkak iddiasında bulunduğu malların muhafazası için gerekli tedbirlerin alınmasını, salâhiyetli mahakemeden hukuk mahkemeleri usulü kanununun ihtiyati tedbirlere müteallik hükümlerine tevfikan ister. Medeni Kanunun 532 inc maddesinin son fıkrası hükmü mahkemelerimizce bu suretle tatbik edilmekte ve Temyiz mahkemesinin içtihadı da bu merkezdedir. Kadıköy İkinci Sulh Hukuk Hâkimliğinin bu hususa müteallik aşağıda yazılı

kararı Temyiz mahkemesince de tasdik edilmiştir. (Kanunu Medeninin 532. inci maddesinin son fıkrası hükmüne göre, ihtiyati tedbir olarak müteveffanın terekesinin defterlerini yapma muamelesi tarihi vefatından itibaren bir ay içinde ikmal olunması lâzımgelir. Her ne kadar müsted'i müteveffiyenin kardeşi . . . Oğlu bir ay içinde müracaat etmediğinden tahrirî terekeye başlanmamış ve ikmal olunmamıştır. Terekenin tahririne sebep ihtiyatî tedbirin müteveffanın son ikamelgâhı sulh hâkimliğince alınması demektir. Tahrirî talep edilen .. ki ev eşyası ve mücevherat hakkında müteveffiyenin kocası ibraz eylediği noter senedile müteveffiyenin bu eşyalardan hiç birine malik olmadığını iddia etmesine ve mirasçı vekili de bu senedin kabili iptal olduğunu beyan eylemesine ve binnetice vazifedar mahkemece ihtilâfın dermeyanı ve halli lâzımgelmesine göre her hangi bir dâva açıldığı takdirde usul kanununun 101 ve müteakip maddeleri hükmüne göre tahrirî tereke mahiyetinde bu ihtiyati tedbirin vazifedar mahkemeden istenebileceği gözönüne alınarak *kanunu Medeninin 532 inci maddesinin mutlak olan son fıkrası hükmüne göre müddetin geçirilmiş olması dolayısile* tahrirî tereke talebinin reddine . . . . . .

Temyiz Kararı.. hâdisenin mahiyetine ve hükmün müstenit olduuğu esbabı mucibeye nazaran itirazlar varit değildir. Reddile hükmün tastikına ittifakla karar verildi.[1]

Bu içtihadın, 532 inci maddenin son fıkrasında yazılı yani mirasçılardan, alâkadarlardan birinin talebine hasredilmesi icabeder. Zira gerek 532. inci maddenin 1 ve 2 inci bendlerinde yazılı mühürleme ve defter tutmayı ve gerekse 533 üncü maddesinde yazılı terekenin resmen idaresini icabettiren hallerde hâkim, terekeyi doğrudan yazmak ve mühürlemekle mükelleftir. Bu hallerde alâkalının hak ve menfaatlerinin başka türlü korunması da düşünülemez. Binaenaleyh 532 inci maddenin son fıkrasında bir aylık müddetin bunlara şumulü yoktur.

Tereke Nasıl Mühürlenir Ve Deftere Geçirilir – Terekenin nasıl mühürlenip deftere geçirileceği hakkında Medeni kanunda bir hüküm yoktur. 531 ve 532 inci maddelerde sadece mühürleme ve defterin yapılmasından bahsedilmektedir.

Mühürleme ve deftere geçirmenin ne suretle yapılacağı hukuk muhakemeleri usulü kanununun 546 ilâ 560 ıncı maddelerinde gösterilmiştir. Nizamname ve talimatnamede mühürlemeden bahsedilmemiştir. Nizamnamenin 36 ıncı maddesinddeki defterin ne suretle yapılacağına müteallik hükümlerde hukuk muhakemeleri usulü kanununun tahrire ait hükümlerinden pekaz farklıdır. Talimatnamede de bu hükümlere atıfta bulunulmuştur.

[1] 6 Teşrinevvel 942 tarih ve 4616/3623 sayı. Temyiz İkinci H. D.

Mühürleme – Tereke mevcudunun korunmasını sağlamak ve kaçırılmasına meydan vermemek için evvelâ, ev eşyası sandıklara, emin ve muhafazalı odalara ve kıymetli evrak; eşya ve nükut, varsa, kasaya, köylerde hububat vesaire keza emin ve muhafazalı yerlere, anbarlara, konularak buraların kilitleri hâkimin memuriyetine mahsus mühürle mühürlenir. Mühürlenmenin yapıldığı gün ve saati, mühürlemenin sebebini, hazır bulunanların ve orada ise mühürlenmeyi isteyenin adı, sanı, oturdukları yeri, mühürlenen kapu ve kasayı, ne gibi eşyanın mühür altına alınmadığını gösterir bir zabıt varakası yapılarak hâkim ve zabıt kâtibi tarafından imzalanır. Mühürlenen kilitlerin anahtarları, aldığı zabıt varakasına işaret ettirilerek, başkâtibe tevdi olunur. Bu anahtarları başkâtip saklar. Mühürlenen eşya hakkında istihkak iddiasında bulunulurasa hâkim, bu iddiaları muvakkat olarak halleder ve keyfiyeti zabıt varakasına yazar. Mühür konulması lâzım gelip gelmediği hakkında ihtilâf çıkarsa bunu, hâkim, basit usulü muhakeme hükümlerine göre halleder. Bu ihtilâf, mirasçılardan birinin mühürlemeyi istemesi halinde olur. Çünkü mirasçılardan biri vesayet altına alınmış ise veya alınması icabediyorsa bu husus mahkeme ve nüfus kayıtlarile kabili isbattır. Vekili olmıyan mirasçının gaybubeti halinde ise; mühür konulmasına mümanaat eden taraf bunun aksini iddia ederse derhal ispat etmelidir.

Aksi takdirde, gaibin veya vesayet altında bulunan ve yahut da vesayet altına alınması gereken mirasçının menfaatlerini korumak için mahkeme terekeyi mühürlemekle mükelleftir.

Kanunda ihtilâfın basit usulü muhakeme hükümlerine göre halledileceği yazılıdır.(H.M.U.K m. 550) Bu takdirde, taraflara tebliğat yapılması ve duruşma için gün tâyini zaruridir. Bu hususta bir karar verilinceye kadar tereke mühürlnemezse kaçırılmasıda muhtemeldir. Taraflardan biri isterse ihtiyati tedbir olarak da hukuk usulü muhakemeleri kanununnn 101 ve müteakip maddelerine göre hâkim, terekenin mühürlenmesine karar verebilir.

Mühürleme yapılırken dikkat edilecek bir hususta; ***Ölenle birlikte oturanların,kullanmaları lâzımgelen yerlerle eşyalardır.*** Ölenle birlikte oturanların,içtimai vaziyetlerine göre,kullanacakları oda takımı, yatak, karyola, yemek takımı, ev eşyası tesbit olunarak kendilerine bırakılır. Evin odalarından mümkün olduğu kadar az bir kısmında eşya muhafaza olunarak buralar mühürlenip diğerleri birlikte oturanların istifadesine terkolunur. ***Bu eşyanın derhal bir defteri yapılır ve hâkim lüzum görürse eşya ellerinde bırakılanlardan teminat aranılır.*** Müteveffanın ölümü zamanında yanında bulunup onun tarafından beslenegelen mirasçılar, murislerinin hayatında olduğu gibi bir ay daha terekeden iaşe ve infak edilmelerini isteyebileceklerinden bunlara, tereke meyanında mevcut yiyecek maddelerinden kâfi miktarı veya buna tekabül edecek para verilir. Terekede eşyanın derhal bir defteri yapılır ve hâkim lüzumgörürse eşya ellerinde

hayvan varsa bunların muhafazası için itimat edildiği takdirde mirasçılardan birisine ve yahut da hâkim tarafından tâyin edilecek başka bir şahsa yediadil sıfatile teslim olunur. ***Yediadle, teslim olunan şeyin istenildiği zaman iade edilmemeei veya istihâk olunması halinde mâruz kalacağı cezai takibatın mahiyeti açıkça anlatılmalıdır.*** Ekseriya mirasçılardan bir kısmı bu suretle kendisine teslim edilen tereke mallarını diğerlerini izrar maksadile elden çıkarmaktadırlar. Bu sebeple malların teslim edileceği mirasçının ahlâki ve mali durumlarını iyice tahkik etmek ve terekenin muhafazası bakımından en uygun tedbiri almak iktiza eder. İhtiyati tedbir suretile terekenin mühürlenmesi ve deftere geçirilmesinden maksat tereke mevcudunun muhafazası ve mirasçıların menfaatlerinin korunması olmakla beraber bu hususta bütün mirasçıları aynı veçhile nazara alarak hepsinin menfaatini korumak gerektiğinden ve mühürleme işi nede olsa bir çok yönden diğer mirasçılara hoş görülemiyeceğinden hâkimin çok hassas ve ihtiyatlı hareket etmesi, hâdise ve hal icaplarına en uygun tedbirleri alması lâzımdır.

Terekenin Deftere Geçirilmesi (***Tahrir***) — Deftere geçirme muamelesini kim yapacaktır? Medeni kanunun 532 inci maddesinin birinci fıkrasında; (Sulh hâkimi terekeyi mühürler ve defterini yapar.), Nizamnamenin 36 ıncı maddesinde; (Ölenin son ikametgâhındaki sulh hâkimi, kanununu medeninin 532 inci maddesinde yazılı sebeplere binaen terekenin defterini yapar.) ve hukuk muhakemeleri usulü kanununun 554 üncü maddesinde de; (Tahrir muamelesi sulh hâkiminin nezaret ve idaresi altında ve hini hacette hâkim tarafından tâyin olunacak ehlihibre hazır bulundurularak zabıt kâtibi tarafından yapılır. Sulh hâkimi, naip de tâyin edebilir.) Denilmektedir.

Gerek Medeni kanun ve gerekse nizamnamede yazılı (sulh hâkimi terekenin defterini yapar) kaydından, şüphesiz, hâkimin defteri bizzat yazacağı mânası çıkarılamaz. Çünkü mahkemede yazı işleri hâkimin nezareti altında kâtip tarafından yapılır. Mahkeme haricinde hâkim veya naib huzurile yapılacak bilûmum muamelede zabıt kâtibinin hazır bulunması lâzımdır. (Hu. U. M. Mad. 151, 154)

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 554 üncü maddesinde de bu esas kaide tekrar edilerek tahrir muamelesinin, hâkimin nezaret ve idaresi altında zabıt kâtibi tarafından yapılacağı tasrih edilmiştir. Binaenaleyh terekenin hâkim tarafından deftere geçirileceği hükmü, medeni kanunla usul kanunlarında aynıdır. Bu hükümler müvacehesinde, tahririn, hâkimin nezaret ve idaresi altında olmaksızın Başkâtibe veya zabıt kâtibine yaptırılmasına cevaz verilemez.

Mühürleme ve yazma işlerinin sulh hâkimine ait bulunması kaidesinin bir istisnasını, nizamnamede görüyoruz. Tereke mevcudunun değeri, 50 li-

radan aşağı tahmin edildiği takdirde, bu kadar cüz'i değerdeki terekenin, yazma ve mühürleme masraflarını karşılıyamıyacağı ve karşılasa dahi bu masrafların terekeden alınması alâkalıların menfaatlerine uygun düşmiyeceği düşünülerek, ölenin ikametgâhı,sulh hâkiminin bulunduğu kasabanın dışarısında ise, sulh hâkiminin talimatı dairesinde mühürleme ve yazma işleri için ihtiyar heyetine salâhiyet verilmiştir. Tereke, 50 liradan fazla, 200 liradan az tahmin olunmakta ise mühürleme ve yazma işleri için sulh hâkimi mahalline gidecektir. Fakat terekeden ancak yol masrafını alabilecektir. Mühürleme ve yazılma işlerinin ihtiyar heyetine yaptırılması da ihtiyaridir. Hâkim, bunu takdir edecektir. Ölenin son ikametgâhı, sulh hâkiminin bulunduğu kasaba dışında değilse bu takdirde terekeyi hâkimin mühürlemesi ve yazması icabeder.

50 liradan fazla ve 200 liradan az tahmin edilen terekenin mühürleme ve yazılma işlerinde hâkim, terekeden, ancak yol masrafını alabilecektir. Buradaki yol masrafından maksat nakliye vasıtası masrafıdır. Harcirah kanununda yevmiye ve harç tarifesi kanununda ise yol tazminatı denilen parayı terekeden alamıyacaktır. Kanun vazıı burada da mirasçıları korumak istemiştir. Ancak hâkimin müstehak olduğu yol tazminatını hazinenin ödemesi icabeder. Kanaatımızca, harç tarifesi kanununun 98 inci maddesi hükmü nizamnamenin 37 inci maddesi hükmünü tadil etmiş sayılamaz. Çünkü nizamnamede yol tazminatının «terekeden» alınamıyacağı tasrih ediliyor.

944 senesi bütçe kanununun 514 üncü faslının 4 üncü maddesinde; Medeni kanun ve sair kanunlar mucibince hâkimin resen takip ve ifa ile mükellef bulunduğu dâva ve muameleler masrafı karşılığı bir tahsisat mevcuttur.200 liradan az ve 50 liradan fazla terekenin mühürlenme ve yazma işini hâkimin yapacağı ve terekeden yol tazminatının alınmıyacağı nizamnamede tasrih edilmiş olduğuna göre yol tazminatının, bu tahsisattan ödenmesi gerekir.

Deftere Geçirme Muamelesi Nasıl Yapılır?— Derhal yazılması mümkün olmıyan tereke, evvelce izah ettiğimiz gibi, kaçırılmasını önlemek için mühürlendikten sonra yazmıya başlanır. Terekedeki mallar; menkul, gayrı menkul ve üçüncü şahıs yedinde bulunan mallar olarak ayrı ayrı tesbit olunur. Deftere bütün menkul mallar, sıra altında cinsi, nevi, adedi ve muhammen kıymeti derç ve her malın nerede bulunduğu tasrih ve üzerinde üçüncü bir şahsın rehin hakkı varsa bu cihet de işaret olunur. Kolleksiyon halindeki eşya, bir kalemde ve aynı numara altında gösterilir. Aynı neviden veya yekdiğerine benzer eşya mümkün olduğu kadar birlikte tasnif olunur.

Gayrımenkul mallar ile bu malları takyit eden ayni bir hak varsa tapu kayıtları ile beraber yazılır. Gayrımenkuller, âdi ve hasılat kirası

suretile kiraya veya işletmeğe verilmişse kiracıların hüviyet ve ikametgâhları, mukavelenin müddeti, kira karşılığının miktarı gösterilir.

Bir mal üçüncü şahsın elinde bulunupta istihkak iddiası sebkettiği takdirde, bunların isimleri ve iddianın taallûk ettiği malın sıra numarası ve vesika ibraz edilmişse nevi, tarihi ve numarası, takdir edilen kıymetlerile gösterilir.

Ecnebi memlekette eşya bulunduğu takdirde bunlar sulh hâkiminin toplıyabildiği izahat ve malûmata nazaran deftere kaydolunur. Diğer mahkemelerin kaza daireleri içinde başka mallar bulunursa, bunlar, istinabe tarikile yazılır. İstinabe edilecek hâkim, malların bulunduğu mahal hâkimidir.

Talimatnamenin 5 numaralı örneğine uygun olarak ve yukardaki izahat dairesinde yapılacak deftere, terekeyi yazma muamelesinin ne kadar devam ettiği işaret olunur. Altı, hâkim, kâtip ve hazır bulunan mirasçılar, ehlivukuf taraflarından imza edilir. (Hu. M. U. K. Mad. 553—560 Nizamname Mad. 36).

Burada bir noktaya işaret edelim: İhtiyati tedbir olarak tereke yazılırken Medeni kanunun 560 ıncı maddesi gereğince müteveffanın alacaklılarile borçlılarının müracaatı için ilân yapılmasına lüzum varmıdır? Tatbikatta, ekseriya, mücerret terekenin ihtiyati tedbir olarak deftere geçirilmesi istenildiği halde de, alacaklılar ve borçluların müracaatı için ilân yapılmaktadır. Halbuki 532 inci maddenin tatbikını icabettiran sebeplerle defter tutma talebi üzerine terekenin yazılması halleri hukuki neticeleri itibarile biri diğerinden ayrıdır. Mücerret ihtiyati tedbir olarak terekenin yazılması istenilince, alacaklı ve borçluların davetine ve alacak ve borcun deftere geçirilmesine lüzum yoktur. Çünkü bu hususta ne kanunda ve ne de nizamnamede bir hüküm mevcut değildir. 560 ıncı madde hükmü bu hale teşmil edilemez. Tereke yazıldıktan sonra mirasçıların, terekeyi, defter mucibince kabul edecekleri ihtimalile daha evvelinden alacaklı ve borçluların davet edilmesinin muvafık olabileceği düşünülebilirse de mirasçıların böyle bir niyetleri olduğunu evvelden tesbit etmek zaruridir. Aksi tekdirde, bir ihtimal ile 560 ıncı madde hükmünün ihtiyati tedbir suretile deftere geçirilmesi haline teşmili ekser ahvalde olduğu gibi mirasçıları izar eder. Mirasçılar yazılan terekenin hemen kendilerine teslimini ve mirası kabul ettiklerini ve müteveffanın borçlarını şahsen ödiyeceklerini beyan ettikleri hallerde bile, ekser mahkemeler 560 ıncı madde mucibince muamele yapılması gerektiğine zahip olarak bu merasimin ikmaline değin yazılma işini uzatmaktadırlar. Binaenaleyh defter tutma talebile resmî tasfiye talebi dışında 560 ıncı madde hükmünün tatbik edilmemesi icabeder.

Terekenin yazılması bittikten sonra yapılacak işler. — Tereke ister mirasçı ve alâkadarlardan birinin talebile, isterse hâkim tarafından

resen yazılmış olsun, hâkimin doğrudan yapmakla mükellef olduğu ilk iş, mirasçıları tesbit etmektir. Tereke, mirasçı ve alâkadarlardan birinin talebile yazılmışsa, talep eden kimse, verasetin kimlere münhasır olduğunu şüphesiz söyliyecektir. Veraset senet veya ilâmı ibraz olunursa mirasçıların tamamı bu suretle bilinmiş olur. Şu vaziyete göre:

I — A. Ölmüş. çocukları B,C,D. ve karısı H. kalmış, ç ocuklarda reşittir. Bunlardan B. nin talebile tereke yazılmıştır. Verasetin bunlara münhasır olduğu ibraz edilen veraset senedile tahakkuk ediyor. Mirasçıların hepsi de mahallinde hazır. Hâkim, mirasçılara mirası kabul edip etmediklerini sorar. Hepsi de mirası kabul ettiklerini ve terekenin olduğu gibi kendilerine teslimini isterlerse hâkimin, yapacağı başka hiç bir muamele yoktur. Terekeyi derhal mirasçıların hepsine birlikte teslim eder. Evvelce de söylediğimiz gibi mirasın açılmasile mirasçılar, onun tamamına sahip olmuşlardır. Müteveffanın alacakları, hakları, zilyedi bulunduğu malları mirasçılara intikal etmiştir. Mirasçılar müteveffanın borçlarından şahsan mesuldurlar. Terekedeki haklar ve borçlar taksime kadar müşa kalır. Mukavele veya kanun ile muayyen temsil ve idare hakları mahfuz kalmak üzere mirasçılar mevrus malları müştereken tasarruf ederler.

II — Mirasçılar, mirası kabul ediyorlar. Fakat bir kısmı veya tamamı terekenin taksimini istiyorlar. Bu takdirde yazılan tereke, isterlerse, yine mirasçılara teslim edilir. Yukarda yazılı olduğu veçhile taksime kadar onlar tarafından idare ve tasarruf olunur. Ancak mirasçılardan biri isterse, hâkim taksimin icrasına kadar miras şirketine bir mümessil tâyin eder. Tereke, bu mümessil tarafından idare olunur. Burada da hâkimin tereke mallarına müdahalesine lüzum yoktur.

Terekenin taksimi istenilince usulen bir taksim dâvası açılması ve bu dâvanın Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 561 ve müteakip maddelerine tevfikan görülerek karara bağlanması ve hükmün katileşmesinden sonra karar dairesinde muamele yapılması gerekir.

Tatbikatta, ekseriya, bu cihete dikkat edilmemekte, idarî mahiyette tereke taksim olunmakta ve alâkalıların kanun yollarına müracaat imkânları selp ve binnetice ızrar edilmektedirler.

III — Misalimizdeki çocuklardan bir veya ikisinin reşit olmadığını kabul edelim. Tereke mirasçılardan birisinin talebile yazılmıştır. Babanın ölmesile velâyet hakkı anaya geçmiştir. Küçük çocukları ana temsil edecektir. O halde küçük çocukların yerine anaları kaim olacaktır. Talebin mahiyetine göre bir ve iki numaralı bentlerde yazılı olduğu üzere muamele yapılır. Ancak velâyeti haiz olan ananın, medeni kanunun 279 ve nizamnamenin 21 inci maddeleri gereğince hâkime, çocuğun malî vaziyetini gösterir bir müfredat defteri vermesi lâzımdır.

IV — Yine misalimizdeki A.nın çocuklarından birisi ölmüş, onun K.isminde küçük bir çocuğu kalmıştır. K.nın anası da yoktur. Yani mirasçılar arasında vesayet altına alınması gereken birisi vardır. Hâkim K.ya derhal bir vasi tâyin edecektir. Vasi tâyin edilinceye kadar çocuğun menfaatlerinin korunması için gerekli muvakkat tedbirler alınır. (K.M.M.370) Vasi tâyin olunduktan sonra mirasın kabulüne sulh ve asliye mahkemelerince müsaade edilirse(K.M.M.406)vasi de mirası kabul eder. Yahut sulh mahkesinin iznile taksim talebinde bulunur, (K.M.M.405) yahutta taksim muvafık görülmiyorsa birinci bendde izah edildiği üzere bütün mirasçılar terekenin kendilerine teslimini istiyorlarsa tereke, mirasçılara teslim olunur. Çocuğun menfaatlerini vasisi korur.

V — A.nın mirasçılarından reşit oğlu B. vekil tâyin etmeden gaybubet etmiştir.

a — B.nin gaipliğine hükmedilmiş ve bunun mirasçıları da mallarına elkoyma müsaadesini mahkemeden almışlarsa, gaip B.nin mirasçıları, A.-dan B.ye intikal eden miras hissesinin de kendilerine teslimini isteyibilirler. Ohalde B.nin yerine mirasçıları kaim olacaktır. (K.M.M.529) Talebin mahiyetine göre 1 ve 2 inci bentler mucibince muamele yapılır.

b — B.nin miras açıldığı gün sağ veya ölü olduğu belli değil. Gaipliğine de hükmedilmemiş. Mahkeme bunun hissesini idare ettirecektir. B.nin mirasçıları, ölüm tehlikesi içinde vukubulan gaybubet halinde, hâdisenin vukuu tarihinden itibaren bir sene ve çoktanberi haber alınamamak halinde, alınan son haber tarihinden itibaren beş sene sonra hâkime müracaatla gaipliğine hükmedilmesini ve B.ye düşen hissenin kendilerine verilmesini istiyebileceklerdir. Gaibin terekedeki hissesi, işte bu zamana kadar mahkeme tarafından idare ettirilecektir.

Bir kimse uzun müddettenberi gaip olup da bulunduğu yer belli olmazsa hâkim, mallarının idaresi için kayyum tâyinine mecburdur. (K. M. M. 377/1) İşte burada da hâkim gaibe bir kayyum tâyin eder. Gaibin terekedeki hissesi kayyum tarafından idare olunur. Kayyum, gayibi Medenî Kanu'nun 402 ve 403 üncü maddelerine göre temsil eder. Bu takdirde de diğer mirasçıların hepsi birlikte terekenin kendilerine teslimini isterler, Gaibin mefaati bakımından bu talep uygun görülürse 1 inci bent mucibince veyahutta 2 inci bende göre muamele yapılır.

c — Mirasçılardan biri terekenin bulunduğu mahalden başka bir yerde ise, şüphesiz, usulen haberdar edilir. Mirasçı ya gelir veya vekil gönderir. Vekil göndermiyecek bir durumda ise kayyum tâyin edilir. (K. M. M. 376/1) ve mirasçıların isteklerine göre evvelce izah edildiği üzere tereke teslim veya taksim edilir.

VI — a. Mirasa istihkak iddia edenlerden hiçbiri sıfatını teyit edecek delil gösteremiyor.

b. Yahutta mirasçı bulunup bulunmadığı şüpheli.

c. Müteveffanın mirasçılarının hepsi malûm değil. Daha kısası mirasçılar verasetin kendilerine münhasır olduğuna dair veraset senet veya ilâmı ibraz edemiyorlar.

Hâkim üç ay içinde sıfatların beyan etmek üzere alâkalıları ilânla davet eder. Bu takdirde, tereke, resmen idare olunur. Üç ay içinde sulh hâkimine, hiçbir müracaat vaki olmaz ve mirasçıların mevcudiyeti sabit olmazsa, miras, hazineye intikal eder. (K. M. M. 534, 533/2, 3)

VII — ***Vasiyetnamenin açılması*** — Vefat zamanında çıkan vasiyetnamenin butlanını istilzam eden bir nakise ile malûl olduğu görülse bile hemen sulh mahkemesine tevdii iktiza eder. Vasiyetnameyi tanzim eden ve saklayan daire ile hıfzı deruhte eden veya ölünün evrakı arasında bulan her şahıs bu borcu ifa ile mükelleftir: (K. M. M. 535)

Tereke yazılırken de ölünün evrakı arasında vasiyetname ele geçebilir. Bu madde âmme intizamına taallûk eder. Ölünün vasiyetlerini tenfiz imkânını sağlamak için konulmuştur.

Medeni Kanun'un 479 uncu maddesinde, resmî vasiyet senedinin sulh hâkimi, kâtibi Adil yahut kanunen bu husus ile tavzif edilen memur tarafından tanzim edileceği yazılıdır.

Mevzuatımıza göre vasiyetnameyi tanzim salâhiyetini haiz olanlar sulh hâkimi ve noterdir. Vasiyetnameyi tanzim eden sulh hâkimi, aslını veya musaddak suretini saklamakla mükellef olduğu gibi noterler de, ölüme bağlı tasarruf sahiplerinin açık veya kapalı olarak yazıp verdikleri vasiyetnameleri saklarlar. Buna dair bir zabıt varakası tutarlar. Gerek bu suretle tevdi edilen vasiyetnameler ve gerek noterler tarafından tanzim edilen sair ölüme bağlı tasarruflar, sahibinin şahsi hallerinde vukubulacak değişikliklerden malûmat verilmek üzere bunların, ikametgâhları nüfus dairesile hüviyet cüzdanlarının verildiği mahal nüfus dairelerine haber verilir. Noterler, ölümün ihbarı veya ölüme ıttıla halinde, salâhiyetli sulh hâkimine verilmek üzere dairelerinde mahfuz bulunan vasiyetnameleri ve noterlikçe tanzim edilmiş sair ölüme bağlı tasarruf senetlerinin tasdikli ve pulsuz örneklerini C. M. U. liğine verirler. (Noter kanunu Madde 45)

Medeni Kanun'un 535 inci maddesinde yalnız, vasiyetnamenin sulh mahkemesine tevdii mükellefiyetinden bahsedildiği halde Noter Kanunu'nun 45 inci maddesinde, ***sair ölüme bağlı tasarruf senetlerinin suretlerinin de sulh hakimine verilmek üzere müddeiumumiliğe tevdi edileceği*** tasrih

edilmektedir. Ölüme bağlı tasarruflar, vasiyet veya miras mukavelesile yapılır. Noter Kanunu'nun sair ölüme bağlı tasarruflardan maksadı da, miras mukavelesidir. Medeni Kanun'da miras mukavelesinin de tevdii mecburiyetine dair bir hüküm olmadığı halde, Noter Kanunu'na böyle bir hükmün konulmasındaki fayda ne olabilir? Miras mukavelesile mirasçı nasbedilen kimse, bundan haberdardır. Çünkü mukavele taraflarının huzuru ile yapılır. Ölüm vukuunda da, mirasçı, hak ve menfaatlerini korumak için hâkime müracaat edecektir. Noter Kanunu'nun mezkûr hükmü, miras mukavelesile mirasçı nasbedilmiş olan kimsenin vaktinde murisin ölümünden haberdar olamaması halinde, mahkeme tarafından alınacak tedbirlerle hak ve menfaatlerinin korunmasına yarayacaktır.

Noter Kanunu'nun 45 inci maddesindeki bir hükümde, gerek vasiyetnamenin ve gerekse ölüme bağlı sair tasarruf senetlerinin, ölüme ıttıla kesbedince, doğrudan sulh hâkimin tevdi edilmeyip C. M. U. sine verilmesidir. Müddeiumumi salâhiyetli sulh hâkimine tevdi edecektir. Halbuki medenî kanun doğrudan sulh hâkimine tevdiini emrediyor. Noter ölümden haberdar olmakla beraber salâhiyetli sulh hâkiminin hangi hâkim olduğunu belki bilemez. Eğer salâhiyetli hâkimi biliyorsa doğrudan ona vermekte de, kanaatimce, bir mahzur yoktur. Fakat salâhiyetli sulh hâkimini bilmiyorsa müddeiumumiye tevdi eder. Müddeiumumi tahkikat yaparak salâhiyetli sulh hâkimine gönderir.

Hâkim, vasiyetnameyi tesellüm ettiği tarihten itibaren bir ay içinde bilinen mirasçıları davet ederek gelenlerin huzurunda açar. Mirasçılar bilinmiyorsa ilânla davet eder. Vasiyetname açıldıktan sonra kanuni mirasçıları dinler. Hal ve vaziyetleri itibarile bunların mirasa el koymalarında, lehine vasiyet yapılanların menfaatleri bakımından, mahzur görmüyorsa müsaade eder. Aksi takdirde terekenin resmen idaresini emreder.

Vasiyetname açıldıktan sonra lehlerine vasiyet yapılmış veya mirasçı tâyin edilmiş olanlara, vasiyetnamenin kendilerini ilgilendiren hükümleri ihtiva eden bir örneğini masrafı terekeye ait olmak üzere tebliğ eder. İkametgâhları bilinemiyorsa resmî ilânla haberdar eder. Vasiyetnamenin tamamını almak istiyen alâkalıların, gerekli suret masrafını vermeleri iktiza eder. Vasiyetname, tesisi tazammun eden bir teberrud a ihtiva ediyorsa hâkim, evkaf idaresine verilmek üzere, keyfiyeti mahallin en büyük mülkiye memuruna bildirir. (Nizamname 42)

Medeni kanun'da vasiyetnamenin tevdiinden, açılmasından ve lehlerine vasiyet yapılanlara tebligat yapılmasından bahsedilmektedir. Noter kanunu mucibince miras mukavelesi hâkime tevdi edilmişse, hâkimin, alâkalı.

lara tebligat yapacağına dair bir hüküm yoktur. Bu suretle hâkim miras mukavelesile nasbedilmiş bir mirasçının mevcudiyetinden haberdar oluyor demektir. Medeni kanun'un 534 üncü maddesi mucibince muamele yapması iktiza eder.

Vasiyetnamede, mirasçı nasbedilmiş olupta hakları, kanuni mirasçılar yahut daha evvelki bir tasarrufla lehlerine teberru yapılmış olanlar tarafından açıkça itiraza uğramıyan mansup mirasçılar, sulh hâkiminden mirasçılık vesikası istiyebilirler. Bu suretle mansup mirasçılar da taayyün ettikten sonra talebin mahiyetine göre yukardaki bentlerde izah edilen şekilde muamele yapılır.

489

Yarının hukuku

Milletler Arası Hava Hususî hukukuna bir bakış

Yazan:

Dr.K. Fikret ARIK

On dokuzuncu asrın ikinci ve bilhassa yirminci yüz yılın ilk yarısı, devletler arası dayanışmanın gittikçe artan tecellisine şahit olmuştur. Gerçekten, münakale, muhabere vasıtalarının akılları durduran gelişmesi, makineciliğin sonu gelmez terakkileri, kapitalizmin ve sanayiciliğin deniz aşırı servetleri istismar ihtiyaç ve iştihasının gittikçe artan sirayeti; devletleri, hâkimiyetten kuleleri içine çekilmiş birer münzevi varlık olmaktan çıkarmış, iktisatça en kuvvetli, otarşi politikasının en hararetli taraftarı devletlerin bile az veya çok tamamlanmağa muhtaç birer varlık olduğu, inkâr edilmez bir vak'a haline koymuştur.

Bu iktisadî ve ticarî karşılıklı ***bağlılığın*** devletler hayatında sonsuz menfaat ihtilâflarına, bunun neticesi olarak ta hukuk çatışmalarına sebep olması gayet tabiidir. Zıt veya aynı istikamete müteveccih menfaatlerin milletler arası anlaşmalarla düzenlenmesi ve müşterek hukuk kaideleri yolundaki cereyan,demokrat cephenin tam zaferile bitecek gibi görünen ikinci cihan harbi devam ederken her zamankinden daha çok kuvvetli, daha, şümullü ve daha katî bir manzara almaktadır.

Fakat, milletler arası birleşme hareketi hukukun hiç bir sahasında, bizzat yirminci asrın çocuğu olan milletler arası hava hukukunda olduğu kadar kuvvetli ve alâka verici değildir. Bunun sebebi, hava nakil vasıtalarının, radyodifiziyon ve televizyon ile birlikte, dünya sathını her gün âdeta biraz daha küçültmesi, ve binaenaleyh milletler arası ihtilâf ve çatışmaları son derece artırmasıdır.

Bununla beraber memleketimizde, hattâ hukukçular arasında bile, hava hukuku diye müstakil bir hukuk kolundan bahsetmenin biraz mübalâgalı bir hareket teşkil edeceğini düşünenler az değildir. Bunun sebebi memleketimizde hava hukuku hakkında yazılanların [1], bu alanın bu gün arzettiği ve yarın arzedeceği muhakkak bulunan büyük öneme nazaran cidden pek az olmasıdır. Müstakil bir hava kanununun bulunmaması ve üniversitede bu yeni hukuk dalına ayrı bir kürsünün tahsis edilmemiş olması da ayrıca zikredilmelidir.

Bu yazıda sadece milletler arası hava ***hususî*** hukukunun [2] ikinci ci-

[1] Memleketimizde hava hukukuna dair yazılan makale ve kitaplar, bildiğimize göre, şunlardan ibarettir: *Rifat Taşkın:* hava hukuku, 1935 — *R. Taşkın:* Hava hukuku 1941. *Dr. Hikmet Belbez:* Milletler arası hava naktiyatına dair bazı kaidelerin birleştirilmesi hakkında anlaşma (Varşova anlaşması) Ad. Cer. 1942, sh.207 vd. —Alman hava seyrüsefer kanunu. Ad. Cer. 1942 sh. 432 vd. Roma ihtiyatî haciz ve mesuliyet anlaşmaları. Ad. Cer. 1942 sh. 549. bu üç tercüme aslına sadakat ve terimlerdeki itina bakımından bilhassa başarılıdır .— *S.Nuri İleri:*, Hava hukuku. İst. Barosu mec. (139. s. 529 — 533.)—Bunun haricinde başlıca devletler hukuku kitaplarında Hava âmme hukukuna ait malûmat vardır.

[2] Hava hukuku bir çok şubelere ayrılmıştır. Önce, *Harp hava hukuku* ile *sulh hava hukuku*'nu birbirinden tefrik etmelidir. Sulh hava hukuku, uluslar arası hava hukuku, dahilî hava hukuku diye iki kısma ayrılır. Bunlardan herbiri ayrıca *hava âmme hukuku, hava hususi hukuku* olarak iki kısma ayrılır.

Milletler arası hava âmme hukukunu tanzim eden bir çok anlaşmalar mevcuttur. Bunları *umumi anlaşmalar, iki taraflı anlaşmalar* olarak ikiye ayırmak kabildir. Bir çok devletleri birleştiren üç büyük umumi anlaşma vardır:

a) Hava seyrüseferinin düzenlenmesine dair 13 ilkteş.1919 tarihli uluslar arası anlaşma(*Paris muahadesi*),b) 1 sonteş. 1926 tarihli *ibero—Amerikan* (Madrıt) anlaşması, 3) 20 şubat 1928 tarihli *Havane* panamerikan anlaşması

Paris konvansiyonunun ana esasları şunlardır: sulh zamanlarında her âkit devlet hava nakil vasıtaları için diğer âkit devletlerin ülkesi üzerinden zararsız geçiş serbestisi tanınmıştır. Her devlet ülkesi üstündeki hava tabakası üzerinde tam ve münhasır bir hâkimiyet hakkı sahibidir (Yasak bölgeler tesisi hakkı). Âkit devlet hava nakil vasıtaları için muamele eşitliği sağlanmıştır. —Bu anlaşmaya göre âkit devletler arasında devamlı bir irtibat tesis etmek üzere Uluslar arası hava seyrüsefer komisyonu(*La CİNA* diye anılır) ihdas edtmiştir. CİNA,hava seyrüseferine ait her türlü haberleri toplar, âkit devletlere bildirir. Bundan başka, anlaşmanın bazı merbutatını tadil selâhiyetine de makiktir.1 sonteş.1937 tarihinde Paris anlaşmasına 32Devlet dahildi.Bu anlaşmanın mağlûp devletler için müsait olmıyan hükümleri sonradan degiştirildi; memleketimiz Lozan muahedesile umumî muahedelere iştirak taahhüdünde bulunmuşsada bu muahedeye iltihak etmediğimizi sanıyorum. —1926 İbero amerikan anlaşlması, Paris anlaşmasına benzer, İspanya ile lâtin Amerika devletleri arasında yapılmıştır. CİANA remzile gösterilen daimî bir komisyon kurmuştur. *Havane anlaşması* Amerika devletlerini birleştirir.CİNA ve CANA gibi merkezî bir teşekkül ihdas etmemiştir.

han harbinden evvelki tekâmülü ve harp sonrası hava hususi hukukunu bekliyen başlıca meseleleri kısaca gözden geçirilecektir.

