ADLİYE DERGİSİ

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuz beşinci sene
5 inci sayı

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası

1944

653

İÇİNDEKİLER

No.		Sayfa No.
29	**İştirak halinde mülkiyet ve İcra ve İflâs Kanununun 94 ve 121. maddeleri hakkında bazı izahat**..... *(Yazan: Şemsettin TEMİZER) Temyiz Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi Reisi*	381
30	**Ceza Hukukunda Mesuliyet**..... *(Yazan: Hamdi ÖNER) Ankara Sulh Hâkimi*	391
31	**Salâhiyetsiz Temsil ve Hukukî Neticeleri**.... *(Yazan: Dr. Necip BİLGE)*	416
32	**Ceza kanunları tatbikatında kavga**..... *(Yazan: Dr. Cemil BENGÜ)*	427
	Bibliyografya..... *(Yazan: Dr. Nurullah Kunter)*	443
	Ticaret Hukukunda yeni temayüller..... *(Konferansı veren: Ord. Prof. Dr. E. HİRŞ)*	445
	İsviçre Federal Mahkeme Kararları.....	459
	Temyiz Mahkemesi Kararları Ceza Kısmı....	65/80
	Temyiz Mahkemesi Kararları Hukuk Kısmı..	81/96

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.

659

No . 29

İştirak halinde mülkiyet ve İcra ve İflas kanununun 94 ve 121. maddeleri hakkında bazı izahat

Yazan:
Şemsettin TEMİZER
Temyiz Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi Reisi

Bu hususta hukuk erbabı tarafından zaman zaman yazılar yazılmış ve iştirak halinde mülkiyetin ne demek olduğu izah edilmiş olduğu halde tatbikatta tesadüf eylediğimiz hallerden anlıyoruz ki iştirak halinde mülkiyet ile müşterek mülkiyet arasında ekseriya bir fark gözetilmemekte ve iştirak halinde mülkiyete müşterek mülkiyetin hükümleri tatbik oluna gelmektedir.

Temyiz Mahkemesi de şimdiye kadar sarih ve katî içtihatları ile bu bahsı aydınlatmamış ve iştirak halinde mülkiyetin medenî kanun ile borçlar kanunundaki hükümleri adeta mühmel bırakılmıştır. Meselâ iştirak halinde mülkiyetin taksim ve tasfiyesinde ve iştirake dahil olan şeriklerden birinin borcundan dolayı bu iştirakteki şayı hakkının icra vasıtası ile haciz ve satışı hususlarında iştirakin mahiyetine göre kanunda ayrıca hükümler bulunduğu halde bir çok mahkemelerce ve icra daireleri ile tetkik mercilerince müşterek mülkün taksimi ve müşterek mülkteki hissedarlardan birinin hissesinin haczi ve satışı hakkındaki hükümlerin (Medenî kanunun 631 inci maddesinin son fıkrası sarahatına rağmen) iştirak halinde mülkiyete de tatbik olunduğu görülmektedir.

Bunun misali Temyiz İcra ve İflâs Dairesinin tevhidi içtihat müessesesinde uzun uzadıya müzakere ve münakaşaya sebep teşkil eyliyen iki mübayin kararıdır.

Tevhidi içtihada sebep olan hadiseler şöyle idi:

İştirak halinde tasarruf olunan bir gayri menkulde şeriklerinden birinin borcundan dolayı hissesinin satılacağına dair verilen tetkik mercii kararının Temyiz İcra ve İflâs Dairesince takip ve tahsili istenen alacaktan dolayı iştirâk halinde tasarruf olunan gayri menkulün tamamı paraya çevrilmek lâzımgelirken yazılı olduğu üzere yalnız borçluya ait gayri muayyen hissenin satılmasına karar verilmesi yolsuz olduğundan 28/9/939 tarihinde bozulmasına karar verildiği halde diğer bir hadisede icra tetkik merciince (Mirasçılara intikal eden gayri menkulün *tescili*

kanunu medeninin 539 ve 581 inci maddelerine muvafık olduğu gibi borçluya ait hissenin haczi de icra ve iflâs kanununun 94 ve 121 inci maddelerine uygun bulunmasına ve bu kabil tasarruflar da taksim edilmiş bulunmadığı için gayri menkulün heyeti umumiyesinin satılması ve satış bedelinden veraset senedindeki hisselere göre taksim yapılması zarurî görüldüğüne) dair verilen karar dahi yüksek Temyiz dairesince (İcra ve iflâs kanununun 121 inci maddesi icra reisine şayı hissesi mahcuz müşaın tamamının satılmasını tecvize selahiyet bahşeder mahiyette bulunmadığı halde mercice mezkûr maddeye müsteniden müşaın mahcuz olmayan hisseleri dahil olduğu halde satılması cihetine gidilmesi kanuna muhalif olduğundan) 5/4/940 tarihinde nakzedilmiştir.

Bu dairenin iki kararı arasında mubayenetin vücudu kabul edilerek aşağıdaki karar ekseriyetle verildi.

«İcra iflâs kanununun 121 inci maddesinde zikir ve tadat edilen mal ve haklardan taksim edilmemiş miras hissesi kanunu medeninin 612 inci maddesi mucibince temlik edileceğine göre ceri icra yolu ile ve açık artırma ile satılabilirse de, bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi ve bu cümleden olarak içtihadın tevhidi müzakeresine konu olan hadiselerde olduğu gibi taksim edilmemiş bir terekedeki mallardan birine taallûk eden miras hissesi kanunu medeninin 630 uncu mddesi son fıkrası mucibince satılmayıp bu hususta icra ve iflâs kanununun 121 inci maddesi sonunda yazılı olduğu gibi icra tetkik mercii tarafından tedbir alınması yanı tasfiye maksadı ile terekedeki şuyuun izalesine lüzum gösterilip tedbirler cümlesinden olarak icra memuruna veyahut alacaklıya kanunu medeninin 588 inci maddesi mucibince vazifeli mahkemeye müracaatla taksim veya şuyuun izalesine tevessül etmek mezuniyetinin verilmesi lâzımgeleceğine ve vazifeli mahkemece böyle bir karar verilmedikçe malın tamamı veyahut borçlu mirasçıya ait hisse icraca satılamıyacağına reylerin üçte ikisini geçen çoklukla karar verildi»

Resmî ceride ile neşredilmiş olan bu karar kanunun ana hatlarına işaret edilmekle iktifa olunarak çok muhtasar yazılmış olduğundan şümulünü tayin için tafsile ihtiyaç vardır.

Şöyleki :

Medenî kanunun 623 üncü maddesinde müşterek mülkiyet; (birden ziyade kimseler şayıan bir şeye mâlik olur ve hisseleri bilfiil taksim edilmemiş bulunursa onlar o şeyin ***hissedarıdırlar)*** diye tarif edildikten sonra ***(hissedarlardan*** her biri kendi hissesi hakkında mâlik hak ve mükellefiyetlerini haiz olup hissesini temlik veya terhin edebilir. Alacaklılar da bu hisseyi haczettirebilirler) denilmektedir.

656

(629) uncu maddede ise iştirak halinde mülkiyet hakkında (kanun mucibince veya bir mukavele ile iştirak teşkil eden kimseler bir şeye mâlik olursa her birinin hakkı o şeyin tamamına sarî olur) ve 630 uncu maddede dahi (*Şeriklerin hak* ve vazifeleri iştiraki tevlideden kanun veya mukavele hükümleri ile mukayyettir) hükümleri mevzu bulunmaktadır.

Bu metinler bize iştirak halinde mülkiyet ile müşterek mülkiyet arasındaki farkları göstermektedir.

Müşterek mülkiyette mevzuubahis olan (hisse) dir ve her hisse sahibine kanun hissedar demektedir. Her hissedarın müşterek şeyde yarım, üçte bir gibi hissesi vardır. Bu hissenin müstakillen mâlikidir. Onu dilediği gibi satar, bağışlar, rehin eder. Bütün bu hallerde diğer hissedarların muvafakatını almağa muhtaç değildir. Diğer hissedarlar yeni mâliki hissedar olmak üzere tanımağa mecburdurlar. Ancak yeni mâlike karşı kanunun tâyin ettiği çerçive dairesinde şufa haklarını kullanabilirler. Bir hissedarın alacaklısı onun şayı hissesini doğrudan doğruya haczettirir ve sattırır. Çünkü hissedar kendi hissesi hakkında münferit bir mülkiyetin mâliki gibidir.

İştirak halinde mülkiyete gelince: İştirake dahil olan kimselere kanunumuz (şerik) demektedir ve hisse yerine de (hak) tâbirini kullanmaktadır. Şarih Kürti de dilimize çevrilen kitabında bizim medenî kanununa göre 629. maddesindeki (hak) kelimesine işaretle kanun kasden hisseden bahsetmemiştir, diyor. Hulâsa kanunumuzun metninde kullanılan ifadeler dahi müşterek mülkiyetteki hissenin mâlikleri ile iştirak halinde mülkiyetteki (cüz'ü şayı) lere hakları taallûk edenler yani şerikler arasındaki farkı tebarüz ettirmektedir. Gerçi iştirak halindeki mülkiyette her şerikin hakkı yarım, üçte bir, dörtte bir gibi bir miktarı ihtiva etmesi ve her ikisinde de gerek hisselerin ve gerek hakların bir kül içinde şayı ve her cüz'e sarî bulunması itibariyle müşterek mülkiyet ile iştirak halindeki mülkiyet arasında bir benzerlik gözükmekte isede hakikatte böyle değildir. Çünkü iştirak halinde mülkiyette adetle ifade edilen şeriklerin hakları iştirak mallarının heyeti umumiyesinde mündemiçtir, gizlidir. Müşterek mülkte hissedarların rakamla ifade edilen şayı hisseleri gibi harice karşı mevcudiyet izhar etmezler. İştirak halinde mülkiyette şeriklerin rakamla ifade olunan bu hakları şerikler arasındaki dahilî münasebette nazara alınır. Yani şeriklerin iştirak mallarının safî hasılâtını veya zararı aralarında taksim ettikleri zamanda veya iştirakin bütün bütün fesih ve tasfiyesi anında her şerikin hissesine ne düşeceğini gösterir. Ve şeriklerin adetle ifade olunan bu haklarının taallûk ettiği birlik mallarındaki her hangi bir şeyi ve madde üzerinde müşterek mülkiyetteki hissedarlar gibi müstakil bir mâlik sıfatiyle tasarrufa salâhiyetleri yoktur.

677

Bundan dolayıdırki bir şerikin meselâ üçte bir hakkına malik olduğu iştirak halinde mülkiyete dahil bir malın üçte birini müşterek mülkiyette olduğu veçhile ne rehin edebilir nede kullanabilir. Hatta iştirak halinde mülkiyetin şeriki kendisi çekilüp te yerine başka birini şerik olarak koyamaz. Yani diğer şerikler üçüncü şahısı şerik olarak kabule mecbur değildirler. Gene bundan dolayıdırki şerikin alacaklısı şerikin kakkının taallûk eylediği mallardan bir veya bir kaçı üzerine de haciz koyduramaz. Ve böyle bir haciz vesilesi ile de muayyen malın cüz'ü şayını sattıramaz.

İştirak halinde mülkiyete dahil olan menkul ve gayri menkul mallar, alacaklar ve borçların cümlesi birlik teşkil ettiğinden şeriklerin hepsi birden o birliği idare eylerler veya ittifakla tâyin eyledikleri bir mümessil marifetiyle idare ettiriler. Bu sebepledir ki iştirak halinde mülkiyette hükmî şahsiyet yoktur. Yani birlik izharı mevcudiyet etmez. Daha açık ifade ile birlik alacaklı ve borçlu olmaz. Birliği teşkil eden şahıslar o birliğin malikidir. Alacaklı bundan dolayı cümlesi aleyhine birden dâva açar ve bunlar da başkaları aleyhine hepsi birden dâva ederler.

Gerçi Medenî Kanun aynî haklar babında müşterek mülkiyette (hisse) ve iştirak halinde mülkiyette (hak) tâbirini kullanmasına rağmen mirasın taksimi bahsinde medenî kanunumuzun 17 inci babının fasıllarında varislerin irs haklarının taallûk eylediği hususlarda müşterek mülkte ıstılah olan (hisse) tâbirini kullanmakta isede bu fasıllar ahkâmı iştirak halinde mülkiyet olan miras şirketinin taksimine taallûku dolayısiyle (kısım) mânasına alınan hisse tâbirini kullanmak icap ettiğinden dolayıdır. Çünkü taksime kadar şayi bir hak olarak kalan bu şayi cüzler taksimde maddeye ve kısma inkilâbı tabii dir. İştirak halinde mülkiyetin daha hususi hükümlerini nevi ve mahiyetlerine göre kanunun bu hususdaki maddelerinde veya iştiraki tevlit eden mukavelede aramak icap eylemektedir.

Çünkü medenî kanun bu kabil iştirake ait hükümleri bir fasılda toplamamıştır meselâ karı koca arasında mal ortaklığının mahiyeti ve tasfiyesi hakkında 211 ve müteakip maddeler, mahdut ortaklık için 233 ve müktesep mallara müteallik ortaklık için 234 ve miras şirketi hakkında 581 inci ve müteakip maddeleri ile hususî şirketler hakkında borçlar kanununun 23 üncü babının maddelerindeki hükümlere müracaat eylemek lâzımdır.

Bu izahat ile müşterek mülk ile iştirak halinde mülkiyet arasındaki umumiyet itibariyle farklar meydana çıkmış bulunmaktadır.

Tevhidi içtihadın mevzuunu teşkil eden hadiselerin taallûk ettiği maddeleri de biraz gözden geçirelim. Bunların halline yarıyacak hükümleri medenî kanunun 581 ve 588 ve 612 inci maddelerinde görmekteyiz. 581

588

iinci madde (mirasçı birden ziyade ise terekedeki haklar ve borçlar taksime kadar müşa kalır) demekle miras şirketinin iştirak halinde mülkiyet oluduğunu tebarüz ettirmektedir. 588 inci maddede ise (Bir mirasçıya düşşen ***hisseyi*** temlük veye haczeden veyahut o mirasçı aleyhine borcunu ödedmekten acze dair icra vesikası istihsâl eyleyen alacaklı hâkimin mirasçı yerine kaim olarak taksime iştirakini isteyebilir) diyor. Bu maddedeki mirasçıya düşen hissenin temlik veya haczedileceği hakkındaki sarahatın yukarıda iştirak halinde mülkiyet hakkında verdiğimiz izahata mübayin olduğu fikri hasıl olabilir isede hakikatta böyle değildir. Zira o izahatı verirken şerik iştirake dahil olan bir malın şayi bir cüz'ünü satamayacağı gibi o şerikin şahsî alacaklısı böyle bir şayi cüz'ünü haczettiremez, demişdik 588 inci maddede de temlik ve hacız olunacağı tecviz olunan şey iştirake dahil olan muayyen bir malın meselâ üçte biri gibi cüzü şayı değildir.

Temlike veya hacze kabil olan şey: şerikin miras şirketine dahil olan we birliği teşkil eden bütün şeylerdeki rakkamla ifade edilen hakkıdır. İşte bu hak temlik olunabildiği gibi haciz de olunabilir. Şerikin miras şirketindeki rakkamla ifade edilen hakkını temellük eden kimse aiel'ıtlak bunu kullanmaz yani bu hak ancak malike 612 inci maddenin son fıkrasında tasrih olduğu üzere temlik eden mirasçıya taksim ve tasfiye neticesinde ayrılacak payı talebe selâhiyet verir. Taksime müdahale edemiyeceği gibi taksimden evvel birlik hasılatından temlik eden mirasçıya ait olan şey'i diğer mirasçılardan talep eyliyemez ancak hakime müracaatla hakimin mirasçı yerine kaim olarak taksime iştirâk etmesini istiyebilir. Müteveffanın alacaklılarına karşıda temlik eden mirasçı 582 inci madde mucibince müteselsil mesuliyetten bile kurtulamaz. İşte bunun gibi bir varisın şahsan alacaklısı da taksim edilmemiş terekede ancak bu veçhile tasfiye neticesinde: borçlu şerike düşecek payda nazara alınmak üzere borçlu şerikin hakkına haciz koydurabilir. Aşağıda bahis mevzu edeceğimiz icra iflâs kanununun 94 ve 121 inci maddelerine taallûku itibariyle bazı cihetlerden iştirâk halinde mülkiyet ifade eden borçlar kanununun 520 inci maddsinde bahsolunan adî şirket şeriklerinden birinin şahsî alacaklısı dahi hakkını mezkûr kanunun 534 üncü maddesi gereğince ancak o şerikin tasfiyedeki hakkı üzerinde istimâl edebilir. Yoksa şirket malına ve her hangi şayı cüzüne haciz koyduramaz. Keza borçlar kanununun 532 inci maddesi sarahatı veçhile şeriklerden hiç biri diğerlerinin rızası olmadıkça üçüncü şahsı şerik olarak alamıyacağı gibi kendi kendine üçüncü bir şahsı şirketteki hakkına iştirak ettirir veya hakkını ona devrederse şerikler bu üçüncü şahsı şerik olarak kabule mecbur olmazlar. Ve bu vaziyette olan üçüncü şahsın şirket işlerinden malûmat istemiye de hakkı bulunmaz.

Ticarî şirketlere gelince: Ticaret kanununun 122 inci maddesi bütün ticaret şirketlerinin şahsiyeti hükmiyeyi haiz olduğunu kabul etmekle bera-

659

ber sermayesi eshama münkasem şirketler müstesna olmak üzere diğerlerinde iştirak halinde mülkiyete şebih hükümler cari olmaktadır. Ticaret kanununun 123 üncü maddesi mucibince şürekâdan biri şirketteki hissesini şürekâyı sairenin muvafakati olmadıkça şirket haricindeki bir şahsa devir veya o şahsı hissesine iştirak ettiremez. Ettiği takdirde üçüncü şahsın şirketle bir münasebeti olmaz. Gene Ticaret kanununun 138, 190, ve 203 ücünü maddeleri sarahatine nazaran şeriklerden birinin şahsî daimi hakkını şirketin muayyen malından istifa edmeyüp ancak şirketin bilâncosu mucibince o şirkete ait hissei rıbıhdan ve şirket fesih olunmuş ise tasfiye neticesinde medyunlarına düşen hisseden istifade eder ve alacaklı alacağını medyun şerikîn şirket haricindeki zati emvalinden veya tasfiyede medyun şerike düşecek paya haciz vaz etmeğe ve 6 ay evvel ihbar eylemek ve hesap senesi nihayetine muzaf olmak şartiyle şirketin feshini talep eylemeğe selâhiyettardır.

İşte yukarıdanberi izahına çalıştığımız Medenî kanun ve Borçlar ve Ticaret kanunları hükümlerine göre iştirak halinde mülkiyet üzere idare olunan mallar ve alacaklardan bir veya bir kaçındaki cüz'ü şayı ne satılabilir ve ne de haczolunabilir. Satılan ve haczolunan şeyi şerikin iştirâki teşkil eyliyen şeylerin hey'eti umumiyesinde mündemiç ve rakamla ifade edilen hakkıdır. İmdi barçlu bir şerikin alacaklısı tarafından iştirâk halinde mülkiyetdeki hakkı üzerinde icra takibinin nasıl başlayıp ne suretle biteceği hakkında İsviçrede 7 Kânunusani 1923 tarihinde bir talimatname yapılmış ve adliye vekâleti tarafından da getirilen bu talimatnamenin tercümesi müsvedde halinde Hukuk İşleri Müdüriyetinde mevcut bulunmuş olduğu ve icra ve iflâs kanununun tatbikına taalluk eden diğer talimatnamelerde bulunduğu halde her nedense şimdiye kadar tatbikatı tehsil edecek olan bu talimatnameler; icra ve iflâs kanununun bizde son tadil edilen şekillerine tevfik edilmek suretiyle meriyet sahasına konulmamışlardır. Bunların da bizde talimatname mahiyetinde olarak tatbik mevkiine konması temenniye şayandır. Bu talimatnameye göre—sayın Sabri Şakir Ansayın hukuk icra usulleri kitabında daha fazla tafsilât vardır—her hangi bir iştirâk halinde mülkiyetteki borçluya ait şayı bir hakkın icra ve iflâs kanununun 94 üncü maddesine tevfikan haczı:

1 — İştirak halindeki malların menafiinden borçlu şerike düşen ve alacağı karşılayan miktarın şerikler tarafından icra dairesine tevdi olunması mecburiyetini,

2 — Bu kifayet etmediği takdirde iştirak halinde tasarruf olunan menkûl ve gayri menkûl malların tasikm ve tasfiyesinde borçlu şerike isabet edecek maldan veya paradan alacağını istifa eylemek üzere alacaklıya satış talebi (paraya çevrilmeyi talep) hakkını verir.

Bundan dolayı hacız zabıt varakasına iştirak halinde mülkiyetin bütün şer'iklerin isimleriyle bu iştirâkin mahiyeti yazılır ve şeriklere de haber verilir ve borçluya düşen geliri icra dairesine teslime şerikler dâvet olunacakları gibi borçlu şerike ait iştirak hakkının kullanılabilmesi selâhiyetinin icra dairesine geçtiği de şerikelere bildirilir. Bu haciz neticesinde : borçlu şerike iştirak mallarından düşen rıbıh ve semereler alacağı ödeyemediği takdir de alacaklı paraya cevirme talebinde bulunurse icra memuru icra ve iflâs kanununun 121 inci maddesi veçhile ne yolda hareket edilmesi lâzım geleceğinin tayini için keyfiyeti tetkik merciine bildirir.

Tetkik mercii borçlu ve alacaklı ile iştirak halinde mülkiyetin diğer şeriklerini dâvet ederek bunlar arasında bir uzlaşma teşebbusünde bulunur. Borcun ödenmesi hakkında bir uzlaşma kabil olmadığı takdirde tetkik mercii alacaklı ve borçlu ve diğer şerikleri satışın tarzı hakkındaki teklifleri ni muayyen bir müddet zarfında bildirmeye davet eder.

Bu teklifleri tetkik ettikten sonra merci :

1 — Mahcuz şayı hakkın bu suretle hak olarak satılması,

2 — İştirakin feshi cihetine gidilmesi,

şekillerinden birini ihtiyar eder.

Tetkik mercii borclunun şayı hakkının satışına karar vermezden evvel bu borcun hini tasfiyede şayı hakkına düşecek miktarın takribi surette kıymetini tesbit ettirir. satılacak şey'in iştirakin tesfiyesinde bu borçlu şerike düşecek (pay) olduğu ve şerikelerin isimleriyle iştirâkin mahiyeti tasrih olunmak ve satış günü ve yerinden şerikler haberdar edilmek suretiyle alenî müzayede ile borçlunun bu şayı hakkı satılır. bu satış müşteriye 1) iştirâk halinde mülkiyetin hasılat ve semerelerinden borçluya düşenini almak 2) iştirâk halindeki mülkiyetin tasfiyesini talep etmek 3)borçlu şerike halef olarak tasfiye neticesinde borçluya düşecek şey'i temellük eylemek haklarını verir. Ve bu hakları haiz olduğuna dair icra dairesince müşteriye bir vesika da verilir.

Borçlunun t_sfiyedeki şayı hakkını müzayede neticesinde alan müşteri, iştirak halindeki mülkiyet meselâ; bir tereke ise tasfiyesini medenî kanunun 588 inci maddesi hükmüne tevfikan ahkâmı şahsiye işlerine bakan sulh hâkiminden, eğer âdi bir şirket halinde ise müşteriye, medenî kanununun 631 inci maddesi delâletiyle 628 inci maddeye göre taksim yapılmasını hukuku adiyeye bakan hâkimden ister.

Tetkik mercii borçlu şerikin şayı hakkının satılmasını tensib etmeyipte iştirakin feshine karar verdiği surette icra memuru veya tetkik merciinin tayin eylediği başka bir memur tasfiye muamelâtının ifası için borçlunun

681

haiz olduğu bütün haklarını istimâl ederek birliğin feshi ve taksimi için birliğin mahiyetine nazaran medenî kanunun 588 inci veya 628 inci maddelerine göre ait olduğu hâkime muracaat eder.

Tasfiye bütün iştirak halindeki malların paraya cevrilmesi suretiyle neticelenmiş ise borçlu şerikin payına düşen miktardan alacaklıya alacağı verilir. Tasfiye, taksim suretiyle yapılmış ise borçlu hissesine düşen mallar ayrıca bir talebe hacat kalmaksızın bu mallar mahiyetine göre icra dairesince paraya çevrilmek suretiyle alacaklının hakkı temin olunur. Paraya çevrilme muamelesinin tamamen icrasından sonra icra dairesi paraya çevrilmenin neticesine dair tanzîm edildiği raporu bütün dosya ile beraber tetkik merciine verir.

İşte iştirâk halinde mülkiyet şeriklerinden birininin şahsî borcundan dolayı icra kanununun 94 ve 121 inci mabdeleri mucibince yapılacak haczız ve satışlarda icra memurları ile tetkik mercilerinin yapmakla mükellef oldukları muameleler bahseddiğimiz talimatnameye göre—ki bu talimatname hükümleri bizim kanunî mevzuatımıza da tamamen uygun bulunmaktadır—münhasıran bundan ibarettir.

Yazıya son vermezden evvel bu bahisle yakından ilgili olmasından dolayı icra ve iflâs kanununun 94 üncü maddesinin diğer fıkralarını da gözden geçirmek münasip olacaktır.

Şimdiki 94 üncü madde 18/Nisan/ 929 tarih ve 1424 numaralı icra ve iflâs kanununun 83 üncü maddesi idi ki o maddenin metni de (bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirâk halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse icra dairesi alâkadar üçüncü şahıslara heber verir.) den ibaretti.

İcra ve iflâs kanununu tadil eden 9/Haziran/ 932 tarih ve 2004 numaralı icra ve iflâs kanununda bu madde 94 numarayı aldı ve maddenin aslına (ikametgâhları malûm olan) kelimelerile iki fıkra daha ilâve olundu. ikinci fıkrası (borçlunun reddetmediği miras veya başka bir sebeple iktisap eyleyüp henüz tapuya tescil ettirmediği mülkiyet ve diğer aynî hakların borçlu namına tescili alacaklı tarafından istenebilir. Bu talep üzerine icra dairesi alacaklının bu muameleyi takip edebileceğini tapu dairesine bildirir.)

