ADLİYE DERGİSİ

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuz beşinci sene
2 inci sayı

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası

1944

302

İÇİNDEKİLER

No.		Sayfa No.
12	**Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa Göre Hâkimin Reddi**..... *(Yazan : Sezai Bilge)*	139
13	**Şahsî Dâva** ..... *(Yazan : Dr. Nurullah Kunter)*	146
14	**Zina suçları ve Temyiz içtihatları üzerinde inceleme**..... *(Yazan: Nuri Sangar) Bilecik Sorgu Hakimi*	171
15	**Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 4 üncü maddesi hakkında bazı düşünceler**..... *(Yazan : Hilmi Kırelli) Silivri Hâkimi*	175
16	**Bibliyoğrafya**..... *(Dr. K. Fikret Arık)*	178
17	**Harbin hususi akitler üzerindeki tesiri**..... *(Konferansı veren: Ord. Prof. Andreas B. Schwarz)*	186
18	**İsviçre Federal Mahkeme Kararları**..... *(Çeviren : Dr. K. Fikret Arık)*	203
	Temyiz Mahkemesi Kararları Ceza Kısmı..	17/32
	Temyiz Mahkemesi Kararları Hukuk Kısmı..	33/48

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

308

No. 12

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa Göre Hâkimin Reddi

Yazan :
Sezai BİLGE

1412 sayılı ceza muhakemeleri usulü kanununun 1 inci kitabının 3 üncü faslında ve 21 inci maddeden 30 uncu maddeye kadar devam eden hâkimin reddine ait kısmının son zamanlarda görülen tatbik şekilleri karşısında kanunumuzun bu faslı üzerinde durmağı faideli buluyorum.

Ceza usulümüz içindeki bu sistemin, vatandaşın adalet tevzii bakımından ne derece teminata mazhariyeti ve adalete kavuşmak hususunda ne mertebede huzur ve sukûnu temine matuf ise öbür taraftan da alâkalı merci ve mahallî mahkemelerin de vakar ve haysiyetini muhafaza ve ceza usulünün intizamı bakımından iki taraflı ve çok muvazeneli bir ölçü mahsulü olduğuna da şüphe yoktur.

Bir kerre bahsimize, o kadar taallûku olmamakla beraber, kanun metninine ilhak edilen madde başlarındaki matlaba bütün kanunlarda çok lüzum olduğu kanaatındayım. Okadarki bu matlabın sadece aranılan maddeyi kolayca bulmağa ve tefsir etmeğe hizmet etmesi dahi başlı başına en büyük faide teşkil etmektedir.

Burada nazara alınacak tek ve ehemmiyetli cihet matlabın behemehal manaidde metnine tam bir şekilde uyması ve onu ifade etmesidir. İşte bu cihetlerden olarak aşağıdaki noktayı istitraden burada kayd etmeği lüzumlu bulduyoruz.

Kanunun 21 inci maddesi metninde hâkimin yazılı hallerde «hâkimlik vazifesini yapamayacağı» ve matlab kısmında da «hâkimin dâvaya bakamayacağı» ve fasıl başında da «hâkimin dâvaya bakmaması ve reddi" yazılı olduğuna göre faslın baş tarafında «Hâkimin dâvaya bakmaması» suretindeki tâbirinin biraz da kullanış itibariyle hâkimin âdeta dâvaya bakmaktan istinkâfını işrişrap eden bir mahiyet arzettiği ve halbuki madde metninde hâkimin bazı hallerde hâkimlik vazifesini yapamayacağı yazılı bulunmasından çıkarılan neticeye göre hâkimin tahakkuk eden yazılı haller müvacehesinde dâvaya bakmaktan memnu olduğu anlaşılmasına nazaran matlabdaki «bakamayacağı» veya faslın basındaki «bakmaması» tabirlerinin metnindeki mânayı ihtiva etmediği tebaruz etmekte ve mehazımız olan Alman ceza muhakemeleri usulü kanununun bu fasla verdiği ünvanda hâkimin dâvaya bakmaktan memnu olduğu haller şeklinde olması da bu mütalâamızı teyit eylemektedir.

Kanunumuzun 21 inci maddesinde hâkimin aşağıda yazılı beş halde hâkimlik vazifesini yapamayacağı daha doğrusu yazılı hallerde hâkimlik yapmaktan memnu olduğu daha kuvvetle ifade olunmuştur.

Hâkimin hâkimlik yapmaktan memnu olduğu haller kanunumuzda şöylece yazılmıştır:

1 — Suçtan kendisi zarar görmüşse,

2 — Sonradan kalksa bile maznun veya mağdur ile aralarında evlilik veya vesayet rabıtası bulunmuşsa

3 — Maznun veya mağdurun nesebinden veya sebebinden usul veya furuğu veya bunlarla olan evlât edinme rabıtası veyahut maznun veya mağdur ile aralarında üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) nesebinden veya kendisiyle sıhriyetten hasıl olan evlilik kalmasa bile ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) sebepten civar hısımlığı olursa,

4 — Aynı dâvada C. müddeiumumiliği ve adlî zabıta memurluğu vazifesini yahut mağdur veya maznunun müdafiliğini yapmış bulunursa,

5 — Aynı dâvada şahit veya ehli hibre sıfatiyle dinlenmiş ise.

Görülüyorki bu beş hal kısmen ve doğrudan doğruya hâkimin şahsına veya daha açık tâbirle şahsiyetine temas eden maddî sebepleri ve kısmen de hâkimin kanunen aldığı veya almağa mecbur kaldığı vaziyetin adalet teminatı ile telife çalışılmış mânevi saiklerini ihtiva etmektedir.

Bu memnuiyet Alman ceza muhakemeleri usulü kanununu şerh eden Löwe'nin tercüme ettirilen kısmı mahsusuna göre hâkimlik yapmaktan bihakkın memnu olan hâkimin alâkalı işte her türlü resmî muamelâta tevessülden sakınmakla mükellef bulunduğu ve hattâ bu sakınmanın tehirinde mazarrat umulan muameleler için de cereyan edeceği ifade olunmasına rağmen müellifler arasında muhtelif mütalâalara yol açmış bir mevzu haline girmiş ve bununla beraber kanunumuzun 28 inci maddesinde reddi istenilen hâkim hakkında bir karar verilinceye kadar yalnız tehiri caiz olmıyan muamelelerin yapılabileceği gösterilmek suretiyle bu mevzua daha genişlik verilmiştir.

Burada yine düşünmeğe değer bir nokta önümüze çıkmaktadır. Acaba dâvaya bakmaktan bihakkın memnu olan hâkim bu memnuiyete rağmen yine bir muamele yaparsa ne olacaktır?

Yine Alman ceza muhakemeleri usulü kanununun şarihine göre bu yapılan muameleler tasnife tâbi tutulmuştur.

Eğer memnuiyete rağmen verilmiş bir karar varsa kanuni şekil ve müddet içinde kanuni yoluna müracatla bu kararın tashihi cihetine gidilebilir.

Duruşma dışında yapılan muameleler tamamen hükümsüzdür. Bu muameleleri mahkemelerden sadır olan mukarrerat gibi telâkki etmemelidir. Hattâ daha ileriye giderek bu muamelelerin butlanı da resen nazara alınmalıdır. Böyle bir muamelenin butlanı hâkimin bihakkın memnuiyet sebebine vakıf olup olmamasına da tâbi değildir. Bu memnuiyet usul safhasında zuhur ederse hâkim tarafından yapılan muameleler hükümlerini gaip etmiş olmaz.

Kanunumuzun 23 üncü maddesinde hâkimin vazifesini yapmaktan memnu olan hallerde reddi istenilebileceği gibi (bitaraflığı şüpheye düşürecek) diğer sebeplerden dolayı da reddi taleb olunabileceği gösterilmiş ve bunu takib eden 24 üncü maddede bitaraflığı şüpheye düşürecek sebeblerden dolayı bir hâkimin reddi asliye mahkemesinde son tahkikatın açılmasına dair olan karar veya iddianame ve Temyiz mahkemesinde duruşmalı işlerde raportör âza tarafından yazılmış olan rapor okununcaya kadar ve duruşmasız işlerde temyiz tetkikatı başlanıncıya kadar istenebileceği yazılmış ve son fıkrası ile de (*sonradan hadis olan sebeblerden dolayı*) duruşma bitinciye kadar da hâkimin reddi istenilebileceği gösterilmiştir.

Mahazımız olan Alman ceza muhakemeleri usulü kanununun 25 inci maddesinde bizdeki 24 cü maddenin son fıkrası yani(*sonradan hadis olan sebeblerden dolayı duruşma bitinciye kadar hâkimin reddi istenilebileceği*) kaydı yoktur.

Bu kayıt tetkikatımıza göre Ceza muhakemeleri usulü kanununun bazı maddelerini tadil eden 8/Haziran/936 tarihli ve 3006 sayılı kanunun Büyük Millet Meclisi Adliye encümeninde tetkikat sırasında mezkûr kanunda gösterilen mucip sebeplere dayanılarak bu, kanun metnine eklenmiştir.

Encümenin esbabı mucibesi şu şekildedir. (Bitaraflığı şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı bir hâkimin reddi talebinin ne zaman yapılacağını gösteren bu maddeye C. Müddeiumumilerinin ilk tahkikat yapılmasına lüzum görmedikleri hallerde doğrudan doğruya tanzim edecekleri iddianame ile işi mahkemeye sevkedebileceklerinden bu vaziyete göre maddeye ilâve yapılmış ve yeni tadile göre bu ilâve lüzumlu olmakla aynen kabul edilmiştir.

Yalnız hâkimin reddine sebep teşkil eden hadise sonradan hadis olmuş ise bunun sonradan dermeyan edilebilmesi tabii bulunduğundan maddeye bu yolda ayrıca bir fıkra eklenmiştir.)

Bu maddenin esası olan Alman ceza muhakemeleri usulü kanununun şarihine göre:

Dâvada alâkalı taraflar red sebeplerinin dermeyanından vaz geçebilirler. Bu sebepden kanun, duruşmaya iştirak eden bir hâkimin reddi keyfi-

yetini zaman itibariyle tahdit ve red hakkının ademi istimali ile sakıt olacağını kabul etmektedir.

Kanunun esbabı mucibe mazbatasında beyan edildiği gibi maznun veya dâvacıya duruşma esnasında hattâ duruşmanın sonunda yapılan bir reddi hâkim talebi ile duruşmayı yapılmamış gibi bir hale koymak imkânı verildiği takdirde bu hal hem mahkemenin haysiyet ve vakarı ve hem de ceza usulünun intizamına mugayir düşer. Kanunun yine bu mucip sebeplerine göre reddi hâkim sebebinin mevcudiyeti yukarda işaret edilen zaman hudutları dışında vaki olursa veyahut alâkalı tarafından öğrenilse dahi, kanunun bu hükmü istina kabul etmiyecek kadar katidir. Ve bir eski hale getirme talebi de mevzuu bahis olamaz. Şukadarki gecikmiş bir reddi hâkim talebi hal ve şartlarına göre kanunumuzun 29 uncu maddesinin tatbiki imkânını teemmül ettirebilir.

Buraya kadar verilen izahattan anlşılacağı üzere adalet teminatı olarak kabul edilen reddi hâkim talebinin muayyen zamanlarda serdedilmek suretile kabule şayan görülmesi bu teminatin mahkemenin vakar ve şerefile de telif edilmek gayesinden doğmuştur. Sonradan hadis olan sebeplerle reddi hâkim talebi nihayet kanunumuza eklenen fıkranın mucip sebeplerine göre bu hadisenin biletraf izahi suretile duruşmanın sonuna kadar olmak lâzımgelir. Yoksa bazen tatbikatda da görüldüğü veçhile asliye mahkemesinde duruşma nihayetlenmiş ve zanlılar hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş bulunması ve zanlılar hakkında mahkemenin bu suretle kanaatını izhar etmiş olması verilen mahkûmiyet kararından sonra eşkâli kanunisi altında yapılmış bir reddi hâkim talebinin sebebini teşkil etmiyeceğine göre bu talebin hiç bir merciin tetkikine arz edilmeksizin o mahkemece kabule şayan görülememesinden reddedilmesi ve bu takdirde esbabı mucibenin gerek hukuki gerek maddi bakımdan temyiz mahkemesinin tetkikatını mümkün kılacak şekilde etraflı olması ve eğer hâkim aleyhine kanun yoluna gidilmiş ise esas hüküm ile de bu cihetin tetkiki için evrakın mafevk mahkemeye gönderilmesi tabii olmak lâzımgelir. Aksi halde ceza muhakemeleri usulile takip edilen sistem ihlâl adilmiş olur. Yine ceza muhakemeleri usulü kanununun 26 ıncı maddesindeki tek hâkim aleyhine yapılan reddin hangi merci tarafından tetkik edileceği noktasının tatbikat bakımından muhtelif safhalar arz etmekte olması da şayanı nazardır.

Kanun bu noktada bu hâkim aleyhindeki reddin kazası dahilinde bulunan ağır ceza mahkemesi tarafından tetkik ve karara bağlanacağını göstermektedir.

Tatbikatta bu cihet bazı yerlerde hukuk usulü muhakemeleri kanununun 33 üncü maddesindeki sarahate benzetilerek red talebinin çift hâkimli olan yerlerde refiki tarafından tetkiki mümkün olabileceği gibi bir mâna çıkarılmaktadır.

312

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun (mahkemei asliye vezaifi bir hâkim tarafından ifa olunan mahkemelerde bu hâkim hakkında vuku bulan red talebi refikı varsa onun tarafından yok ise en yakın mahkemei asliyede bakılır) suretindeki açık ibare karşısında her hangi hukukî bir red talebinin çift hâkim mevcut bulunan mahallerde yapılacak tetkikat bu sarahata göre ifa edilebilirse de hukuk usulü muhakemeleri kanununun meriyete girmesinden sonra buna mütenazır olan ceza muhakemeleri usulü kanununun 26 ıncı maddesi 3006 sayılı kanunla daha sonra tadil görmüş olduğu halde hassaten bu noktanın ele alınmamış bulunması kanun vazıınca cezai mesaile verilmiş ayrı bir hususiyet icabı olarak mütalâa edebileceğinden 26 ıncı madde sarahati dairesinde bu kabil red taleplernin kaza dairesindeki ağır ceza mahkemesinde tetkiki tabiî bulunmuştur.

Bu kabil red taleblerinde çift hâkimliği olan yerlerde red talebinin red olunan hâkımin refiki tarafından rüyetini tabii gibi gösteren bir sebeb de bu suretle teşkil olunan münferit hâkimlerin teşkilâta ait kanun mucibince yekdiğerinin vekili tabii ve kanunisi bulunmak salâhiyetile birinin infikâki halinde diğerinin bir güna salâhiyet verilmesine lûzum ve ihtiyaç mes ettirmeksizin yekdiğelerine ait işleri görmeğe kanun mucibince salâhiyetdar olmaları neticesi olarak red taleblerinin de birbirleri hakkında tatkikine salâhiyetdar olabilecekleri mütalâsının inzimam etmekte bulunmasıdır. Filhakıka hukuk usulüne göre ceza hâkimi hukuk hâkimi hakkındaki red talebini tetkike salâhiyetli bulunduğu halde ceza usulüne göre hukuk hâkimi arkadaşı hakkında mesrut bu nev'i talebi tetkike yine kanunun açık ibaresi mani bulunmaktadır. Vazıı kanunun buradaki tek hâkim tabiriyle kast ettiği mana arkadaşı bulunmayan tek hâkim midir?yoksa arkadaşı da olsa alelıtlak tek hâkim aleyhindeki red taleblerinin mahallindeki diğer arkadaşına bırakmaksızın mafevk mahkemede tetkikini mi? hedef ittihaz etmiştir.

Büyük Millet Meclisi adliye encümeninin Ceza muhakemeleri usulü kanununun 26 ıncı maddesinin tadiline müteallik esbabı mucibe mazbatasında bu maddenin red talebinin varit olmaması veya aksi sabit olması hallerinde para cezası miktarının ziyadeleştirildiği ve böylece hukuk usulü muhakemeleri kanununa konulmuş olan para cezası hükmünün ceza işlerinde de tatbik olunacağına dair 1582 sayılı kanunun 2 inci maddesi ilga olunarak lûzumlu olan bu müeyyidenin âlâkalı olan bu maddeye eklenmiş bulunduğu zikredilmekle iktifa olunmuştur. Gerek hükümet teklifindeki mucib sebepler ve gerekse encümen müzakere ve mazbatası muhteviyatı yukarıda hatıra gelebilen mülâhazayı aydınlatmağa yarayacak malûmatı veremekte bulumuş isede zan ve mütalâamıza nazaran bu kanunun iktibas olunduğu memleket adliyesi teşkilâtı bakımından tatbikatta bu mülâhazaya yer kalmıyacağı ve ancak memleketimiz adlî teşkilâtına göre bazı kazalar-

da hukuk ve ceza işleriyle uğraşan tek hâkimli ve bazı kazalarda da her ikisile birden meşgul yine tek hâkimli teşkilâtın kabul ve tatbik edilmiş bulunmasının bu mülâhazaya yer verdiği ve bu maddenin de kanun vazıinca istihdaf olunan gayeye ve teşkilâta göre hukuk usulünde olduğu gibi her güna tereddüde yer vermeyecek şekilde tedvini maksadı temine kâfi olacağı ifade olunabilir. Yine bu 26 ıncı madde tatbikatında hatıra gelebilen ayrı bir mülâhazayı da kanun tadilatı sırasında ve ileriki tetkiklerde nazara alınabilecek bir nokta olarak görmekteyiz. Mahiyeti itibariyle umumî intizame taallûk etmiyen hukukî reddi hâkim taleblerinde bu talebin reddi halinde reddi isteyen kimseden red talebinin mahiyetine göre on liradan 300 liraya kadar para cezası alınacağı hukuk usulü muhakemeleri kanununun 36 ıncı maddesinin tadil gören 4 üncü fıkrasında mezkûr olduğu ve bu maddenin o tarihlerde ceza muhakemeleri usulü kanunundaki hâkimin reddi hadiselerinde dahi tatbik olunacağı tasrih edildiği ve bu suretle ceza usulünde bu madde hükmü hemen hemen altı seneye yakın bir zaman tatbik edildiği halde 3006 sayılı kanunla bu ceza ceza muhakemeleri usulü kanununa çok haklı olarak nakledilmiş ve şu suretle lûzumlu görülen bu müeyyide asıl maddeye eklemnişsede âmme intizamı bakımından daha vahamet arzeden ve üzerinde daha hassas bulunulması lâzımgelen ceza dâvalarındaki red taleblerinin haksızlığı karşısında hem bu ceza hukuk usulüne göre daha hafif bir hale konulmuş ve hemde bir müddet daha fazla bir had ile tatbik edildikten sonra daha hafif bir hale getirilmiş bulunmaktadır.

Zannımca buradaki para cezasının hukuk usulündeki para cezasından daha hafif bir miktara indirilmesi yukarıda arzedilen sebebe dayanarak yeni bir tetkike tabi tutulmasını zarûrî kılacak bir vaziyet olarak talâkki etmekte ve bu cezaların kendi kanunlarında ve fakat aralarında tenazuru temin edecek bir şekle konulmasını bu münasebetle temenniye şayan bulmaktayım.

Red taleblerinin tedkiki neticesinde verilecek kararlara karşı, kanunumuzun 27 inci maddesinde açıkca gösterildiği veçhile kabule müteâllik, verilen kararlar kat'idir.

Reddin kabul edilmemesine dair olan karar aleyhine acele itiraz yoluna müracaat olunabilir.

Alman ceza usulü muhakemeleri şarihine göre reddi hâkin talebini redde mütedair karar aleyhine acele itiraz yoluna gidilebileceğine müteallik hüküm; red kararının kararları aleyhine itiraz yolu açık olan bir mahkeme tarafından verilmesini farz ettirmektedir.

Bu maddenin ikinci fıkrasında hâkimi red talebinin esassız olduğuna dair verilecek karar aleyhine esas hüküm ile birlikte kanun yoluna müracaat edileceği yazılıdır.

314

Bu fıkranın Alman ceza muhakemeleri usulündeki aslında (Hâkimi red talebinin) ibaresinden evvel (hükme iştirâk edecek hâkim) tabiri mevcuttur. Bu tabirle son tahkikata iştirak edecek hâkimleri anlamak lâzımdır. Bu hâkimlerin Reis gibi yalnız nihai karara değil sair tedbir ve kararlara iştirâk edecek durumda olmaları haizi tesir değildir. Bu ikinci fıkra hükmü ancak son tahkikatın açılması üzerine kabili tatbikdir.

Buraya kadar verilen izahatla reddi hâkim talebinin duruşmıya kadar cereyan eden safhalarında serdi halinde yapılacak muamele ve Alman kanununun kabul ettiği veçhile son tahkikatın açılmasına mütedair kararın okunmasına kadar yine reddi hâkim hakkında vuku bulacak taleplere karşı yapılacak muameleler ayrı ayrı tahlil edilmiş ve son tahkikatın açılmasına mütedair kararın okunmasından sonra Alman kanununa göre artık bir reddi hâkim mevzuu bahis olamıyacağından bu hususta başkaca sarahat vaz'ına lüzum görülmediği ve ancak bizdeki kanuni sarahata göre sonradan hadis olan sebepler karşısında reddi hâkim talebine salâhiyet kabul edilmiş olduğundan *dâvanın hükme iktiran etmesine kadar* bu sebeplerin sonradan hadis olmuş bulunması kaydıyle kabul edilmesi ve reddin kabul edilmemesi halinde de işin esas hükümle birlikte merciince tetkikinin zarurî bulunduğu neticesine varmış oluyoruz.

No. 13

ŞAHSÎ DÂVA

Yazan:
Dr. Nurullah KUNTER

		Sayfa No.
I	Şahsî dâva yoluna lüzum olup olmadığı meselesi.	S. 147
II	Şahsî dâva tâbiri.	S. 149
III	Şahsî dâvanın mevzuu.	S. 150
IV	Şahsî dâvacı.	S. 150
	A. — Şahsî dâvaya mevzu olabilen suçlar. B.—dâva açmak ehliyeti. C.—Mümessilin dâva açabilmesi. Ç.—Suçtan zarar görenlerin birden fazla olması. D.—Suçtan zarar görenin ölümü.	
V	Dâva olunanlar.	S. 154
VI	Şahsî dâva ve Müddeiumumi.	S. 155
	A. — Şikâyet üzerine müddeiumuminin âmme dâvasını açmakta takdir hakkı, B.—Müddeiumuminin âmme menfaatı görmediği zaman yapacağı muamele.	
VII	Şahsî dâvanın açılması :	S. 158
	A. — Şahsî dâva talebi. B.—Mehil. C.—Şahsî dâva talebinin alâkalılara tebliği. Ç.—Duruşmanın açılması ve şahsî dâvanın reddi kararı.	
VIII	Şahsî dâvada duruşma :	S. 162
	A. — Umumî hükümlerin tatbiki. B.—Karşılıklı dâva. C.—Teminat gösterme mecburiyeti. Ç.—Şahsî dâvada müdafi ve vekil. D.—Şahsî dâvacının hakları. E.—Şahit ve ehli hibrenin celp ve daveti. F.—Mahkemelerin tatili.	
IX	Şahsî dâvadan vazgeçme:	S. 164
	A. — Şahsî dâvadan vazgeçmeyi kabul ettiren sebepler, B.—Vazgeçme ehliyeti. C.—Sarih vazgeçme. Ç.—Zımnî vazgeçme, D. — Vazgeçmenin hükümleri.	
X	Şahsî dâva sonunda verilen kararlar:	S. 167
	A. — Ceza dâvası hakkındaki kararlar. B.—Şahsî hak dâvası hakkındaki kararlar.	
XI	Kanun yolları.	S. 169

316

I

Şahsî dâva yoluna lüzum olup olmadığı meselesi.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, kaide olarak, ceza dâvasını açmak ve takip etmek vazifesini müddeiumumilere vermiş ve istisna olarak da suçtan zarar gören kimsenin suçluyu cezaya çarptırmak ve kendi şahsî haklarını da temin etmek üzere doğrudan doğruya yani C. Müddeiumumisinin iştirakini tahrike hacat kalmadan dâva açabilmesini kabul etmiştir. Mutazarrırın doğrudan doğruya açtığı bu dâvaya şahsî dâva denilmektedir.

Suç dolayısiyle ceza vermek cemiyete düşen bir vazife olduğu için ceza dâvasını da açmak devlete ait olmak lâzımgelirken bunu istisnaen de olsa fertlere bırakmanın hikmeti acaba nedir?

Fertlere ceza dâvası açmak salâhiyetinin tanınmasının tarihî bir sebebi vardır. Bilindiği gibi ceza usulü ilk defa ithamî sistem (système accusatoire) ile başlamıştır. Dâvayı açan suçtan zarar görendir. Ceza dâvası adeta bir hukuk dâvası gibidir. Sonradan dâvanın cemiyeti temsil eden müddei umumiler tarafından açılması sistemi kabul edilmiş ve bu sistem müteaddit değişiklikler geçirerek bugünkü şeklini almıştır. İşte şahsî dâva eski ithamî sistemin bu günkü ceza usulü mevzuatında hâlâ yaşıyan bir hatırasıdır. Mamafih suçtan zarar görenin doğrudan doğruya dâva açmasını kabul etmiyen memleketler de vardır. İtalya, Arjantin, Portekiz, Japonya gibi. Bazıları da bunu, mahdut suçlara inhisar ettirirler. Türkiye ve Alamanya gibi. Fransa'da ilk tahkikatsız işlerde suçtan zarar gören, maznunu doğrudan doğruya son tahkikata çağırabilir. Bu suretle âmme dâvasını harekete getirebilir. Cinayet işlerinde, şahsî haklarını da istediği takdirde, şikâyeti ile sorgu hâkimini harekete getirebilir, yani ilk tahkikat ile âmme dâvasını açmış olur. Bu sistemin suiistimallere yol açtığı görülmüş ve bunu önliyecek tedbirler alınmıştır. Birleşik Amerika'da müddeiumumiler ancak yüksek dereceli mahkemelerde dâva açarlar. İspanya ve İngiltere'de ithamî sistem daha geniş bir surette tatbik edilmektedir [1].

Şahsî dâvayı kabul ettiren bir diger sebep te takibi şikâyete bağlı suçlardan bir kısmının nisbeten hafif olması ve şahsı daha fazla alâkadar etmesidir [2]. Her ceza dâvası bir âmme dâvasıdır. Bu dâvanın da âmme namına mahsus memuru yani müddeiumumi tarafından açılmsı icap eder.

[1] DONNEDIEU DE VABRES (H.): *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée.* Paris, 1938, S. 623, 633

[2] TANER (Tahir); *Ceza muhakemeleri Usulü.* İstanbul, 1934—35, S. 126

312

Şahsî dâva sisteminin,müddeiumuminin ihmal ile ve bilhassa siyasî saiklerle takibata karar vermemesine karşı vatandaşlar için büyük bir teminat olduğu söylenilmiştir [3]. Fakat bilhassa bizim sistemimizde müddeiumuminin ademi takip kararına karşı itiraz yolu mevcut olduğuna ve itirazın reddi hakkındaki kararda da kanunsuzluk olduğuna kanaat getirilirse Adliye Vekâletine müracaatla yazılı emirle bozdurulmasını istemek mümkün bulunduğuua göre, biz şahsî dâvanın mevcudiyetini böyle bir esasa istinat ettiremeyiz.

1913 tarihli eski İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü kanununda mevcut şahsî dâva yolu hakaret dâvasındaki mehlin pek kısa olmasına istinat ediyordu. Zira adlî mekanizma harekete gelinceye kadar üç aylık müdet geçiyor ve dâva açılamıyardu. Yeni Ceza kanunu bu kısa mehli kaldırmış ve yeni Usül kanunu da ceza dâvasının esas karakterine muhalif olan ve tatbikî bir çok müşkülleri de bulunan bu müesseseyi lâğvetmiştir [4].

Usul kanunumuzun 1936 daki mühim tadilleri esnasında Erzurum mebusu Fuat Sirmen de aynı sebeple şahsî dâva yolunun kanundan çıkarılmasını istemiş ve pek haklı olarak dasuçtau zarar görenin açtığı dâvanın duruşmasında sonuna kadar bizzat bulunmasının veya avukat bulundurmasının, aksi halde dâvadan vazgeçmiş sayılmasının külfetli bir iş olduğu kadar madelete de mnvafık bulunmadığını beyan etmiştir [5]. Fakat Adliye Encümeni bu suçların tevlit edecegi içtimaî zarar ve tesirin ehemmiyetlerinin tesiri bakımından müddeiumumileri tahrike mutlak olarak lüzum hasıl etmiyeceğini meydanda bulmuş, mağdurun vazgeçmesile dâvanın düşmesinin de kanunnda kabul edilmiş olmasına ve bu suçlarda tarafların barışması ve tarziye vermesi gibi suretlerle de dâvanın ortadan kalkması ceza tertibi kadar içtimaî faydayı temin eylemesine mebni bu faslın kanunda kalmasını ekseriyetle muvafık görmütür[6].

İlerde göreceğimiz gibi, 344. maddede yazılı hallerde müddeiumuminin âmme dâvası açabilmesi âmme menfaatı görmesine bağlıdır. Ortada bir suçlu olduğuna ve buna bir ceza verilmek icap ettiğine göre her ceza dâvasında âmme menfatı görmek lâzımdır. Fertlerin takdirine bırakılacak olan cihet kendileri aleyhine işlenen suçlar dolayısı ile adlî makanizmayı hareke te getirmeği isteyip istememeleri olmalıdır,diğer bir söyleyişle,muayyen bazı suçların takibini şikâyete bağlı tutulmalıdır.

[3] VIDAL (G.) et MAGNOL(J.) (*J.*): *Cours de drit criminel*.Paris,1935, S. 789

[4] MANZINI (V.): *Trattato di diritto processnale penale italiano*, Torino, 1931, Cilt I, S. 205

[5] *T.B.M.M.Zabıt Ceridesi*. Cilt 12(1936). S. sayı 220, s.19

[6] *T.B.M.M.Zabıt Ceridesi Cilt* 12 , S. Sayı 220, s. 19

318

Hulâsa, biz de şahsî dâvanın kaldırılmasına taraftar bulunuyoruz. Suçtan zarar görenin doğrudan doğruya dâva açabilmesini ve fakat müddeimumiye müracaat ederse müddeiumuminin dâva açmağa mecbur olmasını kabul suretile mutavassıt bir hal çaresini de doğru buluyoruz. Çünkü suçtan zarar görenin doğrudan doğruya dâva açabilmesinde ne kendisi için ne de cemiyet bir fayda görmiyoruz.

II

Şahsî dâva tâbiri

Şahsî dâva tâbiri usule ait bir tâbirdir. Âmme dâvasının zıddı olarak kullanılır. Fakat Ceza Kanununda da şahsî dâva ve iddia tâbirleri kullanılmıştı. Mehaz İtalyan kanunundaki querela karşılığı olarak kanunumuza giren bu tâbirler şikâyet mânasınadır. Onun içindirki 1929 da kabul ve neşredilen Usul kanunumuz iltibasa mahal vermemek üzere ceza kanununda yazılı şikâayet ve şahsî iddia tâbirlerinin aynı mânada olduğunu ve her ikisinin de şikâyet mânasına geldiğini tasrih etmiştir (CMUK 151). Meselâ Ceza Kanununun 443. Maddesinde zina suçundan dolayı takibat icrası şahsî dâva ikamesine bağlıdır denilmekte idi. Bu suç usulün 344. Maddesinde sayılı suçlardan olmadığı için şahsî dâva ikamesine imkân yoktur ve buradaki şahsî dâva tâbiri şikayet mânasına gelmekte idi. Buna rağmen tatbikatta tereddüler hasıl oduğu görülmüş ve Adliye Vekâleti bir mütalâasında bu fıkrayı başka mânada tefsir etmiş ve bu fıkradan maksadın takibi şikâyete veya şahsî dâva ikamesine bağlı olan suçlardan dolayı vuku bulacak şikâyetlerde bu iki şekil arasında bir fark mevcut olmadığını tesbit olduğunu söyledikten sonra yalnız mezkûr maddede yazılı müracaat ve şikâyetlere münhasır bulunduğunu ve Türk Ceza Kanunundaki şikâyet ve şahsî dâva tâbirlerinin hüküm ve mânalarına tesiri olmadığını ilâve etmiştir [7]. Bunun üzerine Ceza kanunu 2275 sayılı kanunla tadil edilirken, Ceza kanunundaki şahsi dâva, şikâyet, şikâyetname tâbirlerinin aynı hükümlere tâbi bulunduğunu tesbit için, bu kanunun ikinci maddesile bu tâbirler kaldırılmış ve yerine yazı ile şikâyet tâbiri konulmuştur [8]. Takrar edelim ki bu değişiklik yalnız Ceza Kanunundaki tâbirler hakkındadır ve Usuldeki şahsî dâva ile alâkası yoktur.

[7] ADLİYE VEKÂLETİ *Mütalâa* 7/12/1932(Adliye ceridesi 1933 sayı 129 s. 19)

[8] Bu değişiklikten sonra yıllar geçti. Halâ ötede beride, hattâ Temyiz Mahkemesi kararlarında, şahsî dâva tabirinin yersiz kullanıldığını görüyoruz. (Ceza Kannnunun 425. maddesi hükmüne göre usulen şahsî dâva dahi ikame edilmemiş olduğu halde . . . . .) : TM.1. CD: 13/2/1941, 398 — 520

319

III

Şahsî dâvanın mevzuu

Suçtan zarar gören kimse usulün 344. Maddeinin birinci fıkrasına göre suçlunun cezalandırılmasını ister. 350. Maddenin son fıkrasına göre de şahsî haklarını talep edebilir. Şu halde şahsî dâva da, müdahale gibi, hem âmme dâvasıdır hem de şahsî hak dâvasıdır.

Kanunumuz, müdahelede olduğu gibi, şahsî hak noktasında mehaz Alman kanunundan ayrılmaktadır. Bizde hem maddî hem manevî tazminat istenebildiği halde Alman kanununda şahsî dâvacı yalnız manevî tazminat tâlep edebilir.

Ceza dâvası ile tazminat dâvası ayrı ayrı müruru zamanlara tâbi olduğu için bunlardan yalnız birisinin düşmüş olması mümkündür. Eğer şahsî hak dâvası düşmüşse şahsî dâva ile ancak ceza takibatı yapılabilir. Eğer hukuku âmme ciheti sakıt olmuşsa şahsî dâva açılamaz. Çünki ceza mahkemesinde tazminat dâvasının görülmesi sırf ceza dâvası ile ilgisi dolayısiledir. Ceza dâvası olmayınca şahsî dâvaya da bakılamaz [9].

IV

Şahsî dâvacı

A. Şahsî dâvaya mevzuu olabilen suçlar. Şahsî dâva açabilecek olan şahıs suçtan zarar gören kimsedir. Yalnız kanun her hangi bir suçtan zarar görenin şahsî dâva açmasını kabul etmemiş, şahsi dâva ile takibi mümkün olan suçları tahdidi bir surette tâyin etmiştir (CMUH 314).

Mehaz kanunda ilk önce şahsî dâva yolu yalnız söğme ve hafif müessir fiillerde kullanılabiliyordu. 1924 tadilinde liberal bir zihniyetle suçtan zarar görene daha çok kolaylıklar göstermek üzere bu suçların adedi artırıldı. Bizim 344. Madde bu son şekilden alınmıştır.

344. Madde suçları yalnız isimlendirmemiş, madde numaralarını da göstermiştir. Bir suçun şahsî dâva yolu ile takip edilebilmesi için 344 de gösterilen suçlardan biri olması kâfi değildir. Tâyin edilen maddeye de uyması lâzımdır. Meselâ tehdit suçu 191. Maddenin son fıkrasına girdiği takdirde şahsî dâva yoluna başvurulabilir.

344. Maddede sayılan suçlardan olduğu ve madde numarası da uyduğu halde hususî bir kanun gereğince sahsî dâva yolu ile takip edilmeyen suçlar da vardır. Adetâ vazıı kanun tanıdığı bu hakkı geri almıştır. Mese-

[9] TM. C. UH: 13/12/ 1937; 282—323 (*Temiyz kararları 1937, s.* 142)

320

lâ bu suçların matbuat vastası ile işlenmesinde matbuat kanununun koyduğu hususî muhakeme usulü caridir. Bu kanuna göre takibi şikâyete bağlı suçlarda takip yine şikâyete bağlıdır, fakat suçtan zarar gören kendiliğinden dâva açamaz. Bütün matbuat dâvaları Müddeiumumi tarafından açılır (Matbuat kanunu 56). Keza meşhut suçlar kanununun tatbik edilebimesi için müddeiumuminin iddianame ile dâva açması lâzımdır. Suçtan zarar görenler bu kanuna göre şahsî dâva açamazlar (Meşhut suç kanunu 2).

B. Dâva açmak ehliyeti. Bir kimsenin şahsi dâva açabilmesi için yalnız muayyen suçlardan zarar görmüş olması da kâfi değildir. Dâva açabilmek ehliyetine de malik olması lâzımdır. Medenî haklarını kullanmağa mutlak surette ehil olmıyanlar, yanî mümeyyiz almıyan küçük ve mahcurlar şahsî dâva açamazlar. Fakat küçük veya mahcur mümeyyiz ise şahsî dâva açabilir. Zira Temyiz Makemesi Tevhidî İçtihat Umumî Heyeti suçtan zarar görenin şahsî dâva açmasını şahsa merbut haklardan addetmiş ve Medenî Kanununun 16. Maddesi mucibince kanununî mümessilin rızasına lüzum görmemiştir. Her ne kadar bu karar yalnız mümeyyiz küçükler hakkında ise de kararın mucip sebepleri mümeyyiz mahcurlar hakkında da varittir. Tevhidi İçtihat Heyeti usul kanunun şahsî dâva açmak hakkını kanunî mümessile vermesi ile dâva açmağa Medenî Kanun hükümlerince salâhiyettar olan mümeyyiz küçüklerin dâva açmak hak ve salahiyetinin nezedilmiyeceğine karar vermiştir. İki kanun telif edilmiş ve mümessillerin dâva hakkının mümeyyiz küçüklerin dâva ve şikâyette bulunmadığı hale münhasır olduğu neticesine varılmıştır. [10]

C. Mümessilin dâva açabilmesi. Şahsî dâvanın doğrudan doğruya zarar gören kimse tarafından açılması kaide olmakla beraber, kanun sair kimselere de bu hakk istisna olarak tanımıştır. Meselâ suçtan zarar görenin kanunî mümessili varsa o da dâva açabilir. Eğer suçtan zarar gören bir hükmî şahıs ise dâva açmak salâhiyeti onun mümessiline aittir (CMUK 344/2,3)

Meşhut suçlar kanununun ikinci maddesinde kanunî mümessilin şikâyet edebileceğinden bahsedilmemişse de bu maddenin usuldeki umumî hükmü değiştirmediğini kabul etmek doğru olur. Netekim Temyiz Mahkemesi de bu yolda karar vermiştir [11].