***

Uluslar Arası Hava Hususi Hukukunun Teşekkülü ve Bu Hukukun Doğuşuna yardım eden teşkilât:

Milletler arası bir âdet yaratacak bir mahkemenin bulunmaması yüzünden uluslar arası hava hususi hukuku devletler arasında yapılan anlaşmalara dayanmaktadır. Bu anlaşmaların yapılmasında birinci derecede ve ikinci derecede rolü olan teşkilâtı kısaca gözden geçirelim:

I—Milletler Arası Hava Hususi Hukuk Konferansları—şimdiye kadar üç kere milletler arası hava hususi hukuk konferansı toplanmıştır: 1925 Paris konferansı, 1929 Varşova konferansı, 1933 Roma konferansı.

II—Hava Hukuku Eksperleri Uluslar Arası Teknik Komitesi (=CİTEJA)

Uluslar arası konferansların girift bünyesi asıl hukukî meselelerin metotlu ve esaslı incelemesine müsait değildir. 1925 yılında ilk defa Pariste toplanan uluslar arası hava hususi kukuk konferansı bu alanda çalışmalarda bulunmak ve ilerde konferanslar tertip etmek üzere bir komite teşkili için diger devletlerle temasa geçmesini Fransız hükümetinden rica etti. 1926 da 28 devlettin resmî delegeleri Hava hukuku eksperleri uluslar arası teknik komitesi adını alan bir teşkilât (ki buna Comité international technique d' experts juridique aériens kelimelerinin ilk harflerinden müteşekkil CİTEJA kısaltmasile ifade etmek adettir) kurdular.

CİTEJA' nın vazifesi, hava seyrüseferlerinin gelişmesile ortaya çıkan hava hususi hukuku meselelerini tetkik etmektir. Bu teşekkül her türlü teşriî salâhiyetten mahrumdur. Çalışmalarının meyveleri olan hava hususi hukuku anlaşma projelerini, Fransız hükümeti vasıtasile hususî hava hukuku konferanslarına arzetmekle iktifa eder.

Yılda bir defa muhtelif merkezi hükümetlerde alelâde toplantılar yapar. Umumi celselerin gündemine giren her konu, daha evvel hava hususi hukukunun muhtelif meselelerini aralarında paylaşmış bulunan dört komisyondan biri tarafından incelenir. Komisyonunun umumi kâtipliği Paris, dedir. CİTEYA ya 32 devletin murahhsı dahildir. Bu komisyon hava hususi hukukunun mevzuuna dahil hemen hemen bütün meselelere şâmil olan hummalı bir faaliyet sarfetmekte bulumuştur.

Komisyona dahil eksperlerin mütalaaları veya raportör sıfatile çalışmaları, mensup bulundukları hükümetlerin mesuliyetini veya muvafakatini tazammun etmez. Bu eksperler salâhiyetli vekil sıfatını haiz olmadıklarından mensup bulundukları hükümetler, onların mütalâalarını almakla beraber, hareket serbestisini muhafaza ederler.

Şu izahlardan da anlaşılacağı gibi, en iyi hukukçular arasından seçilen ve hava hususi hukukunun teşekkülünde hakiki uluslar arası zihniyetle işbirliği eden mütehassıslardan müteşekkil böyle bir teşekkülün çalışmalarındaki değer pek büyüktür. Netekim, bu teşekkülün teklif ettiği anlaşma projelerinin hemen hepsi uluslar arası konferanslarda kabul edilmiştir. [1]

Uluslar Arası Hava Hususi Hukukunun Harpten Önceki Durumu

İkinci cihan harbinden önce uluslar arası münasebetlerde bir hal sureti bulunması icap eden müsatacel meseleler şu anlaşmalarla halledildi:

I— 1929 tarihli Varşova konvansiyonu: Bu anlaşma II. Hava hususi-hukuk uluslar arası konferasında kabul edilmiştir. Hava nakliyatında nakliyecinin mesuliyeti meselesine ve hava nakliyat senetlerine mütedairdir.

[1] Uluslar arası hava hususi hukukunun doğumuna ikinci derecede yardımı olan teşekküller ikiye ayrılır: 1) Yalnız teknik faaiiyette bulunanlar: Bunlar da ikiye ayrılır: A) *resmi teşekküller*: Uluslar arası havacılık konferansları (conférances Aéronautiques internationales (C. A. İ) Uluslar arası hava yollarının işletilmesi, bu yolların geçtiği memleketlerin anlaşmasını ve iş birliği etmesini gerektirir. Bu devletlerin hava yoluyla umumi nakliyatın iyi işlemesini sağlamakta müşterek menfaatleri vardır. Bunun için dokuz Avrupa devleti zaman zaman ve muntazaman uluslar arası havacılık konferanslarına memurlar yollarlar.

Bu konferansların kararları kükümetleri bağlamamakla beraber onlara mükemmel birer direktif olur. bb) *Uluslar arası hava seyrusefer kongreleri*: hükûmetlerin teşebbüsleri üzerine toplanır. Kararları dilek mahiyetindedir.

B Hususi Teşekküller:a)Uluslar arası hava federasyonu(La Féderation aérienne internationale=FAİ): Millî havacılık Spor cemiyetlerini toplar. Spor ve turizm uçakçılığını tanzime çalışır. Türk hukuk kurumu bu federasyona dahildir. b) Uluslar arası uçakçılık hukuk komitesi (Le Comité juridique İntrnational de l' Aviation; C.J.İ.A). Hava yolu ile yapılan nakliyatın ihtiyaçlarına uygun kannun projeleri hazırlar. Hazırlamış olduğu hava kodu projesi (Projet de Code deil' Air) mühimdir. c) İnternational Air Traffic Association: İATA, avrupanın en mühim hava nakliyat kumpanyaları bu cemiyete dahildir.d) İnternational union of Anssiation İnsurers İUAİ) Avrupanın başlıca uçak sigortacılarını toplar. Hava sigortacılığına ait peliçeler hazırlar. Bundan başka Milletler cemiyeti, Uluslar arası iş bürosu, Panameriken birliği, Hususi Hukukun birleştirilmesi için Roma Milletler arası Eustitüsü(İnstitut İnternational de Rome Pour I' unifikation du droit privé, Uluslar arası Deniz komitesi(Le Comité İnternational Maritime İnternational)Uluslar arası ticaret odası gibi teşekküller de hava hususi hukuku ile dolayisile ilğilenmektedirler.

II— 1933 ROMA anlaşmaları. III. Hava hususi hukuku Uluslar arası konferansında kabul edilmiştir.

a) İlk anlaşma, hava nakil vasıtaları tarafından yerde bulunan üçüncü şahıslara verilen zararlardan mütevellit mesuliyet meselesine,

b) İkinci anlaşma, hava nakil vasıtaları üzerinde tedbiri ihtiyati olarak konulan haciz ve hapis hakkı bakımından tahdit ve muafiyetlere dairdir.

(Bu anlaşma 1937 de yürürlüğe girmiştir).

Memleketimiz bu anlaşmalardan yalnız Roma anlaşmalarını imzalamış lâkin hiç birisini tasdik etmemiştir. Bununla beraber yarının hava hukukunu temsil eden bu anlaşmaların memleketimizce de tasdiki çok muhtemeldir. Netekim geçen devrede Meclise sevkedilen hava kanunu projesi, bu mukavelelere istinat eden Alman hava kanunundan iktibas edilmiş bulunuyordu.

Bu itibarla adı geçen anlaşmalar hakkında bazı kısa izahlarda bulunmağı faydalı buluyoruz.

I — Uluslar arası hava nakliyatı hakkında Varşova anlaşması:

Uluslar arası hava hususi hukukunu ilgilendiren bir çok meseleler arasında hava nakliyatınına üzellenmesi ilk safta geliyordu. Çünkü Millî hava kanunlarının bu alandaki fakirliği, hükümlerinin birbirinden çok farklı oluşu, hava seyrüsefer kumpanyalarile yolcular ve mal sahipleri arasındaki hususi hukuk münasebetlerini yeknesak bir şekilde tâyin edecek bir nizam tesisini zaruri bir hale sokmuştu Fılhakika hususi hava kanunlarının mevcut olmaması bu münasebetlere umumi hükümlerin tetbikını intaç etmişti. Bu hükümler ise himayeye muhtaç olan hava seyrüseferlerine uymuyor, sert geliyordu. Diger cihetten hava nakliyecisinin mesuliyeti hakkında hükümler koyan millî kanunlar da kabul ettikleri sistem ve esaslar bakımından birbirinden farklı idi:Gelenekçi esaslara dayanan kanunlar nakliyecinin mesuliyetini kusura istinat ettiriyorlardı [1]. Fakat bu kanunlardan bir kısmı ademi mesuliyet şartını muteber, bir kısmı ise gayrı muteber sayıyordu. Bir kısım kanunlar da nakilyeciye objektif bir mesuliyet yüklemişlerdi. Bunlar arasında da mesuliyetin tahdidi, ademi mesuliyet şartının kabulü bakımından farklar vardı. Nihayet, mesuliyetin kime teveccüh edeceği meselesi de muhtelif suretlerle halledilmişti. Bazı kanunlarda mesuliyet idare edene, bazılarında işleticiye, bazılarında işletici ile malikin müteselsilen mesul olacağı kabul edilmişti.

[1] Fıransa, Avusturya, Büyük Britinya, İtalya kanunları gibi.

Varşova anlaşması bu duruma son vermek için yapılmıştır. Bununla beraber bu anlaşma, ancak bugünkü uluslar arası hava nakliyatının başlıca ve en âcil meselelerini halletmektedir. Muhtelit nakliyat, hava nakil vasıtalarının kiralanması, çarter mukaveleleri gibi girift ve henüz olgun bulunmıyan meseleler anlaşma dışında bırakılmıştır. Bunun için anlaşmaya (Milletler arası hava nakliyatına dair *bazı* kaidelerin birleştirilmesi hakkında anlaşma) adı verilmiştir. Diger cihetten, bu anlaşma her çeşit hava nakliyatına şâmil değildir. Turizm tayyareleri hariç bırakılmıştır. Nihayet bu anlaşma yalnız uluslar arası nakliyata ait olup memleket içi hava nakliyatına ait hükümler millî mevzuata bırakılmıştır.

Beş fasıldan müteşekkil olan anlaşma başlıca iki mevzuu düzenler:

A-Uluslar arası hava nakliyecisinin mesuliyeti,

B-Uluslar arası hava nakliye senetleri.

A-*Uluslar arası hava nakliyecisinin mesuliyeti*: anlaşma, akdî bir bağ ile bağlanan nakliyatçının bütün hukukî mesuliyetini tanzim eder.Bu suretle nakliyat kazasında zarara uğarayan kimse akde müstenit dâva ile haksız fiilden mütevellit dâvadan birisini seçemez. Diger taraftan anlaşmada tesbit edilen mesuliyet esası taraflar için âmir bir mahiyeti haizdir. Hilâfına mukavele caiz değildir.

Nakliyecinin mesuliyeti *kusura dayanan*, yani *sübzejtif* mesuliyettir. Bunun neticesi olarak hava nakliyatının tehlikeleri yolcu veya yük sahibi aleyhinedir. Yani, mücbir sebep, başkasının kusuru, umulmayan bir halden ileri gelen zarardan mesul değildir. Fakat, zararın kendi kusurundan ileri gelmediğini isbat külfeti nakliyeciye düşer. Çünkü, borcunu ifa etmiyen veya eksik bir şekilde ifa eden borçlu,umumi hükümler dairesinde kurtuluş beyyinesini getirmekle mükelleftir. Bununla beraber nakliyeci, zararın, işletmeye yabancı bir sebepten ileri geldiğini isbat zorunda değildir. Kendisinin veya müstahdemlerinin kusuru bulunmadığını isbatla iktifa eder, yolcuyu hava tehlikesine karşı garanti etmez. [1]

Nakliyecinin ancak kusurundan mesul olması hava nakliyecilerini himaye inkişafına mâni olmamak için kabul edilmiştir.

Nakliyecinin mesuliyeti muayyen bir miktarla tahdit edilmiştir:

Nakliyecinin vereceği tazminat tahdit edilmiştir. Bunun sebebi bilhassa insan nakliyatında hava nakliyat kumpanyalarını ağır tazminat yükü altında mahvetmemek ve nakliyecinin mâruz kaldığı tehlikeyi tâyin ederek sigorta imkânını yaratmaktır.

[1] Konşimentoya ait bazı haidelerin birleştirilmesine dair Brüksel anlaşmasında da böyledir. Halbuki uluslar arası şimendifer nakliyatına ait Bern anlaşmasına göre nakliyeci, hasarda mücbir sebep, hak sahibinin kusuru veya bagaj veya eşyanın kendi ayıbının bulunduğunu isbatla mükelleftir.

Anlaşmada nakliyeciye yolcuları sigorta ettirmek borcunun yükletilmemesi tenkit edilmiştir. Çünkü nakliyeci yalnız kendisinin ve adamlarının kusurundan mesul olduğu için sadece bu bakımdan mesuliyet sigortası aktedecek, yolcu ve eşya başkasının kusurundan veya mücbir sebepten ileri gelen zararlardan dolayı temin edilmemiş olacaktır. Bu eksiğin tamamlanması için 5 inci Uluslar arası konferansta temenni izhar edilmiştir.

B — ***Milletler arası hava nakliyat senetlerinin tanzimi:***

Anlaşma hava nakliyatının muhtelif nevileri için üç çeşit hava nakliye senedi derpiş etmiştir: ***Yolcu bileti, yolcu ağırlık senedi, yük senedi.*** Bu senetler alelâde ısbat vasıtalarıdır. Bu senetlerin mevcut olmaması, zayi olması, veya usulüne uygun olmaması nakil mukavelesinin sıhhatine halel vermez. Fakat anlaşmanın bu senetlere ait hükümlerinin tatbiki için nakliyeci yolcu bileti, yolcu ağırlık senedi vermekle, yük senedi olmıyan eşyayı kabul etmemekle mükelleftir. Aksi takdirde kurtuluş beyyinesini getiremez, sonra mesuliyeti gayrı mahdut bir hal alır.

II — Roma mesuliyet anlaşması:

Varşova anlaşmasında yalnız hava nakliyecisinin mesuliyeti tanzim edilmiş, yabancı hava nakil vasıtalarının yerde bulunan üçüncü şahıslara verdiği zararın tazmini tanzim meselesi edilmemişti.

Böyle bir zararın tazmininde hâkimin kendi kanununu tatbik edeceği (Lex fori kaidesi)tatbik edileceği Devletler hususi hukukunda umumiyetle kabul edilmiştir. Fakat devletlerin hava kanunlarında bu hususta umumiyetle bir hüküm yoktur. Umumi hükümlere müracaat edilmesi, bir çok hallerde kazadan sonra kasıt, ihmal veya teseyyüp hakkında maddî delil getirmeğe muktedir olamıyan mutazarrır üçüncü şahısları her türlü tazminattan mahrum eder.

Diğer cihetten, hava seyrüseferinde yerde bulunan üçüncü şahıslara verilen zararın tazminini derpiş eden kanunlarda da mesuliyetin esası, şümulü, kime teveccüh edeceği, salâhiyet ve müruru zaman bakımından büyük ve mühim farklar vardır. Her hudutta bu suretle başka bir mesuliyet rejimine tâbi olan nakliye şirketleri gayri muayyen olan mesuliyetlerini sigorta ettirmemek durumunda kalıyorlardı.

Hava nakil vasıtaları etarafından yerde bulunan üçüncü şahıslara verilen zararlara ait bazı kaidelerin birleştirilmesi hakkında 29 mayıs 1933 Roma anlaşması bu konuyu tanzim etmiş bulunuyor. Anlaşma şu esaslara dayanır:

1— Hava nakil vasıtasının işleticisine düşen mesuliyet, ihdas edilen risk (tehlike) esasına dayanır.

2— Bu mesuliyet mahduttur.

3— Tazminatın ödenmesi için bir teminat sistemi derpiş edilmiştir.

1—***Hava nakil vasıtası işleticisine düşen mesuliyet, ihdas edilen tehlike esasına dayanan bir mesuliyettir*** Çok yüksekte ve her türlü kontrol haricinde uçan tayyarecinin kusurunu isbat hususunda mutazarrırın mutlak bir imkânsızlık içinde bulunması *objektif mesuliyetin* kabulüne saik olmuştur. Ancak, bu tâbir, birbirinden farklı iki mefhumu ifade eder: a) kusur karinesine dayanan mesuliyet, b) ihdas edilen tehlike esasına dayanan mesuliyet.

a)***Kusur karinesine dayanan mesuliyet***, zarara uğrayan kimseyizarar failinin kusurunu isbat etmek mükellefiyetinden kurtarır. Zarar faili, zararın kendi kusurundan hariç bir sebepten ileri geldiğini isbat etmek suretile kendi aleyhine mevcut karineyi çürütemezse zararı tazmin ile mükellef olur. Yani kendisinin bir kusuru olmadığını isbat etmesi kâfi değildir. Zararın üçüncü bir şahşın, veya mutazarrırın kendi kusurundan, yahut mücbir bir sebepten ileri geldiğini isbat etmek zorundadır.

b) ***Buna mukabil ihdas edilen tehlikeye dayanan mesuliyet rejimi,*** nakil vasıtasının malik veya işleticisi, yahut mutazarrırın şahsi kusurundan ileri gelenler müstesna, bütün zararlardan mesuldür.

Roma anlaşması bu sonuncu mânada objektif mesuliyet esasını kabul etmiştir.

Bunun sebebi şudur: hava nakil vasıtalarının uçuşuyle ortaya çıkan tehlikelerden doğan zararı, bu vasıtanların işletilmesine tamamen yabancı kimselere yükletmek nasafete uygun büşmez. Yerde bulunan kimse hava nakil vasitalarının hareketlerine mâni olamaz. Şu halde hususi mülklerin üstünde uçuş serbestisinin neticesi olarak yerde bulunan şahıs ve eşyanın esaslı surette himayesi zaruridir.

Esasen, cemiyet için yeni tehlikeler yaratan bir makina kullanmakla bu makinanın işleticisi umuma karşı gelebilecek zararı temin vecibesini iltilzam etmiş olur. Nihayet ihdas edilen tehlikeye istinat eden mesuliyet, hâkim va sfi sosyal bir karakter taşımak olan, modern hukuk telekkisinin bir inikâsıdır.

Mesuliyet kime müteveccihtir? Yerde bulunan üçüncü şahıslara verilen tazminatı daha iyi temin etmek için millî kanunların çoğu hava nakil vasıtası işleticisinin mesuliyetine, nakil vasıtası malkikinin ve hattâ pilotun müteselsil mesuliyetini ilâve ettiler. Halbuki Roma anlaşması yalnız nakil vasıtası işleticisinin mesul olacağını kabul etmiştir. Filhakika mesuliyete esas teşkil eden tehlike mülkiyetten değil, işletmeden doğar. Diğer cihet-

ten,kendi idaresi ve kontrolü dışında kalan bir uçağın işletilmesinden dolayı, malikin mesul olmaması adalet icabıdır. Pilotun mesuliyetine gelince bu, üçünncü şahıslar bakımından büyük bir önem arzetmez. Zaten hukukî bakımdan pilot işleticinin bir müstahdemi olup ücretle çalışır, işletmenin kârına iştirak etmez.

Mesuliyetin tahdidi: Hiç bir suretle alâkadar olmadıkları bir faaliyetin kurbanlarına, kendilerine verilmesi icap eden tazminatın – bir kısmından da olsa – vaz geçmeği tahmil etmek adalete aykırı gibi gelir. Fakat tatbikatta tesbit edilen tazminat ekser ahvalde zararı tamamen telâfiye kâfidir. Esasen mesuliyetin tahdidinden maksat mutazarrıra verilmesi icap eden tazminatı indirmek değil, işleticiye maruz kaldığı zararın şumulünü göstermek ve bu suretle mesuliyet sigortası akdetmek imkânını vermektir. Diğer cihetten, işletici aleyhine objektif mesuliyet gibi ağır bir esas kabul edilince bunun tavizi olarak bir tahfif kabul etmek zaruridir. Netekim sigortacılar ve İATA [1] dahi bu rejimi tavsiye etmiştir

Kabul edilen tahdide gelince: Nakil vasıtasının işleticisinin mesuliyeti , asgari 60000 frank ve âzami 2000000 franktır. Bu iki had arasında mutazarrırın isteyebileceği tam miktar, her kilo başına 250 fr. tutularak nakil vastasının değerine göre tâyin olunur. Bu suretle işleticinin mesuliyeti ile, uçağın ağırlığına, yani değerine göre tezahür eden tediye kabiliyeti, malî kudreti arasında bir nisbet kurulmuştur. Küçük turist hava nakil vasıtaları işletenler ağır bir zarara uğramaktan kurtulurlar. ***Tazminatın garantisi:*** Anlaşmaya göre işletici yerde bulunanlara vereceği tazminatı sigorta ettirmek veya teminat miktarını nakten tevdi etmek yahut banka teminatı göstermek suretile garanti etmeğe mecburdur.

III — İhtiyati Haciz Hakkında Roma Anlaşması:

Bir kimsenin mameleki borçlarının temini istifası için umumî bir teminat hükmündedir. Kanun alacaklıya haciz, ihtiyati haciz, hapis hakkı gibi vasıtalarla alacağının istifasını temin imkânı vermiştir. Bu muhtelif kanun yolları borçlunun faaliyetini felce uğratabilir, lâkin umumiyetle âmme menfaatini ihlâl etmez. Fakat bu tedbirlere mevzu teşkil eden şeyler umumi nakliyata yarayorsa o zaman durum değişir. Bu takdirde bu şeylerin hareketten alıkonması borçlu için zararlı olduktan başka, seyrüseferin alt üst olmasından dolayı yolcular veya mal yollayanlar için de mühim bir zarar teşkil eder [2].

[1] İnternational Aviation Traffic Association

[2] Bir çok millî kanunlar şimendiferlerin mütehavvil malzemesi üzerine alacaklıların elkoyduramayacağını emreder. Bazı kanunlar mütekabiliyet şartile bu yasaktan ya bancıdemir yollarınıda faydalandırırlar. Bazı memleketlerde ***harekete hazır ge-***

Bilhassa sürat unsuruna dayanan hava seyrüseferlerinde en küçük gecikme bütün proğramı bozabilir. Bu hâl hava seyrüseferleri için pek mühim bir mahzur teşkil eder. işte 29 Mayıs 1933 tarihli Roma anlaşması bu vaziyetin önüne geçmek gayesini güder. Bu anlâşma devletimiz namına Roma büyük elçimiz Vasıf tarafından edilmiştir. imzalanmıştır. Almanya, Belçika, İspanya, Macaristan, İtalya, Polonya tarafından tasdik edilen anlaşma şu esaslaradayanır:

a) ihtiyati haciz ve hapis hakkından muafiyet bazı hava nakil vasıtalarına hasredilmiştir. Anlaşma muafiyet bakımından hava nakil vasıtalarını üç sınıfa ayırır:

aa) münhasıran bir devlet hizmetine tahsis edilmiş hava nakil vasıtaları; bunlar mutlak surette haczedilemez.

bb) Ticari hava nakil vasıtaları: bunlar da iki kısımdır. Muntazam seferler yapan umumi nakliyat hatlarında çalışan ticarihava nakil vasıtaları mutlak surette muafiyetten faydalanırlar.

cc) Diğer bütün hava nakil vasıtaları (meselâ turism ve spor uçakları) muafiyetten istifade edemezler.

b) İhtiyati hacizden muafiyet için bir teminat göstermeğe lüzum yoktur. Filhakika, bu muafiyetten faydalanan hava nakil vasıtaları ya devlet hizmetine tahsis edilmiştir, yahut ekseri ahvalde devlet murakabasi altında çalışan yahut imtiyazlı muntazam seferler yapan şirketlere aittir. Her iki halde de borçlunun vaziyeti sağlamdır. Diğer hava nakil vasıtalarının muafiyeti ise esasen pek mahduttur.

c) Esas itibarile muafiyetten faydalanmıyan vasıtalar da, kâfi teminat göstermek şartiyle bu muafiyetten istifade edebilirler.

***

Uluslar Arası Hava Hususi Hukukunun Yarınki Meseleleri:

Şimdiye kadar uluslar arası hava hususi hukukunda bir anlaşma halinde tesbit edilen kaideleri gördük; fakat bu hukuk şubesi henüz oluş halindedir. Tanzimi icap eden daha bir çok meseleler vardır. Bu itibarla şimdi de, yarının uluslar arası anlaşmalarına konu teşkil edecek olan bu meselelere seri bir nazar atfedelim. Oluş halinde bulunan bu hukukun bugünkü durumunu anlıyabilmek için sırasile:

---

mi yalnız yolculuk sebebile doğmuş olan alacak sebebile haciz olunabilir. Uluslar arası alanda Bern anlaşmasına göre şimendiferlerin mütaharrik malzemesi yabancı memlekette ancak o şimendifer idaresinin mensup olduğu devletler makamlarınca verilen bir karar mucibince haciz olunabilir. Uluslar arası demir yolları rejimi hakkında 9 kânunuevvel 1923 tarihli anlaşmada buna benzer hükümler vardır. Uluslar arası deniz hukukunda haciz memnuiyeti kabul edilmiş değildir.

1)CİTEJA tarafından katî olarak tasvip edilen anlaşma projeleri ile,

2) Hazırlanmakta olan projeleri,

Pek sathî ve seri bir nazar atffedelim:

1) CİTEJA 1938 tarihine kadar dört anlaşma projesi hazırlamış, diğer hükümetlere tevdi ve tebliğ edilmek üzere bunları Fransız hükümetine tevdi eylemiştir. Bu projeler harpten sonra toplanacak hava hususi milletler arası konferanslarında müzakere edilerek anlaşma haline getirileceklerdir. Bu dört proje şunlardır:

a) Havada çatma ve hava nakil vasıtalarının kurtarma ve yardım ön projesi. Milletler arası hava hususi hukuk konferanslarında müstacelen tanzimi kabul edilen bu mevzu, 1936 da bir ön proje haline getirildi. Bu proje hazırlanırken Milletler arası deniz hukukundan çok istifade edilmiştir.

aa) havada çatmaya dair ön proje:bu projede hava nakil vasıtalarının bir birile çarpışması derpiş edilmiştir. Hava nakil vasıtalarile gemiler arasındaki çatmalar proje harici nde bırakılmıştır. Çatma halinde hava nakil vasıtası işleticisinin mesuliyeti daima mahduttur Mesuliyetin bu suretle tahdidi çatmadan mütevellit mesuliyetin sigorta edilmesini mümkün kılar. Bu mahdut mesuliyetin mahiyeti, zarara uğrayan kimselerin durumuna göre değişmektedir: birbirile çarpışan hava nakil vasıtalarına ve hava nakil vasıtasında bulunan şahıs ve eşyaya verilen zarardan mütevellit mesuliyet sübjektif, yani kusura dayanan mesuliyettir. Fakat yerde bulunan üçüncü şahıslara verilen zarardan mütevellit mesuliyet objektif mesuliyettir.

bb) Hava nakil vasıtalarına denizde kurtarma ve yardım projesi: bu proje iki çeşit yardım derpiş etmektedir. Denizde kaybolmak tehlikesine mâruz şahıslara hava nakil vasıtalarının kumandanları ve gemi kaptanları yardım etmekle mükellef, bu yardıma mukabil bir tazminata müstehaktırlar. Mala yardım mecburî değildir.Fakat bu yardım yapıldığı takdirde tazminattan başka ücrete de müstehak olunur.

cc) Hava nakil vasıtaları üzerinde ipotek vesair aynî teminat tesisi hakkında ön proje: bu projenin gayesi, yabancı memleketlerde hava nakil vasıtaları üzerinde tesis edilen ipotek vesair aynî teminatın diğer âkit devletlerce tanınmasını istihdaf etmektedir.

dd) Hava nakil vasıtaları için mülkiyet ve hava sicilleri hakkındeki proje, devletlere hava nakil vasıtaları üzerindeki ayni hakların aleniyetini temin için bir sicil tesisi mükellefiyetini yüklemektedir. Bu haklar ancak tescil ile üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edecektir.

2) Hazırlanmakta olan projeler arasında hava nakil vasıtası kumandanının ve müstahdemlerinin hukuki durumu hakkındaki projeler anılabilir.

Mukavele ile ölüme bağlı tasarruf arasındaki hududun nazari araştırması [*]

IV

Başkası lehine ölüme bağlı şart

§ 7: İlk nazari mülâhazalar

Gaius ve Julien bize öğrettiler ki bir kimsenin «mirasçısı için» vait alması veya vaitte bulunması faidesizdir. Çünkü: ya hak ve borcun mirasçının şahsında başlaması isteniyor — gördük ki bu mümkün değildir — ve yahutta hak ve borç müteveffanın şahsında başlamağa mecburdurlar, öyle ise mirasçıyı zikretmek fuzulidir, umumi miras (succession générale) kaideleri mirasçıya müteveffanın hakkını kazandırmak, borcunu tahmil etmek için kâfidir. [1]

Buna mukabil «ölümümde üçüncü bir şahsa kabili tediye» (mirasçı olmıyan) diye anlaşmak faideli ve mümkün müdür diye sorulabilir. Her şeyden önce mümkündür ki ölüm sadece *tediyenin vadesi* olsun ve bir *teberrüün illeti* rolünu oynamasın: eğer üçüncü şahıs hayattakiler arasındaki tasarrufla (ivazlı veya ivazsız) ölümde ödenebilir bir alacak hakkı kazanırsa vaziyet böyledir. Bu takdirde hâdise hiç bir müşkülât arz etmez. Meselâ: A. gayri menkulünü, intifa hakkını muhafaza ederek komüne satıyor ve bedeli ölümümde C.ye ödenecektir diyor. Bunu müeakip gayri menkulün satış bedeli üzerindeki hakkını, bunu kabul eden C. ye veriyor veya terk ediyor. Bu ameliye vadesi gayri muayyen bir alacağın hayattakiler arasındaki bir hibesidir.Burada söylenilebilecek şey, başkası lehine şartın beyaktinde lüzumsuz oluştur: Alacağın C. ye basit bir temliki kâfi gelirdi.

Fakat umumiyetle ölümde tediye edilmek üzere başkası lehine şartta bulunulduğu vakit başka şey kast olunur.Borçlunun, şartı yapanın ölümünde, onun *tâyin ettiği kimseye* — bu tâyin *bir taraflı bir beyanla* yapıldığından ölüme kadar geri alınabilir ve tâyin olunanın *haberi* olmaksızın vukubulur-tediye ile mükellef olması arzu edilir. Bundan fazla olarak şartı yapanın bu arzusunun *mirasçısına karşı ileri sürülebilmesi* istenir: tâyin olu-

[*] Baş tarafı 8 ve 9 sayılı dergidedir.

[1] Yukarda 11 fasıla bakınız.

"Mirasçıma ödenecek „ tabiri ancak eğer müteveffa bununla şahsında başlıyan bir hakkın vadesini (ölümü) kast etmek istedi ise faideli bir mânaya sahip olabilir.

"Mirasçım tarafından„ tediye vadi içinde vaziyet aynıdır. Buda ya vadeli bir borç ve yahutta ölüme bağlı tasarrufla yapılmış mirasa müteallik mahiyette bir *mükellefiyet* olabilir. Bakınız: KIPP dans WINDSCHEID, 8 inci tabı, cilt II, § 317 289 uncu sahifenin başı, Ve yukarda not 1 s. 16 da başkasının fiilini taahhüdün faidesizliğine bakınız.

nan üçüncü şahıs doğrudan doğruya, ve şartı yapanın mirasçısının arzusu hilâfına dahi, borçludan alacağının ödenmesini isteyebilmelidir.

Mümkün müdür? Böyle bir şartı miras hukuku ile akitler hukukunun ana prensipleri ile karşılaştıralım.

Miras bakımından: C. bu şarta tamamiyle yabancı kaldığından ve A. ölünceye kadar C. nın bu tâyinini geri almak hakkını kendisi için alıkoyduğunda, B. ye karşı olan alacak A. nın mamelekinde kalmıştır. Binaenaleyh ölümünde umumi miras kaidesi mucibince mirasçısı bunun sahibi olur. Eğer C. mirasçının alacak hakkını kendisine devretmesi icabettiğini iddia ederse (madem ki muris C ye karşı daimî olarak serbestisini muhafaza etmiştir.) mirasçının şahsında başlıyan bir borca istinat edecektir; Fakat böyle bir borç (kâfi derecede gösterdik ki) mirasçı için ancak bir vasiyetnameden veya miras mukavelesinden doğabilir ve C. de böyle her hangi bir tasarrufa istinat edecek vaziyette değildir. Mirasın iktisabı yönünden bu hakkın C. ye değil, mirasçıya intikali içtinap edilemez gibi görünüyor.

Mukavele bakımından: Farzedelim ki A. -- yukardaki neticeyi bertaraf etmek için — borçlusu B. ile yaptığı anlaşmaya: alacak hiç bir halde mirasçıya kabili nakil olmıyacaktır diye bir hüküm ilâve etsin. Bilahara da hak sahibi olarak C. yi tâyin etsin. A.bununla da muvaffak olamıyacaktır, zira ölümünde borç ortadan kalkacaktır. Filvaki her borcun bir alacaklısı olması lâzımdır. A. ölmüştür ve mirasçısı da alacaklı olmamıştır. (alacak mirasçıya intikal etmiyecektir diye anlaşıldığı için). Bu muameleye tamamen yabancı olan C, A. hayatta iken bir alacak iktisap etmemiştir. (mademki her şeyden bihaberdir, hangi sebebe binaen bunu kazanabilirdi) ? Alacak, ölümüne kadar A. ya ait olmuştur. Eğer C, A. nın ölümü ile alacaklı olduğunu iddia ederse böyle bir iktisabı haklı göstermek için (madem ki hiç kimse ile mukavele yapmamıştır) mukaveleler hukukunun hiç bir kaidesini ileri süremiyecektir; iddiası *ölüm sebebinden* başka hukuki bir mesnede sahip olmıyacaktır; bu defa da yine kendisine hak verecek ölüme bağlı bir tasarruf ibraz edemiyecektir. Demek ki bu noktai nazardan da alacaklı değildir. O halde borçlu, A. nın ölümünden itibaren kime borçludur? Hiç kimsenin ona karşı hakkı yoktur; eğer öderse sadece iyi niyetle hareket etmiş demektir.

Binaenaleyh:

Üçüncü bir şahıs lehine, şartı yapanın ölümünde, mirasçıya karşı dermeyan edilebilir bir hakkın doğumunu kararlaştıran, ölüme bağlı başkası le-

[1] Meyer — Faillite du Crédit Mutuel ouvrier kararına bakınız. R.off. 1923 II, s. 96

hine şart, umumi miras [1] prensibine aykırı olduğu kadar mukaveleler hukukunun temel kaidelerine de aykırıdır.

Bu neticenin davet edeceği itirazları hissediyorum: Peki, hayat sigortalarındaki istifade kaydını ne yapıyorsunuz? Başkası lehine şart doktrininin zamanımızdaki inkişafını bilmiyor musunuz? Bazıları da omuz silkecekler-dir... Bununla beraber, eğer beni takip edecek bazı okuyucular bulunursa onlara hayat sigortalarındaki istifade kaydına (clause bénéficiaire) başkası lehine şart demekle yanlış yola sapıldığını ve sigorta mütehassıslarının bu hatasının başkası lehine şart umumi doktrininin mühim bir unsurunu tahrif ettiğini göstereceğim.

§ 8. Hayat sigortası mukavelesindeki rücu edilebilir istifade kaydı [2]

a) Ötedenberi gelen izah nerede hatalıdır.