Nihayet 11/Temmus/940 tarih ve 3890 numaralı kanunlarda üçüncü def'a olarak icra ve iflâs kanunu tadil olundu. Bu arada (94) üncü maddenin ikinci fıkrası bir az daha tadil edilerek tapu dairesine kelimelerinden sonra (ve icabında mahkemeye) kelimeleri ilâve olunmuştur. gerek birinci ve gerekse ikinci tadilde ilâve olunan diğer fıkraların muvzuumuzla münasebeti bulunmadığından onlardan bahse lüzum yoktur.

Bu fıkraların ne gibi bir ihtiyaç ve lüzum üzerine ilâve edildiğini anlamak müşküldür. Çünkü borçlu, mirasçı, yegâne varis ise ve mirası da reddetmemişse terekenin bütün mevcudu hiç bir muameleye hacet kalmaksızın münhasıran ona intikal etmiş olur. Kendinden başka diğer varisler varsa onlarla beraber terekenin temamına sahip olurlar. Birinci halde borçlu varis; müstekil bir malik ikinci halde ise miras şirketinde bir şerik gibi terekeye sahip olur (Medenî kanun 539 ve 581). Gerek biricik mirasçıya ve gerekse müteaddit mirasçılara intikal eden geyri menkuller namlarına tescil edilmeksizin onların mülkü olur (Medenî kanun 633).

Bu suretle tek mirasçıya; intikal eden bir gayri menkulü namına tescil ettirmemiş olsa dahi şahsi alacaklısı onu doğrudan doğruya haçzettirebilir. Çünki müteveffa varisin alacaklısı nasıl ki bu kabil hallerde tereke mallarını doğrudan duğruya haczettirebilmek salâhiyetini haiz ise mirasçının borçlusuda medenî kanunun 543 üncü maddesinin ikinci fıkrası mucibince aynı hukuku haizdir.

Tereke birden ziyade mirasçıya intikal eyleyüp de mirasçılardan birinin şahsî borcundan dolayı haczi icabederse onun da nasıl ve ne şekilde yapılması lâzım geleceği hakkındaki kanunî hükümleri izah etmiştik. Bu sarih hükümlere göre miras şirketindeki borçlu varisin miras hakkı hisse halinde meselâ şirkete dahil mallardan bir gayri menkulün yarısı varis namına tescil olunamaz. Eğer bu 94 uncu maddeye ilâve olunan fıkralardan maksad terekenin iştirâk halinde mülkiyet olarak tescilini temin ise bu tescil dahi alacaklı için tasfiye tarikına tevessülden başka ve kestirme bir hak bahşedemez. Mehazımız olan İsviçre kanununda bulunmıyan bu ilâvelerin neden dolayı yapıldığını anlamak için Büyük Millet Meclisi Adliye Encumeninin 8/6/932 tarihli mazbatasındaki esbabı mucibeyi aynen yazmak faideden halî olmayacaktır:

«..... Beyin takririnde 94 uncu maddeye ilâvesini teklif ettiği fıkra Encümence de tasvip edilmiştir. Teklif miras tarikiyle intikal eden bir gayri menkul mülkiyeti veya aynî hakkın tapuda tescil muamelesini alacaklının yapdırmasına dair hüküm konmasını istihdaf etmektedir»

«.....Bey (Konya) bu teklifin yalnız miras sebebiyle borçlunun iktisap edeceği mülkiyete hasrı kâfi olmayıp bundan başka sebeple de iktisap mümkün olduğu ve faraza lehine bir ilâm istihsâl etmiş olan borçlu alacaklısı tarafından haczedilmesi ihtimaline karşı bunu infaz ettirmemesi mümkün olduğundan ilâve edilecek fıkranın daha şamil hükmü tazammun etmesini beyan etmekle kabul edilen bu teklifler dairesinde 94 üncü maddeye bir fıkra ilâve edilerek bahsedilen suretlarle.....»

Meclis müzakere zabıtnamesinde dahi teklifi yapan zat aynen şu beyanatta bulunmuştur.

663

«Efendim, herkesin malı; eşhası saliseye karşı teminattır. Fakat eğer mal sahibi hüsnü niyet erbabından değilse alacaklısından malı kaçırmış olmak için kendisine intikal eden gayri menkulün muamelei tesciliyesini yaptırmamaktadır. Her hangi bir adamın vefatiyle oğullarına intikal eden çiftlik, ev ve sairenin haczı için mutlaka burçlu olan zatın üzerinde sicilde kayıt olunmak lâzımdır. Malı vardır tek hacız olunmasın satılmasın diye intikal muamelesini yaptırmıyan bir çok sui niyet erbabına tesadüf edilmektedir. Fakat bu şekilde malı varken ancak tescil muamelesinin yapılmamasından dolayı malsız görünen borçluya karşı alacaklının hakkını temine matuf olmak üzere bendeniz bir teklifte bulunacağım. Oda şudur: orta yerde bulunan keyfiyet mal noksanlığı değildir malın tescilini yaptırmak isterse alacaklı borçlunun üzerine intikal muamelesini yaptırır. Falan adam ölmüştür. Falan adam bunun varisidir hisseleri şundan ibarettir. Tıpkı mal sahibi imiş gibi muameleleri yapar.

Hatta mirasçılarını tesbit için lâzım gelen teşebbüsatta bulunur. Velhasıl malı meydana çıkartır. Bilâhare mal sahibinden alacağını almak üzere icabederse hissei şayialı ise müzayedeye çıkartır. Hülâsa böyle yapılırsa alacaklıdan mal kaçırmak imkânının selbolunduğunu gören borçlular bu kaydı kanunî karşısında zan ederim ki daha borç ödemek yolunu tercih ederler.»

Bunun üzerine mazbata muharriri: bu maddeye ilâve edilemez. Fakat esas mesele müzakereye tetkik mevzuu olabilir. Hangi madde ile münasebeti olursa oraya vaz'ı kabul edilebilir demiş.

Reis tarafından o halde madde ile alâkadar değildir denilmiş.

Harfiyyen yukarıya aldığım teklif ve bu teklif üzerine meclisin müzakere zabıtnamesi ve adliye encümeninin esbabı mücibe mazbatası müfadından çıkarılabilen neticeye göre kanunumuzun mehazı olan İsviçre icra ve iflâs kanununda olmayan bu fıkranın bu maddeye ilâve edilmiş olmasının sebebi hakikisi neden ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

664

No. 30

Ceza Hukukunda Mesuliyet [1]

Yazan:
Hamdi ÖNER
Ankara Sulh Hâkimi

I — Mesuliyetin esası ve mesnedi
II — Kast
III — Kast bakımından suçların tasnifi
IV — İhmalî ve icraî fiiller
V — Kasdin ve fiillin teselsül ettiği haller.
VI — Kastı aşan fiiller ve kastı tahakkuk ettiremiyen fiiller
VII — Hukukî bilgisizlik (Kanunu bilmemek)
VIII — Fiilî bilgisizlik (Hata)

I

Mesuliyetin esası ve mesnedi

Cezanın mesnedi; suçlunun bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması halidir bu itibarla irade ve ihtiyar tecziyede siklet merkezini teşkil eder. Mevzuuatımızda kast kelimesile izah olunan bu ruh haleti aynı zamanda ceza hukukunda mesuliyeti ifade eder. Mesuliyet, suçu terkip eden manevi unsurun faktörlerinden birisi ve başlıcasıdır. Suçun maddi unsurunu yani ceza kanunlarında yazılı memnu fiilleri işleyen kimseye ceza verilebilmesi onun ceza hukuku bakımından cezalandırılabilecek durumda olması yani ehil ve mesul bulunması lâzımdır. Ceza hukukunda irade ve ihtiyar mesuliyeti, makul surette hareket etmek iktidarı ehliyeti ifade eder. Her ikisi cezanın mesnedini yani suçun manevi unsurunu teşkil ederler.Hukukî ıstılahlarımızda buna isnat kabiliyeti diyoruz.Bu hususdaki hükümler kanunumuzun birinci kitabının dördüncü bendinde tedvin olunmuştur.Ceza hukuku İnsanı ancak hür iradesi mahsulu bulunan fiillerinden mesul tutar. Medeni hukukdada esas budur. Medeni kanuna göre ehil bulunan kimse ancak serbest riza ve iradesinin mahsulu olan tasarruflarla kendisini veya başkasını ilzam edebilir.

[1] Baş tarafı 943-11 ve 944-3 sayılı Adliye Dergilerinde çıkmıştır.

Akitlerin teşekkülünde rizanın mevcudiyeti şarttır. Fazla olarak karşılıklı iradelerin birleşmesi lâzımdır. (B.K.M. 1) Hibe gibi tek taraflı tasarruflarda da rıza yani irade hürriyetinin mevcudiyeti şarttır. Haksız fiiller müstesna bütün hukukî tasarruflarda mesuliyetin esası ceza hukukunda olduğu gibi irade ve ihtiyardır. Medeni kanunun 10 uncu maddesine göre Mümeyyiz olan Reşit medeni haklarını kullanmaya salâhiyettardır. Yaş küçüklüğü; Akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi sebeplerden birisile makul surette haraket etmek iktidarından mahrum olmıyan her şahıs Medeni Kanuna göre Mümeyyizdir. (M K.M. 13) Şu halde Medeni hukukda Temyiz kabiliyetinin esası ceza hukukunda aranılan ehliyete tekabül eder. Her iki hukuk şubesi arasında bu hususta tam bir görüş birliği mevcuttur. Gerçekten Medeni kanunun 10 ve 13 üncü maddelerine göre hukuktada tasarrufun netice tevlit edebilmesi için ehliyet ve mesuliyetin mevcudiyeti şarttır. Borçlar kanununun birinci maddesinde mevzuubahis rıza, ceza hukukunda mesuliyet için aranılan irade ve ihtiyarden başka bir şey değildir. Hukukta iradelerin birleşmesi akti teşkil eder. Akıt taraflar için hak ve borçlar doğurur. İradelerile ihdas ettikleri yeni hukukî durum her iki âkidi takyit eder. Mesuliyet bu takyitten doğar bu itibarla akitlerden mütevellit mesuliyetin müvellidi ve mesnedi şahsi irade ve ihtiyar oluyor. Aktin teşekkülü yani borcun hüküm ifade edebilmesi için akitlerin kasitlerinin mevcudiyeti ve birleşmeleri şarttır. kastin yokluğu mesuliyeti ref eder. Nitekim borçlar kanununa göre hata, hile, cebir gibi haller kasti yok etmeleri itibarile aktin teşekkülüne mani ve dolaysiyle mesuliyeti bertaraf ederler. Borçlar kanununun 23 ve müteakkip maddelerinde kasti ve binnetice mesuliyeti kaldıran sebepler tasrih olunmuştur. ***Akdin*** borç tevlit edebilmesi için aranılan şartlar ceza hukukunda ***suçun*** mesuliyet tevlit edebilmesi için aranılan şartların esas itibarile aynıdir. Akıl maluliyetine müptelâ bir kimse ile yapılan muamele batil olması hasabile malûl, bu muameleden mesul değildir. [2]

Medeni Hukukta haksız fiillerde borç tevlit eder. Şibih cürüm denilen bu fiiller mahiyeten suça daha yakın ve muşabih olan medeni hâdiselerdir. Burada yani haksız fiilerden mütevellit mesuliyet hususunda ceza hukukile Medeni Hukuk arasında görüş farkları mevcuttur. Medeni Kanunun 16 ıncı maddesine göre küçükler haksız fiillerinden mesuldurlar. Hukuk sahasında mesuliyetin şartlarını tâyin eden borçlar kanununun 41 inci maddesine göre mesuliyet için kast aranmaz. küçük idrisin gözüne pompa ile kireç sıkmak suretile gözün sakatlanmasına sebebiyet veren küçük Mustafanın Babası evin Reisi olması dolayisile riyaseti altında bulunan çocuk hakkında lâzımgelen dıkkat ve itinayi sarfetmediği cihetle borçlar kanununun 54 üncü maddesine tevfikan mesuliyetine hükmolunmuştur. [3]

[2] Ticaret dairesi 20-2-36 gün ve 1902 karar. Adliye ceridesi 1936 sayı 11 sayfa 317

[3] Üçüncü Hukuk dairesi 18/7/37 gün ve 36 Karar 937 senesinde Adliye dergisinde neşrolunan Temyiz kararları S. 153

Hakkaniyet iktiza ederse hâkim temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tazminile mahkûm edebilir. Hukuktaki şibih cürümlerde mesuliyet için kasdin bulunması şart değildir. Ancak borçlar kanununun 41 inci maddesine tevfikan açılan dâvada mesuliyet teveccuh edebilmesi için hiç olmazsa tedbirsizlik veya ihmalin bulunması lâzımdır. [4]

Keza kusurun mevcut olup olmadığını tâyin hususunda hukuk hâkimi ceza hukukunun mesuliyete dair hükümlerile bağlı olmadığı gibi ceza mahkemesinden verilen beraat kararilede mukayyet değildir. B. K. M. 53.

Bu maddelerin isviçrede caza kanununun federalize edilmediği zaman tedvin edilmiş olduğunu izah etmek lâzımdır. Bir mesele mahkemece kat'i şekilde halledildikten sonra bir daha mevzuu bahsedilmesi cemiyette emniyet ve istikrarı selbeder binaanaleyh kaziyei mühkeme bir intizamı âmme meselesidir. Borçlar kanununun 53 üncü maddesi, ceza mahkemesinde halledilen hâdiselerin hukuk mahkemesinde tekrar mevzuu bahsedilmesini icabettirmesi itibarile ceza sahasında teessüs eden kaziyei mühkemeye istisna teşkil eder. Bu itibarla tatbikatta arzettiği ehemmiyete binaen üzerinde tevekkuf etmeye diğer. İptidai Devirlerde Ceza Mefhumu Hukukî Münasebetlerin bütün safahatına Hâkim ve müessir idi. Medeniyetin terekkisile Ceza Hukukunun bu hususta faliyet sahası daraldı. Şartı Cezayı istisna edilirse bu gün modern Medeni Hukukta pekde izi kalmamıştır. Ceza hukukunun medeni Hukuk Sahasından tasviyesi tekâmmülün neticesidir. Mevzuubahis 53 üncü madde Medeni hukukun Mesuliyet bahsinde istiklalini teyit eder. Bunun böyle olması tâbiidir. Çünkü Medeni hukukda kast yâni sübijektif unsur dâva mevzuunu teşkil etmez. 53 üncü maddedeki istisnada bilhassa bu noktaya matuf ve kaziyei muhkemiye istisna teşkil edende sübijektif unsurdur Bunun haricinde kalan hususlarda Ceza ilamı hukuk hâkimini takyit eder. Borçlar kanununun 53 üncü maddesinde mevzuubahis mesuliyet hakkındaki fikrimizi bir misal ile tevzih edelim.

A. Bir kaç gün kullanıp iade etmek üzere yazı makinesini istemek maksatile arkadaşı B. yi ziyarete gider ve evde bulamaz bir müddet bekledikten sonra kendiliğinden makineyi alıp çıkar. A. Makineyi aramaya başlar ve nihayet B. nin yazıhanesinde bulur ve B. aleyhine hırsızlık dâvası açılır. B. bunu ariyeten aldığını ve hırsızlık kastile hareket etmediğini Müdafaadan dermeyan eder. Müdafaası Ceza mahkemesince varit görülerek beraatına karar verilir. Kastın yâni sübjektif unsurun bulunmaması hasabile ademi mesuliyetine dair verilen bu karar Hukuk mahkemesinde İstihkak dâvası ve bu yüzden A. nın düçar olduğu zarar ve ziyanı dâva etmesine mâni teşkil etmez zira Hukukta mesuliyet için aranılan sübjektif unsur Ceza kanununda yazılı memnu bir fiil işlemeğe matuf kastle mukayyet de-

[4] H. U. H. 13/5/36 gün 85 karar Adliye dergisi 936 S. 63

667

ğildir. Rizası hilafına malı alıp kullanan kimse onu iade ve bu yüzden mal sahibinin düçar olduğu zarar ziyanı tediyeye mecbur ve bundan mesululdur. Her iki Hukuk Şubesinin mesuliyet telâkkileri arasında fark bulunduğu cihetle hukuk hâkimi Ceza hukukunun mahdut mesuliyet telâkkisile mukayeyt tutulamaz Fakat. B makineyi kendi almadığı ve bilmediği bir kimse tarafından haberi olmadan yazıhanesini terkedildiğini iddia edebilir. Ve makinenin. A nın evinden alınıp kendi yazı hanesine bırakıldığı zaman kendisinin hâdisenin vuku bulduğu Ankarada olmadığını ve bu müddet zarfında İstanbulda bulunduğunu müdafaaten dermeyan ve bu müdafaasını o zaman İstanbulda yaptığı resmi muamelelerle isbat edebilir. Fiilin sabit olmaması hasabile beratına karar verilmiş ise artık bu fiil hakkında hukuk mahkemesinde dâva açılamaz zira hâdisenin tesbitine dair olan ceza hâkiminin ilamile teessüseden kaziyeyi muhkeme hukuk hâkiminide takyit eder. Aksi hali kabul yekdiğerine mubayyın ve telifi gayri kabil hükümlerin ittihazına mahal vermek olur. Zira delilerin kıymetlendirilmesi nihayet bir takdir meselesidir. Ve Takdirde şahsa yâni hâkime göre değişir esasen borçlar Kanununun 53 üncü maddesi hukuk hakiminin ceza hukukunun mesuliyete dair hükümlerile bağlı olmadığını tasrih eder. Yoksa ceza mahkemesinin delilleri takdir ederek verdiği hükümle teessüs eden kaziyei muhkeme ile bağlıdır. Diğer tâbirle hukuk hâkimi ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmile bağlı değildir fakat ceza usulunun sübüt bakımından kaziyei mühkeme teşkiline dair olan ahkâmile mukayyettir. Aksi halı kabula lüzum ve mahal yokdur. O takdirde kaziyei muhkeme ile temin olunmak istenilen emniyet ve istikrar yerine tenakuz ve anarşi kaim olur.

Ceza hukuku ile medeni hukukun mesuliyete dair bazı görüş farklarına işaret edelim. Ceza hukuku 11 yaşından küçük olanlara mesuliyet izafe etmez halbuki medeni kanunun 16 ıncı maddesine göre mahcurlar ve küçükler haksız fiillerinden mütevellit zarardan mesuldurler. Ceza hukukunda hata kastı bertaraf ettiği. cihetle cezanın isnat kabiliyetini kaldırır halbuki borçlar kanunun 49 uncu maddesine göre hata edenden zarar ve ziyan istenebilir. Yani hata eden mesuldur. Ceza hukukunda birden fazla kimselerin birlikte suç işlemeleri halinde mesuliyet derecelerini kanun iştirak hükümlerile tâyin etmiştir. Faili asliye nazaran feran zimethallerin mesuliyetleri daha hafif tâyin olunmuştur. Borçlar kanununun 50 inci maddesile böyle bir tefrika lüzum görülmeden haksız hareket edenlerin cümlesi ayni derecede ve müteselsilen mesul addolunmuşlardır. Borçlar kanununun 50 inci maddesine göre bazı hallerde bir kimse istihdam ettiği amelelerin fiilerinden mesuldur. Halbuki ceza hukuku, T.C.K. nun 60 ıncı maddesinde kabahatlara münhasır pek mahdut hal müstesna bir kimseyi başkasının fiil ve hareketinden mesul tutmaz. Medeni hukuk tanımış olduğu salâhiyeti

istimâl halinde de şahsı mesul tutar. Nişanı bozmak yani evlenme vadinden dönmek hakkını medeni kanun tanımıştır. Bu salâhiyatini istimal eden tarafı aynı zamanda mesul tutabilir. M. K. M. 84. halbuki kanuni hak ve salâhiyetleri istimal etmek ceza hukukunda mesuliyeti istilzam etmez. Bu misallerden de anlaşılırki medeni hukuktaki mesuliyetin mesnedi irade ve ihtiyare munhasır değildir. Nisbeten daha vâsidir.

II

Kast

Mensup olduğu ceza mesleği icabı olarak kanunumuz teçziyede neticeyi değil kasdi esas tutar.Kastsiz fiili suç addetmez fakat neticesiz kasdi(teşebbüsü ve iştiraki) suç sayar. Kast tenkilde mesuliyetin esası ve bu itibarla ceza hukuku lituraturunun üzerinde en çok durulan bir terimdir. Psikoloji ve felsefi araştırmalar ilerledikçe kast kelimesi daha fazla aydınlanmakta ve ceza hukukunun esasında değişiklikler vukua gelmektedir. Suçla münasebeti bakımından kast muayyen bir hâdiseye tevcih olunan zehni faaliyettir. Kastin ruhi bakımdan tarifi psikolojiye aittir. Bizi alâkadar eden daha fazla tazahür şeklidir. İki suretl tazahür eder. Biri ihmali daha doğrusu taksiri diğeri icraî hareket halinde. Ceza kanununun işlemesini menettiği fiili bilerek ve neticesini istiyerek işlemesi hali icraidir. Mahdut istisnalardan sarfınazar bütün suçlar bu mahiyettedir. Ceza kanununun bir fiili önliye bilmek için göstermesini emrettiği ihtimamı göstermemek suretile işlenirse taksiri hareket tahaddüs etmiş olur. Temyiz ceza U.H. ihmalin veciz bir tarifini yapmıştır. (İhmâl ve tarahının cezalandırılması, vazifenin yapılmamasının beşeri bir hataya veya unutmaya ve bir içtihada hamline imkân bırakmayacak surette vazifesizliğin tezahüründen ibaret bir kasdin vücuduna vabeste olup kasda makrun olmayan ihmâlin cezalandırılmasına imkân mutasavver degildir.)[5] Bu karar T.C.K. nuu 230 uncu maddesi hakkında ittihaz edildiği cihetle hükmü bütün taksir suçlara şamil değildir.

Hareket taksirî olsun icrai olsun fiile suç mahiyeti izafe eden kasttır. yukarda da dediğimiz gibi kasdin fiile taallûku kâfi değildir kasd hukukî nizamı ihlâla matuf olduğu takdirde ancak teveccüh ettiği fiile suç mahiyetini verebilir. Yangından birisini kurtarmak gayesile kapuyu kasden kırmak izrar suçunu teşkil etmez. Çünkü mevcut olan kast aharın malını tahrip etmeyi meneden hukukî nizam aleyhine müteveccih değildir. bilâkis onun nefine matuf olduğu için fiil kasdi olmakla beraber suç sayılmaz.

Kast memnu fiilin zararlı neticesini istihsale matuf olmalıdır. Ceza kanununun 318 inci maddesinde taklit ve tağyir edilmiş paraları almak, sürmek

[5] C.U.H. 18-4-938 gün ve 190 karar

669

ve muhafaza etmek suçtur. Fakat mücerret olarak sahte parayı alıp sürmek, veya hıfzetmek fiili suçun teşekkülü için kâfi değildir. Suçlunun aynı zamanda bu fiilleri paranın sahte olduğunu bilerek yapmış olması ve sahte olduğunu bildiği bu paradan âmma zararına menfaat teminini istihdaf etmiş olması lâzımdır.

Ancak bu suretle hukukî nizam aleyhine teveccüh eden kast mesuliyete mesnet teşkil eder. Ceza hukukunda kast aynı zamanda zarar ifade eder. Bu zarar aharın cezayı müeyyidelerle teminat altına alınmış olan hürriyet ve mülkiyeti aleyhine müteveccihtir.

Madde 45

Cürümde kastın bulunmaması cezayı kâldırır, failin bir şey yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır. Kabahatlerde kast sabit olmasa bile herkes kendi fiili veya ihmalinden mesuldur.