Şahsî dâva açabilmek meselesinde mahkemeleri birbirine düşüren ve nihayet Tevhidi İçtihat yolu ile halledilen bir diğer mesele de karıya karşı hakarette kocanın şikâyet etmek, şahsî dâva açmak hakkına mâlik olup olmadığı meselesidir. Mehaz kanunda şöyle bir fıkra mevcuttur: «Ceza kanunları mucibince suçtan zarar gören namına müstakillen ceza talep etmek hak-

[10] TM. Tİ. UH: 15/4/1942, 9—14 (*RG* 5150 6/7/1942)
[11] TM. C. UH: 20/9/1937, 177—189 (*Temyiz Kararları 1937*. S. 101)

321

kını haiz olanlar da şahsi dâva açabilirler». Kadına, küçüğe ve memura karşı söğme ve döğmede Alman ceza kanunu kocanın, babanın ve amirin şikâyette bulunabileceğini kabul etmektedir. Bizim ceza kanunumuzda böyle bir hüküm olmadığı için maddenin bu fıkrası alınmamıştır. Temyiz Mahkemesi uzun müddet karısına karşı yapılan söğme suçundan dolayı kocasının suçlu aleyhine dâva açmağa salâhiyetli olduğunu kabul etmişti [12]. Ailenin müşterek vakarını himaye kocaya mevdudur, karısına karşı vâki hakaret fiilinden dolayı kocanın dâva ikamesi takibat icrası için kâfidir deniliyordu. Müstakar içtihat ta bu idi [13] Fakat bilâhare bu kanaat değişti ve Tevhidi İçtihat Umumi Heyeti suçtan zarar gören kimsenin dâva edebilmesi için kanunda bir sarahat olması icap edecegine, karısı namına kocanın dâva edebilmesi için de ne Ceza Kanununda ve ne de Ceza Usulünde sarahat bulunmadığına ve Ceza kanununun 448 ve Ceza Usulünün 344. maddelerindeki hükümlerin bu maddelerde yazılı hallere münhasır olduğuna karar verdi, ancak karıya karşı madde isnadı suretile hakaret kocaya da söğme sayılacağı cihetle suçtan zarar gören kimse olması bakımından kocanın şahsi dâva hakkını haiz olduğu neticesine vardı [14].

Ç. Suçtan zarar görenlerin birden fazla olması. - Suçtan zarar görenler müteaddit ise her birinin şahsi dâva acmağa hakları vardır. Ve bu haklarını ayrı ayrı kullanabilirler (CMUK 341/1). Kanun mutazarrırlardan birisi dâva açmışsa diğerlerinin de o dâvaya girebileceğini kabul etmiştir (344/2).

Bu girişin nasıl olacağı hakkında sarahat yoktur. Kanaatımızca 350. maddenin burada da tatbiki muvafık olur. Kanun yoluna müracaat suretile de, yalnız âmme hukuku bakımından olmak şartile, iştirak kabul edilebilir.Zira sadır olan karar dâva açmamış olan mutazarrırlara karşı dahi mazrnun lehine tesir edeceğindeu bu kararlar aleyhine diğer mutazarrırların kanun yollarına müracaat ederek aleyhlerine kannnsuz bir hüküm verilmesine mani olmalarını temin etmek icap eder. Fakat her halde bu şahısların suçtan zarar gördüğünün, dâva açmıya ehliyetli bulunduğunun dosya münderecatından anlaşılması lâzımdır. Otto Schwarz bizim 350. maddemizde ki şartlara ihtiyaç olmadığı fikrindedir [15]. Fakat biz bu fikre iştirak edemiyoruz. 350 maddedaki şartlarada ihtiyaç vardır. Zira bu şartlar beyan ve istidanın 193. maddenin birinci fıkrasında gösterilen şartlara uymasıdır Yani suçun adını, hukukî unsurlarını, tatbiki icap eden kanun maddesini, sübut sebeplerini ve duruşmanın yapılacağı mahkemeyi göstermek lâzımdır. Bir

[12] TM. 2. CD: 11/9/1935, 6940—7774 (*Temyiz Kararları 1935*. S. 16)
[13] TM. C. UH: 28/3/1938, 447—147 (*Temyiz Kararları 1939*. S. 38)
[14] TM. Tİ, UH: 11/7/1942, 1—21 (*RG* 5341 26/2/1943)
[15] SCHWARZ (O.): *Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi*.S. 668

322

de istidaya iki suretin raptedilmesi ve nihayet şahsi hakkın neden ibaret olduğunun bildirilmesi gerektir. Dâvaya iştirak eden mutazarrırın da suçun hukuki unsurlarını ve tatbiki icap eden kanun maddesini göstermesi faydasız olmadığı gibi dâvayı açmış olan mutazarrırın göstermediği sübut sebeblerini ileri sürebilmesi de mümkündür. İstidaya iki suret raptedilmesi suçluya ve müddeiumumiye tebliğ içindir. Suçlunun iştirakten celseden evvel haberdar edilmesi daha iyi olur. Dâvayı açmamış ve iştirak etmemiş olan müddeiumumi de yeni vaziyetten haberdar olunca belki iştirak etmek istiyecektir. Nihayet şahsi hakkın neden ibaret olduğunun gösterilmesi şartı ise behemehal tahakkuk etmesi icap eden bir şarttır. Aksi takdirde şahsi dâvacı en büyük bir avantajından mahrum olacaktır.

Dâvaya sonradan girenler dâva ne halde ise o halde iştirak ederler (CMUK 345/2). Bu itibarla bunların o dâvayı bırakıp müstakil bir dâva açamamaları lâzımdır.

Mutazarrırlardan birinin açtığı şahsi dâva ve açtırdığı âmme dâvası neticesinde verilen kati kararlar dâva açmamış olan mutazarrırlara da şâmildir (CMUK 345/3). Meselâ maznun beraet etmişse artık diğerleri dâva açamazlar. Yalnız meselâ karşılıklı hakaretten dolayı maznunun cezası düşürülmüşse bu yalnız dâva açanla maznunu alâkadar eden bir sebep olduğundan bu kararın diğer zarar görenlere tesiri olmamak lâzımdır. Maddedeki «aynı vaziyette olan alâkadarlar» tabirinden maksat da budur.

Bu münasebetle kanunumuzdaki bir yanlışlığa işaret edelim. Mehaz kanunda işin esasına ait olarak sadır olan kararların diğer alâkalılara tesirinden bahsolunduğu halde bizde «işin esasına ait olsa bile» denilmiştir. Bunun kasden olduğunu, yani işin esasına ait olmıyan kararların da diğerlerine tesir etmesinin istenildiğini zannediyoruz. Meselâ birisinin açtığı dâvanın celseye gelmemek yüzünden düşmesi halinde henüz dâva açmamış olan diğerinin hakkı neden düşsün?

D. Suçtan zarar görenin ölümü. Suçtan zarar gören kimse ölürse mirasçıları şahsi dâva açabilecekler midir? Kanunumuz bu hususta sakittir. Suçtan ancak doğrudan doğruya zarar görenin şahsi dâva açabileceği ve Temyiz Mahkemesinin bu dâva hakkını şahsa merbut haklardan saydığı göz önünde tutulursa bu hakkın mirasçılara intikal etmiyeceğine hükmedilebilir. Ceza Kanununda hakaret ve söğme hakkındaki 488. madde hükümlerinin mahfuz tutulması da bunu göstermektedir.

Suçtan zarar gören kimse dâvayı açtıktan sonra ölürse mirasçıları takibata devam edebilirler (CMUK 363). Kanunumuz bu noktada da mehazından ayrılmıştır. Almanya'da şahsi dâvacının ölümü, bir tek istisna ile, muhakemenin tatilini icabettirir. Bizim 363. madde ise takip hakkının miras-

323

çılara intikal ettiğini söyldikten sonra ceza kanununun hakaret ve söğme hakkındaki hükümlerini mahfuz tutmuştur, yani kaidenin bir istisnası mevcut olduğunu göstermek istemiştir. Halbuki Ceza Kanunumuzda 363. maddeye muhalif bir hüküm yoktur ki istisnanın mahfuziyeti hakkında bir hüküm konulmak ihtiyacı duyulabilsin. Ceza kanunu şikâyet hakkının intikalini kabul ettikten sonra dâvaya devam hakkının intikalini evleviyetle kabul eder. Böyle bir hüküm ancak madde «şikâyet hakkı mirasçılara intikal etmez» şeklinde yazılmış olsaydı bir mâna ifade edebilirdi diye düşünüyoruz.

Mirasçılar takibata nasıl devam edeceklerdir? Almanya' da mahkeme duruşmanın tatiline karar verir ve takibe müsaade olunan istisnai halde mirasçılar iki ay zarfında mahkemeye devam edeceklerini bildirirler. Bizde böyle bir hüküm olmadığına göre mirasçılar ne vakte kadar devam edeceklerini bildireceklerdir? Tatbikatta şöyle hareket edilmektedir: dâvacının öldüğünü ögrenen mahkeme nüfus idaresinden ölümü tahkik etmekte ve mirasçılarını sormakta ve ondan sonra mirasçılarına dâvacı imiş gibi tebliğat yapmaktadır. Bu işler dâvaları bir haylı sürüncemede bırakabilir. Onun için 363. maddeye meselâ mirasçıların ölüm tarihinden itibaren iki ay zarfında takibata devam edeceklerini bildirmeleri yolunda bir hüküm konulması muvafık olur.

V

Dâva olunanlar

Şahsî dâvanın aynı zamanda hem ceza dâvası hem tazminat dâvası olması yüzünden bu dâva hem suçu işliyen kimse hem de varsa malen mesul olanlar aleyhine açılır.

Suçtan zarar gören kimse suçluyu bilmiyorsa şahsi dâva açamıyacaktır. Zira kanunumuz şahsi dâva açılmasından bahsederken beyan ve istidanın iddianame gibi olmasını emretmiştir (CMUK 350/1). İddianamede ise suçlunun tâyin edilmesi lâzımdır.

Suçluyu bilmiyen kimse şahsi dâva açamazsa da şikâyetle müddeiumumiyi tahrik edebilir. Böylece bir suç ihbarı karşısında kalan müddeiumumi tahkikat yapar ve suçluyu bulmağa çalışır [16].

Suçlular mütaaddit ise suçtan zarar gören kimse bunların hepsi aleyhine dâva açmağa mecbur mudur? Dâvayı bunlardan yalnız birisi aleyhinde açabilir mi? Kanunumuz bu hususta sakittir. Fakat şahsî dâvacı müddeiumumi gibi suçluları cezalandırmakla mahsusen tavzif edilmediğine göre, istedikleri hakkında dâva açabilir, istedikleri hakkında açmaz diye düşü-

[16] TANER (Tahir): s. . ge. S . 109

324

nüyoruz. Âmme namına takibatın şikâyete bağlı olduğu hallerde meselenin başka şekilde halli kabildir. Şikâyet hakkı, mutazarrır istemedikçe bir dâva skandalına meydan vermemek gayesile tanındığı için maznunlardan birisi hakkında şikâyet edilince artık bu düşüncelere yer kalmaz ve hepsi hakkında takibata başlanabilir. Kanunda aksine mevcut hükümler, meselâ zina suçlularının ikisi hakkında da şikâyet lüzumu hükmü müstesnadır.

Suçludan başka malen mesul aleyhine dâva açılabilmesi sırf şahsî hak bakımındandır. Ceza kanunu 465. maddesinde bir kimsenin veya bir şirketin hizmetinde bulunanlar tarafından vazife ve hizmet esnasında işlenen tedbirsizlikle adam öldürme ve müessir fiil suçlarından dolayı hükmedilecek tazminattan o kimse veya şirketin malen mesul olduğunu tasrih etmiştir. Bu madde mehaz İtalyan kanununda yoktur. Ceza Kanunu kabul edildiği zaman henüz borçlar kanununu kabul edilmemiş olduğu için böyle bir hüküm ilâvesine lüzum görülmüştür. Fakat bugün başkasını istihdam edenlerin mesuliyetinde Borçlar kanununun 55. maddesi hükümlerinin nazara alınması lazımdır. Netekim Temyiz Mahkemesi de Ceza kanununun 465. maddesinin Borçlar kanununun umumî hükümlerini tağyir edemiyeceğine karar vermiştir [17].

VI

Şahsî dâva ve müddeiumumi

A. Şikâyet üzerine müddeiumuminin âmme dâvasını açmakta takdir hakkı. Şahsî dâva açılabilecek suçlarda suçtan zarar gören kimseler müddeiumumiye müracaat edebilirler. Bu suçlar takibi şikâyete bağlı suçların bir nevidir. Bu müracaat bu şikâyetin yapılması demektir. Şikâyet yazı ile veya zabıt varakasına dercedilmek üzere beyanla yapılabilir. (CMUK 151) Her ne kadar ceza kanunundaki şikâyet ve şahsî dâva tabirleri yerine yazı ile şikâyet tabiri konulmuşsa da, sebebi göz önüne getirilince, bu hükmün zabıt varakasına dercedilmek üzere müddeiumumiliğe veya mahkemeye söz ile şikâyet yapılabileceği hakkındaki usulî hükümlere tesiri olmaması icap eder. Şikâyet zabıta makamlarına da yapılabilir, fakat bu takdirde muhakkak yazılı olması icapeder [18]

Şikâyet üzerine müddeiumumi hukuku âmme dâvasını açmağa mecbur değildir. Kanunun tabirine göre âmme menfaatı bulunduğu takdirde âmme dâvası açar (CMUK 346). Halbuki eski usulümüzde, Fransa-

[17] TM C.UH: 2/5/1939, 250-188 (*Temyiz kararları 1939-1940*, s. 66)
[18] TM.Tİ.UH: 15/7/1942, 11/17 — 20 (*RG* 5265, 24/11/1942)

da olduğu gibi, suçtan mutazarrır olan kimse şahsî haklarını isteyerek müracaat etmişse müddeiumumi âmme dâvasını açmağa mecbur idi. Bugün ancak meşhut suçlar kanununa göre yapılan takibatta şahsi dâva yolu kabul edilmemekte ve müddeiumumiler iddianameyi tanzime mecbur tutulmamaktadırlar.

Ne gibi hallerde âmme menfaatı vardır? ne gibi hallerde yoktur? Bu mesele tamamen müddeiumumilerin takdirine bırakılmıştır. Fakat meselâ küçüklere, mahcurlara karşı işlenen suçlarda bunların kendilerini hakkile müdafaa edemiyecekleri düşünülürse müddeiumumilerin müdafaalarını üzerlerine almaları lâzımgeleceği söylenebilir. Keza suç umumî efkârı alâkalandıracak bir şekilde işlenilmiş ise yine takipte âmme menfaatı vardır denilebir. Suçlunun şahsiyetinin de tesiri vardır.Suç işlemekte itiyat ve temerrüdü halinde bu işi artık ciddî surette takip etmek ve suçlu hakkında gerekli tedbirler alınmasını sağlamak cemiyetin bir vazifesi haline gelir.

Müddeiumumî âmme menfaatı yokken dâva açmışsa bunda mahzur varit değildir. Ortada bir suçlu vardır. Takip edilmektedir. Müddeiumumiden âmme menfaatinin izah edilmesini istemek fazla olur. Bu itibarla mücerret iddianamenin verilmesile âmme dâvasının açılmadığını kabul etmiyen eski bir Temyiz kararına iştirak edemiyoruz [19].

Fakat âmme menfaatı varken müddeiumumi dâva açmamışsa ne olacaktır? İşi müddeiumuminin keyfine bırakmak doğru olamıyacağından müddeiumuminin bu kararı mucip sebeplerle vermesini ve bu karara ademi takip kararı gibi itiraz edilmesini kabul etmek lâzımdır.

Müddeiumumi istida üzerine iddianame tanzim ettikten sonra altına hukuku âmme namına takip etmiyeceğim diyebilir mi? Temyiz mahkemesi, pek haklı olarak, müddeiumumi açtığı dâvadan vazgeçmez demiştir. [20].

Acaba müddeiumuminin sahsî dâva arzuhalini sulh mahkemesine havale etmesi hukuku âmme dâvasının açıldığına delâlet etmez mi? Temyiz Mahkemesi bu suale menfi cevap vermiştir [21].Keza şahsî dâva yolile takibi kabil suçlardan da olsa meşhut suçlar Kanununa göre takibat yapılabilmek için iddinameye lüzum vardır. Temyiz Mahkemesi şikâyet evrakının sadece havalesini iddianame olarak telâkki etmemiştir [22].

B. Müddeiumuminin âmme menfaatı görmediği zaman yapacağı muamele.

[19] TM.2. CD : 2/4/1937, 4961 (Köseoğlu: *Haşiyeli CMUK.* m.361)
[20] TM.2. CD : 15/2/1941, 1016 — 1079 (neşredilmemiştir)
[21] TM. C. UH: 22/12/1930, 38 — 37 (*Temyiz Kararları, Ceza Umumî Heyeti 1930 — 34* s.30)
[22] TM. C.UH : 1/2/1937, 32 — 11 (*Temyiz kararları 1937*,s. 21)

Bu mesele tatbikatta en çok tereddütleri mucip olan meselelerden biridir. Tatbikatta maalesef çokça görülen hal şeklinden birisi müddeiumumi tarafından istidanın derkenarla salâhiyetli sulh veya sorgu hâkimine gönderilmesidir. İkinci hal şekli de şudur: müddeiumumilerin istidayı, varsa hazırlık tahkikatı evrakını derkenarla salâhiyetli hâkime tevdi etmeleri caiz değildir. Âmme menfaatı görülmediği için âmme dâvası açılmadığının ve usulü dairesinde şahsî dâva ikame edebileceğinin müstediye bildirilmesi ve istidanın hıfzı lâzımdır[23].

Bizce bu ikinci şekil doğrudur. Müddeiumumiye müracaat onu tahrik içindir. İhtimalki müşteki bizzat dâva açmak ve takip etmek niyetinde değildir. Müddeiumuminin istidayı havale etmesi kendisini bir emrivaki karşısında bırakmış olur. Kaldı ki müddeiumuminin istidayı derkenarla mahkemeye tevdi etmesile şahsî dâvanın açılmış olup olmayacağı da münakaşalıdır. Bu meseleye şahsî dâvanın açılması bahsinde tekrar döneceğiz.

Bazan da müddeiumumilerin âmme menfaatı görmedikleri işlerde ademi takip kararı verdikleri görülmektedir. Kanaatımızca ademi takip kararı vermekle âmme menfaatı görülmediği için dâva açmadığını söylemek aynı şeydir. Ademi takip kararı âmme dâvasını açmağa lüzum görmemek demektir. Temyiz Mahkemesi de bir kararında «şahsî dâva ile takibi kabil suçlarda verilen ademi takip kararlarına itiraz edilemez, çünkü müddeiumumi iştirake mecbur değildir» diyerek müddeiumumilerin ademi takip kararı verebileceklerini zımnen kabul etmiştir [24]. Suçtan zarar görenin sorgu hâkimine de müracaat edebiceği ve sorgu hâkiminin bu ademi takip kararından haberi olmadan son tahkikatın açılmasına karar verebileceği ve bu suretle bu iki karar arasında taarruz olacağı hakkındaki iddia da varit değildir. Çünkü hakikatta bir taarruz mevcut değildir. Sorgu hâkiminin 352 ile verdiği karar şahsî dâvanın açılması kararıdır, ki müddeiumuminin verdiği ademi takip, daha doğrusu âmme menfaatı görülmediği için âmme dâvası açılmaması kararını nakzeder mahiyette değildir. Hulâsa ademi takip kararı vermek yanlış değilse de iltibasa mahal vermemek üzere bu tâbirin kullanılmaması daha doğru olur.

Müddeiumuminin âmme menfaatı görülmediği hakkındaki kararına itiraz edilemez mi? Biraz önce zikrettiğimiz Temyiz kararı bu suale menfi cevap vermiştir. Biz bu kanaata iştirak edemiyoruz. Âmme menfaatı olduğu halde müddeiumuminin keyfî bir surette âmme dâvasını açmamak istemesini ve suçtan zarar gören kimsenin de avukat tutacak iktidarı olmadığını ve bunun için duruşmanın her celsesinde bulunmak mecburiyetinde olduğunu

[23] ADLİYE VEKÂLETİ: *Mütalâa* 15/3/1938
[24] TM.4.CD: 6/6/1941 1040—5785 (neşredilmemiştir).

322

ve dâvaların bazan çok uzadığını düşünelim. Suçtan zarar görenin müddei. umumiyi dâva açtırmağa icbar edecek olan kanun yoluna müracaata yani itiraza hakkı olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır.

Müddeiumumi açılmış olan şahsî dâvaya işin her halinde hüküm katileşinciye kadar bir beyanla iştirak edebilir. Kanun yollarına müracaat etmesi de müddeiumuminin takibata başladığını gösterir. Müddeiumuminin iştirakinden sonra şahsî dâvacı müdahil vaziyetine düşer (CMUK 347). Müddeiumuminin dâvayı takip arzusunu izhar edeceği (beyan)dan kasdın, duruşma safhasında, iddiname olduğunu, Zahit Özbulak'la birlikte düşünüyoruz (25).

VII

Şahsî dâvanın açılması

A. Şahsî dâva talebi. Şahsî dâvanın nasıl açılacağı usulün 350 ve müteakip maddelerinde gösterilmiştir. Evvelâ suçun mahiyetine göre sulh hâkimine veya sorgu hâkimine bir istida verilecek ve bu istidaya iki suret raptolunacaktır. Bu istidalar iddianamenin ihtiva ettiği hususları ihtiva edeceklerdir. Suçtan zarar görenin zabıt kâtibine de müracaat ederek sözle dâvacı olduğunu söylemesi de mümkündür. Bu takdirde tutulacak zabıt varakası istida yerine geçer ve istidanın ihtiva ettiği bütün hususları ihtiva etmesi lâzımdır. Onun gibi iki sureti de bulunmalıdır. Beyan yalnız zabıt kâtibine yapılabilir. Beyanın Polise yapılması ve muhakeme esnasında mesbuk şikâyetler şahsî dâva ikamesi mahiyetinde değildir [26].

Kanaatımızca kanunda suretlerin muhakkak iki olacağı hakkındaki hüküm doğru değildir. Eğer malen mesul kimseler varsa onlara da tebliğat yapılacağından onların miktarı kadar suretin de ilâve edileceği zikredilmeliydi diye düşünüyoruz.

Eğer bu şartlara riayet olunmamışsa ne olacaktır? Meseleye umumî bir cevap vermek imkânsızdır. Bazı hususları tefrik etmek lâzımdır:

a)Sahsî dâva istidasında bazı hususlar gösterilmemişse Daguin,hâkimin dâvacıya noksanlarını tamamlaması için mühlet vereceğini ve bu mühlet zarfında bunlar tamamlanmadığı takdirde dâvanın reddine karar verebileceğini söylemektedir [27]. Kanaatımızca şahsi dâvanın reddine karar verilemez. Şartlarına uygun olarak açılmış bir dâva yoktur ki reddedilebisin.

[25] ÖZBULAK (Zahit) : *Şahsî dâva ve müddeiumumi*. (Adliye Ceridesi 1939 IV 568)

[26] TM. Tİ. UH : 15/7/1942, 11/17—20 (*RG* 5265, 24/11/1942)

[27] DAGUIN (F): *Code de procédure pénale allemand*. s. 223, not 2

328

Bu takdirde yalnız istidanın reddine karar vermek lâzımdır. Adliye Vekâleti de bu yolda bir mütâlaada bulunmuştur [28].

b) İstida müddeiumumiliğe verilmiş veya zabıt müddeiumumilikte tutulmuş ve müddeiumumi de âmme menfaatı görmediğinden bahsile evrakı derkenarla sulh mahkemesine veya sorgu hakimliğine havale etmişse, acaba usulüne göre verilmiş bir istida var mıdır?

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti bir kararında «C. Müddeiumumiliğine oradan dâvaya iştirak olunmaksızın mahkemeye tevdi kılınan arzuhallerin şahsî dâva istidası makamına geçebileceği Temyizin yerleşmiş içtihatlarındandır» demektedir [29] Oldukça yeni bir diğer Temyiz kararında da «derkenarla istidanın havale edilmesinden sonra dâvacıya tebligat yapıldığı halde gelmemesi hâlinde dâvanın düşmesine karar verilmek lâzımdı» denilerek şahsî dâvanın açılmış olduğu kabul edilmektedir [30]. Maamafih Ceza Umumi Heyeti başka bir kararında da «istidasının sulh mahkemesine tevdi edilmesi usul hükümlerinde muhaliftir. 350 ve müteakip maddelere göre şahsî dâva açılmamış» demiştir [31].

Eğer Temyiz Mahkemesi dâvacıya tebligat yapıldığı halde gelmediği zaman usulen şahsi dâva açılmış olmadığına ve sair hallerde dâvanın usulen açılmış bulunduğuna karar verseydi bu tezadı izah etmek bir dereceye kadar kabil olurdu. Şöyle düşünebilirdik: Mahkemeye havale edilen istida üzerine tebligat yapılmış, şahsi dâvacı gelmiş, dâva görülmüş ve neticede bir karar verilmiştir. Demek müddeiumumi arzuhali sahibine iade etseydi o yine şahsi dâvayı açacaktı. Müddeiumumi istidayı havale etmekle aynı işi yapmış oldu. O halde yanlış olan muameleyi doğru telakki etmek yerinde olur. Halbuki müddeiumuminin havalesinden ve alâkalılara tebligat yapıldıktan sonra dâvacı gelmezse demek ki suçtan zarar gören kimse bizzat şahsî dâva açmak istemeyordu. O yalnız müddeiumumiyi tahrik etmek istemişti. Müddeiumuminin istidayı havale ederek bir emrivaki yapması adalet icaplarile kabili telif değildir. Bu itibarla dâvayı usulen açılmış kabul etmek ve düşmeye karar verip dâvacıya harç yüklemek haksızlık olur.

Görülüyor ki mesele tamamen halledilmiş olmaktan uzaktır. Kanaatımızca bu ihtilâfa müddeiumumilerin istidayı havale etmeleri gibi yanlış bir hareketi sebep olmaktadır. Temyiz Mahkemesinin bu yanlış hareketi kanunileştirmeye çalışarak şahsi dâvanın usulüne göre açılmış olduğunu kabul etmesi bütün mahzurları ortadan kaldıramamıştır. Harç meselesinde olduğu

[28] ADLİYE VEKÂLETİ: *Mütâlaa* 23/3/1936 (Ankara)
[29] TM. C. UH: 15/12/1941, 244 — 224 (neşredilmemiştir)
[30] TM. 2. CD: 10/6/1943, 4891 — 4993 (neşredilmemiştir)
[31] TM. C. UH: 20/1/1941, 250/14 — 5 (neşredilmemiştir)

329

gibi. Diğer taraftan havale edilen istida bir tektir. Halbuki mahkeme alâkalılara tebliğ edecektir. Müddeiumuminin zaten malumatı var diyerek ona tebliğden vazgeçsek bile maznuna ve varsa malen mesul olana her halde tebliğ edilmek lâzım geleceğine göre istidanın suretini çıkartmağa mahkemeyi mi mecbur tutacağız? Hulasa, istidanın derkenarla mahkemeye havalesinde ne usulüne göre açılmış dâva ve ne de usulüne göre verilmiş istida olmadığını kabul etmek lâzımdır. Müddeiumumi müstedilere âmme dâvası açmıyacağını kendilerinin şahsi dâva açmakta serbest olduklarını bildirmelidir.

B. Mehil. Ceza Kanununun 108. maddesi takibi yazılı şikâyete bağlı fiil hakkında salâhiyetli kimsenin altı ay zarfında şikayet etmesi lüzumunu tasrih etmektedir. Bu altı aylık müddet müruruzaman müddeti değil, bir sukutu hak müddetidir [32]. Altı ay geçtikden sonra ne âmme dâvası ne şahsi dâva açılabilir. Bu müddet şikayete hakkı olan kimsenin fiilden ve failin kim olduğundan haberdar bulunduğu günden başlar. Mahkemelerin tâtilinden evvel cereyana başlıyan mehil tâtilde bittiği takdirde CMUK 423 mucibince tâtilin bittiği günden itibaren üç gün uzatılmış sayılır. Suçtan zarar gören kimse tâtil müddeti esnasında fiile ve faile muttali olmuşsa, tebliğden sonra cereyan edecek müddet hakkındaki Tevhidi İçtihat kararına kıyasen [33], tâtilin bittiği günden itibaren mehlin başlıyacağını kabul etmek mümkündür.

Şikâyet hakkı olan bir kimsenin müddeti geçirmesi diğerlerinin şikâyet hakkına tesir etmez (C K 108/3).

C. Şahsi dâva talebinin alâkalılara tebliği. Talep usulüne göre yapılmışsa hâkim istida ve beyan zaptının bir suretini maznuna, müddeiumumiye ve varsa malen mesul kimseye veya kimselere gönderecektir. Bunların ne diyeceklerini bildirmeleri için de bir mehil tâyin edecektir.Bu suretle suçtan haberdar olan C . Müddeiumumisi âmme menfaatı mevcut olup olmadığına göre yukarda söylediğimiz gibi haraket edecektir.

Bu tebligat yapılmamışsa ne olacaktır?Temyiz Mahkemesi bir kararında «Usulün 351.maddesine göre istidanın bir suretinin iddianame ile iştirak edip etmiyeceği noktasından müddeiumumiye tebliği lâzım gelir. Bu mecburiyete riayet edilmeksizin dâvacının mahkemeye gelmemesinden bahsile düşme kararı verilmesi yolsuzdur »demiştir [34]. Umumi heyet «351 ve 352. madde hükümleri yerine getirilmeksizin şahsî dâvacının gelmediğinden bahsile dâvanın düşürülmesinin yanlış» olduğuna karar vermiştir [35].

[32] TM. C. UH: 11/4/1938, 270—178 (*Temyiz kararları 1938* s. 45)

[33] TM. Tİ. UH: 14/2/1934, 1 — 47 (RG 23/5/1934 2708)

[34] TM. 2. CD: 26/11/1940, 8263 — 8525 (*Temyiz kararları 1939* — 40, s. 150)

[35] TM. C. UH: 15/12/1942, 244 — 224 (neşredilmemiştir)

330

Ç. Duruşmanın açılması ve şahsi dâvanın reddi kararı. Yukarıda gördüğümüz gibi istidanın verilmesi veya beyanın yapılması ile iş bitmiş değildir. İstida veya beyan alâkalılara tebliğ edilecek, cevap geldikten veya mahkemece tâyin edilen mehil geçtikten sonra suçun mahiyetine göre sorgu veya sulh hâkimi ya duruşmanın açılmasına veya dâvanın reddine karar verecektir (CMUK 352). Sorgu hâkiminin veya sulh hâkiminin vereceği duruşmanın açılması kararı ile şahsî dâvada son tahkikat açılmış olacaktır.

Müddeiumumilerin ilk tahkikata lüzum gördükleri hallerde iddianame ile doğrudan doğruya mahkemeye müracaatları kabul edildiği halde şahsî dâva açanların neden doğrudan doğruya mahkemeye müracaatları kabul edilmemiştir? Adliye Encümeninde bu yolda bir teklif vaki olmuş, fakat gerek sulh hâkiminin ve gerek sorgu hâkiminin evvelâ böyle bir kabul kararı vermesi maznun hakkında bir teminat olacağı mülâhazası ile bu teklif kabul edilmemiştir [36].

Sulh mahkemelerinde işe bakacak hâkimin önceden dâvanın açılmasına karar vermesi aynı hâkimin iki karar vermesine sebep olduğundan esas prensiplere aykırı bir usuldür. Bu işlerin mahiyeti itibarile sorgu hâkimlerinin vazifedar kılınmalarına usul hükümleri müsait bulunmadığından ve bu suçların mutazarrırlarının feragatlarile dâva düşebileceğinden fazla merasime mahal kalmadan bu tarzın ihtiyarında beis görülmediği anlaşılıyor [37]. Fakat kanaatımızca prensipten ayrılmamak için muhakkak bu işlerde de sorgu hâkimine müracaat mecburiyete konulmasına lüzum yoktur. Duruşmanın açılması kararı yalnız sorgu hâkimine müracat edilen hallerde verilebilirdi. Sulh hâkimi doğrudan doğruya duruşmaya bakar ve iki karar vermekten kurtulabilirdi.

352. madde mucibince verilen duruşmanın açılması kararının mahiyeti nedir? Kanaatımızca bu, âmme dâvasındaki talepnamenin kabulü kararı olmayıp son tahkikatın açılması kararı mahiyetindedir. Maksat uzun uzun ilk tahkikat yapmak olmayıp herhangi bir kimsenin müracaatı üzerine bir kimsenin maznun sıfatiyle doğrudan doğruya mahkemeye sevkedilmemesidir. Sorgu hâkimi maznunun ve varsa malen mesul kimsenin cevaplarını tetkik ettikten veya mehil geçtikten sonra edineceği kanaata göre maznunun cezayı mucip bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler görürse (CMUK 196) duruşmanın açılmasına karar verir. Bu kanaatımızı 352. maddenin ilk şekli de teyit etmektedir. Bu maddede karar hâkimi C. Müddeiumumisinin doğrudan doğruya açacağı dâvada cereyan eden usule göre ya

[36] *T. B. M. M. Zabıt Ceridesi*, cilt 12 (1936) S. Sayı 220, S. 20

[37] *T. B. M. M. Zabıt Ceridesi*, cilt 12 (1936) S. Sayı 220, S. 20

331

duruşmanın açılmasına veya dâvanın reddine karar verir denilmekte idi. Bu itibarla duruşmanın açılması kararı 200. maddede gösterilen hususları ihtiva etmelidir.

Kanun 352. maddesinde red sebeplerini göstermemiştir. Maznunun cezayı mucip bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebep görmediği takdirde reddebileceği gibi vazife ve salâhiyet bakımından da reddedebilir. Usulüne riayetle duruşma açılmadan dâvacıya tebligat yapıldığı halde dâvacının gelmemesi üzerine de red kararı verilebilir.

Duruşmanın açılmasına dair olan karara itiraz olunamaz. Red kararı aleyhine acele itiraz yoluna müracaat edilebilir (CMUK 203).

Katî surette reddedilen şahsî dâvanın yeniden açılması ancak yeni delillerin ve yeni vakıaların meydana çıkması halinde olabilir (CMUK 204).

VIII

Şahsî dâvada duruşma

A. Umumî hükümlerin tatbiki. Duruşmanın açılmasına karar verildikten sonra artık dâva bir âmme dâvası gibi cereyan eder. Usul muameleleri âmme dâvasındaki hükümlere uygun olarak yapılır (CMUK 353). Tabii, kanunun şahsî dâva faslında koyduğu ve aşağıda göreceğimiz istisnalar mahfuzdur. Meselâ gelmiyen maznun hakkında ancak ihzar müzekkeresi verilebilir (CMUK 356), umumî hükümlerdeki gibi tevkif olunamaz(CMUK 223). Şahsi dâva yoliyle takip olunan bir iş ağır ceza işlerini gören mahkemede takip olunan bir dâva ile birleştirilemez (CMUK 353/3).

B. Karşılıklı dâva. Maznun, şahsî dâva açan mutazarrıra karşı muhakemenin bittiği bildirilinciye kadar kaşılıklı dâva açabilir ve dâvacının muhkûmiyetini istiyebilir (CMUK 357/1).

Karşılıklı dâvanın mevzuu mutlaka şahsî dâvanın mevzuu olan suç nevinden olmak şart değildir. Elverir ki şahsî dâvaya mevzu olabilen suçlardan biri olsun. Alman kanununda iki suç arasında bir irtibat mevcut olması şartı vardır. Kanunumuz bu şartı almadığına göre karşılıklı dâva muvzuu olan suçun şahsî dâva mevzuu olan saçla irtibatı aranmıyacak demektir.

Karşılıklı dâva açan maznunun dâva açmağa ehil olması, mahkemenin de karşılıklı dâvayı görmeğe vazifeli bulunması, maznunun şikâyet ve dâva hakkının mehlin geçmesiyle düşmüş olmaması lâzımdır.

Karşılıklı dâva talebi nasıl yapılacaktır? Kanunda sarahat yoksa da 350 de gösterilen beyan ve istida usulü ile olabileceği gibi duruşma esnasında zapta geçen talep ile de olabileceğini sanıyoruz. Sulh hâkimi veya

sorgu hâkimi karşılıklı dâvanın kabul veya reddi hakkında bir karar vermelidir.

C. Teminat gösterme mecburiyeti. Hukuk Muhakeme Usulü Kanunu hükmünce dâva olunanın talebi üzerine masrafların verilmesi için dâvacının teminat vermeğe mecbur olduğu hallerde şahsî dâvacı devlet hazinesine ve maznuna isabet ihtimali olan masrafların ödenmesi için teminat vermekle mükelleftir (CMUK 349/1). Kanun her ne kadar kefalet kelimesini kullanmış ise de bunun borçlar kanunundaki kefalet (BK 483) ile alâkası olmayıp maksat mahkemenin tâyin edeceği para veya devlet esham ve tahvillerinin dâvacı tarafından mahkeme veznesine yatırılmasıdır (CMUK 349/2).

Teminatın miktarı ve bunun verilmesi için tâyin edilecek mehil ve adlî müzaherete nail olma hususlarında hukuk işlerinde cari olan hükümler tatbik olunur (HMUK 96-100,159,465-472).

Karşılıklı dâva açan maznun teminat göstermekten vabestedir.

Ç. Şahsî dâvada müdafi ve vekil. Dâvacı kendisine yardım için yanında bir avukat veya dâva vekili bulundurabildiği gibi vekâletnameyi haiz bir avukat veya dâva vekili tarafından da kendisini temsil ettirebilir. Bu takdirde avukat veya dâva vekiline yapılacak tebligat dâvacıya yapılmış gibidir (CMUK 348). Mamafih mahkeme dâvacının bizzat hazır bulunmasını emredebilir. Gelmiyen dâvacı, ilerde göreceğimiz gibi, şahsî dâvadan vazgeçmiş sayılır.

Maznun da kendisine yardım için yanında bir avukat veya dâva vekili bulundurabildiği gibi vekâletnameyi haiz bir avukat veya dâva vekili tarafından kendisini temil ettirebilir (CMUK 356/1).

Kanun ancak maznun veya dâvacı hazır bulunmadığı zaman onları temsil edecek vekilin vekâletdameyi haiz olması lüzumunu tasrih ettiğine göre maznun ve dâvacının yanındaki müdafiin vekâletnameyi haiz olmasına kanaatımızca lüzum yoktur. Nitekim Adliye Vekâleti Müdürler Heyetinin bir kararı da bu kanaatımızı takviye etmektedir [38].

Kanun, dâvacının yanında bulundurabileceği veya kendisini temsil ettireceği kimsenin avukat veya dâva vekili olması lüzumunu tasrih etmiştir.

D. Şahsî dâvacının hakları. Şahsî dâvacı, âmme dâvasındaki müddeiumumi gibidir. Onun gibi celbedilir ve dinlenir. Âmme dâvasında müddeiumumiye tebliğ edilmek lâzımgelen her karar şahsî dâvada dâvacıya tebliğ olunur (CMUK 354/1). Yalnız, âmme dâvasında tebligatı müddeiumumi yaptığı halde (CMUK 34) şahsî dâvada bu işi zabıt kâtibi yapar

[38] ADLİYE VEKÂLETİ: *Müdürler Heyeti Kararı:* 25/2/1943

333

(CMUK 354/2). Dâvacıya tebliğ edilen celpname ile duruşma günü arasında en az bir hafta bulunması lâzımdır. Bu mehle riayet edilmemişse 210. maddeye kıyasen dâvacı duruşmanın talikini istiyebilir.

Tebligat hakkında hukuk muhakemeleri usulü kanunu hükümleri caridir (CMUK 35). Meselâ dâvacı istidasındaki ikametgâhını değiştirmiş ve yenisini de bildirmemişse hukuk usulünün 141. maddesine göre tebliğ ilan ile yapılır [39]. Eğer usulen bir kere tebligat yapılmış ve sonradan dâvacı ikametgâhını değiştirmiş ve yenisini de bildirmemişse 123. madde sarahatı dairesinde hareket edilir ve gelmediği takdirde dâvadan vazgeçmiş sayılır [40].

Dâvacı, avukat veya dâva vekili hâkimin müsaadesiyle mahkeme kâtibinin huzurunda dosyadan malûmat alabilir (CMUK 354/4).

Şahsî dâvacının bir hakkı da dâvadan vazgeçebilmektir. Bunu ileride ayrıca tetkik edeceğiz.

E. Şahit ve ehli hibrenin celp ve dâveti. Mahkeme resen şahit ve ehli hibre dâvet edebileceği gibi maznun ve varsa malen mesul olan kimse dahi doğrudan doğruya şahit ve ehli hibre celp ve davet hakkını haizdirler (CMUK 355).

F. Mahkemelerin tatili. Usul kanununun 423. maddesinde şahsî dâva hakkında bir sarahat yoktur. Fakat sorgu hâkimine yapılacak müracaatlar müstesna olmak üzere şahsî dâvalara müteâllik adlî muamelâtın dahi tatile tâbi olması düşünülebilir [41].