Sigorta mukavelesi hakkındaki 2 nisan 1908 tarihli kanunun 78 inci maddesi vazıh ve açıktır.«... İstifade kaydı istifade eden lehine tâyin olunan alacak üzerinde hususi bir hak doğurur»(Türk Ticaret Kanununun 997-inci maddesine bakınız). Ve medeni kanun (İsv. M.K.m. 563, fıkra II; T. M. K m. 542, fıkra II) onun bu alacağını doğrudan doğruya yani mirasçıyı tavsit etmeksizin sigortacıdan istenmesine müsaade ediyor.

Söylemek icap eder mi?vazıı kanunun bu mutlak görüşüne karşı isyan etmeği düşünmüyorum;onun hükümlerini tanzim ettiği istifade kaydını başkası lehine şart olarak tarif hatasını işlemesine itiraz etmekle iktifa ediyorum. Bu tarif (bence yanlış) başkalarının üzerinde ittifak ettikleri — hemen, hemen-yegâne nokta; bundan her hangi muayyen bir meselenin hallini çıkarmak mevzuubahis olduğu anda müfessirler şiddetli bir münakaşaya girişiyorlar [1]. Okuyucu, federel hâkim *Jager* in çok değerli şerhinde bütün bu literatürü ve anlaşamamazlıkları bulabilir. Bazı defalar sağlam bir nazari temel-

[1] Bu, mantıkan imkânsız ve tasavvur edilemez demiyorum, çünkü ileride göreceğiz ki umumi miras prensibi, kanunun hilâfına hiç bir hüküm koymıyacağı kadar zaruri değildir. § 8 c nin sonuna bakınız.

[2] Bu § 8 de sadece sigorta olunanın ölümünde ödenecek bir hayat sigortası mukavelesinde bir kimsenin, *rücu olunabilir*, bir şekilde hak sahibi olarak tâyin olunması ile meşgul oluyorum. Diğer sigortalardaki istifade edenlerin tâyinini bir tarafa bırakıyorum ve şu suali muhafaza ediyorum: " bir istifade edenin tâyini„ tâbiri bize bütün kanunda bir tek ve aynı müessesenin mevzuubahis olduğunu mukabul ettirmelidir; yoksa aksine olarak is tifade edenin hakkının menşe ve mahiyetinin muhtelif sigortalarda başka başka olduğunu mu söylemelidir? (Maamafih ilerde sahife 54 deki not 2 ye bakınız.)

[1] Meselâ KURY ye bakınız: *Lebensversicherung und vertrag zugunsten Dritter*. Bâle,Helbing et Lichtenhahn 1932,s.89:"diese Theorien zeigen welche Unklarheit über die Rech tslage bei der versicherung zugunsteu Dritter besteht„

den mahrum olduğunu söylemekle beraber [1] bu büyük çalışmaya, 1908 kanununun 76—85 inci maddelerine tahsis olunan çok faideli ve tamam 170 sahifenin teferruattaki açıklığına samimi ihtiramlarımızı arzediyoruz. İstifade edenin haklarının başkası lehine şart mefhumu ile izahı, bertaraf edilemez, şu iki itiraza mâruzdur:

aa)İstifade, şartı yapan (sigorta olunan) tarafından, keyfî olarak geri alınabilir ve onun ölümünde ve sadece ölümü ile dönülemez bir hale inkılâp eder, demek ki *bu ölümden evvel bir hak iktisap edilmiş değildir.*

bb) Bu ölüme kadar istifade eden üçüncü şahısla mefruz başkası lehine şartın taraflarından biri veya diğeri arasında hiç bir anlaşma olmamıştır, binaenaleyh bu *iktisap mukavele müstenit bir sebebe sahip olamaz.*

Bu iki noktayı ele alalım:

aa) Fransız kararlarının ve müelliflerinin [2] ekseriyetine (hepsi değil) uygun ve Alman doktrinine muhalif olarak İsviçre müelliflerinin büyük bir kısmı ve Federal Mahkeme [3] istifade edenin hakkının sadece sigorta edilenin ölümünde değil *derhal,* yani tâyin edildiği anda, doğduğunu kabul ediyorlar. Bu iddiayı ileri sürmenin sebebi pekâlâ anlaşılıyor; mühim bir itirazdan kaçınılmak isteniyor: Eğer hakikaten istifade edenin bu hakkı akdî bir menşee sahip — başkası lehine şart —(müdafaa olunmak istenildiği gibi)ise yalnız başına borçlar hukuku kaideleri ile sigorta edilenin ölümünün bunu meydana çıkardığı nasıl izah olunabilir? Bununla, İsviçre ve Fransada, iktisap tarihi tâyin anına götürülmek suretiyle bu müşkülâtın yok edilmesine çalışılıyor. Fakat şu müşkülün içine düşülüyor: madem ki sigorta olunan, keyfi istediği vakit basit bir kalem oynatmakla, istifade

[1]M.Jager nazarî münakaşalar için bir nevi istihfaf gösteriyor: not 1-76,2-78.

[2] PLNAIOL—RIPERT—LEPARGNEUR: *Traite pratique de droit civil,* cilt XI, no. 1413. DEMOGUE: *Traite des obligations,* cilt VII, no. 807. CAPITANT, *Revue ciritigue de,*1933,S. 106—107.

[3] JAEGER,not 5-76.Vaktiyle Fedaral Mahkeme istifade edenin hakkı sigorta olunanın ölümünde iktisap olunur diyordu:*Conradin* kararı,mucip sebepler 4.ün sonu. R. off.1894,S.111—116; *Bedert — Châtelin* kararına da bakınız, R. off. 1916, II,s. 684, 687 inci sahifenin başı. *Denner—Urbaine* kararı iledir ki içtihat değişikliği vuku bulmuş ve Federal Mahkeme *iki şarta muallâk* bir hakkın *derhal* doğumunu kabul etmiştir: R.off. 1915,II,s.446—454.

Nazariyattaki bu kararsızlık tenakuzlara müncer olmaktadır. Meselâ jaeger (not 39 79,43-79,34-42)e göre sigorta olunanın mirası redolunur ve İflâs halinde bulunursa 79 uncu maddenin hükümleri cari olur ve istifade kaydına rağmen sigorta masaya dahil olur. Fakat not 2-85 de aksini söyliyor ve Federal Mahkemenin kendisinin de dahil bulunduğu dairesi tarafından verilen ve aksi hal şeklini tazammun eden kararı zikretmeği unutuyor (*Banque Populaire Suisse —Leemann mirasçıları,* R.off.1931,II,S.213).

edenin hakkını ortadan kaldırabiliyor, o halde istifade edenin daha sigorta olunanın hayatında bir hakka sahip olduğu söylenebilir? [1] Cevap veriliyor: Rücu sadece *infisahi bir şartmış:* istifade edenin hakkı, geri alınmamak şartı ile başlangıçtan itibaren mevcutmuş [2]. İyi amma böyle bir hak nedir? JÂGER (19-77) «şüphesiz çok muvakkat bir kiymeti var» diyor. Sigorta olunan yaşadıkça *hiç bir hükmü* yoktur demek daha dogru olurdu; Şarihin mefruz hak sahibinin bundan çıkarmaga teşebbüs edebileceği bütün pratik neticeleri birbiri arkası sıra bertaraf ettiğini görmek eğlenceli. [3] Şimdiye kadar bir taraflı keyfi (ad libitum) bir geri dönebilme mevzuubahis olduğu vakit daima *ümitten* bahsedilmiş ve ümit, hattâ mahfuz hisseli mirasçınınki bile, mevcudiyeti başkasının bir taraflı arzusuna tâbiolmıyan, hayattakiler arasındaki tasarruf ve miras yolu ile nakledilebilir kazanılmış *hakka* karşı tutulmuştur.

Esasen kendileri münaziyünfih olan bir kısım müesseselerle [4] zoraki ve münakaşa edilebilir bazı benzerlikler yaratılmak istenilmesine rağmen ben istifade kaydının ihtiyaçları için ümit ile hak arasındaki klâsik tefriki kaldırmağa razı olmuyorum. *Mevcudiyeti kendisini yaratan kimsenin rücu etmemesi infasahı şartına muallâk olan hak,* kendisile sağlam hiç bir nazariye tesisi imkânı olmıyan kötü mayalı bir mefhumdur [5].

bb) Hepsi bu kadar değil. Muarızlarımın, sigorta mukavelesine tamamiyle yabancı kalan ve hattâ belki ondan haberi olmıyan istifade edenin *Kendisine yapılan bir icap ve kendisi tarafından vukubulan bir kabul olmaksızın* sigorta olunanın ölümünde birdenbire sigortacıya karşı bir hak kazanmasını *mukaveleler hukukunun* hangi kaidesine istinat ettirdiklerini izah etmeleri lâzımdır. İşte buradadır ki bize muasır doktrinin şu ifadesi ile cevap veriliyor: başkası lehine şart bahsında eğer âkit taraflar bunu arzu etmişlerse, üçüncü şahıs, bunu bilmesi, yahut arzu etmesi ve hattâ medeni ehliyete sahip olması zaruri olmaksızın vadedene karşı ânında

[1] Belkide henuz ana rahmine düşmediği halde istifade eden nasıl *hemen* hak sahibi olabilir? (JAEGEER 21-76,8-81.)

[2] JAEGER,not 44-73,4-77,19-77,6-78.

[3] Not,86-73,19 78,22-78,36,37-79,40-79.

[4] Tecrübe kaydı ile satışta olduğu gibi,(anlaşamamazlıklar için OSER—SCHÖNENBERGER e bakınız ,m. 223), *l Eigentümergrundschuld* (muasır Alman dokt rininin garip icadı. Alman Temyiz Mahkemesine bakınız, Geruchot,s Erläu terungen. 1930, s , 280), yahut B, K. nun 310 uncu(T. B. K. m. 304) maddesindeki hiç bir hak doğurmıyan âriyetteki gibi. DEMOGUE, no. 818, KURY, s. 87, JAEGER, 6/78.

[5] DEMOGUE: *Traitè des obligations,* cilt VII, no. 788. mükerrer: "Rücu hakkı umumi hukuka getirilmiş bir istisnadır, zira normal olarak bir hak kazanan kimse geri alınamaz bir tarzda bu hakka derhal sahip olmuştur„. Demogue bu anormalliği izah ve haklı göstermek için hiç bir teşebbüsde de bulunmuyor.

hak kazanır [1] O vad edenle kendisine vadolunan arasında vukubulan anlaşma neticesi başka bir şeye lüzum kalmaksızın «ohne weiteres» iktisap eder. Eğer bu ummi kaide şayanı kabul olsa idi hakikaten istifade edenin hakkını haklı gösterecekti. Yalnız insanı düşünmeğe sevk eden şey şu ki, hususiyle hayat sigortalarının inkişafıdır ki bu kaidenin son zamanlar medeni hukuk tarihinde yer almasına *katî sebep* olarak görünmektedir. [2] Kaide, hususi bir hal olan istifade kaydından, bilâhara kaydı, (clause) kaide ile izah edebilmek için istihraç edilmedi mi? Daireyi fasideye düşülmüyor mu? Vaktiyle, Napolyon Kanunun 1119 ve 1121 inci maddelerinde görüldüğü gibi, üçüncü şahıs, *başka bir şeye lüzüm kalmaksızın*, yalnız lehine yapılan bir şartla hak kazanmıyordu. Eskiden mi yoksa şimdimi aldanılıyor?

Bu sual bizi bir an için istifade kaydını ve şartı yapanın ölümünün vade veya iktisap ânı olmasını bir tarafa bırakarak bizatihi kaideyi başkası lehine şartlarda izah için bir parantez açmağa mecbur etmektedir.

b) Başkası lehine şart doktrininin bir noktası.

Hiç şüphe yok ki burada başkası lehine şart doktriinini yeniden kurmak değil sadece aşağıdaki ifadeyi tahkik etmek mevzuubahistir: Üçüncü şahsın hakkı icapsız ve kabulsüz, arzusu olmaksızın, haberi yok iken sadece A ile B nin yaptıkları başkası lehine şartın neticesi olarak doğabilir. Diyorum ki, bu nazari bakımdan mukaveleler hukukunun temel prensipleri ile kabili telif olmadığı gibi amelî bakımdan da «şartı yapanın ölümünde ödenmek» kaydı ile olanlar müstesna, diğer başkası lehine şartlarda tatbik edilmemektedir, binaenaleyh şartı yapanın ölümünde tediyesi lâzım başkası lehine şatlar (kanunun kendilerini kabul ettiği yerde) yalnızca mukaveleler hukukuna ait değillerdir.

Bu iddiaları tafsil edelim:

Mukavele yekdigerine uygun iki iradenin aynı zamanda izharı olduğundan, her şeyden evvel, üçüncü şahsın hiç bir mukavelenin tarafı olmadığı halde mukaveleye müsteniden nasıl alacaklı olduğu görülmüyor. WINDSCHEID çünkü âkit A. ve B. bunu böyle istemişlerdi demişti II (cilt, § 316 a). Ondan sonra burada ne izah edilmesi lâzım gelen bir müşkülât ve ne de mukavelenin mahiyetine aykırı bir cihet olmadığı ilâve olunarak umumiyetle bu cevapla iktifa olundu. [3] Fakat bir müşkül sadece onu inkâr etmekle

[1] ENNECCERUS—LEHMANN: *Lehrbuch*, 12 inci tabı, 1932, § 35, IV,s. 138 ve diğer bir çok müellifler.

[2] KURY nin yeni kaidenin inkişafını gösteren çok enteresan yazısına bakınız.

[3] ENNECCERUS — LEHMANN, 12 inciatabı, § 34, II, s. 131. STAUDİNGER,II, s. 528, 541.

DEMOGUE, VII, no. (764: Böylece" res inter alios acta„ prensibini bir tarafa bırakıyoruz.. Açıktan açığa formülün dar bir ferdiyetçilikten çıktığını söyliyoruz». İşte işin içinden sıyrılmanın kolay bir şeylik:

ortadan kaybolmaz; ve bu müşkül hakikaten o kadar büyük ki hiç bir müellif bu fena adımı muvaffakiyetle aşamadı.

GUHL [1] ve von TUHR [2] burada mukavele sadece taraflar arasında hüküm ifade eder kanuni kaidesine getirilmiş bir istisnadan bahsediyorlar; fakat PLANIOL [3] ve JOSSERAND [4] ın işaret ettikleri gibi bir istisna vazetmek izah edilmesi lâzımgelen bir neticeyi müşahede etmek demektir. Bu son iki müellif üçüncü şahsın hakkını vadedenin tek taraflı bir taahhüdüne istinat ettirmeğe çalışıyorlar: «İs difade eden üçüncü şahıs mukavele çerçevesi dahiline giren ve bu sayede doğan ve muteber o]an bir taraflı bir tasarrufa istinaden alacaklıdır »(Josserand). Lâkin kendisine *vad* olunan kimsenin bilmediği bir vad nasıl olabilir? Tek taraflı bir vait nasıl daha henüz vadedene ait olan ve kabul edilmedikçe onu bağlamıyan bundan fazla olarak üçüncü şahıs tarafından bilinmiyen bir tasavvurdan daha fazla bir şey olabilir? Bu izah makbul değildir. Bunun için ESMEIN çekinerekten bir nevi *kabul nazariyesine* rücu ediyor, netice itibariyle PLAINOL dahi. [5]

Burada müelliflerin geçit resmini daha ileri götürmek imkânsızdır. [6] Kendi hesabıma, mevkiimi almışımdır:modern telekki bütün gayretleri boşa çıkaracak ve daima izah edilemez kalacaktır, zira:*bir hak illetsiz doğmaz* ana kaidesiyle tezat halindedir.Eğer üçüncü şahıs başka bir şeye lüzum kalmadan arzu ve haberi olmadan yalnız A. ile B. nin arasındaki bir anlaşma neticesi– bu ikisinden birisi ile kendisini şartın istifade edicisi mevkiine koyan hukuki iktisap *sebebi* üzerinde mutabık kalmadan– kazanmış olursa onun bu iktisabı sebepsiz olmuş olur [7]. Eğer, prensibimizin istediği gibi, iradelerin bu mütabakatı şarttan evvel veya sonra vuku buldu ise, o halde üçüncü şahıs yalnız şart neticesi iktisap etmiş değildir ; onun iktisabı iradelerin *iki* mütabakatı üzerine istinat etmektedir, ve *modern görüş tarzı yanlıştır.*

[1] GUHL: *Das Şchwizerische Obligationenrecht*, Zurich 1933, s, 88 in başı.

[2] von TUHR a bakınız: Partie générale du codefédéral des Obligations, s. 626 nın başı.

[3] *Traité élémentaire*, 8, inci tabı, cilt II, no. 1225,

[4] Cours de droit civil positif français, cilt II, no. 304.

[5] PLANIOL—RIPERT—ESMEIN, cit VI, no.354,s.487 nin sonu, s.488 in başı. PLANIOL, *Traité élémentaire*, 8irci tabı,cilt II,no.1226.

[6] DEMOGUE no. 815 den 820 mükrrere kadar, faideli bir şekilde münakaşa etmeksizin, muhtelif nazariyeleri tadat ediyor.

[7] ENNECCERUS—LEHMANN a bakınız, 12. Bearbeitung, 1932, § 35 , V, no. 2, s. 140 ve § 34, I.Bu § 35 in no. IV ü ile no. V , 2 sindeki beyanatı arasındaki, benim nazarımda çok aşikâr olan, tezadı görmemesi garip.

Esasen hangi yollarla buna varıldığını kâfi derecede açık olarak gördüğümu zannediyorum: üçüncü şahsın, B. den (vadeden) tediyeyi talep ederken kendisi ile A. nın (vad olunan) arasında vaki illeti (cause), ispatı zaruri değildir [1]. B. bunu üçüncü şahıstan istemek hakkına sahip değildir; zira şartla bağlı olduğu müddetçe mademki üçüncü şahsa tediyede bulunduğu takdirde A. ya karşı kurtulacağı kararlaştırılmıştır, böyle bir ispatın yapılmasında menfaatı yoktur; A. ya karşı borcunu bu şekilde eda etme khak ve mükaellefiyetine sahiptir. Fakat – bizatihi iktisaba değilde muhtevaya, beyyine külfetine mütedair olan bu mülâhaza—*üçüncü şahıs başka bir şeye lüzum kalmaksızın* sebepsiz olarak iktisap edebilmiştir demeğe müsait değildir. Farzedelim ki A. B. ye tenbih etsin: üçüncü şahis tahmin ettiğim karşılığı (cause) vermedi, lutfen kendisine tediyede bulunmayınız; ve B. A. ya şöyle cavap versin: sizinle beraberim, üçüncü şahıs lehine yapdığımız şartı feshedelim, bununla beraber ona bir dâva hakkı verecekmisiniz? Eğer üçüncü şahsın böyle bir dâva hakkı yoksa bu da ispat ediyor ki hak kendisi tarafından sadece lehine yapılan şart neticesi kazanılmamış değildir; eğer bir hak kazanılmış olsa idi onu bundan mahrum etmekne A. nın ne B. nin ve ne de her ikisinin birden salâhiyeti dahilinde olmazdı.

Sualimi müşahhas bir tarzda tekrar etmek istiyorum:

paul ve Silas, iki eski ahbap, yirmi beş seneden fazla bir zamandanberi kollektif şeriktirler. paul ün oğlu Theodore hukuk doktorası imtihanlarını bitiriyor ve kendisini işe veriyor . onun haberi olmaksızın paul ve Silas aşağıdaki mukaveleyi yapıyorlar:

«Aramızda cari şartlar dairesinde Theodore u üçüncü şerik olarak şirkete kabul ettiğimizi mütekabilen şart ve vadediyoruz. Theodore, lehine yapılan bu şartla derhrl, başka bir şeye lüzum kalmadan şeriklik hakkını iktisap edecektir.„

Paul oğluna, nihai imtihanındaki muvaffakiyeti münasebetiyle, bir sürpirz yapmak istiyordu. LâKin acınacak bir şekilde muvaffak olamıyan Theodore babasının masasında bu mukaveleyi bularak alıyor, ve aynı akşam *silası* ya lehine yapılan bu şartı kabul ettiğini yaziyor. Bu affedilmez saygısızlıktan ve doktoradaki muvaffakiyetsizlikten fevkalade müteesir olan baba ertesi günü şerikinden mukaveleyi fesh etmesini rica ediyor, Silas da daha evvel Theodore un kabulünü aldığı halde buna razı oluyor. Medeni hukuk imtihanında kendisine başkası lehine şart sorulan Theodore paul ve Silas aleyhine dâva açıyor; âkitlerin arzuları bu olduğu cihetle, başka bir şeye lüzum kalmadan, lehine yapılan şartla onların şeriki olduğuna hükmedilmesini

[1] Başkası lehine şartı alacağın temlikinden ayıran da budur; temellük eden ancak temliki ispat etmek suretiyle borçluya karşı harekete geçebilir.

istiyor;bir şeyden haberdar olmadığı,ve kimse tarafından kendisine bir menfaat teklif edilmediği halde böyle bir iddiada bulunuyor. Buna karşı paul ve Silas yaptıkları anlaşmanın,kendisine teklif ve tebliğ edilmedikçe, Theodore a nisbetle sadece bir tasavvurdan ibaret olduğunu, onun suç sayılabilecek bir teklifsizlikle anlaşmadan vaktinden evvel haberdar olmasının kendilerinin adı geçene karşı şimdi vaz geçtikleri bu *tasavvurla bağlı kalması için* haklı bir sebep teşkil edemiyeceğini söylüyorlar.

Bu dâva hakkında ne düşünüyorsunuz? Aklıselim sahibi bir hâkimin Thèodore umedeni hukuk hocalarına tekrar göndereceğini zannetmiyor musunuz?

Müteakiben dedim ki, tatbikatta[1] (birazdan mütalaa edeceğimiz istifade kaydından sarfı nazar) yalnız başına şart neticesi — ohne weiteres— üçüncü bir şahsın kazanılmış bir haktan istifade ettirilmesi pek vaki değildir. Aksine olarak GUHL(s.88) müracaat ettiğim tekmil müellifler gibi, üçüncü şahıslar nefine yapılmış «hakiki» akitler çok tsıktır diyor. Lâkin zikrettiği misalleri dikkatle tetkik ediniz: üçüncü şahıs daima şarttan evvel veya sonraki tediye (solvendi), karz(credendi) veya hibe (donandı) sebepleri (causa) dolayısiyle istifade eden mevkiine getirilmiştir[2]. Federal Mahkemenin başkası lehine şart bahsındaki bütün kararlarını yeniden okudum:

[1] Fena anlaşılan başkası lehine şart,her kapıyı açan, yersiz olarak kullanılan, yerinde kullanılmıyan bir mefhum haline inkilâp etmek istidadını gösteriyor. Misal:

Bir kadın,bir ustayı banyo odasında bir tesisat yapmağa memur ediyor İş ihmalkâr bir amele tarafından fena yapılıyor. Hizmetçi kadın bir gaz kokusu hissettiğinden bir borunun üzerinde gibrit gezdiriyor ve çıkan alevler yüzünden ağır yanıklara mâruz kalıyor.

Bu hizmetçi kadın patron ustaya karşı bir dâva hakkına sahip midir?Alman Temyiz Mahkemesi evet diyor; zira ona göre tesisatı yaptıran kadın zımnen, kendilerine karşı mesul olduğu şahıslar lehine, tesisatın bunlardan hiç birinin zarar görmiyeceği tarzda yapılması için şartta bulunmuştur, hizmetçi kadının dâvası lehine yapılmış olan bir şarta istinat ediyor!(Alman M. K. m. 328; *Reichsgericht*, cilt 127, s. 218).

[2] GUHL ün bu 88 inci sahifesini tekrar alalım: Gayri menkulün müşterisine tahmil olunan kira mukavelesi misalinde gayrı menkulün bayii olan kiralayanın uhdesinde kiracısına karşı bir borç vardı, o suretle ki müşteriye yüklenen şart sadece bu borcun icrasıdır: başkası lehine şart *solvendi causa* yapılmıştır. Naklin, ancak mürsilüileyhe bir irsaliye mektubunun veya bir ihbarın gönderilmesi suretiyle yapılan bir icaptan sonra başkası lehine şart haline inkilâp ettiğini görmek için B. K. nin 443 üncü(T.B.K. M. 434) maddesini okumak kifayet eder. *Eichenberg* kararında *R.*off.46,S. 131, üçüncü şahsın hakkı vad edenin(winzenried) şartın onu yapanın iflâs masası tarafından feshedilmesine razı olmak istememesinden neş et etmektedir; binaenaleyh üçüncü şahısla vad edenin iradelerinin mutabakatına dayanmaktadır,ilâhiri bunun gibi.Daima üçüncü şahısla iki taraftan birisi arasında bir anlaşma vardır Üçüncü şahsın hakkının derhal "ohne weiteres" doğduğu her hangi bir misal bulamadım.

üçüncü bir şahsın *yalnız başına* lehine yapılan şartla iki âkit tarafın müşterek muhalefet arzusuna karşı kabili dermeyan, bir *doğrudan doğruya hak* kazandığını gösterir bir vaka görmedim; bu kakkın iktisabı (kabul edildiği hallerde) taraflardan birinin veya diğerinin üçüncü şahsa karşı olan borcuna veya muvafakatına istinat ediyordu.

Bu parantezi kapamanın ve modern görüşe aykırı olan kaideyi vazederek netice çıkarmanın zamanı gelmiştir:

Şarttan evvel veya sonra iki taraftan birisi ile kendisi arasında yapılan ve kendisini şartın istifade edicisi vaziyetine koyan bir anlaşma olmadıkça üçüncü şahıs asla lehine şart olunan hakkı iktisap edemez; çünkü eğer böyle olsa idi sebepsiz mukavele ile iktisap etmiş olurdu.[1]

Mademki sebepsiz yere alacaklı olabileceğimi düşünmek mümkün değildir, o halde bu kaidenin istisnası yoktur.

c)Rücu olunabilir istifade kaydının hukuki mahiyeti.

Şimdi sigorta mukavelesinin istifade kaydına dönelim.

Bir defa daha: sigorta olunanın ölümünde istifade eden hiç kimsenin müdahalesi olmaksızın sigortacının doğrudan doğruya alacaklısı oluyor; bu gayri kabili itirazdır, kanun böyle diyor.[2]

Yukardaki izahatımız sebebiyle bu neticenin istifade eden lehine yapılan bir şarttan mütevellit olması imkânsızdır: istifade eden kendisine isabet eden bu beklenmedik nimetten ancak sigorta olunanın ölümünden son·

[1] Aksine olarak vadeden — kendisine vâd olunan mukaveleyi muhafaza ettikçe—üçüncü şahıstan iktisabının illetinin delilini istiyemez. Ve bir defa bu illet vuku bulur ve üçüncü şahsın kabulü vadedene bildirilirse onun bu hakkı B.K.nın 112 inci maddesinin 3 üncü fıkrası (T.B.K.M. 111,f.3) mucibince sarsılmaz bir hale gelir. Von TUHR un not 49 unu bu mânada kabul etmek lâzımdır. § 83,VIII,no.2, s. 640.

[2]Kaydın mukaveleye müstenit bir tefsirine sadık kalınmak arzu edildiği takdirde sigorta olunanla istifade eden arasındaki bir anlaşmanın mevcudiyetini kabul etmenin zaruri olduğunu anladıklarından bazen aşağıdaki şekilde mülâhaza yürütülmek istenildi: kayıt, istifade edene teberrüde bulunanın ölümünde yapılan ve bu anda zımnen kabul olunan bir teberrü teklifini mutazammındır. Alman Temyiz Mahkemesi, cilt 128,s.187.DEMOGUE,no.824. Bu düşünüş tarzının bir kıymeti olmadığı açıkça görülüyor: Akdin olması için iki iradenin *zamanında* bir birine *tetabuk etmesi* lâzımdır.Bir ölümün icabını kabul etmek ona halef olmak demektir.

Keza vadedenin (sigortacı) sigorta olunana, vad olunanın ölümünde (sigorta olunan), mukaveleyi üçüncü şahsa vermeği taahhüt ettiği söylendi (Thaller). Fakat bu ölümün, alacaklısız borç olmıyacağı cihetle, vadedeni beri kılacağını kim görmüyor?bir suretle ki DEMOGUE un haklı olarak söylediği gibi (no.815 in sonu) "üçüncü şahıs bir icabın yapılmasına mecbur etmek için dâva hakkına sahip olmıyacaktı,

ra haberdar olabilmiştir. O ne sigortacı, ne de hali hayatta iken sigorta olunanla hukuki bir münasebette bulunmamış ve bu sonuncuya, yine ölümünden evvel, kendisini mânen olsun mukabil bir ödemde bulunmağa mecbur edecek bir sebep(cause) vermemiş olabilir; bu onun ölüm ânında sigorta olunan meblâğ üzerindeki hakkı iktisabına mâni olmıyacaktır.

İstifade edenin hakkının *sebebi* mukavelede bulunmadığına ve sebepsiz yere iktisap ta mümkün olmadığına göre bu sebep nedir? Bu belki *bizatihi sigorta olunanın ölümü* olmasın? İstifade edenin tâyinini mütalâa edelim: bu tâyin asla sigorta mukavelesinin bir unsuru değildir; mademki sigorta olunan sigortacıya karşı da bu tâyini geri almakta tamamiyle serbestir, şu halde bu onunla da *kararlaştırılmış* değildir. Bu öyle bir *tek taraflı* beyandan ibarettir ki, sigorta olunan istediği takdirde, arzu ettiği vakit mukaveleye ilâve edebilir ve keyfi istediği zaman dilediği gibi ondan rücu eder veya değiştirir. Bu noktada Jäger'i takip ederek: *tek taraflı* bir irade beyanı, diyorum [1]. Bu beyan sigorta olunanın mamelekinin bir elemanının, yani sigortacıya karşı olan alacağının, ölümünden sonraki durumunu tâyine mâtuf bulunuyor. Ölüm bu alacağın *gayri muayyen vadesidir*, lâkin yine ölüm bu alacağın istifade edene *verilmesinin de sebebidir*, çünkü istifade edenin, müteveffaya sağ iken bir sebep vermeden onun mallarının bir parçasını elde edebilmesini hukukan ancak bu ölüm izah edebilmekte ve haklı göstermektedir.

Vasiyete müteallik bir tasarrufla olan müşabehet derhal göze çarpıyor. Bu müşabehet, başkası lehine şart doktorinine rağmen, bedahati sebebi ile bir çok kararlarda kendisini en yüksek mahkemelere kabul ettirdi. Zikredelim:

«.. Bir istifade eden tâyini... Muayyen bir malda ölüme bağlı tasarrufa müşabih, ölüme bağlı tasarrufla yapılmış bir teberrü teşkil eder...»[2]

«... Bir hayat sigortası mukavelesinde bir istifade edenin tâyini, mirasçı nasbına müşabih, bir inşaî hakkın (Gestaltungsrecht) istimalidir. Ahlâk ve adaba muğayereti bakımından batıl olup olmadığı meselesi tek taraflı hukuki muamelelerde olduğu gibi tetkik edilmek lâzımdır...» [3].

[1] Not 9/76, 16/76.4/77. Bana öyle geliyor ki, hem tâyin "ein einsei tiger Dispositionsakt„ dır demek (not 18) , hem de başka bir yerde (not 5) bunun sigorta mukavelesinin bir cüzü ve hakiki bir başkası lehine şart olduğunu söylemek arasında tezat var.

[2] *Vogel—Lüsenfeld* kararı, R. off. 1915, II, S. 553. (J. trib. 1916, S.207 nin ortasına bakınız.) (JAEGER in haksız tenkidi, not 12/76). Sarih olmamakla beraber aynı fikir üzerine müstenit şu kararlara bakınız:*Bédert —Chatelain*, R. off.1916, II ,S. 684, *Morandi*: J. Trib. 1917, S. 535, 538 inci sahifenin sonuna, 539 uncu sahifenin başına.

[3] *Reichsgericht*,24 — İkinci teşrin — 1933, cild 142, s. 410 — 412. Bakınız: von TUHUR,§ 83, VIII, no. 2, s. 639 — 640.

525

Kanunun miras hukukuna müstenit bu tefsirine, hak istifade edene *hastır, mirasın bir cüz'ü değildir.* diye daima itirazda bulunuldu. [1] Bu itiraz bir kelime oyununa dayanmaktadır. Eğer «miras»: ölümle *mirasçı tarafından* iktisap olunan (İsv. M. K. m. 560, T. M. K. m. 539) malların heyeti umumiyesine delâlet ediyorsa filhakika sigortacıya karşı olan alacak hakkı buna dahil değildir. Aksine olarak «miras» kelimesi ile murisin ölümü anında sahip olduğu malların heyeti umumiyesi murat olunursa bu alacak mirasa dahil olur. Zira bu alacak, mükemmelen ölünceye kadar müteveffanın mamelekinde kalmıştır. aksi takdirde kimin servetine dahil bulunacaktı? [2] işte bu ölümle, ve bu ölüm sebebiledir ki istifade edene geçmektedir. Lâkin *doğrudan doğruya* geçiyor. O halde istifade eden tâyin edilmiş bir malda (sigortacıya karşı olan alacak) ölüme bağlı hususi bir mirasçıdır; teberrü olunan şeyi doğrudan doğruya iktisap eden, ve binaenaleyh onun teslimini istemekkten muaf, lehine muayyen bir malda tasarrufta bulunulan kimsedir. İstifade kaydı bahsinde: istifade eden, başka bir şeye lüzum kalmaksızın, ölüm neticesi hak ihtisap eder. Böylece kanunun 78-inci maddesi umumi miras *prensibine bir istisna teşkil* ediyor (İsv. M. K. m. 560 ve 562, T. M. K m. 539 ve 541, Alman M. K. m. 1922); istisna M. K. nın 563 üncü maddesinin II inci fıkrası ile teyit edilmektedir (T. M. K. m. 542, II). Buna fena nazarla bakmak icap etmez. WINDSCHEID umumi miras prensibi «*metafizik bir mecburiyetten*» münbais değildir diyordu. [3] Çok doğrudur; şunun kadar lüzumlu bir adalet mütearifesi mevcut değildir: sebepsiz hak iktisabı olamaz.Bazı hukuk sistemleri bunu tanımadılar; bazıları da kabul etmekle beraber istisnalar getirdiler; Roma hukukunun *legs per vindicationem* i gibi [4]. Bu sebeple kanun vazıı, yersiz olmıyarak, bu malın hususi mahiyeti dolayısiyle, umumi mirastan hariç kalabileceğini ve eğer sahibi (sigorta olunan) arzu ederse münferiden doğrudan doğruya istifade edene geçebileceğini kabul edebildi.

Diğer bir noktada da, istifade edenin tâyini *şeklinde* de kanun umumi miras hukukundan ayrıldı. Fakat burada da vasiyetnamenin tâbi olduğu

[1] Bir çok müellifler, meselâ STAUDINGER: *Kommentar*, 9 uncu tabi, not I/331.

[2] Meğerki daha evvel reddettiğimiz,istifade edenin rücu edilmemek şartına muallâk bir iktisabı, noktai nazarına dönülmüş ola. Bazan, bu anında iktisap 78 inci maddesi ile kanun tarafından istenilmiştir diye iddia olunuyor. Bu bir hatadır. 78 inci madde iktisap *anını* tesbit etmiyor,ve bilakis 81 inci madde bu anın tâyin tarihi olmadığını ispat ediyor.

[3] 8 inci tabı, cilt III, § 528, not 2.

[4] BINDER e bakınız: KOHLRAUSGH ansiklopedisinde *Erbrecht*,s.6, no. 11. SIBER: *Grundriss*, *Erbrecht*, 1928,s.3—6.KIPP:Erbrecht, § 1, no.VI ve IX.MAURY ve VIALLETON da muhtelif "istisnaî nakil„ hallerine bakınız (Traité Planiol—Ripert, cilt IV), no.193. JOSSERAND, cilt III,no.908.

merasimin mecburiyetini hukuki vicdan mutlak surette emretmiyor; bu sahadaki kanuni zaruretler tahavvül edebildi. Bazı ölüme bağlı tasarruflar için son arzunun imtiyazlı bir beyan şeklini kabulde gayri mantıki bir şey yok. Hayat sigortası halinde: bu hususu not etsin diye sigortacıya yapılan bir beyan kâfi görüldü. Sigorta şirketlerinin arzettiği emniyet vazıı kanunun bu basitleştirilmiş şekli kabulü için iyi bir sebepti.

Umumi miras hukukuna getirilen bu iki istisna istifade kaydının temelinin miras hukuku olmasına mâni teşkil etmez; o *mukaveleler hukukuna* ait değildir.

Bu cihetle şu tarifi yapıyorum: *Hayat sigortası mukavelesindeki rücu olunabilir istifade kaydı [1], imtiyazlı şekle tâbi öyle ölüme bağlı bir tasarruftur ki, umumi miras kaidesine getirilen bir istisna ile, buna göre istifade eden sigorta olunan a onun sigortacıya karşı olan hakkında doğrudan doğruya, münferiden tevarüs eder.* [2]

Bu tarifin tamimi lâzımdır. Üçüncü şahsın hakkının şartı yapanın ölümünde, hayattayken kararlaştırılmış bir sebep olmaksızın, doğduğu *bilûmum ölüme bağlı başkası lehine şartlara* kabili tatbiktir. Bu kabil şartların müsbet hukukta kabul edilmiş olup olmadıklarını görmek kalıyor.