Kanunda pek mahdut istisnalardan sarfı nazar edilirse arzu edilmeyen neticede isnat kabiliyeti bulunmaması umumî kaidedendir.Kastın ceza hukukundan önemli mevkini tâyin eden bu kaidedir. Kastın ceza hukukunda mevki ve mânasını tâyin etmek bazan müşkilât arz eder. Cezada kast bir haksızlığın unsurunu teşkil etmelidir. Bu mahiyette olmayan yani başkasının hukuku aleyhine haksız bir tecavüz halinde tecelli etmeyen kast suçlarda manevi unsur sayılmaz. filhakika kast bazen meşru müdâfaada bir hak bazan da muayyen şartlar içinde dur emrine itaat etmeyene zabıtanın ateş edebilmesi gibi bir vazife bazan da zaruret halinde tecelli edebilir. Zarurette haksızlık ve hukukî nizam aleyhine bir istek mevcuttur. Fakat bu arzu ihtiyari değil zaruridir. Ve muztar kastın neticesinden mesul tutulamaz. Suçun sübjektif unsurunu teşkil eden kast hak, vazife ve zaruret mahiyetinde olmayan ve doğrudan doğruya fiilin haksız unsurunu teşkil eden istektir. Haksız hareket aynı zamanda hukukî nizamın ihlâlini ifade eder. 45 inci maddedeki kast kelimesini şu şekilde tavzih edebiliriz. Sübjektif unsur olan kast hak, vazife ve zaruret teşkil edecek şekilde ceza kanununca mezeret sayılmayan ve aharın hukukuna tecavvüzü istihdaf eden haleti zihniyedir. kast kelimesinin sübjektif unsuru ilmî mânada ifade edemediğini evvelce izzah etmiştik [6]. 45 inci maddenin bu tâbiri mübhem ve noksandır. Esasen kast kelimesi yalnız hukuk sahasında değil aynı zamanda psikoloji ve felesefi sahalarda da en çok aydınlanmağa muhtaç olan bir tâbirdir. Bu tâbir tatbikatta ihtilâflara, görüş aykırılıklarına sebebiyet vermek-

[6] Hamdi Öner Ceza Hukukunda Ehliyet ve Mesuliyet Adliye Ceridesi 1943 11-965

tedir. Adliye Vekâletince teşkil olunan komisyon tarafından İtalya ceza kanunu esas tutularak tanzim olunan ceza kanunu projesinin 51 inci maddesinde kastın mânası oldukça belirtilmiştir. Madde şu şekildedir. (Suçun mevcudiyeti için zaruri olan tehlikeli ve zararlı neticeyi kendi icrayı veya ihmali fiilinden ileri gelmiş olmadıkça hiç kimseye kanunun suç olarak derpiş ettiği bir fiilden dolayı ceza verilemez. Kanunen mecbur olduğu halde böyle bir neticenin husulüne mani olamamak onun husulüne sebebiyet vermek gibidir.) Son fıkra ile ihmali kast ifade olunmuştur. Projenin müteakip maddeleri kastın muhtelif tezahürlerine tahsis olunmuştur. Kanunumuzun tadili için teşkil edilmiş olan komisyondan, kastın tezahür ve mesuliyete mesnet teşkil edecek mahiyetini belirtir şkilde zengin ahkâm vaz etmesini temenni ederiz. Kast memnu fiilin zararlı neticesini arzu etmek ve istemek halidir: Ancak bu kaideyi mübalagalı şekilde tefsir etmek ve sıkolastık düşüncelere saplanmak suretile lüzumundan fazla inceliklerle kılı kırk yarmak doğru değildir. Bir kavgada gelişi güzel darbalar saçan bir kimse ağır neticelerden sakınmakta ihtimam göstermediği anlaşılınca bu darbaların muhtemel bütün zararlı neticelerini evvelden göze almış ve bunları istemiş demektir. Binaenaleyh ceza U. H. nin 456 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasının tatbiki için maznunun, aleyhine müessir fiil işlediği kadının gebe olduğunu bilmesi veya gebeliğin zahiri haline nazaran açıkca anlaşılabilir bir halde olması lâzım geldiğine dair olan içtihadına mutlâk surette iltihak edemeyiz. [7]

Hatırlamak lâzımdırki 456 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasında sübijektif unsuru teşkil eden kast çocuk düçürmeğe matuf olmayıp müessir fiil ikamı istihdaf eder. Ve bu itibarla mevzuubahs olan suç mahiyeti itibarile kastı tecavüz eden fiildir. Bazı bünyeler 5—6 aylık gebeliğini zahir hali ile göstermez kadının karnına gelişi güzel darbalar indiren faile bu darbaların muhtemel yani hatıra gelebilecek zararlı neticelerinin bütün mesuliyetini yükletmek ceza telâkkisine aykırı düşmez kanaatindeyiz. Müessir fiilin kastı olması suçun teşekkülü için kâfidir. Aleyhine müessir fiili işliyen failin, kadının dâima bir semere taşımasının mümkün olduğunu gözetmesi lâzımdır. Bunun için kadının gebeliğini gözle fark etmesini şart koşmayıp bunu fikren teemmül etmesi istenmelidir. İşlediği fiilde suçlunun kastını belirten iki amil vardır. Suçun işleniş sebebi ve işleniş şekli, Hasmını öldürmeyi makul gösterecek bir sebep tahtında hareket eden suçlu öldürmek için elverişli vasıtalar kullanmış ise husule gelen ağır neticeyi tahakkuk ettirmek kastını taşımış demektir. Fakat hasmını iterek düşüren

[7] C. U. H. 1/2/937 gün ve 28 karar Temyiz kararları. 1937, s. 19

871

suçluya bir nazf den husule gelen ölümün cezayı neticeleri yükletilemez bu taktirde fiil arzu edilen zararlı neticeden daha ağır şekilde tecelli etmiş olur.

45 inci madde ifadesi cürümler için ayrı kabahatlar için ayrı bir kaide vaz etmiş intibaını veriyor. Fakat gerek kabahatler ve gerek cürümler için olsun, şuurla ve irade ile fiilin işlenmesi unsurunun bulunması şarttır. Yani kabahatlerdede kast aranır. Adliye vekâletince teşkil olunan komisyon tarafından hazırlanan projede bu kaide açık olarak ifade olunmuştur. Projenin 52 inci maddesi son fıkrası şöyle yazılmıştır. (Kabahatlerde her şahıs ister kasti ister taksirli olsun kendi şuurlu veya iradi icra veya ihmalinden mesuldur). Bu suretle şuursuz ve iradesiz haraketlerin kabahat teşkil edemiyeceği esası kabul olunmuştur. Ancak cürümlerde cürmü bilerek işlemek ceza tâyini icin kâfi olmayup aynı zamanda fiilin zararlı neticesini failin arzu etmiş olması şarttır. Halbuki kabatlerde, kabahat teşkil eden fiilin suçlu tarafından bilerek işlenmesi şart isede aynı zamanda zararlı neticesini arzu etmiş olması şart değildir. 563 üncü maddedeki kabahatta, vahşi veya tehlikeli hayvanı bilerek başı boş bırakması unsuru aranacaktır. Binaenaleyh idaresinden aciz kalması üzerine hayvanı mecburen ve zarureten serbest bırakmak hali suç teşkil etmez keza 576 inci maddeye tevfikan edebe muhalif bir surette halka görünmek kabahattır. Yangın, zelzele gibi bir afetten kaçınmak maksadile açık kıyafetle sokağa fırlamak hali kastın yokluğu hasebile suç teşkil etmez. Ancak fiil kabahat olduğu için böyle bir zaruret olmaksızın sokağa açık şekilde çıkmak suç teşkil eder. Zira bu hareketle bazı kimselerin hislerini incitmek kastı yani cürümlerde olduğu gibi ayrıca fiilin zrarlı neticesini arzu etmek unsuru aranmaz. 45 inci maddeyi şu şekilde hulâsa edebiliriz. Cürümlerde kanunun vazettiği istisnalar hariç olmak şartile cürmü teşkileden fiilin zararlı niticesini failin arzu etmiş olmasının sübutu lâzımdır. kabahatlarda da kast aranır yani fiilin iradi olması lâzımdır fakat zararlı neticenin failin istemiş olması şart değildir. bu kaide kabahatlerin mahiyetinden de istihraç olunabilir. Zira cürüm doğrudan doğruya aharın hürriyet ve mülkiyetine tecavüzü istihdaf ettiği cihetle zararlı neticeyi istemek bunların mahiyetlerinde mündemictir. Başkasının mülkiyet ve hürriyeti için sadece tehlike teşkil eden icrai ve selbi fiiller mahiyetinde olan kabahatlarda ise failde zararlı netice arzusu aranmaz çünkü bu arzunun mevcudiyeti suça cürüm vasfını verir. 45 inci maddenin son fıkrası yazılış şekline nazaran kabahatlarla cürümler arasında sübut bakımından da bir fark görüyoruz. Cürümlerde kastın sübutu lâzımdır. Fakat kabahatlarda bu kaideten mevcut farzolunur. Fiilin iradi olmadığını ispat etmek külfeti maznuna tahmil olunmuştur. Fail irade yokluğunu ispat ederse mesuliyetten kurtulur. Bu iti-

672

barla kast hususunda cürüm ile kabahat arasında bu noktadaki fark ceza kanunu farkı olmaktan ziyade bir C. M. U. farkıdır. Ve tamamen bir sübut meselesidir. Bu taktirde cürümlerde kasdın ispatı dâvacıya kabahatlarda ise maznuna teraddüp etmektedir. Üzerinde istihlâk maksadile kaçak tütün bulunduran kimse kabahatlıdır. fakat bu tütünün inhisar mamulatı deye bayi tarafından kendisine satıldığını ve kendiside inhisar memulâtına temellûk zehabı ile aldığını ispat eden maznuna mesuliyet terettüp etmez.

Cürüm ve kabahat arasındaki farkı kast unsurunda değil her iki sınıf suçun mahiyetinde aramak lâzımdır. Kast umumî ve müşterek bir unsur olduğu için tasnifte bir kıriteryum olamaz. Hukiki nizamın teminat altına aldığı hak ve hürriyette tecavüz cürüm, başkaşının istirahat, mülkiyet ve hurriyeti için sadece tehlike teşkil eden fiiller kabaattır. Kanunumuzun ikinci kitabında yazılı fiiller (518 inci madde müstesna) cürüm, 3 üncü kitabında yazılı fiiller kabahatları teşkil ettiği cihet bu tefrıkın ceza kanunu bakımından fazla bir ehemmiyeti yoktur. Hususi kanunlarda bu tefrik fiile tertip olunan cezanın mahiyetine göre tâyin olunur. T. C. K. nun 11 inci maddesi cürümlere ve kabahatlara ait cezaları tefrik etmiştir. Hususî kanunun memnu fiile tertip ettiği cezaya göre suçun cürüm veya kabahat olduğu tâyin olunur.

III

Kast Bakımından Suçların Tasnifi

Suçlar, manevi unsurun tezahür şekline göre bir tasnife tabi tutulabilir. suçlar müsbet veya menfi olduklarına göre kast ta müsbet veya menfi tecelli edebilir, binaanaleyh kast bakımından suçlar icraî ve ihmali (taksiri) diye iki sınıfa ayrılabilir. Kast, yapılması men olunan fiili yapmak ve yapılması enrolunan fiili yapmamak şeklinde tecelli eder. Keza maddi fiilin kastı aşması veya maddi fiilin kastı tahakkuk ettirememesi bakımından da suçlar bir tasnife tabi tutulabilir. Keza kastin teselsül edip etmedigine göre de fiiller ikiye ayrılır. Şimdi bunları mevzuatimizdeki hükümlere göre tetkik edelim.

IV

Icraî Ve İhmali (Taksiri) Fiiller

Adli ıstılâhlarımızda ekseriya ihmali hareketlerden 230 üncü maddedeki memurlarin ihmal ve taseyyubu suç murad olunur. icraî ve ihmali hareketlerin tefrikinde kıriteryum kasda dayanir. Fakat kastın suçta varlığında veya yokluğunda değil teveccuh şeklindedir. Ve aşagdaki izahatla kastın teveccuh şeklinin ceza mesuliyetini agirleştirmadaki ehemmiyettine

işaret etmiş olacagiz. icraî suçlarda kast, Ceza kanununca nehi olunan fiili icrayı ve bu fiilin zararlı neticesini arzu etmeyi istihdaf eder. İhmali suçta ise kast, Hukukî nizamın, her kesi hareketinin evvelden bilinmesi mümkün olan neticesini hesaba katmayı ve kötü olayları önlemek için göstermek mecburiyetinden bulundurduğu ihtimam ve itinayi sarf etmemek ve adeta ehemmiyet vermemek şeklinde tezahür eder. İhmali hareketlerde fail suçun zararlı neticesini istememiş ve ekseriya bunu arzu etmesine bir sebepte yoktur. Sadece bu zararlı neticeyi önlemek için kanunun kendisinden beklediği ihtimam ve itinayı göstermemiştir.

Hukukî nizama karşı şuurlu olarak yapılan ihlâlin yani icrayı hareketlerin, önceden görülebilen fakat her halde istenmeyen ihlâle yani ihmali hareketlere nisbetle daha şiddetli cezayı icab ettirmesinin sebebide buradadır Zira icrayı hareketlerde kast mütecavizanedir. kasten adam öldürmek fiiline mevzu ceza 18 sene ağir hapisten idama kadar giden muhtelif müeyyidelere nisbetle neticesi aynı olan dikkatsizlikle ölüme sebebiyet fiilinin Cezası ancak bir seneden dört seneye kadar hapistir. tesayyüp ve dikkatsizlikte ihmali hareketlerdendir. Zira dikkatsizlikte ancak gösterilmesi istenilen bir ihtimama nisbetle bahs olunabilir. Binaenaleyh Türk Ceza Kanununun 455-459 ıncı maddelerinde mevzubahs fiil ve hareketlerde taksiri suçlardandır. 450 inci madde ile 455 inci maddedeki fiiller mahiyeten aynıdırler. Her iki sida kasti efaldendir. Müeyyideleri arasındaki nisbet kabul etmez fark kastın teveccüh şeklindedir. Birincisinde kast cemiyetin nizamını ihlâle matuf harekette, ikincisinde ise cemiyetin nizamının muhafaza için beklenilen ihtima ve basireti göstermemek hareketinde tecelli eder. müeyyidelerin arasında nisbet kabul etmez fark bu sebepten ileri gelir. Her iki fiilde neticeten adam öldürmektir.

450 inci maddede kast adam öldürmeye müteveccihtir. Yani netiçe suçlu için bir gaye teşkil eder. Fireni bozuk otonobille yola çıkan ve ölüme sebebiyet veren failin hareketinde husule gelen netice gaye değildir. Neticenin bütün mesuliyeti kendisine yükletilemez. Kendisinden istenilen, bozuk firenle yola çıkmamaktır. Bu hususta mesuliyetin mesnedi, dikkat ve itina göstermemek halidir. kastde bu bozukluğu bilmesidir. Eğer yola çıktığı zaman bozukluğu bilmiyor veya bozukluk beklenmeyen bir arıza dolayısıyle yolda tahaddüs edip bundan haberdar olmamış ise dikkatsizlik ve tedbirsizlikden ve binanaleyh taksiri bir hareketten bahs olunamaz—dikkatsizlik yani taksiri suçlar kastı tecavüz eden cürümlerdende gene bu gaye dolayısıyle ayrılırlar. Yaralamak maksadile ika olunan muessir fiilde vukua gelen ölüm cürümünde kast icrayıdır. Suçlu hasmının sıhhati aleyhine zararlı bir netice elde etmek gayesile hareket etmiştir. Ancak hareketinin neticesi istediğinden daha vahım tecelli etmiştir.

674

Halbukî taksiri hareketlerde fail zararlı neticeyi kısmen de arzu etmiş değildir. Dikkatsizlik teşkil eden suç bazı hallerde sebebiyet veren ile hâdiseye kurban gidenin müşterek ihmalleri neticesinde vukua gelmiş olabilir. Bu takdirde mesuliyeti tâyin hakikaten müşkülât arzeder. Temyiz Mahkemesi, daha müsait yer varken huysuz hayvanını herkesin gelip geçtiği caddeye bağlıyan bir kimsenin dikkatsiz hareketiyle, hayvanın uzağından geçmek imkânı mevcut iken yanından geçmek suretile tekmelenip ölümüne sebebiyet verilenin dikkatsizliği neticesinde vukua gelen hâdisenin mesuliyetini hayvan sahibine yükletmemiştir. Bu hususta verilen mahkûmiyet kararını bozmuştur. [8]

Hâdiseye birinci derecede madurun dikkatsizliği âmil olduğu kabul olunmuştur. Bu noktayınazara mutlak şekilde iltihak edemeyiz. Hayvanın huysuzluğunu ve tehlikeli olduğunu herkesten fazla sahibinin bilmesi lâzımdır. Kalabalık bir caddeye bağlamamak suretile nizamı ihlâle sebep olacak hâdiseleri önlemeyi düşünmesi bihakkın kendisinden beklenebilir. Hattâ bunun hareketini bozuk firenle yola çıkan ve kazaya sebebiyet veren şoförün tedbirsizliğinden, daha ağır buluruz. Caddede kalabalık bir yerde bağlanan bir hayvanı görünce onun bulunduğu yere göre munis ve tehlikesiz olduğu zehabine bihakkın kapılabilir. ve yolumuzu değiştirmek külfetinden kendimizi vareste tutabiliriz. Mal sahibinden dikkat ve basiret beklemekte ve bunun neticesinden kendisini mesul tutmakta haklı olduğumuzu sanıyorum.

V

Kastı tahakkuk ettirmiyen ve kastı aşan suçlar

İcrai mahiyetteki cürümlerde kast suçun gayesini teşkil eder yani kast, suçlunun vasıl olmak istediği neticedir. Bu itibarla mânevi unsur maddî fiilden evvel teşekkül eder. Aksi hal mesuliyete mesnet olamaz yani gayri kasti olarak tahaddüs eden neticeyi benimsemek suç teşkil etmez. Bu itibarla maddî fiil bir gaye teşkil etmelidir. Bu gayeye erişmek emelile hareket eden suçlu bazen bu emeline yetişemez ve hareketi icra dediğimiz safhaya vasıl olmuş ise fiili cürüm teşkil eder. Ancak gaye tahakkuk etmemiş olduğundan hareketi noksan cürüm (Teşebbüs) halinde kalmıştır. Binaenaleyh teşebbüs gayeyi tahahkuk ettiremiyen hareketlerdir. Bazen de suçlu istihdaf ettiği suçun zararlı neticesinden daha ağır ve vahim bir neticeye vasıl olur. Yaralamak gayesile indirdiği darbe ölümü intaç edebilir. Orman kanununa göre Ormanda ateş yakmak suçtur. Her hangi bir maksatla yakılan ateşten ormanın yanmasına sebebiyet verilirse daha ağır bir suç işlenmiş olur. Bu takdirde hareketi kastı aşmıştır. Şu halde kast bakımından bu noktada da suçları bir tasnife tâbi tutabiliriz.

[8] Dördüncü Ceza Dairesi 937 gün 2866 karar.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
625

1 — Kasti suçlar, alelâde suçlar olup izahtan müstağnidir.

2 — Kastı tahakkuk ettiremiyen suçlar, teşebbüs.

3 — Kastı aşan suçlardır. Bunlara kısaca işaret edelim.

Kastı aşan suçlar :

Türk Ceza kanununun 486,3 — 456,3 — 452 — 451 — 455 — 50 — 418 — 477 — 463 — 443 — 383 — 305 — 230 — 273 — 279 — 382 — 373 üncü maddelerinde dağınık bir surette mevzu bulunan suçlar kastı aşan suçlardandır. Bunlar mahiyeten iki kısma ayrılır. Bir kısmı fail tarafından arzu edilmiyen daha ağır netice failin fiilinden evvel mevcut olup failce bilinmiyen hallerin inzimamile husule gelir. 451 — 456,3 — Bu kabil suçlardandır. Diğerleri ise failin fiilinden sonra inzimam edip neticeyi ağırlaştıran hallerdir. 452 inci madde bu kabil hallerdendir. 456 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasında mevzuubahs müessir fiil neticesi çocuk düşürme suçu da kastı tecavüz eden suçlardandır. Bu hususta çıkan Tevhidi İçtihat kararile [9] Bu karara müsteniden devam etmekte olan içtihada göre 456 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasının tatbiki için müessir fiil ikaî kastile birlikte failin kadının gebeliğini bilmesi de lâzımdır. Fakat buna rağmen kast çocuğu düşürmiye mâtuf olmamalıdır. Çünkü bu takdirde suç mezkûr kanunun 468 inci maddesine temas eder. Müessir fiil dolayısiyle vukua gelen çocuk düşürme suçu kastı tecavüz eden suçlardandır. Husule gelen netice kasta tevafuk etmiş olsaydı, fiil T. C. Kanununun 468 inci maddesine temas eder ve cezası 7—12 sene ağır hapis olurdu. Ancak suçlu husule gelen fiilin zararlı neticesini istememiş olduğundan kanunun mensup olduğu ceza mesleği bu maddeye göre ceza tâyinini tecviz etmez.

Fakat çocuk düşürme hadisesi mutlak surette müessir fiilde ad olunmamıştır. Yani cezaya hastalığın devam müddeti esas tutulmamıştır. Çocuk düşürme hadisesi havastan el ve ayaktan birisinin ziyaı mahiyetinde müstakil ad olunmıyacağına göre normal hallerde hastalık azami yirmi gün devam edeceğinden fiil yukardaki hafif fıkralara temas ederdi. Burada ceza hukuki ile medeni hukuk arasındaki şahsiyet telâkkileri ayrılıklarınada temas ediyoruz. Ceza kanunu anarahmindeki çocuğu müstakil bir varlık ad etmez. yani onu müstakilen himaye etmez cenin aleyhine tecelli eden müessir fiilleri anasının sıhhatına müteallik bir mesele ad eder. Bu itibarla çocuk düşürmeyi katil saymaz halbuki medeni kanun şahsiyeti ana rahminde izafe eder. Medeni kanunnn 27 inci maddesine göre şahsiyet çocuğun sağ olarak tamamile doğduğu andan itibaren başlar ve ölümüle nihayete erer. Çocuk sağ doğmak şartile ana rahmine düştüğü andan itibaren mede-

[9] Tevhidi İçtihat Umumî Heyeti 4/12/35 gün 12 karar Temyiz kararları 1937, s. 97 ve C.U.H. 3/5/37 gün 89 karar Temyiz kararları 1937, s. 69

ni haklardan istifade eder. 524 üncü maddeye göre de sağ doğmak şartile cenin mirasçı olur. Ana rahmindeki çocuk dâvacı olabilir. Medeni kanunun 298 inci maddesine göre ana rahmindeki çocuğa kayyum tâyin edilerek bu vasıta ile namına dâva açılabilir.

455 İnci maddede mevzuu bahs dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi vukua gelen yaralama ve ölüme sebebiyet halleride kastı tecavüz eden fiillerdendir. Yukarda bu kabil fiillerin de kasti olduğunu ve bunlarda kastın hukuki nizama ihlale matuf vakaları önlemek için lâzım gelen tedbir ve itinayı göstermek şekilde tecelli ettiğini izaha çalışmıştık. Kast dikkat ve itinada lakaydi mahiyetinde olduğundan vukua gelen netice yani yaralama ve ölüm kastı tecavüz etmiştir. 468 İnci maddenin 3 üncü fıkrasıda kastı tecavüz eden suçlardan bahsetmiştir. Zira kast çocuğu düşürmeğe matuftur. Katil istenilmediği cihetle kadının ölümü kastı tecavüz etmiştir. Kastı tecavüz eden fiiller hakkında ceza kanunumuzun bu görüşünden şu prensibi istihraç edebiliriz, Kanun arzu edilen netice ile kastı tecavüz eden netice arasında mutavassıt bir mesuliyet kabul etmiştir. Yani kastı tecavüz eden fiillerde mesuliyet tecavüz edilen neticeden ağır fakat tahakkuk edilen neticenin mesuliyetinden daha hafiftir. Kanun tam cezayı, ancak maddi ve manevi unsurların tekemmül ettiği fiillere tertip etmiştir. Maddi unsurun noksanı halinde bununla mütenasiben mesuliyetinde azalma derecesini teşebbüs hükümlerile Umumi kaide halinde vaz etmesine rağmen manevi unsurun noksanını kanun fiile göre tâyin ve tedvin etmiştir.

418 İnci maddede kasti tecavüz eden fiillerden bahseder. Irza geçmek fiili mağdurun ölümünü veya marazın sirayetini intaç etmiş ise bu hal şiddet sebebi sayılmamış müstakil bir suç ad olunmuştur. Irza geçmek neticesinde vukua gelen ölüme sebebiyet halinde ceza müebbet ağır hapistir. Burada kanun çıkardığımız Umumi prensipten ayrılarak ağır netice arzu edilmiş gibi ceza tâyin etmiş değildir. Vaka katil fiilin cezası 18 sene ağır hapis olduğu halde suçlunun arzu etmediği ölüm fiiline müebbet ağır hapis cezasının tâyin edilmiş olması faile katil fiilinden daha ağır bir mesuliyet tahmil edilmiş zahabını uyandırmaktadır. Fakat kanun buradada arzu edilmiyen netice cezasının hafif olması prensibinden ayrılmış değildir. Eğer 418 inci meddeye göre vukua gelen ölümü fail istemiş olsaydı. Hareketi ırza geçmek suçunu ika zımnında adam öldürmek mahiyetinde olup 450 inci maddeye tevfikan idam cezasını istilzam ederdi. 418 inci maddede ırza geçmek fiilinin ikaı neticesinde vukua gelen ölüm hadisesine mutlak şekilde müebbet ağır hapis tâyin olunmamış ve 15 seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezası da verilebileceği tasrih olunmuştur. Bu suretle kanuna tahakkuk eden netice ile arzu edilen netice arasındaki mesuliyetin nisbetini daha uygun şekilde tâyin etmiş oluyor. Irza geçmek zım-

677

nında vukua gelen müessir fiillerde müstakil suç sayılmamıştır. Irza geçmek neticesi bir marazın sirayetine veya sıhhate bir zarar ikaına sebebiyet verilmiş ise vukua gelen netice iki suçtan terekküp etmesine rağman bir suç sayılmıştır.

Kastı tecavüz eden fiillerin en mühimi ve tatbikatta kesretle vuku bulanları 451 ve 452 inci maddede yazılı olan hallerdir. 451 inci maddeye göre ölüm failin fiilinden evvel mevcut olup failce bilinmiyen bir sebebin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayri melhuz esbabın inzimamı suretile vukua gelmiş ise netice failce arzu edilmemiş olduğundan suç kastı tecavüz etmiştir. Bu takdirde ceza normal cezadan hafif ve suçların istediği neticeden daha ağır bir hâdde tâyin olunacaktır. Suçlunun kastının hududunu suçu işlemekteki saik, Kullandığı vasıta ve suçu işleme tarzına göre tâyin etmek ekseriya mümkündür. 451 İnci maddede katil kastile olmıyan darp veya sair müessir fiilden ölüm vukuu halini kastı tecavüz eden bir suç sayılmıştır. Kastı tecavüz eden suç kastın tahakkuk ettiği neticeden daha ağır ve müstakil bir suç teşkil eder. Failin fiiline inzimam eden hadise şiddet sebebi değil inzimam ettiği hadise ile birlikte müstakil bir suç teşkil eder. Fiilden sonra tahaddüs edip fiilin vasfını değiştiren hadiselerin ve amillerin, kanunun mesleğine göre şiddet sebebi ad edilmesine imkân yoktur.

50 inci maddede kastı tecavvüz eden suçtan bahis eder. Meşru müdafaa, zaruret ve amirin emrini ifa gibi mesuliyeti ref eden sebeplerden birisinin şeraiti tecavüz edildiği takdirde kısmen mesuliyet kabul olunmuştur. Kastın müdafaa veya zaruret hududunu tecavüz etmesi hallerinin mesuliyet derecesi tâyin olunmuştur.

461 inci maddenin son fıkrasıda mal aleyhine işlenen suçlarda mütecavizin tecavüzünü def etmek salâhiyeti mal sahibine tanımıştır. Bu madde hududu dahilinde tecavüzü def etmek zaruretile işlenen fiillere mesulyiet terettüp etmez ancak müdafaa hududu tecavüz edildiği takdirde hadise kastı tecavüz eden bir fiil ad olunmuştur.

243 üncü maddenin son fıkrasında Devlet memurları tarafından efrada yaiş kence neticesinde ve müessir fiil vukua gelmesi hallerinden bahis edilmektedir. Bu takdirde netice fail tarafından arzu olunan işkenceden daha ağır tecelli etmiştir. Keza 230 uncu maddenin son fıkrası ihmal neticesinde vukua gelen ve failce arzu edilmiyen zarardan bahseder : Bu mesuliyet izrardaki mesuliyetten hafiftir. 473 üncü maddenin sübijektif unsurun kendini idareye muktadir olmıyan küçükleri veya akıl hastalığına müptela olanarı kendi başına terk etmek kastıdır. Fakat bu terk neticesinde o kimsenin vücuduna veya sıhhatına bir zarar geldiği takdirde son fıkraya göre kastı tecavüz eden bir suç husule gelmiştir.