IX

Şahsî dâvadan vazgeçme

A. Şahsî dâvadan vezgeçmeyi kabul ettiren sebepler. Bilindiği gibi bir takım suçlardan dolayı müddeiumuminin doğrudan doğruya dâva açması kabul edilmemiş ve bu suçların takibi suçtan zarar görenin şikâyetine bağlı tutulmuştur. Şahsî dâvaya mevzu teşkil eden suçlar da bunlardandır. Ceza kanunumuz umumî bir hüküm koymuştur: takibi şikâyete bağlı suçlarda suçtan zarar görenin vazgeçmesi hukuku âmme dâvasını düşürür, kanunda açıkça gösterilmedikçe cezanın infazına mâni olmaz Kanunî istisnalar hariç olmak üzere, vazgeçmeyi maznunun kabul etmesi lâzımdır (CK 99).

[39] ADLİYE VEKÂLETİ: *Mütalâa* 14/5/1936 (İstanbul)
[40] TM.C. UH: 10/7/1933 126 (Köseoğlu: *Haşiyeli CMUK m. 35)*
[41] ADLİYE VEKÂLETİ: *Mütalâa* 7/8/1940 (Eskişehir)

334

Şikâyetten vazgeçme âmme dâvasını bile düşürdükten sonra takibi yalnız şahsî dâvacıya bırakılmış olan şahsî dâvayı da düşürebileceği şüphesizdir. Usul kanunu da bu hükmü koymuştur: dâvacı hükmün tefhimine kadar dâvadan vazgeçebilir (CMUK 361). Fakat şahsî dâvadan vegeçmek şikâyetten de vazgeçmek demek midir? değildir. Dâvacı herhangi bir sebeple dâvayı şahsen takip edemiyeceğini anlayabilir, bu yolu masraflı ve uzun bulabilir. Bu takdirde suçu takip ettirmek için haiz olduğu şikâyet hakkı mahfuz olmak üzere yalnız şahsî dâvadan vazgeçebilmesini, müddeiumumiliğe müracaat ederek onu tahrik edebilmesini kabul etmek lâzımdır.

361. madde müdahiller hakkında da tatbik edilebilir mi? Müdahiller de şahsî dâvacıya benzetildikleri için ilk nazarda evet denilebilirse de müdahilin ancak sarih vazgeçmesile müdahalenin düşeceğini ve takibi şikâyete bağlı suçlar müstesna olmak üzere âmme dâvasının devam edeceğini bir başka yazımızda izah etmiş bulunuyoruz[42].

B. Vazgeçme ehliyeti. Şahsî dâvadan vazgeçebilmek için suçtan zarar görenin şahsî dâvayı açabilecek ehliyette olması lâzımdır. Mümeyyiz küçük veya mümeyyiz mahcurun şahsî dâva açmak ehliyetini tanıdığımıza göre şahsî dâvadan vazgeçebileceğini de kabul edeceğiz. Hattâ şahsî dâvayı bizzat kendileri açmamış olsalar bile. Eğer mümeyyiz küçük veya mümeyyiz mahcur haysiyet ve şerefine taallûk eden vakıanın mahkemede alenen münakaşasının şahsında doğuracağı teessür ve ıztırabı düşünebilecek ve dâvanın muhtemel neticeleri üzerinde muhakeme yürütebilecek akıl ve zekâya malik ise iradesi haricinde kanunî mümessilin onun namına şahsî dâva açabilmesini kabul etmemek lâzımdır[43].

Kanunî mümessil de vazgeçebilir mi? Kanaatımızca meseleyi ikiye ayırmalıdır: 1) Eğer temsil edilen kimse mümeyyiz değilse dâva hakkı münhasıran mümessile ait olduğundan dâvadan vazgeçmek hakkı da münhasıran ona aittir. 2) Eğer küçük veya mahcur mümeyyiz ise kanunî mümessilin dâva ehliyeti, yukarda gördüğümüz gibi, mümeyyiz küçüklerin dâva ve şikâyette bulunmadığı hale münhasırdır. Bu itibarla kanunî mümessilin vazgeçebilmesini kabul etmemek lâzımdır. Aksi takdirde suçtan zarar gören kimsenin rızası hilâfına dâva düşürülmüş olur. Düşen dâva bir daha açılamıyacağına göre zararın tamirine de imkân yoktur. Halbuki dâva açmakta vaziyet böyle değildir. Küçüğün arzusu hilafına dâva açılmış olsa bile küçük daima vazgeçerek takibatı durdurabilir ve zararın önüne geçebilir.

C. Sarih vazgeçme. Dâvacı dâvadan vazgeçtiğini duruşmada beyan suretile veya mahkemeye vereceği istida ile bildirir. Kaide olarak hükmün tefhimine kadar vazgeçilebilir. Fakat istisna olarak, Ceza kanununun 456 ve

[42] KUNTER (Nurullah): *Âmme dâvasına müdahale.* (Adliye Ceridesi 1943 x 861)
[43] BELGESAY (M.Reşit): *Dâva teorisi.* İstanbul, 1943, S 86

335

459 uncu maddelerinde yazılı takibi şikâyete bağlı müesseir fiil suçlarile hakaret ve söğme suçlarında hüküm katileşinceye kadar dâvadan vazgeçilebilir. Temyiz edilen böyle bir dâvada vazgeçme istidası temyiz tetkikatından önce vasıl olmak şartile Temyiz mahkemesince nazara alınır.

Ç. Zımnî vazgeçme. Dâvacı, duruşmaya bizzat gelmez veya bir vekil ile kendisini temsil ettirmez yahut mahkeme bizzat hazır bulunmasını emretmiş iken her hangi bir celsede hazır bulunmaz ise veyahut mahkeme kendisine bir mehil tayin edip buna riayet olunmamasının şahsî dâvadan vazgeçmeyi intaç edeceği bildirilmiş iken bu mehle riayet etmezse dâvadan vazgeçmiş sayılır (CMUK 361/2).

Mehle riayetsizlik usulün 41. maddesinde gösterilen sebeplerden ileri gelmişse 42. maddedeki usul dairesinde, fakat mâniin kalkmasından değil, düşme kararının tebliğinden itibaren bir hafta içinde eski hale getirme talebinde bulunulabilir(CMUK 361/3). Eğer mâniler devam ediyorsa 42. madde mucibince mâniin kalkmasından bir hafta içinde olmak şartile, tebliğden itibaren bir haftadan fazla zaman geçmiş olsa bile, yine eski hale getirme talebinde bulunulabilmek lâzımgelir diye düşünüyoruz.

Zımnî vazgeçme ancak şahsî dâvada mevzuu bahsolabilir. Ne müdahale yolile dâvada ve ne de âmme dâvasında zımnî vazgeçme olamıyacağından dâvanın düşmesine karar verilemez. Meşhut suç kanununa göre de ancak âmme dâvası açılabildiğinden dâvacının gelmemesile düşme kararı verilmesi yolsuzdur [44].

D. Vazgeçmenin Hükümleri. Şahsi dâvadan vazgeçme ile şahsi dâva açmak hakkı düşmüş olacağı için vazgeçilen dâva bir daha açılamaz (CMUK 362). Dâvadan vazgeçildiği maznuna ve malen mesul kimseye tebliğ olunur (CMUK 364).

Kanunun mantıkî sistemine göre dâvadan vazgeçmenin yalnız dâvayı açana tesir etmesi lâzım gelmekte ise de, yukarda da işaret ettiğimiz gibi, 345. maddenin yanlış sevkedilmesi yüzünden henüz dâva açmamış diğer mutazarrırlara da tesir etmesi icap etmektedir. Mamafih eğer vazıı kanun işin esasına ait olmayan kararları da düşünmüş olsaydı (işin esasına ait olsa bile) yerine (işin esasına ait olmasa bile) derdi demek suretile tefsirde bulunarak aksine hükmetmek hem kabildir hem de doğrudur.

Dâvacı, maznunlardan biri veya bir kısmı hakkında dâvadan vazgeçebilir mi? Âmme dâvasındaki vazgeçmenin bütün maznunlara sirayet edeceği hakkında ki hükmün şahsi dâva sahasında kıyasen tatbik edilemiyeceğini düşünüyoruz. Nasıl dâvacıya, maznunları takip vazifesi kanunen kendisine

[44] TM. C. UH: 19,4/1937, 189 — 45 (*Temyiz Kararları 1937*, S. 66)

336

verilmiş olmadığı için, maznunlardan bir kısmı hakkında dâva açmak hakkını tanıdıksa, aynı surette bir kısmı hakkında dâvadan vazgeçebileceğini de kabul etmek lâzımdır. Meselâ hakaret edenlerden bir kısmı tarziye vermiş veya başka suretle hakarete uğruyan kimseyi tatmin etmiş olabilirler. Bunlar hakkında ki vazgeçme diğerlerine neden sâri olsun.?

Maznunun vazgeçmiye karşı itiraz hakkı yoktur. Maznun vazgeçmeyi kabul etmedi diye hâkim dâvanın devamına karar veremez. Bu netice zımnî vazgeçmenin kabul edilmesinin bir neticesidir.

Hüküm temyiz edildikten sonra vazgeçme halinde verilmiş olan mahkumiyet kararlarının bütün neticeleri ortadan kalkacağı cihetle tekerrüre esas olamıyacağı aşikârdır [45]

X

Şahsi dâva sonunda verilen kararlar

A. Ceza dâvası hakkındaki kararlar. Duruşmadan önce verilebilecek olan istidanın reddi, şahsi dâvanın reddi ve duruşmanın açılması kararlarını yukarda görmüş bulunuyoruz. Şimdi de duruşma sonunda verilebilecek olan kararları gözden geçireceğiz.

Şahsi dâvada son tahkikat açıldıktan sonra kaideten umumî usul hükümleri cari olacağına göre, duruşma esnasında hâkimin meselâ tâlik, tehir, maznunun gıyabında duruşma yapılması, eski hale getirme talebinin kabulü, dâvaların birleştirilmesi gibi ara kararları verileceği şüphesizdir.

Duruşma sonunda ise beraet mahkûmiyet, duruşmanın tatili ve düşme kararları verilebilir (CMUK 253). Bunların haricinde başka kararlar verilebilir mi? Meselâ maznunun 11 yaşını bitirmediği anlaşılan hallerde ceza kanunundaki tabire göre takibat yapılmasına mahal olmadığına karar verilecekmidir? Temyiz Mahkemesi bir kararında bu suale müspet cevap vermiş ve beraet kararını yolsuz bulmuştur [46]. Temyiz mahkemesi yeni bir kararında 11 yaşından küçük hakkında duruşma yapılmış olması verilen beraet kararının temyizi için müddeiumumiye hak vermez, zira bir defa yapılmış olan duruşmanın ortadan kaldırılmasına imkân olmadığı gibi uyma kararı verilmesi için küçüğün bir defa daha duruşmaya davet edilmesi lâzım gelecektir ki buda mahzurludur, demiştir [47]. Kanaatımızca mahkeme bu halde ne beraete nede takibat yapılmasına mahal olmadığına karar vermelidir.

[45] TM. 4. CD: 16/4/1930, 1892 (Köseoğlu: *Haşiyeli CMUK*. m. 361)

[46] TM. C. UH: 9/3/1942, 28—29 (neşredilmemiştir).

[47] TM. 4. CD: 24 12/1942, 8768—7679 (Adliye Dergisi 1944 I .Temyiz kararları Ceza kısmı Nr. 1.S.41)

Bizce düşme kararı vermek lâzım gelir [48]. Ceza kanununda ki tabirlerin kullanılması icap etmez. Bu hususiaki Tevhidi İçtihat kararı [49] ilk tahkikat safhası hakkındadır. Netekim Temyiz Mahkemesi kaçırılan kızla kaçıranın evlenmesi halinde tecile karar vermenin yolsuz olduğunu ve düşme kararı verilmesi lâzım geldiğini söylemiştir [50]. Halbuki C K 434 de davanın tecilinden bahsolunmaktadır.

Dâvacının zımnî vazgeçmesile verilen düşme kararı dahi ara kararı mahiyetinde olmayıp esası halleden nihaı kararlaıdandır [51]. Bu itibarla doğrudan doğruya temyiz edilebilir. Yazılı emirle bozulduğu taktirde aleyhe tesir etmez.

Duruşma esnasında mahkeme suçun 344. Madde de yazılı suçlardan olmadığını görürse duruşmanın tatiline karar verir. Her ne kadar kanunda usulî muamelelerin durdurulması tâbiri varsa da bundan maksat tatil kararıdır. Mahkeme iddianame tanzimi ile âmme dâvasını açması için dosyayı Cumhuriyet Müddeiumumiliğine gönderir (CMUK 359).

B. Şahsî hak dâvası hakkındaki kararlar. Mahkemenin şahsî hak talebi hakkında hüküm vermesi için maznunun mahkûm olması lâzımdır (CMUK 358). Maznun beraet ederse veya duruşmanın tatiline karar verilir veya ceza dâvası düşerse, ceza mahkemesi maznunu tazminata mahkûm edemez. Suçtan zarar gören hukuk mahkemesine müracaat edebilir. Zira hukuk hâkimi ceza mahkemesinden verilen beraet kararı ile mukayyet olmadığı gibi ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmile de bağlı değildir (BK 53).

Şahsî hak dâvası suçtan doğan zararın telâfisini hedef tuttuğundan ve istisnaen ceza dâvası ile birlikte bu dâvaya ceza mahkemesinde bakıldığından makemenin beraet kararı üzerine tazminata karar vermemesi belki mantıkî görülebilir. Fakat, maznunu mahkûm ettiği zaman bile ceza hâkimi tazminat kararını hukuk kaidelerine göre vereceği ve maznun beraet etse de hukuk hâkiminin tazminata kükmetmesi mümkün olabileceği için ceza hâkiminin hazır elinden geçmiş ve tetkik etmiş olduğu bir mesele hakkında karar verebilmesi bir çok hallerde mümkün olabilirdi diye düşünüyoruz. Zaten ceza hâkimi mahkûmiyet kararı verdiği zaman bile şahsî hak talebi hakkında mutlaka hüküm vermek mecburiyetinde değildir. Eğer zararın vccuduna veya miktarına ait tetkiklerin duruşmanın uzamasını veya

[48] KUNTER (Nurullah): *Cezaî mesuliyeti olmıyan küçükler*. (Adliye Ceridesi 1943 IX 728)

[49] TM. Tİ. UH: 1941, 7—29 (RG 13/2/1942, 5032)

[50] TM. 1. CD: 10/9/1943, 2274—2118 (neşredilmemiştir).

[51] TM. C. UH: 15/2/1937, 23—21 (*Temyiz kararları 1937*, S. 47).

338.

hükmün tehirini mucip olacağı anlaşılırsa mahkeme bu cihet hakkında dâvacının hukuk mahkemesine müracaat edebileceğine karar vererek hükmünü yalnız ceza tayinine hasredebilir (CMUK 358). Bu itibarla beraet kararını geciktirmiyecek hallerde ceza hâkimine müracaat bakımından yapılan istisnayı biraz daha genişletmek suçtan zarar görenler için faydalı olabilirdi.

Eğer şahsî dâvacı yalnız ceza tâkibinde bulunmuş ve şahsî hak iddia etmemişse mahkeme de yalnız ceza tayinile iktifa edecektir. Talep olmadan tazminata hükmedilmez [52]. Aynı mülâhaza ile istenilenden fazla tazminata hükmedilmesi de yolsuzdur [53]

Kanunda sarahat yoksa da şahsî haktan vazgecme caizdir. Fakat şahsî haktan vazgeçme neticesinde ceza davası da düşecek midir? kanaatımızca hayır. Nasıl müdahilin şahsî haktan vazgeçmesi âmme dâvasını düşürmüyorsa burada da şahsî haktan vazkeçiş müddiumumî vaziyetinde olan dâvacının ceza dâvasını düşürmez. Şahsî hak dâvası ceza dâvasına bağlıdır. Fakat ceza dâvası şahsî hak dâvâsına bağlı değildir.

XI

Kanun yolları

Şahsî dâvacı müddeiumumî gibidir. Onun müracaat edebileceği kauun yollarına gidebilir (CMUK 360/1). Duruşmaya taalluk etmiyen kararlar aleyhine itiraz edebilir(CMUK 297). Hükümleri temyiz edebilir (CMUK 305). Şahsî dâvacı muhakemenin iadesini de istiyebilir (CMUK 360/2).

Gerek temyiz ve gerek muhakemenin iadesi talebi dâvacı veya vekili tarafından verilecek istida veya zabıt varakası tutulmak üzere yapılacak beyanla olur. Bu zabıt varakası reis veya hâkime tastik ettirilir.

Temyiz istidasının ve varsa yalnız layihanın bir sureti, hukuku âmme dâvasındaki usullere göre C.Müddeiumumiliğine verilir ve onun tarafından gönderilir. Temyiz istidası ve varsa layihası temyizi istiyen tarafın hasmına mahkeme kâtibi tarafından tebliğ olunur (CMUK 360/5,6).

Müdahil gibi şahsî dâvacıya da maznunun lehine kanun yoluna müracaat hakkını tanımak lazımdır. Çünkü ceza talep eden dâvacının tayin edilen cezanın mikdar ve mahiyetini tetkik ettirmek hususunda bir hakkı olması gerektir.

[52] TM. 2. CD: 21/2/1940, 1506—1423 (neşredilmemiştir)
[53] TM. 1. CD: 13/4/1937, 2829 — 1480 (*Temyiz kararları 1937*, S. 205)

339

Şahsî dâvacı maznunun aleyhine kanun yoluna müracaat ettiği zaman da karar maznunun lehine bozulabilir veya tadil edilebilir (CMUK 360/3). Kanaatımızca burada şahsî hak dâvası ile ceza dâvasını ayırmak lâzımdır. Eğer dâvacının temyizi yalnız tazminat noktasına inhisar etmeyip aleyhe olmak üzere ceza cihetine de taalluk ederse hüküm maznunun lehine bozulabilecektir. Maddenin mânası budur. Fakat eğer dâvacı yalnız şahsî hak bakımından temyiz etmişse maznunun lehine yani dâvacının aleyhine bozulmayacağını kabul etmek lâzımdır. Müddahillerin temyizi hakkındaki Tevhidi içtihat kararından [54] çıkardığımız mânayı buraya da teşmil edebileceğimizi sanıyoruz [55]. O halde dâvacı kararın kendi aleyhine bozulmamasını isterse yalnız şahsî hak bakımından temyiz eder. Maznunun aleyhindeki bu temyiz neticesinde ceza bakımından da maznun aleyhinde bozulabileceğini kabul etmek doğru olur. Ortada katileşmemiş bir hüküm varken neden adalet yerini bulmasın? neden hâkimin bir yanlışı maznun için müktesep hak teşkil etsin? usulün 309. maddesinden aksi mânayı çıkarmağa imkân göremiyoruz, zira bu madde maznun lehine konulmuş olan hukukî kaidelerin ihlali haline münhasırdır. 294. maddede ise yalnız aleyhe müracaatta lehe bozulabileceği tasrih edilmektedir.

Şahsî dâvacı yalnız şahsî hak bakımından temyiz ettiği zaman dahi hükmün ceza bakımından temyizinin kabil olması lâzım mıdır? Temyiz mahkemesinin bir kararında bu suale müspet cevap verilmiştir [56]. Kanaatımızca ceza bakımından temyizi kabil olmasa dahi tazminat bakımından temyiz edebilmek lâzımdır. Yalnız bu takdirde temyiz tetkikatını yalnız tazminat noktasına hasretmek muvafık olur.

---

[54] TM. Tİ. UH: 5/3/1941, 50 — 7 (*RG* 4780, 9/4/1941)
[55] KUNTER (Nurullah): *Âmme dâvasına müdahale* (Adliye ceridesi 1943 X 858)
[56] TM. 3. CD: 15/2/1938, 774 — 687 (*Temyiz kararları 1938*, S.234)

340

No: 14

Zina suçları ve Temyiz içtihatları üzerinde inceleme

Yazan :
Nuri SANGAR
Bilecik Sorgu Hakimi

1 — Ceza Kanunumuz aile birliğini siyanet maksadile evlilik bağları mevcut bulunan karı ve kocadan birinin yabancı bir kadın veya erkekle karı koca gibi yaşamalarını önlemek maksadile cezaî müeyyideler vaz eylemiş ve aleyhine zina cürmü vuku bulmuş olan koca veya karıya mâruz kaldığı hicap ve hakaretten kanun vasıtasile telâfii hak salâhiyetini ancak onu istimâle lâyık ve müstahak olanlara vermiş ve takibat için bu suça mâruz kalan karı veya kocadan birinin şikâyetname vermesine bağlı bırakmıştır.

Kanunumuz, aleyhine zina suçu vuku bulan tarafın, zina suçuna ittıla kesbettiği tarihten itibaren altı aylık müddet içinde dilekçe ile müracaatla âmme dâvasını tahrik edeceğini kabul etmiştir. Yüksek Temyiz Mahkemesi Ceza Heyeti Umumiyesinin 11/3/938 gün 270/421 esas ve 178/311 karar sayılı ilâmlarile işaret buyurdukları veçhile bütün mahkemelerimiz bu yolda kararlar vermektedir.

Bu içtihada nazaran, zina suçuna ittıla kesbeden tarafın altı ay geçirdikten sonra vaki müracaatı üzerine ya müddeiumumilikte veya mahkemede âmme dâvasının düşmesine karar verilmekte ve bu yolda verilen kararlar aile nizamı bakımından mühim zararlar tevlid etmektedir.

Her ne kadar, İtalya ceza kanunu zina suçlarında takibat icrası için ittıla tarihinden itibaren üç aylık bir müddet koymuş ise de kanunun esbabı mucibesinden anlaşılacağı veçhile ecnebi memleketlerde zina suçları içtimaî vaziyetlerine ve ahlâki telâkkilerine nazaran pek nadir vuku bulduğundan bu müddet o memleketler için belki kafi gelmektedir.

Halbuki, bizde aile mefhumu maalesef henüz lâyıkile anlaşılamamış olduğundan zina suçları adliyemizde mühim bir yekûn tutmaktadır.
Şöyleki: Çocuk sahibi olmuş, uzun zamandan beri yuva kurmuş olan karı

341

veya kocadan biri kısmen veya tamamen evini terk ederek diğer bir kadın veya erkekle karı koca gibi yaşıyor, ihanete uğrayan tarafın kimsesizliği, cahilliği, aile merbutiyeti, çocuk sahibi oluşu ve bilhassa mâ i vaziyeti dolayısile kocasının getirdiği veya gönderdiği bir kaç lokma ekmeği kendi ve çocuklerına yediriyor. Ve Kocasının heves ve ihtirasının nihayet bulacağını, bir müddet sonra evine döneceğini düşünüyor, bu maksadı temin için öteye beriye baş vurarak aile birliğini geçici bir hevesden ibaret, kısa sürmesi muhtemel bulunan sarsıntılardan korumak maksadile ve aile siyanetinin zaruri kıldığı yukarda zikrettiğimiz şartlar altında diğer tarafın sadakatsizliğine, bir zaman için, tahammül kudreti gösteriyor.

Karı veya kocanın, bu gösterdiği tahammüle rağmen zina yapanın evine tekrar dönmeyeceğini anlaması üzerine mahkemeye müracaatla zina dâvası açıyor, fakat ıttıla tarihinin altı ay geçtiğinden dolayı mahkemece dâva müruru zaman noktasından düşürülüyor veya dâva açma hakkından müddeiumumilikçe mahrum ediliyor ki, bu vaziyet kanunun ruh ve maksadına uygun değildir.

2 — Müddetinde zina dâvası açan karı veya kocanın Türk ceza kanunu 444 üncü maddesi mucibince dâva hükme iktiran ettiği takdirde bile dâvadan vazgeçmesi kabildir. Bu vaziyet karşısında hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olunuyor ki bu suretle tekerrür de cürme esas tutulmuyor.

Hadisemizde dâvadan vazgeçmek bir nevi aftır. Ve bu hak taarruz edilmiş olan tarafa bahşedilmiştir.

Vazıı kanunun bu maddeyi koymasındaki maksat; temelleri atılmış ve kurulmuş olan, uzun zamandan beri devam eden, çocukları mevcut yuvanın bozulmamasını temin için tarafların birbirlerine olan gizli vaad ve tarziyeleri ve ileride bu gibi suçları işlemiyeceğine dair vermiş olduğu teminat ve nedamet neticesi kurulmuş bir yuvanın yıkılmamasının teminidir.

Maalesef vazıı kanunun bu maksat ve gaye için koymuş olduğu bu prensip beklenen neticeleri vermemektedir.

Zinaya mâruz kalan taraf, müddetinde zina dâvası açıyor, duruşma sırasında feragat sebebile hukuku âmme dâvasının düşmesine karar veriliyor ve maznun bu fiili yeniden işlerse, başlı başına, bir cürüm teşkil etmekte olduğundan müracaatla yeniden duruşma yapılması kanunen kabil oluyorsa da, feragatla cezadan yakasını kurtaran karı veya koca zina yaptığı kadın veya erkeği terk etmeden ayni zamanda kanunun altı aylık müruru zaman müddetinden istifade etmek çarelerine baş vuruyor. Zina yaptığı karıyı veya erkeği terk etmeden (Bu bilhassa erkekler için daha fazladır.) hafta-

nın bir kaç günü asıl evine geliyor; karısına ve çocuklarına fevkalâde alâka gösteriyor ve haftanın bir kaç günü diğer kadına gitmesi keyfiyetini başından belâsızca savmak olduğunu söyliyerek asıl karısını avutuyor; kocasının sıcak sevgi ve alâkasını gören kadın, kocasının ıslahı nefsettiğini ve bir kaç gece evine gelmemesinin, kocasının dediği şekilde, kadını başından atmak için olduğuna kanaat getiriyor; bu vaziyet bir müddet uzayor, nihayet altı ay geçtikten sonra koca asıl evini büsbütün terk ediyor. Aklı başına gelen karı işin farkına vararak istida ile Cumhuriyet müddeiumumiliğine müracaatla zina dâvası açılması talebinde bulunuyor; yapılan ihzari tahkikat neticesi feragatla dâvanın düşmesi tarihinden itibaren kocanın halinde her hangi bir değişiklik olmadığı ve aradan dâva müruru zamanının tahakkuk etmiş olduğu anlaşılıyor. Ya ademi takib kararı veriliyor veya iş mahkemeye sevk ediliyorsa da müruru zaman noktasından âmme dâvasının düşmesine karar veriliyor.

Bu suretle, zinaya mâruz kalan taraf bir daha dâva açmak hakkından mahrum edilirken zina yapan şahıslar ise herkesin gözü önünde serbestçe karı koca gibi yaşayarak zina yapıyorlar ve bu hareketlerinden kanunen kendilerine hiç bir cezai müeyyide tatbik edilemiyor. (Yüksek Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairei aliyesince bu şekilde müruru zaman noktasından âmme dâvasının düşmesine dair verilen mahkeme kararları tasdik edilmektedir.)

Zina suçunun, ıttıla tarihinden itibaren altı ay olarak kabul edilmesinin doğurduğu mahzurlar:

Kadın veya erkek genç iseler zinaya mâruz kalan taraf hukuk mahkemesine müracaatla dâvasını isbat ederek kolayca boşanıyorlar. Halbuki kimsesiz, yaşı oldukça ilerlemiş, mâli vaziyeti bozuk, çocuk sahibi (Zina dâvalarında bu gibiler maalesef yüzde sekseni teşkil etmektedir) kadını terk eden koca aleyhine karı boşanma dâvası açarsa daha sefil vaziyete düşeceğini düşünerek bu cihete yanaşmadan nafaka dâvası açıyor ve bin bir müşkülâtla elde edebildiği nafaka ile zoru zoruna geçinmiye çalışarak sefalet içinde kalıyor.

Zina yapan koca ise, boşanma için mahkemeye müracaat ediyorsa da kendisi haksız olduğundan dâvası reddediliyor. Bununla beraber, zina yaptığı kadınla aile hukukun ihlâl ederek beraberce yaşayor ve bu yaşama neticesi meydana çocuklar da geliyor ki, bu vaziyet medenî kanunumuzda mühim bir yer işgal eden «nesebi gayri sahih çocuklar meselesini» teşkil ediyor.

Medenî kanunumuzun 310 ve müteakip maddeleri (münasebatı cinsiye zamanında müddeialeyh evli ise babalığa hükmedilemez) şeklindeki âmir

343

hükümlerine nazaran gayriresmî surette meydana gelen çocuğun babasız olarak kabul edilmesi ve bu suretle dünyaya gelen nesebi garisahih çocuk bütün haklarile anasına kalıyor ve nüfus tescili sırasında baba ismi olmaksızın yalnız ana ismile kaydolunuyor ki, babasız çocuk şekli cemiyetimiz içinde iyi karşılanmadığı gibi dünyaya gelen çocuk için de istikbal bakımından mühim zararlar doğuruyor.

Tatbikatta, bu şekli kabul ettiğimiz ve tashihi cihetine gitmediğimiz takdirde bu vaziyetteki çocuklar gittikçe çoğalacaktır.

Netice, Yukarda saydığımız bu mahzurları önlemek için Ceza kanunumuzun tâdil edildiği bu sıralarda 108 inci maddenin zina suçları için karı veya kocanın ittilâ tarihini mebde ittihaz etmeyip takibatı cezaiye mururu zamanı bâki kalmak şartile zina yapan karı veya kocanın artık eve dönmeyeceklerini anladıkları tarihten itibaren veya zinaya mâruz kalan taraf koca veya karısının mahza mürurü zaman müddetini geçirmeyi tasarlayarak zinaya mâruz kalan tarafı oyaladığını isbat ederse mürurü zamanın bu muamelelerle geçmeyeceği esası kabul edilmesi ve içtihatların bu şekilde değiştirilmesi cemiyet içinde bu gün için çok mahzurlu bulunan hallerin önlemesine ve vazıı kanunun ruh ve maksadına daha uygun olacağı düşünce ve kanaatindeyiz.

399

No. 15

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 4 üncü maddesi hakkında bazı düşünceler.

Temyiz mahkemesi birinci hukuk dairesinin bir kararı münasebetile

yazan :
Hilmi Kırelli
Silivri hâkimi

Hulâsa : Müdahelenin men'ini talep hakkile ecri m'silden mütevellit talep ha kı aynı mahiyette değildir. Bu iki muhtelif haktan mütevellit dâvaların, alacak dâvası şeklinde kabulü ve atiye terk olunan ecri misil hususundaki talep hakkının, vazife cihetinin halinde esas tutulması kanunun maksadına uygun dekildir.

Temyiz İkinci Hukuk dairesinin bu yolda vermiş olduğu 942/5642 sayılı karar, H. U. M. K. nun umumi maksadına uygun olmadığı gibi tevhidi içtihat heyeti umumiyesinin 940/93 numaralı kararına da muhaliftir.

Hâdisenin izahı :

Dâva : Ecri misil hususundaki mutalebe hakkı mahfuz kalmak şartile 300 lira gayrı menkule vâki müdahalenin men'i.

Müddeinin iddiası : Ecri misil hususundaki talep hakkı mahfuz kalmak şartile, tapu senedile malik ve mutasarrıf 300 lira kıymetindeki gayrı menkule vâki müdahelenin men'ini talep ve tapu senedini ibrazdan ibarettir.

Müddeaaleyhin müdafaası: Gayrı menkulü haricen ve âdi senetle başkasından satın aldığını ve tapu sicilinde muamelesini yaptırmadığını ve müddeinin ibraz ettiği tapuda yazılı gayrı menkul üzerinde tasarruf eder bulunduğunu ve tapu senedinin müddeabih gayrı menkule ait olduğunu beyan ve kıymet hususunda her hangi bir itirazda bulunmamaktan ibarettir.

Sulh mahkemesinin kararı : Haricen ve âdi senetle yapılan gayri menkul satışları kanunen muteber olmamasına ve müddeaaleyh, müddei tarafından ibraz olunan tapunun münazaalı gayrı menkule ait olduğunu ikrar ve kıymet hakkında her hangi bir itirazda bulunmamasına binaen, ecri misil hakkındaki talep mahfuz kalmak şartile, müdahelenin men'ine ve muhakeme masraflarının müddeaaleyhe tahmiline dairdir.

Temyiz mahkemesinin bozma kararı : Men'i müdahelesi talep olunan gayrı menkulün kıymeti 300 lira olduğu dâvacı tarafından beyan edilmiş ve ecri misil talebinden de feragat edilmeyip bu hususdaki dâva bakkının mahfuz olduğu beyan edilmiş olmasına binaen, İ. U. M. K. nunun 4 üncü maddesinin 2 inci fıkrası nazara alınmıyarak dâvaya bakılması kanuna muhalif ve bozma talebi bu sebeple varit olduğundan hükmün vazife noktasından bozulmasına ve esas hakkında şimdilik tetkikat icrasına mahal olmadığına dairdir.

İ. U. M. K. nunun 4 üncü maddesi, her üç fıkrada da alacak dâvasından bahsetmekte ve temyiz kararında adı geçen ikinci fıkra ise aynen (Dâva edilen kısım, son kısım olmadığı ve alacağın tamamı da münazaalı olduğu takdirde alacağın tamamı nazarı itibara alınır.) demektedir .

Yine aynı kanunun, sulh mahkemelerinin vazifelerinden bahseden 8 inci maddesinin birinci fıkrası (Te'sis ve iflâs dâvalarından başka değer veya miktarı 300 lirayı geçmeyen alacak ve menkul gayrı menkul ayın) dâvalarının sulh mahkemesinin vazifesi dahilinde olduğunu beyan ve alacak dâvalarile menkul ve gayri menkul ayın dâvalarının bir birinden farklı ve başka mahiyette görmekte ve ayrı ayrı tasrih etmektedir.

Vazife ihtilâflarının halli ve muhtelif vaziyetlerde vazife cihetinin tayini maksadile konulan ve yalnız alacaktan bahseden 4 üncü maddenin, ecri misil hususundaki dâva hakkı mahfuz kalmak şartile açılan ve 300 lira kıymeti tecavüz etmeyen gayri menkul ayın dâvalarında, tetkik olunan hadisede olduğu gibi, mahiyetleri bir olmayan müdahelenin men'i yolundaki gayri menkul ayın dâvasiyle atiye bırakılan ecri misil talep hakkının, 4 üncü maddenin tasrih ettiği şekilde alacak mahiyetinde telâkkî edilmesi, kanunun ve maddenin maksadına uygun düşmemektedir.

Usul ve şartları tahlil edilecek olursa, bir gayri menkul ayın dâvası olan müdahelenin men'ini dâva hakkile ecri misilden mütevellit talep haklarının aynı mahiyette bulunmadığı görülür.

Müddei bakımından nakdî bir meblağı te'diyesini talep ve müddeaaleyh bakımından da talep olunan meblâğı te'diyesi lüzumundan başka bir mana ifade etmeyen alacak dâvasında, her iki tarafta şahıs vardır ve bu vaziyet neticede, borçlunun mamelekile mesul olmasını tevlit eder.

Halbuki men'i müdahele dâvasında, hukukî münasebetin bir tarafında gayrı menkul ve diğer tarafında, bu gayrı menkule müdaheleden dolayı, şahıs bulunmakdatır ve neticede müdahelenin men'i şahsın mamelekile mesuliyetini degil, her hangi bir gayrı menkule müdahele edilmemesi mecburiyetini tevlit eder.

346

Teşekkül şartları ve neticede taraflara terettüp eden mesuliyet daha şümullü bir tabirle ifa (préstation) cihetlerinin men'i müdahele talebile, alacak ifadeden ecri misil talebi bir mahiyette değildir.

Müdahelenin men'i talep olunan gayrı menkulün kiymetile, birlikte talep ve dâva ediliyorsa, ecri misil miktarı 300 lirayı geçtiği takdirde vazife hususu, her iki kiymetin baliğ olacağı mıktarda tayin edilmek lâzım gelirsede hadisemizde olduğu gibi atiye bırakılan ecri mislin gayrı menkulün kıymetine ilâvesile 4 üncü maddenin ikinci fıkrası tatbik olunmak suretile vazife ihtilâfının halli; 8 inci maddede alacak, menkul ve gayrı menkul ayın dâvalarının ayrı ayrı gösterilmesi ve bir mahiyette tutulmamış bulunması dolayısile, kanunun maksadına uygun gelmemektedir.

Bu iddiayı te'yit eden diğer bir delil de, H. U. M. K. nunun 421 inci maddesinde kati olarak hükme bağlanacağı gösterilen ve 2500 kuruşa kadar olan alacak dâvalarının, para ile ifade ve para olarak talep edilen alacaklara ait dâvalara münhasır olup menkulü ayın dâvalarına şamil olmadığı hakkında, temyiz mahkemesi tevhidi içtihat heyeti umumiyesinin 18/12/940 tarih Esas 34/44 ve 93 sayılı hukuk kararı ve kararın esbabı mucibesidir. Heyet bu kararında, 427 inci maddeye göre, 2500 kuruşa kadar katî şekilde hükme bağlanması lâzım gelen dâvaların, para ile ifade ve para olarak talep edilen alacak dâvalarına münhasır olup menkulü ayın dâvalarına şâmil olmadığını kabul etmiş ve kararın esbabı mücibesinde de, alacak dâvalarile menkulü ayın dâvalarının kanun nazarında tamamile bir birinden ayrı olarak kabul edildiğini beyan eylemiştir.

342

No: 16

Bibliyografya

NEJAT ÖZOĞUZ, Cumhuriyet Baş Müddeiumumi Muavini

Temyiz Mahkemesi (Karakteri—kuruluşu ve tarihî gidişi—Teşkilâtı—vazife ve salâhiyetleri—Temyiz yoluna müracaat—Temyiz teşkilâtı)

Akay Kitabevi, Ankara 1944, 152 sahife, 200 kuruş.

Adlî kaza teşkilâtının zirvesinde bulunan Temyiz Mahkemesinin adını taşıyan bu kitap, bu yüksek mahkemenin kuruluş ve işleyişini ilmî ve metodlu bir şekilde tetkik ve tahlil etmektedir. Kitap şekil bakımından zarif olduğu, itinalı bir tasnife tâbi tutulduğu gibi muhteviyat bakımından da olgun ve dolgundur.

Kitap altı kısma ayrılmıştır. Birinci kısım Temyiz Mahkemesinin karakterine ve rolüne tahsis edilmiştir. Müellif bu kısımda Temyiz Mahkemesinin adlî bir derece olmadığına işaret etmekte ve bundan neticeler çıkarmaktadır. Bu neticeler arasında en mühimi Temyiz Mahkemesinin mahkemelerin takdir hakkına karışmamasıdır.

İkinci kısım Temyiz Mahkemesinin kuruluşuna ve târihçesine ayrılmıştır.

Üçüncü kısımda Müellif teşkilâttan bahsetmektedir.

Dördüncü kısım vazife ve salâhiyet başlığını taşımaktadır. Temyiz Mahkemesi birinci reisinin, umumî heyetinin ve dairelerden her birinin vazife ve salâhiyetleri mufassalan izah edilmiştir. Burada Temyiz Mahkemesinin kanunların tatbikini kontrol etmek ve içtihat birliğini sağlamak vazifesi ile merci tâyini, dâva nakli, vazife ihtilâflarının halli vazifelerile hâkimler ve avukatlar hakkındaki salâhiyetleri anlatılmıştır. Baş Müddeiumumiliğin vazife ve salâhiyetleri bahsinde de ceza dâvalarının âmme hukuku bakımından gözden geçirilmesi, itiraz, karar tashihi, yazılı emir, nefan lilkanun temyiz meseleleri ve Baş Müddeiumumiliğin asliye müddeiumumiliği sıfatile vazifeleri tetkik edilmiştir.

348

Temyiz yoluna müracaata ayrılan beşinci kısım da üç bahsi ihtiva etmektedir: Temyiz yoluna müracaatın şekil ve şartları, Temyiz yoluna müracaattan vazgeçme ve Temyiz yoluna müracaatın icra ve infaza tesiri. Birinci bahsin başlıkları da şunlardır: Temyizi kabil hükümler, Temyiz edebilen kimseler, kanunî şekil, Temyiz müddeti ve Temyiz harcı, Temyiz sebepleri. Temyiz sebepleri daha ince bir tetkike tâbi tutulmuştur. Hukuk ve ceza dâvalarında Temyiz sebepleri birer birer izah edilmiş ve yüksek mahkemenin bu hususdaki içtihatları gösterilmiştir.