Eğer gayemiz her şeyden evvel nazari olmasa ve yerimiz de müsait bulunsa idi bu tarifin istifade kaydını ilgilendiren ihtilâflı bir çok pratik meseleleri nasıl aydınlattığını gösterirdik. Kısa bazı izahat vermekle iktifa ediyoruz:

a) Mademki sigorta mukavelesi sigorta olunanın mamelekine ait olmaktan çıkmamıştır, —JAEGER' inde (37/79) çok iyi ifade ettiği gibi hukuki bir dalâlete düşmeksizin — 1908 kanununun 79 uncu maddesi kendiliğinden izah edilmiş bulunmaktadır. Eğer miras reddedilmiş ve iflâs halinde ise alacaklılar istifade edene tercih edilmelidirler (İsv. M. K. m. 564, T. M. K. m. 543), ve Jaeger Federal mahkemeye karşı haklıdır.

[1] İstifade edenin rücu olunamaz bir tarzda tâyini nazari olarak iki şekilde tefsir olunabilir:

a) ya hayatta olduğu müddetçe sigorta olunanı mukavelenin sahibi bırakan, miras mukavelesine müşabih, ölüme bağlı geri dönülemez bir tasarruf;

b) yahut mukavelenin istifade edene hayattakiler arasındaki bir nakli, o suretle ki istifade eden diğerinin ölümünde sigorta olunan oluyor.

78 üncü madde sarahaten nakli kastediyor. 77 inci maddenin II inci fıkrasında imtiyazlı şekle tâbi bir miras mukavelesinin kabulünü görmenin mümkün olup olmadığını bilmiyorum

[2] Von TUHR da müşabih bir tarif bulduğumdan dolayı bahtiyarım, § 83, VIII, no. 2, s. 639—640.

b) Sigorta kanununun 80 ve 81 inci maddeleri istifade kaydını mahiyetinden neşet etmiyorlar, bambaşka sebeplerle kabili izahdırlar: aile yurdunun hususi bir şekli.

c) Medeni kanunun 476 (T. M. K. m 456), 529 (T. M. K. m. 509) uncu maddeleri de mukavelenin, kayıt geri alınabildiği müddetçe, yani ölüme kadar, müteveffanın mamelekinde kalması ile izah edilmektedir. Aksine olarak *tekmil* kıymetini nazara almakicap ederdi: iştira kıymetinin bu müdahalesini burada yapacakları hiç bir iş olmıyan riyaziyecilerin fikirlerine hamletmek mümkündür.

d) Müteveffa tarafından yapılan teberrüler üzerinde icra kılınacak *tenkislerin sırası* mevzuu bahis olunca (İsv. M. K. m. 532, T. M. K. m. 512), istifade edenin hakkı ölüme bağlı diğer teberrülerden sonra, fakat hayattakiler arasındaki teberrülerden evvel tenkise tâbi tutulacaktır; zira mahfuz hisseli mirasçı ölüm sebebi ile tereke harici devrolunan şeye müracaat etmeden önce hakkını terekeden istifa etmelidir, fakat diğer taraftan istifade eden bir mevhubunleh te değildir.

e) Sigorta olunan, istifade edene, doğrudan doğruya hakkı, ister sigorta kanununun imtiyazlı şekli (m. 76), ister vasiyetname ile verebilir. [1] Bu ikinci halde onun daha ziyade mirasçıyı sigortacıdan alacağı miktara müsavi bir meblâğı lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu kimseye tediyeye mecbur eden alelâde ölüme bağlı başkası lehine tasarrufta bulunmak isteyip istemediğini kestirmek çok nazik olacaktır. Bu ölüme bağlı tasarrufların tefsirinde cari mutat kaidelerle halli lâzımgelen bir *vasiyette bulunanın niyeti* meselesidir.

§ 9. Diğer ölüme bağlı başkası lehine şartlar kabul etmek icap eder mi?

Netice itibariyle istifade kaydında bir mukavele üzerine aşılanmış, *hususi* bir mirasçıya doğrudan doğruya intikale müsaade eden, miras hukukuna müteallik bir tasarruf mahiyeti gördük. Bu miras hukukunun, *miras açılınca mirasçı yalnız başına onun tamamına sahip olur*, temel sisteminde açılmış bir gediktir.

Her ölüme bağlı başkası lehine şartı kabul ederek bu gediği genişletmek icap eder mi? Meselâ:

Fransa'da ikamet eden bir İngiliz âlimi bir İsviçre bankasına bir buçuk milyon İsviçre frankı değerinde kıymetli evrak tevdi ediyor. Makine ile yazılan bir ida mukavelesi ile bankayı ölümünde bu serveti üçüncü bir memleketteki bir teşekküle vermeğe memur ve banka da bunu kabul edi-

[1] Hayret: JAEGER, 12/76 nın sonu ve 32/76; aksi: JAEGER, 7/76.

yor. Âlimin ölümünde Fransa'daki son ikametgâhında sadece bir kaç mobilye, şahsi evrak, ilmî kitap ve kâğıtlar bulunuyor. Filen bütün servet banka ile yapılan ölüme bağlı başkası lehine şartta mündemiçtir. [1]

Müteveffanın kanuni mirasçıları olan hemşiresine ve yeğenlerine karşı bu başkası lehine şartın kıymeti nedir?

Gördük ki umumi miras prensibinin her vakit, istisnasız tatbik edilmesini icap ettirir, mantıkan zaruri mutlak bir mecburiyet yoktur. Vazıı kanun bundan kısmen uzaklaşmayı görebilir. O halde vaz olunan suali *her memleketin mevzu kanununa göre* halletmek lâzımdır: mirasçının mirasın heyeti umumiyesi üzerindeki hakkını kabul eden bir memlekette, vazıı kanunun, bu kaideye icap eden istisnayı g tirmeği muvafık bulduğu nisbette, ölüme bağlı başkası lehine şartlara müsaade etmesi icap eder. Lâkin teşriî bir kaide olmadımı umumi hukukla amel olunacaktır: vasiyetnamesiz ve mirasçı tarafından teslimsiz, hususi, bir ölüme bağlı iktisap olamaz.

Alman Medeni Kanunu 331 inci maddesinde *ummui olarak bütün* ölüme bağlı başkası lehine şartların muteberliğini kabul etmektedir.[2] Başkası lehine şart kabili nakil her alacağa ve hattâ ayni bir hakka müstenit bir iade iddiasına [3] bile kabili tatbik bir şekil olduğundan, mademki kanunun metni üçüncü şahıs hakkı şartı yapanın ölümünde iktisap eder demektedir,o halde Almanyada alacaklının ölümünden sonra onun tâyin edeceği bir şahsa bir vedianın geri verilmesi,ödünç alınan bir şeyin iade edilmesi, bir satış bedelinin tediyesi, bir ücret veya yevmiyenin tesviyesi —hattâ mirasçının arzusu hilâfına ve ona düşen mirasın dışında— muteber bir surette kararlaştırılabilir. Bu kanun aşağıdaki itirazları davet etmektedir: Her şeyden evvel bu muesseseyi *mukaveleye müstenit borçlar hukukuna* ithal etmek bir sistem hatasıdır. Başkası lehine şart sadece *şekildir;* esasında bu kabil her mukavele tek başına *mukavelelerin tâbi olduğu kaidelerle* gayri kabili izahtır; ölüme bağlı bir tasarruftur ve *miras hukukunda* yer almalıdır. [4] Bütün çalışmamız bunu göstermek istedi. Bundan sonra,

[1] Hâdise ana hatlarında hakikidir; bu araştırmanın mevzuuna yabancı daha bir çok meseleleri ortaya koyuyordu.

[2] Madde 331: "Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wirde, so erwirb der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers„.

[3] Hayret: ENNECCERUS—LEHMANN, 12.Bearbeitung, §. 34,VI, s. 134. Alman Temyiz Mahkemesi "dingliche Vertrage zugunsten Dritter„leri kabul etmiyor, hiç olmazsa daimî olarak; bakınız, cilt 83, s. 223; 98, s. 279, fakat aksi bir temayül ile: cilt 106, s. 1.

[4] Madem ki mirasçının şahsında murisi bağlamıyan bir borç doğuruyor.Alman kukuku Justinin in düştüğü kargaşalığa düşüyor. Yukarda bizim § 4 e ve Bonfante nin vazih fikrine, not 2, s. 23, bakınız.

genel kaide olarak umumi mirası kabul etmekle(Alman M.K.m. 1922), müteveffaya— 331 inci madde ile —mirasın haricinde, mallarının herbirinde münferiden ölüme bağlı tasarrufta bulunabilmek geniş imkânını bahşetmek gayrı kabili teliftir [1] (onun için malını tevdi etmesi ve müstevdi ile bir ölüme bağlı başkası lehine şart yapması kâfi) [2] Bu dahili tenakuzun arzu edilmez neticeleri henüz kendilerini hissettirmediler; bununla beraber gerek zikrettiğimiz Alman Temyiz Mahkemesi kararları, gerekse 331 inci madde etrafındaki tezler bu teşrii hükmün Alman hukukçularına hazırladığı baş ağrılarını önceden haber veriyorlar. [3]

Fransız hukuku buna benzer bir hükmü ihtiva etmiyor. Bilâkis 1939 uncu maddesinde mudi in ölümünde « tevdi olunan şeyin ancak miraçısına iade edilebileceğini» emrediyor. Bu kaidenin sebebi nedir? Planıol [4] bunu bize FENET ye atfen söylüyor:« İda nın emin bir şahıs vasıtası ile kanunun men ettiği teberrülerin tahakkukuna yaramasından korkuluyor.» Yine Planiol un büyük kitabının XI inci cildinde bu mevzua dair şunları okuyoruz: «Demekki jurisprudans bunu, mudi sarih olarak tevdi ettiği şeyin ölümünden sonra üçüncü bir şahsa teslimini şart etse de tatbik ediyor» [5]. Bana öyle geliyor ki bu 1939 uncu maddenin *mefhumu muhalifinden*, vedia bahsindeki ölüme bağlı başkası lehine şart memnuiyetinden, Fransız hukukunun diğer akitlerde buna müsaade ettiği mânasını çıkarmak yanlış olur. Bu 1939 uncu maddeyi bu şekilde tasarrufta bulunmak memnuiyetini gösterir *umumi bir kaidenin* bir misali olarak telâkki etmek hiç şüphesiz daha yerinde olur. Şu halde bir sigortadaki istifade kaydı, ve belki şirket mukavelesi (m. 1868, aşağıya bakınız)gibi müsbet istisnaların tesbit edilmesi icap eder. Aksine delâlet eder sarih bir kaide olmadıkça, imkânsızlık prensibi ile amel olunacaktır.

Mademki Alman M. K. nun 331 inci maddesine benzer hiç bir metnimiz yoktur, binaenaleyh bu cevap İsviçre hukuku için de doğrudur. *Umumi olarak* ölüme bağlı başkası lehine şart batıldır demek lâzımdır;

[1] İyi bir kanun yapma tekniği umumi bir prensibin vaz'ını ve buna getirilen istisnaların sayılmasını icap ettirir, birbirine zıt iki genel kaide koymak buna aykırıdır. Bu tenkitler Almanyada da ileri sürülmüştür, bakınz. LOEW, zikri geçen tez, s.86. Alman Temyiz Mahkemesine de bakınız, cilt 98, s. 279 ve devamı.

[2] Alman müelliflerinin"das Recht des B.G. B. kennt im Grunde keine Sonderrechtsnachfolge mortis causa mehr„ diye yazabilmeleri anlaşılmaz bir şey. BINDER, § 3, II, s 6; KIPP,§ 1, IX.

[3] Hayat sigortası mükavelerindeki istifade kayıtları hakkındaki 330 uncu maddenin komşuluğu bana Justinien ile sigorta mütehassıslarının bu teşriî hatanın mesulü oldukları ihtimalini teyit eder gibi görünüyor.

[4] *Traité élémentoire*, 8 inci tabı, cilt II, no.2210.

[5] PLANIOL—RİPERT—ROUAST—SAVATIER — LEPARGNEUR —: *TRAİTÈ*, cilt XI, no, 1180.Keza bakınız: PLANIOL—RİPERT—TRASBOT, cilt V.no 400.

böyle bir şartın yerine getirilmesi sadece mirasçının arzusuna kalmıştır. Eğer, meselâ, müteveffa, bir bankaya ölümünde ve rücu etmediği takdirde, üçüncü bir şahsa verilmek üzere bazı kıymetler tevdi etmişse (ister senetler ister para olsun, haizi ehemmiyet değil) tevdi olunan bu şey üzerindeki hak (actio depositi directa) mirasa dahil olur ve mirasçı müteveffadan farksız olarak [1]üçüncü şahsın istifade eden olarak tâyinini geri alabilir. Miras prensibinin zaruri bu hükmünü bankaya verilen ve ölümden sonra cari olacak olan bir vekâlete (*mandat Post mortem*) *[2]* ve B. K. nun 405 inci (T. B. K. m. 397) maddesine dayanılarak bertaraf edilemez; çünkü, vekâletin ölümle nihayet bulmıyacağı kararlaştırılmış olsa da bu keyfiyet onu mirasçıya karşı kabili dermeyan bir hale koymaz; *bilâkis mirasçı,müekkilin yerine kaim olur.* O halde banker ölümden itibaren, müteveffa tarafından evvelce verilmiş olanlara aykırı olsa bile, mirasçının verdiği emirleri yapmağa ve eğer mirasçı bunu arzu ediyorsa, vekâletin feshini kabule mecburdur.[3] Aynı mülâhaza, gaüet geniş bia tarzda, başkası lehine şart şeklini alan ve fakat esasta ölüme bağlı bir tasarruf teşkil eden bütün mukaveleler için dahi mecburidir. [4]

Maamafih, bir hal şüphelidir. O da *şirketinkidir.* Hiç şüphesiz B. K. nun 545 inci maddesi (T.B.K.m. 535) şeriklerin , 542 inci maddenin (T. B.K.m. 532) I inci fıkrasındaki ihtiyari kaide hilâfına, şeriklik hakkının muayyen bir ölçüde ölüm sebebi ile nakledilebileceği mânasını ifade ediyor. İşte bu takdirde mirasçılar terekede mamelekin bir unsurunu buluyorlar demektir, ve kaidenin anormal bir tarafı da yoktur [5] Bundan, eğer mukavele nazara alıyorsa, şerikin şeriklik hakkını *vasiyetname* ile va-

[1] Aksi hal şekliie mirasçının şahsında bir borç başlatılmış olacağını, bi defa daha hatırlatmak icabeder mi

[2] Benimle aynı görüşte Federal Mahkemenin *Kubny — Kotzian — Hanseler* kararına bakınız. R. off. 1932, II, S. 423: J. Trip. 1933, S. 340. *Vasiyeti tenfiz memurununkinden* başka mirasçıya karşı dermeyan edilebilir, ölümden sonra cari vekâlet yoktur.

[3]von TUHR , § 4, VI, 5, 299 uncu sahifenin ortası.

Eğer banker çabuk davranarak, ihtimalki mirasçının haberi olmadan, vekâletinhükmünü yerine getirirse kendisini mesul mevkie düşürmüş olur; zira ilk müekkilin ölümü onu mirasçıdan talimat alması için harekete geçirmeli idi (İsv.B.K. m. 397,1; T.B.K.m. 389, 1)

[4] Eğer iki şahsın bankaya karşı müteselsil alacaklı sıfatını aldığı *murtabit bir ida* varsa vaziyet değişir (İsv .B.K.m. 150,TB.K.m. (48) : müteselsil alacaklılardan birisinin ölümü diğerinin hakkını bertaraf etmez, şu suretle ki banka muteber olarak ona iadede bulunabilir .Bu alacaklı ile ölenin mirasçıları arasındaki anlaşma banknayı ilgilendirmez.

[5] "In diesem Falle wird die Beteiligung an der offenen Handelsgeselleschaft zu einem vererblichen Recht und die Erben an Stelle des Verstorbenen zu Gesellschaftern„. HEINSHEIMER—GEILER: *Handelsrecht*, 3 üncü tabı 930,Kohlrausch ansiklopedisinde, § 37, s. 65. Bizim § 6, s. 28 bakınız.

siyet edebileceğini de isdidlâl etmek lâzımdır. Lâkin acaba 545 inci maddenin 2 No. lı bendinden (T.B.K. m. 535), vazıı kanunun, nizamnamelerde, mirasçı olmıyan *üçüncü bir şahsın ,sadece şirket mukavelesine istinaden* mirasçılarla hayatta kalan şeriklere karşı kabili dermeyen bir tarzda, şirkette müteveffaya halef olabilmesinin kararlaştırılmasına müsaade ettiği çıkarılabilir mi ? Meselâ, nizamnamelerde, ölen şerikin karısının, eğer isterse, tamamiyle kocasının yerini tutacağını muteber bir surette kararlaştırmak mümkün müdür ? planiol ve Ripert in büyük kıtabı [1] bu suale paris mahkemesinin Gèny ile Gapitant arasında çok enteresan bir münakaşaya yol açan ve bu sebeple yukarda zikrolunan (§ I, karar No . 3) meşhur dul *Cremieux*-- Bayan *Moriiz* ve *Milaud* dâvasında verdiği karara atfen, hiç tereddütsüz, müsbet cevap veriyor. Adı geçen kitabın tab 'ından sonra dul Cremieux, söylemek lâzım ki , başka sebeplerden Temyiz Mahkemesinde dâvasını kaybetti; lâkin Mahkeme şirket mukavelesindeki şartın muteber olup olmadığı meselesini açıkça âtiye talik etti[2]. Fransız kanununun 1868 inci maddesi bizim 545 inci maddeye (T.B.K.m. 535) oldukça benzediği cihetle bu münakaşa bizi de alâkadar eder. Federal Mahkememiz buna benzer bir kaydı bir defa *başkası lehine şart* diye vasıflandırdı.Fakat bu epeyce eskimiş olan ve içinde burada mevzuu bahis nokta ihtilâflı bulunmıyan bir kararda söylenmiştir[3]. Akdin kaydine muteberdir demek, ona yalnız mukaveleye ait bir netice değil aynı zamanda mirasa müteallik bir hüküm terettüp ettirmek demektir; bu kayıt evvelâ 542 inci maddenin I inci bendinden inhiraf ettiği, saniyen bir istifade eden ölüme bağlı bir hak verdiği cihetle iki kıymete sahip olmuş olacaktır.Bu, inkâr edilemez bir şekilde, mirasın şekle ve esasa mütaallik kaiddelerinde bir gedik açmak demektir. Diğer taraftan, bu iki neticenin, müteveffanın şirketteki haklarının istikbalini tâyin ettikleri vakit [4] şeriklerin zihninde birbirine sıkı surette bağlı olarak görünmesi, ve bu kaydın, eğer aldanılmıyorsa, çok sık kullanılması sebebi ile onu, hukukumuza 545 inci maddenin 2 inci fıkrasının örf ve âdete müstenit bir tefsiri ile girmiş gibi, muteber diye kabul edebileceğim.

[1] Cilt XI, no' 1058, s. 323, not 2 ye bakınız.

[2] Bakınız: SIREY,1933,I,s.161,Gemy nin üstadane yeni bir notu ile beraber. 164 üncü sahifenin 2 inci sütunundaki II.faslın sonundan şunu alıyorum:" Bu sebeple, fikrimizce Hukuk Dairesi tarafından kararının sonuna derc olunan kayda, ondan bir kısım şirket mukavelelerinde mûtat olan ve şeriklerden birinin ölümünde şirketin dul karısı menfaatına devam edeceğine mütedair bulunan kaydın muteberliğini istihraç için, güvenmek aşiri bir cesaretten daha ileri gitmek olur...„

[3] *Meyer—Sibler* kararı, R.off.1897, cilt II,s. 659,s.667 ye bakınız. Aynı maalde HAFNER e bakınız,not 4,m.545.Bizim s.28 deki not 1 e bakınız.

[4] Çok defa, şerik mukavelenin kâfi geldiği, şirkette yerine geçecek olan üçüncü şahsın bundan istifadesi için birde vasiyetname tanzimine lüzum olmadığı kanaatı

Nihayet, istisnaların tahdidî bir tefsire tâbi tutulması icap ediyorsa da, kıyas yolu ile her hangi bir muhakeme tarzıda men edilmiş değildir. İzah sebebi aynı olduğu vakit, hayat sigortası ile büyük bir müşabehet arzeden mukaveleler 1908 kanununun 76 ve müteakip maddeleri ile M.K. nun 563 üncü maddesinin 2 inci fıkrası ile miras hukukuna getirilen istisnalardan istifade ettirilmelidirler. Bilhassa bir hizmet akdinin müstahdemin dul kalan karısına ve gayri reşit çocuklarına bir dul ve yetim maaşı temin eden kayıtları hatırıma geliyor. İşte hakihî bir misal: Leman gölü üzerindeki seyrü sefain kumpanyasının bir kaptanı gemisinin Yvoire burnunda kayaya oturmasına sebebiyet verdiği için tekaütlük hakkından da mahrum edilmek surtiyle işinden çıkarılıyor. Kumpanyanın ileri sürdüğü sebeplere itirazla dâva açıyor, hiç olmazsa tekaütlük hakkının tanınmasını istiyor. Dâva sırasında ölüyor, lâkin dul karısı, kendi şahsı hesabına, tekaütlük hakkına mütedair olan dâvaya yeniden başlıyor. Mirasçı olarak mı?Hayır, bir ölüme bağlı başkası lehine şartın istifade edicisi olarak (hizmet akdinin dul karı için maaş tâyin eden maddesi). Hiç tereddüt etmeden—çünkü, böyle karar vermenin sebepleri bana sigorta bahsındakilerinin aynı gibi görünüyor—müstahdemin dul kalacak karısı menfaatine hizmet akdine koyduğu bu ölüme bağlı tasarruf, vasiyetname şekillerine uygun olmamasına rağmen, istifade eden karıya, mirasın haricinde, doğrudan doğruya bir hak kazandırsın diyeceğim.

§ *10. Netice*

İsviçrede birden ziyade müellif daha ileri gitmeği, *umumî bir şekilde* ölüme bağlı başkası lehine şartı kabul etmeği istemektedir. Meselâ ESCHER, [1] meselâ v. TUHR [2] (lâkin § 31,no. I in sonu, s. 219 da ölüme bağlı başkası lehine şartı unutmuşa benziyor), meselâ MOSER [3], meselâ cüzi mıkyasta ALBRECHT [4]. Kanunen bu tez gayri kabili müdafaadır;

[1] ESCHER: *Erbrecht*, 2 inci tabı,s. 85—86,not 8.

[2] Sahife 178,not 12 ve s.129 not 60.

[3]Tezinin başlangıcı: *Ueber die Abgrenzung der Rechtsgeschäfte*, *Berne* 1926; s.8—10.

[4]Zeitschrift für Beurkundungs—und—Grundbuchecht, 1932,s.167,B.K.nın 112-inci maddesi üzerinde mütalâa yürütürken,

ile yaşar. Bu meseleye *Gilly—Bosio* kararında Federal Mahkeme tarafından temas edilmişsede, maalesef halli gerekmediğinden, üzerinde durulmamıştır. R.off.1920, II. s.213.Bakınız: s 214 A harfinin sonu, s.215 B harfi, s.216 nın başı,s.217,s.214 mucip sebep 6.

Alman hukuku tabiatiyle bu kabil şartların muteberliğini kabul ediyor, esasen bu zaten umumi olarak Alman M.K. nun 331 inci maddesinden çıkmaktadır,bu kanunun bizimki için hükmü yoktur, müelliflerimiz yanlış yere mütemadiyen ona atıf yapıyorlar. Bakınız: STAUDINGER, *Kommentar*,9 onuncu tabı,not I-331,cilt II,s. 539, ve *Erbrecht* cildinde s.65.Keza bakınız: Reichsgricht,cilt 80,s.175 ve devamı.

ancak Alman hukukunun hukukçularımızın büyük bir kısmı üzerindeki ötedenberi gelen, mübalağalı nüfuzu ile izah olunabilir. Sigorta mütehassıslarının hatalı doktrinlerinden çok acele çıkarılan sun'i bir tamim, mantıkan zaruri bir tabiî hukuk müessesesi gibi telekki olunuyor. Alman M.K. nun 331 inci maddesindeki—ölüme kadar geri alınabilmesine rağmen *hayattakiler arasında* iktisap edildiği iddia olunan bu *hususi haktan*—bir *mukaveleye* istinat ediyor denildiği halde kendisine bir ölünün ölümünden sonraya mütedair bir arzusundan başka bir *illet* bulmak imkânı olmıyan başkası lehine şarttan bahsetmek istiyorum.Böylece icat edilen yeni anlayış, ilmimizin kendilerinden sarfı nazar edilemez basit temel prensipleri ile sistemli bir iş birliği yapılmaksızın münferit bir halin zaruretleri için düşünülmüş olduğu cihetle, lafza ehemmiyet veren hukuki görüşün kusuru ile lekelidir. Eğer—maalesef—Bizans görüşü Alman M.K. nunun 331 inci maddesinde kanuni bir ifade tarzı buldu ise, şarihin bunu kanunun tanımadığı yerlere ithal etmemesi icap eder.

Bunun bir kanunla kabulü arzuya şâyan mıdır? Almanya'da, 331 inci maddeyi tenkitlere karşı müdafaa için bu şekil basitliğinin, bu hürriyetin bahşettiği kolaylıklar, hulâsa bu maddenin pratik faideleri ileri sürüldü. [1] Şurası doğru ki bu madde tasarrufta bulunanlara ölümlerinden sonraki mallarını sevk edecek dolambaçlı, hattâ gizli yollar arzediyor. Onları, vasiyetnamenin ve umumi mirasın doğru, alenî, debdebeli yolunu bertaraf etmelerine müsaade ediyor. Bu sebeple, maalesef itiraf etmek lâzım ki hali hazırda, bu yol her gün biraz daha az emindir: servetler burada çevrilmekte, ve miras (Héritages) bizzat bekçileri tarafından çalınmaktadır. Vasiyeti meşruta usullerine (moyens fiduciaires) müracaat zamanların bir alâmeti, tedenninin çok hazin bir işaretidir. [2] Bu, barbar krallar ve kanunlar devrindeki melce. [3] Avdetine mi şahit oluyoruz? İhtimal ki örf ve adet, adaletin nef'ine olarak, soyulanların yardımına gelmek için, eski miras kaidelerindeki bu değişikliği, zorla, medeni hukukçulara kabul etti-

[1] Bakınız: Loew'ın tezi, chap. VIII.

[2] Muasırlarımızın pek azı zamanımızın hukuki ve ahlâki musibetlerinin dehşetini ölçebiliyor: anonim şirketlerin hileli tecezzileri, sendikaların ve iktisadi birleşmelerin gaddarlığı, umumi israf, makul olmıyan malî usuller, kazanılmış servet zararına geçinen parazitler, şunlara veya bunlara yardımlar ve imtiyazlar: müsadereler, kazanılmış haklardan mahrumiyet, çalışma, ticaret yapma, satma, satın alma, ecnebi memlekette yerleşmek tabiî haklarına getirilen işitilmemiş engeller, borçluları memleket dışındaki alacaklılarına tediyeden men'e kadar varan keyfî hareketler, kıymetsiz âmme borçları, ayaklar altına alınmış esas teşkilâtlar, sahte para, ilâhiri, ilâhiri. Bu iğrençliklerin saymanın ne faidesi var? Daha kim adaletten bahsediyor? Alçak bir demagoji, zavallı bir içtimai—iktisat lafazanlığı, işte bu günün siyasi terbiyesi.

[3] "There were two inventors of uses, fear and fraud„ (Coke). İngiliz hukukunda "Uses„ ler "trusts„lerin seleflerîdirler.

recektir. Eğer onu sadece ehemmiyetsiz bir uygunsuzluk olarak kabulle iktifa edersek, ilerlemesini hızlandıracak bir şey yapmış olmayız.

Mevhum mefhumların şekilciliğini reddederek her şeyin esasını arayan ve kuvvetli delillerini, tabiatın ve hukuki vicdanın aşikârlıklarını tasdik ettikleri, ilk kaidelere bina eden klasik zarafetin hasretini muhafaza edeceğiz. [1] Fakat, âmme hukukunun boyun eğdiği, hemen hemen ezildiği vakit hususi hukuk kuvvetini muhafaza edebilir mi? Bu hukukun temiz ve parlak bir nurla parlaması için, belki Roma sulhu, felsefenin ve dinin ışıkları, ve milletlerin mukadderatına nezaret eden, 96 senesinden 192 senesine kadar imparatorluk vazifesini gören, yedi Roma imparatorunun metaneti, adaleti, asil ve dindar ruhu lâzımdır.

[1] Bu metodun zarafeti basitliğinden ve göze çarpar derecedeki kolaylığından dolayıdır. Hakikatta dâvanın ihtiyaçları için mefhumlar "Begriffe„ icat eden (geri alınmamak şartına muallak hak gibi) ve bu sunilikleri izahat diye kabullenen usulden çok daha zordur. Yalnız asırlar için inşa eder.

Mevzuat arasında

A — KANUNLAR ARASINDA:

§Memleket içi düşmana karşı silâhlı müdafaa mükellefiyeti kanunu: [1]

Fevkalâde hallerde ve seferde memleket içi düşmana karşı silâhla müdafaa mükellefiyeti kanunu on üç madde ihtiva ediyor. Bu kanuna göre, fevkalâde hallerde ve seferde havadan kıta indirmelerinde, paraşütçülere ve hudutlardan sızmalara karşı o mahallin 15 kilometre çevresi içinde bulunan 16 yaşını bitirmiş ve 60 yaşını ikmal etmemiş vatandaşlar ihtiyaca göre silahla mukavemet etmekle mükellef tutulurlar. Yaş haddi kadınlar için yirmi ile kırk beş arasıdır.

Erkek vatandaşlar bu mükellefiyeti başarmak için lüzumlu görülen mahallerdeyılda en çok 72 saat ve dokuz günü geçmemek üzere ders ve talim görmek mecburiyetindedirler.

Kanunun 3.maddesi mükelleflerin sağlık durumlarının tesbiti, 4. madde bunlara verilecek silâh, çephane ve yiyecek meselesi, 5. madde hizmet esnasında yaralananlar ve hastalananların durumu işlerini halletmektedir

Bu kanunun hükümlerine göre tesis edilen mükellefiyetlerde davete icabet etmiyenlerle icabetten sonra kaçanlar veya verilen vazifeleri ihmal edenler veya bu kanunun tatbikını her hangı bir şekilde zorlaştıranlar suçun derecesine ve ağırlığına öre beş liradan yüz liraya kadar para cezasına çaptırılır. Bu ceza, valiler ve kaymakamlar tarafından tâyin edilir ve Tahsili Emval kanunu hükümlerine göre infazı olunur. Cezanın infazı, mükellefiyetin ifasını tehir etmez (m. 6).

Kanun, hükümlerinin tatbikı dolayısı ile halkı telâşa veya heyacana düşürecek yahut yalnış tedbir almağa sevketmek suretile tehlikeye mâruz kılacak şekilde kasten asılsız veya mübalâğalı haberler yayanla veya nakledenler, bu kanunun hükümlerine göre müdafaa işlerinde kullanılmak üzere hazırlanmış eşyayı tahrip edenler, kendisine tevdi edilen esliha ve her nevi eşyayı temellük edenler bu kanun icabı verilecek silâhları her hangi hususi veya şahsi işlerde kullananlar hakkında muhtelif cezalar tertip edilmiştir (m. 7, 8, 9).

Nihayet yukarda bahsedilen suçlar hakkında Meşhut suçların muhakeme usulü hakkındaki hükümleri tatbik olunur (m. 10).

[1] No. 4654, Kabul Tarihi: 7/8/1944, neşri tarihi: 14-8-1944.

516

§ Şehir, kasaba ve köylerin lüzumunda tahliye veya seyrekleştirilmesi hakkında kanun [1].

12 maddeyi ihtiva eden bu kanunun 1. maddesine güre fevkalâde hellerde veya seferde muvakkaten tahliyesine veya seyrekleştirilmesine lüzum görülen yerlerdeki halk, canlı ve cansız vasıta, eşya ve malzeme, resmî darirelerle bilûmum müesseselerin para ve her türlü menkul kıymetleri, lüzumlu ve nakli kabil evrak ve eşyası icra vekilleri heyeti kararıyle kısmen veya tamamen tahliyeye tâbi tutulabilir. Çocuklar ve kimsesizler için lüzumunda kamplar tesisine ve kamplarda yerleştirilecek olanların iaşe ve ibatesine hükümet selâhiyetlidir.

Mürettep mahallerine nakledilecek olanların masrafları devlet tarafından ödenir. Tahliyeye tâbi tutulanlardan mürettep mahallerine gitmek istemiyenler tahliyeye tâbi mıntaka hududu dışında istedikleri yerlere kendi masraflarile gidebilirler. Bu takdirde dahi tesbit olunan yolları takip etmeleri şarttır. Bu gibiler yalnız devlete ait nakil vasılarından meccanen istifade ederler (m. 3).

Mahallin en büyük mülkiye memurunun tahliye için gerekli nakil vasılarını bulmak, gereken yerleri temin etmek gibi salâhiyetleri 2, 4 m. delerde tanzim edilmiştir.

Tahliyeye mecbur olupta çıkmıyanlar veya çıktıktan sonra müsaadesiz geri gelenler zabıta maifetile çıkarılacaktır (m. 3).

Tahliye ve seyrekleştirme kanununun tetbikini zorlaştıranlar mahallin en büyük mülkiye âmiri tarafından beşi liradan yüzliraya kadar hafif para cezasına çaptırılır. Parayı ödemeyenlerin cezaları müddeumumilerce hapse tahvil suretile infaz olunur. Tahliye, barındırma ve iade esnasında izdiham ve kargaşalıktan veya vazi yetin doğurduğu şaskınlıktan veya koruma noksanından faydalanmak suretiyle bu kanun mucibince tahliyeye tâbi tutulanlara karşı Türk ceza kanununun 7,8, 9 ve 10.baplarında yazılı suçları işleyenler hakkında tâyinedilecek cezalar iki kat olarak hükmolunur.

Bu suçlar hakkında Meşhut suçlar kanunu hükümleri tatbik olunur (m. 10).

§ Adlî sicil kanunu [2]

Memleketimizde modern anlamda adli sicil teşkilâtının mevcut bulunmamasından hissedilen müşkülât pek büyüktü. Yeni kanun Adliye Vekâleti-

[1] No. 4656, kabul tarihi: 7-8-1944, neşri tarihi: 14-8-1944.
[2] No. 4664, Kabul tarihi: 6-9-1944, neşri: 12-9-1944

517

ne merkezde bir adli sicil tutmak mükellefiyetini tahmil ederek bu boşluğu doldurmaktadır.

Yeni kanunun 2. maddesine göre adli sicile geçirilecek hüküm ve kararlar şunlardır: A) Türk mahkemelerinden verilip katileşen bütün mahkûmiyet hükümlerile - fer'i cezalar dahil—emniyet tedbirlerine müteallik kararlar; B)Türk kanunlarına göre bir suç teşkil eden bir fiilden dolayı Türk vatandaşları hakkında yabancı bir devlet mahkemesinde verilerek katileşen ve resmen Türkiye hükümetine bildirilen mahkûmiyet ilâmları; C) Türkiye devletinin şahsiyetine karşı işlenen bir cürümden veya kadın veya çocuk ticaretinin menine dair 18/5/904, 4/5/1910 ve 30/9/1921 tarihli ve sahte para imalinin men'ine karşı 20/4/1929 tarihli milletlerarası mukaveleler şümulüne giren suçlardan dolayı yabancı bir devlet mahkemesince verilip katileşen ve resmen Türkiye hükümetine bildirilen mahkûmiyet hükümleri.

Kanunun 3. maddesi adli sicile geçirilecek tâli kararlar ve diğer hususlardan 4. maddesi adli sicile geçirilecek hususların bildirilmesi mükellefiyetinden; 5. madde bildirmenin usulü; bildirme fişlerinden; 6. madde, bildirme fişlerinin doldurma usulünden; 7. madde, yanlış veya eksik bildirilen fişlerden; 8. madde adli sicil bülteninden; 9. madde, ceza haberi, yani bültende yazılı ceza fişi hulâsasından; 10. madde. tâli karar haberinden; 11. madde, infaz haberinden; 12. madde, haberlerin tashih ve iptalinden; 13. madde adli sicil bülteninin basılmasından; 14. madde, adli sicil bültenlerinin muhafazasından; 15. madde adli sicil varakasından; 16. madde, varakalarının doldurulmasından; 17. madde, sicil varakalarının tesnif ve muhafazasından; 18 madde, sicil varakalarının adli sicilden çıkarılmasından; 19. madde, adli sicilden verilebilecek bilgilerden; 20. madde, adli siciiden bilgi istenmesinden; 21. madde, C.M.U. lerine bilgi verilmesinden; 22. madde, mahkemeler ve hâkimlere verilecek bilgilerden; 23. madde, mahalli adli sicilden; 24. madde, mahalli adli sicillerden verilecek bilgilerden bahsetmektedir.