678

379 uncu madde deniz fener ve işaretlerini değiştirenlerin fiillerine ceza tâyin etmiştir son fıkraya göre bunun neticesinde gemi batmasına sebebiyet verilmiş ise kastı tecavvüz eden fiilin cezası artırılmıştır. Keza 382 inci maddede yangın ve su basmasına sebebiyet suçları kastın tecavüz suretile ve ölüme sebebiyet bu mahiyettedir. 383 üncü maddede dikkatsizlik neticesi yangın ve infilaka sebebiyet hellerine aittir.

Netice olarak işaret ettiğimiz gibi kastın tecavvüz edilmesi halinde husule gelen neticenin failin mesuliyetini ağırlaştırdığı fakat husule gelen ağır neicenin suç olarak istilzam edeceği mesuliyet dununda bir mesuliyet kabul olunduğunu gösterir. Ceza kanununun muhtelif maddelerini tahlili neticesinden çıkan pirensip bundan ibarettir. Buna nazaran mesuliyetin ağırlığı bir hudut dahilinde kanun tesadüfe terk etmiş oluyor. Terettüp eden mesuliyetin mesnedi yalınız irade değil tesadüf eseri olarak fiile tekaddüm veya inzimam eden ve fiilin vehametini arttıran tabii sebepler oluyor.

Bu bahse nihayet verirken kastın mevzuatımızdaki hususi bir haline işaret etmemiz lazımdır. Suç failin zararlı ve tehlikeli neticeyi istemesi ve bu neticeyi tahakkuk ettirmek için failen harekete başlayıp maddi fiili işlemiştir. Kaideten bm hal bir şahısta bulunur. Fakat suçun manevi unsuruna iştirak yani fiile fikren iltihap suretile suç işlenebilir. Başkası tarafından işlenen fiile. yalnız kasten yani manevi unsuruna iştirak edenlerede cezayı mesuliyet teveccüh eder. 64 ve 65 inci maddelerle müteakip maddeler bu hususu umumi kaide halinde tanzim etmiştir. 64 Üncü maddenin 2 inci fıkrası cürüm ve kabahat işlemeye başkasını azmettirenin aynı cezayı göreceği tasrih etmiştir 65 inci maddenin 1 inci fıkrasında yine manevi bir iştirak halinden bahsetmektedir. Ancak 64 üncü maddenin ikinci fıkrasına göre manevi hem fiil yani yalnız kasten suça iştirak eden suçlunun mesuliyeti tam değildir. Asıl failin yani aynı zamanda suçun maddi unsurunu da işleyenin mesuliyeti dunundadır. Keza manevi şerikin 65 inci maddedeki mesuliyet dereceside asıl failin mesuliyetinden daha ehvendir. 66 ıncı maddede mesuliyet kast derecesile mütenassip olarak tâyin olnnmuştur. Şeriklerden birisi hakkında teşdidi cezayı mucip şahsa bağlı daimi veya arızi ahvalden mesuliyet, cürüm işlendiği zaman ona vakıf olanlara terettüp eder. Keza 67 inci maddede mesuliyeti ağırlaştırıcı şahsi sebeplerin ancak kasten iştirak edenlere sirayet edebileceği kabul olunmuştur. Bu takdirde dahi mesuliyet tam değildir. Failin cezasına nisbetle 6 tı da 1 derece az ve idama bedel 24 sene ağır hapistir. Baba katilinin fiiline bilerek iştirak yani oğlunun babasını öldürmeyi iştirakda şerikin cezası ölüm değil 24 senedir. Diğer hallerdede altıda birisi indirilir. Şerikin tasavvur olunan suç haricindeki fiillerdende diger şeriklere mesuliyet tevccüh etmez hırsızlık fiili kararlaştırılarak bir eve giren şeriklerden birisinin içeride ırza geçmesi veya

679

adam öldürmesi kapu önünde hırsızlık fiiline iştirak kastı ile bekleyen diğer kimselere mesuliyet terettüp etmez. Kanunun kabul ettiği sistem kast haricindeki fiillere mesuliyet tertibine manidir.

2 — kastı tahakkuk ettirmiyen fiiller (teşebbüs)

Yukarda kastı tecavüz eden fiillerden bahsetmiştik. Şimdi de fiili tecavuz eden kastden bahsedilmiş. Bu halde fail arzu ettiği daha ağır neticeyi elde etmiye muvaffak olmamış ve ihzari mahiyetteki fiili kastını tahakkuk ettirememiştir. Kanunumuz bu esası pirensibe bağlıyarak umumi hükümler halinde tanzim etmiştir. Yani kastı tecavüz eden halleri hususi bahislerinde derpiş edip ayrı ayrı hükme bağlıyan kanun, fili tecavuz eden kastı umumi kaide ve perensibe bağlamıştır. burada kanun mesuliyet derecesini kastı tecavuz eden fiillerde olduğu gibi vasat bir derece kabul etmiştir. maddi unsur tamamen tahakkuk etmediği, noksan kaldığı cihetle mesuliyet mahduttir. Teşebbüste yani tahakkuk etmemiş fiilde manevi unsurla maddi unsur arasında, tevafuk yoktur. Kast ileri, Maddi fiil geridir mesuliyetde ikisi ortasıdir. teşebbüs iki safhaya ayrılmıştır. Adli ıstılâhımızde birisine nakis diğerine tam teşebbüs denilir. nakıs teşebbüste fail kastını tahakkuk ittirmek için malik bulnnduğu vasıta ve iktidarın kâffasını kullanmamıştır. Bu takdirde maddi hareketi kasten yani gayesinden uzaktir. Tam teşebbüste ise fail maksadini tahakkuk ettirmek için büutun vastaları ve iktidarini sarf etmemiştir.burada hareket ğayeye yani kasta daha yakın olduğu için nakıs teşebbüse nazaren mesuliyeti de daha ağırdır. Nakıs teşebbüsde ölüm cezasına bedel 15—20 sene kadar ve müebbet ağır hapse bedel 10—15 seneye kadar diğer hallerde fiilin icab ettirdiği cezanın yarısından üçte ikisine kadarı indirildiği hâlde (M.61) tam teşebbüste ölüm cezasına bedel 20 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis sair hâllerde fiile mürettep cezanın altıda birden yarısına kadarı indirilir. 61 ve 62 inci maddelerdeki pirensinbin suçluya arzu ettiği fakat tahakkuk ettiremediği neticeden daha hafif bir mesuliyet izafe etmek olduğunu görmüştük. Umumi olan bu perensibin bazı îstisnaları mevcuttur.Yani failin tahakuk etiremediği gayeyi tahakuk ettirmişi addedilerek ceza tayin olunan bazi istisnaî hâller vardir.

146 inci maddeye göre teşkilâtı esasiye kanununu tebdil, tağyir ve Büyük Milet Meclisinini iskat etmiye teşebbüs edenler idam olunurlar. Yani maddi unsur temam olmasa dahi mesuliyet tamdir. İkinci fıkraya göre iştirak halinde fesat çıkarmıya matuf hareketlerde teşebbüs derecesinde kalsa bile yine idam cezası verilir. 156 ıncı maddeye göre Cumurresine su'î kast tam teşebbüs derecesinde kalırsa idam cezası verilir. Askerî ceza kanununun 55 inci maddesine göre seferberlikte veya harp tehlikesi ânında T. C. K. nın 129 üncü maddesinde yazılı sucları ışlemiye tşebbüs edenler ölüm cezasına çarptırılır. keza bu kanununun 56 inci maddesi A frıkasına

690

göre T. C. K. nın 133, 136 ıncı maddelerinde yazılı suçları işlemiye teşebbüs edenler ölüm cezasına çarptırılırlar. umumi ve hususî kanunlarımızda teşebbüsün en yüksek ceza ile cezalandırıldığı fiiller mevcuttur. Bu hâller kanunun mesuliyet hakkında kabul ettiği sistemin istisnasini teşkil eder. Bu hususdaki maddelerin tetkikatinden de anlaşılacağıgibi bu istisna devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlara munhasırdır. Vatanın bütünlüğünü ihlâla mâtuf bu hareketler devletin siyasi, ve askerî bünyesini sarsma istidadını gösteren mahdut ve pek vahim fiillerdir. Bu fiillerin teşebbüs haline en ağır mesuliyetin tevcihi devletin en tabii bir hakkının, müdafaa hakkının tabii bir neticesidir.

Kanun, istisnai olan bu hallerde fiilîn objektivitesinde noksan bulunmasını mazeret sebebi saymamıştır. Devletin siyasi askerî durumunu bozmayı ve devletin beka ve devamını tehlikeye koymayı istihdaf eden bu fiillerede mazeret tanınması bu beka ve devamın teminatını teşkil eden ceza knunlarının hikmeti vazıına aykırı düşer. Cemiyeti yaşatmamak gayesini güden ve bu maksatla hareket eden kimseyi yoketmek cemîyetin itiraz götürmez müdafaa hakkının tabii bir neticesidir.

VI

Kastın ve fiillerin teselsül ettiği suçlar

Suçlarda kastın tezahür şekillerini izah için bılhassa 79 ve 80 inci maddeler üzerinde tevakkuf etmiye değer. 79 uncu maddeye göre işlenen suç ceza kanununun muhtelif maddelerine tevafuk etse bile kasıttaki vahdet fiillere birlik vereçeğinden temas ettiği maddelerden en şiddetli cezaî istilzam eden ile cezalandırılır. Filhakika süknaya mahsus bir yerde hırsızlık suçunda mündemiç olan mesken masuniyetini ihlâl suçu ve bu suça ait kasıtta mevcuttur. Ancak başkasının malını rizasını hilâfına almak suçundan tamamen müstakil anasırı muhtevi olan mesken masuniyetini ihlâl suçu daha agır cezayı istilzam eden hırsızlık suçu ile bir vahdet teşkil eder. Cebren ırza geçmek fiilinde mağdurun mukavemetini selbedecek tehdidin bulunması tabiidir. Kaide suça tevafuk eden en agır maddeye göre ceza tâyin olunur. Bu itibarla kavgada hasmını ölümle tehdit için silâh kullanan şahsın T. C. K. nun 191/2 maddesi yerine 466 ıncı madde ile cezalandırılması hakkındaki C. U. H. kararını tenkide şayan buluruz [10].

Zira kast ve maddi fiil aynı zamanda daha ağır cezayı muhtevi olan 191 inci maddeyi ihlâl etmiştir. Kast ve fiilde birlik bulunmıyan hallerde tabiatiyle cezadan bahsedilemez. Ruhsatsız silâh 549 uncu maddeye göre suç teşkil eder. Aynı zamanda zaruret olmadan bu silâhla ateş etmek ayrı bir suç teşkil eder.

[10] C. U. H. 1/2/934 gün 10 karar

681

T.C.K.nun 80 ninci maddesi ise fiil ve kastın teselsül ve tevalisini tanzim etmiştir. Bir gayeye müteveccih bulunan kasdin ef'ali icraiyesinden ibaret hadiselerin taaddüdü ayrı ayrı suç sayılmaz. Zira kast yani gayedeki vahdet fiillere bir birlik verdiğinden müteselsil olan hareketler tek bir suç sayılır. Ve içtima hükümleri tatbik olunmaz, ceza muayyen bir nisbette artirilir. Ancak kast ve niyet tevali eden fiillere göre yenilenirse bu fiillere müstakil birer suç mahiyetini verebilir. kast teceddüt ettiği takdirde içtima hükümlerinin tatbiki lâzımdır. [11]

Suçlu bir fiili işlemeyi kast ederek suçun maddi unsurunu defaatla işlemesi halinde fiillerin heyeti umumiyesi bir suç sayılır. kastta vahdet fiillere istiklal vermeye mânidir. Ancak kast birliğini zaman bozar. C. U. H. bir sene fasıla ile işlenen fiillerde kastin teceddüt ettiğini kabul etmiştir. [12] hulâsa: 79 ve 80 inci maddelerde mütaaddit kastli bir fiil veya bir kasitli mütaaddit fiillerin gaye birliği halinde tek suç addolunacağı meselesini tanzim eder. Tatbikatta incelikler ve o nisbette karışıklık husule getiren bu maddeler hakkında zengin içtihat teessüs etmek suretiyle bir dereceye kadar istikrar hasıl olmuştur. Kaideten kastin şahıs aleyhine tevecüh etmesi şarttır. Hukukî nizama aykırı zihniyetle ve suç işlemek kastile vaki olan hareket neticesinde hedefin tebeddülü kastin mevcudiyetini bertaraf edemez. İbrahimi öldürmekten suçlu olan bir kimsenin birinci kurşunla İbrahimi öldürdükten sonra gene attığı kurşunla iki kişi daha yaralaması halinde katil suçundan başka iki yaralama suçu daha işlenmiştir. İçtima hükümlerinin tatbiki lâzımdir. [13] Filhakika ikinci kurşunda yaralamak yani suç işlemek kastile atılmıştır. Hedefin değişmesi mesuliyete muessir görülmemiştir.

Suçu işleme vasıtası kununî şiddet sebebi teşkil ettiği zaman kastin vasıtayada taallûk etmesi lâzımdır. Binaenaleyh silâhın künt tarafı ile işlenen muessir fiillere T.C.K. nun 457 inci maddesi tatbik edilmez. [14] Bunun böyle olması gayet tabiidir. şiddet. sebebi suçluya fazla ceza tâyinini icabettirmektedir. Bu fazlalığın mesnedini teşkil edecek mesuliyetin tesbiti ve bunun suçluya kabili isnad olması icabeder. Kastin şiddet sebebine taallûk etmesi şarttır. Kastin muhtelif zaman ve mahallerde tezahürü aynı mahiyette yani müteselsil fiillere istiklal bahşedeceği cihetle 80 inci maddenin tatbikine mâni teşkil eder. Muhtelif zamanlarda suçlunun aynı şahsı tahkir etmesi içtima hükümlerinin tatbikini istilzameder. [15]

[11] C. U. H. 8/11/937 gün ve 291, 164 K. Temyiz kararları 1937 S. 116
[12] C.U.H. 8/11/938 gün ve 169 karar „ „ 1938, S. 149
[13] 1 inci C. 17/7/937 gün 3038 karar „ „ 1937, S. 282
[14] 4 üncü C, 1/7/935 gün 4607 karar „ „ 1935, S. 3.0
[15] 1. C. 10/10/936 gün 4568 karar „ „ 1936 S. 224

Zamanın geçmesi ve ahirentevali eden fiillerin mahiyetleri ve işlenme saikleri yenilenmesine delâlet eden sair hallerin mevcudiyeti bunların mustakil birer suç sayılmalarını icabettirebilir.Kastin taaddüt edip etmediği diğer bir deyişle yenlenip yenilenmdiğini tâyin arada geçen zamana ve son fiilin birinci fiile olan alaka ve irtibatına ve nihayet suçlunun yeni bir karar ve irade ilemi hareket ettiği yahut eskiden vermiş olduğu kararın devam ve icraisından başka bir şey yapmadığı cihetinin takdirinden ibarettir. Kast bir haleti zihniye olduğu cihetle bunları kastin maddi tezahür şekillerinden yani failin fiil ve hareketlerinden istidlâl etmek lâzımdır.

VII

Madde 44:

Hukukî Bilgisizlik (Kanunu Bilmemek)

Kanunu bilmemek mazaret sayılmaz.

Madde,kanunu bilmemek halinin mesuliyeti refedemiyecegini tasrih etmiştir. filî hata yani maddi hata kasdi bertaraf etmesi itibariyle mazeret sebebi teşkil ettiği halde kanun vazıı hukukî hatayı mesuliyete müessir mahiyette görmemiştir. Bu bir zaruretten ileri gelir. Bir kimsenin işlediği bir fiilin ceza kanununda yazılı bir suç teşkil edecegini bildiğini isbat etmek hemen ekseriya imkânsızdır. Ve buna esasen lüzum da yoktur. Zira suç işlemek aynızamanda âhlâka mugayir bir hareket de teşkil ettiğine göre işlediği memnu fiilin suç sayıldığını kanundan öğrenmiye lüzum yoktur. Fiilin fenalığını herşeyden evvel suçlu vicdanında okumuş ve anlamıştır. Aslında yeni İtalya kanununun 44 üncü maddesinde ancak ceza kanununu bilmemenin mazeret teşkil edemiyeceği yazılı olduğu halde kanunumuz bunu mutlak olarak kanunu bilmemek mazeret sebebi teşkil etmez şeklinde tasrih etmiştir. Bununla beraber idari ve medenî kanunlar üzerinde vukua gelen basit hataların tecziyesi cihetine gidildiğini zannetmiyoruz. Bu takdirde hata maddi bir şekil alır, kastla yani 45 inci madde ile imtizaç etmek suretiyle mesuliyeti refeder kanaatindeyiz. Esasen 45 inci madde sarahati muvacehesinde maddi hata hakkında umumi bir kaide vazına lüzum görülmemiştir. Mazeret teşkil etmiyen kanunu bilmemek iddiasıdır. İdarî emir ve tedbirleri bilmemek mazeret teşkil etmelidir. hıfzıssıhha mülâhazasiyle belediye reisinin aldığı tedbirleri şehri yeni ziyaret eden bir yabancı bilmiyebilir. Bu kimseden mevcudiyetinden haberdar olmadığı idari emir ve tedbir hatta kanun hükmüne riayet etmesini istemek yalnız hukuka degil aynı zamanda aklıselim ve mantıka da mugayeret teşkil eder.

Hakkında boşanmakararı verilen bir kadının zevciyet rabıtası zail olduğu kanaatiyle münasebet tesis eden bir kimsenin boşanma kararının H. M.

683

U. kanununa göre katiyet kesbedeceği safha ve kanunî merasimi takdirde hataya düşmesi veya ayrılığı boşanma zannetmesi ayrılmasını icebettirir fikrindeyiz; zira zina evlenme rabıtası yani aile nizamı aleyhine işlenen bir suçtur. Vaziyet failin kadının evli olduğunu bilmemesi gibidir.

Keza evini satan bir kimsenin dolap vesaire tesisatını ferağdan hariç zanniyle söküp alması ve bu suretle medenî kanunun 619 ve 620 inci maddeleri hükmünü bilmemesi kendisini izrar veya hırsızlık suçunun mürtekibi sayılmasına mâni teşkil etmelidir.

İdarî ve medenî kanun hükümlerini bilmemek suretiyle ceza kanunu hükmünü ihlâl halleri fiilî bir hata mahiyetinde tecelli ettiği cihetle 45 inci madde zaviyesinden mütalâa olunabilir. Bu takdirde ise kasdin yokluğu sebebiyle suçluluk da yok sayılır. Aksi takdirde 45 inci maddenin mutlak ifadesine bağlı kalınırsa basit hataların suç sayılmasına meydan verilmiş olur.

Madde bilhassa ecnebiler hakkında tatbik edilirken itina gösterilmelidir. Kısa bir müddet Türkiyede kalan ecnebilerin bilhassa kabahat fiilleri hakkındaki hukukî bilgisizlikleri üzerinde tevekkuf edilmeli mazeret teşkil eden bir hatanın mevcut olup olmadığı ciheti araştırılmalıdır. Hâkim taşınması yasak silâhtan bir kaç santim büyük bir silah yahut idhaline cevaz bulunan ecnebi sigarasından bir kaç tane fazla bulunduran ecnebiyi sırf mevzuata olan vukufsuzluğu sebebiyle bu kabahatten mâzur sayabilir. maznun silâhın evsafında veya inhisar maddesinin miktarında hataya düştüğünü iddia ederse bu iddiası kabul olunmalıdır. İtalya ceza kanununun tatbikatında da içtihadın bu suretle teessüs ettiği anlaşılıyor. bu esas vekâletçe teşkil olunan komisyon tarafından hazırlanan yeni ceza kanunu projesinde de kabul olunmuştu. Bu projenin 57 inci maddesi son fıkrasında aynen şöyle denilmektedir. (Ceza kanunundan başka bir kanun üzerinde hata, suçu teşkil eden fiilede hataya sebep olduğu takdirde ceza verilmesine mani olur.) 45 inci maddenin mutlak ifadesine rağmen bu hallerde hukukî hatanın mazeret teşkil edeceği kanatindayiz.

Suç teşkil ettiği kanaatile suç teşkil etmiyen bir fiili işliyene ceza verilemez. Burada da suçlunun düştüğü hata hukukî yani kanunidir. Fail hukukî nizamı ihlâl kasdiyle hareket etmiş fakat hareketi bu neticeyi doğurmamıştır. Zira kast mücerret olarak mesuliyete mesnet teşkile tmez. Memnu fiil, sucun objektivitesidir. Maddi unsuru bulunmıyan suç tasavvur edilemez. Diğer tâbirle suçlu ihlal tasavvurunda bulunmuş isede bunu ihlâl edememiştir. Hukukî nizamı da kast ve tasavvurlar değil ancak fiil ve hareketler ihlal edebilir.

684

Askerî ceza kanununun 66 ıncı mddesine göre kıtasından izinsiz ayrılmak bir suçtur. Bir askerin izinsiz ayrıldığını ihbar etmek T. C. K. nın 285 inci maddesine tevfikan iftira teşkil edip etmiyeceğini münakaşa edelim. muhbir ihbarının suç isnadı olduğunu yani askerî ceza kanunnnun 66 ıncı maddesi hükmünü bilmediğini iddia eder. fikrimize göre maznun, biilmediğini iddia ettiği madde hükmunu ihlal etmiş değildir. yani maznun askerî ceza kanununun 66 ıncı maddesine uyğun bir suç işlediği iddiasile takip edilmediği cihetle T . G . K . nın. 44 üncü maddesinde yazılı hukukii bilğisizlik mevzuu bahis değildir. Mevzuu bahis olan hal 45 inci maddeye tevfikan kastın yokluğudur. Muhbir ecnebi memleketten yeni gelmiş ve askerî ceza kanununun 66 ıncı maddesi kendisi memleket haricinde bulunduğu zaman tedvin olunmuştur. İsnadının suç teşkil etmiyeceği kanaattile ihbarda bulunması halinin T . G . K . nın 285 inci maddesi hükmünden muaf tutulması 44 üncü maddenin hikmeti vazıne aykırı gibi görünür. Fakat 44 üncü maddede mevzuu bahis hal ihlâl olunan maddeyi bilmemek halidir. maznun 285 madde ve bu madde tadilâtından haberi bulunmadığını iddia edemezsede hususi kanun hükümlerine vukufsuzlığı mazeret sayılabilir. Ancak izinsiz ayrılan askerî askeri ceza kanununun 66 ıncı maddesi hükmünü bilmediğini dermeyan edemez zira hareketi bu maddeyi ihlâl etmiş olması itibarile bu iddia T . C . K . nın 44 üncü maddesine aykırı düşer.

Kararname ile Tâyin edilen bir memura, kendisini tâyin edene küfretmek suretile hakarette bulunan suçlu, memurun cumhurreisi tarafından tâyin edildiğini yani idarî kanunları bilmediğini müdafaaten dermiyan ve teyit ederse mesuliyetten kurtulur kanaatındayız.

VIII

Fiili Bilgisizlik (Hata)

Mesuliyetin mesnedi sübjektif unsurdur. Birşeyi bilerek ve isteyerek yapmak halidir. Hata ise tamamen bunun zddı yani bunu refeden bir ruh haletidir. hata Bir şeyi bilmemek yahut yanlış bilmektir. Bu hal mesuliyetin manevi unsurunu bertaraf edeceğinden tabiatile cezadan bahsedilemez. Ceza kanunu hukuki bilğisizliğin mesuliyeti kaldıramıyacağını 44 üncü maddede tasrih ettiği halde maddi hatadan yani fiili bilmemek veya yanlış bilmekten bahsetmemiş ve bu hususta bir kaide koymamıştır. Buna lüzümda yoktur cünki fiile mütaallik yanlışlık daha umumi tarzda kast ile imtizaç etmektedir. Fiili hata isnad kabiliyetini yani mesuliyeti refeder. Sahih olduğu kanaatile sahte bir vasikayı kullanmak veya bir parayı sürmek suç teşkil etmez.

Hata yalnız ceza hukukunda değil medeni ve idare hukukunda da önemli bir ehemmiyet arzeder. Bu hukuk şubelerinde de ekseriya mesuliyeti refeder. Hüsnü niyet sahibi üçüncü sahısların hakları mahfuz kalmak şartile hata medeni hukukda mesuliyeti bertaraf eder. M . K . nın 116 ıncı

685

maddesine göre hata evlenme akdinin feshine sebep teşkil eder. Borçlar kanununun 23 ve 24 üncü maddeleri hükmüne göre akdi yaparken hataya düşen kimse o akitle ilzam olunamaz. Medeni hukukda müeyyide butlandır. Hile de butlan sebebini teşkil eder. Zaten hile başkası tarafından yanıltmakten başka dir şey değildir. Maddi hataya ait hükümler kısmen 52 inci maddede mevzudir.

Madde 52

Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kasdettigi şahisden başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kastolunan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak fail. cürümün tazammun edebilecegi esbabı muhaffefeden istifade eder.

Madde, kanunun mensup oldugu kılasik ceza mektebi tesirinde kalan bir hükmü tesbit etmektebir. Maddi fiil bir hata neticesi olarak kastı tecavüz ettigi takdirde mesuliyet kast hududile mukayyet ve maddi fiil kastın dununde kalmışsa bu defa mesuliyetin hududu fiile göre tâyin edilecektir. Maddeye göre kastle hata maddi fiilden hangisi hata yüzünden hafif kalmışsa mesuliyet de o unsura tâbi ve o unsurla mahdut kalacaktır. Meselâ: ana veya babayı öldürmenin cezası ölümdür. Babasını öldürmeyi kasdeden failin attığı kurşun üçüncü bir şahsın ölümüne sebebiyet vermiş ise babasını öldürmüş gibi ceza görmiyecek çünkü mesuliyet kasta göre değil bilakis kasta nazaran daha hafif tecelli eden fiile göre tâyin olunacaktır. bilâkis eğer öldürülmesi kasdolunan babanın tahrik teşkil eden haksız bir hareketi varsa üçüncü şahıs alayhine işlenen suçta, suçlu bu azaltıcı sebepden istifade edecekdir. Zira bu takdirde yani suçlunun lehine netice veren hususlarda suç baba aleyhine işlenmiş telâkki olunacaktır. İnsanda kanunun tek taraflı bir adalet teminine çalıştıgı intıbaı hasıl oluyor.