Sonuncu ve altıncı kısım Temyiz tetkikatından bahsetmektedir. Hukuk ve ceza dairelerinde dosya okunuşu, müzakere ve karar, hükmün bozulması üzerine yapılacak muameleler ve mahallî mahkemece verilecek kararlar bu kısmın belli başlı bahislerini teşkil etmektedir.

Görülüyor ki kitap yalnız Temyiz Mahkemesi teşkilâtının izahı gibi dar bir çerçeveye sıkıştırılmamıştır. Temyiz Mahkemesinin bütün usul kanunlarımızı ve kanunların tatbiki bahislerini alâkadar eden faaliyeti vesilesile adeta ceza ve hukuk muhakemeleri usulü kanunlarımızın Temyiz yoluna taalluk eden bahislerinin zengin ve değerli bir şerhi yazılmıştır.

Her güzelin bir kusuru olduğu gibi bu değerli kitabın da ilişebileceğimiz bazı noksanları yok değildir. Meselâ Müellif şahsî kanaatlerini daha canlı ve daha heyecanlı olarak müdafaa etseydi ne kadar daha iyi olacaktı. Faraza Temyiz Mahkemesinin mahkemelerin takdir hakkına karışması hakkile tenkid edilmiştir. Fakat bu mevzuda daha çok şeyler söylenebilirdi diye düşünüyoruz. Sonra gönül isterdi ki tertip ve tasnif bakımından cidden bir itina mahsulü olan bu kitabın bibliyografyasında gösterilen makalelerin hangi mecmualarda bulunduğu işaret edilmiş olsun.

Bu kitaba önsöz yazan Cumhuriyet Baş Müddeiumumisi sayın Fahrettin KARAOĞLAN'ın en salâhiyetli kalemle yazdığı şu satırları nakledelim:

«Şu kitap fikrimce yalnız Temyiz Mahkemesi dışında kalanlar için değil, o toplum içinde bulunan genç ihtiyar hepimiz için lüzumunda baş vurulacak bir kitap olacaktır. İfadesindeki açıklık insanı o bakımdan da kendine çeken bir özlülük gösteriyor.»

Dr. Nurullah KUNTER

369

Profesör **HIFZI VELDET**: *İmtizaçsızlık Sebebile Boşanmada Kusur Mefhumu.* Kenan Matbaası İstanbul 1943, 20 ayfa 30 kuruş

Sayın Profesörün bu küçük eseri hakiki bir ihtiyaca cevap vermektedir; Adliye Vekâletinin nesebi sahih olmayan çocuklar meselesine tahsis ettiği büyük anketin uyandırdığı yankılar, hareketler arasında boşanma müessesesi bazan bir sebep bazan da bir netice ve bazan da bir deva olarak gösterildi. Bu arada şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanma üzerinde bilhassa duruldu.

Ankete verilen cevaplar şunu gösterdiki tatbikatta şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanma kanun vazıının maksadı hilâfına, daha ziyade kusur esasına istinadeden bir sebep telâkki edilmektedir.

Profesör Hıfzı Veldet'in bu küçük ve faydalı incelemesi bu meseleye ışık serpmektedir. Bu metod da maksadı izah eden bir girişten sonra içtihadlar, kanun metni, imtizaçsızlığın diğer boşanma sebepleri arasında arzettiği ehemmiyet, boşanmada hâkim olan pirensipler 134 inci maddenin tatbik şartları, imtizaasızlığı, şahitlerin şahadet etmeleri gereken hususlar İsviçre Federal mahkemesinin ve diğer mahkemelerin bazı içtihatları; tetkik edilmiştir. Müellif netice olarak «bugünkü Türk boşanma hukukuna göre imtizaaçsızlıkta kusur perensibi cari değildir.

Boşnma davasında kusuru üstün olan eş tarafından açılabilir. Karşı taraf buna itiraz etmediği takdirde mahkeme resen müdahalele ederek ve ilk iş olarak davacının kusurlu olup olmadığını araştırmak ve şayet kusurlu ise onun davasını red etmekle mükellef değildir. Cihet ancak dava edilenin talebi üzerine araştırılır; yoksa, yüksek temyiz mahkemesinin içtihadında denildiği gibi (müddeinin evvel emirde boşanma davasını ikameye selâhiyeti olup olmadığını tayin lazım değildir) diyor ve 134 üncü maddenin ikinci fıkrasının daha açık bir şekle konulmasını ve temyiz mahkemesinin böyle bir içtihad tesis etmesi temenni olunur.

K. F. A.

İZZET GÖZÜBÜYÜK: *Memurin kanunu, tadil ve zeyilleri;* Alaettin Kıral Matbaası, Ankara; 1943. 116 Sahife, küçük forma 110 kr.

Bir çok tadillere uğrayan, bir çok zeyilleri ihtiva eden memurin kanununun en yeni metnini veren risale, ayrıca memurinin kanu-

370

nu ile alâkalı kanunlar, kararlar, tefisirler, Devlet şûrası ve Divanı muhasebat kararlarına da yer vermiştir.

K.F.A.

Prof. Dr. **HIFZI VELDET:** *Türk evlilik hukukunuun bugünkü meseleleri üzerinde düşünceler.* Kenan matbaası. 1943 İstanbul 46 sayfa 70 kuruş.

Prof. Hıfzı Valdet, esas itibariyle, Türk hukuk müessesesinin tertip ettiği münakaşalı konferansında vukuf ve vuzuhla ifade ettiği düşünceleri ihtiva eden bir kitabçık neşretmiş bulunuyor. Sırayla nesebi sahih olmayan çocuklar; boşanma, aile hukukunun cezai müeyyideleri, kısaca «Türk evlilik hukukunun bugünkü meseleleri» üzerine eğilmek bugün yalnız her münevverin, fakat bilhassa her hukukçunun bir vazifesi halini almış bulunuyor.

Cemiyetin dayandığı aile müessesemiz ne haldedir ? Yaşayan aile ile kanun sözleri arasında bir ahenk mevcutmudur ? Yoksa yer yer kanunun ve hayatın kaideleri birbiyle çarpışıyormu? Eğer varsa hangi noktalarda, niçin çalışmalar oluyor? Bunları önleyecek Adli, idari tedbirler, kısaca kanuni tedbirler varmıdır?

Bütün bu sualler, sayın Profesör tarafından Adliye Vekâletinin nesebi sahih olmayan çocuklar meselesi etrafında yaptığı anket ve neşrettiği rapor ve mütalâalardaki fikirlerin ışığı altında, sağlam bir terkip kudretiyle, salâhiyetle gözden geçirilmiştir.

Bu kitapcığın taşıdığı bahisler şunlardır: Giriş—buhran karşısında, Adliye Vekâletinin anket ve raporu. Medeni kanunun tadil meselesi; I—Esas bakımından, II— Evlenme ve boşanma hukukundaki münferid hükümler bakımından (nişanlanma, evlenme ehliyeti, evlenme manileri, evlenmenin ilânı, evlenme akdi, evlenmenin butlanı.) —V— Evlenme işlerindeki sakat gelenekle mücadele meselesi. (Cezai, içtimai ve idari bakımdan) - VI—Boşanma meselesi (umumi mülahaza ve mukayeseli hukuk, bosanma sebepleri, bugünkü sebeplerle teklif olunan sebepler, boşanmanınusulü muhakemesi, bugünkü usul, teklif usul, boşanmada hâkimin durumu, neticedir.

K.F.A.

351

FEVZİ MUHİP ALPEREN — NECATİ VOLKAN — ŞEKİP MUSLUOĞLU: *Son içtihatlar*, 2. fasikül. Tan matbaası, İstanbul 1943, 48 sayfa 50 Kr. (kitabı neşredenlerin posta kutusu: İstanbul 1327, Posta hava lesi: İstanbul C.M.U. muavini Yakup Şekip.)

Temyiz mahkemesinin bir yılda 80 bine yakın iş çıkardığı ve bu kararların kısmen olsun temininde uğranılan güçlük düşünülürse İstanbul adliyesine mensup üç arkadaş tarafından ayrı ayrı cüzler halinde neşredilen "Son içtihadlar" ın hakiki bir ihtiyaca cevap verdiği kolayca takdir edilir.

Hukukun başlıca şubelerinde verilen dikkate lâyık temyiz kararları anlaşılmayı kolaylaştıracak şekilde hulâsa edilmiştir. İcap eden not ve ilâveler kanun maddelerinin ilâvesiyle neşredilen karar ve diğer temyiz kararları ve mevzuat arasında bir ahenk ve irtibat kurulmuştur.

Neşredilen kararı bulan ve takdim şeklini hazırlayan arkadaşın ismi de her kararın başında verilmektedir. Bir nevi dergi hüviyetini taşıyan "Son içtihatlar" ı tebrik eder başarılar dileriz.

K. F. A.

EDİP ÜNAL ERZEN — *Çocuk Dâvası* (Mesleki seri: 4) Vakit Matbaası, İstanbul 1943, 72 Sah. 125 Kuruş

Münevverlerimiz arasında çocuk meselesi yalnız maarif ve terbiyecileri ilgilendirdiğine dair çok yanlış, — hatta garip — telâkki yavaş yavaş zaifleyor, siliniyor. Bütün cemiyet hayatının çocuk ve gençlik meselesine irca edilebilecegi hakikatı — bir çok hakikatlar — gibi geçte olsa artık eyice anlaşılmış bulunuyor. Netekim, hukukcularımız arasında bu son yıllar içinde bu konuya karşı gösterilen yakınlık her gün biraz daha büyümektedir. Bu vadide yazılanların çogu henüz ilk denemelere has vaitkâr. Aynı zamanda yine bu ilk denemelere has noksanları, nisyanları beraber taşıyor.

Üsküdar C. M. Umumisi Edip Ünal Erzen tarafından yazılan küçük kitap bu mesele hakkında faydalı bir toplu bakış mahiyeti taşımaktadır. Hamit Macit Seleklerin bir ön sözünden sonra gelen bi-

352

rinci bölümde hukuk bakımından çocuk meselesinin muhtelif memleketlerde aldığı şekli incelemiş ve bu arada çocugun mesuliyeti, ruhi yapısı ve çocuk Amerikada, Fransada, İngilterede, Almanyada, İtalyada, Belçikada, çoçuk mahkemeleri ve infaz müesseseleri gözden geçirilmiştir.

İkinci bölümde kanun önünde çocuk düşüren, kanunlarımızda çocuk korunması, bizde suçlu çocuk ve cezaların infazı ve dilekler.

K. F. A.

MUSTAFA REŞİT BELGESAY (İstanbul Hukuk Fakültesi Ord. Profesör)*Karı Koca Arasında Vazifeler ve Boşanmalar*:(Medenikanun XI zeyl kitabından ayrı bak.)Kadı köy kitabevi 1944 58 sayfa 100 kuruş.

Bizzat müellif «Medeni kanun hükümlerinin filozofik, teorik bakımdan kiritik etüdü ve tatbik tarzi olarak tavsif edilen bu incelemenin yazılış gayesi » karı kocanın eyi geçinmek, evlilik hayatında mesut olabilmek için ne gibi kaidelere riayet etmeleri lâzimdır? O tedbiri bildiren ve tatbik olunan medeni kanun bu maksatla negibi hükümler koymuştur? Bu hüküm nasıl tatbik olunuyor? Nasıl tatbik olunmalıdır? suallerine cevap vermekten ibarettir.

Eserde evlilik hayatı, calî evlenmeler, boşanma, karı koca arasında vazifeler ve müyyideleri, evlilik birliği, karı koca arasında hukuki tasarruflar, karı koca arasında cebri icra memnuiyeti, sadakat borcu, karının eve bakmak borcu, karının bir meslek ve sanaatla meşguliyeti, karı ve koca arasında nafaka mükellefiyeti, karı koca arasında nafaka mükellefiyetinin şümulü ve takdiri,nafaka tayinine salâhiyetli mahkeme,boşanma halinde tazminat ve yoksulluk nafakası, bahisleri incelenmiş her bahisde bir çok Temyiz ve Federal mah keme kararı zirkredilmiştir.

K. F. A.

Dr. ZAHİT ÇANDARLI: ***Borçlar hukukunda müruru zaman ve buna mütedair Temyiz Mahkemesi kararları.*** **Ankara, Akay kitabevi, 1943, 150 sahife, 200 kuruş.**

İnsan olmamız münasebetiyle yaptıdıgımız her harekâtı şuur ve irademizle yapıyor ve istenilen neticeyi kısmende olsun isteyerek husule getiriyoruz. Bazen istemediğimiz ve düşünmediğimiz şeylerle karşılaşıyor fakat bunların husule gelmesi içinde şuûr ve irademizi kullanıyoruz. Böyle olmakla beraber yalnız bir şeye hâkim olamıyor

353

şuûr ve iradem'zle onu durduramıyoruz.Zaman. O tevali eden anları, mazi hal ve istikbal gibi çeşitli bölümlerile bizi peşinde sürükliyor ve bizim kaderimiz onda taayyün ediyor. Her şey ondan beklenirken her şey onda mahvoluyor. Yapıcı ve yıkıcı olarak her türlü oluş ve değişişilerde o bulunuyor. Hukuktada mururu zaman şeklinde tezahür ediyor.

Zaman denilen bu vakıanın ve içtimaî zaruretlerin meydana getirdiği mürur zaman; amme menfaatı ve amme nizamı kaygusuyla bütün vazıı kanunlarca kabul edilmiş olup bir alacağın dava yoluyla istihsal edilebilmesinin zaman bakımından tahdidi demektir. Yani uzun bir müddet zilyed bulunulan mala sahip olmak veya tesahüp edilen bir hakkı uzun müddet aramamak ve talep etmemek süretiyle bu mütalebe hakkı üzerinde lakâydi ve ihmal gösterilmesi neticesinde o malı kaybetmektir. Hayatın zarüri icaplarından doğan, bir dava vecibesini ifa eden borçluyu, bir kere daha aynı şeyi ifadan kurtaran, cemiyet dahilinde borçlu ve alacaklıların çoğalmasını önleyerek malî ve iktisadî fena neticelerin doğmasına mani olan ve ceza hukukunda delillerin zamanla yok olması sebebiyle beyyine bulmaktaki müşkilatı önleyen ve asılsız yalancı bir takım şahitlerin dinlenilmesine mani olan mururu zaman tatbikatta en çok karşılaşılan bir müessese olmakla beraber bizde hiç işlenmemiş ve ancak ders kitaplarının tetkik mevzuu olarak kalmıştır. İşte bu eser bu karışık ve muğlak mevzuda bizi tenvir etmekte ve bu sahada yazılan ilk eseri teşkil etmektedir. Güzel ve itinalı bir şekilde tab edilmiş bulunan eserin diğer bir hususiyetide mevzu ile alakâlı temyiz kararlarında ihtiva etmesi ve okuyucularını bu zahmetten kurtarmış olmasıdır.

Eserde mevzu muhtelif parağraflara bölünmüş bir şekilde incelenmekte ve ilk parağrafta mürurı zamanın hukuki bünyesi, tarihi ve taksimi anlatılmaktadır. Bilâhare akitlerden haksız mal iktisabından doğan borçlarda ve haksız fiillerden mütevellit alacaklarda mururu zamanın başlangıcı tetkik edilmekte ve ıskatı mürurı zamanla sukutu hak maddeleri arasındaki münasebet ve farklar belirtilmektedir. Daha sonra mururu zamana ait bazı prensipler başlığı altında mürurı zamanın n vakit ve kimler tarafından dermiyan olunabileceği, değiştirilip değiştirilemiyeceği, feragat edilip edilmiyeceği ve asıl alacak hakkında mürurı zaman vaki olduğu takdirde buna müteallik fer'i alacakların ne olacağı incelenmekte ve ceza hukukundaki mürurı zamanla hususi kanunlardaki ceza mürurı zamanları tetkik olunmaktadır. Daha sonra kısa hadli mürurı zaman

3174

müddeti (bir senelik müruru zaman) nın mahiyeti ile haksız fiillerden ve haksız mal iktisabından mütevellit borçlara ait müruru zaman müddeti anlatılmakta ve orta hadli müruru zaman (5 senelik müruru zaman) müddetine geçilerek borçlar kanununun 126 ıncı maddesinin birinci ve ikici bendlerinde zikredilen beş senelik müruru zamana tabi alacaklar izah edilmektedir. Bilâharede Umumî müruru zamana (10 senelik müruru zaman) geçilerek, tahriri bir beyana müstenit alacaklarla, mahkeme hükmüne müstenit alacakların, kanunda sarih müruru zamana tabi tutulmayan alacakların ve akitlerden mütevellit tazminat taleplerinin bu müruru zamana tabi olacağı belirtilmekte ve müruru zamanın cereyanın mani olan sebeplerle müruru zamanı kateden sebepler ayrı ayrı tetkik olunmaktadır. Daha sonra ise bütün bu bahislere ait aynı serlevhalar altında 110 tane temyiz kararı gösterilmekte ve ticarî müruru zamanla müddetleri tetkik olunmaktadır.

Mevzuu isabetli bir görüş, salim bir düşünüşle güzel bir tasnife tabi tutan,her müşkili, muvazeneli, anlayışlı, azimli, ve açık cümlelerle izah eden bu eserinden dolayı genç hukukcumuzu tebrik eder,kıymetli olacağına şüphe etmediğimiz yeni eserlerini bekler ve eserin Ankarada Yenişehir ve samanpazarı Akay kitapevinden tedarik edilebileceğini okuyucularımıza hatırlatırız. *Kâzım Dereli*

355

No: 17

Harbin hususi akitler üzerindeki tesiri [*]

Konferansı veren:
Ord. Prof. Andreas B. SCHWARZ

Türk Hukuk kurumu beni, harbin akitler hukuku üzerindeki tesirleri hakkında bir konferans vermek üzere davet etmiş olmakla bana büyük bir şeref vermiştir. Bu mevzu dikkati, evvelemirde aktin bütün tarih boyunca geçirmiş olduğu çeşitli tahavvüller üzerine çekmektedir. Hukuk mefhumlarımızdan hangisinin, müsbet muht vasına tâbi olmaksızın bizatihi hak olarak her hukukun esasını teşkil ettiği veya yerleşmiş olan diğer bir ifade ile, hukuk mefhumlarımızdan hangil-rinin a priori cari olabilecekleri, hukuk felsefesinin en ehemmiyetli meselelerinden birini teşkil eder. Bütün medeni dünyaca binlerce yıldan beri bilinen ve bizler için kendisinden vazgeçilmesi kabil olmıyan bir mefhum olmasına rağmen, akit, a priori cari olan bu hukuk mefhumlarına dahil olmasa gerektir. Çünkü iptidai cemiyetlerde öyle bir hukuki durum vardır ki bunda hukuki vaziyetler sabit ve muayyendir, ve fertlerin yapacakları anlaşmalar da bunlara tesir edebilecek mevkide değildir. Diğer taraftan öyle rasyonel bir şekilde teşkilâtlandırılmış cemiyetler ve iktisadi durumlar tasavvur olunabilir ki, akit artık orada da bir rol oynayamaz. Şüphesiz bu iki kutup, ifrata kaçan şekilleri ile tarihin bize verdiği tecrübelerin çerçevesi dışında kalır: Bunlardan biri bu tecrübelerin ötesinde, diğeri berisindedir: Biri bize tarihten önce, diğeri— tabir caiz ise — tarihtn üstün görünmektedir. Fakak insanlık tekâmülünün, bugünkü tarihî, etnografik ve içtimaî bilgilerimiz sayesinde görebildiğimiz geniş hudutları içinde dahi aktin ehemmiyet ve rolü bir rakkas gibi büyük devreler halinde hareket etmekte denizlerin meddücezri. gibi bazan yükselmekte, bazan ise alçalmaktadır.

Geçen yüz yılın büyük bir İngiliz hukuk mütefekkiri olan Sir Henry Sumner ***Maine***, bütün anglo — Amerikan dünyasında pek fazla tesir bırakmış olan «Ancient Law» «Kadim hukuk» adlı kitabında

[*] Bu Konferans *Türk Hukuk Kurumu* adına. 21 3 1943 tarihinde Dil — Tarihi ve Coğrafya Fakültesinde verilmiş ve *Dr. Hikmet Belbez* tarafından dilimize çevrilmiştir.

356

medeni insanlığın hukuki tekâmülü hakkında şöhret kazanmış olan şu formülü vazetmiştir: Ona göre bu hukuki tekâmül «from status to contraet» yani cemiyet içinde sabit olan bir bağlılıktan ferdin, serbest anlaşmaya dayanan durumu istikametinde bir hareket ve inkişaf halindedir. Sir Henry Sumner Maine 1860 senelerinde İngilterede hukuki terakkinin tasvir edilen bu istikamette yürümekte olduğunu zannettiği zamanda liberalizm en yüksek mertebesine varmış bulunuyordu. Hukuk tarafından tanınan hareket serbestisi neticesi olarak fen ve iktisat sahalarında elde edilmiş olan umulmadık muvaffakiyetler karşısında ve harbin artık tarihe mal olduğu sanılan uzun ve müemmen bir sulh devresi içinde herkesi bir hürriyet nikbinliği kaplamıştı. Bunun neticesi olarak, kabil olduğu kadar geniş bir akit serbestisi, irişilmesi lâzım gelen ideal telâkki ediliyordu; bunun yanında devlet tarafından kurulan hukuk nizamının rolü sadece tamamlayıcı ve temin edici olmaktan ibaret kalacaktı. Her türlü hatleri aşmış bulunan irade serbesliğinin bu inkişafını durdurup geriletmek ve tarafların iradelerinin hâkimiyetini âmmenin menfaatlarına tâbi kılmak üzere pek yakında başlıyacak olan gerileme hareketini kimse tahayyül etmiyordu.

Fakat az zaman sonra bu liberal idealin karşısına içtimai ideal çıkmış ve serbest aktî anlaşmaların sahasını gittiçe daraltmıştır. Bu istikametteki tekâmüle birinci dünya harbinin sarsıntıları anî olarak baş döndürücü bir hız vermiştir.

Bu hız 1920 ve 1930 senelerinin, bugünkü ikinci dünya harbinin evvelkileri gölgede bırakan buhranına müncer olan ağır iktisadi buhranlarının, kısmen aynı mahiyette olan şartları içinde devam edegelmistir.

Bu suretle son otuz senenin fırtınaları içinde bütün dünyada, gerek muharip devletlerde ve gerek harpten ancak dolayısıyla müteessir olan devletlerde ki–Türkiye de bu bahtiyarlar arasında bulunmaktatır.—19 uncu ve hattâ 20 nci asır kanunlarıyla vazddilmiş olan liberal ve ferdiyetçi borçlar hukukunun bazı kısımlarıyla bariz bir tezat teşkil eden harp ve buhran zamanlarına has olan bir akitler hukuku meydana gelmiştir.

II

Harbin hususî hukuk üzerindeki tesirleri iki şekilde tezahür eder. Herbiri tarafından, ***fertlerin akit yapmak hususundahi irade muhtariyetine devletin bir çok yönlerden müdahalelerde bulunmasına***

357

sebebiyet vermektedir. Hayatın her safhasında vukua gelen bu müdahaleler herkesçe malûmdur. Mallarda baş gösteren kıtlık ve bunun neticesi olan pahalılık içinde halkın yaşamasını temin etmek endişesi bir taraftan anlaşma hürriyetini tahdit ve takyit, diğer taraftan âmir hükümlerle akitlerin muhtevalarını tâyin ve tesbit etmek suretiyle başı boş spekülasyonların zabt ve rabt altına alınmasını zarurî kılmaktadır; bu bilhassa fiyatların tesbit ve tanzimi ve istihlâkin tahdidi şekillerinde görünmetedir. Aynı mülâhazalar çok kere hayatta mevcut ahtî münasebetlerin zorla idamesini bir ihtiyaç haline sokmakta ve hususiyle kira hukuku alanında aktî feshetmek imkânlarını daraltmaktadır. Bundan başka millî müdafaa ihtiyaçları karşısında müstahsil ve işçiler aynî ve şahsî edalarda bulunmağa icbar edilmekte ve bu edaların behemehal elde edilebilmesi için de akit yapma serbestisi yerine akit yapma mecburiyeti ikame olunmaktadır. Her taraftan vaki olan bu müdahaleler yüzünden ***akit hukukunda görülen tahaccür ve kasıntılar*** harp tesirlerinin tezahürü şekillerinden birinci gurupu teşkil etmektedir.

Diğeri, harp ve buhrandan doğan zaruretlerin aktin ifası hususunda ortaya attıkları göçlükler ve engenller yüzünden, ***mevcut akitlerin normal bir şekilde tatbik ve icrasında*** büyük müşküllerden ileri gelmektedir: Bunun neticesinde şimdi sözü geçen tahaccür ve kasılmaların aksine olarak ***aktî münasebetlerde bir gevşeme ve çözülme*** husule gelmektedir.

Bu her iki tezahür şekli de mahiyetleri itibariyle birbirlerinden farklıdır. Biricilerden ***kanun vazının takibettiği siyasetle alâkalı,*** ikincilerden ise tamamiyle ***kukukî*** vazifeler doğmaktadır. Bundan şunu kastediyoruz: Birinci grupa dahil olan tezahürler harpten müteesir olan cemiyetin menfaatlarına temas etmekte ve harp ekonomisinin teşkilâtlandırılmasını millî bir ihtiyaç haline sokmaktadır. Bu teşkilâtlandırılma ancak kanun vaz'ı yoluyla müsbet hükümler koymak suretiyle temin edilebilir. Ve bunun da bu yeni kanun ve nizamnamelere müsteniden idare mekanizması tarafından gerekleştirilmesi lâzımdır. Buna mukabil öteki grupa dahil bulunan tezahürler fertlerin kendi menfaatlarına taallûk eder: Bunlar ise bir dâva zımnında, her hâdisede tarafların hak ve mükellefiyetlerini halin icap ve şartlarına göre tâyin ve tesbit edecek olan ***hâkimin*** karşısına çıkarlar.

O halde, birbirinden ayırdetmiş olduğumuz bu iki grup, hukukan başka başkaşekillerde tezahür etmektedir. Birinci grbun ihtiyaçları her tarafta yeniden sayısız ***pozitif hukuk hükümlerinin*** meydana gelmesi-

ne sebep olmuştur. Millî korunma kanunu ve ona müsteniden çıkarılan kararnameler, akit yapmak hususundaki irade muhtariyetine olan bütün karakteristik müdahaleleriyle, harp zamanlarına has olan iktisat hukukuna klasik bir misal teşkil eder. Yeni teşekküllerin çoğunun bir medeniyeci için de son derecede cazip ve teşvik edici olmalarına rağmen bu malzeme birinci derecede iktisat siyasetçilerini ve idare hukukçularını ilgilendirir.

Tezahürlerin ikinci grupu ise yeni hukuk hükümleri halinde değil, mahkemelerin *içtihatları* şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Burada, milletlerin hukukî tecrübe ve bilgilerinin tecessüm ettiği en yüksek mahkemelerin içtihatları başta olmak üzere, bütün devletlerin mahkeme kararlarının otuz senedenberi mücadele halinde oldukları meseleler tahaddüs etmektedir. Türk temyiz mahkemesiyle Fransız cur de cassation, Alman herihsgesichki ile İsviçredeki Federal Mahkeme, Macar kraliyet kuriyesi, İngilterenin «House of Lords» ile Birleşik Amerika Devletlerinin «Supreme Courts» ları hep hayatın hemen hemen aynı mahiyette olan ihtilâflarının halliyle meşgul olmaktadırlar. Harp zamanlarına mahsus akitler hukukunun her şeyden evvel medenî hukuku alâkadar eden sahası, işte budur. Bizim de, harp ve buhran meselelerinin borçlar hukukunun en derin noktalarını harekete getirmiş ve mütemadiyen kıymetli bir şekilde derinleştirmiş ve zenginleştirmiş olan bu grupuna dönmemiz her halde sizlerin de arzularınıza uygun olacaktır.

Bahis mevzuu olan tezahürler her yerde hemen aynı tipik müşabeheti arzetmektedirler. Bir kimse bir mukavele ile mal teslimini, hususiyle bu malları mütevalî bir şekilde teslim etmeği veya bir eser vücuda getirmeyi taahhüt etmiştir; fakat mal kıtlığı, el koyma, fiyatlarda önceden derpiş olunmıyan yükselişler, düşman işgali, nakliyat bozuklukları ve navlun zamları, ithalât ve ihracat yasakları, abluka tesirleri v. s. gibi harp zaruretleri neticesi olarak ve kendisine hiç bir kusur isnadı kabil olmaksızın taahhüdünü ifa edememek mevkiine düşmüştür. Çok kere bu gibi haller önceden düşünülmüş ve borçlunun veya alacaklının lehine olarak mukayeleler tesbit ve tâyin edilmiştir. Meselâ harp şartı veya altın şartında olduğu gibi. Asıl büyük güçlükler bu gibi hususi anlaşmaların bulunmaması, ve münasebet ve şartlarda husule gelen esaslı değişiklikler neticesinde aktin ifası imkânsız bir hale gelmiş olsa bile ifanın ancak önceden tahmin edilmemiş olan fedakârlıklar pahasına mümkün olması ve bu fedakârlıklarla mukabil ıvaz arasında nisbetsiz denecek derecede bir fark husule gelmesi hallerinde kendini gösterir. Bu takdirde verilmiş olan söze itimat ederek « pacta sunt servada» — «ahde vefa » prensi-

359

pine baş vuran alacaklı ile meşhur eski «summum sus, summa inirina» «en büyük hak en büyük haksızlık ». kaidesine işaretle mukavelenin metnine değil fakat kendi mükellefiyetlerine bir hudut çizen nasafet (kaidelerine) dayanmakta ve bunun dışında her hangi bir fedakârlığa katlanamayacağını iddia etmekte olan borçlunun menfatları arasında bir ihtilâf baş gösterir. Bir taraftan akte sadakat, diğer taraftan da akitlerde hak ve nasafet arasındaki bu ihtilâfı hal için bütün memleketlerde ve dillerde eski ve yeni o kadar çok hukukî terkiplere baş vurulmuştur ki bu yüzden meselemiz etrafındaki fikirler arasında inkâr edilmeyecek derecede bir kargaşalık husule gelmiştir. Bununla beraber müracaat edilmiş olan ve çok kere birbirleriyle tearuz eden bütün bu muhtelif yolları esas itibariyle iki hareket noktasına irca etmek mümkündür.

Bir taraftan bu mesele hal ve şartlarda husule gelecekleri önceden tahmin edilemiyen değişiklikler neticesinde borçlunun tahhüdünü ifaya kadir olmadığı noktai nazarına dayanmak suretiyle hal edilmiye çalışılmıştır. Bu hal tarzında akte yapılan müdahale hariçten vaki olmaktadır. Buna mukabil, diğer yol meseleyi dahilden, bizzat aktin mefruz veya mevhum muhtevasından harketle halle çalışmaktadır. Buna göre vaziyetlerde husule gelen bu kökten değişiklik karşısında bizzat aktin artık ifayı istemediği veya bu değişiklerin önceden tahmin edilebilmiş olmaları halinde istemiyeceği farzedilmektedir. Demek oluyor ki, aktin meriyet hudutları bakımından akte, tefsir yoluyla, zımnî bir kayıt ilâve edilmektedir. Bu suretle 19 uncu asırdaki hukukî tekâmülün, akitlere mutlak riayet ve muamelelerin emniyeti gibi belli başlı prensiplerle kabili telif görmediği eski bir nazariye, yani akitlerde bir « clauula rebus sic s'tantibus» kaydının zımnen mündemiç bulunduğu nazariyesi bir çok yeni şekillere bürünerek tekrar canlanmaktadır. Her iki yolda da, arzu edilen ve fevkalâde hal ve icaplar karşısında borcun hudutlarını daraltmak ve borçluya yardımda bulunmaktan ibaret olan hedefe ulaşmak kabil oluyordu. Fakat bu da muhtelif tarzlarda yapılıyordu. İlk akla gelen borçluya akitten dönmek hakkı tanımak veya mukaveleyi hâkim marifetiyle feshettirmek suretiyle onu kurtarmaktı. Fakat bir çok hallerde böyle bir amaliyenin radikal karakteri üzerinde durmak lâzımgelmiştir. Filhakikâ borçluya yardım ediliyordu; fakt bu, tarafların akti yapmaktaki menfaatlarının fedası pahasına oluyordu: Almancada dendiği gibi «banyonun suyu, çocukla birlikte dökülüyor» yani diğer bir ifade ile «kaş yapayım derken göz çıkarılıyordu.» Bunun neticesi olarak ince fakat muğlak bir hukukî tedavi usulü meydana

360

çıktı: bu da «ya hep, ya hiç» diyerek fesih yoluna gitmek ve binnetice akti ifna etmek değil fakat onu değiştirmek, hâkim tarafından yeniden gözden geçirterek onu değişmiş olan şartlara intibak ettirmek suretiyle kurtarmaktı. Birinci dünya harbinde ve onu takibeden yıllar içinde her şeyden önce borçluya yapılması icabeden yardımın şartları münakaşa mevzuu olurken bugün mukavelelerin hâkim tarafından yeniden gözden geçirilmesi veya hâkimin mukavelelere yardım etmesi meseleleri ön safta yer almaktadır. Bu suretle bizde akit serbestisinin takyid ve tahdidi bakımından büyük bir tezahür şekline varmış oluyoruz: Kanun vazıının hukuk kaideleri vazetmek suretiyle akit yapmak hususundaki irade muhtariyetine vaki olan çeşitli müdahalelerinin yanı başında münferit hallerde tadil edici hükmiyle hâkimin müdahalesi de yer alıyor.

Böylece temas ettiğimiz görüşleri de nazarı itibara almak suretiyle hali hazırda yaşıyan üç büyük hukuk çevresini, Fransız, Alman ve İngiliz hukukunu gözden geçirmek ve ayırdettiğimiz terkip ve hal tarzlarının bunlardan her birininde nasıl başka başka şekillerde tecelli ettiğini müşahede etmek her halde enteresan olacaktır. Bunun neticesinde mukayeseli hukuk bakımından elde edilecek olan mamzara kendi hukukumuzu daha açık olarak takdir etmek ve kıymetlendirmek imkânını verecektir.

IV

Bahsi geçen hukuk nizamlarından en muhafazakâr noktai nazarda olan ***Fransa'nınkidir***; Fransa'da, yapılmış mukavelelerin her halde ifa edilmeleri lâzımgeldiği prensipine sıkı sıkıya bağlanılmaktadır. Bu aktî bağlılığa hariçten müdahale ancak bir şartla mümkündür; o da edaya bir «forje majeur» veya bir «cas fortuit» halinin kati olarak engel olmasıdır. Fakat bu engelinde «insurmontable» olması, yani ***mutlak*** ve şüphe götürmiyecek bir imkânsızlıkla neticelenmesi lâzımdır. Fransız hukuku «borç haddini aşan güçlükler» hukukî izafiyetciliğini, hâkimin takdirine bağlı ve imkân dahilinde olan bir «fedakârlık haddini» tanımamaktadır; öyle bir fedakârlık haddi ki, borçlu bunun hudutları içinde ifaya mecbur Olduğu halde bunun dışında mükellefiyetlerinden kurtulur. Fakat bizatihi harp ibra edici bir «force majeur» sayılmamaktadır; nakliyat güçlükleri, el koyma, bilhassa fiatlarda görülen yükselişler gibi harp yüzünden doğan güçlükler ne kadak büyük olurlarsa olsunlar borçluyu borcundan kurtaramazlar, meğerki bu haller yüzünden taahhüdün ifası sadece güçleşmiş değil, kelimenin tam mânasiyle imkânsızlaşmış olsun.

361

Halbuki Fransız Devlet Şûrasının idare hukuku sahasındaki tatbikatı, mukavelelerde, hal ve şartlarda önceden derpiş edilemiyen değişiklikler dolayısiyle akdî bağlarda bir çözülme ve gevşemeyi pek alâ kabul etmektedir. Bu vaziyet karşısında hususi akitler hukuku sahasındaki bu anlaşamamazlık büsbütün garip görünmektedir. Fransız Devlet Şûrası 1916 senesinde vermiş olduğu meşhur bir kararında, bu asrın başlarında Bordeaux belediyesine karşı şehre sabit bir fiat üzerinden hava gazı ve elektrik ceryanı vermeyi taahhüt etmiş olan bir müteahhidin, düşman işgali yüzünden kömür fiatlarının beş misline fırlamış olması keyfiyeti göz önünde tutularak sabit fiatın arttırılması hususundaki talebini kabul etmişti. Bunun için mucip sebep olarak, fiatlardaki yükselişin tarafların aktin inikadı sırasında tahmin edebilecekleri âzamî hadleri dahi aşmış ve bu sebeple «mukavelenin iktisadî temelinin tamamiyle sarsılmış» olduğu ileri sürülüyordu. İşte bu akdin içinden, onun inikadı sırasında mevcut olup nazarı itibara alınan icap ve şartlardan hareket ederek akdin tadili cihetine giden «imprévision» nazariyesidir. Türk Devlet Şûrasının da benzer hallerde buna yakın yollara baş vurmuş olduğu malûmdur.

Harp zaruretlerinin baskısı altında âmme menfaatlarının tehlikeye maruz kaldığı hallerde kendine yol açmış olan bu «imprevisinin» nazariyesi Fransada medenî hukuk sahasında tutunmağa muvaffak olamamıştır. «Cour de cassation» bütün içtihatlarında buna karşı akitlerin kutsîliğini ileri sürmüş ve hâkimin vaziyfesinin akitlerin tatbikini temin etmek olduğunda israr etmiştir. Akitleri ancak kanun vazıının fesih veya tadil edebileceği iddia edilmiştir. Netekim içtihatların bu sertlikte ısrarı yüzünden husule gelen gerginlik karşısında istisnai birkaç kanun vaz'ı suretiyle müdahele etmek zaruri olmuştur. Meselâ senelerce mukavemet gördükten sonra çıkarılan 21 ikinci kânun 1918 tarihli ***Faillot*** kanununda olduğu gibi. Bu kanuna göre harbten önce akdedilmiş olup makul olarak tahmin edilebilen had dışında zararlı oldukları anlaşılan mukaveleler muayyen bir müddet içinde mahkemece ***tadil*** değil, fakat fesih edilebileceklerdi. Bu ve daha sonra çıkan diğer istisnaî kanununlara rağmen ve bazı nazarı denemeler hiç nazarı itibara alınmaksızın, esas noktai nazar muhafaza edilmiştir. Eransız hukuk ilmi bunn bir şeref ve verilen sözün kutsiliği noktai nazarı telakki etmekte ve bunu iftiharla benimsemektedir. «Pacta sunt servanda» «ahde vefa»; «summum ius, summa iniuria»=«en büyük hak, en büyük haksızlık».

362

V

Almanyada akitlerin tatbik ve icrasında harp yüzünden görülen aksaklıkları, nazarî sahada ve Alman Medenî Kanunundaki şekliyle belki en mütekâsif bir surette işlenmiş bir borçlar hukukuna müsteniden bertaraf etmek icabetmiştir. Buna rağmen burada dahi meseleyi hal etmeye yarayacak vasıtalar bulunamamıştır Fakat bunu hâkimlerin hukuk yaratıcılığı ve nazarı sahada yapılan araştırmalar müşterek bir kuvvet halinde hususî bir zenginlikle inkişaf ettirmişlerdir. Bu meyanda demin işaret etmiş olduğumuz her iki yoldan da muvazi bir şekilde geçilmiştir.