§ *Avukatlık kanunun 5. maddesinin tehirine dair kanun [1]*

Avukatlık kanununun 5.m. siine göre maaş veya ücreti devlet, vilâyet veya belediye bütçelerinden yahut devlet, vilâyet, veya belediyelerin idare ve mürakabesi altında bulunan daire veya müssese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar yalnız bu daire, müessesse veya şirketlere ait işlerde avukatlık edebilirler. Mahkeme veya kazai mercilerde mensup oldukları daireyi temsil eden hukuk müşaviri veya muavinleri baroya kaydolunmaya mecburdurlar.

Görülen lüzuma binaen yeni kanun bu madde hükümlerinin tetbikını 18/1/1948 tarihine kadar tehir etmiştir.

[1] No.4659, Kabul tarihi 4-9-1944, neşri 9-9-1944

B - TAMİMLER ARASINDA :

§ Meşhut suçlar muhakeme usulüne ait talimatnamede değişiklik [1]

15,8 1940 gün ve 38 sayılı tamimde tafsilen bildirildiği gibi, hava taarruzuna karşı korunma tedbirleri devam ettiği müddete münhasır olmak üzere meşhut suçlar muhakeme usulü kanununa ait talimatnamenin 15 ve 38 inci maddelerinde yazılı «saat 20»nin "18,30" olarak değiştirilmesi muvafık bulunmuştur.

§ — *Adli sicil kanunu hakkında* [2]

Suçların şahsiyetinin daha iyi tanınmasını ve dolayısiyle ceza kanunu hükümlerinin hakkile tetbik edilmesini sağlamak üzere hazırlanan ve 12 9. 944 tarihinde yürürlüğe giren adlî sicil kanununa göre adli mahkemelerden kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren verilip katileşen mahkûmiyet hükümleri ile ceza mesuliyeti olmıyan suçlular hakkında alınan emniyet tedbirlerine müteallik kararların ve askerî mahkemelerden verilip infaz için C. M. U. lerine tevdi edilen mahkûmiyet kararlarının adli sicile geçirilmesi lâzımgelmektedir.

Adli sicil kanununun tatbikı için gerekli teşkilât ve tesisat kurulmakta, kanun hükümleri dairesinde bastırılacak formüller tertip edilmekte, kanunun tatbik şeklini tafsilâtile gösteren bir talimatname hazırlanmaktadır. Yeni kanunun lâyıkı ile işleyebilmesi için şimdiden göz önünde bulundurulması icap eden hususlar tamimde izah edilmiş bulunmaktadır: Kanunun meriyet tarihinden sonra verilen hüküm ve kararlar katileştikçe mahkemelerce tutulmakta olan karar kartonlarındaki suretleri altına bu yolda şerh verilmesi usul ittihaz edilmesi, maznunların nüfus kâğıtlarının ve icabında nüfustan getirtilecek kayıtların tetkikine itina olunması, adli sicil mahkûmların soyadına göre tutulacağı için soyadlarına âzami itina sarfedilmesi, gibi.

§ — *Demiryolu kazalarında yapılacak tahkikata ait tamim:* [3]

Şehir ve kasaba içerisinde veya pek yakında vukua gelmiş olmak itibarile C. M. U. liğince hâdiseye derhal el koymak mümkün olan hallerde tahkikat, trenin tevekkufuna katiyen mahal vermiyecek surette âzami suratle yapılmalıdır. Hâdise yerinin uzaklığı yüzünden veya her hangi bir sebeple C. M. U. ce hemen işe el koymak imkânı mevcut olmıyan hallerde gerekli tahkikatın yine trenin bekletilmesine mahal verilmemek üzere aynı trende bulunan zabıta memuru ve bulunmadığı takdirde tren şefi tarafından yapılarak evrakın selâhiyetli C. M. U. sine gönderilmesi, yukarda

[1] Ceza işleri U. M. 31-8-944 tarih Ve 100/25 sayılı
[2] Ceza İşleri U.M. lüğü: 12-9-944 tarih ve 1/103 sayılı.
[3] Ceza İşleri U,M. lüğü: Eylûl 1944 tarih ve 101/26 sayılı.

izah olunan sebeplere binaen bu gün bir zaruret halini almış bulunmaktadır. Maahaza bu usul, fevkalâde zamanın devamı müttetine maksur olmakla beraber bilfarz iki trenin çarpışması gibi büyük ve mühim hâdiselere müteallık tahkikatı C. M. U. nin bizzat yapması muktazidir.

Ölüm veya yaralama ile neticelenen demir yolları kazalarında tutulacak zabıt varakasının Devlet demiryolları idaresile müştereken hazırlanan örneği raptedilmiştir.

§ — *İlk öğretim kanununun tatbiki hakkında tamim:* [1]

İlk öğretim dâvasına zarar veren ve 4274 sayılı köy okulları ve enstitüleri teşkilâtı hakkındaki kanunun ceza müeyyidesi altına aldığı fiillerin işlendiğine ıttla kesbedilir edilmez C. M. U. lerince derhal işe el konarak dâvanın süratle mahkemeye intikalini temin bakımından her türlü vasıta ve imkânlardan istifade edilecek ve işin tahkikat safhasında her hangi bir gecikmeğe uğramasına katiyen meydan verilmiyecektir.

Mahkemelerce dahi, bu dâvalar diğer dâvalara tercih edilerek görülecek ve 4247 sayılı kanunun 25/4/1944 tarihli tamimde izah olunan ruh ve mânasına uygun bir şekilde tatbikına itina olunacaktır.

Bu dâvalara müteallik katileşen hükümlerin hiç bir teehhüre mahal bırakmadan derhal infazı icap eder.

Ağır ceza nezdindeki C.M.U. leri kazaları dairesindeki M. U. lere de şâmil olmak üzere her ay nihayetinde yukarda adı geçen kanunu alâkadar eden dâvaları zabıt varakası ve mahkemeye tevdi edildikleri tarihlerle işin intaç edilip edilmediğini, edilmemişse sebebinin ne olduğunu vekâlete bildireceklerdir. Ağır C. M U. de gecikmeleri vekâlete bildireceklerdir. Bu husularda en ufak bile olsa kayıtsızlıkları görülenler hakkında şiddetle kanunî ve inzibatî muameleler yapılacaktır.

[1] Ceza İşleri U.M. lüğü: 12-9-1944 tarih ve 102/27 sayılı.

Bibliyografya

NURETTİN GÜRSEL= *Noterlik Mevzuatı ve Tatbikatı*, Ankara 1944 sh.186, Fi. 200 kuruş.

Ankara sulh hâkimlerinden ve Adliye Vekâleti noterlik işleri kısmını tedvire memur B. Nurettin Gürsel uzun yıllardan beri üzerinde emek sarfettiği noterlik işleri hakkında edindiği ihtisastan meslekdaşlarını da faydalandırmak istemiş, ve bu maksatla faydalı bir eser kaleme almış bulunuyor.

Müellif önsözünde maksadını şöyle izah ediyor: «Muhtelif mevzuatta olan noter işlerini bir araya toplamak ve daima göz önünde bulundurmak mesleğe yeni intisap eden noterler için güçtür... İşte bu müşkilâtı önlemek ve noter muamelelerinde birlik temin etmek maksadile noterleri ilgilendiren mevzuatın başlıcaları incelenerek noter işlerinin hukuki mahiyet ve neticeleri hakkında kısaca malûmat verilmiş, tanzim ve tasdik şekillerini gösterir birer formül de eklenmiş, senet ve mukavelelerden alınması icap eden harç, noter resmi, yazı ve kâğıt ücretleri miktarları da formüllerin altına ilâve edilmiştişr

Kitapta İstanbul noterlerinin hazırladıkları nizamname projesi ile Temyiz mahkemesi reis ve âzalarından müteşekkil komisyonun kaleme aldıkları nizamname taslağı ile bu mevzu ile ilgili bir çok eser ve makaleden istifade edilmiş, bu suretle eserin her cihetten tam ve ihtiyaca uygun bir şekil almasına gayret edilmiştir.

Noter işleri konusu hakkında ilk defa yazılan bu faydalı ve değerli eserin; bütün noterlerin, kanunen noterlik işlerini teftişle mükellef C. M. U. lerinin, umumiyetle bütün hukukçuların işlerini kolaylaştıra- cağı şüphesizdir.

F. A.

MUAMMER AKSOY — *Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar* Ankara Başvekâlet Devlet matbaası. 1943. 211 sh.250 Kuruş.

Son haftalar zarfında hukuk kütüphanemiz her bakımdan üzerinde önemle durulmağa lâyık değerli bir kitap kazanmış bulunuyor: *Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar*. İstanbul hukuk fakültesi eski asistanlarından Muammer Aksoy tarafından hazırlanan eser, Türk Hukuk Kurumu telif ve tercüme eserler külliyatı arasında yayınlanan 14 üncü kitaptır [1].

[1] On yıldan fazla bir zamandan beri tertip ettiği muntazam ilmî konferanslar, ihdas ettiği serbest kürsüler, muayyen hukuki mevzular üzerinden açtığı müsabakalar, telif ve tercüme olarak yayınladığı bir çok değerli hukuki eserlerile Türk hukuk aleminin muharrik kuvvetlerinden biri olduğunu ispat eden ve verimli çalışmaları

Ne kadar uzun bir emek mahsulü olduğu, ne kadar ince bir itina ile hazırlandığı her sayfasında dıkkati çeken bu eserin başlıca hususiyetleri şu noktalarda toplanabilir:

Her şeyden önce bu eser, — Ünüversite kitaplarının mahdut ve zaruri olarak eksik bilgileri bir tarafa bırakılırsa — memleketimizde hemen hemen hiç işlenmemiş olan *çok önemli bir konuya dokunmakta* ve bu konuyu uzun uzun incelemektedir. Gerçekten Çocuk meselesi; ailevi, iktisadi, ahlâki, velhasıl içtimai bakımdan en mühim davalarımızın başında yer almaktadır. Fakat memleketimizde yapılan muazzam hukuki inkılâbı ve hayatla kanun arasında bu inkılâbın zaruri neticesi olan bazı uymamazlıklar, bu meseleyi birdenbire günün meslesi haline getirmiştir. Bu gün Türkiyede geniş mânada da bir *çocuk hukuku meselesi* mevcut olduğu gibi, dar mânada yani hususi hukuk ve nesep hukuku bakımından da bir evlilik dışı çocuklar dâvası bulunduğu kuvvetle iddia edilmektedir. Müellif, takdire lâyık sıcak bir ilgi ile bu dâva üzerine eğilmiş, soğuk kanlı ilmî metodun ışığı altında bu dâvanın; hiç olmazsa bir kısmını aydınlatmış ve bu sahada bundan böyle kendisinden müstağni kalınamayıcak bir eser ortaya koymuştur.

Fakat elimizdeki kitabın asıl hususiyeti *mukayeseli hukuk bakımından arzettiği büyük zenginliktir.* Müellif, içtimai ilimlerde bir nevi tecrip vazifesini gören *mukayeseli hukuk metodunu* en son derecesine kadar kullanmıştır. Diyebiliriz ki, incelenen kanunun her noktası bakımından, yer yüzünün hemen hemen bütün kanunları gözden geçirilmiş ve bu kanunlarca kabul edilen hal suretleri gösterilmiştir. Bu metot sayesinde, muayyen bir hukuki müessesenin muayyen bir kukuki gayeyi gerçekleştirmek hususunda ne dereceye kadar muvaffak olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Eser, mukayeseli hukuk yönünden arzettiği bu genişlik bakımından, ilerde yapılabilecek teşri hareketler için çok faydalı bir malzeme işini görebilir.

Bununla beraber, bu kitap, sadece müsbet hukuk alanında ve nazariyatta rastlanan hal suretlerinin sadık, fakat pasif bir naklinden ibaret değildir. Bilakis, müellif *incelediği kanunun her noktası üzerinde, dikkate lâyık bir tahlil ve cedel kudreti göstermekte,* ileri sürülen bütün

---

bu sütunlarda daima şükranla belirtilmiş bulunan Türk Hukuk Kurumunun himmetile daha evvel bastırılandiğer eserler şunlardır: *Fleiner* ilim halinde siyaset—*Mikine Guetziév itch* (Çev. :*A. Rıza Türel*): Hukuku esasiyede yeni temayüller — *Dareste* (Çev. : Prof. Menemencioğlu)· Dünya Devletleri esas teşkilât kanunları — *Dr. Ş. Devrin*: İngilterenin haricî siyaseti — Türkiye (Kollektif eser) — Jez (Çev. : *A. Tiritoğlu*): Finans ilmi — *Le Fur* (Çev.: *Prof. N. Erim*) Tabiî hukuk nazariyesi — *Dr. F. H. Saymen:* Mânevî zarar ve tazmin suret i- *Dr. F. Erem*· Ceza hukuku önünde suçlu çocuklar — *Prof. T. Adam*: İki dünya harbi arasında Fransada idare hukukunun tekâmülü — *M. A. Sebük:* Kıminolöji — *S. Meray*; ceza hukukunda af — *Dr. R. Sarıca:* Türkiyede icra uzvunun tanzim salâhiyeti.

fikirleri sıkı ve *şahsi bir tenkit süzgecinden geçirmekte* ve münakaşalı her meselede vaziyet almaktadır. Bu arada, hukukçularımız tarafından müdafaa edilen bazı yanlış görüş tarzlarının da münakaşa ve reddedildiğini görmekteyiz.

Yapılan tahlillerde *en ince teferruata kadar inildiği*, en küçük ihtimallerin bile nazarı dikkate alındığını, bu itibarla kitabın tam mânasıle ilmî *bir monografi teşkil* ettiğini de belirtmek lâzımdır. incelenen konu ile ilgili yerli yabancı ve İsviçre eserleri- eşine az rastladığımız bir emekle- incelenmiş bulunmaktadır.

Diğer taraftan, eserde hukuk hayatının canlı sesi olan *mahkeme içtihatlarından, imkân nisbetinde faydalanılmış;* varılan nazari neticeler amelî hukuk hayatının verimleri karşısında kıymetlendirilmek istenmiştir. Gerçekten, hukuk tatbik edilmek içindir. Ve tatbik edildiği nisbette ve tatbik edildiği şekle göre bir değer taşır. Bu hahikati iyice sezen müellif, mahkeme içtihatlarına arkasını dönen bir eserin hakikaten ilmî bir eser olmadığını iyi anladığını ispat etmekdedir.

Nihayet, esere hâkim olan *objektif tenkit ruhuna* da işaret etmek lâzımdır. Memlekette hakiki bilğinin ilerlemesi için bu tenkit şekline son derece ihtiyaç vardır. Aksi takdirde memleket ilminde «yanlış» da, «doğru» nun yanında ve «doğru» nun zararına olarak, cesaretle sürüp gidecektir.

Burada kitabın gerçek değerine halel vermiyen bazı *noktalara* işaret etmeği, bu güzel esere ve müellifine karşı bir borç sayıyoruz:

Her şeyden önce işaret edelimki,zina mahsulü çocukların durumu münasebeti le temas ettiği 26-1-933 tarih ve 2330 sayılı *af kanunu* hakkında müellif tamamile yanlış bir kanaate saplanmıştır. Filhakika müellif(s. 119–121) aynen şöyle diyor:«zina mahsulü çocukların durumu hakkında ıslah edici hükümler koyduğu zannedilen (genel olarak hukukçularımızın pek çoğunda bu kanaat mevcuttur) Af kanununun mevzuumuzu ilgilendiren hükümlerini bu münasebetle incelemeği faydalı buluyoruz:.. Hulasa; Af kanunu zina mahsulü çocuklar hakkında medeni kanundaki hükümden farklı bir kaide koymuş değildir. Münhasıran metres hayatının – ki çoğu imam nikahile kurulmaktadır— evlenmeğe çevrilmsi gayesini güden ve babaya nisbet yollarından, ancak sonradan yapılan evlenme vasıtasile nesebin düzeltilmesi imkânı ile meşgul olan bir hükümden, zina mahsulü çocukların babaya nisbet edilmeleri hakkında yenilikler beklemek esasen yersiz olurdu». Fakat bu mu-

talâa tamamen hatalıdır, zira kanunun sarih metnine aykırıdır. Filhakika, adı geçen af kanunu 16. maddesinin B. bendinin 3. cümlesi gayet açık olarak,evli erkeğin, karısından başka bir kadınla karı koca gibi yaşamasından doğan (yani zina mahsulü olan) çocuğun *sahih nesepli olarak tescil edileceğini* beyan etmektedir.Böylece bu kanun;zina mahsulü çocuğa sahih nesep vermek şöyle dursun, bu kabil çocukların tanınamıyacağını söylemek suretile onlara sahih olmıyan nesebi dahi bahşetmeyen medeni kanun hükümlerine tamamile aykırı ve bu kabil çocukların durumunu toptan ıslâh eden hükümler koymuştur (bizimle aynı fikirde olmak üzere *Schwarz*: Aile hukuku 1. 1642 sh. 107;*Amil ARTUS*: La reconnaissance des enfants illégitimes en droits suisse et turc thèse de Lausanne 1640,s. 130 ile karşılaştırınız). Unutmamak lazımdır ki Af kanununun gayelerinden birisi de, resmen evli olan bir erkeğin imam nikâhı ile aldığı kadına hukukan eş sıfatı vermemekle beraber bu kabil birleşmelerden doğan çocukların nesebini düzeltmekti.

Zengin bir bibliyografyaya dayanan eserde; incelenen konuyu yakından ilgilendiren bazı türkçe makalelerle İsviçrede müdafaa edilen bazı doktora tezlerinin gösterilmemesi de, kanaatımızca, kolayca bertaraf edilmesi mümkün bir noksan teşkil etmektedir (bu hususta misal olmak üzere Â. Artusun tezini zikredebiliriz). Bundan başka, eserde Adliye vekâletinin 1941 yılında evlilik dışı çocuklar hakkında yaptığı büyük anket üzerine aynı vekâlet hukuk işleri U.M.ğü tarafından hazırlanan rapur,bu rapor hakkında ilgili profesörler tarafından ileri sürülen mütaalâalardan (ki bunların hepsi 1942 tarihli Adliye ceridesinde mevcuttur) hiç bahsedilmemiştir. Memlekette çocuk hukuku üzerinde mühim bir hareket teşkil eden bu malzemeden 1944 yılının son aylarında yayınlanan bir eserde bahsedilmesi imkânı bulunsaydı çok yerinde bir hareket olurdu.

Bu gerçekten değerli eserin incelediği mevzulara gelince: bunları ayrıca tahlil etmek bu sutunların gayesi dışında kalırdı. Bu itibarla, işlenen meselelere sadece işaret etmekle iktifa edeceğiz: Eser iki kitaptan müteşekkildir. *Birinci kitapda*: evlilik dışı çocukların nevileri (iyi durumlu. kötü durumlu çocuklar); *ikinci kitapta*: kötü durumlu evlilik dışı çocuklar meselesi incelenmiştir.ikinci kitabın *birinci bölümünde*,zina ve hücur mahsulü çocukların vucut sebepleri, *ikinci bölümde*, zina ve fücur muhsulü çocukların ana ile hukuki münasebeti, üçüncü bölümde zina ve fücur mahsulü çocukların babaya karşı münaşebetleri (tanımada, babalık dâvasında, çok evlenmeler ve fücuru teşkil eden evlenmeler, nesebin düzeltilmesi, evlât edinme) bahisleri incelenmiştir.

Hukukumuzun hiç işlenmemiş bir alanı hakkında bu kadar ciddi;ilmî ve gerçekten değerli bir eser meydana koymuş olan genç müellifi hararetle tebrik ederiz. Fikret ARIK

Siyasi İlimler Mecmuası (yıl 14, sayı 160)

Zengin münderecatla intişar eden bu değerli mecmuanın temmuz sayısında şu makale ve tetkikleri buluyoruz: Rahmetli Dr. Refik Saydam'ı anarken. — *Mecmua* — *Muslih Fer:* Milletler arası iş teşkilâtı ve Filadelfiya konferansı — *Hazım Atıf Kuyucak:* Yersiz yurtsuz kalan milyonlar—*Namık Zeki Aral:* 1944—45 bütçesi hakkında düşünceler — *Süreyya Ergün:* idarecilerimiz ve şehirlerimiz, — *Hazım Atıf Kuyucak:* Zirai Donatım kurumu kanunu — *Burhan Belge:* Finlandiya'nın durumu ve diğer olaylar — *H. R. Ertuğ:* Alâka uyandıran bir kitap.

Siyasi İlimler Mecmuası (yıl 14, sayı 161)

Mecmuanın ağustos nüshasında şu yazılar var: *M. F. :* Sosyal sigortalar kanunu projesi münasebetile, — *N. Z. Aral:* 1944—45 büdçesi hakkında düşünceler. — *Dr. C. Ertuğ:* Çalışma ve memurluk hijiyeni — *Hazım Atıf Kuyucak:* iki mühim kanun. — *Burhan Belge:* 4 temmuz - 14 temmuz - 30 ağustos — *Fethi Yücel:* Radyoda bir konuşma — *H. R. Ertuğ:* Yahudi meselesi hakkında bir kitap.

İstanbul Barosu Mecmuası (yıl 18, sayı 7)

Bilhassa amelî hukuk meselesine yer veren bu değerli mecmuanın temmuz sayısı şu münderecatla intişar etmiş bulunuyor. *Avukat N. Bartu:* Eshamlı şirketlere ait bazı hükümler. — *Avukat Suphi Okay:* Devlet şûramızın yeni ve önemli bir tevhidi içtihat kararı münasebetile. — *Avukat M. Salih Soylu:* Mecburi vatan hizmetlerinin hukuk nazarında bir mücbir sebep telâkki olunup olunamıyacağı. — *Avukat Dr. R. G Okandan:* 1943 yılı mevzuatımız. — *Fuat Paçalıoğlu* : Bibliyoğrafya : Adliye hukukunun umumi esasları. — F. A.

515

İsviçre Federal mahkemesi kararları

MİRAS.TAKSİM. ZİRAÎ İŞLETME.—Taksim sırasında, bir oğul ve evvelce ölen bir kızın oğlu tarafından istenen ziraî işletme.—Kanunî rüçhan hakkına tevfikan işletmenin oğula tahsisi.

MK 2,620(597),621(598) fıkra 2 ve 3 [1]

1 - Bir mirasçı, ziraî bir malikâneyi şahsan idare ettiği takdirde, komşu bir malikâneyi de idare etse ve her ikisini müşterk bir işletme haline koymak niyetinde olsa bile, onu bizzat işletmiş sayılır (Mucip sebepler 2).

2—Oğullar, ziraî bir işletmenin tahsisi hususunda, ölünün erkek veya kadın diğer bütün füruuna karşı bir rüçhan hakkına malik tirler(Muc.seb.3).

Mahallî âdetler yahut hakkaniyet icapları kanunî tercih sırasını değiştiremez(Muc.seb.3).

3—Oğul,kendisine geniş bir varlık temin eden ziraî bir mülkü zaten işletmekte olmasına rağmen, malikânenin kendisine tahsisini istemekle hakkını suiitimal etmiş olmayormu? Malikâneyi müstecir olarak işlettiği takdirde hakkın suiistimali herhalde kabul edilemez (Muc.seb. 4).

Dâvacı: Bolinger —Dâvalı: Rychen —Rickli

11 İkinciteşrin/1943;RO 69 II 385(JdT 1944 I 356)

(. . .) de çiftçi Jakob Rychen—Wenger mirsçi olarak birinci evlilikten iki kız ve ikinci evlilikten üç oğul ve iki kız bırakarak 8 Temmuz 1937 de öldü. 80 Arpents[2],lık (takriben 288000 metrekare) Asphof malikânesini müstecir olarak işletiyordu. 1930 da Asphof'a 800 metre mesafede olan 12 Arpents'lık (takriben 43200 metrekare) küçük Violenhof malikânesini satın aldı ve kendisi oraya yerleşirken, oğlu 1898 doğumlu Jakob,Asphof'un müsteciri olarak ona halef oldu. Şimdiki dâvanın mevzuu işte bu Violenhof malikânesidir.

Babasının ölümünden sonra oğlu Jakop Rychen ziraî miras hukuku (Droit successoral paysan) gereğince Violenhof'un kendisine

[1]—İsviçre'de 3 fıkradan teşekkül eden 621 inci madde, tercüme sırasında 2 fıkra olarak alınmıştır.

[2]—Bir Arpent=arpan 3600 metre kareye tekabül eden eski bir arazi mesaha ölçüsüdür.

tahsisini istedi. Fakat birinci evlilikten doğan kızı Anna Bolinger—Rychen aynı talebte bulundu ise de dâva neticelenmeden öldü ve Argovie kantonu yüksek mahkemesi, mirasçılarının veya onlardan bazılarının dâvada onun yerini almalarını kabul etmedi.

Bugün, büyük oğlu 1918 doğumlu Oswald Bolinger amcası Jakob'u dâva etmektedir. Babasının ve kız kardaşlarının muvafaktını ileri sürerek Violenhof'un kendisine tahsisini istemekte ve dâvasını Jakop aleyhine olduğu gibi onun kız ve erkek kardaşları aleyhine de tevcih etmektedir. Bu sonuncular ise Violenhof'un Jakob'a verilmesini teklif etmektedirler.

Dâvalı, müstecir olarak Asphof'da kalmak niyetinde olduğu halde, dâvacının Violenhof'da ikamet etmek ve orada kendisine bir varlık temin eylemek niyetinde olması esas sebebile Reifelden Bidayet ve Argovie kantonu yüksek mahkemeleri dâvacının talebini kabul ettiler.

İşbu müracaatla dâvalılar Violenhof malikânesinin bütün ziraî aletlerle birlikte Jakob Rychen'e tahsis edilmesi hususundaki taleplerini tekrar ettiler.

Federal Mahkeme muracaatı kabul ile esas dâvayı ret ve dâvalıların mukabil iddialarını kabul eyledi.

Mucip sebepler

...2 – Yüksek mahkeme, dâvacıyı tercih etmek için, işletme hususunu *bizzat* üzerine almak istiyen mirasçıların bütün malların tercihan kendilerine tahsis olunmasını talep etmek hakkına malik olduklarını gösteren MK.nun 621(598) inci maddesinin 2 inci fıkrasına istinadetmektedir. Bu şartın; mirasçı tarafından bizzat yapılan bir işletme olara ktelâkki edilemiyecek bir işletme sistemi derpiş eden dâvalı lehine değil, fakat dâvacı lehine tahakkuk ettiği fikrindedir. Mal sahibi tarafından kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere, yani icara verilmeden yapılan her işletmenin kanun mefhumuna göre henüz şahsî bir işletme olmadığı doğrudur. İşte böylece, Tuor tarafından Mad. 621 (598) No.18 de zikredilen ihtimalde şahsî bir işletme görülemez; çünkü, orada «mirasçı kendisi bizzat çalışmadığı ve komşu bir şehirde iratlarının veya diğer bir meslekin hasılatile yaşadığı halde, malikâneyi bir idareci ve müstahdemler vasıtasile işletmektedir». Fakat Jakob Rychen bu vaziyette değildir. O, Asphof ile beraber Violenhof'un işletmesini de kendi şahsî idaresi altına almak niyetindedir, ve bunu da yapacak durumdadır. zira ehil ve tecrübeli bir çiftçidir. İki malikânenin birbirine yakın olması müşterek bir işletmeyi tamamile mümkün kılmaktadır.

İki malikânenin idaresini, yalnız bir ve aynı şahıs tarafından bilfiil icra edilecek şekilde işi teşkilâtlandırmanın neden mümkün olamıyacağı anlaşılamaz. Jakob Rychen'in Asphof'da oturmakta devam etmek niyetinde olmasının ve Violenhof'un üst katını babasile birlikte zaten ikamet etmiş olan 1896 doğumlu bakire kardeşi Marie'ye ve alt katını evinin hizmetçilerine kiraya vermesinin ehemmiyeti yoktur, o halde Jakob Rychen'in derpiş ettiği işletme şekli şahsî işletme mefhumuna cevap vermektedir. Nihayet Jakob Rychen'in iki malikâneyi müşterek bir işletme haline koymasının keza ehemmiyeti yoktur, zira şahsi işletme, sadece malikâneyi üzerine alanın bizzat işletmesini ifade eder, yoksa bu işletmenin zaruri olarak diğer birile hiç bir bağı olmıyan müstakil biraişletme olarak tasavvur edilmesini değil.

3 – Şu halde bu son bakımdan, iki istekliden her biri Violenhof'un tahsisi için zarurî olan şartları şahıslarında toplamaktadırlar. Ziraî bir işletmenin tahsisini istemek için 620 (597) inci maddenin birinci şart olarak icap ettirdiği şekilde her ikisinin de ehil olduğuna keza itiraz edilmemektedir. Eğer bu şartlar altında (yerleşmiş mahallî bir âdet mevcut olmadığı takdirde) mirasçıların şahsi vaziyetlerine göre (621 (598) fıkra 1) karar vermek lâzımgelseydi malikânenin dâvacıya tahsisi haklı olurdu. Dâvacı Violenhof'da oturmak ve orada kendisine iktisadî bir varlık yaratmak istediği halde, J.Rychenin vaziyeti Asphof'un müsteciri olarak temin edilmiş bulunmakta ve kendisi görünüşe göre, orada kalmayı arzu etmektedir (Bak. RO 56 II 253,- JdT 1931 I 599) fakat böyle bir karar 621 (598) inci maddenin 3 üncü fıkrası gereğince Jakob Rychen'e ait olan rüçhan hakkını ihlâl etmektedir.

Her şeyden evvel büyük babasının mirasçısı olarak dâvacının müdahale etmiye ve bu sıfatla ziraî miras hukukunu (droit successoral paysan) dermeyan etmiye hakkı olup olmadığı sorulabilir. Mirasın açılışı esnasında dâvacının anası henüz yaşamakta idi ve böylece Rychen—Wenger'in mirasçıları arasında çocukları değil kendisi bulunuyordu. Madam Bollinger—Rychen'in miras hissesinin, aralarında dâvacı da buluan bizzat kendi mirasçılarına intikal ettiği şüphesizdir. Fakat bu nokta; bu mirasçıların büyük babaları Rychen—Wenger'inde mirasçıları olduğu mânasını henüz tazammun etmez. Eğer böyle olduğu kabul edilseydi, karısının babasından evvel ölmüş olması halinde baba Rychen'e tevarüs edemiyecek olan Madam Bollinger'in kocasını da mirasçılar arasına sokmak lâzımgelecekti. Bundan başka, 621 (598) inci maddenin 3 üncü fıkrası gereğince Jakob Rychen —Rickli'nin kız kardeşi Madam Bollinger'e karşı münakaşa kabul et-

mez bir şekilde mevcut olan rüçhan hakkının Madamın ölümünden sonra mirasçılarına karşı da dermeyanı kabil olup olmadığı düşünülmek lâzımdır. Kanton mahkemesi bu suali halletmemiştir ve kanunun geniş bir tefsiri lehine sebepler bulunduğunu kabul etmek iktiza eder. 620 inci ve müteakkip maddeler ziraî bir işletmenin kendilerine tahsisini istiyen *mirasçıların irs* vaziyetini, ehliyetlerini ve diğer şahsî hallerini göz önüne almaktadır, yoksa onların murislerinin vaziyetini değil. Binaenaleyh, bundan, *taksim esnasında* mevcut olan vaziyetin nazarı itibara alınması lâzımgeldiğine hükmedilebilir. Öyle ise, dâvacı aynile anasının büyük babasından evvel ölmüş olmsı ve böylece (kız ve erkek kardeşlerile beraber) kendisinin doğrudan doğruya mirasçı olması halindeki şartlar altında Violenhof'ın kendisine tahsisini isteyebilir. Bununlaberber bu görüş tarzının doğru olup olmadığını tetkikten sarfınazar edilebilir, zira, bu halde dahi, dâvalı J Rychen'in hakkı dâvacının hakkından daha kuvvetli olacaktır.

MK.nunun 621 (598) inci maddesi 3.üncü fıkrasının,müteveffanın kızlarına nisbetle ancak oğullarına doğrudan doğruya bir rüçhan hakkı verdiği şüphesizdir. Bu hükmün daha uzak füru hakkındaki şümulünün ne olduğu meselesi münakaşalıdır. Tuor (madde 621 No. 19) yalnız bir kız torunun da, aynile bir kız gibi oğuldan sonra gelecegini kabul etmektedir.Oğulun rüçhan hakkı olsa olsa evvelce ölen bir kızın oğulları hakkında da belki tanınabilir.» (Hâdisede tahakkuk eden ihtimal tamamile budur). Buna mukabil, Boret (Das Bauerliche Erbrecht des ZGB. 3. édit. P. 88. et ss) ve Escher (Madde 621 No. 12 ve müteakip) 621 inci maddenin 3. cü fıkrasından kızların daha uzak diğer bütün mirasçıların haklarına müreccah olan bir hakkını istidlâl etmektedirler ki, bu hakka, (burada münakaşa edilmiyecek olan sağ kalan eşin vaziyetinden müstakil olarak) ancak oğulların rüçhan hakkı üstün olabilir.Bu görüş tarzı Federal mahkemenin bazı kararlarında muayyen bir dayanak bulabilir. (Ro 42 II 426; 44 II 237; 50 II 459, JdT 1925 I 135).Kızların böyle bir hakkı kabul edilirse, oğulların hakkının daha uzak mirasçıların haklarından daha önce geleceğini evleviyetle kabul etmek lâzımdır.

Yukarda zikredilen hüküm, işletmeyi deruhte edeck ehil oğulların mevcut olmaması halinde, kızların daha uzak mirasçılara nisbetle bir rüçhan hakkını tanımak zarureti olmaksızın malikâneyi istemeğe hakları olduğu mânasında tefsir edilmek istense bile, bu son hal şekli; kendisini esasen kabul ettirecektir. Bu şunu ifade eder ki, yalnız kızlar değil, fakat, müsavi hakla, daha uzak mirasçılar dahi, ama ancak oğullardan sonra, ziraî işletmenin kendilerine tah-

329

sisini istiyebilirler. Kanunun metni daha uzak erkek füruun oğullarla müsavi hakka sahip olduklarını kabule müsait değildir. Jakob—Rychen'nin vaziyetinde olduğu gibi, oğullar malikâneyi bizzat işletmiye ehil ve hazır bulunurlarsa, diğer bütün fürudan daha evvel gelirler.

621 inci maddenin 3 üncü fıkrasile tesbit edilen kanunî rüçhan sırasını değiştirmek için, Federal mahkemenin çok zaman evvel dediği gibi mahallî âdetler yahut bilhassa mirasçıların şahsî vaziyetlerinden doğan (621 fıkra 1) hakkaniyet sebepleri ileri sürülemez. (42 II 426).

4—Dâvacı kendi lehine başka hiç bir şey dermeyan edemez. Hakkın suiistimali def'i bir esasa dayanmamaktadır (madde: 2). Dâvalı Jakob Rychen itiraz kabul etmez bir şekilde Violenhof'ın tahsisinde menfaattardır. Dâvacı, bu menfaatin kendisinin menfaati ile kıyası kabil olamadığını ve zirai miras hukukunun; bilhassa, malikânenin iktisabile mütevazı bir mevki yaratabileceğini uman diğer bir tâlip-le rakip olduğu takdirde, iktisadî varlığını geniş bir surette temin etmiş olan bir çiftçiye yeni bir malikâne elde ettirmek için konmadığını iddia etmektedir. Bununla beraber bu itiraz karşısında vaziyet almağa lüzum yoktur, zira J. Rychen'ın işletmekte olduğu malikânenin ancak müsteciri olması hâdisesi bu itirazı cerhetmektedir. J. Rychen'in şahsî bir malikâne elde etmesinde her hangi bir menfaat değil, kendisi tarafından hakkın suiistimali imkânını bertaraf edecek olan mühim bir menfaati vardır. Böyle bir tahsisi isterken, her şeyden evvel henüz küçük olan çocuklarının varlığını temin edecek vasıtaları elde etmeği düşünmektedir ki, bu da, himayeye lâyık bir menfaat teşkil eder.

II. Hukuk dairesi

N. B.

BABALIK DÂVASI.—Doğuma tekaddüm eden 300 günden önce vaki cinsi münasebet.—Vaktinden sonra doğum.— Bununla beraber babalık karinesinin reddi.

MK. 8 (6), 252 (241) Fıkra 2, 315 (302)

Oj (Federal Teşkilât kanunu) 81.