Babayı öldürmek tasavvuru ile harekete geçen ve kanunun en agır müeyyide ile tenkil ettiği bu maksadı tahakkuk ettirirken katil suçunu işleyen maznunun netice tahakkuk etmemiş diye baba katili addolunmayabilir. Ancak babanın tahrik teşkil eden haksız hareketinin tamamen masum ve bu hadiseye kurban giden üçüncü şahısden sadır olmuş addolunması günahsız mağdur aleyhine suçluya bahşolunan bir atifet mahiyetinde görülmektedir. Babayı öldürmek redaâtini izhar suretile cemiyette tehlikeli durumunu ispat eden ve bu ugurda günahsız ve kabahatsız bir şahsı öldüren suçlunun hareketlerinde yalnız hafifletici sebeplerin aranılarak diğerlerinin ihmal edilmesi adaleti yerine getirmeyi prensip edinen kanun, fazla kılasik telâkkilere yer vermesi neticesi adalet madalyasının diğer tarafını bir az ihmal etmiş gibidir.

186

Taammüden birisini öldürmeyi tasavvur ederek harekete geçen suçlunun tasmim ettiği kimse yerine başkasını öldürmesi halinde kasden ika edilmiş bir katlin mevcudiyeti münakaşa götürmez. Acaba muayyen bir şahıs aleyhine suç işlemek sebat ve israrinden doğan taammüt de kastla birlikte intikal edebilecekmi?. 936 - 32 sayılı tevhidi içtihat kararında bu mesele münakaşa edilmiştir. [16] neticede: babasını öldürmeyi kasdettiği halde başkasını öldürmek halinde babalık yani öldürülmeyen şahsın sıfatından neşet eden artırıcı sebebin sirayet edemiyeceğine göre taammüt de muayyen bir kimse aleyhine sebat ve israr olunan bir tasavvur olmsına göre ancak o şahıs aleyhine tahakkuk ettiği takdirde nazara alınabilecği ve onun yerine hataen başkasının öldürülmesi halinde faile sirayet edemiyeceği esası coğunlukla kabul olunmuştur. Mezkûr tevhidi ictihat kararında 450 inci maddedeki şahsi sıfat ve suçu vücuda getiren hadisedeki vasıf noktayı nazardan cezayı şiddetlendirmeye saik olan sebeplerin 52 inci maddenin tatbikatında sirayet edemiyeceğine ve kastın mesuliyet hududu ile mahdut bulunduğuna da işaret olunmuştur. Bu görüş, 52 inci madde ifadesine ve kanunun mensup bulunduğu ceza mesleği telâkkisine uygundur.

Ancak bu hususta ceza U. H. tinin pek nadir ve aynı zamanda dikkata şayan bir hadise dolayısiyle sadır olan kararının mutlak şekilde kabulü imkânsızdır. Kararın hulâsası şudur. (Kardaşını öldürmek maksadile suçlunun attığı kurşunun anası halimeye isabet ile ölümünü intaç eylediği anlaşıldığından kardaşını öldürmek niyeti fiilen tahakkuk etmemiş, anasını öldürmek kastı da bulunmamış olduğu nazara alınarak suçlu hakkında 448-inci maddenin — adiyen katil—tatbiki icap ederken 449 uncu madde ile mahkûmiyetine karar verilmesi yolsuzdur.)[17].

Kanunumuza göre alelâde katil fiilinin cezası 448 inci maddeye tevfikan18 ve kardaş öldürmenin cezası 449 uncu maddeye tevfikan 21 sene ağır hapisten başlar. Ana ve baba öldürülmesinin cezası 450 inci maddeye göre ölümdür. Suçlu ölüm cezasını icabettiren bir fiili işlemeyi kastederek harekete geçmiştir. Ancak maddi fiili 24 sene ağır hapsi istilzam eden kardaş katli ile neticelenmiştir. Suçlunun kasdetigi fiil ile işlediği fiilin dûnunda bulunan 448 inci maddenin tatbiki suretiyle 18 sene ağır hapse mahkûm edilmesi kanaatımıza göre klasik mektep müntesibi olan kanunnun da ruhuna uygun düşmez. Zira gerek kast ve gerek maddi fiil yani objektif ve sübjektif unsurlar 449 uncu maddede imtizaç etmektedir. Bütün cezai hükümleri maznunun le-

[16] Tevhidi içtihat U. H. 936/32 Adliye Dergisi 936/1 Sayfa 3.

[17] C. U. H 7—10—938 gün ve 80 Kar. 938 Temyiz kararları S.95

687

hine yormak ceza kanununun yüksek gayesini zafa uğratacağı gibi mümasil hadiselerde tatbikatta mubayenet ve tanakuzlara da yol açabilir. Suçlu 52 inci madde delâletiyle 449 uncu maddeyi bilerek işlemişttir. ihlâl etmeyi tasavvur ettiği hukuki nizam daha vahim yani kastı daha redi hadiselere taallûk ediyor. 449 uncu maddenin tatbikından çekinmek hadiselere lâyık olduğu cezayı vermemek demektir. Ceza U. H. nın ekseriyetle vermiş olduğu bu kararda ki görüşüne iştirak edemeyiz. Burada ancak iki hal tasavvur olunabilir. Zira darbenin inhirafı halinde birisi elde edilen diğeri daha vahim olarak arzu edilen neticeye mütaallik iki isnad mevzuubahistir. Asgarisinin yani suçlunun lehine olanın tatbikile adalet temin edilmiş olur. Daha hafif fakat tahaddüs etmediği için hakikatta mevzuubahis olmıyan üçüncü bir halin tasavvuru ile buna ait cezanın tatbikini fazla klasik bir tefsair addederiz. Bir katil fiilinde mahiyeten mevcut olan redaât mütecavüzünaleyhin tesadüfen değişmesiyle tebeddül etmemelidir. Binaenaleyh bu hal suçun keyfiyeti üzerine de tesir etmez.

T. C. K. nın 52 inci maddesi umumi şekilde mesuliyeti tâyin eden bir maddedir. Dövme ve yaralama fiillerine munhasır değildir. Umumi ve hususi kanunlarda yazılı bütün suçlara kabili tatbiktir.

Bilfarz memuriyet cezayı artırıcı bir sıfattır. 266 ve 271 inci maddelere göre vazifelerinden dolayı devlet memurlarını döven veya tahkir edenlerin fiilleri âdi darb ve tahkiri tecavüz ederek devlet idaresi aleyhine işlenen bir suç teşkil eder. Devlet memuru zehabile veya maddi hata yüzünden bu fiiller memur olmıyan birisi aleyhine işlendiği takdirde 52 inci madde delâletile 266 ve 271 inci maddedeki mesuliyet suçluya sirayet edemez. bilâkis memurun keyfi hareketile sebebiyet verdiği hallerde mesuliyeti kaldıran 272 inci maddenin lehe olan hükümlerinden istifade eder. Bu takdirde şu hal tasavvur olunabilir.Bir memur T.C.K.nun 272. Maddesi şeraitine uygun şekilde memuriyet hududunu tecavüz ederek bir kimse hakkında keyfi harekette bulunur ve bundan müteessiren mağdur memuru darb veya tahkir kasdile hareket ederek hataan diger bir kimseyi tahkir eder veya döverse cezanın ıskatına hükmolunabilecekmidir? 52 inci madde delâletile bu suçu memur aleyhine işlenmiş addedeceğiz ve bu takdirde 272 inci madde de tatbik olunabilir.Bu vaziyette yani cezanın ıskatı halinde insanı düşündüren mesele cezanın ıskatını icabettiren fiil kendisinden sadır olmıyan fazla olarak haksız yere tokat yiyen veya hakarete uğrayan mağdurun halidir.Bu mağdurun mâruz kaldığı haksız tecavüzün hukuki mahiyetini tayine üçüncü şahısların fiil ve iradeleri müessirdir.

Halihazır ceza telâkkisi mesuliyeti tayinde yalnız suçlunun haleti ruhiyesini mesnet ittihaz eder. Mağdurun hukuki vaziyeti medeni hukuku alâkadar eder. Bu takdirde fail hukukan mesuldur.

52 inci madde 273 üncü maddedeki şiddet sebebinin tatbikine de mâni teşkil edebilir.

Hataan tahrik edenden başkası aleyhine suç işleyen 51 inci madde hükmünden istifade edebilecektir.

Hırsızlıkta da fiilî ve şahsi şiddet sebeplerinin sirayeti keza 52 inci madde ile mukayyettir. Hizmet akdi veya karşılıklı nezaket icabı siyanetine terk edilen eşya zannı ile üçüncü şahsa ait eşyayı çalmak, umumun tekâfülü altında bulunduğu zannile diğer birisine ait malı çalmak âdi hırsızlık tekil eder.

491 inci maddenin fıkralarındaki mevsuf hallerin sirayetinde keyfiyet aynıdır. Keza 524 üncü maddede mevzuubahis olan ve mal aleyhine işlenen suçlarda suçlu lehine mevzu azaltıcı bir sebeb teşkil eden karı, koca ve usul furuluk, erkek ve kız kardaşlık vasıflarının aleyhine suç işlenen şahsın tebeddülüne rağmen suçluya sirayet eder.

Keza umumî azaltıcı bir sebep teşkil eden 59 uncu maddesinde de hal böyledir. Aleyhine suç işlenmesi kast olunan şahsın sıfatına göre 59 uncu maddei tatbiki icab ettiği takdirde mesuliyeti azaltan bu sebepten suçlu istifade eder. Zira suç, kastin, aleyhine müteveccih olduğu şahıs hakkında işlenmiş telâkki olunur.

689

No: 31

Salâhiyetsiz Temsil ve Hukukî Neticeleri [*]

Yazan
Dr. Necip B İ L G E

Hukukun ana prensiplerinden birisi; bir kimse tarafından yapılan hukukî muamelelerin sırf o şahsın hukukî çevresinde neticelerini doğurması; yani, yapılan muameleden doğacak hak ve borçların sırf o şahsın mamelekinde tesir husule getirmesidir. Bu kaideye göre o şahsın yaptığı hukukî muamele üçüncü şahıs için «Res inter alios acta» dır ve onu doğrudan doğruya ilgilendirmez.

Fakat, içtimaî ve iktisadî hayat şartları her şahsın kendi işini bizzat kendisinin görmesine çok vakıt imkân vermediğinden, her ileri hukuk sistemi bir şahsın diğer birisi namına hareket edebilmesini ve bu suretle bir kimsenin yaptığı muamelelerle üçüncü bir şahsın hukukî çevresine tesir edebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu tesirin hukukî mesnedi «Temsil» müessesesidir. Borçlar kanunumuzun 32 inci maddesi «salâhiyettar bir mümessil tarafından diğer bir kimse namına yapılan akdin alacak ve borçları o kimseye intikal eder.» diyerek bu müessesenin ana prensibini ifade etmektedir.

Gerçi bu maddenin açık ifadesinden temsilin yalnız ***Alacak ve Borç*** doğuran ***AKİDLERDE*** cari olabileceği mânası çıkmaktadır. Fakat temsil hükümlerinin borçlar hukukui çerçevesine girmiyen diğer bir çok mukavelelere de tatbiki şüphe götürmez. Meselâ aynî hak doğuran mukavelelerin

(*) — *Bibliyografya* :

Arsebük, Esat	: Borçlar Hukuku.
Becker,	: Obligationenrechte (OR).
Deappen/Reymond	: Code fédéral des Obligations (CO).
Funk Fritz	: Code Fédéral des Obigations (CO).
Oser, Hugo	: Obligatinenrecht (OR).
Rossel, Virgil	: Manuel du Code Fédéral des Obligations (Co).
Schneider — Fick	: Commentaire du code fédéral des obligations.
v. Tuhr, Andreas	: Code fédéral des Obligations (CO).
ATF	: Recueil oficiel des arrêt du tribunal (Fédéral mahkeme kararları mecmuası)
JdT	: Jonrnal des Tribunaux.

690

mümessil marifetiyle yapılamıyacağını emreden bir kanun hükmü mevcut değildir. Bilâkis, Medenî kanunun 5 inci maddesi borçlar kanununun umumî hükümlerinin medenî hukuk sahasında da tatbik edilebileceğini âmirdir.

Diğer taraftan, (32) inci maddedeki «*akit*» tâbiri de yanlıştır. Çünkü, akit iki taraflı irade açıklamasını icap ettirir; fakat hukuk âleminde iki taraflı iradeyi tazammun eden muamelelerin yanı başında, bir taraflı irade ile tekemmül eden hukuki muameleler ve bunlara benziyen diğer fiiller vardırki, temsil hükümlerinin bu muamelelere ve bu fiillere teşmiline mâni olabilecek meşru hiçbir hukuki sebep yoktur.

İsviçre borçlar kanununda da (CONTRAT=AKİT, MUKAVELE) den bahsolunması bir ifade hatasına atfedilmekte ve «TEMSİL»in yalnız borçlar hukukuna dahil olan mukavelelere değil, Medeni hukuk mukavelelerine, bir taraflı hukuki muamelelere ve hatta hukuki netice doğuran diğer bazı hâdiselere bile tatbikı kabul olunmaktadır. Meselâ, mükiyetin nakli, müruru zaman ve sukutu hak müddetlerinin kat'ı, salâhiyet verilmesi, bir hâdiseye ıttıla, mütaahhit namına bir işçinin hukuki tağyire [1] meydan vermesi gibi muamele ve hâdiseler temsil suretile yapılabilir.

Borçlar kanununun 32 inci maddesi, bize, doğrudan doğruya, veya vasıtasız temsil dediğimiz muamelenin unsurlarını vermektedir. Bu unsurlardan:

Birincisi: Bir şahsın diğer bir kimse namına hareket etmesi;

İkincisi:Bu şahsın o kimse namına hareket etmiye salâhiyetli bulunmasıdır.

Bu unsurlardan birincisi eksik olursa, yani mümessil diğer bir kimse namına değil, kendi namına iş yapıyormuş gibi hareket ederse, vasıtalı temsil müessesesi karşısında bulunulur.

İkinci unsur eksik ise, yani başkası namına hareket eden mümessilin hakikatte salâhiyeti bulunmazsa, o vakit salâhiyetsiz temsilden bahsolunur. İşte bizim tetkik etmek istediğimiz mesele: salâhiyetsiz temsil ve onun hukuki neticeleridir.

32 inci maddeye göre, mümessil temsil ettiği şahıs namına hareket etmiye salâhiyetli olduğu takdirde yapılan muamele muteberdir ve bu muameleden doğan hukukî neticeler mümessili değil, temsil olunanı bağlar.

İmdi; kendisini mümessil olarak tanıtan şahsın hakikatte salâhiyeti yoksa ne olur?

İlk bakışta böyle bir muamelenin müsbet hukukî bir netice doğurmıyacağı akla gelebilir. Öyleya, mümessil kendisi namına hareket etmediğinden yaptığı muamelenin kendisini bağlamasına imkân yoktur. Diğer

[1] — Esat Arsebük, Borçlar hukuku § 49,III;v .Tuhr, Co, § 41 ,II,; Oser, OR, Madde 32—40 No. 14

691

taraftan temsil olunan böyle bir muamele için salâhiyet vermemiştir; hattâ belki de yapılan muameleden haberi bile yoktur. O halde bu muamele onun için ***Res inter alios acta'dır.*** Yukarda bahsettiğimiz umumi prensipe göre, hiç bir şahıs, yaptığı muamelelerle diğer bir şahsın hukuki çevresine müdahale edemez.

Görülüyorki, mümessil ve temsil olunan bakımından, salâhiyetsiz mümessil tarafından yapılan muamelenin hukuki bir hüküm ifade etmesi için gereken hukuki mesnetler eksiktir. Fakat, meseleyi bir de üçüncü şahıs, yani salâhiyetsiz mümessil ile muameleye girişen şahıs bakımından tetkik etmek lâzımdır: Üçüncü şahıs tam bir hüsnü niyetle ve mümessilin salâhiyetine itimad ederek işe girişmiştir. Yapılan muamelenin sağlamlığına güvenerek bir çok masraflara girmiş ve bu yüzden başka fırsatları kaçırmış olabilir.

Diğer taraftan, mümessilin de her vakıt suiniyetle hareket ettiği iddia edilemez. Belki kendisine verilmiş olan salâhiyet hududunu tâyinde hata etmiştir ve belki salâhiyetinin sona erdiğinden haberdar değildir.

Dahası var: salâhiyetsiz mümessilin yaptığı muameleler, temsilettiği şahsın menfaatlerine uygun düştüğünden, temsil olunanın bu muameleyi kabul etmesi ihtimal dahilindedir ve bu ondan beklenebilir.

İşte bütün bu sebeplerden dolayı, kanunumuz salâhiyetsiz mümessilin yaptığı muameleleri peşinen hükümsüz saymakta bir fayda görmemiş; bu muamelenin ya tamamen hüküm ifade etmesini veya tamamile ortadan kalkmasını bazı şartlara bağlamıştır.

Salâhiyetsiz temsilin hukuki neticeleri:

Salâhiyetsiz temsilin hukukî neticeleri hakkındaki hükümlerin tahlilini kolaylaştırmak için, bu şekil muamelenin hangi hallerde imkân dahiline gireceğini kaydedelim:

a) Salâhiyetsiz temsilin vuku bulacağı hallerden birisi salâhiyetin hiç bir zaman mevcut olmamış bulunmasıdır. Bu hale, verilen salâhiyetin ehil olmıyan bir kimse tarafından verilmiş olmasını ve salâhiyetin verilişinde iradeyi bozan sebeplerden birisinin bulunması hallerini de ilâve etmek lâzımdır.

b) Salâhiyeti hukukan ve katî olarak sona ermiş bulunan mümessilin temsil edilen namına muameleye girişmekte devam etmesi de salâhiyetsiz temsil çerçevesine girer.

«Hukukan ve katî olarak sona ermiş» kaydını koyuyoruz; çünkü, bazı haller vardırki, salâhiyetin sona ermesi sebepleri filî olarak mevcut olduğu halde salâhiyet hâlâ devam ediyor farzolunur. Meselâ salâhiyetin sona er-

692

diğinden mümessil haberdar değildir. Bu takdirde yapılan muamele, salâhiyetsiz temsil değil, salâhiyetli temsil hükümlerine göre kıymetlendirilir. Burada tebarüz ettirmek istediğimiz nokta şudur: Salâhiyeti sona erdiği halde mümessilin hâlâ temsil olunan namına muamele yapmakta devam etmesi her zaman salâhiyetsiz temsil hükümlerinin tatbikine yol açmaz.

Salâhiyetsiz temsilin maddî imkân şartlarını böylece belirttikten sonra şimdi, salâhiyetsiz mümessil tarafından üçüncü şahısla yapılan muamelenin hukukî neticelerini araştırabiliriz.

Borçlar kanununun 38 inci maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir:

«Bir kimse salâhiyeti olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yaptığı takdirde bu şahıs işbu akde icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olamaz. Diğer tarafın, temsil edilenin münasip bir müddet içinde o akde icazet verip vermiyeceğini beyan etmesini talebe hakkı vardır. Bu müddet zarfında icazet verilmediği tarkdirde o kimse mülzem olmaz.»

Bu maddenin açık metninden çıkan mâna şudurki, salâhiyetin bulunmaması temsil suretile yapılan muameleye mâni olmaz, ancak böyle bir muamele —Kabulden evvel ***TEMSİL OLUNAN İÇİN*** hüküm ifade etmez. Salâhiyetsiz mümessil ile muameleye girişen ***üçüncü şahsa*** gelince: O, muamele ile bağlı kalır. Görülüyorki, salâhiyetsiz mümessil tarafından yapılan muamele yalnız bir tarafı (üçüncü şahıs') bağlamaktadır. Bunun tek bir istisnası, yani hem temsil olunanı, hem de üçüncü şahsı, hukukan bağlıyabilecek, her ikisi hakkında hüküm ifade edebilecek tek bir muamele vardır: O da borcun bizzat borçlu tarafından ödenmesinde alacaklının bir menfaatı bulunmadığı hallerde, borcun üçüncü bir şahıs yani salâhiyetsiz mümessil tarafından ödenebilmesidir. Borçlar kanununun 67 inci maddesinin bu hususa ait olan şartları tahakkuk ettiği takdirde, borç; salâhiyetsiz mümessil tarafından ödenebilir ve bu ödeme temsil edileni borcundan kurtarır[2].

Demekki, borç ödeme hariç, salâhiyetsiz mümessil tarafından yapılan muamele bir taraf için (üçüncü şahıs) muteberdir; diğer taraf için (Temsil edilen) muteber değildir. Bu şekilde olan, yani taraflardan yalnız birisi hakkında hüküm ifade eden muamelelere başka sahalarda da raslanmaktadır. Meselâ küçük ve mahcurların yaptığı muameleler kanunî mümessillerinin tasdikinden evvel aynı mahiyettedir. Bu nevi muamelelere hukuk edebiyatında ***Topal muamele=Acte boiteux*** denmektedir.

Çünkü yapılan muamele ne tamamile muteberdir, ne de tamamile hükümsüzdür. Hukukî muameledeki bu topallık, bu eksiklik; salâhiyetsiz tem-

[2] — Esat Arsebük, Borçlar hukuku, § 53. I, II;v. Tuhr, Co, § 45, I; Oser, OR, madde: 38 No. 1.

693

silde temsil olunanın, küçük ve mahcurlara ait muamelelerde kanunî mümessilin iradesi ile giderilebilir. Yarım muameleyi tamamlıyan bu irade « İcazet » dir. Yapılan muamele, icazetin verilmesinden evvel mualâktadır. Bu zaman zarfında, yalnız üçüncü şahıs muamele ile bağlıdır. Mümessilin salâhiyetsizliğinin bilinip bilinmemesi bu bağın mevcudiyetine müessir değildir.Bu bağ o derece kuvvetlidir ki, mümessilin rızasile bile olsa üçüncü şahıs — bu hakkı evvelden mahfuz tutmamış ise — muameleden geri dönemez.Yapacağı tek iş icazetin verilip verilmiyeceğini beklemektir.

Alman medenî kanununun sahte mümessil (Falsus Procurator) karşısında bulunan üçüncü şahsa verdiği « Akdi bozma » salâhiyeti Türk ve İsviçre borçlar kanununun hükümleri arasında yer almamıştır. Bununla beraber, kanunun bu hususstaki sükûtuna rağmen, borçlar kanununun hileye ait hükümleri ile üçüncü şahsı himaye etmek imkânı vardır. Sahte mümessilin hilesine kurban olan üçüncü şahıs, muameleyi hiç kabul etmek istemediği takdirde, borçlar kanununun 28 inci maddesine tevfikan akdin hükümsüzlüğünü iddia edebilir.

Ortada salâhiyetsiz mümessilin bir hilesi mecut olmadığı ve üçüncü şahıs salâhiyet meselesinde bir hataya düşmüş olduğu takdirde, Funk ve Oser hataya dair olan 24 üncü maddenin 2 veya 4 üncü bentlerinden istifade edilebileceğini ileri sürmektedirler; fakat biz, Von Tuhr'la beraber, 24 üncü maddenin değil, ancak 38–39 uucu maddelerin tatbik edilebileceği fikrindeyiz [4].

Hukuki bakımdan muallâkta bulunan muamelenin neticesini « İcazet», yani « sonradan verilen muvafakat iradesi » tâyin eder: icazet verildiği takdirde, muamele her iki taraf hakkında muteber olur; reddedildiği takdirde ise, 39 uncu maddeden doğacak haklar mahfuz kalmak şartile, muamele tamamile ortadan kalkar. Demekki doğuracağı hukukî netice bakımından icazet vermek, salâhiyet vermeğe muadildir. Esasen bu iki muamelenin hukukî mahiyetleri de aynidir: Her ikisi de (Droits Formateurs= Gestaltungsrechte) denilen inşâî hakların kullanılmasından ibarettir. Bu itibarla diger inşâî haklarda olduğu gibi, icazet beyanı da, salâhiyet vermede diger tarafın kabul etmesine bağlı muamelelerden değildir. Hukukî netice tevlit etmesi bakımından icazet beyanının diger tarafa ***ulaşması*** kâfidir.

İcazet kime gönderilebilir?

Umumen kabul olunmaktadırki, icazet mümessile veya üçüncü şahsa gönderilebilir [5]. Fakat mümessile gönderilen icazetin hüküm ifade etme-

[3] — Alman medeni kanunu (BGB), § 178; v. Tuhr, CO. § 45 Not 21: Esat Arsebük, Borçlar hukuku, § 53; Oser, OR. Madde 38, No. 8

[4] Oser, OR. Madde 38, No. 8; v. Tuhr, §. 45, Not 21.

[5] — v. Tuhr, § 45, sahife 320; Oser, OR. Madde 38, No. 6; ATF. 41, II, 272;

£94

si, onun üçüncü şahsa bildirilmesine bağlıdır. [6] Verilen icazet muteber olmak için muamelenin tamamına şâmil olmalıdır. Muamelenin yalnız bir kısmı için verilen icazet hukukî mahiyetini değiştirir ve üçüncü şahıs nazarında ancak yeni bir icap mahiyetinde kabul olunabilir ve bu mesele, salâhiyetsiz temsil bahsinde değil, mukavelelerin inikadı bahsinde tetkik edilir. Bu noktada şunu tebaruz ettirmek icap ederki. salâhiyetsiz mümessil birbirine bağlı olmıyan müteaddit muameleler yapmış ise, yapılan muamelelerin hepsine şâmil olmıyan kısmî bir icazeti kabul etmek gerektir. Yani temsil edilen birbirine bağlı olmıyan bu muamelelerden bazısını kabul ve bazısını reddedebilir.

Verilen icazetin tâbi olacağı şekle gelince: Mevzuu olan muamele bir şekle tâbi olsa bile icazet sarih veya zımnı bir surette ve her hangi bir şekle tâbi olmadan verilebilir [7]. Meselâ, temsil olunan salâhiyetsiz mümessilin yaptığı muameleden haberi olmadan, aynı iş hakkında o mümessile salâhiyet verirse, bu salâhiyet zımnî bir icazet sayılır.