Almanyadada ilk önce borçlunun mükellefiyetlerinin tabiî hudutlarının edanın borçluya hiç bir kusur isnadı kabil olmaksızın imkânsız bir hale gelmiş olmasıyla mukayyet olduğu prensibinden hareket edilmiştir; borçlunun bu hadde hadar elinde olan her şeyi yapması lâzım geldiği kabul edilmiştir. Fakat bu prensipe karşı olan bağlılık Fransada olduğu kadar sert ve kıskanç bir şekilde tecelli etmemiştir. Borçludan beklenebilen fedakârlıkların imkânsızlık haddine varmadan önce, bir nasafet haddinde nihayet bulacağı ve nazım bir pirensip olan hüsnü niyet icabı olarak borclunun o hadden öteye mükellef olamıyacağını kabuldan çekinilmemiştir. Bu suretle harbin yarattığı yeni vaziyetlerden mürekkep bir zemin üzerinde ve eski mükellefiyet haddi olan fiili imkânsızlığının yani başında hüsnü niyet prensipine istinaden bir iktisadî imkânsızlık fikri gelişmiştir. Borçluyu borçundan kurtaran bir sebep olarak mutlak imkânsızlığın karşısına mükellefiyetin hâd derecede ağırlaşmış olması sebebiyle borçludan artık borcunu ifa etmesi istenemiyeceği, ondan böyle bir ifada bulunması beklenemiyeceği telekkisi çıkarılmıştır. Bunlardan birincisi edanın mümkün olup olmadığı mülâhazasına dayanan sarih ve kesin bir mefhumdur ve bir edanın mümkün olup olmadığı da tabiî veya hukukî kanunlarla tayın edilir. Diğeri ise kökleri hüsnü niyet prensipinde olan elastikî bir takdir mefhumudur.

Bunun yanıbaşında dahilden, yanî mukavelenin ruhundan hareketle vaziyete hâkim olmak istiyen diğer bir yola da baş vurulmuştur. Yeniden canlanan eski «clausula rebus sic standibus» fikri bu suretle çok daha sağlam bir şekil kazanmıştır. 1921 Senesinde; yani kaybedilmiş olan bir harbin kargaşalıkları içinde ve enflasyon dalgasının gittikce daha büyük bir şiddetle yükselmiye başladığı bir sırada, tanınmış bir medeniyeci ve Alman medeni kanununun şarihlerinden biri olan Paul Oertmann'ın kaleminden çıkan bir kitap inti-

şar etmiştir. Bu kitabın adı:« Die geschaftsgrundlage (muamelenin temeli) yeni bir hukuk mefhumu» dur.

Bu yeni «hukuk mefhumu» hiç de o kadar yeni değildi. Çünki esaslı bir prensibin İsviçre — Türk borçlar kanununun 24 üncü maddesinin 4 no.lu bendinde kanunî şeklini almış olduğu müellifin gözünden kaçmış bulunuyordu. O prensip de şu idi: Akdin inikadı sırasında âkitlerin akti yapmak hususundaki karlarını kat'ileştirecek kadar onların görüşleri üzerinde müessir olmuş olan bazı vak'alar hüsnü niyet icabı olarak hukukî muamelenin temeli sayılabilirler; öyle ki bütün mukavelenin hüküm ifade edip etmiyeceği onların tahakkuk edip etmemesine bağlı tutulur.

Fakat bundan daha 70 sene önce, 19 uncu asır Alman pandekt ilminin meşhur toplayıcısı ve ertman'ın kayın pederl Windscheid, gençliğinde neşretmiş olduğu bir yazısında hukukî muamelede mündemiç fakat henüz inkişaf etmemiş olan bir şart manasında olarak «voraussekûng„ mefhumunu ortaya atmıştı. Fakat ben, maziye bakarak bu fikrin bu büyük âlimin en ziyade yaratıcı olan hukuki fikri olduğunu iddia ediyorum. Onun bu nazariyesi senelerce hararetli münakaşara mevzu olmuştur. Vewindscheid kendi nazariyesini Alman Medeni kanununun birinci projesine kabul ettirmeğe muaffak olmuştu fakat bütün literatürde açığa vurulmuş olan tereddüt ve endişeler onun asıl kanuna da alınmasına mani olmuştur. Çünkü o devirde akitlere mutlak olarak bağlı kalınacağı esasını her hangi bir şekilde sarsabilecek olan gizli ve kapalı unsurlardan ciddi bir şekilde korkuluyordu. windscheid o zaman isabetli olarak: „kapıdan koğulsa, pencereden yine girer" demişti. Hakikaten de onun» „aslî şartı" inkâr edilemiyecek derecede islâh edilmiş olarak „muamelenin temeli" şeklinde tekrar meydana çıkmıştır; fakat bu meydana çıkış pencereden gizlice atlamak suretiyle değil, doların çılgınca sıçrayışlar yaparak 4 mark 20 fenikten 4,2 biliyon mark kadar yükselmiş olduğu senelerde Alman iktisadiyatında husule gelen korkunç yarıklardan sızmak suretiyle olmuştur. Fiyatların bazan günden güne iki misline çıkmakta olduğu böyle bir zamanda artık herkes «muamelenin temeli» nin ne demek olduğunu ister istemez anlamıştı.

Alman Reichsgericht'i bu suretle borçludan fahiş mükellefiyetler beklenemiyeceği prensipinden başka «muamelenin temeli» nazariyesini de kabul etmiştir. Reichsgericht bunun yardımıyla «hüsnü niyet» perensibine müsteniden "mark müsavi marktır» formülünden kendini sıyırarak alacakların kıymetlendirilmesi yolunu tutmuştur. Bu esnada da yaratıcı bir inkişaf göstererek hal ve şartlardaki değişiklik-

364

ler dolayısıyla akitlerin feshi prensipinden, hâkimin müdahlesiyle değişmiş olan vaziyete intibak ettirme yoluna gidilmiştir. Alman Reichnge richt'i 1920 tarihli meşhur bir kararında hususî hukuk akitleri bakımından, Fransada bir kaç sene önce müşabih bir hâdise dolayısile Devlet Şurası'nın üzerinde yürüdüğü, Fransız Cour de Cassation unun ise kabuldan çekinmiş olduğu bir yola girmiştir. Sınaî bir müesseseye buhar temini maksadiyle uzun seneler için akdedilmiş olan bir mukavele dolayısıyla «insanların her türlü hesap ve tahminlerinin dışında kalmış olan hâdiseler„ karşısında mukabil vazın artırılmasına karar verilmiştir.

Hâkimin bu suretle akitleri yeniden gözden geçirerek tadil etmesi fikri ozamandan beri mütemadiyen yerleşmiştir.

Bu son harb çıktığı zaman çok şümullü olan hâkimin harp münasebetiyle akitlere yardımı hakkındaki 30 ikinciteşrin 1939 tarihli nizamname «hususî hukuk sahasındaki ilk harb tedbirlerinden birini teşkil ediyordu.Bunu o zamandanberi, meselâ elektrik iktisadı işlerinde akitlere yardım hakkındaki nizamname gibi, bir çok hususî nizamnameler takibemiştir.Bu arada iktisaden müşkül vaziyete düşmüş olan borçlulara alacaklılarının sulh yoluyla uyuşmıya muvaffak olamadıkları hallerde de»bir muvazene husule getirecek şekilde müdahale ve bu gibi hallerde hâkimin alâkalıların akitlerine yardım etmesi imkânını temin etmenin «*devletin bir vazifesi*» olduğu söylenmektedir. En esaslı bir şart daima borçlunun müşkül bir vaziyet içinde bulunmasıdır; elde edilmek istenen gayede her iki alâkalının da durumlarını nazarı itibara almak ve *zararı mümkün mertebe bölmek suretiyle* nasafet dairesinde bir karar vermektir. bütün bunlar şüphesiz geçici harp kanunlarından ibarettir. Bununla beraber şartlar ve usulü muhakemeyi sarih bir surette tanzim etmiş olan, Alman Akitlere Yardım Nizamnamasinde, akitlerin hâkim tarafından yeniden gözden geçirilmesi hususundaki tekâmül bir bakımdan en yüksek noktasına varmıştır. Böylece, bir taraftan, Fransada, mukavelelerin sarsılmıyacağı prensibi diğer taraftan bugünkü harp esnasında Almanyada çok geniş tutulmuş olan hâkimin müdahale salâhiyetleri, hali hazır hukuk tekâmülünde iki zıd noktai nazar olarak karşılaşmaktadırlar.

VI

Vaktimiz dar olduğundan *İngiltere'ye* sadece pek sathi bir nazar atfedebileceğiz. İngiliz hukuku çok kere olduğu gibi kontinental hukuktan tamamiyle ayrıldığı için bu bakımdan da alâka uyandıracağı şüphesizdir.Bu hususta vaktiyle de müteaddit fırsatlarda Türk

365

Hukuk kurumunda konuşmak şerefine nail olmuştum. Gerek Fransa ve gerek Almanya'da meselemizin halli hususunda görülen tekâmül, edanın imkânsızlığına istinat ettiği halde İngiltere'de bu noktadan hareket edilmemiştir. Zira İngiliz Commen Law'ı nazarında akit bir eda vadi değil, bilâkis alacaklıya hakkı olan edayı behemehal elde edeceğine dair verilen bir garantidir; meğerki bu garantiden istisna edilmiş olan haller tahaddüs etsin. Bunun neticesi olarak da edanın imkânsızlığı İngiltere'de bidayette ve uzun zaman bir ibra sebebi olarak kabul edilmemiştir. 1647 senesinde — Jane Paradine dâvası münasebetiyle verilen çok ehemmiyetli bir kararla kiraladığı binaları mukavele mucibince tamir ettirmekle mükellef olup İngiliz ihtilâlleri sırasında mülkünden uzaklaştırılmış bir hâsılat müsteciri mukavelede kayıtsız ve şartsız olarak kabul edilmiş olan mükellefiyetler dışında bırakılmadığı için edadaki bu imkânsızlığı hiç nazarı itibara almaksızın tazminata mahkûm edilmiştir.

Aksi istikamette olan bir tekâmül ancak 19 uncu asrın ikinci nısfında yavaş yavaş ve güçlükle tatbik sahasına çıkabildi. Diğeri, şimdi söylediklerimize nazaran dahilden, onun, «impliedconditions» denilen zımni şartlarından işe başlıyarak feshedebilmek için ancak diğer hareket noktasını esas ittihazetmek mecburiyetinde idi. Bilhassa (coronation cases) «taç giyme vakaları» diye tanınan kararlar da bu tekâmülün inkişaf etmesine yardım etmiştir. Kral VII inci Edward'ın âni hastalanması yüzünden taç giyme merasiminden sarfınazar ediliyor. Bunun üzerine merasim alayının geçeceği sokaklardaki pencerelerini büyük bedellerle kiraya vermiş olanlar, merasimin yapılmamasına rağmen mahkemeye müracaatla bedellerin tahsilini istiyorlar. Netîcede, alayın geçişi aktin bir «implied condition»ı, bir temeli, «foundation»ı addedilerek paranın ödenmemesi lâzımgeldiğine karar verilmiştir. Bununla muamelenin temeli nazariyesi arasında büyük bir benzerlik olduğu meydandadır.

Bunu takip eden on yıl içinde dünya harbi başladı. Az sonra burada da bütün diğer memleketlerdeki meseleler ortaya çıktı. Mahkemelerin tatbikatı önceleri her yerde olduğu gibi burada da sertti, fakat zamanla gittikçe yumuşadı. Muayyen bir hal ve vaziyetin devam ettiği akitte mündemiç zımni bir şart, o aktin temeli ve aslî unsurlarından biri olarak telâkki edildiğinden hal ve şartlarında husule gelen kat'î değişiklik gözönünde tutulmak suretiyle kurtulacağı kabul edildi. Bu suretle İngiltere'de «implied conditions» gibi *dolambaçlı* bir yol üzerinden edanın imkânsızlığı nazariyesine geçilmiştir. Fransa'da imprévision, Almanya'da muamelenin temeli nazariyeleri an-

366

cak harbin tesirleri neticesinde ortaya çıkmış oldukları halde, İngiltere'de aksine olarak harbin tesirleri neticesinde «impossibility of performance», yani edanın imkânsızlığı, akitler hukukunun bir unsuru haline girebilmiştir.

VII

Artık kendi borçlar hukukumuza geçebiliriz. Burada evvelemirde şunu hatırlatmak lâzımdır ki talih bizim kanunumuzu—büyük ağabilerinin aksine olarak — bu güne kadar silâh gürültüleri içinde tecrübe edilmekten korumuştur. Çünkü bu kanun menşei itibariyle, mevcudiyetinin temeli bitaraflık olan bir devletin kanunudur ve hükümetinin âkilâne idaresi altında bugüne kadar yine harp dışında kalabilmiş olan bir devlet tarafından kabul edilmiştir. Fakat kanunumuz buna rağmen muharip devletler gibi aynı meseleler karşında kalmıştır. Çünkü harp ve buhran zamanlarına mahsus hukuk meseleleri bitaraflık hudutları tanımazlar ve gerek Türk gerek İsviçre mahkemeleri gün be gün onların müşkülleriyle mücadele etmek mecburiyetindirler. Bu vesile ile şunu da tesbitetmek lâzımdır ki bizim kanunumuzda bu müşküllerin yenilenmesi bakımından mevcut olan müsbet mesnetler iki büyük selefi olan Alman ve Fransız medeni kanunlarına nazaran çok daha zengindir.

İşte bilhassa kanunumuzun en başında 2 inci maddenin büyük iki umumi kaidesi yer almıştır: Hüsnü niyet prensipi ve hakkın bariz suiistimalinin yasak olduğu kaidesi. Hukuk sisteminin münferit hükümleriyle adaletin icabları arasında bir muvazene teminine mâtuf olan bu iki büyük supap evvel emirde harp manilerinin akitlerin tatbik ve ifası bakımından ortaya attıkları tahammül olunmaz gerginlikler hale yaramaktadırlar. Çünkü borçludan beklenebilen fedakârlıkların hududu hüsnü niyet dairesinde tayin olunabilir ve alacaklının da bütün değişiklikleri ve umulmayan güçlükleri nazarı itibare almaksızın mukavelenin metni üzerinde ısrar etmesi hakkın bariz bir sui istimalini teşkileder. Kezalik Almanyada da âkitlere yardım maksadiyle verilen kararların temelini Alman medeni kanununun hüsnü niyete taallûk eden umumi kaideleri teşkil etmektedir.

(Alman kanununda hakkın sui istimalini umumi surette meneden bir hüküm mevcut değildir), ve Fraransada da sert noktai nazarı yumuşatmak üzere yapılan ve fakat neticesiz kalan bütün tecrübelerde kezalik bu esasa istinadettirilmiştir. Ancak unutmamalı ki umumi kaideler daima yolgösteren birer işarettir başka bir şey

362

değildir ve — hususiyle akitlerin muteberliği bahis mevzuu olduğu bu derece tehlikeli bir yolda — tamamiyle ihtiyari olan bir takdir içtihadına saplanmak istenmiyorsa, bu umumi kaidelerden daha vazıh ve muayyen pirensiplerin istihraç edilmesi lâzımdır. Ve bu bakımdan kanun bahsı geçen ve biri hariçten diğeri dahilden hareket eden iki yolu da açmaktadır.

İlk önce istisna akdine taallûk eden ve daha evvelki kanunlarda emsaline rastlıyamadığım bir hüküm mevcutturki bu borçlar kanununun 365 inci maddesidir. Bu hükme göre «önceden tahmin edilmesine imkân olmıyan veya iki tarafca yapılmış olan tahminlere göre varid olmıyan fevkalâde haller işin yerine getirilmesini önler veya son derece güçleştirirse hâkim takdir hakkına tevfikan bedelin artırılmasını veya aktin feshine karar verebilir.» İşte burada istisna aktinde borçludan edada bulunması beklenemiyen halde sarahaten bahşedilen açık bir hukukî yardım mevcutturki buna daha eski olan kanunlarda rastlamak mümkûm değildir. Fakat şuna dikkat etmelidir ki bahis mevzuu olan, beklenememezlik halidir; zira mutlak imkânsızlık halinde kanunun bu maddesi değil, 117 inci maddesi tatbik edilir ki buna binaen de borçlu kendiliğinden borcundan kurtulmuş olur. Bizim maddemiz derin bir sulhun hüküm sürdüğü bir zamanda meydana gelmiştir.

Bu madde mevcudiyetini vukuf ehli raporlarına müsteniden sabit fiyatlar üzerinden deruhde edilen fakat önceden derpiş ve tahmin olunamıyan güçlükler yüzünden müteahhitlerin mahvına sebebiyet vermiş olan tünel inşaatları dolayısiyle edinilen tecrübelere medyundur. Fakat bu madde harp ve buhran münasebetleriyle tahaddüs eden hallere biçilmiş kaftandır. Demek oluyorki harp ve buhranla ortaya çıkan haller yüzünden bir *istisna akdinin* ifası güçleşirse âkitlere yapılması lâzımgelen yardımı kanunumuzda tamamiyle bulabiliriz.

Şimdi istisna akdine mahsus olmak üzere konmuş olan hükmün diğer akitler hakkında da *kıyas yoluyla* tatbik olunup olunamıyacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Kanaatımca buna hiç bir mâni olmadığı gibi, tahaddüs eden menfaatlar ihtilâfında görülen tam benzerlik bizi âdeta kıyas yoluyla tatbika zorlamaktadır. Çünkü ortada, diğer bir akitte borçlunun daha az müsait muamele görmesini icabettirecek hiç bir sebep yoktur. Fazla olarak harp ve buhran meseleleri her şeyden evvel teslimi tazammun eden akitlerden çıkmaktadır ve bunlarda teslim edilecek olan malı tedarik mükellefiyeti istisna aktindeki müteahhidin mükellefiyetiyle hemen hemen ayni mahiyettedir.

568

Görüşümde yanılmıyorsam prof. Esat Arsebük Türk hukuk ilmine hediye etmiş olduğu son büyük eserinde ayni noktai nazara iştirak etmektedir.

Esasen kanun, önceden tahmin edilemiyen halleri diğer akdî münasebetlerde de nazarı itibara aldığı içindir ki kanaatımca kıyas yoluna tereddüt edilmeden gidilebilir. Meselâ zirai gayrı menkullerin kiraya verilmesi halinde borçlar kanunun mukavele ile ortadan kaldırılamıyacak olan ve 28 inci maddesi hükmü mucibince kiracı «fevkalâde felâket hallerinde yahut tabiî hadiselerden dolayı o zirai gayri menkul her vakitki hasılatının ehemmiyetli surette azalması halinde kiradan münasip bir miktarının indirilmesini istiyebilir.»

Gayet tabiidirki borçlar kanununun 365 inci maddesinde istisna akdi için kabul edilmiş olan hukukî yardımın kıyas yoluyla tatbik edilebilmesi için «önceden tahmin edilmesine imkân olmıyan veya iki tarafca yapılmış olan tahminlere göre varid olmıyan fevkalâde hallerin mevcut ve edanın bu yüzden son derecede güçleşmiş olup olmadığını büyük bir hassasiyetle tetkik etmek lâzımdır. Maddemizin metnini gerek akdin ifasına hariçten fevkalâde güçleştirici hallerin müdahale etmesi ve gerek akdin inikadı sırasında yapılmış olan tahminlerin dışında kalmış olan, yani âdeta artık akdin şümulü sahası dışında bulunan hallerin meydana çıkmasını nazarı itibara almıştır-ki bu İsviçre borçlar kanununun Almanca metninde Fransızca metnine veya Türk Borçlar kanununa nazaran daha açık ifadesini bulmuştur.

Önceleri her tarafda aktin fesih veya tadil edilebilmesi için ifanın borçlunun mahvına sebep olması lâzım geleceği sanılıyordu. Fakat meselelerimizin hallini sırf sübjektif bir kıstasa bağlayan bu noktai nazar gerek İsviçre ve gerek Almanyada terkedilmiştir.

Meselemizin halli için kanunuda bizi ikinci yola götürecek yani aktin içinden,onun ruhundan hareketle işe başlatacak olan daha şamil ve umumî bir mesnet bulmağa çalışılmıştır.

Bununla, bütün kanunumuzun en orijinal fakat aynı zamanda da en güç bir noktası olan borçlar kanununun 24 üncü maddesinin 4 No. lu bendindeki unsur hatasını veya borçlar kanunumuzun ifadesiyle lüzumlu vasiflardaki hatayı kasdetmek istiyorum. İsviçre içtihatlarında meselemizin taallûk ettiği saha içerisinde müteaddit defalar bu yola müracaat edilmiştir. Bu cihet ilmî tenkitlerle redediimiş olmasına rağmen buna müşabih olan muamelelerin temeli nazariyesinin almanyada kazanmış olduğu ehemiyeti ve «implied condi-

359

tion» ve «foundation of contract» in ingiliz mahkeme kararlarında oynamış olduğu esaslı rolu göz önünde tutarak bu hal çaresi üzerinde durmak isteriz.

Aslında taraflardan birinin, sonradan vaki olan bir değişikliği önceden tahmin edememiş olması pek alâ (akdın luzumlu vasıflarından olarak nazara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde yapılmış bir hata olarak kabul edilebilir Fakat esaslı hatalar kanunumuzda «rızayı ifade eden sebepler» den biri olarak kabul edilmiştir ve borçlar kanunun 23 üncü maddesi mucibince de (akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf artık o akitle ilzam olunamaz).

Bunun akit yapıldıgı sırada, yani gelecekte degil geçmişte veya aktin inikadı anında mevcut olan hallere taalluk ettiği meydandadır ve zaten az çok tehlikeli olan unsurda hata pirensipini sonradan vukua gelecek olan degişikliklere, meselâ ileride alelade vasıfta husule gelecek olan bir degişiklige teşmil etmek muamelelerdeki emniyetin mahzurlu bir şekilde sarsılmasını intaç edebilir.

Fakat borçlar kanunun 25 inci maddesinin 1 inci fıkrası dairesinde hüsnüniyet kaidelerine müsteniden yapılabilen tashih ve tahditlerin yardımı ile bu mahzurlar bertaraf edilebilecek olsa bile unsur hatası esaslarına dayanarak meselemizin halline karşı şu tereddütler ileri sürülebilir. Hata bizim hukukumuzda — Fransız hukukunun aksine olarak hataya düşen tarafa diger âkide karşı tevcih edilebilecek bir taraflı ve hususî bir beyanla, yani mahkemeye gitmeksizin, akti ibtal etmek yani bir taraflı olarak ortadan kaldırmak hakkını vermektedir. Borçlar kanununun 25 inci maddesinin 2 inci fıkrasına göre de aktin kendi anladıgı şekilde icrasına diger tarafında razı olması şartı ile akit, hataya düşen taraf hakkında luzum ifade eder. Eger hata kendi kusurundan ileri gelmiş olursa yine borçlar kanununun 26 ıncı maddesine tevfikan diger tarafın zarar ve ziyanını tazmin etmek mükellefiyeti dogar. Fakat bütün bunlar, istisnaa aktinde bu gibi degişiklikler vukua gelmesi halinde borçlar kanunu 365 inci maddesi hükümleri ile çatışmış olacakları için bu hususu hakemle bertaraf edilmiş bulunan neticelerdir. Çünkü borçlar kanununun 365 inci maddesi bu gibi haller için hasusî surette iptal veya hususî surette rücu gibi kesin vasıtaları degil, hâkimin yardımını veya bu günkü tabiri ile hâkimin akte yardımını şart koşmustur.

Hâkim ise fiatı kendi takdirine göre artıracak, yani akti tadil veya fesh edecektir. Hâkime tanınmış olan bu Alternatif = tahyirî taktir salâhiyetinde çok makul bir hal sureti mündemictir, çünkü ak-

tin feshi yerine tadil yolu ile onun ipka edilmesi pek çok hallerde menfaatler ve hakikate çok daha uygun düşecektir. Taraflar uyuşamadıkları takdirde akti tadil etmek ise bittabi ancak halin bütün icaplarını nazarı itibare alarak tadil etmeyi feshe tercik edip etmiyecegi ve tercih edecekse ne dereceye kadar tadil edecegi hususunda bir karar verecek olan hâkime ait bir vazifedir. Bunun neticesi olarak bu gibi hallerde aktin hata sebebi ile iptalinde olduğu gibi taraflardan birinin bir taraflı ve hususî bir beyanı ile istisna aktinin feshi yoluna gidilmesi mevzuubahis olamaz.

Fakat eger istisna akdinde vaziyet icabı olarak bu neticeler husule gelirse, bu takdirde kanaatimce diger akitlerde tahassul eden vaziyetler karşısında hata sebebi ile iptalde olduğu gibi degil, borçlar kanunun 365 inci maddesinin 2 inci fıkrasının kıyas yolu ile tatbiki sureti ile aynı şekilde hareket edilmek lâzım gelir.

Bütün bu hallerden çıkan hususî vaziyet (doğmatik olarak) ancak alâkalı tarafın yapıcı hak dâvası zımmında hâkime müracaat sureti ile kullanılabilecek olan bu yapıcı hakkın [*] sahip olduğu şeklinde telâkki edilir şukadarki tarafın haiz olduğu yapıcı hak henüz muayyen değildir. Ve ancak hâkimin verecagi karar yeni ve şahsî bir hukukî vaziyet ihdas edebilir. Netice olarak borçlar kanunumuzun mükemmeliyetini sureti mahsusada medih ve sena etmek isteriz. En iyi kanunlar, akîl insanlar gibi gelecegi görebilen ve tamamiyle değişen hal ve şartlar altında dahi kıymetlerini muhafaza eden kanunlardır. Borçlar kanunun, meselelerimizin dahil olduğu saha bakımından 20 inci asrın muazzam harp ve buhranları zamanlarında bu derece ehemmiyet kazanacak olan edanın beklenememesi, muamelenin temeli ve hâkimin akitlere yardımı halleri ile yardım ihtiyacına ve bütün bunları nazariye ve hayatta henüz hemen hemen meçhul oldukları bir sırada kanun şekli vermiş olması onda bir ileriyi görüş kudretinin bulunduğuna delildir.

Fakat son olarak bir noktaya daha ehemmiyetle işaret etmek lâzımdır. Zamanımızdaki hukuk tekemmülünün takip ettiği ve burada estanteneler halinde bazı safhalarını göstermiş olduğumuz yol, tehlikelerle dolu olan bir yoldur. Fransız hukuku buna karşı gelerek akıtlerin feshi ve tadiline mukabil akitlerin kutsiliği fikrini ortaya atıyorsa bunun manası büyük ve derindir. Biz de akitlerin kutsiligini ilân ediyoruz. Sir Hanry Sumer Maurice—hukuki telâkkinin nihaî hedefinin akit olduğunu iddia ettiği zamandan beri dünyanın çehre-

[*] Gestaltungsrecht: ihdas hakkı, inşa hakkı

321 MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

si esaslı bir şekilde değişmiş serbest anlaşmalar sahası büyük tahditlere uğramıştır ve çok muhtemeldir ki o zamanki meddi takibetmiş olan cezrin en alçak noktasına henuz ulaşılamamış olsun, fakat hayatın tanzimini akitlere bırakmış olan bir hukuk tekâmülünde hiç bir şeyi insanlar arasındaki bütün itimadın temeli olan aktin kutsiliğinden üstün olmamalıdır. Bu sahada med ve cezirlerin yeri yoktur.

Fevkalâde haller karşısında ihtilâl ve harpler devrinde aktin metninin manasının kaybedilmesi tamamiyle başka şartlar altında kararlaştırılmış olan mukavelelere körü körüne bağlı kalmanın hak ve adalet hükmü ile kabili telif olmayışı (Summumius), yani en yük hakkın summa iniuria yani en büyük haksızlığa inkilâbını intac eden hallerin önüne geçilememesi aktin kutsiliği fikri ile bir tezat teşkil etmez.

Hâkimin akitlere yardımı ancak ve ancak bu hallerde mevzuubahis olabilir; fakat hak ve vaziyet icabı olarak tatbik edilen bu esas, borçluların kendilerini izrar etmeğe başlamış bulunan mukellefiyetlerini kolayca silkip atabilmeleri için kullandığı gün, en büyük haksızlık vucut bulmuş demektir; hukuk nizamının bir meselenin halini hâkimin takdirine bıraktığı her yerde olduğu gibi akitlere yardımı icap ettiren hallerin nezaman mevcut olduğunu hissetmek hâkimin bilgi ve hissiselimine kalmış bir şeydir. Bu taktir ise ekseriya akti feshetmektense onların tadili cihetine gitmek tercihe şayandır. Büyük AlmanHukuk Alimi İhring borçlulara karşı sempati göstermenin zaif bir devreye işaret etmekte olduğunu söylemektedir. Bu gün mevzuubahis ettigimiz hallerde ne borçlu ne de alacaklı sempati gösterilmesine tahammül etmeyip menfaatleri arasında her ikisini de koruyacak ve yaşatacak olan âdil bir muvazeneyi istihdaf eden bir adalet hüküm sürmededir.

372

No. 18

İsviçre Federal Mahkeme Kararları

İSTİHDAM EDENİN MESULİYETİ–HÜKMİ ŞAHSIN MESULİYETİ. – bir ustabaşının nezareti altında bir iş ifa ederken bir kazaya uğrayan bir işçi—ustabaşının ağır kusuru — istihdam eden ve müstahdeme karşı açılan tazminat dâvası — müstahdeme müteveccih dâvanın kabul ve istihdam edene müteveccih dâvanın reddi.

İMK 55 (TMK 48). İBK 55, 339(TBK 55, 332)

1. Vazifesi, bir tramvay şirketi gibi büyük bir iktisadi teşebbüsüde bedeni işler görmekle mükellef bir ırgat takımını sevk ve idare ve onlara nezaret etmekten ibaret bulunan bir ustabaşı İMK 55 e göre hükmî şahsın bir organı değildir.

2. İstihdam eden, istihdamettiği kimselerden veya işçileriden birinin diğer bir işçi veya istihdamiedilene verdiği zarardan dahi İBK 55 mücibince mesul olabilir.

3. Mavsuf ve tecrübeli bir ustabaşıya ırgatlar tarafından görülen bir işin idaresini hvsusî nezarette bulunmaksızın ve talimat vermeksizin tevdi eylemiş bulunan bir istihdam eden ağır bir kusur işlemiş sayılmaz.

DÂVACI: Julita ve kardaşları. Dâva olunan: Cenevre Tramvay anonim şirketi.

RO 68 287 JdT 1943 I 166

DÂVA — (Hulâsa). Dâva olunanın işçişi Julita, ustabaşı B. nin emrinde çalışırken bir (aiguillage) düşmesi üzerine sağ ayağı ezilmiş ve aldığı yara neticesinde ölmütür. 29 mart 1927 tarihinde ölen işçinin karısı ve üç çocuğu, kendine muavenet eden kimsenin ölümü ile uğradıkları ve 21261 franga baliğ olan maddî ve manevi zararın tazmini için şirket ve ustabaşı B. aleyhine dâva açtılar. İlk derece makkemesi şirket aleyhindeki dâvayı ret etti. Genève kanton mahkemesi bu kararı tasdik etti. Buna mukabil, Ustabaşı B. nin mirasçılarını 1558 frank maddi zarar ve 1000 frank manevi zarara mahkûm etti. Federal mahkeme bu kararı tasdik etti.

325

MUCİP SEBEPLER (Hülâsatan): 1 — İstihdam eden şirketin Hastalık ve kazaya karşı sigorta kanununa göre mesul olması için kastı veya ağır ihmali bahis mevzuu olmalıdır. Dâvada kast bahis mevzu edilmemiştir. Tetkiki icap eden cihet, şirket organlarının ağır bir kusuru olup olmadığı hususudur. Zira hükmî şahıs organları vasıtasile faaliyette bulunur (İMK 55, TMK 48).

2 — Kanton mahkemesi, kazanın ustabaşı B.nin ağır kusurundan ileri geldiğini kabul ediyor. B. şirket uzuvlarından biri sayılırsa şirketin mesuliyeti sabit olur (İMK 55, TMK).Kanton mahkemesi pek haklı olarak B. yi şirketin bir uvzu olarak telâkki etmiyor. Federal mahkemenin Eski Borçlar kanununun meri olduğu zamanlarda takarrür ettirdiği içtihadında uzuv, alelâde muavin şahsın hilâfına olarak hükmî şahsın iradesinin teşekkülüne yardım eder (FMK 20, 1122 ve 34 II 492). Federal mahkeme, medenî kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, uzuv sıfatını hükmî şahsın yüksek idaresine (bir cemiyetin idare heyeti, kooperatif şirketin idaresi, anonim şirketin idare heyeti..) mensup şahıslara hasretmesi bakımından bu telâkkiyi çok dar buldu. Şirkette veya cemiyet müdiranının kendi nezaretleri altında iktisadi veya ticari teşebbüsün fiilî idaresini tevdi ettikleri şahısları icabında uzuvlar arasında saymak gerektiğini kabul eyledi. Federal mahkeme bu suretle, selâhiyeti bir kollektif şirketin idaresinin en mühim kısımlarına şamil olan bir kâtibi uzuv saymıştır. Çünkü kâtibin şirket idaresinin yüksek uzvu ile, bilhassa hükmî şahsın iradesini ifade hususunda işbirliği etmesini katî bir âmil addetmiştir. (FMK 48 II 6 vd.). Daha sonra verilen bir karar biraz önce zikredilen karara atıfla iktifa ederek bir elektirik fabrikası şef montörünü uzuv sayacak kadar ileri gitmiştir(FMK 59 II 431) FM. nin içtihadının seyri hakkında keza bak: FMK 65 II 6.

Organ mahumunun bu derece genişletilmesini yeni bir tetkike mükavemet edib edemeyeceği sorulabilir. Fakat ne olursa olsun, faaliyeti, büyük bir sınaî teşebbüste ağır bedenî işlerle mükellef bir ırgat takımını sevk ve idare ve mürakabe etmekten ibaret olan alelade bir usta başıya uzuv sıfatı verilmez. Bununu gibi muavin şahıslar ,meselâ bir müdürden farklı olarak, hükmî şahsın iradesini teşkil etmeğe katî surette iştirak etmezler. Federal mahkemenin bir kararında kullandığı formüle göre bu kabil kimseler iktisadî teşebbüsün kumanda manivelalarını elinde tutamazlar, kanunla ilestatü veya şirket statülerine bağlı nizamnamelerle kendisine şirket işlerinde müstakil bir vazife verilmiş değildir. (Bu kıstas hakkında bak: OFTİNGER: Schweiz . Haftpflichtrecht, II 483). Organ bu sıfatı hükmî şahsın teşkillat-

574

lanmasından ve selâhiyetini şirket istatüsünden aldığı halde, alelade yardımcı şahıslar selâhiyetlerini asıl organlardan aldıkları ve umumiyetle tabi bir durumda yalnız mahdut vazifeleri bulunduğu tarzında ifade edilen bir kıstas kabül edilirse (Bu manada bk: Kreis: Die Haftung der Organ Jururistischer Personen nach schweiz. Privatrecht p. 35) varılan netice aynı olur.

Demekki, ustabaşı B. ye atfedilen fiil İMK 55 mucibince dava olunan şirkete izafe edilemez.

3–Davacılar, İBK 55 e(TBK55) dayanmaktadırlar bu maddeye göre istihdam eden kimse, müstahdem ve işcilerinin kendi vazife ve hizmetlerine müteallik işleri görürken sebebiyet verdikleri zarardan mesuldür, meğerki böyle bir zararın önüne geçmek için halin icap ettirdiği bütün dikkat ve itinayı sarf ettiğini yahut zararın, bu dikkat ve itinanın sarf edilmesi halinde dahi tahaddüs edeceğini isbat etsin.

Müstahdem ve işciler kendi vazife ve hizmetlerine müteallik işleri görürken her hangi bir üçüncü şahsa değil fakat aynı istihdam edenin diğer bir işci veya müstakdemine zarar verdiği takdirde, istihdam edenin İBK 55 (TBK 55) mucibince mesul olup olmayacağı FMK 59 II 435 de kesin surette hal edilmemiştir. Daha evvelki kararlar hiç olmazsa zımnen müsbet şekilde karar veriyor (bilhassa bak: FMK 26 II 241). Bu hal şekli doğrudur. 55. maddenin ifadesi mutlaktır bu maddenin yalnız istihdam edenin işci ve müstahdemleri haricinde zarar gören kimselere tatbik edileceğini gösteren her hangi bir sebepte mevcut değildir. (Anı maalde bak: OFTİNGER, Adı geçen eser II 489)...

Bununla beraber, davacıların talebi yerinde değildir. Dava olunan şirkete istihdam eden sıfatı ile kendisine terettüp eden vazifelerinin ifasında ağır her kusur istinat edilemez. İlk derece mahkemesi B. nin mütevazi vazifesi için kâfi bilgi selâhiyet sahibi, hiç bir şikâyete maruz kalmamış yaşlı bir işci olduğunu tesbit ediyor. İlk mahkemenin bu fiilî müşahede ve tesbiti FM. yi takyit eder. Şu halde dava olunan, usta başıyı icap eden dikkat ve itina ile seçmiştir ve aiguillage'ın boşaltılmasında hususi bir talimat vermesini ve hususi bir mürakabede bulunmasını icap eden bir sebep te yoktur..
Hastalık ve kazaya karşı sigorta kanununa göre istihdam edenin mesul olması için mevcudiyeti şart olan ağır kusur dâvaolunan şerike te isnat edilemeyeçeğinden, davanın reddi doğrudur.

(I. Hukuk dairesi)

325

KAYYIMLIK — KALDIRILMASI Miras hakları meşkûk iki gaip şahsın mirasçı sıfatını tesbit ettirmek gayesile bir kayyım tayin edilmiştir. Tereke taksim olunmuş ve gaiplere ait hisseler mahkemece yedi emine tevdi olunmuştur.— Hakları şüphe ve tereddüde yer vermiyen mirasçılar, tevdi olunan paraların kendilerine teslimi gayesi ile kayyımlığın kaldırılmasını istemişlerdir. — Federal Mahkeme bu talebin reddine mütedair kararı tasdik etmiştir.

İMK 433 (TMK 416)

Kendisine kayyım tâyin edilen kimsenin menfaatları ile menfaatları taarruz eden kimseler kayyımlığın kaldırılmasını talep etmek hakkını haiz değildir. Filhakika, kanun kayyımlığın kaldırılmasını istemek salâhiyetini haiz kimseleri saymadığından bu hususta, vesayete ait 433. Maddenin tatbik edilmesi icabeder.

FMK 68 II 193—JDT 1943 I. 98.

MÜRURU ZAMAN — HAKKIN SUİ İSTİMALİ — Bir tarlaya müteallik fakat resmi şekilde tanzim edilmiyen bir bey vaadi — .Tarlayı alacak kimsenin kat'i bey akdini yapmaktan imtina eylemesi üzerine tarla sahibi tarlayı başkasına satmış ve aldığı taksiti geri vereceğini bir kaç kere şifahen vadetmiştir. — Müşteri bir tarlaya mütaallik, fakat resmi şekilde yapılmıyan bir bey vaadine istinaden müşteri tarafından ilk taksit ödenmiştir. — Müşteri esas bey akdini yapmaktan imtina etmiştir. — Mal sahibi tarlayı başkasına satmış, ilk müşteriden aldığı taksiti vereceğini şifahen mütaaddit defa tekrar etmiştir. — Bir müddet sonra müşteri tarafından açılan taksitin iadesi dâvasında tarla sahibi müruru zaman def'inde bulunmuştur. — Kanton mahkemesi hâdisede müruru zaman olduğunu kabul fakat, bu def'in dermiyan edilmesini hakkın suiistimali mahiyetinde görmüştür. — Federal Mahkeme bu kararı bozmuştur.

İMK 2 (TMK 2), İBK 17,67,135,137 (TBK 17,66,133,135)

1 — Borçlu tarafından ileride borcunu ödeyeceğine dair yapılan vaitler mücerret borç ikrarı mahiyetinde olmayıp müruru zamanı kesen bir muameleden ibarettir.

2 — Borçlu tarafından alacaklının alacağını dermiyan ve takip etmekte gecikmesine müessir olan her hareket, hakkın suiistimali def'ine mahal vermez.

376

Bu hususta lüzumlu cihet, borçlunun, alacaklıyı haklarını zamanında korumaktan men edecek mahiyette hareketlerde bulunmasıdır Borçlunun hareketi sebebile, alaçaklının alacağını adlî yolla takibten vaz geçmiş olduğu objekli bakımdan kabule şayan bir keyfiyet olmalıdır.