Doğumdan 300 günden daha fazla bir zaman önce ana ile cinsî münasebette bulunan kimsenin babalığı doğum, vaktinden sonra vaki olsa bile, mefruz değildir. (İctihat değişmesi)

590

Dâvacı : Marie V. Ve çocuğu — Dâvalı: Jean

17 Şubat 1944, RO 70 II (JdT 1944 I 232)

Marie V. ve nesebi gayri sahih kızı 23 İkinci kânun 940 doğumlu Marlise, 6 Şubat 1941 de Jean D. aleyhine (Lucerne — Campagne) bidayet mahkemesinde nakdi tediyatı istihdaf eden bir babalık dâvası açtılar. Dâvalı, sukutu hak müddetinin geçtiğini ileri sürdü. Tâli olarak ve esasa ait iddiasında ana ile münasebetinin geç olmıyan doğumdan 300 gün daha önce vaki olması dolayısile ibrasını talep etti.Bundan maada nazik devre esnasında ananın iffetsizlikle meluf olduğunu ve başka erkeklerle münasebette bulunduğunu dermeyan eyledi. Lucerne muhakeme usulü kanununun babalık dâvaları için derpiş ettiği sulh hâkimi huzurundaki duruşma doğumdan itibaren bir senelik kanuni müddet içerisinde vaki olduğundan, bidayet mahkemesi sukutu hak defini kabul etmedi. Fakat bir taraftan 319 günlük bir gebeliğin «mümkün — Possible» olmakla beraber «gayri muhtemel = İnvraisemblable» olduğu fikrinde bulunan kanton heyeti sıhhiye raporuna, diğer taraftan nazik devre müddetince ananın muhtelif münasebetlerde bulunmasına binaen dâvacıyı reddetti. Asgari gebelik müddetinin hesabı, 27 Şubat ve 10 Mart 1939 arasında, doğumdan evvel tam 319 cu günde ana ile münasebette bulunduğunu kabul eden dâvalının ikrarına istinat etmektedir.

Kanton yüksek Mahkemesi 20 İkinci teşrin 1943 de dâvayı kısmen kabul etti. Bu hüküm, o arada ana tarafından eda edilen yemine istinaden münasebetin 27 Mart ve 2 Nisan 1939 arasında vuku bulduğunu tesbit etmektedir. Bununla beraber mahkeme, içtihada uyarak dâvalının babalık karinesini kabul etmektedir. Zira doğum esnasında çocuğun boyu hiç olmazsa dört santimetre normalin üstünde idi, böylece, reyleri ilmin hali hazır mutalarına uygun olan hekim vukuf ehline göre 312 günlük bir gebelik mümkün olmaktadır. MK.nun 314 (301) fıkra 2 ve 315 (302) inci maddelerine dayanan defiler ret edilmiştir.

Temyiz eden; Federal Mahkemeden Kanton hükmünün tadilini ve gebeliğin mümkün ve muhtemel âzami müddeti hakkında vukuf ehlince tetkikat yaptırılmasını yahut bu tetkikın icrası ve yeni delillerin ikamesi için dosyanın kanton mahkemesine iadesini istemektedir. Tâli olarakta Federal Mahkeme tarafından dâvanın reddini talep eylemektedir. Temyiz tâlebi kısmen kabul edilmiştir.

591

Mucip sebepler

Kanton Mahkemesi, Temyiz talebinde tekrar edilen sukutu hak def'i hakkında bir karar vermemiştir. Federal Mahkeme, kanton muhakeme Usulü hükümlerini kanton son derece mahkemesinin nasıl tefsir ettiğini bilmeden bu mesele hakkında hüküm veremiyeceği için, mahkemenin bunu yapması lâzımdır.

Esasa gelince; teşkilât kanununun 81. ci maddesine göre Federal Mahkeme 17 Mart ve 2 Nisan 1939 arasında dâvalının ana ile bir defa münasebette bulunduğu hakkındaki kanton mahkemesinin müşahedatile bağlıdır. Bununla beraber katî tarih tesbit edilmiş değildir ve bu münasebetten 314 (301) inci maddenin birinci fıkrasındaki karinenin doğup doğamıyacağını tâyin etmek bahis mevzuu olduğu için bu meçhuliyet dâvacı tarafların aleyhindedir. O halde, kanton mahkemesinin yaptığı gibi münasebet tarihini dâvalının en fazla lehinde olan 17 mart tarihine tesbit etmek muvafık olur.

17 Mart 1939, doğuma tekaddüm eden 312 inci gün olmasına reğmen, kanton mahkemesi karineyi kabul etmiştir, çünkü hekim vukuf ehlilleri çocuğun doğum anındaki inkişafına göre bu tarihte gebe kalmanın mümkün olduğunu beyan etmişlerdir. Bu noktada mahkeme, münasebet nazik devre dışında vaki olmuş olsa bile, dâvalının babalığı karinesini kabul eden Federal içtihada atıfta bulunmaktadır. Filhakika Federal Mahkeme S/A dâvasındaki 24 Mayıs 1917 tarihli kararında (RO 43 II 135, JdT 1917 I 540) nazik devre için kanun tarafından tâyin edilmiş olan sınırların lafzî manada alınmamasına hükmetmiştir. Bilakis fiilen gebe kalma devresi devamınca, yani, doğum anındaki inkişafına göre çocuğa gebe kalınabildiği devre müddetinde dahi, babalık karinesi vardır. Erken veya geç, bir doğum vaki olduğuna ve onun kanunî müddet dışında bir gebeliğe atfedilebilmesine nazaran Federal Mahkeme, hiç olmazsa, gebelik tarihi bu müddetten eksik veya fazla olarak ancak bir kaç gün ayrıldığı takdirde babalık karinesinin kabulüne hiç bir şey mâni olmaz demiştir. Federal Mahkeme, bu prensibi tatbik ederek, gebelik doğuma tekaddüm eden 302 inci güne çıkmasına rağmen zikredilen hâdisede karineyi kabul etmiştir. 31 Birinci teşrin 1929 tarihli G/M kararında da (RO 55 II 233 JdT 1930 I 386) bu tefsiri teyit etmiştir. Fakat geç bir doğum ispat edilmediği için nazarı itibara alınan kanunî müddetin başlangıcından iki hafta kadar önce vaki münasebetin; hâdisede, dâvalının babalığı karinesini kabule müsait olup olmadığını söylememiştir. 2 Nisan 1936 tarihli T/D kararında (RO 62

II 65) geç bir doğuma tekaddüm eden 301 inci günde vaki bir münasebet bahis mevzuu olduğundan karineyi kabul etmiştir; mahkeme, böyle hallerde dâvalının babalığı hakkında ciddi şüpheler uyandırmağa, doğumun geç oluşu müstesna, bilhassa hiç bir şey müsaade etmediği takdirde, kanuni müddetler dışında tesbit edilen münasebete çıkan gebeliğin muhtemel olmasa bile, mümkün olmasının kâfi bulunacağı reyinde bulunmuştur. Buna mukabil böyle şüpheler mevcut ise, babalığın ihtimal derecesini takdir etmek ve bu hususta hâdisenin diğer hususlarını olduğu gibi teehhürü de hesaba katmak mahkemeye düşer. Meselenin yeni bir tetkikından sonra, karinenin tatbikını doğumdan evvelki 180-300 günlük kanuni müddetin devamınca vaki olan münasebete hasretmek daha muvafık gözükmektedir. Bu müddetin dışında bir gebelik ilmî bakımdan şüphesiz mümkündür. Fakat hâdise kanunun hazırlanması sırasında malumdu. Bununla beraber kanun vazı gebeliğin 300 günden önceki münasebetten ziyade sonrakine, yahut 180 günden sonraki münasebetten ziyade öncekine çıkmasının daha muhtemel olduğunu göz önüne alarak başka delil olmaksızın en az bir ihtimale müsait olan bir münasebete istinatla dahi babalık dâvasının neticelendirilmesini ve dâvalıyı sadece MK. nun 314 (301) fıkra 2 ve 315. inci maddelerinin defilerine müracaat ettirmeği doğru bulmamıştır. (RO 55 II 234, JdT, 1930 I 386). Halı hazır tefsirin kanunî sistemle telifi kabil değildir. Yukarda görüldüğü gibi Federal Mahkeme geç doğum halinde sadece doğumdan evvelki 300 günden daha önce bir devrede vaki gebelik ihtimalinin, ancak babalık karinesini imha edecek mahiyette ana aleyhine hiç bir şey tesbit edilmediği takdirde kâfi olacağını beyan etmek suretile bu tefsiri tabdit etmiştir. Bununla beraber bu kayıt 314 (301) inci maddenin geniş tefsirinin hangi tehlikeleri doğurduğunu tamamile göstermektedir. Bundan maada bu sistem, MK. nun 252 (241) inci maddesinin 2 inci fıakrası, evliliğin zevalinden 300 gün sonra doğan çocuk hakkında sıhhat karinesini bertaraf ettiği için, nesebi sahih çocuğa nisbetle tabiî çocuğa karşı daha müsait olmak mahzurunu haizdir. Nesebi gayri sahih çocuk hakkında böyle bir himaye muamelesi kanun tarafından istenmiş olamaz. Şu halde, münasebetten 300 gün sonra vaki olan geç doğum halinde MK. nun 8 (6) inci maddesinin umumî kaidesi gereğince dâvacı taraflar, hâdiselerin mahiyetine göre isbat etmek mümkün olduğu takdirde, dâvalının babalığını ispata mecburdurlar. Bu

539

ispatın çok zaman sebep olduğu güçlük, MK. 314 üncü maddesinin lâfzı ve ruhu ile telifi kabil olmıyan diğer bir tefsiri haklı gösteremez. Bu ispatın tâbi olduğu şartları her meselede tâyin etmek maddî hâdise hâkimine aittir.

314 üncü maddenin 2.ci fıkrası gereğince karineyi ortadan kaldırabilecek hâdiselerin vucudu halinde hâkim, daha sıkı davranacaktır.

Böylece dosya sukutu hak def'i hakkında karar vermek ve icabında mucip sebeplere göre esas hakkında yeni bir hüküm vermek üzere kanton Mahkemesine iade edilmiştir.

II. Hukuk Dairesi. N.B.

TABİİ ÇOCUĞUN İKAMETGÂHI.
MK.25.(21), 311(298)

Tabiî çocuğun kanunî ikametgâhı, kendisine bir kayyım tâyin edilmediği müddetçe, anasının ikametgâhıdır, onun ikametgâhı da, kendisi küçükse ve müstakil bir iş yapmıyorsa, kendi ana babasının, icabında kendi tabiî anasının ikametgâhı ile birleşir.

Davacı: Marie M. — Dâvalı: — S.

2 Birinci Kânun 1943, RO 69 II 337 (JdT 1944 I 236).

Mucip sebeplerden hülâsa

Marie M.'in, oğlu Jean - Claude'ı daha dünyaya getirdigi zaman hizmetçi olarak muteaddit işlerde meşgul olmuş bulunması, onun anası Aline'in ikametgâhından ayrı hususi bir ikametgah iktisap etmesine kâfi gelmemiştir. Ancak, müstakil olarak bir meslek veya san'at sahibi olan küçük çocuk ana babasının ikametgâhından ayrı bir ikametgâh kuracak durumdadır. (RO 67 II 83).

Bir ev veya kahvehane hizmetçisi olarak çalışan bir genç kızın vaziyeti böyle değildir.

Torununun doğumu esnasında Madam Aline'in ikametgâhının çocuğun anasının kanunî ikametgâhı sayılabilmesini reddetmek için dâvalı, Madam Aline'nin tabiî kızı Marie üzerinde asla velâyet hakkını haiz olmadığından onun ikametgâhının dâvacının ikametgâhını tâyin hususunda ehemmiyetsiz olduğunu iddia eylemektedir. Federal Mahkeme bu şekil delil iradına iltihak edemez. Küçük çocuğun ikametgâhının ana babasının ikametgâhı ile birleştiğini derpiş eden MK. 25.inci maddenin sadece çocuğun velâyet altında olması faraziyesini istihdaf ettiği şüphesizdir. Ve aynı şekilde tabiî ananın çocuğu

üzerinde kendiliğinden velâyet hakkına sahip olmadığı doğrudur. Fakat bu; babalık dâvasından evvel veya sonra, vesayet makamı çocuk hakkında hiç bir tedbir almadığı takdirde çocuğun anasının ikametgâhında mukim telekki edilemiyeceğini söylemeğe cevaz vermez. Onun için, Federal Mahkeme, ananın doğum esnasındaki ikametgâhının çocuğun da ikametgâhı sayılması lazım geldigini evvelce kararlaştırmıştır. (RO 56 II 1) Federal Mahkeme; bu prensibi koyarken, şüphesiz, babalık dâvasının ikamesi düşünceesile kendisine bir kayyim tayin edilen veya edilecek olan bir çocuğun halini göz önüne alıyordu. Ve bundan, böylece, tâyin edilen ikametgâhı, dâva sonuna kadar, yani vesayet makamının çocuğa bir vasi tâyin etmek veya velayeti anaya bırakmak lâzım geldiğine karar vereceği zamana kadar devam edeceği neticesini çıkarmıştır. Fakat, bu hal şekli çocuğa bir kayyim tâyin edildiği takdirde (ananın ikametgâhı vesayet makamı tarafından çoğu zaman tâyin edilmiş olur) anlaşılabildiği nisbette, vesayet makamının asla müdahale etmediği zamanlarda sun'i gözükecek ir. Filhakika böyle hallerde, bu mahalde, çocukla hiç bir makam bilamel meşgul olmadığı ve anası o zamandanberi ikametgâhını başka tarafa naklettiği halde, doğum esnasında ananın orada ikametgâhı bulunduğu bahanesile çocuğu ilânihaye muayyen bir mahalle bağlamakta hiçbir sebep yoktur. Velayet hakkı, usulüne uygun olarak kendisine bi fiil tevdi edilmişçesine ana çocuğuna karşı borçlarını daima yerine getirdiği takdirde, çocuğun ikametgâhının anasının ikametgâhını takıp edeceğini kabul etmek makul tek hal şeklidir.

II. Hukuk Dairesi.

HUKUKİ MUAMELELERİN TEFSİRİ. — Maddi hâdise ve hukukî takdirin sınırlarının Tâyin

OJ (Federal teşkilât kanunu) 81 [1]

[1] — Federal teşkilât kanununun 81. maddesine göre, Federal Makkeme, maddî hadiseleri, kanton mahkemesi tarafından tesbit edilmiş olan şekilde sabit addetmeye mecbur olduğu halde, tesbit edilmiş olan bu hadiselerin hukukî neticelerini serbesce takdir eder; yani, Federal mahkkeme maddî meselelerin tesbiti bakımından kanton mahkemeleri üzerinde bir kontrol hakkına malik değilse de, bu meselelerin hukukî neticelerini takdir bakımından kanton hükümlerini tekrar gözden geçirebilir.

Hukuk usulü muhakemeleri kanunumuzun 428 inci maddesinin 5 No.lu bendinde: "meselei maddiyenin — hukukî — takdirinde hata edilmiş olması, bir bozma sebebi olarak gösterilmiştir. Şu hükme göre maddî meselelerin tesbiti hususunun sınf ilk derece yani hadise Mahkemelerine ait olması ve hüküm mahkemesi olan temyizin bu bakımdan bir kontrol kakkı bulunmaması lâzımgelir.

595

Bir irade beyanının mâna ve şümulünün umumî tecrübeye göre tâyini bir hukukî takdir meselesidir. Buna mukabil tarafların kullanılan tâbirlere hususî halde başka bir mâna atfetmelerinin tesbiti maddî hâdise sahasına girer.

Dâvacı: Société anonyme d'électrochimie et d'électrométallurgique – Dâvacı: Soueıstoff — und wasserstoffwerke A. G.

5/ Birinciteşrin /1943; RO 69 II 319 (Jdr 1944 I 122)

1924 de Courtepin'de tesis edilen Société anonyme d' électrochimie et d' électrométallurgie (Sadem) bilhassa sunî taş imaline meşgul olmaktadır. İhtiyacı olan yüksek harareti elde etmek için, suyun elektirikle tahlili suretiyle bizzat çıkardığı idrojeni kullanmaktadır. Fakat aynı zamanda, tamamile sarfetmediği, oksijen de istihsal etmektedir. Müessese sunî taşların istihsal masraflarını azaltmak maksadile bu İdrojeni satmıya çalıştı. 1927 Ağustosında oksijenini satmak hakkını yedi sene müddetle Fribourg'da Oxygene S. A. (Oksijen A. Ş) ya verdi. Oksijen A Ş nin meydana çıkışı İsviçre oksjien piyasasında bu malın fiyatında muayyen bir düşüş husule getirdi. Bir sendika halinde birleşmiş olan esaslı altı oksijen yapıcısı Oksijen A. Ş nin rekabetini bertaraf etmeğe uğraştılar ve bu maksatla onunla münasebete giriştiler. Konuşmalar, birisi Oksijen A Ş. ile, diğeri Sadem ile yapılan iki mukavelenin akdile neticelendi. Bu mukavelelerden birincisi ile Oksijen A. Ş tek bir tazminat tediyesi mukabilinde, bundan böyle, Oksijen ticaretiyle meşgul olmaktan vaz geçiyordu .Sademe gelince, o 23 Nisan 1929 tarihli mukavele ile, sınaî faaliyetinin mahsulü olan oksijeni ticaret sahasına savketmekten 1 Temmuz 1941 tarihine kadar sakınmayı taahhüt etti. Buna karşılık, oksijen yapıcıları senkdikası âzaları 1 Temmuz 1929 dan itiberen 1 Temmuz 1940 tarihine kadar ona senede 15000 franklık bir tazminat ödemeyi taahhüt ettiler. Bu mukavelenin 3 üncü maddesine göre «eğer Sadem mukavele müddeti esnasında her hangi bir sebeple İsviçre'de oksijen istihsalini terk ederse» sendika bu tazminatı ödemekten kurtulacaktı.

«Oksijen sendikası» senelik 15000 franklık tazminatı bir Temmuz, 1936 ya kadar ödedi. Bu tarihte ödemeye devamı reddetti ve Sadem' in uzun zamandan beri oksijen itihsalini terkkettiğini ileri sürerek ödediklerinin bir kısmının geri verilmesini istedi; demekki kararlaş

Hangi meselelerin maddî hadise sahasına girdiği ve hangilerinin hukukî takdir çerçevesi içerisinde kaldığını tayin etmek oldukça zordur. Federal Mahkemenin dilimize çevirdiğimiz bu kararı, hususi bir hal olan mukavelelerin tefsiri meselesinin ne zaman maddî hadise ve ne zaman hukukî takdir sahasına girdiğini tetkik etmektedir.

tırılan tazminatı, bu istihsalin nihayet bulduğu günden itibaren, ödemek borcundan kurtulmuş olduğunu iddia etmektedir.

Filhakika Sadem suni taş ve binnetice oksijen istihsalini 1 Nisan 1931 de tatil etti ve işe ancak 15 Haziran 1938 de tekrar başlandı. Bu yedi seneden fazla tevekkufa suni taş piyasasının elverişsiz şartları sebebiyet verdi.

Sadem 15000 frank senelik tazminatın 1 Temmuz 1937 den 1 Temmuz 1940 tarihine kadar tutarı olan 60000 frank paranın tediyesi hususunda oksijen sendikası âzalarını 13 Temmuz 1942 de dâva etti. Dâvalılar talebin reddini ve mütekabilen, 30 Haziran 1930 ve Temmuz 1936 arasında ödenen tazminat yekûnunu gösteren 93750 frank paranın iadesini istediler.

Tashih zımnında aleyhine şimdiki temyiz talebi yapılmış olan 29 İkincikânun 1943 tarihli kararla Zürih Kantonu Ticaret Mahkemesi dâvayı kabul etti. (Hulasa)

Mucip sebeplerden hulâsa

. . . 3 Dâvanın merkezini; dâvacının, 1931 Nisanından 1938 Haziranına kadar suni taş ve onunla beraber oksijen istihsalini tatil etmiş olmakla, 15000 frank senelik tazminata olan hakkını katî olarak veya hiç olmazsa muvakkat bir surette haybetmiş olup olmadığını bilmek meselesi teşkil etmektedir. Kanton Mahkemesi bu meseleyi menfi şekilde halletmiştir; mukavelenin 3 üncü maddesini tefsir ederek işletmenin, uzun müddetle olsa bile, geçici bir tatilinin tazminat hakkını ziyaa uğratmıyacağı fikrinde bulunmuştur. Ancak istihsal katî olarak terk edildiği, meselâ, dâvacı faaliyet sahasını değiştirdiği takdirdedir ki bu hak ziyaa uğrayabilir. Dâvacının yaptığı bu değildir; tesisatını olduğu gibi bırakmıştır ve herhangi bir zamanda oksijen istihsaline tekrar başlıyabilirdi. Şu halde dâvacı dâvalıların bilkuvve rakibi kalmıştır.

Tarafların mukavelelerinin mâna ve şümulü hakkında Kanton Mahkemesi bazı hususları tesbit etmiştir; bu tesbit tarafların mukavele metnine kaydettikleri şekilde birbirine uygun irade beyanlarının tefsirinin neticesidir. O halde bahis mevzuu olan nokta bunların teşkilât kanununun 81 inci maddesine göre federal mahkemeyi bağlıyan maddî hâdiselerin tesbiti mi, yoksa federal mahkemeye kontrol hakkını ifa etmek salâhiyetini bırakan hâdiselerin hukukî takdirimi olduğunu bilmektir.

Mukavelelerin tefsiri bâhsinde hadise ve hukuk sahalarının sınırlarının tâyini İsviçre'de olduğu kadar Almanya'da da doktrin ve

içtihatta her zaman şiddetli münakaşa mevzuu olmuştur. (Bak. Alman hukuku için: Mangk, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, dans la »Reichsgerichtpraxis im deucthen Rechtsleben« Cilt. 6, S 94 ve müteakip; İsviçre hukuku için: weiss, Berufung, S. 210 - 222) [1].

Bizzat federal mahkeme bu hususta birçok defalar veziyetini değişmistir. Başlangıçta mukavelelerin tefsirini; hâkim, tefsir hakkındaki hukukî kaideleri dosdoğru tatbik ederek tefsirde bulunmak şartile, bir hâdise meselesi olarak telâkki ediyordu; filvaki, hakikatta tarafların iradesini, yani hâdisenin teşkil edici unsurlarını bilmek bahis mevzuu olduğunu düşünüyordu. Sonra bu görüş tarzını yavaş yavaş terk ile, mukavelelerin tefsirinin prensip itibariyle bir hâdise meselesi değil bir hukukî mesele olduğunu, zira bir tarafın derunî iradesini tesbit etmek değil, irade beyanlarının hukukî şümulünü tâyin etmek bahis mevzuu olduğunu söyleyerek taban tabana zıt bir anlayışa vardı. Bilhassa, hal icabından yahut tarafların usulüne uygun olarak tesbit edilen beyanlarından tebarüz eden şekilde iradenin hukukî mâna ve şümulünü araştırmayı istihdaf eden meseleyi halis bir hukukî takdir meselesi telâkki etti (Bak: weiss, Berufung s. 210, 222 de zikredilen federal mahkeme kararları, keza federal mahkeme tarafından 1906 senesi icraat raporunun 222 inci sahifesinde tafsil edilen mülâhazalar). Federal mahkeme nisbeten yakın bir zamana kadar umumiyetle bu görüş tarzına bağlı kaldı. Böylece RO 54 II 478 (JdT 1929 I 398) ve 61 II 40 (JdT 1935 I 557) deki kararlarda tarafların iradelerini araştırmanın federal mahkemece yeniden gözden geçirilebilecek bir hukukî mesele olduğunu tekrar beyan etti. Bununla beraber, meselâ, RO 45 II 437 (JdT 1920 I 46) deki kararda geriye doğru muayyen bir dönüş temayülü kendini göstermektedir. Bu kararda, delillerin takdirinin mahsulü olmak ve hukukî mânada bir tefsir teşkil etmemek şartile, tarafların birbirine uygun iradelerinin tesbiti derunî vasıfta ruhî bir hadisenin (İnnere Psychischer Vorgang—événement psychique d'ordre interne) müşahedesi mahiyetinde olduğu nisbette maddî vakıalar sahasına girer denmektedir.

Nihayet federal mahkeme son içtihadında bu temayülü daha kuvvetlendirerek, tarafların yalnız beyanlarını ve diğer katî irade açıklamalarını değil, fakat bu dış hâdiselerden ve hal icabından doğan şekilde tarafların iradelerini de (derunî vakıa—İnnere Tatbestand—Fait d'Ordre İnterne) maddi hâdiseler arasında hesaba katmak lâzım gel-

[1] Bu mevzu hakkında JdT 1948 de Guisan (S. 402), Knapp (579) ve Thilo (613) nın notlarına da bakınız.

diğini kabul etmiştir. (Ro 66 II 61, JdT 1940 I 426) Bu tekâmüle bakarak mukavelelerin tefsirini federal mahkemenin yeniden maddi bir hâdise olarak telâkki ettiği sanılabilir; filhakika bu son karar metnine göre, tarafların karşılıklı beyanlarından ve diğer irade açıklamalarından tebarüz eden şekilde, onların iradelerine müteallik olarak bir kanton mahkemesince tesbit edilen her müşahede, bu müşahedenin emmareleri takdir veya sadece mukavele metnini tefsir neticesi doğmuş olmasına bakılmaksızın, federal mahkemeyi bağlamak iktiza eder. Fakat federal mahkeme hakikatta bunu demek istemeniştir. Bilâkis, dün olduğu gibi, bugün de mahkeme bir hukukî muamelenin tefsirinin prensip itibarile bir hukukî mesele olduğunu düşünmektedir; bu husus RO 66 II 267 (JdT 1941 I 174) deki kararda belirmektedir. Orada tarafların tesbit edilen beyanlarını tefsir etmenin (meselâ onların birbirine uygunluğunun) — taraflara ait iradelerin emmarelere göre tesbiti hilâfına olarak — hukukî bir mesele olduğu söylenmektedir. Bununla beraber vaziyeti etraflıca bir daha izah etmek zaruri gözükmektedir:

Tarafların akdî münasebetlerini tanzim etmek için yaptıkları beyanların, onların muhtevasına tekabül eden hukukî neticeleri hasıl etmeğe matuf olduğu fikrinden hareket etmek lâzımdır. O halde tefsirin gayesi tarafların hukukî beyanlarını kaydettikleri metnin mahsulü olan hukukî neticeleri araştırmaktır. Bu beyanların muhteviyatı ve hukukî neticeleri kabili taksim olmıyan bir bütün teşkil ettiği için tefsir, muhtevanın ve neticelerinin aynı zamanda tesbitini ihtiva eder. Bu araştırma; mevcut hal ve vaziyet içerisinde ve umumi tecrübenin ışığında metne ve beyanın mânasına atfedilecek şümulü tâyin etmekten ibarettir. Bahis mevzuu olan sadece budur, yoksa bir tarafın açıklanmış iradesinin arkasında saklı bulunabilecek olan derunî iradeyi tâyin değildir, zira, İsviçre Hukukunda kabul edilmiş olan itimat nazariyesine göre (Vertrauenstheorie — Théorie de la Confiance) bir tarafın beyanları, diğer âkit tarafın onları hüsnüniyet kaidelerine göre anlıyabileceği şekilde, kendisini bağlar; beyanda bulunan kimse muayyen bir derunî iradeye sahip olduğu için değil, fakat muhatabının hüsnüniyetle muayyen bir iradeyi istidlâl edebileceği bir hareket tarzında bulunduğu için bağlıdır.

Fakat ummi tecrübeye göre, bir irade beyanının mâna ve muhtevsının tesbiti federal mahkemenin serbestçe gözden geçirebileceği tecrübe mahsulü kriterlerin yardımile olur (RO 69 II 204, JdT 1943 I 485, 613). Yapılmış olan beyanların şümulünü, ummi tecrubelere göre, araştırmaktan başka bir hususa teveccüh etmediği nisbette hukukî bir muamelenin tefsiri, federal mahkeme tarafından serbestçe

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA 579

kontrol edilebilecek bir hukuk meselesidir. O halde, RO 45 II 437 (JdT 1920 I 46) deki kararın biraz hulâsa olarak söylediği gibi hukukî mânada (Sade) bir tefsire ihtiyaç vardır.

Hâdise hâkiminin bu tefsir ile iktifa etmediği, fakat mukavelenin tanzimine refakat eden hal icaplarını tetkik ederek, birlik olan tarafların hususî halde mukavele metnine, umumî tecrübeden çıkan mânadan farklı bir mâna atfettikleri neticesine vardığı hali mahfuz tutmak lâzımdır. (Titze, Richermacht und Vertragsinhalt, S 12 ve müteakipte bunu umumî tecrübe üzerine müesses âdi tefsire mukabil münferit tefsir olarak tavsif eder). Böyle hallerde tarafların „derunî irade" lerinin araştırılmasından yahut, federal mahkemenin dediği gibi,(RO 66 II 61, JdT 1940 I 462), delillerin takdiri esnasında kanton mahkemesinin tesbit ettiği ve binnetice federal mahkemeyi bağlayan «derunî bir vakıa" dan bahsedilebilir. (Meselenin tamamı hakkında bak: Stein Jonas, Kom. Zür deutschen ZPO, 14 éd. V.2, P. 121; Danz, Die Auslegung des Rechtsgeschäfts, 3. éd. P. 196 ve müteakip; Rosenberg,Lehrbuch des d. Zivilprozessrechts 3. éd.P. 496).

Hâdisede kanton mahkmesi izah edilen şekilde, münhasıran mukavelelerin umumî tefsiri yolile kararını vermiş; işin müşahhas hususiyetlerine ve umumî tecrubeye göre mukaveleye verilebilecek olan mânayı araştırmakla iktifa etmiştir. Mahkeme, delillerin takdirine istinaden, tarafların, kullandıkları kelime ve tâbirlere umumî tecrübenin verdiği mânadan farklı bir mâna vermek istediklerini kabul etmemiştir. İtiraz olunan kararın şurasında burasında tarafların muayyen bir iradeleri olduğu şu veya bu gayeye erişmeyi düşündükleri gibi hususların zikredildiği şüphesizdir; fakat yukarda izah edilen mânada münferit bir tefsire hareket noktası teşkil edecek müşahedatın bahis mevzuu olmadığı aşikârdır. Bunlar daha ziyade, ticaret mahkemesinin hayat tecrubesine istinatla, usulüne göre tesbit edilmiş olan haricî hal ve vaziyetlerden istinbat edilen neticeleri beyan etmeğe mahsus ifadelerdir; diğer deyimle bihakkın saf umumî bir tefsir bahis mevzuudur. Kanton mahkemesi, hususî ve muayyen hal icaplarından mukavelenin şu veya bu hükümlerinin umumî tecrübenin icabettirdiğinden başka suretle tefsir edilmesi lâzım geldiğini istidlâl etmemiştir. Umumî tecrübeye ve hal icaplarının heyeti umumiyesine göre mukavelenin mânasını tesbit etmiş ve bundan tarafların uygun bir iradesinin, muayyen bir niyetin mevcudiyetini istihraç etmiştir.Bu şartlar altında,Federal mahkeme kanton mahkemesinin bu mukaveleyi tefsirini serbestçe tetkik edebilir....

1. Hukuk Dairesi.

Tercüme eden: **N. Bilge**

Temyiz Kararları

Nr. 10 **Ceza Kısmı**

UMUMİ HEYET KARARLARI

iştirak—vazifeyi suiistimal

Memurların memuriyetlerine taallûk eden suçlarına memur olmıyanlar da iştirak edebilir.

(CK 64, 240)

Tmyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti
Esas 3/20 — Karar 23

Millî Korunma kanunu ile verilmiş olan memuriyet vazifesini sui istimalden suçlu belediye iktisat işleri sayım memuru Kemalin bu suçuna bilerek iştirak eylediği iddiasile maznun fırıncı İhsanın bilmuhakeme; suçlu İhsanın, bu suçlunun fiiline iştiraki sabit olduğundan Ceza kanununun 240,64, $\frac{66}{2}$ ve millî korunma kanununun 64, 63 üncü maddelerine tevfikan ve neticeten beş ay hapsine ve beş ay memuriyetten mahrumiyetine ve hakkındaki hüküm katileştiğinde masrafı mahkûma ait olmak üzere hulasasının neşrine dair verilen hüküm suçlunun temyizine binaen temyiz üçüncü ceza dairesince tetkik olunarak; maznun fırıncı İhsanın resmî sıfatı haiz bulunmamasına ve memur olmıyan bir şahsın kendine taallûk eden bir işte memur olanın yapmış olduğu suiistimal suçunda iştirak bahis mevzuu olamıyacağına göre bu cihet teemmül edilmeksizin fırıncı İhsanın memur Kemalin vazifeyi suiistimal suçunda iştiraki olduğundan bahisle yazılı olduğu üzere mahkûmiyeti cihetine gidilmesi yolsuz olduğundan naşi bozulmasına ve başka sebepden mevkuf olmadığı takdirde tahliyesi için Baş Müddeiumumiliğe müzekkere yazılmasına karar verilip iade edilmekle yeniden yapılan duruşma neticesinde; evvelce fırıncı İhsanın hakkında verilen hükümde tafsil ve izah olunduğu üzere her ne kadar fırıncı İhsan, kendisi de fazla un almak maksadile kendi gibi fırıncı Ruşenin aynı zamanda getirdiği paftaları kendi paftalarına karıştırmak için fırın mührünü memur kemale verdiği ve Ruşenin paftasını getiren salim ile beraber kemalin huzurunda iken edilen şüpheüzerine kendisinin gülerek oradan savuştuğu ve her ikisinin aynı mahalde bulunduğu gösterilmiş bulunmasına ve memur

kemalin fırıncının malûmatı olmadan ve mührünü almadan karne paftasındaki mühürleri silip İhsanın mührünü basmasına ve bunda yalınız kendisine bir menfaat aramasına ve böylece fırıncı İhsanın malûmatı olmaksızın vazifesini suiistimal etmesinin mümkün görülememesine binaen maznunun suça iştiraki aşikâr ve fazla karne paftası gösterip fazla un alması menfaati iktizasından bulunmasına ve bu suretle memura vazifeyi suiistimalde iştirak eden suçlu İhsanın memurun paftalarını saymak üzere Kemale götürmüş olmasına ve böylece onun memur olduğunu bilmesine ve bu sebeple Ceza kanununun 66 ıncı maddesi hükmünce tâyini cezasına karar verilmesi muvafıkıusul ve kanun bulunmuş olduğu beyanile eski hükümde ısrara mütedair İstanbul Birinci Millî Kurunma Mahkemesinden bu kerre verilen 4/12/943 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki suçlu tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek bu baptaki evrak Baş Müddeiumumiliğin; kararda gösterilen mucip sebeplere göre yerinde görülemiyen itirazların reddile hükmün tasdiki talebini natık 1/2/944 tarihli tebliğnamesile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderacatına ve müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla varit olmıyan temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün tebliğname veçhile TASDİKINA ve 700 kuruş temyiz ilâmı harcının mahkûmdan alınmasına ve depo parasının irat kaydına 21/2/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Kanuna bağlı hafifletici sebep — Yaş

15 ile 18 arasındaki küçükler hakkında altıdan on iki seneye kadar muvakkat cezalar yerine üç seneden altı seneye kadar ceza verilir.