Temsil olunan icazeti ***istediği zamanda*** verebilir, çünkü kanun bu hususta bir müddet tâyin etmemiştir.fakat üçüncü şahsı da ilânihaye intizar mevkiinde bırakmak doğru olmaz. O halde üçüncü şahıs ne kadar müddet bekliyecektir? Bu müddeti tâyin için üçüncü şahıs tarafından temsil olunanın icazet vermeye davet edilmiş olup olmaması hallerini ayırmak lâzımdır.

İcazetin verilip verilmeyeceği hususunda bir davet yapmadığı takdirde üçüncü şahıs için beklemekten başka çare yoktur. Temsil olunanın sükûtu müsbet veya menfi bir mânayı tazammun etmez. Çünkü sükût hukuk bakımından (Neutre=bitaraf) olan bir hadisedir, onun müsbet veya menfi bir mânayı tazammun etmesi bazı şartların tahakkukuna bağlıdır (borçlar kanunu Mad. 6).

Üçüncü şahsı bu bekleme vazıyetinden kurtarmak için, borçlar kanununun 38 inci maddesinin son fıkrası üçüncü şahsa temsil olunanı icazet vermeye dâvet hakkını vermiştir. Böyle bir talepte bulunan üçüncü şahıs, taleple beraber, icazetin verilmesi için bir müddet tâyin eder veya etmez.

Müddet tâyin etmiş ise icazetin o müddet zarfında verilmesi lâzımdır, aksi takdirde icazet reddedilmiş sayılır ve üçüncü şahıs mukavele ile bağlı kalmaz. [8] Görülüyorki müddet tâyin edildiği takdirde ***Sükût*** ret mânasına gelmektedir. Mamafih, üçüncü şahıs, muayyen müddette icazet verilme-

[6] — F. Funk, CO. Sahife 91; Alman medeni kanunu § 171, II; v. Tuhr, CO. Sahife 320, Not 10, 11; ATF, 41, II, 268

[7] — Burada mesele sırf maddî hukuk bakımından tetkik edilmektedir ve bu bakımdan icazet bir şekle tâbi değildir. Usul hukuku bakımından icazetin mevcudiyetini isbat bir şekle tâbi olabilir.

[8] — Deappen/ Reymond, CO. Sahife 70; ATF. 58, III, 12 (JdT. 1932, II, 118).

695

mesinin kabul addedileceğini icazet talebile beraber diger tarafa bildirebilir; bu takdirde Sükût müsbet bir mâna ifade eder.

Tâyin edilecek müddetin uzunluğuna gelince; kanun bunun ***münasip*** olmasını emretmiştir. Münasip müddet mefhumu ise, yapılan muamelenin ***Temsil Olunan İçin*** haiz olduğu ehemmiyete göre değişir. Üçüncü şahıs bu müddeti bizzat kendisi, veya temsil olunanla uzlaşarak tâyin edebileceği gibi,hâkime de tâyin ettirebilir [9] Her halde, çok kısa bir müddet münasıp bir müddete tahvil edilebilmelidir.

Üçüncü şahıs, icazet talebinde bulunurken bir müddet tâyin etmemiş ise, işin iktisadi icaplarına ve hale uygun bir müddet zarfında icazetin verilmesi veya reddedilmesi lâzım gelir. İşin icabından aksi anlaşılmadığı takdirde, bu müddet zarfında hiç bir cevap verilmemesi icazetin reddi şeklinde anlaşılabilir.

Alman medeni kanunu, icazet talebinde bulunulurken müddet tayin edilmemiş olması halinde, temsil olunanın iki hafta zarfında cevap vermesi mecburiyetini derpiş etmiştir. [10] Fakat Türk ve İsviçre borçlar kanununda buna benzer bir hüküm yoktur. Mamafih, yukarda da söylediğimiz gibi işin icabına ve hale uygun bir müddet zarfında kabul beyanının yapılmaması ret mânasına gelebilir.

Temsil olunan icazet verip vermemekte serbesttir. Fransız kukukunda olduğu şekilde, [11] Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf hükümlerini ileri sürerek üçüncü şahıs temsil olunanı akdi kabule icbar edemez. Fakat bir defa da icazet verildimi, akit bütün kukukî neticeleri ile temsil olunanı bağlar. Hatta, Hukukî netice bakımından, icazet verme, salâhiyet tefviz etmekten daha katidir. Çünkü, salâhiyet, mümessilin hukuki muamelede bulunmak ***İktidarı*** 'nı ifade ettiği halde, icazet; yarım muamelenin tam ve muteber bir hale gelmesine sebep olur [12]. Bunun içindirki, temsil olunan, verdiği salâhiyeti geri alabildiği halde, verdiği icazetten rücu edemez. [13].

Diğer taraftan, icazetin katiliği şu noktada da kendisini gösterir: icazet makabline şâmil bir tesiri haizdir. Yani salâhiyetsiz mümessilin yaptığı muamele, icazetin verilmesinden sonra, ta başlangıçtan beri muteber olarak akdedilmiş sayılır. İcazet hakkında makable şümul prensipi kabul edilmezse, icazeti istediği zaman vermek serbestliğine malik olan şahsa, yani

[9] — v. Tuhr aksi fikirdedir. Bakınız: v. Tuhr, CO. § 45, No: 22.
[10] — Alman medeni kanunu § 177.
[11] — Demogues, Traité des obligations, Cilt. I, Sahife. 191.
[12] — Oser, OR. Madde 38, No: 4; v. Tuhr, CO., Sahife 320.
[13] — Mamafih Oser, OR. Madde 38, No. 6.

696

temsil olunana,üçüncü şahıs aleyhinde ispekülasyon yapmak imkânı verilmiş olur [14]. Bununla beraber, icazet, muamelenin kanuni bir unsuru olmaktan çıkıpta tarafların koyduğu bir şart şekline girmiş ise, yani taraflar muamelenin muteber olması için icazetin verilmesini şart koşmuş iseler, borçlar kanununun 149 uncu maddesi gereğince akıd icazet şartının tahakkukundan itibaren hüküm ifade eder; icazetin makabline şamil olması için tarafların bunu göz önüne almış olmaları ve bu hususdaki «niyetlerini izhar » etmeleri lâzımdır.

İcazetin; verilmesi yarım olan muameleyi tamamladığı halde, reddi de muallâk bir halde olan ve yalnız üçüncü şahıs için lüzum ifade eden bu yarım muameleyi tamamile hükümsüz bırakır. Artık üçüncü şahıs da, diğer taraf gibi, bu muamele ile bağlı kalmaz.

Muamelenin bu şekilde ortadan kalkması salâhiyetsiz mümessili veya üçüncü şahsı bazı zararlara uğratabilir. Mümessil, salâhiyetsiz hareket etmiş olduğundan dolayı, uğradığı zararlara tahammül etmek mecburiyetindedir. Üçüncü şahsın uğradığı zararlara gelince, bunların hangi şartlar altında ve ne nisbette tazmin edilebileceği meselesi 39 uncu maddenin mevzuunu teşkil etmektedir. Bu maddeye göre: «akdin ademi sıhhatinden tehaddüs eden zararın tazmini zımnında, mümessil sıfatını takınan kimse aleyhinde dâva ikame olunur. Fakat bu kimse diğer tarafın, ademi salâhiyetine vakıf olduğu veya vakıf olması lâzım geldiğini isbat ettiği takdirde dâvaya mahal yoktur. Mümessilin taksiri vukuunda hakkaniyet iktiza ettiği takdirde, hâkim, onu daha fazla zarar ve ziyan itasına mahkûm eder. Hahsız mal iktisabı esasına binaen dâva ikamesi hakkı bu hallerin kâffesinde bakıdır.»

Bu madde hükmünün tatbiki şu iki şartın tahakkukuna bağlıdır:

1 — Hakikatte salâhiyeti olmadığı halde bir kimsenin salâhiyetli imiş gibi hareket etmiş olması. Salâhiyetsiz mümessilin bu hususta karşı tarafa bir vesika ibraz etmiş veya bir beyanda bulunmuş olmasına lüzum yoktur, salâhiyetin mevcudiyeti hakkında üçüncü şahısta bir inanç husule getirmiş olması kâfidir.

2 — Temsil olunanın salâhiyetsiz mümessil tarafından yapılan muameleye icazet vermemiş olması. Kabulde olduğu gibi, icazetin reddi sarih veya zımni olabileceği gibi, ret (bitirici vakıalar=Faits Concluants) dan da anlaşılabilir.

Bu iki şart (mümessilin salahiyetsiz hareketi ve temsil olunanın icazeti reddetmesi) tahakkuk ettiği takdirde, 39 uncu maddenin tatbiki bahis mavzuu olobilir. Bu madde 4 ihtimali göz önüne almıştır:

[14] — Oser, OR, Madde 38, No. 6

692

a) İcazetin reddinden dolayı mukavelenin hükümsüzlüğünden doğan tazminat dâvası;

b) Mümessilin salahiyetsizliğini üçüncü şahsın bildiği veya bilmesi lâzımgeldiği hallerde her nevi tazminat dâvasının ademi mevcudiyeti;

c) Mümessilin kusuru vaki olduğu takdirde, hakkaniyetin iktiza ettireceği daha geniş bir tazminat dâvası :

d) Sebepsiz iktisap dâvsı.

a) Mukavelenin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazmini dâvası :

Bu bahiste ilk olarak halledilecek mesele; bu dâvanın haksız fiilemi, yoksa mukavelenin ihlalinden doğan bir mesuliyetemi istinat edeceği meselesidir.

İsviçre hukukçularından Martin ve Schneider —Fick bu mesuliyetin haksız fiile istinat ettiği fikrini ileri sürerler. [15] Bu görüş tarzı kabul edilecek olursa, hadisede mümessilin bir kusuru olacağını ve bu kusur derecesinin tazminatın şümulünü tâyinde rolu olacağını da kabul etmek lâzımdır. Fakat bu takdirde 39 uncu maddenin II inci fikrasındaki» mümessilin taksiri vu. kuunda «tabirinin manası anlaşılamaz.

Oser bu meselede haksız fiile müstenit mesuliyet fikrini kabul etmemekle beraber, Kanundan doğan bu mesuliyetin daha ziyade haksız fiil hükümlerine benzediğini ve binaenaleyh haksız fiil hükümlerinin kıyasen tatbik edilebileceğini müdafaa eder. [16]

Federal mahkeme içtihatlarına da uyan v. Tuhr'un fikrine gelince: Bu müellife göre salahiyetsiz mümessilin mesul olması için bir kusur işlenmiş olmasına lüzum yoktur. Salâhiyetsiz hareket eden kimsenin mukavele konuşmalarından doğan ve iki tarafın biribirini aydınlatması mecburiyeti şeklinde ifade olunabilen vazifelere mugayir hareket etmesi kâfidir.[17]Binaenaleyh, bu mesuliyet mukaveleden doğan mesuliyete daha yakındır ve kıyasen mukavele hükümlerinin tatbiki daha doğru olur. Bu görüşten şu neticeler doğmaktadır :

Mümessilin mesuliyeti medeni kanunun 16 ıncı madddsine göre ehil olmasına bağlıdır; bu mesuliyet hakkında borçlar kanununun 125 ve sonraki maddelerinde ki müruru zaman müddetleri tatbik olunur. Bundan başka vekâlet, iş akdi gibi mukavelelere ait hükümler de yine kıyasen tatbik olunurlar. [18]

[15]—Mattin, Co., Cilt.I, sahife; Schneider—Fick, Commentaire du Co.,Madde 39,No.

[16]—Oser,OR.,Madde 36,No.7,8;

[17]—v. Tuhr, Co., §45, Sahife. 322; Becker, OR., Madde. 39, No. 4; ATF.58, II, 429;

[18]—JdT.1933, I,345; v. Tuhr, Co., Sahife 322; Oser, OR., Madde 39, No. 6, 9.

Tazminin mevzuu olan zararın mahiyetine gelince; 39 uncu maddenin I inci fıkrasındaki mesuliyet ancak «***menfi zarar'ın***» tazminine şamil olabilir, yani, üçüncü şahsın, sıhhatına itimadettiği bir muamelenin hükümsüz kalmasından doğan zararlarının tazmini mevzuu bahis olabilir.O halde tazminatın şümulünü tâyinde şu masraflar göz önüne alınır: Muamelenin yapılması masrafları, o muamelenin yapılması ve ifası düşünülerek girişilen masraflar, verilen eşyanın nakli masrafları, bu muamele dolayısile kaçırılan fırsatlar .. İlh. Fakat bu muamelenin ifasından beklenen kârların gaip edilmesi menfi zarar şümulüne ve binaenaleyh 39 uncu maddenin I inci fıkrası çerçevesine girmez. Bazı müellifler bunun aksini iddia ederlerse de bu doğru değildir. Hakikaten bu fıkranın şümulündeki zararın «***müsbet zarar***» olduğunu bir an için babul ettiğimiz takdirde, aynı maddenin II inci fıkrasındaki «daha fazla zarar ve ziyan»dan ne kastedildiği anlaşılamaz.I ve II inci fıkralardaki zararların telifi ancak bu iki zararın biribirinden ayrı mahiyette olmalarını kabul ile mümkün olur. Bundan başka, ortada sahih bir mukavele mevcut olmadığına ve kanun tarafından(***ifa dâvası*** = action en execution du contrat) tanınmadığına göre I inci fıkranın müsbet zararı amaç tuttuğunu kabul çok müşkül olur. Hâkim doktrin ve mahkeme içtihatları 39. I deki dâvanın ancak menfi zararın tazminine matuf olabileceğini kabulde müttefiktirler [19].

b) İcazetin reddi şu neticeyi de doğurabilir: Üçüncü şahıs mümessilin salâhiyetsiz olduğuna vakıf olur veya vakıf olması lâzımgelirse mümessile karşı hiç bir hak dermeyan edemez. Meselâ, gerek mümessil, gerek üçüncü şahıs vaziyeti bildikleri halde temsil olunanın yapılan muameleye icazet vereceğini düşünmüş olabilirler. Bu takdirde mümessil salâhiyetinin mevcudiyetini veya icazetin verileceğini tam bir surette garanti etmiş olmadıkça mesul olmaz. Çünkü bu hallerde üçüncü şahıs, muamelenin hükümsüz kalabileceğini düşünmüş ve bundan doğabilecek tehlikeyi göze almış farzolunur.

c) Biraz evvel 39 uncu maddenin I inci fıkrasındaki mesuliyetin tatbiki için mümessilin kusur işlemiş olmasına lüzum yoktur demiştik. Fakat salâhiyetsiz mümessil kusur işlemiş olursa ne olur? O zaman 39 uncu maddenin I inci fıkrası değil, daha ağır olan II inci fıkrası tatbik olunur ve kusurlu mümessil, hakkaniyet icabettiği takdirde daha fazla zarar ve ziyan itasına mahkûm olur. Mümessilin kusuru; salâhiyetsizliğini bildiği veya bilmesi lâzımgeldiği halde, üçüncü şahsın hüsnüniyetinden istifade ederek muameleye girişmesi ve üçüncü şahsı buna tahrik etmesi şeklinde kendini gösterebilir. Böyle bir hal vukuunda sadece menfi zararın değil, akdin ifasından üçüncü şahsın beklediği menfaatleri de karşılıyacak daha geniş bir

[19].v. Tuhr, co., sahife 322, Oser, OR., Mad. 39, No.5,6;

699

zararın tazmini ile mükellef tutulurki, bu da müsbet zarar mefhumuna dahil olur. Yalnız, kusurlu mümessilin bu şekilde müsbet zararı tazmine mecbur tutulması için hakkaniyetin bunu iktiza ettirmesi şarttır. Bu hususta hâkim keyfiyeti serbestçe takdir eder.

d) Bir de üçüncü şahsın mümessile (veya temsil olunana) karşı sebepsiz iktisaptan doğabilecek dâvası vardır. Çünkü mümessil üçüncü şahıstan bir şeyler almış olabilir. Muamele, icazetin reddinden dolayı hükümsüz kaldığına göre bu eşyanın üçüncü şahsa iadesi lâzımgelir. İşte bu iadeyi temin maksadı ile 39 uncu meddenin son fıkrası «sebepsiz iktisap dâvası bu hallerin kâffesinde mahfuzdur.» demektedir. Sebepsiz iktisap dâvası, verilmiş olan eşyayı elinde bulunduran şahsa karşı açılır. Bu şahıs, mümessil olabileceği gibi, temsil edilen de olabilir [20]. Temsil edilenin eşyayı almış olması her zaman, muameleye icazet vermiş olması mahiyetinde telâkki edilemez.

Sebepsiz iktisap dâvasının açılabilmesi için tevdi edilen eşyanın istihlâk edilmiş olması veya mislî eşyadan madut bulunması lâzımdır. Eşya halen elde bulunursa, üçüncü şahsın açacağı dâva sebepsiz iktisap dâvası değil, istihkak dâvasıdır. Çünkü, salâhiyetsiz mümessilin yaptığı topal mukavele, icazetin reddi neticesi tamamen hükümsüz kalmıştır. Hükümsüz bir muameleye istinaden yapılan devir muamelesi de milkiyeti nakletmez. O halde halen mevcut olan malın milkiyetini üçüncü şahıs muhafaza etmektedir. Milkiyeti kendisinde olan bu malın ancak zilyetliği başkasına geçmiş bulunmaktadır. Binaenaleyh, açılacak dâva zilyetliğin istirdadı dâvasıdır. Ancak, verilen eşyanın misliyattan madut bulunması veya istihlâk edilmiş olması dolayısile buna imkân kalmadığı takdirdedirki, sebepsiz iktisap dâvasından istifade edilir[21].

[20]— Sebepsiz iktisap dâvası mümessil veya temsil olunan tarafından üçüncü şahsa karşı da açılabilir. Çünkü, 39 uncu maddenin son fıkrasındaki bu dâvanın yalnız üçüncü şahıs lehine konduğuna hükmetmek doğru olamaz.

[21]— v.Tuhr,Co § 45.5.323.

209

No. 32

Ceza kanunları tatbikatında kavga

Yazan :
Dr. Cemil BENGÜ

I : Tarif
II : Yabancı mevzuatta kavga nasıl anlaşılmıştır?
III : Türk ceza kanunu tatbikatında kavgadan ne anlamalıdır?

I : Tarif

Kavga nedir? Bu mefhumu tarif edebilmek için evvelâ muhtevası, unsurları hakkında bir fikir edinmek gerekir. Filhakika, böyle sık sık tesadüf edilen bir hadiseyi tarif ve izah zor görünmeyebilir. Ancak ilerdeki izahlarımızın da göstereceği veçhile kavga ve buna azçok benziyen fiillerin ayrı ayrı hukukî neticeler doğurması, bu mefhumun üzerinde de durmayı ve mümkün olduğu kadar açık bir anlayışa varmayı, bilhassa tatbikatta, lüzumlu bir hale koymuştur.

O halde kavganın neden ibaret oldugunu anlamak için unsurlarını, muhtevasını, bir hadise olarak ne gibi fiil ve hareketlerle husulegeldiğini toplu olarak, bir an için, gözönüne getirmek faydalıdır.

Evvelâ, kavga tabiatı iktizası, karşılıklı bir hareketler mecmuası olduğundan, iki taraflıdır. Bu iki taraf her hangi bir sebeple karşı karşıya cephe almıştır.

Sonra, bu iki taraf da, yine hadisenin tabiatı iktizası, bir birine zıd, aykırı, muhalif iki ayrı zihniyet ve haleti ruhiye ile hareket etmektedirler; yani, tahrik, teşvik ve saire düşüncelerinden sarfı nazar, esas itibarile taraflardan biri ve umumiyetle ilk başlyıan taraf taarruz ve diğeri müdafaa durumundadır.

Nihayet, bu iki zıt taraf arasında fiilî, maddî bir temas vardır. Bu temas bir karşılıklı çarpışma, vuruşma, itişip kakışma... halinde tezahür eder. Bu fiilî temasın tarafların beden, sıhhat ve hayatları üzerindeki tesir ve neticelerinin âmme nizamı ve fertlerin hayat ve sıhhatı için arzettiği tehdit ve tehlikenin ehemmiyet ve derecesine, kullanılan vasıtaların mahiyetine [1] göre kavgaya katılanlar hakkında muhtelif neticeleri olacaktır.

[1] : TCK 466; Alman CK § 367/10, Muayyen vasıtaları kavgada kullananlar.

Kavga içinde husule gelen ölüm veya müessir fiiller, failleri tâyin edilebildiği nisbette, bu fiiller hakkındaki hükümler dairesinde cezalandırılmakla beraber ayrıca sırf kavgaya katılma suçundan dolayı da, husule gelen neticelerin faili olmak vasfile değil, kavga eden vasfile de cezalanacaklardır.

Kanunlar, umumiyetle, kavga içinde işlenen müessir fiil ve adam öldürme ve sair suçlardan maada, sırf kavgaya katılmayı da ayrı ve başlı başına bir suç olarak hükme bağlamaktadırlar. Bunun içindirki bu muhtelif neticeleri tayin ve tefrik edebilecek, kavga mefhumunu aydınlatacak bir tarife ihtiyaç hissedilmiştir. Böyle bir tarife esas olmak üzere, bir hadise olarak, kavgayı teşkil eden unsurları kısaca gördükten sonra, tarife geçmeden evvel, iltibasa mahal verebilecek iki mefhum üzerinde de kısaca durmak lâzımdır. Bunlar, *döğüş* ve *taarruz* mefhumlarıdır.

Döğüş, kelimenin de ifham ettiği veçhile, döğmek fiilini ve bu fiilin karşılıklı olarak iki kişi arasında cereyanını ifade etmektedir. Umumiyetle bu fiil, her birinin diğeri üzerinde husule getirdiği neticeler gözönünde tutularak, müessir fiiller veya adam öldürme hakkındaki hükümlere tâbi tutulmaktadır. Halbuki kavgada bahse mevzu olan iki taraf arasında husule gelen cebir, şiddet, itip kakma, döğme, yaralama, öldürme ve sair fiil ve hareketlerinin faillerini tayin etmek ekseriya mümkün olamıyacağından, bu fiiller ve kullanılan alet ve vasıtaların, belirsizlik ve karışıklığın verdiği fırsat ve cesaret yüzünden, âmme nizamı ve fertlerin hayat ve sıhhatları için arz ettikleri tehdit ve tehlike itibarile kavga edenleri, kavgaya katılanları, sırf bu iştirakleri itibarile, cezalandırmaktır.

Taarruz, yine kavgayı teşkil eden maddi hareketlerden biri ve bilhassa kavgayı ilk açanıdır. Kavga iki tarafın karşılıklı cebir, şiddet, itip kakma, döğme, yaralama ve sair hareketlerini ifade ettiği halde taarruz taraflardan birinin ilk olarak ve ekseriya baskın şeklinde harekete geçmesini ifade eder.

Bu mefhumların böylece ayırdedilmesini temine çalıştıktan sonra kavganın tarifine gelelim.

Hippel kavgayı «müteaddit — ikiden fazla — kimsenin fiilî münazaası» olarak tarif etmektedir [2]. Aynı suretle Kohlrausch da Almanck § 227 sine koymuş olduğu 2 numaralı notta kavgayı «ikiden fazla şahıs arasında fiilî münazaa» olarak tarif etmiştir [3].

[2] Hippel, Robert v.: Lehrbuch des Strafrechts, Berlin, 1932, S. 198.
[3] Kohlrausch, Eduard: Strafgesetzbuch, 32. bası, Berlin, 1936, § 227 not 2.

Bu tariflerden anlaşılıyorki kavganın mevcudiyeti için fiilî münazaanın ikiden fazla yani en az üç kişi arasında cereyan etmesi gerekmektedir.

André Panchaud «üç veya daha fazla şahıs birbirile döğüştügü takdirde kavga vardıa» diyerek 1937 tarihli İsviçre ceza kanununa kadar olan Kanton tatbikatını teyid etmekte [4] ve bu noktayı tereddüt edilmiyecek bir hale koymaktadır [5].

Kavga mefhumunu kâfi bir aydınlıkla ifade eden bu tarifler yukarda izah ettiğimiz unsurları tamamen ihtiva etmektedirler.

Filhakika evvelâ, husule gelen fiilî münazaanın en az ikiden fazla yani üç kişi arasında olacağı açıkca anlaşılmaktadır. Hafter bu münazaanın ikiden fazla kimse arasında olmasını her zaman için kavganın esas unsuru olarak telâkki etmektedir [6]. Yalnız iki kişi arasında husule gelen fiilî münazaa, döğüş, fiilin neticelerine göre, müessir fiiller ve adam öldürme ve saire hakkındaki hükümlerin tatbikinden başka hususi bir hükmü lüzumlu kılan ayrı bir suç teşkil etmiyecek, o hükümler dairesinde muamele görecektir. İki insan karşılıklı olarak bir birini dögdükleri takdirde müessir fiiller veya icabında adam öldürme hakkıdaki ahkâm kâfi gelecektir. Fiilî münazaa en az üç kişi arasında husule geldiği taktirdedirki, fiilin neticelerine göre ve şahsi faillerini tesbit imkânı nisbetinde müessir fiiller veya adam öldürme ve saire hakkındaki hükümler tatbik edilmekle beraber, ayrıca, tayin edilen hususi şartlar altında, kavgaya katılanlara tatbik edilmesi gereken hususi bir hüküm, hususi bir suç olan kavga yapma fiili mevcut olacaktır [7].

Yine bu tariflerden anlaşılıyorki kavga fiilî bir münazaadır. Yani, karşılıklı, zıt, muhalif iki taraflı hareketler mecmuasıdır.

[4] Bu tatbikat hakkında bak. Zürcher: Kommentar zum zürcherischen StGB. § 134, no. 1; Geiser: Die Bedeutung der provocation im bernischen StR. Berner Dissertation, 1933, s. 92 v. ss.; Logoz Kavgayı "cebir ve şiddetle müterafık münazaa„ diye tarif etmiştir: Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, 1929, s. 98.

[5] Panchaud, André: Code pénal suisse, éd. romande, 1942, madde 133, not 1.; Kavga mefhumu hakkında bak. Geiser: Adı geçen eser, s. 91 ve ss; Forrer: Der Raufhandel im schweizerischen Recht, zürcher Diss., 1929; Löffler: Vergleichende Darstellung in deutschen und ausländischen strafrechts, bes, Teil, s. 311 ve ss. Hafter, Ernst: schweizerisches Strafredht, bes. Teil, erste Hälfte, 1937, Berlin, s.43 ve ss.