DÂVACI: Laeppi — DÂVAOLUNAN: Rütmaier.
FMK. 69 II 102

MUCİP SEBBPLER (hülasatan): Davacının verdiği taksitin iadesine müteallik mütalebesi, şekil noksanı sebebile batıl olan bir bey vaadine istinaden yaptığı, yani muteber bir sebebe dayanmayan bir edadan doğan sebepsiz iktisap davası mahiyetindedir.

2— Davacının sebepsiz iktisap davasına karşı dava olunan tarafından müruru zaman def'i ile mukabele edilmiştir. Kanton mahkemesi, haklı olarak, bir yıllık müruru zaman müddetinin, davacının dava olunandan taksitin iadesini istediği tarihte ceryana bcşladığını kabul etmektedir.

Davacı taksiti geri istemekle,artık esas bey akdinin yapılmaycağından ve yaptığı edanın sebepsiz bir eda teşkil ettiğinden emin olduğunu göstermiştir. Bu suretle, istirdat davasının mevcutiyetine ve alacağın muaccel olduğuna vakıf bulunduğunu da göstermişiir.

Kanton mahkemesinin müşahadesine göre istirdat talebi batıl vaadin akdininden en geç altı ay sonra yani 1939 son teşrininde yapılmıştır.

Normal olarak 1940 son baharı başında hitama erecek olan müruru zaman, dava olunan tarafından borcun müteaadit defa (en son olarak 1940 mayısı başında) şifahen kabul edilmesile kesilmiştir.

Davacı taksiti istediği zaman,dava olunan bu parayı vereceğini vaat, fakat şimdilik tediyeye muktedir olmadığını ilâve etmiştir.

Ârizî olarak ve bir şekle riayet edilmeksizin vaki olan bu borcu tanıma muameleleri müruru zamanı kesen bir muameleden başka bir şey değildir. Bu itibarla, bu muameleleri BK 17. M. ye uygun ve İBK 127 (TBK 125)de yazılı on yıllık umumî müruruzamana tabi ve mücerret bir borc ihdas eden bir borç ikrarı sayan ilk mahkemenin görüşünü kabul eylememekte kanton istinaf mahkemesi çok haklıdır.

Hakikat'e borcun illetini göstermeyen bir borç ikrarı vaki olmuş değildir. Borcun sebebi açıkça gösterilmiş olmamakla beraber taraf-

322

ların niyet ve maksadı, hiç şüpe yokki, aralarında mevcut hukukî rabıta yerine mücerret bir borç ikrarı ikâme ederek bir tecdidi deyin yapmak değildi.

Dava olunanın borcu sebepsiz iktisaptan mütevellit bir borç mahiyetini muhafaza etmiş İBK 127/ 1 e göre son defa 1940 mayıs başlangıcında kat edilen müruru zaman müddeti 1941 mayıs iptitdasında dolmuştur.

Şu halde ödeme emrinin tebliğ edildiği 10 haziran 1941 tarihinde müruru zaman tahakkuk etmiş bulunuyordu.

3 — Bununla beraber, kanton istinaf mahkemesi müruru zaman def'ini hakkın sui istimali mahiyetinde görerek red etmiştir. Hakkın suiistimali mahkeme tarafından re'sen dahi nazarı dikkate alınabilirdi. Çünkü MK 2/2 amme intizamı ve umumî âdabı himaye için konmuştur (FMK. 38 II 463, 40 II 344).

Aldığı taksiti geri vereceğine dair yapdığı müteaddit ve mükerrer alacaklıda icra veya mahkemeye müracaat etmenin lüzumsuz olduğu kaanatini uyandırdıktan sonra dâva olunanın mürüru zaman def'inde bulunması keyfiyetinde bir hakkın sui istimali mahiyetini görmüştür.

Gerek İsviçre gerek Alman hukukunda mahkeme içtihatları ve nazariyat tarafından umumiyetle kabul edilen telakkiye göre,hareketile bir dâva veya icra takibinin lüzumsuz olduğuna dair alacaklı nezdinde bir kanaat uyandıran borçlunun müruru zaman def'inde bulunması bir hakkın sui istimali mahiyetini taşır. Hatta borçlunun alacaklının zamanında hakkını aramasına mâni olması keyfiyetinin sonradan ona karşı müruru zaman def'inde bulunmak gibi bir kasde makrun olması da elzem değildir(FMK. 42 II 682, 46 II 93. 49 II 321 64 II 289. keza V.TUHR cilt II,S. 620,WARNEYER şerhi Alman MK m. 2 ve orada verilen Alman İmparatorluk mahkemesi kararları).

Bununla beraber, borçlu tarafından alacaklının gecikmesinde bir dereceye kadar müessir olan her hareket, hakkın sui istimali def'ine mahal vermez.

Bu hususta lüzumlu olan cihet,borçlunun alacaklıyı haklarını zamanında korumaktan men edeck mahiyette bir tavır ve harekette bulunmasıdır. Borçlunun hareketi sebebile, alacaklının alacağını dâva veya icra yoluyla tâkipten vaz geçmiş olduğu objektif bakımdan kabule şayan bir keyfiyet olmalıdır. (FMK. 46 II 93. 49 II 321).

378

Bahis mevzuu hâdisede bu cihet tahakkuk etmemiştir. Alacaklının tâlebi üzerine borçlu,aldığı taksiti halen ödeyemeyeceğinde ısrar etmekle beraber geri vereceğini müteaddit defa vaad etmekle iktifa etmiştir. Bu hal, evvelce de söylendiği gibi, müruru zamanı kesen alelade bir borç ikrarından başka bir şey değildir. Borçlunun borcu ödemeden âciz olduğuna müteallik beyanı, alacaklının derhal onu icraen tâkip etmemesine sebep olsa bile, bu beyan alacaklıyı — bir ödeme emri ile müruru zamanı kat etmesi mümkün iken cereyan etmesine müsaade etmek suretile — bir yıldan uzun bir zaman hakkını aramaktan men edecek mahiyette değildir.

Dâva olunan müruru zaman müddetinin hitamından sonra hulul edecek bir tarihte taksiti ödeyeceğini vaad etmek suretile alacaklıyı açıkca sabretmeğe iknaa çalışsa idi durum bam başka olurdu, O zaman, hiç şüphe yokki, borçlunun durumuuun alacaklıyı beklemeğe sevk ettiği hususunu makul bir surette kabul etmek icap ederdi.

Buna mukabil, işbu dâva gibi bir hâdisede alacaklı borçlunun müruru zaman def'ine karş hakkın sui istimali vasıtasını ileri sürebilseydi müruru zaman def'i geniş ölçüde tesirini kaybeder ve alacaklının ihmali,caiz olmayacak derecede himaye edilmiş olurdu. katî bir hukuk kaidesinin hakkın sui istimali sebebile tatbikinden imtina edebilmek için bu sui istimalin açık olması lâımdır, yalnız sui istimalin mevcudiyetinden şüphe edilmesi kâfi değildir.

ÂDİ İCAR — Tıbbi ve kimyevi ecza deposu olarak kullanılmak üzere bir mağaza kiraya verilmiştir. — Kiracı mağazayı ecza deposu olarak kullanmıştır. — İcar müddetinin hitamından önce kiracı akdi feshederek civarda bir ecza deposu açmıştır. — Kiralayan tarafından kiracı aleyhine hüsnü niyete aykırı fiillerden dolayı tazminat dâvası açılmıştır. — Bu dâva kabul edilmiştir.

İMK 2/2 (TMK 2/2), İBK 48 (TBK 48).

Muayyen bir ticaretin yapılmasına mahsus mağazaların yeri, tahsis ciheti ve kullanılması, hal ve şartlara göre ticarî teşebbüsü işleten kiracının faaliyetinden müstakil olarak bu mahallere bir müşteri zümresi celp edebilir. Bu takdirde müşteriler tarafından temin olunan kıymet kiralayan ve malik ile kiracı arasında, bu kıymeti tâyin eden muhtelif amillerin önemi ile mütenasip olarak taksim olunur. Kiracı hüsnüniyete aykırı fiil ve hareketlerile meselâ, mucirin mağazaların kullanılmamasının ve bundan doğan müşteri kaybının önüne geçmesi mümkün değil iken ticarethaneyi işletmemek suretile bu kıymete verdiği zarardan mesuldür.

379

DÂVA (Hülâsa olarak):

15 eylül 1937 tarihinde Dâvacı Meyer, dâva olunan SCHÖN' den apartman ve mağazaları ihtiva eden bir gayri menkul kiralamıştır. Bu gayrımenkul 1933 yılının temmuz–ilk kânun ayları ile,1935 yılından bahis mevzuu kira akdinin yapılması tarihi ne kadar ecza mağazası olarak istimal edilmiş'ir. Yeni kira mukavelesine nazaran akitlerden herbiri altı ay önce ihbar etmek şarttile akdi fes ermek hakkını mahfuz tutmuştur. 1938 yılında kiracı civarda bir ev yaptırdı.8 eylülde 15 mart 1939 tarihinde akdi fesh edeceğini ihba etti. Kiralayan akdin hitamına kadar fasılasız bir surette eczahaneyi işletmesi icap ettiğini yazı ile dâva olunana bildirdi. Ticarethanenin kısmen veya temamen yeni eve taşınması halinde keyfiyetin üç ay önce kendisine bildirilmesini tâlep eylemiştir. İ kânunu evvel 1938 de kiracı dâvacının evini terk eyledi. Ve ayni tarihte yeni binasında bir eczayı tıbbiye deposu açtı.

Bunun üzerine dâvacı MEYER, kira akdini ihlal ederek kendisine verdiği zarardan dolayı kiracı aleyhine 6000 franklık tazminat dâvası açtı .Dâva olunan dâvanın reddini istedi.

Mahalli mahkeme 1 sonteşrin 1938 tarihinden itibaren %4 faizle birlikte 1200 frank tazminata mahkûm etti. Argovie yüksek mahkemesi bu kararı tastik eyledi.

Dâvacı ve dâva olunan tarafından temyiz olunan kararı Federal Mahkeme tastik etti.

MUCİP SEBEPLER:

1 — Taraflar arasında yapılan mukavele, dâvacının gayri menkulünde bulunan apartman ve ticaret yerlerine taalluk ediyordu. Akit, maddi mallara taalluk edip gayrı maddî mallara taalluku yoktu. Dâvacı bu şeyleri bir kira mukabilinde dâva olunan kiracının tasarrufuna bırakmıştır. Şu vaziyete göre ortada bir kira akdi mevcuttur.

2 — Kiralanan şey muayyen bir nevi ticaretin ihtiyaçlarına yarayorsa kiralayan ile kiracı arasındaki akdî münasebet hususi bir mahiyet alır. Her ticarî faaliyet, müşteri celp etmek suretile bir kıymet yaratır. Müşterilerden müteşekkil olan bu kıymet, her şeyden önce tâcirin şahsına ve ticarî ünvanına merbuttur. Fakat bu kıymetin bir kısmı, icabında, teşebbüsün içinde faaliyette bulunduğu yerle-

380

re aittir. Bu hal bilhassa mağazalar için varittir. Ticaratin yapıldığı yer ve mağazaya merbut olan bu kıymet, muayyen bir ticaretin yapılması ve teşebbüsün işletilmesi için bilhassa mühim olduğu ve aynı neviden bir ticaretle orada daha uzun müddet iştigal edildiği nispett büyüktür. Buna mubil, ticarî teşebbüsün iyi işlemesinde tâcirin şahsi vasıfları kat'î bir ehemmiyeti haiz olduğu takdirde bu kıymet azalır (Bak: Bl. zürcn. Rechtspr. 26. no. 42). Kira ile tutulan yerlerde yapılan ticaret bahis mevzuu olduğuna göre, müşterilerden müteşekkil kıymet, ticarethaneyi işleten kiracı ile mağazaların maliki bulunan kiralayan arasında taksim olunan kiralanan şeye bağlı kıymet, tacirin faaliyetine bağlı olmakla beraber onun şahsına merbut değildir. Ve kiralanan yeri terk ettiği takdirde onu takip etmez. Bu kıymet kiralayana aittir. Bu kıymet mevcut olduğu nisbette bizzat kiralayan ticarethaneyi kiracı vasıtası ile işleten bir tacir gibidir (Bak: TOBLER: zur Frage des Gebrauchspflicht des Mieters insbesondere bei der Miete von Laden — und Gewaerbelokalitaeten, SJZ. X11, p. 310). Bu takdirde, kiralayan müşterilerden mütehassıl kıymetin muhafazasında kiracının menfaatinden farklı bir menfaata sahiptir. Bu menfaat ve alâka, ticarethanenin işletilmesine ve bu kıymetin azalmamasına taalluk eder. Kiralayana ait kıymet, kira akdinin devamı esnasında kiracıya tevdi edilmirtir. Kiracı hüsnü niyete aykırı her türlü zararlı hareketten çekinmekle mükelleftir. Bu husus, gerek akitlerin ifasında riayeti lâzım gelen hüsnüniyet prensiplerinin, gerek müşterileri bu kabil zararlı fiillerden himayeye matuf İBK 48 (TBK 48). nın bir neticesidir. 48. m. nın iktisaadîve ticari bir teşebbüs sahibine bahşettiği himaye mantıkan akde şamil olmalı ve binnetice kiralayan, kiracı ile araların da mevcut akdi münasebetlerde sınaî mahallerin maliki sıfati ile kiracı kadar, kiralanan şeye merbut ve mültahak bulunan (müşteri — kiymet)te haksahibidir. Şu halde kiralayan, bu kıymeti azaltacak mahiyette gayrı kanuni rekabet teşkil edebilecek bütün muamelelerden sakınmak mecburiyetindedir. Bu vazife kanundan doğar. Bir mukavelede ayrıca zikredilmesine hacat yoktur. Ve bahis mevzuu hadisede görüldüğü gibi, hususi hal ve şartlar muayyen bir nevi ticaretin fasılâsız devamında, ve bu ticarete ayrılan yerlere merbut (müşteri — kiymet) in muhafazasında kiralayanın menfaati olduğunu gösterdiği zaman, bu vazife ve mecburiyet bilhassa kabul edilmelidir.

Dâva olunan iddia ediyor ki 1935 yılında ecza deposu açldığı zaman böyle bir kıymet mevcut değildir. Çünkü bu yerler ancak 18 ay önce ve kısa bir müddetle ecza deposu olarak kullanılmıştır. Bu·

nunla beraber, dâva olunan, evin sahibi sıfatı ile bu mağazada bir ecza ve ilâc deposu bulundurmak itiyadını yaratmakta menfaati olacağını berveçhi peşin düşünmeliydi. Kiralanan yerin bulunduğu kasabada bir ecza ve ilâç deposunun muvaffak olması ihtimalini önceden gören kiralayandır. Dâva olunanı bu kasabada yerleşmeğe ikna eden de odur. Dâvacı, dâva olunan ve diğer bir şahısla birlikte âdi bir şirket kurmak ve dâva olunana bu suretle malî yardımda bulunmakla kendi binasında bir ecza ve ilaç deposunun bulunmasına ve işletilmesine karşı duyduğu alâka ve menfaati izhar etmiştir. Bundan başka, mağazaları bir eczahane olmağa elverişli hale getirmiş ve başlangıçta müşteri celbine çalışmıştır. Âdi şirketin infisahından sonra mağazayı ancak bir ecza deposu olarak kullanmak şartı ile dâva olunana kiralamıştır. 14 mayıs 1936 tarihinde birisi malik, diğeri eczahanenin işleteni sıfatı ile taraflar müştereken kanton sıhhiye dairesine eczahane açmak niyetinde olduklarını bildirmişlerdir. .

Dâva olunan tarafından ileri sürülen diğer bir itiraz şudur: Mağaza bir ecza ve ilâç deposu olarak sureti mahsusada tertip ve tanzim edilmiş değildi. Tertibatın daha ziyade iptidaî mahiyette olduğunu dâvacı kabul ediyor. Bununla beraber, mahallî hâkimlerin müşahedesine göre, mağazada bir eczahaneye elverişli tetibat vardı... Esasen, kiralayan mağazayı bir eczahane olarak hiç tanzim etmemiş olsaydı bile, daha önce zikredilen hal ve şartlar, evinde böyle bir teşebbüsün fasılasız işletilmesine karşı kiralayanın duyduğu menfaat ve alakayı göstermeğe kâfidir.

3 — Dâva olunan, hareket tarzı ile dâvacının halkta bir alışkanlık yaratmak için mağazasına vermek istediği tahsis şeklini inkitaa uğratmıştır. Akdin feshini ihbardan ancak iki ay sonra ve kiralayan tarafından şart koşulan müddet bitmeden önce dâvacının binasındaki eczahaneyi kapatmak suretle, dâva olunan dâvacıyı, kendi binasında başka bir şahıs tarafından fasılasız surette eczahane işletmek salâhiyetinden mahrum etmiştir. Galip ihtimale göre, dâva olunan, kendi binasında açtığı ecza deposunun tutulmasını temin etmek için bu inkitaa sebebiyet vermiştir. Çünki bu suretle kasabada hiç olmazsa, bir kaç ay müddetle tek ecza deposu işleten durumuna giriyor ve bütün müşterileri kendisine gelmeğe icbar ediyordu. Dâva olunan dâvacının binasını ancak kira akdinin hitamında terk etmiş olsaydı, müşterilerin bir kısmı, galip bir ihtimal ile, ilk eczahaneye sadık kalır ve dâva olunan, kendi eczahanesini açtığı zaman ilk eczahane ile rekabet etmek mecburiyetini hissederdi.

Her halde bu rekabeti hesba katması gerekirdi. Halbuki bilinenen şekilde hareketile, kiracılık durumundan faydalanarak, durumu

382

kendisi lehine değiştirmiştir. Normal olarak dâvacının binasına merbut müşterileri beraber götürerek ve bu suretle müşterilerin temsil ettiği değeri bu bina için hice indirerek bu binayı terk etmiştir. Bu hal gayrı kanunî bir rekabet manevresi, hüsnü niyet kaidelerine ve kiracılık vasıflarına aykırı bir hareket teşkil eder (FMK. 33 II 606, 37 II 33, Oser-Schönenberger, m. 213 n. 7).

Dâva olunan, kiralanan mağazayı vaktinden evvel terk ederken dâvacıya zarar vermek niyetinde olmadığını söylüyor. Fakat ademi mesuliyetini isbat için binanın rutubetli olması vesaire gibi kusurlarını ileri sürüyor. Diğer taraftan, hüsnü niyet kaidesinin kendisini mecbur tuttuğu ve kiralayan açıkca istediği halde, mağazaları boşaltdığını dâvacıya haber vermemiştir. kusursuz olduğunu ispat eylemiş değildir. Bu itibarla akdî vecibelerinin yerine getirilmemesinden doğan zararı tazmin ile mükelleftir. İBK 97 (TBK 80).

4 — Dâva olunana göre, dâvacı zarara maruz kalmamış hiç olmazsa, muayyen bir zarar mikdarını isbat etmemiştir. Ancak, gayrı kanunî rekabet halinde, umumî kaide olarak mikdarı riyazî bir kativetle tesbit edilen bir zararı isbat eylemek mümkün olmaz (BECKER, m. 48 n. 15). Zarara maruz kalan mal, yani müşterilerin gayrı menkule temin ettiği kıymet ancak hâkimin takdiri ile tâyin olunur (FMK. 37 II 34). Bahis mevzuu dâvada bir zarar mevcuttur. Eczahanenin müşterileri hiç şüphesiz bir kıymet teşkil ediyordu. Dâva olunanın hareket tarzı bu kıymeti büsbütün yok etmemekle beraber azaltmıştır. Bu hadise mağazaların bir eczahane olarak eski fiyatla kiralanmasını men edecek mahiyettedir. Vakıa, nasıl olsa, dâva olunanın mağazadan çıkması boş kalan mağazaların durumunu daha çok güçleştirecek ve müşterilerden bir kısmı kiracıyı takip edecekti. Fakat kanton mahkemesi bunu nazarı dikkate alarak dâvacının ödeyeceği tazminat miktarını 1200 franga indirmiştir.

(1. Hukuk dairesi)

ÜCRETİN TEMLİKİ — HACİZ — Haczi caiz miktar — Şikâyet — Bir işçinin ücreti haczedilmiştir. Ücretin haczi caiz kısmı, borçlunun muvafakat ettiği temlikler hesaba katılmadan tâyin edilmiştir. Bu hususta yapılan şikâyet üzerine kanton tetkik mercii tarafından verilen ret kararı Federal Mahkeme tarafından, temlik keyfiyeti işçiyi istihdam edene tebliğ edilmediği için tasdik edilmiştir.

İBK 164, (TBK 162, 166), 168, İİK 19, 93 (1İİK)

383

1 — Borçlunun takibe mevzu teşkil eden borçdan başka borçları da olması ücretin haczi caiz miktarını tâyın hususunda tesiri haiz değildir.

2 — Bununla beraber, borçlu kazancından bir kısmını temlik etmişse temellük eden temlikin kendisine bahşettiği hakkı kullanmağa ve bu hakkı istihdam edene ihbar eylemiş olmak şartı ile, ücretin temlik edilen kısmı hacze mevzu teşkil edemez.

3 — Temlik edilmiş olarak zikredilen meblağlar ancak taktpte bulunan alacaklı temlikin sibhatını tanımadığı zaman haczedilebilir. Bu takdirde bu meblağlar münazaalı alacak olarak haczedilirler ve istihdam eden bu meblâğı adliyeye tevdi etmekle borcundan kurtulmağa davet olunur.

DÂVA: Cevenere icra dairesi 6 sonteşrin 1942 tarihinde B.nin ücretinden her hafta 3 frank haczetmeğe karar vermiştir. B. bu hacze karşı sikâyet etti. Cenevre tetkik mercii bu şikâyeti aşağıda yazılı sebeplerle ret etti:

Borçlunun safî ücreti 318,60 franga baliğ olmaktadır. Borçlunun masrafları, kendisinin ve karısının geçim masrafları (230), kira (55) cem'an 285 frank tutmaktadır. Borçlunun C. ve S.ey temlik ettiğini beyan eylediği meblâğalar kanun nazarında borç ve mükellefiyet teşkil etmez. Madame B.nin (yani B.nin karısının sihhî durumunun icap ettirdiği ilaç masraflarını nazara almağa mahal yoktur. Çünkü B.nin karısı bu hususta delil göstererememiş ve esasen talebi tedavisi iki ay gibi mahdut bir zamana inhisar etmiştir.

B. haczin iptali için FM, ye müracaat etmiştir.

F. M kararından mucip sebepler: 1 — B. karşılamak zorunda bulunduğu diğer borçlarını da ileri sürmektedir; fakat borçlunun, takibe mevzu teşkil eden borçdan başka borçları da bulunması ücretin haczi caiz mikdarını tâyin hususunda tesiri haiz değildir. Buna mukabil, icra memuru, esas itibariyle, borçlunun ücreti üzerinde yaptığı temlikleri nazara almamazlık edemez. Bu temlikler muteber ise, ücretin temlik edilen kısmı artık borçluya ait değildir ve hacze mevzu teşkil edemez. Mahkeme içtihatlarına göre (F. M. K. 65 III 132; 65 III 42) icra memuru ücretin haczi caiz olmayan kısmı üzerinde, ancak temlik edilmemiş bulunan bölüğü haczedebilir; temlik edildiği beyan olunan meblâğların haczedilebilmesi için, takipte bulunan alacaklının temlikin sıhhatına itiraz eylemesi lâzımdır; bu takdirde temlik edilen kısım münazaalı alacak olarak haczedilir, iti-

raz eden (yani borçlunun borçlusu) bu meblâğı adliyeye tevdi eylemeğe davet olunur (İ. B. K. 168).

Bununla beraber B.nin verdiği izahattan anlaşılıyorki, temlik keyfiyeti istihdam edene tebliğ edilmemiş ve alacağı temellük edenler hiç olmazsa şimdilik temlik olunan alacağı borçludan istemek hususunda temlikin kendilerine bahşettiği hakkı istimal etmemişlerdir. Halbuki, bu hak istimal edilmediği ve istihdam eden, borçlu B. yi ücretin tamamını ödemege devam ettiği müddetçe, temliki nazara almağa mahal yoktur. Haciz bizatihi muteber olmakla beraber, ancak ücreti ödemekle mükellef borçlunun (B.nin patronu) ıttılaına arzedildiği zaman haciz bakımından, hükmünü hasıl eder. Şuhalde icra dairesi ücretinin kısmen üçüncü bir şahsa temlik edildiğini, fakat bu temlikin ücret borçlusu istihdam edene henüz tebliğ edilmemiş bulunduğu mealinde, yalnız borçlu B. tarafından yapılan bir beyana dayanarak, münazaalı alacakların haczine müteallik usulü tatbik edemez. Filhakika icra dairesi bu usulü ancak temlik keyfiyetinin borçlunun borçlusuna tebliğ edildiği zaman tatbik edebilir.

Şuhalde Cenevre icra dairesi, B. tarafından ileri sürülen temliki nazara almadan haciz yapabilirdi. Bununla beraber, sonradan temlik keyfiyeti istihdam edene tebliğ edildiği takdirde, icra dairesi B.nin talebi üzerine yukarıda izah edilen usulü tatbik edecektir. Aksi takdirde istihdam eden mahcuz meblâğı icra dairesine yatırmağa ve temlik edilen meblâğları, temellük edenlere ödemeğe devam edecektir ki bu takdirde haciz muamelesi borçlu için zaruri asgarî maişet haddini ihlâl etmiş olur. (F. M. İcra ve iflâs d.)

BABALIK DÂVASI DÂVA OLUNANIN BABALIĞI HAKKINDA CİDDİ ŞÜPHELER İMK. 314 VE 315 «TMK».

Cinsî münasebetin tesbit edilen tarihine nazaran çocuğun doğum esnasındaki inkişaf ve gelişmesi dâva olunanın babalığı hakkında ciddi şüpheler doğurabilir. Babalık karinesinin zait olması için cinsî münasebet tarihinde gebeliğin tahakkuku ehlivukuf raporuna nazaran son derece az varit olması kâfidir «Eski içtihadın tahfifi».

Dâvacı K. ve P., dâva olunan B. FMK 68 II, İDT. 1943, S. 146

385

DÂVA: 1919 doğumlu bayan Hedw'g P. 17 ağustos 1939 tarihinde Eris adlı nesebi sahih olmıyan bir çocuk doğurmuş ve Karl B. nin baba olduğunu beyan eden adı geçen aleyhine babalık dâvası açmıştır. Dâvacı, Karl ile kritik devre esnasında (21/1.Teş/938 — 18/Şubat/1939) arasında cinsî münasebette bulunduğunu iddia etmiştir. Bu münasebetlerden ilki 22/Kânunsani/1939 tarihinde yani (doğumdan 207 gün önce), ikincisi 11/Şubat, sonuncusu 15 Mart/39 da vukua gelmiştir. Dâva olunan dâvacı ile bu tarihlerde cinsî münasebette bulunduğunu kabul eylemekle beraber İMK 314/2 ve 315 mucibince defide bulumuştur.

Gaster kaza mahkemesi (mahkeme dâva olunanın babalığı hakkında ciddî şüphelerin mevcut olduğunu kabul ile) 314/2 yi tatbik ederek talebi reddeylemiştir. Mahkeme bu kararında bir taraftan Uznech kanton hastanesi baş tabibinin, doğan çocuğun normal zamanda doğmuş bir çocuğun bütün alâmetlerini taşıdığına müteallik beyanı; diğer taraftan, yalnız 207 günlük bir gebelikten sonra doğan bir çocuğun bu inkişaf ve tekâmülü arzetmesi imkânsız olacağı neticesine varan tıb kitaplarına dayanmıştır.

Dâvacı kanton mahkemesine yaptığı müracaatta, şimdiye kadar dâva olunan ile ilk cinsî münasebet tarihi olarak 22Kân unsani 1939 tarihini göstermiş olduğunu, çünkü 8/Kânunsani/1939 tarihinde de âdet gördüğünden bu tarihte gebe kalmanın mümkün olmadığını zannetmiş bulunduğunu iddia etmiştir. Bundan maada, ehemmiyetsiz farzederek dâva olunan ile daha evvelki cinsî münasebetlerini itiraf etmekten utanmış olduğunu söylemiştir. Hakikatte dâva olunan ile birlikte 1938 yılı Teşrinsani ayı ortasında ve 20 ilk Kânun 1938 de cinsi münasebette bulnnmuş olduğunu ve bu ciheti yeminle isbat edeceğini beyan eylemiştir.

Kanton mahkemesi 23/Mayıs/1942 tarihli ilk kararında ananın iffetsizliğini ve 1938 tarihinden Kritik devreye kadar ve bu devre içinde G. isimli bir kimse ile cinsî münasebette bulunmağa devam eylediğinin sabit olmadığını beyan etmiştir. Çocuğun doğum esnasında arzettiği inkişafa nazaran 22 Kânunsani 1939 tarihinin gebelik tarihi olarak kabulü imkânsız olduğuna müteallik bulunan ve kaza mahkemesince de kabuledilmiş olan def hakkında mütalâasını bildirmek üzere kadın doktorlarından müteşekkil bir heyeti ehli vukuf tâyin etmiştir.

Ehlivukuf bu def'i teyit ve tasdik eylemesi ihtimaline binaen, kanton mahkemesi dâvacının 22 Kânunsani 1939 tarihinden önce cinsî

586

münasebette bulunduklarına mütedair ve ancak yeminle isbat edebileceğini söylediği iddialarını tetkik etmişti.

Ananın gebeliği hakkında yaptığı beyanda yalnız 22 Kânunsani tarihli cinsî münasebetten bahseder. Şimdi mevcudiyetini iddia ettiği evvelki cinsî münasebetlerden bahsetmemiş olmasına binaen usulü muhakeme kanununun 272 inci maddesinde derpiş edilen asıl babalık yemininin bahis mevzuu olamıyacağına karar verdi.

İsbat edilecek vakıayı varit göstermek hususundaki şart tahkkuk etmemiş olduğundan ve zaten Hinwil kaza mahkemesinde ceryan etmekte bulunan nişanın bozulmasına müteallik dâva, dâvacının ifadelerini hal ve şartlara göre değiştirdiğini ve icabında hâkimi hataya düşürmekten çekinmediğini gösterdiğinden, usulü muhakeme kanununun 264 üncü maddesinde umumî isbat vasıtası olarak derpiş edilen yeminin şayanı kabul olmadığını beyan etmiştir. Bununla beraber beyanları arasındaki tenakuzu bertaraf etmek üzere tarafları dinlemeği münasip görmüştür.

Ehlivukuf olarak tâyin edilen Saint—Gall doğum evi eski baş hekimi raporunda şu neticeye varmıştır: 17 Ağuştos 1939 tarihinde doğan ve 50 santimetre boyunda ve 3 kg. ağırlığında ve tam normal zamanında doğan bir çocuğun bütün tabii alâmetlerini taşıyan bir çocuğun, 22 Kânunsani 1939 tarihinde ana rahmine düşmüş olması, mutlak derecede imkânsız değilse bile, sonderece az varittir.

Tarafları dinledikten sonra kanton mahkemesi 22 Eylûl 1942 tarihinde talebi reddetmiştir. Mahkemenin kanaatına göre, tarafların dinlenmesi 22 Kânunsani 1939 tarihinden önce cinsî münasebetin vukuunu daha ziyade varit gösteren bir hususu ifşa etmemiştir. Diğer taraftan, ehli vukufun daha evvel zikrolunan mütalâsı çocuğun 22 Kânunsani 1939 tarihinde veya daha sonra ana rahmine düşmüş olması hakkında ciddi şüpeler uyandırmağa müsaittir: Netice olarak, âva olunan aleyhinde mevcut babalık karinesi hükmünü kaybetmiştir.

Çocuk ve anası bu hüküm aleyhine federal mahkemeye müracaat etmişlerse de Federal mahkeme bu müracaatı red etmiştir.

MUCİP SEBEPLER (hulâsa olarak):

Kanton mahkemesinin ehlivukuf raporundaki mütalâaları, dâva olunanın babalığı hakkında ciddi şüpeler uyandırmağa müsait vakıalar telâkki etmekle federal hukuku (medeni kanunu) ihlâl eylemiş olup olmaması hususunu tetkik etmek icap eder.

Federal mahkemenin müteaddit defalar beyan eylediği ve bugün de muhafaza ettiği kanaata göre, cinsî münasebetin vuku bulduğu

ğu tarihe nazaran çocuğun doğum esnasında gösterdiği inkişaf ve gelişme, dâva olunanın babalığı hakkında ciddi şüpeler uyandırabilir.

(2 İlkteşrin 1913 tarihli Heine - Belgei dâvası, 495/11/39. FMK;İdt. 1914.S.111;Bröndly - Tzetzel. 15 İlkteşrin 1919, FMK 45 II 487; İdT 1920 p. 71), bununla beraber, Federal mahkeme bu esasın münferit ve müşahhas hallere tatbikinde ihtiyatla hareket edilmesi icap eylediğini kabul etmişti 14 Mayıs 1925 tarihli M—E davası ilâmında (FMK 51 II 112 İdT 1925 P. 514 e bak.)

240 gün devam eden bir gebelik bahis mevzuuydu. Ve ehli vukuf sadece gösterilen tarihde gebe kalma keyfiyetinin muhal olmadığı ve çocuğun tesbit edilen inkişafına göre «imkânsız bulunmadığı» fikrinde olduğu için, def red olunmuştu.

Federal mahkemenin daha sonraki bir kararına göre tarihi tesbit edilen cinsî münasebet neticesinde husule helen gebelik, malûm gebelik müddetlerine nazaran şimdiye kadar görülmemiş bir istisna teşkil ettiği takdirde, ciddi şupheler bulunduğu kabul edilmelidir. (Kleeb ve Amport — Stucky kararı; FMK 61 IIp. 307; İdT 1936 p. 452 ye bak).

Bu formül biraz fazla mutlak görünmektedir. birinci fıkrada tesbit edilen karinenin tesirsiz kalması için 314. maddenin 2 inci fıkrası ilmin bugünkü halinde dâva olunanın babalığının imkânsız veya gayri kabili tasavvur olduğu hakkında delil talep etmiyor, sadece bu babalığı ciddî surette şüpheli olarak gösteren vakaların isbatını istemektedir. İkinci fıkradaki defi, maddi bir delile karşı değil, fakat sadece bir karineye karşı demeyan edilmiştir. İster karine, ister defi mevzuubahis olsun, katiyetler değil ihtimaller alanında bulunuyoruz. Binnetice dâva olunanın babalığı hakkında ciddî şüpheler tesis etmek için, doğum esnasında çocuğun gelişme seviyesine göre muayyen tarihde gebeliğin tekevvünü sonderece uzak bir ihtimal olması gerek vukuf ehli, gerek hâkim bakımından kâfidir.

Bahis mevzuu dâvada, zamanında doğmuş olan çocuk 17 Ağustos 1939 tarihinde dâva olunanla cinsî münasebeti zamanında (ki bu tarih Federal mahkemeyi takyit edecek surette tesbit edilmiştir), yani 22 Kânunsani 1939 da ana rahmine düşmüş olsaydı, gebelik ancak 207 gün devam etmiş olurdu. Halbuki ehli vukufa nazaran cihet (mutlak surette imkânsız değilse bile son derece az varittir) ayni ehli vukuf 41 yıllık ebelik hayatında bu nevi bir hadiseye yani 207 gün gebelikten sonra normal evsafta ve inkişafta çocuk duğumu hadisesi — aslâ tesadüf etmediğini ilâve ederek diyorki «bugünkü bilgi derecemize göre pratisyenlerden hiç biri 220 günlük bir haddi teca-

388

Temyiz Kararları

Nr. 2 **Ceza Kısmı**

TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARI

Müsadere — Millî Korunma Suçları

Şahsî ihtiyacı için beyanname ile aldığı kömürü başkasına devretme suçunda müsadereye karar verilemez.

(CK 36, MKK 14, 54: 5, 55: 1)

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumî Heyeti

Esas 33 — Karar 1

Beyanname ile aldığı kömürü başkasına devredenler hakkında Millî Korunma Kanununun 14, 55/1 maddeleri delâletile 54 maddenin 5. fıkrasının tatbiki suretiyle verilen hükümlerde müsadereye de karar verilip verilmiyeceği hususunda Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesinin 25/6/1943 tarih ve 4671/5583 ve İkinci Ceza Dairesinin 26/2/1943 tarih ve 760/813 sayılı kararları arasında meydana gelen içtihat ihtilâfının halli C. Başmüddeiumumiliği yüksek makamının 11/11/1943 tarih ve 3493 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni toplanan Tevhidi İçtihat Heyeti Umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek:

Neticede;

Ceza Kanununca esas itibariyle bir ceza mahkûmiyetinin neticeleri arasında gösterilen müsadere – gerek onu icabettiren hal ve şartlarla çizilmiş olan hudut ve şümulü, gerek o hal ve şartlar delâletiyle anlaşılan mahiyeti bakımından – çok yerde ceza mahkûmiyetine bağlı hukuki bir netice olduğu gibi bazı yerde de memnuiyetin başlı başına bir karşılığı hükmünde bulunduğu halde Millî Korunma Kanunu hükümlerine göre yalnız memnuiyet hilâfına işlenilen hareketin gerekli kıldığı toplu cezalardan biri olarak mülâhaza olunabilecek bir müeyyide hali arzetmektedir.

Bu mülâhazaya saik olan farklar: Evvelâ müsadereye mevzu teş-

319

kil eden malın mahiyetinde, saniyen müsaderenin, taallûk ettiği mal üzerindeki şümul ve tesiri derecesinde görünür. Şöyleki:

Ceza Kanununda müsadereye mevzu teşkil eden madde, suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun işlenmesinden hasıl olan şeyden ibaret iken Millî Korunma Kanunu hükümlerince suça mevzu teşkil eden maldır.

Bu bakımdan evvelâ Ceza Kanunundaki hükmün, tatbikatta çizilmiş olan hududuna göre: «Suçda kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şey» den maksat, suçun işlenmesini kolaylaştıran haricî bir vasıtadır ki o vasıtanın cürümden maksut olan gaye ile münasebeti, mücerret suçun işlenmesinden beklenen neticenin elde edilmesine yardım etmiş olmaktan ibarettir. Bu sebeple mal üzerinde işlenen suçlarda bir binaya girmeğe hizmet eden merdiven, sandık kıran veya çivi söken âlet, kilit açan maymuncuk veya anahtar, kaçak maddeyi tartan ölçü, memnu maddelerin imâl veya istihsalinde kullanılan alât ve edevat gibi şeyler suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan şeylerdir .Fakat suça mevzu olan, yani üzerinde suç işlenen şey değildir. Üzerinde suç işlenen şey ise zatı cürmü vücuda getiren âmillerdir ki, Ceza Kanunu bakımından bunlar meselâ kaçak mal gibi esasen memnu olan veya kemmiyet ve keyfiyetinde hile yapılmak suretiyle memnuiyet iktisabetmiş bulunan mahiyette olmadıkça müsadereye tâbi değildir. Böyle bir malın müsadereye tâbi bulunması nefsel'emirde memnu olmasına veya üzerinde işlenmiş bir fiil dolayısiyle memnu hale gelmiş bulunmasına bağlıdır.

Halbuki Millî Korunma Kanunu, cezalandırdığı hareketlerin hususî ve istisnaî mahiyeti icabı olarak mutlak surette suça mevzu teşkil eden malı müsadereye tâbi tutmak esasını koymuştur. İki kanun hükümleri arasındaki birinci fark budur. İkinci fark da: Müsadereyi; suça mevzu olan maddenin yalnız üzerinde bilfiil suç işlenen cüz'üne hasretmiyerek geri kalan kısmına da şâmil tutmasıdır.

Bilhassa bu nokta, müsadereyi lüzumlu kılan esas mülâhazalarda her iki kanunun ayrı ayrı mebdelerden ayrı ayrı hedefleri göz önünde tutarak hareket etmiş olduklarına delâlet etmesi itibariyle önemlidir.