(CK 55: 3)

Adam öldürmekten suçlu 926 doğumlu Halil Cengizin yapılan duruşması sonunda T.C.K.nun 448,51/1,55/3 üncü maddelerine tevfikan altı sene ağır hapisine dair Antalya ağır ceza mahkemesinden verilip katileşen 25/5/942 tarihli hükmün T. C. K. nun 55/3 üncü maddesi mucibince altı seneden 12 seneye kadar olan zararla bedel üç seneden altı seneye kadar hükmolunmak lâzım gelirken 448 ve 51/1 inci maddelere göre tâyin olunan 12 eene ağır hapis cezasnın mezkûr

55/3 üncü madde ile yarısının tenzili suretile ceza tâyininde isabet görülemediğinden bahsile C.M.U.K.nun 343 üncü maddesine tevfikan temyizin bittetkik bozulması yazılı emre atfen Baş M.U. likten ihbar olunmasına mebni temyiz birinci ceza dairesince tetkik olunarak; suçlu hakkında 448 ve 51/1 maddelerine tevfikan hükmolunan 12 sene ağır hapis cezasından yaş sebebile tenzilen hükmolunan altı sene ağır hapis cezasının 55 inci maddenin 3 seneden 6 seneye kadar ceza indirilir yolundaki 3 üncü bendine istinaden hükmolunduğu sebebi teşdidin takdirden ileri geldiğinin yazılı olmasile müstedel bulunmasına ve sair hallerde cezanın yarısı indirilir yolundaki fıkra ile maktuan ceza verileceğine göre mahalli olmamasına nazaran yazılı emre atfen tebliğnamede yazılı itiraz varit görülemediğinden reddine mütedair verilen karar aleyhine Baş M. U. likten; Antalya ağır ceza mahkemesinin 25/5/942 tarili hükmüne âzadan şerif Kırkağaç, 55 inci maddenin 3 üncü bendi, tenzil edilecek ceza miktarını âmir olmayıp hükmedilecek ceza miktarını irae ettiğinden tâyin olunan 12 sene ağır hapse bedel 3 sene hükmedilmesi reyinde bulunarak muhalif kalmıştır. Bu muhalefetin mahiyeti ekseriyetle hükmü veren hâkimlerin 55 inci maddenin 3 üncü bendindeki 3 seneden 6 seneye kadar indirilir kaydını hükmolunacak ceza miktarı olarak değil tenzil edilecek ceza miktarı olarak anladıklarını ve bu anlayışa göre hüküm verdiklerini açıkça göstermektedir. Suçlu hakkında her hangi bir şiddet sebebi kabul ve irae edilmemiş olmasına ve hükümde sarahaten ve takdiren yarısı indirilerek denilmesine nazaran da mahkemece 55 inci maddenin 3 üncü bendinin cezanın 3 senesinden 6 senesine kadar indirileceği suretinde anlaşılarak tâyin olunan 12 sene ağır hapis cezasının suçlunun lehinde olmak üzere yarımasına tekabül eden 6 senesinin tenzil edildiği görülmüştür. Halbuki sureti ilişik yüksek birinci ceza dairesinin 6/1/937 tarih ve esas 1866 karar 23 sayılı kararile C.K. nun 55/3 maddesinde 6 seneden 12 seneye kadar hükmolunmak lâzım geleceği tekkrrür etmiş bulunmaktadır. Binaenaleyh mahkemece suçlu lehine olarak yaş sebebile cezadan âzami miktarının indirilmesi kabul edilmiş olmasına göre muayyen olan 12 sene ağır hapse bedel 3 sene ağır hapis cezası hükmolunması icap ederdi.55. inci maddenin 3 üncü bendinin(diğer hallerde yarısı indirilir.)Diye yazılı olan cümlesi 6 sene ile 12 sene arasındaki cezalardan gayri hükmolunan cezalarda yapılacak tenzilâta ait olup hâdisede ise hükmolunan 12 sene ağır hapis cezasından buna göre tenzilât icrasına kanunen imkân yoktur. Bu sebeplerle verilen kararda isabet görülemediğinden işin Y. Ceza heyetince tetkik olunarak daire kararının

543

ref'ile mahalli hükmünün yazılı emre matuf tebliğname veçhile bozulmasına karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu işe ait dâva evrakı 9/6/944 tarihli itirazname ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderecatına nazaran itirazname münderecatı varit görülmekle itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve mahalli hükmünün usulün 343 üncü maddesine tevfikan tatbikat noktasından bozulmasına ve suçlu hakkında mahalli mahkemesince C.K.nun 448 inci ve 51 inci maddesinin birinci fıkrasına tevfikan hükmedilmiş bulunan 12 sene ağır hapis cezası yerine suçlunun hini ika cürmünde 18 yaşını ikmal etmemiş olmasından dolayı mezkûr K.nun 55/3 üncü bendine tevfikan üç sene müddetle ağır hapse konulmasına ve 3800 kuruş duruşma harcının mahkûmdan alınmasına 12/6/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Millî Korunma Suçları

Belediyece bir çuval undan çıkan ekmeğin eksik gösterilmesi Millî Korunma kanunu ile verilen vazifenin suiistimalidir.

(MKK 64)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti
Esas 88 — Karar 91

Millî koruuma kanununa muhalif hareketten maznun Burdur belediye reisi Nuri Aratok ve belediye encümeni âzaları Ahmet Oral, ve Ali Güzey, Ethem Özenç ve Şükrü Oğuz haklarında meşhut suçlar kanununa göre yapılan duruşma sonunda: % 5 mevaddı ecnebiyeli (Ofisçe 94 randımanlı diye tâbir ve tavsif) olunan 100 kilo (% 25-şi arpa ve % 75 şi buğdaydan ibaret) mahlûttan 89 kilo 300 gram un istihsal edileceği ve bunun değerinin 45 liradan ibaret olduğu tâyin ve tesbit edilmişken ekmek maliyet fiyatının hesabında fabrikacılar lehine % 5 mevaddı ecnebiye karışıklı 225 kuruş diye yersiz haksız olarak bir meblâğ ilâve edilmiş olduğu ve keza 100 kilo aynı vasıftaki mahlûttan 89 kilo 300 gram un çıkacağı bittecrübe kabul ve tamim edilmişken fabrikacılar lehine 89 kilo un istihsal edileceği kabul edilerek her 100 kiloda 300 gram un fabrikacı lehine terk eyledikleri ve 99 sayılı tamim vilâyetin tel muhabereleri münderecatına nazaran 420 gram undan 600 gram ekmek istihsal edileceği

ve 71, 5 kiloluk undan 170, 2 ekmek çıkacağı halde 71, 5 kiloluk undan 167,5 ekmek çıkacağının kabulü suretiyle bilhesap 28 kuruş 10 paradan satılması iktiza eden 600 gramlık beher ekmeğin 30 kuruştan satılmasına belediye encümeni sıfatiyle karar vermek suretiyle kendilerine isnadolunan suçu işledikleri sabit olduğundan Millî korunma K. nun 64 ve T. Ceza K. nun 240 ıncı maddeleri gereğince altışar ay hapislerine ve o kadar müddetle memuriten mahrumiyetlerine ve 63 üncü madde hükmünce masrafı kendilerine ait olmak üzere hükmün neşrine dair Burdur asliye ceza hâkimliğinden verilen 22/1/944 günlü hüküm suçluların temyizi üzerine temyiz üçüncü ceza dairesince tetkik olunarak: Belediye encümenlerinin Belediye kanununun 15 inci maddesinin 43 üncü bendi hükmünce ekmek ve ete doğrudan doğruya ve bunlardan maada havayici zaruriye için idare heyetlerince tasdik edilmek şartiyle âzami satış fiyatı tesbitine salâhiyetleri bulunmasına ve mezkûr madde haricinde kalan eşya ve maddeler hakkında 29 sayılı koordinasyon heyeti kararı dairesinde ticaret vekâletince mezuniyet ve salâhiyet verilmedikçe bu encümenlerin âzami satış fiyatı tâyin etmelerine cevaz bulunmamasına ve maznunlara isnadolunan fiilin esası belediye encümeni sıfatiyle ekmeğe fazla narh koymaktan ibaret olması ve bu işin iaşeden devren alınmış bir vazife olmaması hasebiyle 371 sayılı koordinasyon heyeti kararının bu hâdise ile ilgili olmamasına ve millî korunma kanununun 64 üncü maddesinin bu kanun veya koordinasyon heyeti karariyle verilen vazifenin suiistimali halinde tatbik olunabileceğine göre bu cihetler teemmül olunmaksızın ve vazife ciheti düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz olduğundan tebliğnamedeki tasdik talebinin reddiyle sair cihetlerin tetkikına mahal olmaksızın hükmün mezkûr sebepten dolayı bozulmasına mütedair verilen karar aleyhine vaki tashihi karar talebinin reddine dair kararada Baş M. U. likten; Maznunlara isnadolunan fiil sadece ekmek fiyatlarının tesbitinde vazifelerini suiistimalden ibaret olmayıp kararda 100 kilo mahlûttan 89 kilo 300 gram un çıkacağı bittecrübe kabul ve tamim edilmiş iken fabrikacılar lehine 89 kilo un istihsal edileceğinin kabulü ile her 100 kiloda 300 gram unun fabrikacılara terk edilmek suretiyle de vazifenin suiistimal edildiği kabul edilmiş bulunmaktadır. 371 sayılı koordinasyon karariyle belediyelere devredilen vazifeler meyanında iaşe ve mürakabe işleride mevcut bulunmakla beraber 29 sayılı karar dairesinde ticaret vekilliğince fiyat tesbiti hakkında bir emir verilmedikçe belediyelerin ancak belediye kanunu hükümlerine göre bu yolda karar ittihaz edecekleri bir emri hakiki isede; 179 sayılı koordinasyon kararının 4 üncü maddesiyle bu

545

karar hükümlerinin tatbikında belediyelere de mürakabe vazifesi verilmiş ve 216 sayılı kararla 179 sayılı kararın birinci maddesi tadil edilerek diğer maddeler hükümleri ipka edilmiş olup tadil edilen birinci madde ile ekmeklik un tipinin; Ticaret vekâletince lüzum görülecek mıntakalarda tatbik edileceği kabul edilmiş ve 247 ve 385 sayılı kararlarla da tanzim satış yapılmıyan yerlerde de vâlilere bu kabil tetbirlerin alınması hususunda salâhiyet verildiği gibi kart usulünün tanziminde belediyelere vazife tahmil edilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla Burdur vilâyetinde tek tip ekmeklik un imalinin mecburiyeti hakkında ticaret vekâletince emir verilip verilmediği araştırılarak neticesine göre 179 sayılı kararın 4 üncü maddesiyle bu hususta belediyelere verilen mürakabe hakkının tipin değiştirilmesine müsaade etmek suretiyle suiistimal edilip edilmediğinin tâyini iktiza eylediği gibi 247 ve 385 sayılı kararlarla bazı tedbirlerin vilâyetçe alınmasına lüzum görülünce bu kararların müteakip maddelerine göre belediyelere vazife teveccüh edeceği ve netice itibariyle de bir çuval undan çıkacak ekmek miktarının tahavvülünü ve tebeddülünü mevzuat hilâfına kabul eylemek suretiyle de bu hususta millî korunma kanunu ve koordinasyon kararlariyle verilen vazifenin suiistimal edildiği tezahür eylediği halde fiilin sadece ekmek fiyatının tahavvülü noktasından mütalâası ile millî korunma K. nun şümulünden hariç ve binnetice tashihi karar talebinin reddinde isabeti mütalâa edilemediğinden üçüncü ceza dairei aliyesinin vazife cihetine matuf bozma sebebinin ref'ile bu sebeplerden hükmün bozulmasına karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 7/6/944 tarihli itirazname ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

İtirazname münderecatı varit almakla itiraz olunan vazife cihetine matuf bozma sebebinin kaldırılmasına ve mahalli hükmünün itiraznamede gösterilen sebeplerden dolayı Bozulmasına ve 500 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına ve depo edilen paraların geri verilmesine 19/6/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Ceza Kararnamesi — Temyiz Kabiliyeti

Ceza Kararnamesine karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar temyiz edilebilir.

(CMUK 303, 305, 390)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti
Esas 92—Karar 95

Şapka kanununa muhalefetten maznun Mustafa Altundağın bilmuhakeme mahkûmiyetine dair ceza kararnamesine karşı vukubulan itirazı üzerine yapılan duruşma neticesinde suçlunun giydiği şeyin şapka olmayıp yünden dokunmuş külâh olduğu şahadet ve ehli hibrenin beyanatile sabit olmasına binaen bu babtaki itirazının reddine mütedair Havza sulh ceza mahkemesinden verilen 15/2/944 tarihli hüküm; suçlunun temyizi üzerine temyiz ikinci ceza dairesince tetkik olunarak; Ceza muhakemeleri usulü kanununun 303 ve 388 nci maddeleri sarahatına nazaran ceza kararnameleri aleyhine yalnız itiraz yolu mevcut olup temyiz kabiliyeti bulunmadığından temyiz istidasının ve tebliğname talebinin reddine dair verilen 18/5/944 tarihli karar aleyhine Baş M. U. likten; İtiraz üzerine duruşma yapılarak hüküm tesis edilmiş bulunmasına ve bu gibi hükümlerin temyiz edilemiyeceğine dair faslı mahsusunda katî bir hüküm de bulunmamasına göre ceza kararnameleri aleyhine yalnız itiraz yolu mevcut olduğundan bahsile temyiz istidasının ve tebliğname talebinin reddinde isabet görülemediğinden daire kararının kaldırılması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 9/6/944 tarihli itirazname ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup işanlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

İtirazname münderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve esasın tetkiki için evrakın hususi daireye verilmek üzere Baş M. U. liğe geri verilmesine 26/6/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Hâkimin reddi

Mağdur mevkiinde bulunan C. Müddeiumumisi âmme namına dâva açabilir ve duruşmada hazır bulunabilir.

(CMUK 21)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti
Esas 177 — Karar 176

C. M. Umumisi Reşat Emeği vazife sırasında tahkir etmekten suçlu Dursunun 3005 sayılı kanuna göre bilmuhakeme; Ceza K.nun $\frac{266}{3}$ ıncı maddesine tevfikan üç ay hapis ve 100 lira ağır para cezasile mahkûmiyetine ve tevkifine ve suçlu filhal asker bulunduğundan

harç alınmasına mahal olmadığına dair hüküm suçlunun temyizi üzerine temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak hâdisede mağdur mevkiinde bulunan C.M. Umumisi Reşat Emeğin açtığı dâva üzerine huzurile duruşma icra ve hüküm itası yolsuz olduğundan diğer hususların tetkikine girişilmeksizin hükmün bu noktadan bozulmasına ve bozma sebebine göre suçlunun tahliyesine karar verilip iade edilmekle yeniden yapılan duruşma neticesinde; suç âmme namına takibi mecburi suçlardan olduğu gibi mağdur vaziyetinde bulunan C.M. Umumisi Reşat bu dâvayı yalnız âmme namına açmış olup şahsi hakları noktasından dâvaya hiç bir suretle dahil olmamış ve Müddeiumumilerin kendi aleyhlerine işlenilen ve âmme namına takibi zaruri olan suçların tahkikatını yapamıyacakları ve dâvasını açamıyacakları ve muhakemesinde bulunamıyacakları hakkında mevzuatımızda hiç bir hüküm mevcut bulunmamış, aksine olarak hâkimlerin bakamıyacakları dâvalar ve retlerini mucip sebepler zikredilirken Müddeiumumiler kasten istisna edilerek bu gibi hallerde dahi tahkikat yapmıya ve âmme namına dâvayı açıp dâvada bulunmıya mecbur bırakılmış olduğu beyanile eski hükümde ısrara mütedair Alucra asliye ceza mahkemesinden bu kerre verilen 27/3/944 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki suçlu tarafından müddetinde istida ve yokluk ilmühaberi ita edilerek bu babtaki evrak Baş M. Umumliğin; yolsuz bulunan ısrar kararının bozulması talebini natık 22/6/944 tarihli tebliğnamesile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderecatına ve müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla varid olmıyan temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün TASDİKINA ve esasın tetkiki için dosyanın hususi daireye iadesine 26/6/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Uyuşturucu Maddeler

Ham afyon uyuşturucu maddelerdendir. Bu hususta Tıbbı Adlinin mütalaasını almıya lüzum yoktur.

(CK 404)

Temyiz Mahkmeesi Ceza Umumi Heyeti
Esas 183 — Karar 183

Ham afyon bulundurmaktan maznun Mustafa oğlu Saip Beşelin bilmuhakeme hareketine uyan ceza kanununun 404 üncü maddesine

tevfikan iki ay hapis ve bir lira ağır para cezası ile mahkûmiyetine ve afyonun müsaderesine dair verilen hüküm maznunun temyizi üzerine temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak; tutulan ham afyonun 404 üncü maddedeki tarif veçhile uyuşturucu madde olarak kullanmıya elverişli olup olmadığının tıbbı adlinin mütalâası alındıktan sonra neticesine göre bir karar verilmesi lüzumundan zühul edilmesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle yeniden yapılan duruşma neticesinde: uyuşturucu maddelerin inhisarı hakkındaki 2253 sayılı kanunun birinci maddesinde ham afyon da uyuşturucu maddeler meyanında gösterilmiş ve bu kanunun hükmü 3491 sayılı toprak mahsulleri ofisi kanununun 30 uncu maddesi ile mülga ise de uyuşturuculuğu kanun metnine geçmiş bir hakikatten ibaret bulunmuş ve uyuşturucu maddeler hakkındaki 1369 sayılı kanunun birinci maddesinde mürakabeye tâbi tutulan maddeler meyanında keza ham afyon da yazılı olduğu gibi yine bu kanunun 14 üncü maddesinde ham afyonu da uyuşturucu maddeler meyanına alarak ham afyon kullananlar ve satanlar hakkında ceza kanununun 403 ve 404 üncü maddelerinin tatbik edileceği yazılı bulunmuş ve binaenaleyh uyuşturuculuğu zikri geçen kanunlarla kabul edilmiş olan ham afyon hakkında tıbbi adliden alınacak cevap ve mütalâanın bir kıymet ifade etmiyeceği tabii görülmüş olduğundan ve saireden bahsile eski hükümde ısrarı mutazammın Ankara birinci asliye ceza mahkemesinden bu kerre verilen 5/6/944 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki maznun tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek bu babtaki evrak Baş M. U. liğin; usul ve kanuna uygun bulunan hükmün tasdiki talebini natık 27/6/944 tarihli tebliğnamesi ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderecatına ve müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla varit olmıyan temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün tebliğname veçhile TASDİKINA ve 600 kuruş temyiz ilâmı harcının mahkûmdan tahsiline ve depo edilen paranın hazineye irat kaydına 3/7/944 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Müktesep Hak

Cezanın tertibi sırasında yapılan hata maznun için müktesep hak teşkil etmez.

(CK 29)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti

Esas 100 — Karar 100

Hırsızlıktan suçlu ziya Deniz hakkında yapılan duruşma sonunda: T. Ceza K. nun 492, 81 ve 56 ıncı maddelerine tevfikan 11 ay 20 gün müddetle hapse mahkûmiyetine ve o kadar emniyeti ümumiye nezareti altında bulundurulmasına dair Çankırı asliye ceza mahkemesinden verilip katileşen 22/4/944 tarihli kararın: Mahkeme başkâtipliğinin 21/4/944 günlü yazısına göre suçlunun eski mahkûmiyeti 1 ay 20 gün olduğu halde tekerrürden dolayı cezasının iki ay artırılması indirme ve artırmada 29 uncu maddedeki sıraya riayet edilmemesi bakımından yalsuz görülen mezkûr hükmün Ceza M.U. K. nun 343 üncü maddesine tevfikan bozulması lüzumu Adliye vekâletinin yazılı emirlerine atfen C. Baş M. U. liğinden ihbar edilmesine mebni temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak: İhbarname münderecatı varit ise de mahkemenin tuttuğu yolda sırasiyle $\frac{492}{1}$, 81 ve 56 ıncı maddelerinin tatbikından alınan netice ile 29 uncu maddeye riayetle sırasiyle $\frac{492}{1}$, 56 ve 81 inci maddelerin tatbikından alınacak neticenin aynı olmasına ve 56 ıncı maddeden evvel yapılan 2 aylık tekerrür zammının 56 ıncı madde tenzilâtından sonra eski mahkûmiyetini teşkil eden bir ay yirmi güne inmesine ve 81 inci maddenin takdiren tatbiki suretile lehte yapılan hatanın hakkı müktesep sayılarak tekerrür zammının eski mahkûmiyet haddinden fazla olmasının tashihine (müktesep hakkın netice itibarile nazara alınması gerekeceği) yolundaki müstekar içtihadın müsait bulunmamasına göre mahkemenin iki istikamette yaptığı hatalar neticeye müessir olmadığından bozma mütalâasının reddine dair verilen 22/5/944 tarihli karar aleyhine Baş M. U. likten; Mahkemece yapılan tertip sırasiyle ve (492 inci madde ile tâyin olunan bir sene hapis cezasına tekerrürden dolayı 81 inci madde ile mahkemenin takdiri veçhile altıda biri olan 2 ayın zammı suretile) 492, 81, 56 ıncı maddelerin tatbikından hasıl olan senuç ile 29 uncu maddeye riayetle sırasiyle 492, 56, 81 inci maddelerin tatbikından hasıl olan sonuç 11 ay 20 gün olarak aynı ise de; suçlunun mezkûr mahkûmiyetinin bir ay yirmi gün olmasına ve tekerrür dolayısiyle 492 inci madde ile tâyin olunan bir sene hapis cezasına bu miktardan fazla zam icrasına 81 inci maddenin üçüncü fıkrası hükmü mâni bulunmasına ve bu takdirde mahkemece yapılan tertibe göre bilkesap sonuç 11 ay 11 gün olup hükmolunan ceza ile arada 9 gün fark bulunduğu ve 29 uncu maddeye riayet olunmıyarak tertip noktasından yapılan hata suçlu lehine kazanılmış bir hak olduğu halde aleyhe olarak yazılı şekilde karar

verilmesinde isabet görülemediğinden yüksek ceza umum heyetince bittetkik ret kararının ref'ile gereken kararın verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu babtaki evrak 30/6/944 tarihli itiraz-name ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetin-de okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Hususi daire kararının müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran itirazname münderecatı varit görülemediğinden reddine 10/7/944 ta-rihinde oybirliğile karar verildi.

Cezaların tatbiki—Adli tevbih

Hususi kanunlara göre bir liradan aşağı hükmedilmesi lâzım gelen para cezaları yerine adli tevbih yapılamaz.

(CK 29, MKK 55)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti
Esas 101 — Karar 101

Hükümetçe el konulan mısırdan bir kısmını kaçırmak suretivle millî korunma kanununa muhalif hareketten maznun Hasan Güneş hakkında yapılan duruşma sonunda: Millî korunma kanununun $14,\frac{55}{1}$ ve son 63 üncü maddeleri mucibince 70 kuruş ağır para cezasiyle tecziyesine ve katî hüküm hulâsasının masrafı suçluya ait olmak üze-re neşrine ve kaçırılan 18 kilo mısırın bedeli ödenmek suretiyle hü-kümetçe mahkûmdan alınmasına dair Şarköy Asliye ceza mahkeme-sinden verilen 4/4/944 tarihli hüküm mâfevk Tekirdağı C. M. U. li-ğinin temyizi üzerine temyiz ikinci ceza dairesince tetkik olunarak; Ceza K. nun 29 uncu maddesi mucibince tevbihi adli yapılmaması sebebi karar yerinde mucip sebeplerle gösterilmiş olmasına göre bu cihete matuf temyiz itirazları ile tebliğnamedeki mütalâa varit değil-se de;tatbik olunan fıkra mucibince elde edilen mahsulden evvel emir-de zammiyle beraber maliyece alınması lâzım gelen toprak vergisi çıkarıldıktan sonra hükümetçe ödenecek bedelin hesaplanması ve bunun dörtte birini geçmemek üzere para cezası tâyini lâzım gelir-ken zuhul edilmesi yolsuz ve temyiz itirazları ve tebliğname bu iti-barla varit bulunduğundan sözü geçen hükmün bozulmasına müte. dair verilen 31/5/944 tarihli karar aleyhine Baş M.U. likten; T. Ceza K. nun 29 uncu maddesinin son fıkrasında kanuni sebeplerden dola-yı (19, 21 ve 24 üncü maddelerde nevileri yazılı cezaların aşağı had-lerinden daha az bir mikdarının hükmedilmesi icap ettiği takdirde

491

bunların yerine adli tevbih yapılır) denilmesine ve mutlak olarak kanuni sebeplerden bahsedilmiş olmasına ve millî korunma K. nun 55 inci maddesinde yazılı olan i isbetin de kanuni sebeplerden olduğu muhakkak bulunmasına nazaran bu nisbete riayet mecburiyetiyle 70 kuruşa düşmüs olan ağır para cezası yerine adli tevbih yapılmaması yolsuz olduğu halde aksine mülâbis mütelâa ile tebliğnamenin birinci bendinin reddine karar verilmesinde kanuni isabet görülemediğinden yüksek ceza heyeti umumiyesince işin tetkik edilerek ret kararının ref'ine ve mahallî hükmün Bozulmasına karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 6/7/944 tarihli itirazname ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Ceza Kanununun muaddel 29 uncu maddesi sarahatına göre itirazname münderecatı varit görülemediğinden reddine 10 7/944 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DAİRE KARARLARI

Duruşma—Dâvaların ayrılması

Maznunlardan birisi hazır olmadıkça duruşma yapılamaz. Fakat mahkeme şerikler hakkındaki dâvaları ayırabilir.

(CMUK 2,3,223)

Temyiz Mahkemesi 1. Ceza Dairesi
Esas 1415 — Karar 1242

Safiyeyi zorla kaçırmaktan suçlu Ahmet ve Mevlüt haklarında Niksar sorgu hâkimliğince yapılan ilk tahkikat neticesinde haklarında Tokat ağır ceza mahkemesinde son tahkikatın açılmasına dair verilen karar üzerine mezkûr mahkemece duruşma icrası için suçlulardan Ahmet hakkında çıkarılan ihzar müzekkeresi infaz edilmediği cihetle davete icabet eden Mevlüt hakkında münferiden duruşma icrasına şerikler hakkındaki dâvanın tefrikine dair olan C.M.U.liğinin iddiasının reddine mütedair mezkûr mahkemeden sadır olan ve katileşen 5/4/944 günlü kararın (C.M.U K.nun 223 üncü maddesine göre mahkemeye gelmeyen suçlu hakkında duruşma yapılamaz.) Usulde mevzu bulunan bu umumi kaide, şerikler hakkında duruşmanın mutlaka müştereken icrasını tazammun etmediğinden bir şerikin gelme-

mesi diğerleri hakkında duruşma yapılmasına mâni teşkil etmez. Diğer bir deyişle mahkemeye gelmiyen suçlu hakkında duruşma yapılmaması kaidesinin irtibata şümulü yoktur. Zira usulün 2 ve 3 üncü maddesine göre esasen şerikler hakkındaki duruşmanın birlikte yapılması mecburi olmayıp ihtiyaridir. Hususi vaziyeti duruşmanın uzamasını intaç edeceği hallerde dâvaların tefrikına karar verilmesi icap eder aksi hal, zan altında bulunmak istemediklerinden duruşma icrasını arzu eden maznunların mağduriyetlerine mahal vereceği gibi mücrimiyet veya mesuliyetin mümkün mertebe süratle tesbit edilmesini gaye edinen usulün ruhuna da mugayeret arzedeceğinden bahisle ceza muhakemeleri U K nun 343 üncü maddesine tevfikan C.Baş M.-U.liği yüksek makamından ihbar ve dâva dosyası Temyiz mahkemesi 1 inci ceza dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Müştereken işlenmiş olan bir suçtan dolayı haklarında son tahkikatın açılmasına karar verilmiş olan suçlular hakkında duruşmanın tatiline karar verilmesini icap ettiren şartlar mevcut olmadıkça duruşmanın birlikte yapılması ceza M.U.K nun ana prensipleri iktizasındandır.

Filhakika dâvanın selâmetle ve her türlü şek ve şüpheden âri bir surette icrası ve bir neticeye raptı müdafaaların ve müşterek delillerin birlikte tetkik ve takdiri ile mümkündür. Netekim bu lüzumu ceza muhakemeleri usulü kanununun 230 uncu maddesi hükmü bir kat daha tebarüz ettirmiştir. Kaldı ki murtebit dâvaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar vermek mecburi olmayıp ihtiyari ve takdiridir. Mahalli mahkemesi müşterek suçlardan biri hakkında dâvanın tefrikine lüzum görmemiş ve yeri belli olan suçlunun ihzar edilmesine karar verilmiştir. Kararı vakide ceza muhakemeleri usulü kanununun 307,308 inci maddelerine aykırı bir cihet görülmediğinden yazılı emre matuf olup takdire taallûk eyleyen tebliğname müdafaatının reddine 18/5/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Şahsi dâva — Karşılıklı dâva

Karşılıklı dâvanın da şahsi dâva gibi açılması lâzımdır.

(CMUK 350, 351, 354, 357)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi
Esas 4891 — Karar 5585

Birbirlerini dövmekten maznun Dimitri Karayanidi ve Niko Nikolaviç haklarında yapılan duruşma sonunda C. K. nun 456/4 ve 56.

559

ıncı maddeleri mucibince bunlardan Nikonun bir ay ve Dimitrinin yaşından dolayı tenzilen 25 gün hapislerine dair Beyoğlu 1 inci S. C. Mahkemesinden verilen 12/4/944 T. hükmün temyizen tetkiki suçlular tarafdanın müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı C. Baş M. U. liğinin 5/6/944 T. tebliğnamesiyle daireye göndrilmekle icabı düşünüldü.

Duruşmada toplanan ve karar yerinde tetkik ve münakaşa olunarak mahiyetleri takdir olunan delillere göre her iki suçlunun sübuta ve saireye taallûk eden temyiz itirazları varit değilse de suçlu Dimitri tarafından mütekabilen açılan dâvaya ait istidanın bir suretinin M. U. liğe ve bir suretinin dâvacıya tebliğ edilmesi ve celpnamenin tebliğinden bir hafta geçmedikçe duruşmaya başlanmaması usul icabından bulunduğu halde bu lâzımeye riayet olunmaksızın mahkemenin karar tefhimi için talik olunduğu son duruşma celsesinde suçlu tarafından da dâvacı aleyhine bir dâva açılmış bulunduğu ileri sürülerek dâvacı Nikonun maznun sıfatiyle sorgusu yapılması ve mütekabil dâvacıdan da dâvası hakkında her hangi bir izahat alınmaksızın yazılı olduğu üzere karar verilmesi ve iki tarafın istediği vekâlet ücretleri hakkında bir karar verilmemiş olması ve tarafların içtimai mevkilerine nazaran aynı miktarda hükmolunan tazminatın birbirine mahsubu icra edileceğinin kararda gösterilmemesi yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan tasdika dair olan tebliğnamenin reddiyle temyiz olunan hükmün bozulmasına ve depo paralarının geri verilmesine ve 500 kr. bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 23/6/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Ceza mesuliyeti olmıyan küçükler — Müsadere

1 — 11 yaşını bitirmiş fakat 15 yaşını doldurmamış olan ve farik ve mümeyyiz bulunmıyan suçlular hakkında duruşma icrasile fiil sabit olursa beraete,olmazsa ceza tâyinine mahal olmadığına karar verilmek lâzımdır.

2 — Ceza tâyinine mahal olmadığı kararı ile birlikte istirdadı emval mahiyetinde müsadereye karar verilebilir, Ceza mahiyetinde müsadereye karar verilemez.

(CK 36,37,54; CMUK 253)

Temyiz Mahkemesi 3. Ceza Dairesi
Esas 3794 — Karar 5674

Devlet ormanlarından ruhsatsız ağaç kesmekten suçlu Mustafa Öztan hakkında Çimişkezek S C.H.ce yapılan duruşma sırasında: 12 yaşında bulunan maznunun farik ve mümeyyiz bulunmadığı anlaşıl-

makla hakkındaki duruşmanın tatiline dair mezkûr hâkimlikten verilen 7/2/944 günlü hükme karşı Adliye vekilliğinin 18/4/944 gün ve 505-466 sayılı yazılı emri üzerine C.B.M.U.liğinin 20/4/944 gün ve 379 sayılı tebliğnamesile daireye verilmekle okundu.

Yazılı emre dayanan tebliğname münderecatı:

Ceza ehliyetini haiz bulunmadığı anlaşılan maznun hakkında takibat yapılmayacağına göre dâvanın esasını hal eder şekilde hüküm verilmesi icabederken yazılı şekilde tatil kararı verilmesinde isabet görülmemiştir. mezkûr kararın ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına dairdir.

Gereği düşünülüp görüşüldü.

11 yaşını bitirip on beş yaşını bitirmiyen ve farik ve mümeyyiz bulunmıyan suçlular hakkında muhakeme icrasile fiilleri sabit olmadığı surette beraetlerine ve sabit olduğu surette ceza tâyinine mahal olmadığına ve istirdadı emval kabilinden olan orman mahsulünün müsaderesine ve cezadan madut bulunan nakil vasıtasının iadesine karar verilmesi icap etmesine göre yazılı emre atfen tebliğnamede gösterilen bozma sebebi bu itibarla varit olduğundan duruşma yapılmaksızın orman mahsulünün iadesine karar verilmesi cihetinden müktesep hakka halel gelmemek üzere hükmün ceza usulü muhakemeleri kanununun 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına ve 11 yaşını bitirip 15 yaşını bitirmediği ve farik ve mümeyyiz bulunmadığı anlaşılan maznun Mustafa hakkında ceza tertibine mahal olmadığına ve mahkeme kararı veçhile odunlarla nakil vasıtasının suçluya iadesine ve orman idaresinin şahsi kakkından dolayı ait olduğu mercie müracaatta muhtariyetine 30/6/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Adam öldürmek—Müessir fiil

449. Maddedeki analık, evlât edinen mânasına olup, üvey ana demek değildir.

(CK 449)

Temyiz Mahkemesi 2.Ceza Dairesi
Esas 5684 — Karar 6008

Meryem'i dövmek ve tahkir etmekten meznun Kâzim Mertgün hakkında yapılan duruşma sonunda; ceza K.nun 46'son, 482 ve dâvacı üvey anası olduğundan 449. madde delâletile 457 ve 76. maddeleri ahkâmına tevfikan ve tezyiden üç gün hapis ve otuz lira yirmi kuruş ağır para cezasiyle mahkûmiyetine ve otuz lira mânevi tazminatın suçludan alınarak dâvacıya verilmesine dair Kırklareli sulh

ceza mahkemesinden verilen 17/5/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûm tarafından müddetinde istida ve şartı yokluk ilmuhaberiyle ifa edilerek dâva evrakı C. Baş M.U.liğinin 3/7/944 tarihli tebliğnamesiyle deireye gönderilmekle icabı müzakere olundu:

Nisbî harç hükmedilmemesi ve sabıkasının nazara alınmaması aleyhe bozma sebebi sayılmamıştır. Ancak, 457. maddenin matufu bulunan 449. maddede yazılı analık, medeni kanun hükümleri mucibince evlât edinmeden doğan karabete müteallik olup üvey anaya şumulü bulunmadığı halde bu karabet sebebiyle cezanın arttırılması ve müessir fiillere münhasır bulunan bu teşdit sebebinin hakaret fiiline de teşmili yolsuz olduğundan tebliğnamedeki tasdik isteğinin reddiyle hükmün bozulmasına ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 11 7/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Gıyabi Duruşma

İddianamede Millî Korunma Kanunun 55. maddesi mutlak surette gosterilmesine göre fiilin birinci bendin son cümlesi mucibince yalnız para cezasını müstelzim olduğundan bahisle suçlunun gıyabında duruşma yapılamaz.

(CMUK 225)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi
Esas 1124– karar 1185

Hububat kaçırmak suretiyle M.K.K.na muhalif hareketten maznun Bekir Arslanın bilmuhakeme: M.K.K.nın 55/1 ve 63 ve ceza K.nın 56 ıncı maddeleri mucibince tenzilen yirmi lira ağır para cezasiyle tecziyesine ve keyfiyetin neşrine ve 200 kr.harcın suçludan alınmasına dair Samsun As.C.[illegible] Mahkemesinden verilen 28/6/944 T. hükmün temyizen tetkiki mahalli C.M.U. liğinden müddetinde istida edilerek dâva evrakı 21/3/942 T.ve 568/133 sayılı vekâlet emir ve tasvibiyle verilen salâhiyete binaen C.Baş.M.U. liğinin 27/7/944 T. tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle mevkuflu ve müstacel işleri görmekle mükellef nöbetçi heyet tarafından tetkik ve icabı müzakere olundu.

İddianamede 55 inci madde mutlak surette gösterilmesine ve maznuna gönderilen celpnamede kendisi gelemese dahi duruşmanın yapılacağı tebliğ edilmemiş bulunmasına göre hâdisede ceza M.U.K.nın 225 inci maddesinin tatbiktı ve suçlunun gıyabında duruşma icrasiyle yazılı olduğu üzere karar verilmesi ve para cezası hesabında kanuni müstenidatının gösterilmemesi ve suçlunun yaşı kayden tesbit olunmaması yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan temyiz olunan hükmün bu sebepten dolayı Bozulmasına9/8/944 tarihinde ittifakla karak verildi.

Temyiz Kararları

UMUMİ HEYET KARARLARI

Tapu sicili tashihi—Çifte tapu

Bir yer hakkında mükerrer tapu verilmesi tapu kaydında bu ikinci tapu hakkında yanlış muamele yapıldığını gösterdiğinden keyfiyet tapu müdürünün müracaatiyle sulh hâkimince tashih olunur.

(Tapu nizamnamesi 107)

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti
Esas 1/56—Karar 48

DÂVA : $\frac{644}{9}$ parselde kâin eve hem hazinenin ve hem de diğer dâvalıların tapuları uymakta olduğundan bunlardan birinin iptaline karar verilmesi talebinden ibarettir.