[6] Hafter, Ernst: Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil, erste Hälfte, 1937, Berlin, s. 44.

703

O halde ve nihayet, münazaaya katılanlar en az üç kişi olmakla beraber iki taraf teşkil edeceklerdir. Ancak münazaanın iki tarafında da müteaddit kimselerin bulunması şart değildir. Buna karşılık bir kimse bir çokluğa taarruz ettiği vakit kavga mevcut değildir. Çünkü burada fiilî bir münazaa ve iki zıt taraf değil yalnız bir kişinin müteaddit kimselere taarruzu vardır. Burada da adam öldürme ve müessir fiiller hakkındaki hükümler kâfi gelecektir [8].

II

Yabancı mevzuatta kavga nasıl anlaşılmıştır?

Kavganın tarifi üzerinde böylece durduktan sonra yabancı mevzuatta nasıl anlaşıldığını görmek için bu mevzuatın hükümlerini ve tatbik şart ve suretlerini görelim. Bu tatbikat ve anlayış, umumiyetle, zikrettiğimiz tariflere uygun bulunmaktadır.

A. Alman hukukunda: Alman ceza kanununun § 227 si şöyle demektedir: «Bir insanın ölümüne veya ağır surette yaralanmasına sebebiyet veren bir döğüş (Schlägerei) veya müteaddit kimseler tarafından yapılan bir taarruza (Angriff) kusurdan ari olmaksızın katılan kimse, yalnız bu katılmasından dolayı üç seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır. Yukarda sayılan neticelerden biri ayrı ayrı olarak değil, fakat ancak birlikte müessir olan müteaddit müessir fiile ait bulunduğu takdirde bu müessir fiillerden birini işliyen kimse beş seneye kadar hapis ile cezalandırılır». Yine Alman ceza kanununun §367 sinin 10 numaralı bendinde«kusurdan ari olmaksızın girdiği döğüşte veya yaptığı taarruzda bir silâh ve bilhassa bir bıçak veya diğer tehlikeli bir alet kullanan kimse 150 Rayş Mark'a kadar para cezasile veya hafif hapisle cezalanır»demektedir.

Görüyoruzki § 227 ölüm veya ağır yaralanmayı intaç etmesile hayat için tehlikeliliği anlaşılan bir döğüşe veya toplu olarak yapılan bir taarruza yalnız katılmayı hususi bir suç haline koymaktadır.

§ 227 nin tatbiki için, birinci fıkra üç türlü şart tesbit etmektedir: 1: Bir döğüş veya müteaddit kimseler tarafından yapılan bir taarruzun mevcudiyeti; 2: Bu döğüş veya taarruzun bir insanın ölümüne veya ağır surette yaralanmasına sebep olması; 3: Bu döğüş veya taarruza katılanların kusurdan ari olmaksızın katılmış olmaları lâzımdır.

1: Burada kanun döğüşe, ikiden fazla şahıs arasında fiilî münazaa yani umumi olarak kavga mânasını vermekte ve ayrıca, toplu olarak müştereken tesbit edilen bir plan dairesinde yapılan fiilî baskına taarruz adı altında hususi bir yer ayırmaktadır [9].

[7] Hafter, Ernst: Adı geçen eser: s. 44.
[8] Hafter, Ernst: Adı geçen eser: s. 44.
[9] Kohlrausch, E. Adı geçen eser: s. 322, not 2, 3.

794

2: Ölüm veya ağır yaralanmanın husulü cezalanmanın en mühim şartıdır. Bunların muayyen bir kimseye isnat ve izafe edilebilmesini aramıya lüzum yoktur. Yalnız, bu neticelerin husule geldiği döğüşe katılmış olmak cezalanmak için kâfi sebep teşkil eder (İmparatorluk mahkemesi kararı: RGE, cilt 9, s. 370). Bineaenaleyh döğüşe katılma müessir fiilin ikaından sonra da olsa cezayı muciptir; (RGE. cilt 8, s. 369). zira husule gelen bu neticelerden değil bu kabil neticeleri doğuran tehlikenin devamından mesuliyet bahse mevzudur. Kezalik döğüşte ölen yanlışlıkla kendi kendini öldürmüş olsa dahi, eğer ölüm döğüşle ilgili bulunuyorsa,§ 227 diğer kavga ortakları hakkında cezayı bertaraf etmemektedir(RGE. cilt 11, s. 237) [10]. Tarruza katılanların müessir fiillerin müşterek faili olmalarına da ihtiyaç yoktur (RGE. cilt 58, s. 207 cilt 59, s. 107). § 227 nin 2 inci fıkrası, eğer netice aynı zamanda müteaddit müessir fiilin ikaile husule gelmişse bu müessir fiillerden her birinin faili (ağır neticenin doğrudan doğruya faili olmamakla beraber) beş seneye kadar hapse mahkûm olur demektedir(Tahfif edici sebepler varsa ceza bir aydan daha az olamaz,§ 228)[11]. Hippel haklı olarak bu fıkrayı tenkit etmektedir: § 227 nin ikinci fıkrasının bu hükmü illiyet nazariyesinin 1870 deki halile tamamen anlaşılır bir şeydi. Bugün bu hüküm eskimiş ve faydasız bir hal etmiştir.Zira bu gibi hareketleri isbat ve faillerini tâyin mümküm ise, bu takdirde, muşru ve mantıki olan ancak müteaddit kimsenin birlikte hareketine dair umumi esaslar (iştirak hükümleri) dairesinde herkesin faaliyet ve suçluluğuna göre cezalanmasıdır [12].

3: Kavgaya katılma kavgada şahsan hazır bulunmayı ve ölüm veya ağır yaralanmanın husulü için maddi veya manevi iş birliğini ifade eder (RGE. cilt 5,S. 170) [13]. «Döğüşe katılma hâlen ve düşmanca bir hareketi tazammun eder». Ancak döğüşün husulünden ve husule gelen neticelerden suçlu olmak şart değildir, yalnız kendi katılmasından, suçlu olmak (kanunun tabirile, bu katılmada kusurdan ari olmamak) kâfidir. Bu bakımdan maznunun ölümü intaç eden darbeyi vurduğu zaman meşru müdafaa halinde bulunması ehemmiyeti haiz değildir(RGE. Cilt 32, S. 33) [14]. O bunu ancak adam öldürme suçunun kendisine isnat edilmesine karşı dermeyan edebilir, kavga-

[10] Kohlrausch,E . :Adı geçen eser :S. 322, not 3, 4, 5.

[11] Kohlrausch, E. :Adı geçen eser :S. 323, not 9.

[12] Hippel, R. V. :Adı geçen eser :S . 199, not 4.

[13] Hippel, R. V. :Adı geçen eser :S. 199, not 2.

[14] Kohlarausch; E. :Adı geçen eser : S.322, not 6,7.

705

ya katılmasından dolayı teveccüh edecek mesuliyete karşı ileri süremez.

Bu gibi hallerde ekseriya tek ve hakiki bir fail tesbit edilemez ve ağır netice de ekseriya mütaaddit müessir fiillerde meydana gelmiştir. Bu vaziyet karşısında (döğüş veya taarruza) kavgaya katılan kimse, daha sırf bu iştiraki yüzünden cezalanacaktır.

Bu tecziye «bugün eskimiş bulunan (Präsutionstheoris) farazi saçluluk nazariyesine yani kavgaya iştirak eden bir kimsenin neticeyi tâyin eden müessir fiili doğrudan doğruya işlemiş sayılacağı faraziyesine değil (böyle bir faraziye fiilen müdafaa edilemiyeceği gibi medeni hislere de aykırıdır), daha ziyade, bir kavganın ve binaenaleyh buna iştirakin hayat ve sıhhat için ifade ettiği tehlike (tehlike yaratma nazariyesi) esasına dayanmaktadır» [15].

Alman ceza kanununun§ 367 si üzerinde fazla durmayı icap ettirmemektedir. Bu madde§227 yi tamamlayıcı mahiyettedir. Döğüş veya taarruzda (yalnız tehdit veya korkutma kasdile olsa dahi) tehlikeli aletlerin kullanılması cezayı muciptir. [16].

B. İsviçre hukukunda: İsviçre ceza kanununun 133 üncü maddesi şöyle diyor: Kendini veya başkasını müdafaa veya kavga edenleri ayırmakla kalmıyarak kavga edenlerden birinin ölümü veya yaralanmasiyle neticelenen bir kavgaya katılan kimse hapis veya para cezasiyle cezalandırılır. Alman ceza kanununun§227 sinde olduğu gibi bu madde ile de kavgaya yalnız katılma bir suç olarak cezalanmıştır [17]. Kanun kavgaya katılma fiilini başkasının hayat veya sıhhatini tehlikeye koyan suçlar arasına koymuştur [18]. Hafter 133 üncü maddeyi adam öldürme ve müessir fiiller hakkındaki hükümler yanında yardımcı bir fiil olarak tavsif etmektedir. «Mütaaddit kimselerin münazaalı karşılaşmalarından ekseriya her birinin rolünü ferden tâyin ve tesbit etmek güçtür. Bir insanın ölümü veya yaralanmasından ibaret olan netice, müteaddit kimselerin, hâkim tarafından çözülmesine imkân olmıyan, müşterek hareketlerinden ileri gelmiştir. Böyle olunca, yalnız ölüm ve müessir fiiller hakkındaki hükümlerle iktifa olunduğu takdirde ya farazi suçluluk veya objektif mesuliyet nazariyelerile hareket etmek veya suçluyu tamamen cezasız bırak-

[15] Hippel , R. V. : Adı geçen eser : S. 198, not 10 .

[16] Hippel, R. V. : Adı geçen eser : S. 199, 203.

[17] Panchaud, A. : Adı geçen eser : Mad. 133 not 3.

[18] Bu suçun başka suretle tasnifi hakkında bak . İsviçre ceza kanununun 1903 Projesi mad. 75 ve 1908 Projesi mad. 78; Hafter, E.: Adı geçen eser : S. 43 ve not 2, 3.

706

mak tehlikesi doğacaktır. Kanun koyanın vazifesinin güçlüğü aşikârdır» [19].

İsviçrede gerek Kanton ve gerek Konfederasyon kanun koyanları bu güçlüğü yenmek için türlü çareler aramışlardır. 1937 tarihli İsviçre ceza kanununa kadarki mevzuatın ekseriyeti kavga içinde husule gelen ölüm ve yaralanmalar hakkında hususi hükümler koymağa çalışmıştır. Ölüm veya müessir fiiller müteaddit kimselerin müşterek hareketlerine raci olduğu zaman bir ayırt yapılmıştır : Bu müteaddit kimselerden hangisinin ölümü intaç eden müessir fiili ika etttigi tesbit edilmiş veya edilmemiştir. Buna göre öldürücü veya yaralayıcı fiil tâyin edilmediği takdirde kavgaya katılanların objektif mesuliyetini açıkca kabul eden hükümler honmuştur [20]. Hafter'in haklı olarak işaret ettiği veçhile, suçluluk fikrinden hareket eden bir anlayış ise yalnız suçlu olarak sebebiyet verilen bir netice (fiil) den dolayı cezalanmak lâzım geldigi hususunda ısrar etmek zorundadır [21]. Bu takdirde« ya kendisinin öldürücü veya yaralayıcı hareketi işlediği ispat edilemiyen kimsenin cezasız kalması icap edecek, veya kavgayı teşkil eden hareketler, adam öldürme ve müessir fiiller hakkındaki hükümlerden ayrılarak, kavgaya katılma hareketleri olarak hususi hükümlerle tanzim edilecektir" [22]. 133 üncü madde bunu yapmış bulunmaktadır. Bu maddeye göre, bir kavgaya katılan bir kimse yalnız bundan dolayı cezalanmaktadır.Ancak bu cezalanma için kavganın ikiden fazla kimse arasında fiilen mevcudiyeti kafi değildir. Alman ceza kanununun § 227 sinde olduğu gibi buradada üç unsur aranacaktır.Bu, kavganın ve buna katılma fiilinin maddi mevcudiyeti ve muhtevası dışında, cezalanabilmenin objektif bir şartı olarak, kavganın «kavgaya katılanlardan birinin ölümünü veya yaralanmasını intaç etmesi de lâzımdır [23]. O halde bu unsurların burada tekrar incelenmesinde fayda olmadığı düşünülebilir. Ancak İsviçre tatbikat ve nazariyatında da bu unsurların nasıl anlaşıldığını kısaca kayd etmek bilhassa, Alman hukukile ve kendi hukukumuzla mukayeseler yapabilmek ve hatta tereddüt edilen noktaların anlaşılmasında faydalanabilmek bakımlarından lüzumsuz olmıyacaktır.

[19] Hafter, E.: Adı geçen eser : S. 43.

[20] Hafter, E. : Adı geçn : S. 44 ve not 1; Stooss : Grundzüge, 2, 55 ve ss.; Kriegsmann : Mittätereschaft und Raufhandel seit Feuerbach, 1907 S. 100 ve ss.

[21] Gautier : Protokolle der Expertenkommissionen für das schveizerische StGB. I, s. 358 ve ss.; II, s. 248 ss. Hafter, e. : Adı geçen eser : s. 44 ve not 2.

[22] Bunu aşağıdaki hükümler daha evvel yapmış bulunuyorlardı : Mil. StG. mad 128 (Askerî CK); Fribourg CK 70; Cenevre CK 385 no 3

[23] Gautier : Adı geçen eser : II, s. 250 ve ss.

707

1: Her şeyden evvel kavganın, yani en az ikiden fazla kimse arasında fiili münazaanın mevcudiyeti şarttır. Bu fiili münazaanın en az üç kişi arasında husulü noktasında bir tereddüt mevcut değildir [24].

2 : Kavganın kavgaya katılanlardan birinin ölümünü veya yaralanmasını intaç etmesi lâzımdır. Münazaaya katılanlardan hiç birisi «ehemmiyetli bir sıhhi zarara» duçar olmaksızın, en çok, 126 ıncı madde mefhumuna dahil fiiliyata (cebir ve şiddete) maruz kalırsa 133 üncü madde tatbik olunmaz, yani bu münazaaya katılma ayrıca cezalanmaz. Binaenaleyh basit bir münazaa ve mütacaviz olmıyan söylenişler kavga cegildir [25]. Kavga ile ilgili olarak, kavgaya katılmış olmıyan bir kimsenin (saf bir seyircinin veya müdahele eden bir polis memurunun) ölümü veya yaralanması halinde 133 üncü maddeyi tatbik etmek mümkün değildir [26]. Forrer bunu haklı olarak tenkit etmiştir [27]. Bilhassa bu hallerde kast veya taksir ile işlenen adam öldürme veya müessir fiiller hakkındaki hükümler ancak nadir olarak muvaffakiyetle tatbik olunabileceklerinden, bu netice o nisbette kötü bulunmaktadır [28] 133 üncü madde yalnız bir insanın bir kavga ile ilgili olarak hayatı terk etmesini veya bir müessir fiile duçar olmasını şart koşmaktadır. Bir bacadan kavga edenler üzerine bir kiremidin düşerek kavga edenlerden birini yaralaması halinde bu şart tahakkuk etmemiştir. Fakat kavgaya katılanlardan birinin yanlışlıkla kendi kendisini yaralaması halinde şart tahakkuk etmiştir [29].

Adam öldürme ve müessir fiillerden maada cezayı mucip bir hareket 133 üncü maddenin tatbikine yol açamaz [30].

3 : Bir kimsenin ölümü veya yaralanmasiyle neticelenen kavgaya ***K a t ı l m ı ş*** Olmak lâzımdır.

Kavgaya katılma teknik manada, umumi olarak, bir suça iştirak olarak anlaşılmamıştır. Kavgada hazır bulunup fizik veya psişik olarak yardımda bulunan, müessir olan herkes kavga ortağı sayıl-

[24] ; Panchaud, A.: Adı geçen eser : mad. 133 not I; Hafter, E.: Adı geçen eser : s. 44.

[25] Hafter, E. : Adı geçen eser : s. 45; Panchaud, A.: Adı geçen eser : mad. 133 not 4; Lüzern Pol. StG. (Polis CK.) 80 (kabahat fiili).

[26] Hafter, E. : Adı geçen eser : s. 45.

[27] Forrer : Adı geçen eser: s. 70.

[28] Hafter, E.: Adı geçen eser: s 45 ve not 3.

[29] Hafter, E.: Adı geçen eser: s. 45 ve not 1.

[30] Hafter, E.: Adı geçen eser: 47 ve not 3.

maktadır [31]. Yalnız ihmali neticesi bir kavgaya sürüklenen kimse kavgaya katılmış sayılamaz ve cezalanamaz. Kavga devam ettiği müddetçe, ilk taarruzdan son darbeye kadar, kavgaya katılma mümkündür. Bir bütün teşkil eden bu zaman içinde işlenen yardımcı, müessir her hareket kavgaya katılmaktır [32]. Ölüm veya yaralamanın husulünden sonra kavgaya katılan veya ölüm veya yaralanmanın husulünden evvel kavgadan ayrılan kimse kavgaya katılmış sayılmamaktadır [33].

Bir kavgaya katılmış olan kimse kavga suçunun faildir. Kavgaya katılanlardan her biri kavgaya müsbet bir hisse getirmektedir. Müteaddit kimsenin meselâ müteaddit mütearrızın bilerek birlikte müşterek hareketleri pek âlâ müşterek faillik manasında telâkki olunabilir. Fakat burada müşterek faillik mefhumuna ihtiyaç yoktur. Bu da kavgaya katılma mefhumuna irca olunabilir [34]. Buna mukabil 133 üncü maddenin muhtevasına azmettiren veya yardım eden (Beihilfe) şekillerinde iştirak (Teilnahme) mümkündür: A,B ve C yi X'e birlikte taarruz etmeğe azmettiriyor. O, veya başka bir kimse azmettirenlere veya başka suretle fiili işlemeğe hazırlananlara silâh temin ediyor ve fiilin işlenmesinden sonrası için himayesini vadediyor.

Bununla beraber 133 üncü madde suçunun işlenmesi esnasında teknik manada bir iştirak, bir yardım kavgaya katılmanın mevcudiyeti için lâzım değildir [35]. Kahvesinde kavganın daha kolaylıkla devamı için ışığı söndüren kahveci misalinde Binding'e göre kavgaya katılma suçu değil bu suçun işlenmesine yardım, iştirak bahse mevzudur. Kavgaya katılma mefhumu kâfi derecede genişletilirse buraya kadar da ulaşır. Bundan başka kahveci, hâkim önünde, kavgaya son vermek istediğini de iddia edebilir [36].

Yalnız, bir taarruzu defi veya başkasını müdafaa veya kavga edenleri ayırmakla iktifa edenlerin cezalanmıyacağını kanun sarih olarak bildirmektedir. Böyle bir kimse kavgaya katılmış değildir [37]. Bunun doğru olduğu şüphesizdir. Kendine veya başkasına müteveccih bir taarruz «sırf defi» eden kimse bundan başka meşru müda-

[31] Kriegsmann : Adı geçen eser: S.181 ve ss .; Hafter, E. : Adı geçen eser S. 45 not 4; Forrer :Adı geçen eser: S.32 ve ss.

[32] Hafter, E. :Adı geçen eser: S. 45 not 6.

[33] Hafter, E.:Adı geçen eser: S. 46 not 1.

[34] Kriegsmann :Adı geçen eser: S. 258; Hafter, E. :S. 46 ve not 2.

[35] Forrer :Adı geçen eser: S. 39 ve ss.

[36] Binding :Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, cilt 1,1925, S. 57 ve ss.; Hafter, E. :Adı geçen eser: S.46 ve not 3.

[37] Panchaud, A. :Adı geçen eser: mad.133 not 3.

709

faa bakımından da (mad.33) cezasızdır [38]. Ancak kavganın devamı esnasında meşru müdafaa vaziyetine düşen ve bu vaziyette bir müessir fiil ika eden kimse yalnız bu sonuncu fiilinden dolayı cezayı ortadan kaldıran bu sebebi ileri sürebilir, asıl kavgaya katılma fiilinden dolayı değil [39]. Bunun haricinde, bütün kavga edenler kendi kendilerini yaralamış olsalar veya bir yaralanan veya ölenin tarafından olsalar dahi cezalanacaklardır [40].

Hafter yaralananı bundan duyduğu acı ile kâfi derecede cezalanmış sayarak cezasız bırakmak için kâfi hiçbir sebep mevcut olmadığı fikrindedir. «Belkide kavgaya başlayan o dur ve en beter kavgacıdır» demektedir [41]. Ancak bu hususta «duçar olduğu fena muamele veya yara ile kâfi derecede cezalanan» kimsenin cezasını hâkim kaldırabilir, diyen 1937 tarihli İsviçre ceza kanunile mülga, Vaud kantono ceza kanununun 148 inci maddesi teemmüle şayandır. Filhakika, kavgada yaralanan acınmıya lâyık da olabilir. Bu itibarla Vaud kanunu gibi, bu hususta, hâkime bir takdir hakkı bırakmak daha isabetli olabilirdi.

133 üncü madde yalnız kavgaya katılmayı cezalandırmış bulunduğundan (madde «bu iştirakinden dolayı» demektedir) kavga esnasında husule gelen ölüm ve müessir fiiller, failleri tesbit edilebildiği takdirde, şüphesiz ayrıca cezalanacaklardır. Bu hususta 68 inci maddeye uygun bir içtimaın kabulü doğrudur [42]. Bu maddenin hapis veya para cezasından ibaret olan ceza tehdidi de gösteriyorki, kavga ile ilgili olarak husule gelen, ve muayyen bir ferde izafe edilemiyen neticenin ağırlığı göz önüne alınmaksızın, yalnız kavgaya katılma fiili cezalanmaktadır [43].

III

Türk Ceza Kanunu tatbikatında kavgadan ne anlamalıdır?

Türk Ceza Kanununun kavga hakkındaki hükümleri, aslı olan 1899 tarihli İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi (mad: 379, 380,) sarih değildir [44]. Kanunumuzun 464 ve 466 ıncı maddelerinde kav-

[38] Hafter, E. :Adı şeçen eser: S. 46 not 4.

[39] Hafter, E. :Adı geçen eser: S. 46 not 5.

[40] Zürcher :Adı geçen eser: S. 134 no.4; Hafter, E.:S.46 ve not 6.

[42] İlk İsviçre ceza kanunu projeleri bunu kısmen sarih olarak kaydediyorlardı: 1903 projesi mad. 75,1908 projesi mad. 78. Burada maddi, manevi ve hatta kanuni bir içtimaın mevcut olduğu münakâşa edilmektedir, Hafter, E. :Adı geçen eser: S. 47 not 1 ve 2.

[43] Forrer :Adı geçen eser: S. 41; Hafter, E. :S. 47 ve not 4.

[44] Majno: Ceza kanunu şerhi, Cild. 3, İstanbul 1927 ,S. 278 — 287.

219

gadan bahs edilmektedir. Kavğa mefhumunun anlaşılması bakımından girişdiğimiz bu incelemede gayemize varabilmek için bu maddeleri, maddi unsurları ve koydukları cazalar bakımından değil, ihtiva ettikleri mefhumlar bakımından tetkik etmek zorundayız. Bu itibarla, yapacağımız ceza kanunumuzun tatbikatında kavgadan ne anlaşıldığını araştırmaktan ibaret olacaktır.

Diger ceza kanunlarında olduğu gibi kanunumuz da kavgayı tarif etmemiştir. Ancak kavga mefhumunun, tetkikimizin başında gördügümüz tabii unsurları itibariyle ve yine orada zikir ettigimiz tariflere uygun olarak, «ikiden fazla kimse arasında fili bir münazaa» olarak kabul edilmesi icap etmektedir.

Tatbikatımızda da bu mefhum, her halde çok basit telâkki edilmesinden olacak, açıkça anlaşılmış ve sistemli bir surette tetkik edilmiş değildir. Temyiz mahkememizin bu hususda tebellür etmiş bir içtihadına raslanamamıştır. Bu yüzden kavgayı buna benzeyen hallerden ayırt etmek ve kavganın mevcudiyeti için en az kaç kişinin fiili bir münazaa içinde karşı karşıya gelmiş olması lâzımgeldiğini tâyin etmek hususunda güçlük vardır.

A: Ne gibi halleri kavga saymak lâzımdır?

Kavganın bir münazaa olacağı tabii bulunmakla beraber bir münazaa her vakıt kavgamıdır. Meselâ, müteaddit kimselerin bir birine karşı hoş olmayan sözler söylemeleri, bir birlerini sözle incitmeleri, hatta bir birlerine küfür etmeleri ve sövmeleri ve nihayet bir birlerini tahkir ve hatta tehdit etmeleri kavgamıdır? yalnız sözle yapılan bu fiillerin içinde suç teşkil edecekler bulunabilir ve vardır. Fakat bu hareketlerin kavga olmadığında şüphe yoktur [45].

Kavğa her şeyden evvel fiilî bir münazaadır. Fakat söz halinden fiil haline geçen her münazaa, ceza kanunu bakımından, kavga olacakmıdır? Meselâ münazaanın sözle kızıştığı bir sırada taraflar bir birlerine bir iki tokat atıyorlar, veya bir birlerini itüp kakıyorlar, veya zorla bir tarafa sürükliyorlar. Bu hareketler, taraflar üzerinde hic bir eser bırakmadığı,münazaada bulunanlardan hiç biri ehemmiyetli sihhî bir zarara duçar olmadığı taktirde kavğa mefhumu içine girebilirlermi?

İsviçre Ceza Kanunu bu kabil fiilî münazaaları kavgaya katılma suçu halinde cezalandırmamıştır [46]. İsviçre ceza kanununa göre

[45] Yukarıda S. 434 Not 25 e bak.