Ceza Kanununda müsadereyi meşru kılan başlıca sebep: müsadere olunacak maddenin, bizatihi memnu olmasa bile suçta kullanılmış olması delâletiyle suçlunun başka suçlarda da aynı veçhile kullanabilmesi ihtimali karşısında, fail elinde zararlı ve tehlikeli bir

390

mahiyet almış olmasıdır. Kanundaki «başkasına ait bulunmadıkça» kaydının tazammun edebileceği maksat ve mâna budur.

Millî Korunma Kanununun müsadereyi – kabul ettiği şeklî surette – lüzumlu kılan esas mülâhaza ise: Devlet bünyesini iktisat ve Millî Müdafaa yönlerinden za'fa düşürecek hareketleri kökünden söküp atmak gayesine varmada vasıta kıldığı zecri tedbirleri o gayeye vardırabilecek ve emsaline ibret ve intibah verdirecek surette cismani, nakdî ve malî cihetlerden tesirli kılmaktır.

Binaenaleyh bu şekildeki müsadere dahi Korunma Kanununun cezaları arasında sayılacak, daha doğrusu cezai mahiyeti galip görünecek bir hususiyet arzetmektedir.

Filhakika ticarî bir müessesenin sırasına göre aynı neviden bütün sermayesine sari olacak kadar şiddet ve tesir gösteren bir muameleyi başka konularda görmenin dayancı yoktur.

İşte şu önemli istisna, Millî Korunma Kanununda iltizam olunan müsaderelere ceza kanunundakilerle kıyaslanamıyacak bir hususilik vermekte olduğundan her hususi ve istisnai hüküm gibi bunların da mevridine maksur olması ve binaenaleyh Millî Korunma Kanununun hangi hükmünde tasrih edilmişse ancak orada cayi tatbik bulması zaruridir.

Bahis mevzuu olan işe gelince:

Gerçi: Millî Korunma Kanunu, 55 inci maddesinin ilk bendinde el konulan maddeyi kaçıran veya saklıyanlar için mevzu hapis, para ve müsadereden mürekkep toplu ceza, aynı bendin bir fıkrasiyle (Hakiki ve hükmi şahıslara Hükümetçe tesbit olunan bir maksat ve ihtiyaç için kullanılmak şartiyle verilmiş olan bir maddenin hangi ihtiyaç için verilmişse ancak o ihtiyaca hasredilmesini mecburi kılarak ilgili vekâlet tarafından yazılı izin verilmedikçe başkasına devredilmesini men'eden) 14 üncü maddenin 4 üncü bendindeki hükme muhalif harekette bulunanlara dahi teşmil olunmuş ise de, şu suretle başkasına devrolunan maddenin mahiyet ve miktar itibariyle ancak şahsî ihtiyacı karşılıyabilecek derecede ve az kıymette olması halinde de aynı cezanın tatbikını fiilin vüs'u tahammülünden fazla şiddetli bulan kanun vazıı, sonraki tadilinde bu ihtimali sureti mahsusada nazara alarak 54 üncü maddeye koyduğu 5 inci bend ile mahsus bir cezaya bağlamış bulunmaktadır.

Metni: «..... 55 inci maddenin birinci fıkrasına tevfikan verilecek ceza 10 liradan 50 liraya kadar ağır para cezasına tenzil olunur.»

391

şeklinde olan bu hüküm, ister—mahsus ve müstakil bir fıkrada mevzuubahis edilmiş olması sebebinden—müstakil bir hüküm sayılsın, ister 55 inci maddedeki hükme ek itibar olunsun, mülâhaza etmiş olduğu hususî hal ve vaziyette o cezayı munhasıran 10 liradan elli liraya kadar para cezasına indirmiş olmaktan başka bir mâna ifade edemez. Edemeyince de şu suretle verilecek para cezasına 55 inci maddedeki müsadereyi de ilâveye mesnet bulunamaz. Çünkü Millî Korunma işlerinde müsadere dahi mahiyeti mahsusası bakımından cezailiği galip bir muamele olduğundan diğer cezalar gibi kanunun serahatla iltizam ve ilzam etmediği yerlerde kıyas yoluyle tatbiki, ceza esaslarına muhalif olur.

Kaldı ki Millî Korunma Kanununu bir ân için bir tarafa bırakıp da böyle bir fiilin umumî ceza hükümleri itibariyle gerektireceği akıbet cihetinden durumu incelenecek olduğu takdirde de:

Alınması, satılması haddi zatında yasak olmıyan bir malı parasiyle satın almış olan kimsenin Hükümete haber verip izin almaksızın başkasına vermesi haline Ceza Kanununca terettüb edebilecek olan hüküm 526 ıncı madde hükmüdür ki bu da 10 liradan 50 liraya kadar hafif para cezasından ibarettir. Bu ise zaten Millî Korunma Kanunun da kabul etmiş olduğu cezanın miktarca aynıdır. Olağan üstü hallerin gerekli kılacağı olağanüstü tedbirler de ancak kanunda açıkca gösterilmiş olduğu takdirde mer'i olabilir. Korunma Kanununun burada açıkça kabul etmiş olduğu istisna ise yalnız umumî Ceza Kanununun aynı miktardaki hafif para cezasını ağır para cezasına çıkarmış olmaktan ibarettir.

İmdi:

Bütün bu sebeplerden dolayı, Hükümetten veya salâhiyetli merciden ancak şahsî ihtiyacı karşılıyacak derecede ve az kıymette parasiyle almış olduğu kömürü her hangi sebep ve zaruretle olursa olsun, aldığı mercie haber vermeksizin başkasına devredenlere tatbik olunacak muamele, sözü geçen 54 üncü madde 5 inci fıkrasınca yalnız 10 liradan 50 liraya kadar ağır para cezasından ibaret olup bu cezaya zamime olarak müsaderenin de hüküm altına alınması lâzım gelmiyeceğine 5 İkincikânun 1944 tarihinde üç muhalif reye karşı (43) rey çoğunluğu ile karar verildi.

(Resmî Gazete 5631 16/2/1944)

392

Millî korunma suçları—Belediye suçları—Vazife

Belediye zabıta talimatnamesinde yazılı olsa bile eksik tartıda ekmeği satışa çıkarmak Millî Korunma Kanununa giren bir suçtur.

M K K 21, 31, 55, 67

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumî Heyeti
Esas 6 — karar 2

Veznen noksan ekmeği satışa arzetmek fiilinden dolayı ceza tâyini hususunda vezifedar olan merci hakkında temyiz mahkemesi üçüncü ceza dairesinin 1/8/942 tarih ve 6912/5747 ve 27/11/942 tarih ve 8070/7937 sayılı kararlarını havi ilâmların arasında mübayenet mevcut olduğundan bahisle zikri geçen mübayenetin tevhidi içtihat yolu ile halli C. Baş M. U. liği yüksek makamının 17/3/943 tarih ve 740 sayılı yazısı ile toplanan tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek:

Neticede;

Millî korunma kanununun yürürlükte bulunduğu zamanda 4. maddesi hükmünce karar vermeğe salâhiyetli bulunan İcra Vekilleri Heyetince o kanunun muayyen bir maddesine dayanılarak ittihaz ve neşrü ilân olunan kararnamelere aykırı hareketlerin taallûk eylediği mevzular haddi zatında her hangi müessesenin kanun ve nizamiyle ödevli bulunduğu hususlara dair ve mahsus müeyyideye tâbi bulunsa bile mücerret Vekiller Heyetinin Millî Korunma Kanununa dayanan bir karar na mevzu teşkil etmiş olması itibariyle bu kanunun şümulüne girmiş ve yürürlükte bulunduğu müddetle cezaî müeyyidelerini istilzam etmiş olacağından o müeyyidelerin hüküm ve tatbiki yine Millî Korunma Kanununun 67 inci maddesi hükmünce teşkil olunan veya vazifelendirilen mahkemelerin keza mezuniyetlerine dahil işlerden olması icabeder.

Halka yedirilecek ekmeklik unun ve o undan yapılacak ekmeğin keyfiyet ve kemiyetine ve satış suretine ve fiatına taallûk etmek üzere Hükûmetçe ittihaz ve neşrolunan 115 numaralı koordinasyon kararnamesinden başlayarak vakit vakit yenisi eskisini değiştiren veya tamamlayan müteaddit kararnamelerin neşir ve ilânına başlanmasından

beri ekmeklik un ve ekmek yapma ve satma işleri de sadece belediyeleri ilgilendiren birer iş olmaktan çıkarak bizzat Hükümetin ödevlendiği, saglamasını buna mahsus teşkillerle üzerine aldığı bir «millî korunma işi» olmuş, belediyeler de sair vazifeli daire ve müesseseler gibi bu alanda ancak o kararların dileği veçhile tatbik ve icra olunmasını sağlamakla mükellef müesseselerden biri halini almıştır.

Bu kararnamelerin koymuş olduğu hükümlerden her hangi birinin her hangi belediye zabıta talimatnamesinde esasen tesbit edilmiş bulunması millî korunma kanununun 61 ve 67 inci maddeleri müvacehesinde ne o kanun hükmünün ne de o kanunu tatbik ile mükellef mahkemelerin vazifesine tesir edemez. Belediye zabıta talimatnamesinin o hükmü de sair bazı kanun ve nizamların koordinasyon kararları mevzuuna giren hükümleri gibi temas ettiği koordinasyon kararnamesinin yürürlükten kalkacağı zamana kadar meriyette kalmış olur.

Bu itibarla noksan vezinde ekmek yapmak ve satmak suçu da ister ekmek yapmak için verilen undan gayri muhik menfaat temin etmek kasdile olsun ister sadece hükümet kararı hilâfına hareketin bir neticesi bulunsun ya doğrudan doğruya veya koordinasyon kararnamesine muhalefet dolayısiyle müstakillen Millî Korunma Kanununa muhalif bir suç olmuş olur. Ve o noktai nazardan mahkemece taayyün edecek hale göre şu veya bu surette mahkûmiyetle veya beraetle neticelendirilmek lâzımgelir. Yoksa işte bu ihtimaller dışında bir de belediyelik hal ve mahiyet mülâhazası olunamaz. Çünkü Millî Korunma Kanunu sadece gayrı muhik menfaat kasdiyle işlenilmiş olan hareketleri değil ezcümle 54 üncü maddenin beşinci ve 55 inci maddenin ikinci fıkralarında olduğu gibi mücerret kanun ve karara riayetsizlikten doğan hal ve neticeleri de şumülüne almış bulunmaktatır.

Bu sebeplere binaen belediye zabıta talimatnamesile koordinasyon kararlarının hükümce tedahül ettiği yerlerde vezni noksan ekmek çıkarmak keyfiyeti de Millî korunma kanunu ile o kanunun 21 inci madddesine müstenit olarak tenzim ve neşrolunan hükümet kararnamelerinin yürürlükte bulunduğu müddetçe münhasıran Millî korunma işleriyle vazifeli bulunan mahkemelerin vazifelerine dahil hususlardan olup belediye zabıta talimatnamesi bakımından takip olunabilecek işlerden olmadığına 10 muhalif reye karşı 36 rey çoğunluğu ile 5/1/1944 tarihinde karar verildi.

(Resmî Gazete 5626 10/2/1944)

394

UMUMÎ HEYET KARARLARI

Millî Korunma Suçu

Pirinç ununda ticaret kasdiyle tulumba tatlısı imal ve satışa arz keyfiyetinde Millî korunma kanununa muhalefet suçu mevcuttur.

(MKK 21)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Heyeti
Esas 17 — Karar 8

Leblebi unu ile pasta ve pirinç unu ile tulumba tatlısı yapmak suretiyle Millî korunma kanununa muhalif hareketten suçlu Süleyman Özsağman'ın... bilmuhakeme beraatine dair verilen hüküm... Temyiz ikinci ceza dairesince tetkik olunarak; tebliğnamede gösterildiği veçhile 420 sayılı Koordinasyon heyeti kararında yazılı (baklava ve benzeri hamur işi maddeleri) ibaresi hamur işinin muhakkak baklavaya benzemesi şeklinde bir tahdidi ihtiva etmemesine göre pirinç ununda ticaret kasdiyle tulumba tatlısı imal ve satışa arzettiği karar yerinde kabul olunan suçlunun beraatine karar verilmesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle; eski hükümde ısrarı mutazammın...tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki...istida edilerek...icabı görüşülüp düşünüldü:

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi mündericatına nazaran temyiz ilâmında gösterilen bozma sebebi varit ve uymak icabederken eski hükümde ısrar olunması yolsuz ve kanuna aykırı görülmekle mezkûr ısrar kararının «Bozulmasına» 10/1/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Hükümetin Mânevi Şahsiyetini Tahkir— Kanunlara Söğmek

Bir kavga veya münakaşa sırasında hükümetin mânevi şahsiyetini tahkir ve tezyif edici sözlerin söylenmesinde kasıt aramağa mahal yoktur.

(CK 159)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Heyeti
Esas 18 — Karar 7

...Baş M.U.likten; maznun tarafından söylenen sözlerin kendi kızını dövmesinden ötürü vaki münakaşa sırasında hükümetin mânevi

şahsiyeti ve kanunlar bahis mevzuu olmamasına ve maznunun hükümetin şahsiyeti mâneviyesini tahkir ve tezyif ve kanunlara söğmek kastini iz ar sadedinde bir mübahase ve bir söz cereyan etmemesine göre bu sözlerin maznunu tahrik eden Dursun'a karşı fevren söylendiği ve Dursun'a mâtuf olduğu anlaşıldığı halde yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz ve bu cihete mâtuf tebliğnamedeki mütalâa varit olduğu ve yüksek Birinci ceza dairesinin 30/11/943 tarih ve $\frac{2784}{2782}$ sayılı kararda bu cihati müeyyit bulunduğu halde söylenen sözlerin mahiyeti münakaşa edilerek suçlunun kasdı ve suçun vasfı mahkemece takdir edilmiş olduğundan bahsile reddine karar verilmesinde isabet görülemediğinden yüksek Ceza umum heyetince tetkik edilerek ret kararının kaldırılması ve hükmün bu cihetten dahi Bozulması ve mevkuf olan maznun hakkında bir karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek... İcabı görüşülüp düşünüldü:

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi mündericatına nazaran itirazname müeddası varit görülemediğinden reddine 10 1/944 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Millî Korunma Suçu—Takdire bağlı hafifletici sebepler.

Devlete ait hissenin mühim bir miktarının ödenmiş olması hususunun cezanın hafifletilmesini icabedeceği temyizin müstekar içtihadı cümlesindendir.

(CK 59, MKK 14, 55)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Heyeti

Esas 16 — Karar 8

Hububat borcunu müddetinde ödememek suretile Millî korunma kanununa muhalif hareketten maznun Hüseyin Açıkyüreğin ... mahkûmiyetine ... dair hüküm ... Temyiz 2 inci Ceza Dairesince tetkik olunarak: maznunun borcundan mühim bir kısmını ödemiş olmasının lehine cezayı azaltıcı sebep teşkil edip etmediğinin nazara alınmaması yolsuz olduğundan naşi bozulup iade edilmekle eski hükümde ısrara ve 500 kuruş bozma harcının suçludan alınmasına mütedair... verilen hükmün... dahi temyizen tetkiki suçlu tarafından... istida edilerek... bu baptaki evrak Baş M.U.liğin; müstenit olduğu mucip sebeplere nazaran ısrar kararı muvafıkı kanun olup itirazlar varit değilsede eski hükümde ısrara karar verildiği halde bozma harcının tahsiline karar verilmesi yolsuz olduğundan mezkûr harcın kaldırılması suretile hükmün ıslâhen tasdiki talebini natık ... tebliğnamesile Birinci Riyaset dairesine gönderilmekle icabı ... görüşülüp düşünüldü.

396

Borçluların borcunun mühim bir kısmını ödemesi keyfiyeti öteden beri Temyiz Mahkemesince takdirî tahfif sebebi kabul edilmiş ve bu husus temyizin müstekar içtihadı cümlesinden bulunmuş olmakla bozma sebebine uymak icabederken...ısrar olunması ve ısrar olunduğu halde bozma harcının tahsiline karar verilmesi yolsuz olduğundan mezkûr ısrar kararının ... bozulmasına ... 10/1/944 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Vazife — Mahkeme Teşkilâtı

Beş sene hapis cezasını mucip fiilin bir memur tarafından vazife esnasında işlenmesi sebebi ile cezanın beş seneyi aşması halinde de dâvayı görmek asliye mahkemesinin vazifesi dahilindedir.

(CMUK 421, Meriyet K 27)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Heyeti
Esas 12 — Karar 9

..Burdur asliye ceza mahkemesinden verilen 7/10/943 tarihli hüküm.. Temyiz Dördüncü Ceza dairesince tetkik olunarak: Bekçi Nusrete 493. maddenin son fıkrası ve 251. madde ile her suç için tayin edilen ceza mikdarlarının beş sene hapis cezasını aşmasına ve usulün 421. maddesinde beş seneden fazla hapsi müstelzim cürümlerin ağır ceza işlerinden madut gösterilmesine göre dâvanın vazife haricinde olduğu düşünülmeksizin rüyet ve intac edilmesi yolsuz olduğundan bahsile bozulmasını mutazammın verilen karar aleyhine Baş müddeiumumilikten;

İzahdan vâreste olduğu üzere; ceza muhakemeleri usulü kanununun 421 inci maddesinde beş seneden fazla hapis cezasını müstelzim cürümlerin de ağır ceza itibar olunduğuna mütedair olan hüküm bir cürmün esbabı müşeddideden katannazar bizzat haiz olduğu vehametten dolayı kanunun esas itibariyle beş seneden fazla hapis cezası tayin etmiş bulunması haline maksurdur. Yoksa taalluk ettiği maddeye göre, beş seneden fazla olmıyan hapis cezasına her hangi sebepden dolayı başka bir maddede yazılı cezanın da ilâvesi yüzünden nihaî cezanın beş sene hapsi geçmiş olması haline şâmil değildir. Ceza kanununun 15 inci maddesinin bütün tadillerinden önceki metniyle o metnin hapis müddetine müteallik hükmünü merci bakımından ne suretle anlamak lâzım geleceğini gösteren mer'iyet kanununun 27 inci maddesinin eski ve yeni matinleri ve sözü geçen 15 inci maddenin ilk defa 2275 sayılı kanunla değiştirilmesine sevkeden esbabı mucibesi ve bizzat usul kanununun bahse mevzu 421

397

inci maddesinin 3006 sayılı kanunla değiştirilmesine âmil olan sebep ve nihayet ceza kanununun bu dâva mevzuuna temas eden 493 üncü maddesi 2275 sayılı kanun ile değiştirilinceye kadar agırhapsi ihtiva ediyorken o kanun ile hapse tebdil edilmiş olmasının mucip sebebi, ağırceza mahkemelerini kanunun onlara vermek istemediği işlerle meşgul olmaktan men etmek sadedinde kanun vazıının peyderpey ihtiyarına mecbur kalmış olduğu tevessüllerin bir ifadesi olmaktan başka bir şey değildir. Kaldıki: yine yüksek hey'etiniz nezdinde izahtan vâreste olacağı veçhile vazife meseleleri, kanunî istisnalar veya istisnaî kanunlar hariç olmak üzere zâti fiilin tazammun ettiği vasfü mahiyete göre tayin olunur. O vasfü mahiyet çerçevesi dahilinde mülâhaza olunabilecek teşdit veya tahfif sebepleri merci tebdilini icab ettiremez. Usul kanununun 421 inci maddesi hükmünü bu noktai nazardan mülâhaza etmek ve bu noktadan mülâhaza edince de ceza kanununun 15 inci maddesinde konulan esas dairesinde beş seneden fazla hapis cezasında mahkeme merciine müessir olacak mahiyet görebilmek için o cezanın kanunen o mikdarda tayin edilmiş olmasını aramak lâzım gelir. Eğer mücerret cezanın netice itibariyle beş seneden fazlaya çıkması sebebi merci tebeddülünü icap ettirecek bir sebep kaydı içtima münasebetiyle bir hapis cezasının beş seneden fazlaya çıkabilmesi hali de bir vazife meselelesi tevlit etmek lâzım gelirdi. Halbuki bu keyfiyetin içtima bahsinde merci tebeddülünü icap ettiremiyeceği yüksek dördüncü ceza dairesince de kabul olunmakta ve netekim işbu dâva suçlularından bekçi olmıyanların cezaları da beş seneyi geçiyorken bu cihet onlar hakkında vazifesizlik sebebi sayılmamış bulunmaktadır. Esasen bu mesele kanunumuzun bu günkü metnine göre ancak 493 üncü maddesinin maktu olarak beş sene hapsi ihtiva eden son fıkrasını tatbikte tesadüf olunabilecek, nev'i zatına maksur tek bir meseledir. Bu tek meselenin tatbikatta vücuda getirebileceği müstesna neticeler dolayısiyle kanunun merci tayininde koymuş olduğu esasatı ihlâle müncar olacak bir cereyana mahal vermek kanun vazıının 926 senesinden beri muhtelif zamanlarda müteaddit kanunlar üzerinde aynı gayeye matuf olmak üzere yaptığı tadillerle anlatmak istediği maksadına muhalif olacağı gibi mantık ve maslahat bakımından da kabili mülâhaza olacak hiç bir faide temin etmiş olmaz. Bu maruzat yüksek dairece hapis cezasının mücerret bazı zamlar dolayısiyle beş seneyi geçmiş olması yüzünden mahalli hükmünün bozulmasını iltizam eden kararında isabet mülâhazasına mâni görüldüğünden yüksek heyetce keyfiyetin tetkikiyle bu kararın kaldırılarak mahalli hükmün diğer cihetlerinin tetkiki zımnında dosyanın dairei aidesine iadesine karar verilmesi hususunda... itiraz edilerek... icabı görüşülüp düşünüldü.

398

İtirazname münderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına... 17/1/944 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Bir fiil ile kanunun muhtelif hükmünü ihlâl

Bir kimseye atılan mermilerden birinin o kimseyi ve diğerinin bir üçüncü şahsı yaralaması halinde bir fiil ile kanunun muhtelif hükümleri ihlâl edimiş sayılır.

(CK. 79)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Heyeti
Esas 16 Karar 12

...Mustafaya attığı kurşunlardan birinin Mustafaya ve diğerinin Cafere isabetile her ikisini âdiyen yaralamaktan suçlu Hasan Sabrinin ceza kanununun 456, 457, $\frac{51}{3}$, 55, 69 uncu maddelerine tevfikan ve neticeten iki ay on üç gün hapsine dair...verilen...hüküm...Temyiz Birinci Ceza Dairesince bittekik: Suçlu ile yaralı Cafer arasında bir muarefe olmadığı gibi vaka zamanında ikisi arasında bir hâdisede tekevvün etmemesine ve silâhın kahve hane haricindeki pençereden Mustafa hedef ittihaz edilmek suretiyle birbirini müteakiben iki defa atılarak bunlardan birininde Cafere değdiği duruşma safahatından ve bizzat Caferin beyanatından anlaşıldığı ve kasıtta ve ana müsteniden efali icraiyede bir tebeddül olmadığı halde 79 uncu madde hükmü nazara alınmaksızın içtima hükmünün tatbik edilmesi yolsuz olduğundan naşi bozulmasına mütedair...karar aleyhine Baş M. Umumilikten; ceza kanunun 79 uncu maddesi tek bir kastı cürmî altında işlenilen fiil naticesi kanunun muhtelif ahkâmının ihlâl edilmesi halini göz önünde tutmaktadır. Şuna göre bir posta memurunun, içinde para bulunan bir mektubu alıp yok etmesi bu madde hükmüne bir misâl olabilirse de; bu dâva müvzuunu teşkil eden hâdisede olduğu gibi suçlunun yan yana oturmakta olan iki şahıstan birine tevcih ettiği tabanca ile ateş ederken tabancadan çıkan mermi ile bu şahıslardan birini ve diğer mermi tle diğer şahsı yaralamış olmasının 79 cu madde de tesbit edilen (Bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlâl) suçunu teşkil ettiğini kabule kanunun ne maksadı, nede ibaresi müsait değildir. Kaldıki; hdiâsede 79 uncu maddenin tatbik edilmesi lâzim geldiğini kabul takdirinde yaralanan muhtelif kimselerin yaralarının aynı mahiyette ve 456 ıncı maddenin aynı fıkrasının tatbikini istilzam

ettirir şekilde olan sair ahvâlde, ortada muhtelif şahıslardaki yaralardan en şedit cezanın tatbikini icap ettiren bir yara mevcut olmaması dolayısiyle 79 uncu madde hükmü tatbik edilemeyüp muhtelif şahısların hukuku ihlâl ve zarardide edilmelerine rağmen suçluya yalnız bir ceza verilmek icab edecektir ki, bu da Birinci Ceza Dairesince tutulan içtihada bir tenakuz teşkiline ve kanun muvacehesinde ikiliğe sebep olacaktır. Diğer taraftan suçlunun muayyen bir cürüm işlemek kararının icrası cümlesinden olarak ayni madde hükmünü ihlâl eden müteaddit hareketleri de ayni hedef üzerinde vaki olmayup ayrı ayrı şahıslar üzerinde işlenmiş olmasından dolayı suçluya 80 inci madde hükmünün tatbikına da imkân yoktur. 79 uncu ve 80 inci maddenin tatbiki mümkün olmayan ve her biri tek başına nazara alınınca cürüm sayılmamak imkânı bulunmayan hallerde tatbik olnnacak hüküm içtima hükmüdür. Netekim emsali hâdiselerde yüksek dairece görülegelen tatbikat bu merkezdedir. İmdi mahallince ittihaz olunan hükmün zikrolunan 79 uncu madde tatbik edilmemiş olması sebebinden dalayı bozlmasında isnbet görülemediğinden ceza umum heyetince bittetkik bozma kararının ref ile tebliğname dairesinde mahalli hükmün tasdikina karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek... icabı görüşülüp düşünüldü. Hâdisede 79 uncu maddnin tatbiki muktazi olmakla yerinde görülemeyen itirazın reddine 17/1/944 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

DAİRE KARARLARI

İçtima—Millî Korunma Suçu—Harç

1 — Katileşmemiş mahkûmiyet içtimaa esas olamaz.

2 — İçtima neticesi verilen ceza esas tutularak harç alınamaz.

3 — El konulan maddeyi saklıyan müstahsilin nezdinde yapılan aramada toprak mahsulü elde edilirse ceza, mahsul bedelinin dörtte birini geçmiyen ağır para cezasıdır.

[CK 69, MKK 55: 1, Harç TK 48]

Temyiz Mahkemei 2. Ceza Dairesi
Esas 4746 — Karar 5323

Millî korunma kanununa muhalif hareketten maznun Ali Altun ve Derviş Sancar haklarında yapılan duruşma sonunda: suçluların

hükümet hissesi alınmadan ve ölçü işi yapılmadan mahsullerini evlerine naklettikleri sabit olduğundan millî korunma kanunun 14/2, 55 inci maddelerine tevfikan 25 şer lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetlerine ve Alinin bir aylık mahkûmiyeti bulunduğundan ceza kanunun 76 ıncı maddesi mucibince içtimaa kaidesi tatbik edilerek neticeden bir ay hapis ve yirmi beş lira ağır para cezasiyle tecziyesine ve 63 üncü madde veçhile masrafı suçlulara ait olmak üzere hüküm hulâsasının neşir ve ilânına dair Kulp asliye ceza mahkemesinden verilen 3/9/943 tarihli hükmün temyizen tetkiki..... istida ve şartı ifa edilerek.....icabı düşünüldü:

Bölge âmiri ve muhtar ve ölçü memurunun sureti şahadetine göre suçluların yakalanan mahsulü habersiz kaldırdıkları anlaşılmasına ve âza Eminin keyfiyetten malûmatı olması suçlulara teveccüh eden mesuliyeti bertaraf edemiyeceği gibi habersiz kaldırılan mahsûlün işe vaziyet edilince geri verilmeside hâdiseden suç mahiyetini kaldıramıyacağına göre tebliğnamede tahkikatın tamikına dair serdolunan mütalâa ile suçluların temyiz itirazları varit değilsede sözü geçen mahsûller tamamen elde edilmiş olduğuna göre hâdisede tatbik olunan bendin son fıkrası mucibince ceza tâyini icabedeceği düşünülmemesi ve suçlulardan Alinin evvelki mahkûmiyeti henüz katileşmemiş olduğu halde içtima hükmünün tatbiki ve evvelki hüküm için harç alınmış olduğuna göre bu defa içtima neticesi verilen ceza esas tutularak harç tâyini yolsuz.....olduğundan temyiz olunan hükmün bozulmasına.....29/12/943 tarihinde ittifala karar verildi.

Zina—Şikâyet

Zina suçlularından birisinin belli olmaması diğeri hakkında takibat icrasına mâni değildir.

[CK 443]

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi
Esas 4850 — Karar 7893

Meçhûl bir şahısla zina etmekten suçlu Mehmet karısı Hurinin yapılan duruşması sonunda müşterek fail hakkında ikamei dâva edilmedikçe yalnız biri hakkında takibat icrası gayri caiz olmasına ve zina mahsûlü çocuğun mevcudiyeti zina suçunun subutuna ve takibatın devamına gayri kâfi bulunmasına mebni maznun Hurinin beraetine dair.... hükmün temyizen tetkiki... istida edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

401

1 — Müdahilin 4/2/941 tarihinde Askere gitmiş 28/1/943 de mezunen avdet etmiş olmasına ve müddetini doldurarak vaktında doğan çocuğun takriben 19/2/943 tarihinde gömülmüş olması itibarile gebeliğin müdahilden başkasından olduğu anlaşılmasına ve mahsûlü dolayısile sabit olan zinanın mahza şeriki taayyün etmemesi sebebile karıyı cezadan kurtaramıyacağına göre hasıl olan neticeye göre bir karar verilmesi lâzım gelirken şeriki muayyen ve dâva mevcut olmadığından bahsile beraet kararı verilmesi.

Bozmayı mucip ve temyiz itirazları varit olduğundan .... hükmün bozulmasına.... 29/12/943 tarihinde ittifakla karar verildi.

Hırsızlık

Yankesicilik bir kimsenin gafletinden istifade ederek hususi bir maharetle bir şeyini almaktır. Kendini müdafaa edemiyecek derecede sarhoş olan bir kimsenin cebinden para almak yankesicilik değildir.

(CK 491:5)

Temyiz Mahkemesi 1 .Ceza Dairesi
Esas 3111—Karar 3121

....Suçlunun, rızası hilâfına içki içirmek suretiile müştekiyi kasten müdafaa edemiyecek bir hâle getirdiği hakkında bir delil mevcut olmamasına nazaran mahalli C. Müddeiumumisinin bu hususa taallûk eden itirazı yerinde görülmemiştir, ancak; yankesicilik mağdurun gafletinden bilistifade mehareti mahsusa ile bir şeyi almak keyfiyeti olup hâdise ise birlikte içki içtikleri esnada cebri maddiye mukarin olmaksızın müştekinin cebinden cüzdanını almak suretile vuku bulmasına nazaran suçlunun hareketinin yankesicilik suretinde tavsif olunması yulsuz... olduğundan hükmün tebliğname veçhile....bozulmasına 30/12/943 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Teşebbüs—Takdire bağlı hafifletici sebepler

1—Mağdurun feryadı üzerine yetişenlerin suçlunun kolunu tutması ve adam öldürme suçunun icrai fiilinin devamına mâni olması halinde suça tam teşebbüs vardır.

402

2—Takdire bağlı hafifletici sebeplerin olup olmadığının takdiri mahkemeye aittir.

(CK 59,62)

Temyiz Mahkemesi 1. Ceza Dairesi
Esas 2514—Karar 3120

....Suçlunun mağdur Gülsümü nikâh kıyacağı vadile uzun müddet yanında alıkoyduğu ve nikâh yapmamasından dolayı anasının evine avdet etmiş olan mezbureyi yanına getirebilmek için karısı imişcesine karakola şikâyette bulunduğu ve sureti şikâyete nazaran tarafları çağırmak mecburiyetinde kalan karakol komutanı hâdisenin iç yüzüne vakıf olduktan sonra zabıtaca yapılacak bir iş olmadığını beyan eylemesi üzerine Gülsümün yanına gelmiyeceğini anlayan suçlunun komutanın odasından çıkarak Gülsümün odadan çıkmasını kolladığı ve çıkar çıkmaz bıçağını mezburenin göğsü gibi hayatını tehlikeye düşürecek mahalline öldürmek kastile havale ederek onbeş günde iltiyam bulacak derecede yaraladığı ve ancak suçlunun nagihani taarruzuna hedef olan mağdurun feryadına karakol komutanı ile erin hemen yetişerek suçlunun bileğine yapışmaları bıçağın daha ziyade nüfuz eylemesine ve icraî efalin devam ve tekerrürüne mâni olduğu şahitlerin görgüye dayanan sureti şahadetlerile doktor raporları müfadından anlaşılmasına ve suçlunun Gülsüm hakkında fena fikirle hareket eylediği ve suç mahalli olarak karakolu intihap eylemesi daha ziyade şan kazanmak maksadına mübteni olduğu da şahadet cümlesinden olmasına ve hâdisede takdirî tahfif sebebi olup olmadığının takdiri mahkemenin salâhiyetine mevdu bulunmasına mebni..hükmün tasdikına..30/12/943 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

İftira

İhzar para cezasından kurtulmak için celpnamenin kendisine tebliğ edilmediğini söylemek ihbar ve şikâyet değildir.

[CK 285]

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi
Esas 9777 — Karar 7930

Süvari müvezzii Mustafaya iftira etmekten suçlu Ahmedin bilmuhakeme T.C. Kanununun 285 — 1. son. 89 uncu maddelerine tevfikan ve tenzilen 15 gün müddetle hapsine ve cezanın teciline dair....hükmün temyizen tetkiki istida....edilerek... icabı düşünüldü.

1-- İhzar müzekkeresile mahkemeye gelen maznunun davetiyenin kendisine tebliğ edilmediğinden bahis sözleri münhasıran ihzar para cezasından kendisini kurtarmaya mâtuf bir müdafaa olmasına ve mahkemede müdafaaten söylenilen sözlerin (ihbar ve şikâyet) teşkil edememesine göre tatbik edilen maddedeki suç unsurlarının ne suretle tekemmül ettiğinin hüküm yerinde irae ve izah edilmemesi bozmayı mucib...olduğundan tebliğnamedeki tasdik mütalâasının reddile hükmün bozulmasına... 30/12/943 tarihinde ittifakla karar verildi.

Kahve ve çay inhisarı kanununa muhalefet

Anadolu otunun işlenmesinin, kurutulmasının satılmasının ve bu maksatla taşınmasının ve saklanmasının suç teşkil etmesi şekilce çay taklit edilmek suretile yapılmalarına bağlıdır.

(4223 sayılı K 10 C)

Temyiz Mahkemesi 3. Ceza Dairesi
Esas 9403—Karar 11003

Anadolu otunu işleyip çay şekline sokmak ve evinde saklamaktan maznun ve mevkuf İdris Tan hakkında yapılan duruşma sonunda: hareketine uyan 4223 sayılı kanun 10/G inci maddesinin mâtufu aleyhi olan 1918 sayılı kanunun bazı maddelerini değiştiren 3777 sayılı K. nun 25/3 üncü fıkrasına tevfikan 6 ay müddetle hapsine ve yakalanan 17 kilo çay taklidi otun beher kilosunun 20 şer liradan ceman 340 lira ağır para cezasile mahkûmiyetine ve İnhisar idaresinde bulunan kaçak otun zapt ve müsaderesine 1:00 kuruş harç alınmasına dair Erbaa asliye ceza H. liğinden verilen 27/8/943 günlü hüküm... temyiz olunmasından dolayı... gereği düşünülüp görüşüldü.

4223 numaralı kanunun 10 uncu maddesi hükmünce nebatların şekilce çay taklit edilmek suretile işlenmesi, kurutulması, satılması, satışa çıkarılması ve bu maksatlarla taşınması ve saklanması ve yanında bulundurulması suç teşkil etmesine ve dosyada bulunan adli tıp işleri kimyahanesi tahlil raporu suretinde suçluda yakalanan maddenin anadolu otu denilen bir nevi nebat yaprağı olouğu yazılı olmasına göre mezkur maddenin kanunun tarifatı dairesinde işlenip işlenmediği tesbit ettirilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi ve kabule göre hükmolunan para cezası tazminat kabilinden olduğu halde nisbi harç alınmaması ve hapis cezası miktarına nazaran maktu karcın fazla hükmolunması yolsuz... bulunmuş olduğundan hükmün mezkûr sebeplerden dolayı bozulmasına... 31/12/943 tarihinde ittifakla karar verildi.

404

TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARI

Paraya çevirme—iştirak halinde mülkiyet — Mirasın taksimi:

Borçlunun iştirak halinde tasarruf olunan bir maldaki hissesinin borcundan dolayı icraca satılabilmesi için iştirak halinde mülkiyetin kaldırılması lâzımdır.

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumî Heyeti

Esas 940/48 — Karar 943/15

İştirak halinde tasarruf olunan bir malda hissesi olan borçlunun borcundan dolayı muşaın tamamının mı yoksa yalnız hissesinin mi satılacağı yolunda Temyiz mahkemesi icra ve iflâs dairesinin 28/9/939 tarih ve $\frac{2881}{4000}$ ve 5/4/940 tarih ve $\frac{117}{1853}$ sayılı kararlarını havi ilâmları arasında hasıl olan içtihad ihtilâfının halli için 14/Nisan/943 tarihinde toplanan hey'eti umumiyeye (42) zatın iştirak ettiği görüldükten ve müzakere nisabı tahakkuk ettikten ve ihtilâfın mevzuunu teşkil eden ilâmlar okunduktan ve hâdise bir kerrede Birinci Reis İhsan Ezgü tarafından izah edildikten sonra söz alan:

Abdullah Aytemiz; Dairenin yekdiğerine mübayin iki kararı var bunlardan ilk kararda iştirak halinde tasarruf olunan bir malda hissesi olan borçlunun borcundan dolayı muşaın tamamının bundan sonraki kararlarda da yalnız hissenin satılacağı esası kabul edilmiştir.

Kanunu medeniye göre milkiyet iki kısımdır. Biri müşterek milkiyettir ki ya kanunla veya akidle teessüs eder. Mukavele ile olur. İki kişinin ortaklama bir malı satın almaları gibi kanunla vücut bulur. Külfetsiz ve fahiş masrafsız birbirlerinden ayırdedilmesi mümkün olmıyacak surette müteaddit kimselerin mallarının birbirlerine karışması gibi diğeri de iştirak halinde milkiyettir. Bu da ya kanunla veyahut mukavele ile hasıl olur kanunla olur. Mirasçılarla mal ortaklığında karı, koca arasındaki ortaklık ve şirketler gibi, veyahut akdî olur. Tarafların mukavelesiyle tekevvün eder. Bu iki milkiyet arasındaki farklar müşterek milkiyette hisselilerden her biri kendi

hissesini satmak, rehin etmek gibi tasarruf edebilir. Keza hisselilerden bazıları ufak tamirat ve ziraat işleri gibi âdî tasarrufları yapmağa ehildir. Bundan başka hisse ve adet ekseriyeti olanlar da müştarek malın umumunda akalliyeti temsil edebilir. Meselâ icra gibi iştirak halinde milkiyetlerde ise hilâfına bir hüküm bulunmadıkca umum hisselilerin tasarruf hususunda iştirak ve ittihatları şarttır. Bunlardan bazıları ne kendi hissesinde ve ne de umumu hakkında tasarruf edemezler. Bu iki milkiyet arasındaki farkın sebep ve illetine gelince müşterek milkiyette her şeriklerin hissesi malûm olduğundan tasarrufları caizdir.

İştirak halinde milkiyette ise hisse mevzuubahsolmayup hak esastır. Nitekim medenî kanunun 629 ve 630 uncu maddelerinde hisse yerine hak tabiri kullanılmış ve her birbirlerinin hakkının iştirak teşkil eden şey'in tamamına sarî olacağı beyan edilmiştir. Halbuki müşterek milkiyette hissedar tâbiri istimal olunmuştur.