HÜKÜM: Her iki tapunun müddeabihe ait olmadığı ve kıymetin tapusunun münazaalı yere tetabuk eylediği keşfen anlaşıldığından dâvanın reddine dair verilen hüküm indettemyiz; bir yer hakkında mükerrer tapu verilmesi tapu kaydında bir ikinci tapu hakkında yanlış muamele yapıldığını göstermekte ve tapudaki yanlışlıkların tapu müdürünün müracaatiyle tashih mercii tapu nizamnamesinin 107 inci maddesi mucibince sulh hâkimi olup ahiren tevhidi içtihat suretiyle Temyiz hukuk heyeti umumiyesinden çıkan karar da bunu müeyyit bulunduğuna göre talebin vazifesizlik sebebiyle reddine karar verilmek lâzım gelirken dâvanın rüyetiyle ademi sübutundan bahsile reddine karar verilmesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyanile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Müddei Kadastro müdürü Zeki Etiz

Temyiz Kararı

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

557

5552 sayılı resmî gazete ile neşredilmiş olan 23/6/943 tarihli tevhidi içtihat kararına nazaran hususi dairenin bozma kararı varit olup uymak lâzımgelirken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan Bozulmasına ve 2613 sayılı kanunun 38 inci maddesi mücibince harç ve damga resmi alınmasına mahal olmadığına 17/5/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

İcar.—Millî korunma [1]

Müddeti gayri muayyen kira akitlerinde kira müddeti millî korunma kanununun tetbik mevkiine konduğu yerlerde tarihi vaz'ından itibaren bir yıl için, müteakip senelerde de müddet sene sene uzatılmış sayılır.

(BK 262, Millî KK 30)

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti
Esas 3/140 — Karar 133

DÂVA : Müşahere suretiyle müddeiye icara verilip halen ikamet etmekte olduğu evin görülen lüzum üzerine tahliyesi hakkında yapılan ihbara rağmen çıkmamakta olduğundan tahliyesi talebinden ibarettir.

HÜKÜM : Taraflar arasında gayri muayyen müddetle münakit icarenin feshi için tebliğ edilen protestonun hanuni müddeti bittikten sonra dâva tarihine kadar üç ay bersabık mukarrer icar bedellerini müddei istifa eylemek suretiyle yine gayri muayyen müddetle taraflar arasında teati edilen icar akdinin münakit olmasına ve millî korunma kanununun 30 uncu maddesine nazaran ise mucirin mecurda bizzat oturmak mecburiyetinde kalması hasebiyle tahliyei mecurda bulunabilmesi müddeti icarın münkazi olmasına mütevakkıf bulunmasına ve muahhar icar akdinin borçlar K. nun 262 inci maddesi mucibince henüz müddeti hitam bulmadığından bu sebeple dâvanın reddine dair verilen hüküm indettemyiz; Millî korunma K. nun 30 cu maddesi münderecatından çıkarılan neticeye göre bu kabil müddeti gayri muayyen kira akitlerinde kira müddetin mezkûr kanunun tatbik mevkiine vazolunduğu yerlerde tarihi vaz'ından itibaren bir sene için uzatılmış sayılması lâzım geleceğine ve onu takip eden senelerde dahi mezkûr kanunun emri dairesinde müddetin sene sene uzatılmış olacağına göre icar müddeti hakkında bu suretle tet-

[1] 253. sahifedeki karara da bakınız.

kikat icrası ve dâvacının tahliye talebinin de bu suretle tahkiki ile neticesine göre karar verilmesinden dolayı bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Müddei Hatice Beşe

TEMYİZ KARARI

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

4180 sayılı kanunun 30 uncu maddesinde kira müddetinin bitmesinden en az onbeş gün evvel kiracı mecuru tahliye edeceğini bildirmezse mukavelenin bir sene için uzatılmış sayılacağı ve mal sahibinin mesken ihtiyacı sebebile ancak kira mukavelesinin hitamında tahliye talebinde bulunabileceği yazılı olmasına ve meskensizlikten dolayı açılan tahliye dâvasının sözü geçen kanun maddesi hüküm ve sarahatı dairesinde tetkik ve halli icabetmesine göre hususi dairenin bozma kararı varit ve ittibaa şâyan bulunmuş iken yazılı bazı mütalâa ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve mümeyyiz dâvacının bozma dileği varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 675 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 31/5/944 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Vazife—Ticari muamele

Vakıf paralar müdürlüğünce yapılan ikrazlar ticari mahiyette değildir.

(TK 1, Vakıflar nizanamesi 19,20)

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti
Esas T/43—Karar 40

Dâva: dâvacılar, murisleri ölü Dimitirinin müddeaaleyh idareden istikraz ettiği (1600) liraya karşı iki def ada yaptıkları teslimat yekûnuna nazaran bakiye (310) lira borçları kalmış olduğu halde bu tenzilât yapılmıyarak paranın tamamı istenilmekte olduğundan icraen vakı muarazasının men'ine karar verilmesini istemiştir.

Hüküm: dâvacıların tediyatın 935—2676 Numaralı icra dosyasiyle vakı olduğunu iddia eylemişlerse de,icradan gelen cevapta böyle bir

559

dosyanın mevcut olmadığı bildirilmiş ve ayrıca da bu cihet ısbat edilmemiş olmasına mebni dâvanın reddine dair verilen hüküm indettemyiz;Temyiz edenlerden Nikoliye ilâm 17/1/941 Tarihinde tebliğ ve temyiz talebini havi arzuhal 5/2/942Tarihinde kaydedilmiş olmasına nazaran Nikoli tarafından müddetin mürurunden sonra verilmiş olduğu anlaşılan temyiz istidasının reddine ve diğer mümeyyizlerin kanuni müddet içinde vermiş oldukları temyiz istidalarının kabulüne karar verildikten sonra bunlara hasren yapılan tetkikatta:Dâva edilen vakıf paralar müdürlüğü mülhak bütçe ile idare olunan vakıflar umum müdürlüğüne bağlı bir idare olup vazifeleri vakıflar nizamnamesinin 19 ve 20 inci maddesiyle diğer bazı maddeler ve vakıf paraların ikrazına dair talimatname hükümleriyle tâyin edilmiş olup ticari bir müessese mahiyetinde olmamasına ve ikrazat talimatnamesinin birici maddesi gereğince hariçten nevduat kabul etmiyerek sırf vakfa ait paraları tenmiye ile mükellef bulunmasına ve bir şahsın kendisine ait paraları şuna buna ikraz etmek suretiyle nemalandırması nasıl ticari bir muamele değilse vakıf paralar müdürlüğünün de vakfa ait paraları şuna ve buna ikraz etmek suretiyle nemalandırılması da yine ticari muamelelerden sayılamıyacağına ve mezkûr idarenın ifa ettiği iş umumi ve hususi Banka muamelelerinden bulunmamasına ve bir karz akdinin ticari olabilmesi için istikraz olunan paranın ticaret işlerinde kullanılmak üzere istikraz edilmiş olduğunun sübutu lâzım gelmesine ve hâdisede ise böylebir iddia sepketmemiş bulunmasına nazaran dâvanın rüyeti ticaret mahkemesinin vazifesi haricinde bulunduğu halde bu baptaki itiraz kabul edilmiyerek zabıtnamede yazılı olduğu üzere dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz olduğundan dolayı bozularak mahalline iade kılınmakla: Yeniden yapılan muhakeme sonunda: Bazı mütalâat serdiyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Müddei vârisleri.

TEMYİZ KARARI

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Hususi dairenin bozma kararı varit olup uymak lâzımgelirken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmündahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan Bozlmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (905) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 31/5/944 Tarihinde çuğunlukla karar verildi.

Hazine avukatı

Hazinenin ücretli avukatları mukayyet ücretli ve serbest ücretli olmak üzere ikiye ayrılmış olup serbest ücretli avukat ücretli müstahdemlerden sayılmaz.

(2041 sayılı K.)

Temiyz mahkemesi hukuk umumi heyeti
Esas 4-46 – Karar 44

Dâva: Müddeaaleyh muhakemat müdürlüğünde 125 lira ücretle avukat iken 20/4/929 tarihinde yüksek ticaret ve iktisat mektebi muallimliğine 35 lira aslî maaşla tâyin olunmuş ve 19/5/934 de maaşı 40 liraya çıkarılmış ve 31/12/938 tarihinde mekteple alâkası katedimiş ve mumaileyh 2041 No. lı kanun mucibince muallimlik maaşı 2—3 alınması lâzım gelirken bu maaşın tam olarak verilmiş olduğundan bahsile bu suretle fazla mehuzatı olan 2245 lira 4 kuruşun mumaileyhten tahsiline karar verilmesi talebinden ibarettir.

Hüküm: tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere davetiye ve gıyap kararı tebliğine rağmen mahkemeye gelmiyen müddeaaleyhin gıyabında yapılan muhakeme sonunda müddeaaleyhin 35 lira maaşla 29/4/929 tarihinde yüksek iktisat ve ticaret mektebine tâyin edildiği ve 19/9/934 de maaşının 40 liraya çıkarıldığı ve fazla mehuzatın 2245 lira 4 kuruştan ibaret olduğu yüksek iktisat ve ticaret mektebinin ve yüksek mektepler muhasebeciliğinin bu baptaki tezkere ve hesap puslası münderecatlarile anlaşılmış ye 2041 No. lı kanun mucibince muallimlik maaşını 2—3 miktarını alması icabetmekte bulunmuş olmasına mebni müddeabih 2245 lira 4 kuruşun dâva tarihinden itibaren yüzde beş faizi ile birlikte mumaileyhten tahsiline dair verilen hüküm indettemyiz; dâva haksız alınan şeyin istirdadı talebinden ibaret olmakla rüyeti asliye mahkemelerine ait olmasına ve hazinenin gerek haksız olarak mal iktisap ettiği iddia olunan müddeaaleyh hakkında gerek hazinenin zararına sebep olan memurlar aleyhinde dava hakkı bulunmasına ve müddeaaleyh asliye mahkemesinde mahkemenin salâhiyetine itiraz etmemiş olduğu gibi müruru zaman def'inde bulunmamış olduğuna binaen vazife ve salâhiyete husumet ve müruru zamana matuf itirazlar varit bulunmamış isede *hazınenin ücretli avukatları mukayyet* ücretli ve serbest ücretli olmak üzere ikiye ayrılmış olmasına ve serbest ücretli avukatların ikibin kırk bir sayılı kanunda yazılı ücretli müstahdemlarden sayılmiyacağına binaen müddeaaleyh Vahidin ikibin kırk bir sayılı kanunun meriyeti tarihinden mektepten ayrıldığı tarihe kadar ser-

best ücretli hazine avukatlarından olup olmadığı tahkik olunarak neticesine göre bir karar verilmek lâzım gelirken bu çihet tetkik edilmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesinden dolayı bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden ve duruşma isteyen: Müddeaaleyh vekili avukat Şukûfe Ekitler

Temyiz Kararı

Duruşma icrası için tâyin olunan 7/6/944 tarihine müsadif çarşamba günü muayyen zamanda temyiz müstedisi vahit sayın ve aleyhine temyiz olunan İstanbul maliye muhakemat müdürlüğü namına avukat M. Tevfik şenocak gelerek hazır olup temyiz müddeti hakkında mümeyyezünaleyh vekilinin itirazı olmadığı ledessual ve temyiz arzuhalinin müddeti zarfında verilerek kaydedildiği bittetkik anlaşılmakla hukuk heyeti umumiyesince tarafların şifahi izahları dinlendikten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Zabıtname ve mevcut evrak münderecatına göre hususi dairenin bozma sebepleri varit ve ittiba gerekli iken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden temyiz edilen son hükmün de Hukuk U.M.K. nun 429 uncu maddesine tevfikan Bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı 905 kuruş temyiz ilâmı karcının ilerde haksızr çıkacak taraftan alınmasına 7/6/944 tarihinde çoğunlukla arark verildi.

Kaziyei muhkemenin tesiri

Evvelce husule ğelen muhkem kaziye hilâfına şahit dinlenerek müddeabihin müddeaaleyhe aidiyetine karar verilemez.

(HMUK237)

Temyiz mahkemsi hukuk umumi heyeti
Esas 3-156—Karar 137

Dava: Hükmen kendisine ait olan 80 lira değerindeki tesununu müddeaaleyh tekrar alıp götürmüş olduğundan aynen olamazsa bedelinin tahsili talebinden ibarettir.

562

Hüküm: Müddeabih Tosunun müddea aleyhe aidiyeti şahadet ve yeminle sabit olduğundan müddeaaleyhin tasarruf ve zilyedlik karinesi de inzimam ettiğinden ispat edilemiyen davanın reddine dair verilen hüküm indettemyiz; Dâva olunan dâvanın evvelce müddeaaleyh tarafından kendisinin olduğu hakkında müddeialeyhin açtığı dâvada dâvasını ispat edemiyerek o dâvada şimdiki müddeinin yeminiyle halli mesele edilmiş ve verilen kararda temyizen tasdik kılınmış olduğuna ve o dâvada müddeabih olan dananın bu dâvada müddeabih olan dana olduğu da anlaşılmasına göre evvelce husule gelen muhkem kaziye hilâfına şahit istimaiyle dananın müddeaaleyhe ait olduğundan bahsile karar verilmesi yolsuz olduğundan dolayı bozularak mahalline iade edilmekle; yeniden yapılan muhakeme sonunda: Bazı mutalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz Eden: Müddei İsa oğlu Mahmut.

Temyiz Kararı

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik; ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü;

Hususi dairenin bozma kararı varit olup uymak lâzım iken ilâmda yazılı sebep ve mutalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve kanuna muhalif ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün de Hukuk U.M K. nun 429 uncu maddesine tevfikan Bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı(675)kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 31/5/944 tarihinde Oybirliğile karar verildi.

Ecri misil

Ecri mislin lüzumu için müddeinin mutasarrıf olduğu arsanın maksut olan menfaatinden mahrum kaldığının tahakkuku lâzımdır.

Temyiz mahkemesi hukuk umumi heyeti
Esas 4/44 — Karar 43

Dâva: Emlâk ve eytam bankası tarafından kocası ölü Muzaffer namına 22/9/934 tarihinde satılarak diğer mirasçıların miras ret etmeleri dolayısiyle kendisine intikal ederek tapuya kayıt ve tescil edilmiş olan arsa sekiz on senedenberi müddeaaleyh tramvay şirketi

567

tarafından kumsandıkları, kazma ve kürek konulmak suretiyle işgal edilmekte olduğundan bahsile murisinin uhdesine intikal ettiği tarihten itibaren asliye beşinci hukuk mahkemesince tesbiti delâil yolile taktir edilen ayda elli lira hesabile beş senelik ceman üç bin lira ecri mislin dâva tarihinden itibaren maafaiz tahsili talebinden ibarettir.

Hüküm: Dâvacının murisi Muzaffer namına 22/9/934 tarihinde kayıt ve tescil edilen arsanın müdeaaleyh tarafından fuzulen işgaline devam olunarak şirketin hükûmete devri tarihi olan 1/1/939 tarihine kadar imtidat ettiği müddeaaleyh vekilinin ikrarı ve şahadet ve tesbiti-delâil yolile mahallinde yapılan keşfi havi raporlarla sabit olmuş ve müddeaaleyhin şahitlerinin mezkûr arsanın matruk ve herkese açık bir halde bulunduğu yolundaki şahadetleri ecri misil hükmüne mâni teşkil etmemiş ve ancak ikinci ehli vukufun verdikleri raporu tavzihan duruşmada vâkı mütalâalarına nazaran müddeaaleyhin arsayı kısmen işgalinden dolayı ayda takdir edilen yirmi lira ecri misil haddi itidalde bulunmuş olmakla 22/9/934 tarihinden 1/1/939 tarihine kadar dört sene üç ay sekiz gün için tahakkuk eden bin yirmi beş lira 33 kuruşun dâva tarihinden itibaren faizile birlikte müddeaaleyhden tahsilile müddeiye verilmesine ve fazla iddianın reddine dair verilen hüküm indettemyiz; Müddeaaleyh tramvay şirketi tarafından dinlettirilmiş olan şahitler, ecri misli talep olunan arsanın herkese açık bir halde olduğuna ve yalnız şirketin değil şöför gibi bazı kimselerin de istifadesine mâruz bulunduğuna şahadet etmelerine ve ecri mislin lüzumu için müddeinin mutasarrıf olduğu arsanın maksut olan menfaatinden mahrum kaldığının tahakkuku lâzım gelmesine göre müddeinin mazkûr arsadan ne veçhile intifa ettiği ve şirketin ilâmda yazılı şekilde arsadan istifadesi sebebile müddeinin intifaına halel gelip gelmediği tahkik olunarak tebeyyün edecek hale göre bir karar verilmek icabederken bu cihetler tahkik edilmeksizin şirketin ecri misil ile mesul ve mahkûm edilmesi yolsuz olduğundan dolayı bozularak mahalline iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâat seydiyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden ve duruşma isteyen: Müddeaaleyh vekili avukat Salvator Nardea.

Temyiz Kararı

Duruşma icrası için tâyin olunan 7/6/944 tarihine müsadif çarşamba günü muayyen zamanda tasfiye halinde İstanbul tramvay şir-

keti tasfiye memurları vekili avukat Salvator Naredea gelerek hazır olup mümeyyezünaleyh Fatma Kadriye vekili avukat Ekrem Korkut'a davetname tebliğ edildiği halde gelmediği haber verilmekle mumaileyhin gıyabında ve hazır bulunan temyiz müstedisinin vicahında duruşmaya başlanarak vekili mumaileyh Salvotor'un şifahi izahatı dinlendikten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Tarafların iddia ve müdafaalarına ve zabıtname ile dosyada mevcut evrak münderecatına nazaran hususi dairenin bozma kararı varit olup uymak icabederken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları yerinde olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U.M.K.nun 429 uncu maddesine tevfikan Bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı 907 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 7/6/944 tarihinde çoğunlukla karar verilerek mümeyyiz vekiline usulen tefhim kılındı.

İcar—Millî korunma [1]

Gayri muayyen müddetle münakit kiralarda millî korunma kanunu meriyetinden itibaren geçen her sene nihayetinde müddetin nihayet bulduğu kabul edilir.

(Millî KK 30)

Temyiz mahkemesi hukuk umumî heyeti

Esas 3/186—Karar 161

DÂVA: Gayri muayyenn müddetle mahiye 15 liradan kiraya vermiş olduğu evde kendisi oturacağından tahliyesi talebinden ibarettir.

Hüküm: Gayrı muayyen müddetle münakit icarenin henüz gayri münfesih ve binaenaleyh hitam bulması hasebiyle mucirin bizzat ikamet mecburiyetinde kalmasından dolayı tahliyesine imkânı kanuni hasıl olmamasına mebni dâvanın reddine dair verilen hüküm indettemyiz; Bu gibi ahvalde millî korunma kanununun meriyetinden itibaren geçen her sene nihayetinde müddetin nihayet bulduğu kabul edile ceğine göre müddetin bu şekilde tetkik edilmemesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz eden: Müddei vekili avukat Mehmet Öztüre

Temyiz Kararı

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki

[1] 246. sahifedeki karara da bakınız.

965

kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Bu kabil icar akitlerinde Millî K.K nun mer'iyeti tarihinden itibaren geçen her sene sonunda müddet nihayet bulacağından hâdisenin bu şekilde tetkik edilmesi lâzım geleceğine mebni hususî dairenin bozma kararına uyulmak iktiza ederken ilâmda yazlı sebep ve mütalâalarla eski hükümde ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları farit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U.M.K.nun 429 uncu maddesine tevfikan Bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı (675) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/7/ 944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Vazife — Ticari muamele

İnşaat ve imalât taahhüdü ticari bir muamele olup ticari ahkâma tâbidir.

(TK 2, 20, 645)

Temyiz mahkemesi hukuk umumi heyeti
Esas T-147 — Karar 43

Dâva: arsasına giden yolu iki sene zarfında sulama ve katranlı asfalt yapmağı taahhüt eden dâvalı işbu müddet içinde yapmamış olduğundan iadesini kabul eylediği 250 liranın vekâlet ücretiyle birlikte tahsilini istemiştir.

Hüküm: Dâva olunanın dâva tarihine kadar yolun Blokajını yapıp sulama ve kartanlı yol haline sokmadığı anlaşılmış ve senet münhasıran bedel mukabilinde inşaat taahhüdü olmayıp muayyan müddet için işin ifa edilmediği takdirde paranın iadesini de mutazammın bulunmuş olup yapılan kısmın inşaat bedelinden tenzili lâzım gelmiyeceğine binaen müddeabih 250 liranın % 7 vekâlet ücretiyle birlikte dâva olunandan tahsiline dair verilen hüküm lndet. temyiz; Ticaret kanununda mahsus hüküm bulundukça ticaret dâvalarında borçlar kanunu hükümlerinin tatbiki cihetine gidilemiyeceği ticaret kanununun birinci maddesi hükmü iktizasından bulunmasına ve taraflar arasındaki ihtilâfın da ticari muameleden neşet etmiş bulunmasına göre hâdisede ticaret kanununun hükümleri dairesinde dâva edilene protesto tebliğ edilmek lâzım gelip gelmiyeceği hususu tetkik olunduktan ve bu suretle dâvacıya dâva açabilmek salâhiyeti gelip gelmediği anlaşıldıktan sonra icabeden muamelenin ifa olunması ve kararın verilmesi iktiza ederken bu cihetlerin düşünülmemiş ve tazminat talebedilmiyen hallerde taahhüdün ifasına daveti mutazammın ihtarname tebliğ edileceğine dair borçlar kanununda

hüküm bulunmadığından bahsile yazılı olduğu üzere muamele ifa ve karar ita edilmiş olması yolsuz olduğundan dolayı bozularak mahalline iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâat serdiyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir. Temyiz Eden: Müddeaaleyh Kevork Malhas

Temyiz Kararı

Hukuk: heyeti umumiyesince bittetkik ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâgıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Ticaret kanunu hükümlerine göre hususi dairenin bozma kararına ittiba edilmek lâzım gelirken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz edilen son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşagıda müfredatı yayazılı 600 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/7/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

İstirdat — Sebepsiz mal iktisabı

Adap ve ahlâka aykırı bir maksadın husulu için verilen şeyin istirdadı caiz değildir.

(BK 65)

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti
Esas 4/45 — Karar 48

Dâva : Müvekkilinin müddeaaleyh ile birlikte ikamet etmekte oldukları apartmanda cins ve miktarı ve kıymetleri listede yazılı eşya ile müddeaaleyh ile birlikte bulundukları sırada muvakkaten takmasına müsaade ettiği ve istirdat edebildiği mücevherlerden maada müddeaaleyh nezdinde kalmış olan pırlanta bilezik kol saati ile pırlanta inci ve yakuttan mamul bir Broş müvekkilinin malı muşterası olup mülkiyeti kendisine ait ve münhasır bulunduğunu ve müvekkili ahiren bu apartmandan çıkmış ve kendisine ait emvali almak istemiş ise de muhalefet görmüş olduğundan bahsile müddeabih eşyanın ihtiyati tedbir olmak üzere yedi adle tevdiine ve mezkûr eşyanın aynen olmadığı takdirde bedelen tahsiline karar verilmesi talebinden ibarettir.

Hüküm : Tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere dinlenen şahitlerin şahadetlerine ve mübrez faturalar ile müddea-

567

aleyh tarafından müddeiye yazılan mektup münderecatlarına göre müddeinin müddeaaleyhi himayesine alarak İstanbula getirdiği ve Demirağ apartmanının 4 No. lu dairesini isticar ettiği ve o tarihte evli olan dâvacının genç olan müddealeyhayı evine götürmesi münasip olamıyacağından apartmanı müddeaaleyh namına icar etmiş olduğu anlaşılmış, apartmanı gerek umumi kapısının ve gerekse hususi kapısının anahtarı müddei nezdinde olup kendi evi gibi bu daireye girip çıktığının sübutu da bu apartmanın dâvacı tarafından tutularak müddeaaleyhanın iskânına tahsis kılındığı teeyyüt etmiş ve müddeinin kendi evi gibi girip çıktığı bu apartmandaki eşyayı bazen müddei bizzat ve bazen de parasını verip müddeaaleyh vasıtasiyle aldığı ve bunların bedelini müddeaaleyhaya emanet olarak verdiği anlaşılmış ve dâvacının faturalarında yazılı olmıyan onbir kalem eşyanın da parası müddei tarafından müddeaaleyhaya verilip alındığı şahadetle sabit olmuş ve şu suretle müddeaaleyhin bu eşyaya hiç bir suretle mülkiyeti teessüs etmediğini göstermekte bulunmuş ve dâvacının mezkûr eşyaya zilyed bulunmamasına nazaran müddeaaleyhaya verilmiş bir şeyin istirdadı mevzuu bahis olmayıp dâvacının da zilyed bulunduğu eşyaya müddeaaleyhanın müdahalesinin men'i mevzuu bahis olmasına göre müddeaaleyha vekilinin istinat ettiği Borçlar kanununun 65 inci maddesinin hâdiseye veçhi tatbiki görülememiş ve müddeaaleyh vekili müvekkilesi ile dâvacı arasında metres rabıtası olduğundan bahsile eşyanın müvekkiline bu maksatla verilmiş olduğu hakkındaki iddiasına gelince; gayri ahlâki bir maksat ile iktisabı kanun himaye etmiyeceğine göre müddeaaleyhanın metres rabıtasına müsteniden mülkiyet iddiası da şayanı iltifat görülememiş olduğundan ceman 18481 lira 65 kuruş kıymetinde miktar ve müfredat ve cinsleri yazılı eşyaya vaki müdahalesinin menile dâvacıya teslimine ve mezkûr eşyanın tamamen veya kısmen istihkak edilmiş olduğu takdirde yazılı bedellerinin müddeaaleyhten tahsilile dâvacıya verilmesine ve fazla hakkındaki iddianın reddine dair verilen hüküm indettemyiz; Şahadete, faturalara ve saireye ait bütün itirazlar varit değilse de muhakemenin başından sonuna kadar yapılan tetkikat ile anlaşılan ve dosya içinde bulunup hakkındaki ceza takibi sırasında müddeinin alınan ifadesini havi musaddak varaka münderecatından çıkan hakikat,müddei ile müddeaaleyh arasında Mısırda başlıyan ve 939 senesindenberi İstanbulda devam edeğelen ahlâk ve adaba ve kanuna muhalif bir surette beraberce yaşamak için, dâva edilen şeylerin müddei tarafından bilhassa müddeaaleyh için ihzar ve tehiye ve onun istimaline terk ve tahsis kılınmış olduğudur. 27/11/942 tarihini havi olan bu varakada müddei müdde-

aaleyh ile Mısırda başlıyan alâka ve münasebeti dolayısiyle orada kendisine ve anasına bir çok masraflar ihtiyar ettiğini ve nihayet İstanbula aldırarak kendisine bir ev tuttuğunu ve yalnız mutbak masrafı olarak ayda bin lira vermekle beraber buna ilâveten bir çok masraflar yapıp yardımda bulunduğunu açıkça söylemekte olduğu gibi müddei avukatı tarafından muhakemeye verilen 17/4/943 tarihli lâyihada dahi bu cihetler beyan edildikten sonra müvekkilinin (müddeaaleyhe ancak birlikte bulundukları müddetçe bu eşyayı kullanmak ve takmak hakkını verdiği) sarahaten yazılı bulunmuştur. Ki bu sarih ve katî ifadeler iddia edilen eşyaya dâvacının değil onun rizasiyle müddeaaleyhin zilyed bulunduğunu göstermektedir. Binaenaleyh mahkeme kararında (müddeaaleyhe verilmiş bir şeyin istirdadı mevzuu bahis olmadığından hâdisede 65 inci maddenin yeri olmadığına dair serdedilen mucip sebep vakıaya uygun değildir. Yukarda yazılı ikrarlarla bu eşya beraber yaşamak için müddeaaleyhe verildiği tahakkuk etmekte ve gene mezkûr lâyihada izah olunduğu üzere müddeaaleyhin başkalarile de münasebet tesisine başlaması üzerine eşya ve mücevherlerin iadesi dâva olunduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla asıl dâva, dâva arzuhalinin sarahatına göre de istirdat ve iade talebinden ibaret olmakla mahkemenin (Bir şeyin istirdadı mevzuu bahis değildir yolunda serdettiği mütalâat dâvaya da muhalif bulunmaktadır. Evli olan müddinin beraber yaşamak için dâva olunan eşyayı müddeaaleyhe verdiği bu suretle tahakkuk etmekte ve bunun iadesi de dâva edilmekte olmasına göre Borçlar K. nun 65 inci maddesinin bu dâvaya tamamı tamamına mutabakatı zahir bulunmakla mahkemenin bu maddenin bu dâvada yeri olmadığı hakkındaki mütalâasının da kanuna muhalefeti meydandadır. Mahkeme kararında (gayri ahlâki bir maksat ile iktisabı kanun himaye etmediğinden müddeaaleyh vekilinin bu rabıtaya müsteniden mülkiyet iddiasıda iltifata şayan değildir.) deye yazılı sebep te doğru değildir. Çünkü burada müddeaaleyh avukatı tarafından ahlâka ve kanuna uygun olmıyan bir maksat için verilen şeyin istirdadı dâvası mesmu değildir. deye defi dermeyan olunmaktadır ki bu defi 65 inci maddenin ruhuna ve sarahatına mutabıktır. Çünkü bu madde alanı değil vereni himaye etmemekte ve alanın yedinde aldığı şeyin kalmasını temin eylemektedir. Hulâsa meselede tetkik mevzuu olması icap eyleyen nokta dâva olunanın iktisabı olmayıp dâvacının yukarıda izah ve tesbit olunan maksatla verdiğini istirdada hakkı bulunup bulunmamasıdır. Bu kanuni hükümler göz önüne alınmadan verilen hüküm yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmek-

561

le yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN VE DURUŞMA İSTEYEN: Müddeaaleyh vekilleri avukat Tahsin Türk, İbrahim Nom.

Temyiz Kararı

Duruşma icrası için tâyin olunan 28/6/944 tarihhine müsadif çarşamba günü muayyen zamanda temyiz müstedisi Zeynep Sıtkı vekili avukat Hamit Şevket İnce ve mümeyyezünaleyh General Feridun vekilleri avukat Necati Yalım ve Hayrettin Aybar gelerek hazır olup temyiz müddeti hakkında mümeyyezünaleyh vekillerinin itirazları olmadığı ledəssual ve temyiz arzuhalinin müddeti zarfında verilerek kaydedildiği bitetkik anlaşılmış olmakla hukuk umumi heyetince tarafların şifahi izahları dinlendikten sonra vaktin darlığına binaen müzakkereye devam olunmak üzere başka bir güne bırakılması tensip ve mümeyyezünaleyh vekilerinden Hayrettin Aybara usulen tefhimi icra kılındı.

Bugün hukuk heyeti umumiyesincedâva evrakı okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Dâva evrakı münderecatına ve tarafların iddia ve müdafaalarına ve dinlenen şahitlerin ihbaratına ve sair delil ve karinelere ve hükmün istinat ettiği maddi ve kanuni sebeplere nazaran müddeabih meyanında bulunan mobilya ve diğer eşyaya müteallik ısrar kararı usul ve kanuna muvofık olup bu cihete müteallik temyiz itirazları varit değilse de müddeabihin bir kısmını teşkil eden hulliyatı, evli bulunan dâvacının âdap ve ahlâka muğayir bir surette beraber yaşamak üzere dâvalı Zeynep Sıdkıya verdiği ve bunlara mumaileyhanın zilyed bulunduğu mevcut delil ve karinelerle sübut bulmuş olduğu cihetle Borçlar K. nun 65 inci maddesi hükmünce âdap ve ahlâka muğayir bir maksadın husulü zımnında verilen bu hulliyatı dâvalının iade ile mükellef tutulamıyacağına binaen hususi dairenin bozma kararının hülliyata müteallik kısmına ittiba gerekli bulunduğu halde mahkemece bu cihet hakkında da eski hükümde ısrar kararı verilmesi yolsuz ve usul ve kanuna muhalif ve bu noktaya matuf temyiz itirazı varit görülmüş olduğundan temyiz olunan hükmün hulliyata müteallık kısmının Hukuk U. M. K. nun 429 uncü maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 870 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına /5/7 944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

DAİRE KARARLARI

Şahit – Vedia

1 — Karı koca arasında cereyan eden muamele ve münasebetlerde müddeabihin mikdarı nazara alınmıyarak şahit istimaı caizdir.

2 — İda akdinin tekevvünü için müstevdein mudi tarafında verilen şeyi kabul ve onu emin bir mahalde hıfz etmeği deruhte etmesi şarttır.

(BK 465, HMUK 248)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 1243–Karar 1438

DÂVA: Müddeaaleyhe saklamak ve talebinde iade eylemek suretiyle 935 haziranında tevdi ettiği 10 adet birer ve bir adet iki buçukluk ki ceman 12 buçuk madeni lirayı aradaki evlilik akdinin feshinden istifade ederek talebine rağmen vermediğinden bahsile 12 buçuk altun liranın aynen müddeaaleyhten tahsili tâlebinden ibarettir.

KARAR: Tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere tarafların iddia ve müdafaalarına ve şahidlerin şahadetleri ve dâvacının mütemmim yeminine nazaran dâva sabit görülmüş olmakla müddeabih on madenî birer lira ve bir adet madenî iki buçük liranın mevcut ise aynen değilse bedeli olan dört yüz elli liranın müddeaaleyden tahsilile müddeiye verilmesine karar verildiğini mutazammındır.

TEMYİZ EDEN: Müddeaaleyh vekili avukat Rafi Oralkan

Temyiz Kararı

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğtlar okunup esasa girişildi:

Karı koca arasında cereyan eden muamele ve münasebetlerde mutlak surette yani müddeabihin miktarı nazara alınmıyarak şahit istimaı caiz bulunmuş olduğundan şahit istimaının caiz olmadığına dair serdoluna itiraz varit değilse de; taraflar arasında, evlilik rabıtası mevcut olduğu sırada dâvacının iddia olunan altunları müddeaaleyh karısına vererek «al şunu sakla» dediği şahadetle sabit bulunmuştur. Borçlar kanununun 463 üncü maddesinden anlaşıldığı üzere ida akdinin teşekkülü için müstvdein mudi tarafından verilen şeyi kabul ve onu emin bir mahalde hıfzetmeği deruhte etmiş olması şart olup koca tarafından al şunu sakla diye verilen şeyi alarak münasip bir mahalle koymuş olan karının onu hıfzetmeği deruhte etmiş sayılamıyacağı ve binaenaleyh karı koca arasında cereyan eden bu gibi muamelelerle ida akdi tekevvün etmiyeceği nazara alınmıyarak yazılı

571

olduğu şekilde karar verilmesi ve sureti kabule göre de altunun tevdi tarihindeki kıymetinin usulen tahkik ve tesbiti ile o tarihteki kıymetine hüküm verilmek lâzımgelirken bu lüzuma da riayet olunmaması yolsuz ve itirazlar bu itibarla varit bulunmuş olmakla hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 11/5/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz kabiliyeti

Muhakeme esnasında Hâkime münasip olmıyan sözler sarfı üzerine verilen kararın halen temyiz kabiliyeti yoktur.

(HMUK 150)

Temyiz Mahkemsi 1. Hukuk Dairesi
Esas 234—Karar 1782

Karadeniz ereğlisinin Süleymanlar mahallesinden Dostum oğlu Alâaddin Yarın aynı mahallesinde mukim kardeşi İbrahim Yar aleyhine ikame eylediği senet iptali dâvasından dolayı yapılmakta olan muhakeme esnasında dâvacı Alâaddin Yar dâva mevzuu ile alâkası ve münasebeti olmadığı halde hâkime karşı beni geçenlerde kovdun şahitlerimde var ve aleyhinde dâva açtım tâkıbatı kanuniye yaptırıyorum diye münasip olmıyan söz sarf etmiş olduğu yeminle dinlenen şahitlerin şahadatı ve tutulan zabıt varakasile sabit olduğundan suçlunun hukuk usulü muhakemeleri kanununun 150 inci maddesinin ikinci fıkrası mucibince beş gün müddetle hafif hapsine dair Karadeniz Ereğlisi hukuk hâkimliğinden sadir olan 16/10/943 tarihli ve 364 No lu ilâmın temyizen tetkiki dâvacı Alâaddin Yar tarafından verilen arzuhalle istenilmiş ve bu baptaki dosya karadeniz Ereğlisi asliye hukuk hâkimliğince Ereğli Cumhuriyet müddeiumumiliğine tevdi ve Karadeniz Ereğlisi Cumhuriyet müddeiumumiliği tarafından dahi temyiz mahkemesi Cumhuriyet baş müddeiumumiliğine irsal olunarak oraca temyiz olunan hükmün asliye hukuk hâkimliğinden verilmiş ve esas dâvanın tetkiki de temyiz dördüncü hukuk dairesine ait bulunmuş olduğundan bahsile mezkûr dosya temyiz dördüncü hukuk dairesine tevdi edilmiş ve dördüncü hukuk dairesinden de aidiyeti hasebiyle daireye verilmiş olmakla bittetkik gereği müzakere olundu:

Karar

Bu şekildeki kararın halen kabiliyeti temiziyesi olmadığından temyiz istidasının REDDİNE ve 870 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 13/Mayis/944 tarihinde ittifakla karar verildi.