Böyle bir mukaddimeden sonra ihtilâf mevzuunu teşkil eden meseleye gelelim: Mirasçılar arasındaki ortaklığın iştirak halinde olduğu medenî kanunun 581 inci maddesinde musarrahtır. Bu maddede mirasçılar birden ziyade ise terekedeki haklar ve vecibelerin taksime kadar muşa kalacağı ve mirasçıların bunda müştereken tasarruf edebilecekleri muharrerdir. Medenî kanunun 630 uncu maddesinde bir cümle var o da hilâfına bir hüküm olmazsa buna muvafık olarak icra K. nun 121 inci maddesi tedvin olunmuştur. Bize lüzumlu olan cümleleri müsadenizle aynen arz ve sadet harici fıkralarını da tayyedeceğim. Bu maddede şöyle denilmektedir: İştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesinin satılması lâzımgelirse icra memuru satışın nasıl yapılacağını tetkik merciinden sorar. Merci hâkimi ikametgâhı malûm olanları davet edüp kendilerini dinledikten sonra açık arttırma yaptırılabileceği gibi satış için bir memur da tâyin edebilir. Veyahut iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir. Bu madde aslına yani İsviçre kanunundaki metne tamamen muvafık olduğundan İsviçreli şarihin bu madde hakkındaki şerh ve izahatının hulâsasını arzedeyim. Alacaklı iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesinin satılmasını isterse icra memuru keyfiyeti hâkime bildirir. Hâkim alâkalıları dâvet edüp kendilerine uzlaşmayı teklif eder. Onlarda alacağın peşin veya mukassaten ödenmesini taahhüt ederlerse maksat hasıl olur. Veyahut iştiraki feshedüp borçluya düşecek hisseyi tâyin edenler. Alacaklı da bunu sattırır. Eğer bir uzlaşma hasıl olmazsa hâkim satış tarzı hahkında tarafları alâkalıları mutalâa dermeyanına dâvet eder. Ve mutalâalarını öğrendikten sonra

496

ya mahcuz hissenin satılmasına veyahut iştirak münasebetinin fesh ile mamelekin tasfiyesine karar verir. Ancak tasfiyeye karar verüp de iştiraki olanlardan biri mahalefet ederse o vakit alacaklının mahkemeye müracaatla fesih dâvasını açmağa mecbur kalır. Hulâsa iştirak halinde tasarruf olunan malların tamamının satılacağına dair ne metinde ve ne de şarihin şerhinde hiç bir kayd ve işaret yoktur. Bundan başka federal mahkemesinin de bu hususta bir içtihadı var, o da iştirak halinde milkiyette icra hâkiminin muşaın tamamının satılmasına izin vermiyeceği merkezindedir.

Binaenaleyh muşaın tamamı hisselilerin muvafakatları alınmadıkça asla satılamaz kanaatındayım.

Şefkati Özkutlu; Bütün şirketlerin emvali iştirak halindedir. Bu takdirde şürekâdan biri bu şirketin malına haciz koyabilir mi? Bendenizce koyamaz. Ancak plânçoya göre temettua veyahud da tasfiyeden sonra hasıl olacak hissesine koyar.

Abdullah Aytemiz; filhakika ticaret kanununda böyle sarih bir madde vardır. Fakat bize şimdiye kadar bu neviden bir iş gelmedi. Bize gelenler hep miras halindeki iştiraklerdir.

F. Hulûsi Demirelli; İştirakte hisse mutlaka gayri muayyen demek değildir. Tereke taksime kadar iştirak halindedir. Bütün şirketler ile adî şirketlerle de iştiraki emval vardır. Hisseler muayyendir. Bir şerikin tasarruf edememesi yolundaki hüküm sebepsiz olarak kanuna konulmuş değildir. Bunda mirasçıların taksime kadar ittifak ve ahenk halinde bulunmaları ve taksime yabancının karışamaması maksadı vardır ki pek doğru ve faidelidir. Her mirasçı taksimi istiyebilir. İcra K. nun hisse demesi borçlunun hissesine maksurdur. Ancak hissesi üzerine haciz vaz'edilir. Borçlu olmıyanlar aralarına bir ecnebî almak istemezler. İş nihayet iştirak halinin feshi için yani şuyuun izalesi için mahkemeye gitmekten ibarettir. Yoksa iştirak halindeki malı yahut bir hissesini icra memuru ve icra hâkimi yalnız başına arttırmıya koyup satamaz.

Cevat Gücün; Burada tevhidi içtihat suretiyle halledilecek bir mesele yoktur. Memleketimizde kanunu madeninin en güzel maddeleri içinde en fena bir maddedir.

Birinci Reis; Usulü müzakere hakkında bir kaç söz ilâve edeceğini ve bilhassa iki ilâmın da kanuna muvafık olmadığını tevhidi içtihat müessesesinin kararın birinin doğruluğunu kabul etmek mecburiyetinde bulunduğuna göre tevhidi ictihadı mucib bir hal görmediğini ve yüksek heyete bu ciheti hatırlattığını beyan buyurdular,

407

İbrahim Ertem; Yüksek heyet muhakkak iki karardan birine doğrudur demek mecburiyetinde değildir. İki kararda da isabet yok ise üçüncü noktai nazarı da yüksek heyet dermeyan eder. En başta tevhidi ictihadı icabettiren bir meseledir.

Tevhidi içtihada mahal olduğuna ittifakla karar verildi. Vaktin darlığına binaen müzakereye devam olunmak üzere talik kılındı.

24/3/943

— (İkinci celse: 14/4/943) —

Abdullah Aytemiz; İcra ve iflâs K. nun 121 inci maddesi kanunu medeninin 631 inci maddesine muvafık olarak tedvin edilmiştir. Muşaın tamamının satılacağı hakkında bir sarahat ve delâlet yoktur. Federal mahkemenin de şayi hissenin satılacağı hakkında bir kararı da mevcuttur.

F. Hulûsi Demirelli; İcra hâkimi iştirâk halinde milkiyeti teşkil eden malı satamaz. Bunda müttefikiz. Alacaklı kanunu medeninin 588 inci maddesi mucibince vazifeli hâkimler taksimin yapılmasını veya şuyuun izalesini isteyebilir. İştirâk halindeki mal hükmî şahsiyeti benzetilen şirkete ve miras şirketini yani bütün mirascılara ait demektir. Şirketi adiyede olduğu gibi hadisemizde ayni ahkâma tabi olmak lâzımdır. İsviçre kanunu ile bizim metinde buyurdukları ikametgâh meselesinden başka bir fark daha mevcuttur.

Bizimkinde iştirâk halinde tasarruf edilen mal dahi bu maddeye alınmış bulunmaktadır. Bu halde terekenin tasfiyesi lâzımdır. 121, 122 inci maddelerimizdeki haller tedbir ittihazına lüzum gösterir. Yoksa icra hâkimi veya icra memuru taksim edilmemiş terekeye dahil olan gayri menkulün tamamını mirasçının borcundan dolayı satabilir demek doğru olmadığı gibi borçlu mirascıya ai thisseyi satabileceğini de kabul edemeyiz. İcra hâkimi bu halde tasfiyeye lüzum kösterir ve şuyuun izalesini vazifeli hâkimden istemeğe icra memurunu yahut kanunu medeninin 588 inci maddesi mucibince hareket etmek üzere alacaklıyı mezun kılar.

A. Himmet Berki; Evvelâ eski hukuka göre milkiyet ve iştirâkin mahiyeti ve sonra eski ve yeni hukuk arasındaki düşünüş farklarını arzedeceğim. Daha ziyade maruzatım Medenî kanunun iştirâk hükümleri hakkında durmak ve bu hususiaki tereddütlerimi arzetmek olacaktır.

Milk İslâm hukukuna göre her nevi tasarrufa kudret bahşeden bir ihtisastan ibarettir. Böyle bir ihtisas olmıyan yerde milkiyet olamaz. Orada ancak hak bahis mevzuu olabilir.

498

Meselâ: Bir kimsenin müstakillen satın aldığı mal ile kendi arasında tam bir itihsas vardır. Her nevi hukukî tasarrufta bulunabilir. Çünkü malda tasarrufa mâni olacak başka hak ve vecibe yoktur.

Kezalik bir kimse vefat edüp veraseti münhasıran oğluna münhasır kalsa techiz ve tekfin ve borç gibi haklar ifa olundukdan sonra geriye kalan tereke varisin milkine intikal eder. Fakat tereke borçlu olmak gibi vecibe ile mahmul ise verisin o tereke üzerinde hakkı vardır. Çünkü tereke hakkı vecibe ile mahmuldür.

Milki iştirâki buna göre bir tasnife tabi tutmak zaruridir. Çünkü bazı iştirâkde tam ve kâmil bir milkiyet ve bazısında mukyyet milkiyet daha doğrusu hak vardır.

Meselâ: Üzerindeki haklar ifa olunan bir tereke varislerin milkidir. Verisler bundaki hisselerinde istedikleri gibi tasarruf edebilrler.

Keza müştereken iştirâk veya ittihab olunan bir mal şeriklerin müşterek milkleridir.

Her iki surette nısıf ve sülüs gibi hisseleri tâyin mümkündür. Buna hiç bir mâni yoktur.

Fakat vecibeleri ifa ve tasfiye edilmiyen bir şirket ve bir tereke şerik ve varislerin milki sayılamaz. İşte bu nevi şirket iştirâk halinde milkiyet suretinde düşünülebilir. Yani hisseler nısıf, sülüs gibi tâyin edilemez. Yalnız şerikler için şayi hak olur. İştirâk halindeki milkiyeti hukukan böyle düşünmek lâzımdır.
Bu Maruzatım eski ahkâma göredir.

Medenî kanuna gelince: Bu hukuka göre de milkiyeti başka suretle tarife imkân yokdur sanırım. İdare usullerinden kat'annazar mahiyet itibariyle her iki hukukda müşterek milkiyette fark yoktur. Asıl fark diğer nevi iştirâktedir. Medenî kanun bazı nevi şirketler ve mutlaka miras şirketini iştirâk halinde addediyor.

Tasfiye olunmıyan şirketlerde şeriklerin haklarının müşterek emvalde şayi halinde bnlunması doğrudur. Ancak terekeyi mutlaka iştirâk halinde addedmek işte şayanı mülâhaza olan mesele budur. Çünkü bir defa varisler borçdan müteselsilen mesuldür tasfiye hali de yokdur. Bundan brşka tereke üzerinde bir hak olmadığını farzedelim bu halde miras şirketini iştirâk halinde addedmek niçindir. Yine farzedelim ki bütün mallar taksim epilmiş; yalnız terekeden bir tarla kalmış bunu iştirâk halinde saymanın faidesi ne olacaktir. Bunu anlamak müşküldür. Zarar ise aşikârdir. Merhum Lütfü fikriye teşbihinde hak vermek lâzım geliyor. Bütün varisler toplantıda bir

409

şekil kararlaşdırsınlar və taksim yapsınlar deniyor bu kolay bir iş değildir. Sonra terekeden bir malı biri gasbetse varislerden biri dâva edemiyecek büyük küçük ne kadar varis varsa toplanacak veya vekil tâyin edecek hepsi birden dâva açacak, müteveffanın alacağı olsa vereseden biri hissesini dâva edemiyecek bütün verese tarafından dâva olunmak lâzım gelecek veya mahkemeden bir mümessil taytn edilecek bu güçlükler iktiham olunur şeyler değildir. Bendeniz buna makul hukukî bir sebeb bulamiyor ve bir türlü tevcih edemiyorum. Temenni edelim ki ilk imkânda Medenî kanunun bu hükümleri tadil edilsin.

Asıl ihtilâflı mes'eleye gelince; İcra ve iflâs kanunundaki merasim dairesinde hisse satılır tamamı satılamaz.

Şefkati Özkutlu; Alan kimse hisseyi almakla şerik değildir. Aralarına giremez. Her sene hasıl olan temettuu alır. Taksim için hâkime müracaat eder. Kanunun maddeleri de bunu kasd etmiştir. Kanunu kendi istikametine doğru yürütmek lâzımdır. Aksi halde yanlışı büyütmüş oluruz.

Cevad Gücün; İştirâk halinde milkiyet Proriété en main commun Jermen hukukundan alınmıştır. Eski Alman hukuku menbaalarında aile reisi veya vefatından sonra aile azası tarafından bir intihap yapılır ve biri aile reisi olurdu. Bu aile efradından biri diğerlerinin rızasını istihsal etmeden bir gayrı menkulü veya andaki hissesini satamazdı. Aile efradının birinin satışa ademi rızası diğerlerinin satış iradelerini hükümsüz bırakırdı. İşte bu örf ve adet Almanyada bir sistem haline sokuldu. 17 inci asrın ortasında karı ve kocanın müteselsil ve müşterek bir milkiyet tarzı kabul olunda. 18 inci asrın sonunda da iştirâk halindeki milkiyet nazariyesi kabul olundu. Alman Medenî K. nun (741, 758, 1008 ve 1011 maddeleri bu esası muhtevidir.

Müşterek milkiyet ile bu iştirak halindeki milkiyet arasında hükmen fark vardır. Müşterek milkiyet Co—propriété malûm olduğu üzere (birden ziyade kimseler şayian bir şey'e menkul veya gayrı menkule malik olur ve hisseleri yani milkeyet hakları meselâ ifraz edilmemiş bulunursa onlar o şey'in hissedarıdırlar. Ve hissedarlardan her biri cüz'ü şayiine malikiyeti itibariyle hey'eti mecmuasının sahibidirler. Buradaki hesseler muayyen ve malûm olur. Değil ise hissedarların şayi hisseleri birbirine müsavi olmak asıldır. Milki müşterekde hissedar hisselerini ahara temlik ve terhin edebilirler. Temlikde diğer hissedarların şuf'a hakları vardır.ve alacakklılar da bu hissei şayiayı ihtiyaten ve icraen haczettirilebilirler. Ve hissei şayia-

410

nın satılmaması hakkında hissedarlar arasında bir mukavele de olsa bu takyid üçüncü şahıslara müessir olmaz. Hali iştirakda bulunan şirkertlerde, hükmî şahsiyetleri namına müşterek milkiyet sahibi olabilirler.

Bir milk nasıl şuyulandırılır? Ya birden ziyade kimse bir yeri ayni zamanda birden ve bilâ ifraz iştira ve ittihab ederler yahud kendilerine vasiyet olunur. Veya taraftan devletten bu birden ziyade kimselere bilâ ifraz tefviz olunur. Yahud bir kaç kişi bir malı müştereken ifraz ederler. Yahud iki veya daha ziyade kimsenin misliyattan menkul malları birbirleriyle karışır veya karıştırılır işte bunlar hep milki müşterek olurlar. Ve bu mülkler şuyuu aslî ile muşa'olurlar.

Bir de bir milk müstakil sahibi bir şahıs vefat eder müteaddid varislerine intikal eder o mülk de taksim ve ifraz edilinceye kadar muşa'olür. Yine gayri menkul bir şirkete sermaye ittihaz olunursa o mülk de şürekâ ararsında muşa'halini alır, fakat gerek irsen intikal gerekse şirkete sermaye olmakta hasıl olan şuyu milki şirketteki şuyudan farklıdır.

Bir de Ankara imar kanununa göre bir şuyulandırma vardır ki milki müşterekdeki hissenin borç için haciz ve furuhtu diğer mallardan farksızca cereyan eder. Ve icraca hiç bir müşkilâta uğramaz. İcra ve iflâs dairesi bu kabil mallar için bize müracaat etmiyor. Para için müracaat ediyor. İştirâk halindeki milkiyet hisselerinin haczi için müracaat etmektedir.

Öyle ise iştirâk halinde milkiyet nedir? Ve bu yeni usulün bizde faide ve zararları nedir? Biraz münakaşa etsek fena olmiyacak.

İştirâk halinde milkiyet—kanun mucibince irs gibi veya bir mukavele ile şirket, mal ortaklığı, aile efradı arasında mukavele ile teessüs etmiş vakıflar gibi iştirâk teşkil eden iki veya daha ziyade kimse bir şey'e malik olursa her birinin hakkı o şey'in tamamına sarî olur.

Hilâfına bir mukavele olmadığı halde şeriklerin hakları ve hususiyle malik oldukları şey'de (Meselâ temlik, Terhin, Bedeli icarı tahsil ve dâva gibi) salâhiyetleri ancak ittifakla verecekleri karar mucibince istimal olunabilir. Ve iştirak devam ettiği müddetce taksim ve şayii cüzü'de münferiden tasarruf caiz değildir. Mirasçılardan birinin talebi üzerine hâkim, miras şirketine bir mümessil tayin eder. Miras şirketi — Kanunu Medeninin 581 inci maddesi hükmüne göre mirasçı birden ziyade ise menkul ve gayrı menkul terekelere hakları ve borçları muşa' kalır. Tereke mirasçıların mülkü olup mu-

411

kavele veya kanun ile temsil ve idare hakları mahfuz kalmak üzere mirascılar bunda müştereken tasarruf ederler. Talep vukuunda sulh ahâkimi feshin icrasına kadar miras şirketine bir mümessil tayin eder.

Mal ortaklığı — Karı koca arasında evlenme mukavelesiyle teessüs eder. Bu ahvalde karı kocadan her biri hissesinde müstakilen tasarruf edemez. Fakat idaresi kocaya aittir. Taraflardan birinin vefatı halinde bu ortaklık veresesinin ve hayatta kalanın rızasiyle temdid olunabilir. İşte bu ortaklık devam ettiği müddetce iki tarafın malları iştirak halinde olur.

Aile vakıfları — Kanunu Medeninin 332 inci maddesine göre aile efradının talim ve terbiye, Techiz ve muavenetine ve buna mümasil ailevi gayelere muktazi masarifin tediyesi için eşhas veya miras hukukuna dair olan hükümlere tevfikan aile vakıfları te'sis olunabilir. Bu vakıf resmî bir sened ile yapılır. Bu senedde mirascıların cümlesinin imzaları bulunmak lâzımdır. İşte bunda da müessisler yani vakıflar iştirak halinde bulnnurlar.

Şirket — Borçlar kanunundaki adî şirketle ticaret kanunundaki adî şirketle ticaret kanunundaki hükümlere tevfikan teşekkül eden şirketlere sermaye ittihaz olunan menkul ve gayrı menkul mallarda şirketin ortakları iştirak halinde milkiyet sahibidirler. Bunlar münferiden hissei iştirakları nisbetinde dahi temliki tasarruf haklarına malik olamazlar. Bu mallar da tasarruf için şirketin şürekâsının umumunun ittifakı lâzımdır.

Mal ortaklığında — Aile vakfında ve bilûmum şirketlerde bu hükümlerin cereyan etmesinde lüzum ve zaruret vardır. Eski ahkâmımızda da böyle idi. Yalnız terekelerde iştirak halinde mülkiyet esasının kabulü bizde Kanunu medeni ile yeni olarak gelmiştir. Fakat fikrimce faide yerine zarar getirmiştir.

Dağınık yerlerde mirasçısı olan bir tereke icrasından bir gayri menkulde hissesiyle meselâ kadastro mahkemesine gidüp yanlış bir şeyin tashihi dâvasında bir mirasçı münferiden dâva edemez. Dâva kabul olunur ve hükme raptolunursa bizim daire ötedenberi hükmü bozar. Muhtelif yerden vekâletname getirmek İsviçre'de olduğu gibi kolay değildir. Sonra tevkil bir itimat meselesidir. Sulh mahkemesine müracaatle mümessil tâyin etmek çaresini siz kolay bir şeymi farz buyuruyorsunuz? Hissesi mikdarınca bir dâva açarsa bunu mülki müşterekde olduğu gibi kabul etmemekte ne faide ve kabul etmekte ne mahzur var. Alacaklı terekede bir mirasçının hissesini anın borcundan dolayı neden haczedemesin? Bunun muhassenatını bir türlü anlayamıyorum. Suubeti ise pek açıktır.

412

(Profesör Suzerhal) e göre iştirak halindeki mülkiyete mütaallik kaideler oldukça muğlaktır. İsviçre'ye Almanya'dan ithal olunan bu usulün kabulünün iki sebebi varmış; bunlardan biri hukukî diğeri içtimaî imiş, hukukî sebebi: Bu nevi ortaklığın zevç ve zevce arasındaki mal ortaklığının bazı hallerine tatbik edilebilen yeğâne bir tarz olması ve iştirak halinde mülkiyet kaidesi tatbik olunmadığı takdirde bu mal ortaklığının kâfi derecede tanzim edilmesinin mümkün olmaması imiş, çünkü mal ortaklığına mülkiyeti müştereke esası uymazmış; ve iştirak halindeki mülkiyet—de alacaklı, her mirasçıyı münferiden takip edemiyeceğinden bir mirasçının menfaatinden ziyade müşterek menafii daha müessir bir surette himaye etmekte imiş, ve profesöre göre bu sistemin de bir mahzuru var. Bir mirasçının hakkının tahakkuk etmesi hâmisiz bulunmıyan diğerlerinin avdetine muallak kalması ve bir kimsenin terekenin büyük alacağından hissesini almak imkânının münselip bulunmasıdır. Bu mahzura da bir dereceye kadar üçüncü şahsa miras hukukunun bey ve devriyle önüne geçilebilirmiş.

İkinci sebep kabul olan içtimai illet ise: Mülkiyete müştereke dört beş kişiden mürekkep bir aileyi taksim salâhiyetiyle istifade olunamıyacak şekilde arazinin küçük parçalara ayrılmasını mucip olur. Bu suretle küçük mülkiyetler tezayüt eder. Ve bu hal mutavassıt mülkiyeti mutazarrır eder. Halbuki İsviçre vazıı kanunu mutavassıt sınıfları inkisaf ettirmeği gâye ettihaz ettirmegi gaye ittihaz etmiş; işte bu mahzuru def'ettiği içindir ki bu muğlak sistemi İsviçre kabule mecbur olmuştur.

Bu her iki sebep bizde varit olmadığı için bu yalnız muğlak değil berbat usulü biz neden kabul ettik bir türlü anlayamıyorum.

Bu pek aşikârdır ki Almanya'da birazda (Feodalite) gibi usul ve enkazların bakıyyesi ve izidir. İsviçre bunu karı kocanın orada asıl olan ortaklık mallariyle hem ahenk olmak üzere kabul etmiş olabilir. Halbuki bizde karı kocanın ortaklık malı asla menus değildir. Bizde mal ayrılığı esastır. İktisadî ve içtimaî akitte bizde mevzuubahsolamaz. Çünkü Anadolu'da bir varisin yalnız başına işletmek külfetini tahammül etmiyeceği büyük muşa arazi yoktur. Patrimuvanlarda yoktur. Bizde bu usulün tatbikı demin de arzettiğim veçhile faide yerine zarar getirmiştir.

Merhum Lutfü Fikri'nin dediği gibi biz bu şazi, echizei kanuniyemizden nev'ama (bir kör bağırsak) gibi telâkki edüp ufak bir tadil ameliyesiyle çıkarup atsak hiç fena etmeyiz. Bir gün kanunu

413

medeninin ihtiyacımıza uymıyan yerlerini tadil etmek zarureti hissolunacaktır. Bu zaruret bence çoktan belirmiştir. İşte bu tadillerin başında terekelerin (iştirak halinde mülkiyet) usule tâbi tutulması usul sakıminin kaldırılmasıdır.

Şimdi gelelim mevzuumuza: Gerçi kanunu medenimizin 330 uncu maddesinde şeriklerden birinin hissesinin icra vasıtasiyle satılmasiyle de miras şirketinin nihayet bulacağı yazılı ise de, bu terekede bir mirasçının hissesinin alacaklı tarafından mutlak surette haczettirilerek sattırılabileceğini ifade etmez. Maalesef şimdiki hükümlere göre buna mesağ yoktur. Binaenaleyh terekedeki hissei şayıanın satılacağına dair olan icra ve iflâs kararı doğru olmadığı gibi alelıtlak satılmıyacağına dair kararı da doğru olamaz.

Peki doğrusu nedir? İcra ve iflâs K. nun 121 inci maddesi mucibince icra mercii tarafından diğer hissedarlar çağrılarak ya borçlu ortaklarının hissei şayıasının satılmasına yahut tamamının satılığa çıkarılmasına veya başka bir kombinozon muvafakatlarını istihsal eder ve ona göre muamele yapılmasını icra memuruna havale eder.

Binaenaleyh terekede borçlu bir mirasçının hissei şayıası fikrimce maatteessüf haciz ve furuht olunamaz.

F. Hulûsi Demirelli; tasavvur edilen mahzurlar yoktur. Taksim istemekten men edecek bir şey varmıdır? İzalei şuyua sevkedecek ve taksim isteyecektir.

İbrahim Ertem; kendisinin tenvir edilmediğini ve bilhassa F. Hulûsi ve Şemseddin Bayların işi bir neticeye isal etmediklerini icra memuruna bir veçhile vermediklerini bu itibarla reye verirken umumî netice ile reylerini birleştiremediklerini. Binaenaleyh hâdise de lâyikı ile tenevvür edemediğini;

Fevzi Bozer; haciz ile iştirak nihayet bulacağı maddenin sarahatiyle anlaşılır. Bazan hisse ve bazan da mecmuu satılır.

Birinci Reis; iştirak halinde tasarruf edilen mallarda borç için bir hisse haczedilirmi? Edilir diyoruz. Daire tamamı satılamaz diyorlar. Bunda da ittifak ediyoruz. İcra dairesi muamelâtı müteakibe yapılmadan satılacağını icra dairesi kabul ediyor dediler.

İştirak halinde tereke mevcut farzedilince ancak taksim ile olur.

F. Hulûsi Demirelli; tereke taksime kadar muşadır. Tereke de taksimi isteyebilir. Bir varisin borcundan dolayı terekedeki malı haczedilmiş bulunupta diğerleri ödemezlerse taksim yani şuyuun izalesi zaruri olur.

414

Bu da vazifeli hâkime müracaatla olur. Yoksa icra tedkik mercii bunu yapamaz. Vazifeli hâkimden karar alınması için tedbir alır. Yani bunu vazifeli hâkimden istemek üzere icra memuriyetini yahut alacaklıya mezuniyet verir.

Şefkati Özkutlu; Taksim bir tırampadır. Gayri menkulün resmî şekilde olacağına göre sicilde müşterek milkiyet diye kaydettirebilirler ler.

Şemseddin Temizer; İcra kanunumuz bütün kanunlarımızın tatbikına müteadir kanundur. Bu itibarla kanunu Medeniye muhalif bir maddesi yokdur. İşte 121 inci maddeyi okuyorum. Bu maddeyi bir mirascının borcundan dolayi satılacak hissesini düşünmemiz doğru değildir.

Müşterek milkiyet, soyulmuş bir portakal soyulduğu zaman hisseler mütebillirdir. Hisseler bellidir. İştirâk halindeki milkiyet ise bir lâstik topdur. Kabili taksim değildir. Ancak tasfiye edilebilir. Münferiden hisse satılamaz. Hakka haciz koyabilir.

Y. K. Arslansan; İştirâk halinde milkiyetin devamı sırasında şeriklerden birinin hissesinin haczedilerek satilabileceği Medenî kanunun 330 üncü maddesinin üçüncü bendine müsteniden geçen celsede ileri sürüldü.

İsviçre Medenî kanun lâyihasını hazırliyan Eugen Huber iki cilden mürekkep mucib sebebler lâyihasından bu faslı bir de Istanbul hukuk Fakültesi mecmuasında profesör Sauzerhalin bu mevzua dair çıkan makaleyi bir yazısını bu münasebetle tekrar gözden geçirdim.

Bu iki salâhiyetli zat eserlerinde müşterek milkiyet usulü bütün hadiseleri halle kâfi görülmediğinden Alman Medenî kanununda mevcud olan iştirâk halinde milkiyet usulü biri hukukî diğeri de içtimaî mülâhaza ile lüzumlu ve faideli görülerek Medenî K. nun tedvininde İsviçre vazı kanunu tarafından da kabûl edildiğini ve Roman hukukundaki ferağı kabil ve evvelce tayin ve tesbit edilmiş hisselerden ibaret olan müşterek milkiyet usulü kanun ve esas kaideyi teşkil ettiğini ve iştirâk halinde milkiyet usulü de istisnaî olup iddia eden tarafın bunu isbat ile mükellef olduğunu tafsil ediyorlar.

İştirâk halinde milkiyette şerikler tek ve fakat hükmî şahsı gayri haiz bir mevcudiyet arzederek her bir şerik müşterek malikin zevalinden evvel mücerred bir hakka malik olup muayyen bir hisse iddia edemediği gibi müşterek mamelekin tamamında veya bir cüzdanda tasarruf edebilmek için bütün maliklerin rızalarının birleşmesi zarurî olup şeriklerden hiç biri münferiden tasarrufda buluna-

miyacakları ve üçüncü şahıslar da müşterek mamelekin bir hissesi üzerinde hiç bir hak talep ve dermeyan edemeyüp ancak şerikleri iştirakin tasfiyesine tahrik ederek maliklerden birinin tasfiyeden sonra hissesine düşecek kısmı haczettirebileceklerini izah ile şerik ve üçüncü şahısların hukukî vaziyetlerini tesbit ediyorlar.

İştirâk halinde milkiyet usulünün İsviçre Medenî kanununda, Medenî kanununmuzda yeri alması sebebi ve esasları muhtasaran tesbit edildikden sonra müzakere mevzuu olan mirasdaki iştirâk halinde milkiyete geçiyorum.

Medenî kanunumuz hükümlerine göre mirascı birden ziyade olduğu surette terekede hak ve borçlar taksime kadar iştirâk halinde milkiyet suretiyle devam eder.

Taksimden evvel mirasa da iştirâk halinde milkiyetin tercihi mirascıların ve terekeden alâcaklıların hukukî bakımdan faideli görülmüşdür. Taksimden evvel terekeye yabancı şahısların girmesine mani olarak bir müddet terekenin el birliğiyle idaresini temin ediyor. Ve murislerinin vefatı sırasında yanında bulunmiyan mirascılarla bir serveti idareye hüner mümarese ve tecrübesi bulunmiyan mirascıların da malları hüsnü idare ettirilmek suretiyle menfaatları korunuyor. Terekenin taksiminden evvel mirascıların hissesini satması ve rehin etmesi taksimi göçleşdirmekle beraber alâcaklıların terekematluplarını tamamen ve sühuletle istifa eylemelerine mani olduğu den için bu mahzurları da önleyor.

İcra ve iflâs K. nun 121 inci maddesi hukmü de bu esaslarla mütenazırdır. Profesör Hayri Şakirin icra usulleri eseriniu ikinci cüz»ünde sahife — 143 bir mirsada haciz ancak terekenin taksiminden sonra tereke bedeline taallûk eder yoksa tereke şu veya bu muayyen malına taalluk etmiyeceği gösterilmiştir.

Tatbikatta tebliğat bakımından ileri gelen müşkilât kanunun tedvininde lüzüm ve faidesine binaan konan bu hükümlerin katiyyen isabetsizliğini göstermez. Bu müşkilât 121 inci ve müteakıb maddelerin tatbık suretini gösteren nizamnamelerin şimdiye kadar tanzim edilmemiş olmasından ileri gelmektedir.

Binaenaleyh iştirak halinde milkiyette muayyen hisse bahis mevzuu olamaz. Mücerred bir hak mevcuddur. Taksim edilememiş terekede muayyen bir malın ne tamamı ve ne de muayyen bir hissesi haczolunabilir. Terekeden uzlaşma suretiyle alâcaklarını istifa edemiyenler şerikleri tahrik ile tasfiyeye sevkeyleməleri iktiza eder. D emeleriyle:

416

Neticede;

İcra ve iflas K. nun 121 inci maddesinde zikr ve tadâd edilen mal ve heklardan taksim edilmemiş miras hissesi kanunu Medeninin [612] inci maddesi mucibince temlik edilebileceğine göre cebrî icra yolu ile ve açık arttırma ile satılabilirse de, bir şirket yahut iştirâk halinde tasarruf olunan bir mal hissesi ve bu cümleden olarak içtihadın tevhidi müzakeresine konu olan hadiselerde olduğu gibi taksim edilmemiş bir terekedeki mallardan birine taalluk eden miras hissesi kanunu Medeninin (630) uncu maddesi son fıkrası mucibince setılmayıp bu hususda icra ve iflâs K·nun zikri geçen (121) inci maddesi sonunda yazılı olduğu gibi icra tetkik mercii tarafından tedbir alınması yani tasfiye maksadiyle terekedeki şuyuun izalesine lüzum gösterilüp tedbirler cümlesinden olarak icra memûruna yahud alacaklıya kanunu Medeninin (588) inci maddesi mucibince vazifeli mahkemeye müracaatla taksim veya şuyuun izalesine tevessül etmek mezuniyetinin verilmesi lâzım geleceğine ve vazifeli mhkemece böyle bir karar verilmedikce malın tamamı yahd borçlu mirasçiya aid hisse icraca satılamıyacağına reylerin üçde ikisini geçen çoğunluğu ile karar verildi

---

UMUMÎ HEYET KARARLARI

İktisabî Müruru Zaman

Tapuda kayıtlı bulunmayan tarlaya vaz'ıyet ederek 340 senesinden beri fasılasız ve nizasız tasarruf etmekte bulunan kimsenin aleyhine açılmış bulunan men'i müdahale dâvasının iktisabî müruru zaman sebebiyle reddi icabeder.

(**MK 639**)

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti
Esas 130 Karar 2

— (TEMYİZ KARARI)— Nakız kararında beyan olunan 474 numaralı kanunun birinci maddesinde (Zikredilen mahaller ahalisinden ziraatle meşgul olan kimselerin elyevm tahtı işgallerinde bulunan arazinin 330 senesi iptidasında dahi ziraatleri altında olduğu mütehakkik ise) diye yazılı ve elyevm kaydiyle mukayyet olup mezkûr kanunun

417

10/Nisan/340 tarihli olmasına ve bu tarihte davacının nizalı araziye zilyed olmadığı kendi ikrarı ve keşif raporu münderecatı ve sefahatı muhakeme ile müteayyen bulunmasına ve bu halde zikri geçen kanundan istifadesine imkân olmamakla beraber tatbik kanunu ile medeni kanunun sarahati veçhile iktisabî müruru zaman hasıl olmasına göre ısrar kararı muvafık ve temyiz itirazları gayri varit olduğundan cümlesinin reddiyle temyiz olunan son hükmün TASTİKİNA... 5/1/944 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Boşanma

Şiddetli geçimsizlik sebebine müstenit dâvalarda hukuk hâkimi, ceza mahkemesi hükmü ile mukayyet değildir.

(MK 134,)

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti

Esas 47/14 — Karar 1

—(TEMYİZ KARARI)— Her ne kadar hakaaret hakkında sulh mahkemesince verilen hüküm kesbi katiyet etmiş isede, müddealeyh Hayriye davaya karşı verdiği cevap lâyihasında kocası olan davacının bazı ef'al ve harekâtından naşi geçimsizliğe sebebiyet verdiği ve bu suretle hakkı davası olmayacağını beyan etmiş ve dava yalnız hakaarete istinat ettirilmeyüp şiddetli geçimsizliğe ve bundan dolayı dört seneden beri ayrı yaşamakta olmaları sebeblerine de dayanılmış olmasına göre tarafların bu hususlardaki delileri istima ve takdir olunmak lâzım ve bu veçhile dairei hususiyenin nakız kararı binnetice muvafık ve ittibaa şâyân iken yazılı sebeblerle ısrara karar verilmesi muhatelif ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan temyiz edilen son hükmün dahi BOZULMASINA... 5/1/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Kıymet takdiri

Millî müdafaa ihtiyaçları için elkonulmuş olan vesait kıymetlerinin takdirinde Millî Müdafaa Mükellefiyet kanun ve nizamname hükümlerinin nazara alınması lâzımdır.

(Milli Müdafaa Mükellefiyeti k. 54)

410

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumî Heyeti

Esas 48-15 — karar 2

DAVA: Müvekkilinin malı bulunan 1031 pilâka No: lı 939 modeli Ford markalı otomobili Millî Müdafaa mükellefiyeti komisyonu tarafından iki bin ikiyüz elli lira kıymet takdir edilerek alınmış isede; mezkûr otomobilin 3500 lira değerinde bulunduğundan bahsile aradaki farkı olan 1250 liranın müddealeyh vekâletten masarıfı muhakeme ve vekâlet ücretile birlikte tahsili istenmiştir.

HÜKÜM: Dosyada mevcut ticaret ve sanayi odasının ve şöförler cemiyetinin tezkereleri münderecatına nazaran müddeaaleyh vekâletce 2250 lira kıymet takdir olunarak el konan müddeiye ait müddeabih otomobilin vaz'iyed tarihindeki değer bahasının 3500 lira olduğu anlaşılmış olduğundan aradaki farkı teşkil eden 1250 liranın müddeaaleyhden tahsili ile müddeiye verilmesine dair verilen hüküm indettemyiz: Millî müdafaa mükellefiyetleri kanununun 54 üncü maddesi hükümlerine göre Millî Müdafaa ihtiyaçları için satın alınmış olan otomobilin Bütceye konulan kıymeti esas tutularak ve yapılış tarihi ile kullanma tarzıda nazara alınarak değer bahası takdir edilmek lâzım gelirken bu lüzuma riayet olunmaması yolsuz olduğundan dolayı bozularak mahalline iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat serdiyle evvelki hükümde ısarara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN ve DURŞMA İSTEYEN: Müddeialeyh vekili Lebib Atay

TEMYİZ KARARI: icabı görüşülüp düşünüldü:

Millî müdafaa mükellefiyeti hakkındaki kanun ve bunun tatbik şeklini gösteren nizamname ile mukayyet bulunan mahkemenin hususi daire kararında gösterilen noktaları tamamladıktan sonra karar vermesi icabederken ilâmda yazılı şekilde ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu sebeple yerinde görüldüğünden temyiz edilen son hükmün dahi hukuk usulü muhakemeleri kanununun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı (970) kuruş Temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 12/İkinci kânun/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi. Tefhim zamanında taraflar bulunmadığından bu karar tefhim olunamamıştır.

Boşanma

Kabahat kendisine daha ziyade kabili atıf ve isnat olan kimsenin boşanma dâvası ikamesine hakkı yoktur. [M. K. 134/2]

419

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti
Esas 134/4—Karar 1

(Temyiz kararı)

Dâvacı tarafından ikame olunup dinlenen şahitlerin ifadelerinden müddeaaleyha Hediyenin geçimsizliğe sebebiyet verdiği anlaşılmamış ve bilâkis müddeaaleyhanın şahitlerinin beyanlarından kabatın müddei de olduğu taayyün eylemiş ve medenî kanunun 134 üncü maddesi hükmüne tevfikan kabahat kendisine daha ziyade kaabili atıf ve isnadolan kimsenin boşanma dâvası ikamesine hakkı olmıyacağı derkâr ve bu suretle dairei hususiyenin nakız kararı muvafık ve vacübülittiba bulunmuş iken ilâmda yazılı mütalâa ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan mümeyyizünbih ısrar hükmünün dahi hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan Bozulmasına ve aşağıda müfredatı yazılı 870 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 12 ikincikânun 944 tarihinde oybirliğiyle karar verilerek hazır bulunan mümeyyizünaleyhe usulen tefhim kılındı.

DAİRE KARARLARI

Vekâlet

Vekâleten azil hususi bir şekle tabi değildir.

[BK. 396, 397]

Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi
Esas. 2923—Karar 4396

Vekâletten azil şekli mahsusa tâbi olmadığından müteveffa İsmail tarafından hali hayatında vekil Ziyanın azline dair Kaymakamlığa verilen istidan hakikaten İsmail tarafından verilip verilmediğinden tahkiki muktazi iken bu noktadan zühul edilmesi ve borçlar kanununun 397 inci maddesine tevfikan vefatından sonra da hükmü muteber olmak üzere yapılan satışa tevkil üzerinde henüz bilvekâle ferağ yapılmadan evvel İsmailin mirasçısı olan dâvacı kendi hissesi hakkında vekil Ziyayı vekâletten azil hakkı mevcut olduğunun teemmül olunmaması kanuna muhalif ve nakız talebi bu sebepler den vârit olduğundan temyiz olunan kararın H. Us.M. K. nunun 428 inci maddesine tavfikan Nakzına. . . 23/İlknânun 943 tarihinde ittifakla karar verildi.

420