[46] Bunlar için bahse mevzu olacak "cebir ve şiddet„ dir. İsviçre C K 126; yukarıda S. 434, Not 25 e bak.

kavgaya katılanın cezalanması veya bir kimsenin kavgaya katılmış olması yani kavganın mevcudiyeti için,fiilî münazaaya katılanlardan birinin enaz, vaki olan müessir fiillerle, en hafif şekilde de olsa, yaralamış olması şarttır. Ancak bu asgari şartın tahakkuku halinde kavğa mevcuttur ve kavgaya katılma cezalanmıştır [47]. Halbuki Alman Ceza Kanununu § 227 sinde kavgaya katılmayı cezalandırmak için fiilî münazaanın, neticeleri itibariyle ağırlık derecesini her hangi bir yaralamadan başlamak suretiyle ele almayayarak en aşağı had olmak üzere «bir İnsanın ağır yaralanmasına sebep» olmasını şatr koştuğu, binaenaleyh bu dereceye varıncaya kadarki fiilî münazaaları kavğaya katılma suçu halinde cezalandırmadığı halde §367 sinde böyle bir şart koşmaksızın kavgada «bir silâh ve bilhassa bıçak veya diğer tehlikeli bir alet» kullanmayı alelitlak cezalandırmış bulunduğundan, kavga mefhumunu geniş tutmuş yani söz safhasını geçerek fiilî münazaa safhasına giren itişme kakışma, tokatlaşma, sürükleme ve saire gibi hareketlere de teşmil etmiştir. Böyle fiilî bir münazaada silâh kullanan kimse cezalanacaktır.

O halde ceza kanunumuzun tatbikatında bir fiil münazaanın ne zaman kavga halini alacağını yani, kavgaya katılma filinin suç olarak cezalanacağını tâyin hususunda ceza kanunumuzun 464 ve 466 ıncı maddelerine bakmak zarureti vardır, Bu maddelerin hükümleri kavgaya katılma (CK 464/3) hususunda İsviçre ceza kanununun 133 üncü maddesini andırdığı halde kavgada silâh çekmek hususunda(CK 466) Alman Ceza kanununun § 367 sini andırmaktadır. Alman Ceza kanununun §367 si§227 sini tamamlayıcı mahiyette olduğu gibi kanunumuzun 466 ıncı maddesi de 464 üncü maddesini tamamlamaktadır [48].

464 üncü maddenin 3 numaralı fıkrasına göre «bir kavgada bir şahıs ölmüş olur veyahut yaralanmış bulunursa» maktül ve mecruha karşı el dokundurmuş olmayupta yalnız kavgaya dahil olanlar altı aya kadar hapis olunur. Burada, fili münazaa esnasında husule gelen ölüm veya yaralama fiillerine iştirak etmeksizin yalnız bu münazaaya katılma cezalanmaktadır. Bu cezalanmanın mevcudiyeti için İsviçre ceza kanununun 133 maddesinde olduğu gibi bir kimsenin sadece yaralanmış olması kâfidir,bu yaralanmanın Alman ceza kanununun §227sinde olduğu gibi«ağır»olmasına lüzum yoktur.Daha ağır yaralanmaların ve nihayet ölümün husulü halinde de fiilî münazaaya yal.

[47] İsviçre CK 133, yukarıda S. 432 ye bak.

[48] Yukarıda S. 433 e bak.

nız katılmanın cezalanacağı şüphesizdir. Fakat bu cezalanmanın ilk derecesini fiilî münazaanın alelade bir yaralanmaya sebebiyet vermesi hali teşkil etmektedir [49]. Yani söz halini geçerek fiili bir hal alan münazaanın yalnız hiç bir eser bırakmıyan hareketlere inhisar etmesi kâfi degildir. Bu hareketlerin bir kimsenin, hiç degilse, yaralanmasını intaç etmesi lâzımdır. O halde 464 üncü maddenin tatbikatında fiilî münazaanın muhtelif dereceleri içinde yalnız bir kimsenin yaralanmasiyle neticelenmiş olandan itibaren kavga mevcut olacak, bu dereceye kadar cereyan eden fiilî münazaa kavga teşkil etmiyecek, yani bu derecelerden birinde kalan fiilî münazaaya katılma cezalanmayacaktır. Halbuki 466 ıncı maddenin tatbikatında böyle bir tahdit yoktur. Burada Alman ceza kanununun §367 sinde ve1930 tarihli yeni İtalyan ceza kanununun 588 inci maddesi birinci fıkrasında olduğu gibi [50] söz safhasını geçerek fiilî bir mahiyet alan her münazaa, bu münazaanın her hangi bir yaralanma veya daha ağır bir neticeye sebep olması aranmaksızın, kavga telâkki olunacak ve bu fiili münazaa esnasında «silâh çekmek veya boşaltmak» kavgada silâh çekmek veya boşaltmak olarak cezalanacaktır.

Kavga mefhumunun aynı kanunun bu iki maddesinde ayrı ayrı anlaşılmasının sebebi hiç şüphesiz kavganın umumi olarak tarif ve tâyin edilmemiş olmasından ileri gelmektedir. Ceza kanunumuzun ve Alman ceza kanununun kavga mefhumu üzerindeki bu ikiliğine karşı, genişlikleri muhtelif olmakla beraber, 1930 tarihli yeni İtalyan ve 1937 tarihli İsviçre ceza kanunları bir vahdet temin etmiş bulunmaktadırlar. Filhakika İsviçre ceza kanunu münazaanın söz safhasını geçerek fiili bir mahiyet almasını kâfi görmiyerek bu fiili münaanın kavga halini alması için, hiç olmazsa bir yaralanmaya sebep olmasını şart koştuğu (İCK 133) ve bu dereceye kadar cereyan edecek fiili münazaaları ikiden fazla kimseler arasında cereyan etseler dahi, müessir fiiller ve cebir ve şiddet kullanmaya dair hüküm-

[49] Bundan ötede kavganın, ağır yaralanma ölüm gibi daha ağır bir netice hasıl ettiği hallerde ve ölen veya yaralanana el uzatmaksızın yalnız kavgaya katılmakla kalmayarak el de uzatılmış yani bu öldürme veya yaralama fiillerine "İştirak„ edilmiş bulunduğu taktirde, husule gelen neticenin ağırlık derecesine göre, daha ağır cezalar konmuş (CK464:1,2) ve ayrıca kavganın asıl sebebi olanlar da daha şiddetli bir surette cezalandırılmıştır (CK 464:4).

[50] İtalyan ceza kanununun 588 inci maddesi şöyle demektedir: "bir kavgaya katılan kimse üç bin lir'e kadar para cezasile cezalandırılır. Kavgada bir kimse öldüğü veya yaralandığı taktirde, kavkaya yalnız iştiraktan dolayı, ceza üç aydan bir seneye kadar ağır hapistir. Ölüm veya yaralanma hemen kavgayı mutaakiben husule gelir ve onun neticesi olursa yine aynı ceza verilir„. Pierre de Cesabianca: Code pénal du Royaume d' İtalie, 1931, mad. 588.

2/3

lere (İsviçre ceza kanunu mad. 122—126) terk ettiği halde İtalyan ceza kanunu hiç bir yaralanmayı şart koşmıyarak ve doğrudan doğruya „bir kavgaya katılan" ı cezalandırmakla işe başlamak suretile, fiilî bir mahiyet alan her münazaayı kavga mefhumu içine almağa müsait bulunmaktadır [51].

B: Kavga enaz kaç kişi arasında mevcut olabilir?

Her hangi bir fiilî münazaanın kavga olarak kabul edilmesi için bu münazaaya katılanların adedinin bir önemi varmıdır? Yanî enaz kaç kişi bu münazaaya katılmalıdırki bu münazaa bir kavga mahiyetini almış bulunsun? Meselâ iki kişi arasındeki fiili münazaa ceza kanunumuzun 464 ve466 ıncı maddelerinin tatbikinde kavga sayılabilirmi? Tetkikimizin başlarında verdiğimiz izahlar ve tariflerden ve kavgaya katılma hususunda Alman ve İsviçre ceza kanunlarının tatbikatından anlamış bulunuyoruz ki bir fiilî münazaanın kavga mahiyetini alabilmesi için enaz üç kişi arasında cereyan etmesi lâzımdır. İki kişi arasında cerayan eden fiilî münazaayı kavga saymak güçtür. Bu fiili münazaada iki kişi karşılıklı olarak bir birini dövecek, incitecek veya daha ağır bir surette yaralayacak veya öldürecektir. Burada husule gelen fiillerin, neticelerin kime atf edileceği bellidir. Husule gelen bir neticenin, meselâ bir yara veya ölümün, ikiden fazla kimse arasında husule gelen bir münazaada olduğu gibi, kime izafe edileceği hakkında büyük bir tereddüt mevcut olmıyacaktır. Bunları, ika ettikleri müessir fiiller, ölüm veya diğer fiillerinin cezalarından başka, bir kavgaya sırf iştiraklarından dolayı da ayrıca cezalandırmayı kabul etmek güçtür. Kavgaya iştirak ancak iki kişi arasındaki bu münazaaya üçüncü bir kimsenin de katılmasile mümkün olacak ve o zaman iki kişi arasındaki bu fiilî münazaa (Dövüş) kavga halini alacaktır ve yine o zaman bu fiilî münazaaya katılan bu üç kişiden her biri, sabit olan fiilerinin cezalarından başka, sırf kavgaya iştiraklarından dolayı da ayrıca cezalanabileceklerdir.

464 ve 466 inci maddelerin tatbikatında Temyiz Mahkememiz bu noktada, açık bir görüşe varmış görünmüyor. Bu tatbikatta ekseriyetle üç veya daha fazla kimse arasında cereyan eden fiili münazaalar kavga olarak ele alınmakla [52] bereaber, bazanda yalnız

[51] Manzini, v. : Trattato di Diritto Penale İtaliano,Cilt8, Torino 1937,s.245-246

[52] Meselâ: Aliyi kasden öldürmekten suçlu Hasan oğlu Arslan ve oğlu Raufun kavgaları esnasında maktule el uzatmaktan ve kâzime korkutmak için silâh atmaktan suçlu Mehmet oğlu Mustafa... T M. 1. C D. Esas 936/3061, Karar. 440, Tarih. 3/2/937; yine bak. T M. 4. C D. Esas. 5398 Karar. 682 tarih 28/1/938; T M. 1. C D. Esas 128 Karar: 1214, Tarih 2/5/940.

iki kişi arasındaki fiilî münazaanın kavga mahiyetinde anlaşıldığı zehabı uyanmaktadır. Meselâ, Temyiz Mahkemesi İkinci Ceza Dairesi, 11436 esas 11453 karar sayılı ve 12/10/938 tarihli kararında, «Mustafayı dövmekten suçlu Nuh ve Nuha silâh çekmekten suçlu Mustafa» arasındaki bu fiilî münazaayı «Kavga» olarak adlandırmakta (ancak silâhın tevcih edilmemiş olması dolaysile kavgada silâh çekme suçunun tekemmül etmemiş olduğunu kabul etmekte) dir. Halbuki bü hadisede bir taraftan dövme (CK. 456 ve sonrakiler) yani bir müessir fiil, diğer taraftan, belki de kendini müdafaa veya mütaarrızı kendinden uzaklaştırmak maksadile ve hiç şüphesiz bir tahrik (CK. 311 — 312) neticesi, diğer unsurlar da hadisede mevcut olduğu taktirde, ancak kendini döveni tehdit ile müteradif bir silâh çekme (CK. 191) veya nihayet, failin sabit olacak kasdına göre, diğer bir suça (öldürmeye veya yaralamaya) teşebbüs mevcut olabilir. Fakat her halde bu hadisede kavgada silâh çekmek vardır, demek zordur. Bu hadisede ve umumiyetle iki kişi arasında cerayan edenlerde işlenen fiiller ve husule gelen neticelerin izafe olunacağı kimseler, failler ya tamamen malum veya tâyin olunabilecek durumdadır. Halbuki yine bu kabil fiillerin ve bilhassa adam öldürme ve müessir fiillerin bir kavga içinde işlenmiş bulunmaları hali derpiş edilerek konan cezai hükümler, bu fiiller dolaysile taayyun edebilecek mesuliyetlerden ayrı olarak, bu gibi hallerde failerin tâyini ve şahsi mesuliyetlerin tespiti ekseriya mümkün olamayacağı düşünülerek ve kavganın başkalarının hayat ve sıhatları için arz ettiği tehlikeler göz önünde tutularak, sırf kavgaya girmiş, katılmış olmak itibarile vaz edilmiş bulunmaktadırlar. Bu da gösteriyorki kavga ile ilgili hükmler, iki kişi arasındaki hadiseleri karşılamaya kâfi gelmekle beraber daha fazla kimseler arasındaki hadiseleri tamamen kavramağa yetmiyecek hükümlerin yetişemediği ihtiyaçları karşılamak için konmuştur. Faili belli olmıyacak şekilde bir kaç kişi tarafından birlikte işlenen adam öldürme cürümlerile müessir fiillerin ne suretle cezalanacağını tâyin eden 463 üncü madde de (Objektif bir cezai mesuliyet koyması bakımından iyi bir gözle görülmemekle beraber) görüşümüzü izaha yardım etmektedir. Bu maddeyi tâkip eden 464 üncü madde «yukarıdaki maddede yazılı ahval» yani faili belli olmıyacak şekilde adam öldürme cürümleri ve müessir fiillerin bir kaç kişi tarafından birlikte işlenmesi «müstesna olmak ve» tespit edilebildiği takdirde «ferden irtikâp edilmiş cürümler münasebetile hükümedilecek daha ağır cezalara halel gelmemek şartile bir kagada bir şahıs ölmüş olur veyahut yaralanmış bulunursa» demektedir. Yani kavga dışında faili belli olmıyacak su-

715

rette işlenen adam öldürme cürümlerini ve müessir fiilleri (mad. 463) istisna eden 464 üncü madde aynı fiillerin ayni surette kavga içinde işlenmesi halini derpiş etmektedir. Ancak, 463 üncü maddede bu fiilerin bir kavga mevcut olmaksızın bir kaç kişi yani ikiden fazla kimse tarafından birlikte işleneceği düşünüldüğü halde 464 uncu maddede aynı fiillerin kavga içinde bir kaç kişi tarafından işlenmesi derpiş edilmiş yani kavkaya iştirak edeceklerin ikiden fazla olacağı düşünülmüştür. Esasen 464 üncü maddenin metnide bu tefsire musait bulunmaktadır. filhakika bu madde birinci fıkrasında „kavgada bir şahıs ölmüş olur veyahut yaralanmış bulunursa o şahsa karşı kavga esnasında el uzatmış olanlardan her biri" ve üçüncü bendinde „yalnız kavgaya dahil olanlar» demektedir. O halde ölen veya yaralanan şahısla birlikte kavgada en az dah iki kişi bulunacaktır. Metin her iki halde de cemi olarak yazılmış bulunmaktadır.

Bu da gösteriyorki ceza kanunumuzun tatbikatında kavganın «en az üç kişi arasında cereyan eden fiilî bir münazaa» olarak kabulü icap etmektedir.

76

Bibliyografya

Hukuk Dergisi — Birinci sayı, Nisan 1944. Ankara, Posta kutusu 463, sayısı 50 kuruş, seneliği 6 lira.

Ankara'daki hâkim, hukuk müşavir ve avukatlardan mürekkep bir kaç müteşebbis hukukçunun himmetile «Hukuk Dergisi» adı altında aylık bir mecmua neşrolunmağa başladığını okuyucularımıza müjdelemek isteriz.

Memleketimizde hukukî dergilerin ne kadar az ve her gün artan ihtiyaçları karşılamaktan ne kadar uzak olduğu düşünülürse hükümet merkezinde intişara başlıyan «Hukuk Dergisi» ni sevinç ve heycanla karşılamamıza o nisbette hak verilir.

«Hukuk Dergisi» maksadını şu satırlarla izah etmektedir: «gerek medenî ve gerek ceza hukukumuzla ilgili hükümlerin, gerek adlî ve idarî mahkemelerimizde hüküm desteği yapılan diğer mevzuatımızın tatbikat alanındaki verimlerini bütün meslekdaşların bilgilerine ulaştırmak ve bir yandan o hükümlerin, kanunu yapanların güttüğü amaçlara en uygun bir yeterlikle tatbikını sağlıyacak düşünceler, münakaşalar ve dilekler için sahifeler ayırmak, diğer yandan da millî ihtiyacı karşılamıyan, yaşayış şartlarımıza uymıyan konuların, karar ve içtihatların neler olduğunu belirtmektir. Bu, kısaca mevzuat ile tatbikat ve ihtiyaç ile mevzuat arasındaki uygunluk ve aykırılıkların incelenip yayınlanmasından başka bir şey değildir».

«Hukuk Dergisi» nazarî esaslardan ziyade mevzuat ve tatbikat ile ilgileneceğini bildirdikten sonra doğrudan doğruya hukuk ilmini ilgilendiren yazı ve incelemelere de sahifelerini açık tutacağını belirtmiştir.

«Hukuk Dergisi» nde kazaî içtihatlar yanında anket sahifesi de açılmıştır. Bu sahifenin maksadı kanunlardaki aksaklıklar ve boşluklar hakkında fikirler neşrederek alâkalı makamların dikkat nazarını çekmektir.

Hukuk Dergisinin birinci sayısında şu yazılar mevcuttur:

Hukuk dergisi: *maksadımız.* Avukat Asım Ruacan: *Temyizi kuvvetlendirmek mi, istinaf teşkilâtı mı?* Ankara sulh hâkimi Nezahet Güreli: *Mecurun tahliyesi taleplerinde ihtarın yeri.* Ankara C.Müddeiumumi muavini Zihni Betil: *Cumhuriyet müddeiumumileri temyiz isteklerini geri alabilirler mi?* Ankara asliye üçüncü hukuk hâkimi Ümran Öktem: *Millî korunma kanunu—kira akitleri—tahliye.* Dr. Zahit Çandarlı ve Hayri Ertürk: Bibliyografya. Temyiz mahkemesi ve devlet şûrası kararları.

717

Hukuk dergisine uzun ve başarılı ömürler diler, Türk hukukuna faydalı olmasını temenni ederiz.

PROF. Dr. HIFZI VELDET: *Hayat, Hukuk ve Cemiyet.* İstanbul, Nebioğlu yayınevi, 1944. 228 sahife, 250 kuruş.

Profesör Hıfzı Veldet cemiyet ve hukuk konularını ilgilendiren çeşitli yazılarını toplu ve sistemli bir kitap halinde neşretmiş bulunmaktadır. Hukuk bilgisini yalnız üniversite kürsüsüne mal etmeyip bütün kütleye yayan bu kitap dokuz bölüme ayrılmıştır. Kitabın çeşitli mevzuunu gösteren bölümlerin başlıkları şunlardır: hayat gerçekleri ve hukuk. toplum ve medenî hukuk. İktisat ve hukuk. Aile münasebeti ve hukuk. Miras fikri ve hukuk. Zarar mefhumu ve hukuk. Nizamsızlık ve hukuk. Devletler arası münasebetler ve hukuk. inkilâp ve hukuk.

Sayın profesörün ön sözde dediği gibi, hukuk hayatın nizamı ve cemiyetin ilmidir. Onun hayat ve cemiyetle olan çeşitli münasebetlerini açık bir dil ile herkesin gözü önüne sermek, hukuku şimdiye kadarki kabuğundan çıkarıp halka yaymak ve onu hukuk meseleleri üzerinde düşündürmek, cemiyet ve hukuk alanında yaptığımız köklü inkilâplar üzerinde mümkünse herkesi aydınlatmak, hulâsa toplumun temeli olan hukuk ve adalet fikirlerini her ferde aşılamağa çalışmak bir üniversite hocasının kürsü faaliyeti dışında halka ve bizzat hukuka yapabileceği en büyük bir hizmetir.

Kitabın temiz ve itinalı baskısını, zarif kapağını ayrıca belirtmeği zevkli bir iş telâkki ediyoruz. Bu münasebetle kitaplarımızda sık sık görülen baskı ve tertip zevksizliğine karşı ciddî bir mücadele açan Nebioğlu yayınevini bilhassa tebrik etmek isteriz.

AVUKAT RİFAT TAŞKIN: *Askerî ceza kanunu şerhi.* Yedinci basım. Ankara 1944, 288 sayılı, 350 kuruş.

Eski Askerî Temyiz Mahkemesi Başmüddeiumumisi emekli General Rifat Taşkın Askerî ceza kanunu şerhinin yedinci basımını neşretmiş bulunmaktadır. Askerî ceza kanununun 1944 senesine kadarki tadillerini ihtiva eden bu yedinci basım memleketimizde ilmî eserler için bir rökor teşkil etmekte ve kitabın ne büyük bir ihtiyaca cevap verdiğini göstermektedir.

Dr. Nurullah Kunter

718

Ticaret Hukukunda yeni temayüller [*]

Konferansı veren:
Ord. Prof. Dr. E. HİRŞ

Türk Hukuk Kurumunun bu yılda da bana bir konferans lûtfetmesinden dolayı memnunluk ve şükran duygularımı arzederken bu ödevi yerine getirmenin şerefli olduğu kadar güç bir iş olduğunu itiraf etmek zorundayım. Çünkü «Ticaret Hukukunda yeni temayüller» adlı başlık içinde bir araya toplanan dört kelimeden her birinin çeşit çeşit anlamları vardır.

«Hukuk» terimininin örtünçlüğü (mübhemiyeti) herkesçe malûmdur. «Ticaret Hukuku» mefhumuna gelince klasik anlamının yanıbaşında son yirmi beşyıl içinde «İktisat Hukuku» tâbiri önem kazanmıştır 1. «Temayül" kelimesi ne demektir. 2. Acaba hukuk nizamını daimî surette değişmeğe çalışan içtimaî kuvvetlerin doğrultusu (istikameti) mi yoksa içtimaî kuvvetler arasındaki mücadelenin neticesini belirten yazılı hukuk kaidelerinin ruh ve muhtevası mı? Ve nihayet «yeni» kelimesi harpten evvelki durumumu, harp içindeki durumu mu yoksa harp ertesindeki durumu mu ifade etmektedir?

Sözü geçen anlamlardan biri veya diğeri seçildiği takdirde konferansımızın konusu da başka başka bir ruh ve mâna alacaktır. O halde benden beklenilen eda nedir? Bir seçimlik borç karşısında bulunduğum için işin mahiyetinden hilâfı anlaşılmadığından intihap borçluya yani bana aittir diye kendi kendime cevap verdim.

Ankara Hukuk Fakültesinde yalnız Ticaret Hukuku derslerini değil Hukuk Sosyoloji ve Felsefesi derslerini veren profesör sıfatile ticaret ve iktisadı ilgilendiren kanunlardan ziyade *yaşayan İktisat Hukuku ve ona tesir icra eden fikrî ceryanlarla ictimaî kuvvetler* hakkında size izahlar vermeği doğru buldum.

I

"Yaşıyan" Hukuk

Belki aranızdan bazı arkadaşlar, «kanunlarda yazılı bulunan kaideler acaba yaşamakta olan hukuk değilmidir» diye hayretle sual soracaklardır.

[*] Bu konferans 7-3-944 tarihinde Türk Hukuk Kurumu adına Dil Tarih ve Cografya Fakültesinde verilmiştir.

719

Hayret etmesinler: Her yer ve devirde olduğu gibi bugün ve bizde de *hukukun gelişiminin ağırlık merkezi* kanunlarda, ilmî ve kazaî içtihatlarda değil, *cemiyetin kendisi içinde aranmalıdır.*

Nasılki kanunlarda bir araya toplanan kaideler *ancak cemiyet hayatında fiilen takip ve tatbik edildiği nisbette yaşıyorsa* günlük hayatta rastlanan akidlerde, tasarruflarda, birliklerde *gerçekten takip ve tatbik edilen* yani *yaşayan hukuk kaidelerinin çoğu hiç bir kanunda bulunmuyor.*

Bir kaç misal vermeme müsaade ediniz: *Anonim Şirketler* nasıl kurulur, nasıl idare ve kontrol edilir, nasıl işletilir? Gerçi bu hususlar Ticaret Kanunumuzun 200 küsur maddesinde tanzim edilmiştir. Bu hükümler yürürlükte olmakla beraber cansızdırlar. Bunların yerine kısmen Ticaret Vekâletince hazırlanan tip statüsüne giren bazı kaideler kısmen de şimdiye kadar hiç bir yerde ve şekilde yazılı ifadesini bulmamış olan ticaret âdetleri ve idare teamüleri geçmiştir ki, hattâ âmir mahiyette olan bazı kanun hükümlerini bile ortadan kaldırmıştır.

Ticaret kanununun *ticarî senetlere* müteallik üçüncü babı bugünkü iktisadî şartlar altında önemini kaybetmiştir. Çek Türkiyede 30 sene içinde nedense kökleşemedi. Poliça ve bonolara gelince Merkez Bankasının bilançosunda senedat cüzdanı hanesinde reeskont edilen "ticarî" senetlerin miktarı aşağı yukarı 500 milyon olarak gösterilmiş ise de sözü geçen senetlerden yalnız ufacık bir kısmın ticarî münasebetlerden doğan bir mal mübadelesine dayandığı keyfiyeti açık, herkesçe bilinen bir sırdır. Yanî diğer bir deyimle Ticaret kanunumuzda tanzimini bulan poliçaya ticaret hayatında hemen hemen raslanmamaktadır. Bizden evvelki devirlerde kredi vasıtası olan poliça ve ödeme vasıtası olan çek yerine gerek iç ticarette gerek devletler arası ticarette diğer kredi ve ödeme vasıta ve yolları geçmiştir ki bunlar da tıpkı akreditif, kliring, kanunun kabul ettiği anlamda «havale» olmıyan telgraflı havale gibi şimdiye kadar hiç bir kanunda tanzim edilmemiştir.

Yaşayan *sigorta* hukuku, Ticaret Kanunumuzda bulunan aşağı yukarı 200 kanun maddesinden değil, kısmen sigorta poliçalarında yazılı umumî şartnamelerden kısmen sigorta şirketleri ile reassürans şirketleri arasında yapılan mukavele ve anlaşmalardan kısmen de yazılı olmaksızın sigortacılıkta cari olan işletme, istatistik ve hesap usullerinden anlaşılabilir.

Türk *deniz nakliyatı*, Alman kanunundan iktibas edilen Ticaret kanunumuzun bir kaç yüz kaidesine göre değil, İngiliz konişmento ve çarter partilerinde bulunan şartlara göre yapılmaktadır.

729

Zorluk çekmeksizin artırabileceğim bu misallerden anlaşılacağı gibi Ticaret Kanunumuzun âmir olmıyan hükümleri birden bire kaldırılacak olursa böyle bir tedbir ticaret hayatına hissedilir bir tesir yapamıyacaktır. Sözü geçen kanunî kaideler kâğıt üzerine durup ticaret aleminde mevcut olmamış addolunduğu halde tacirlerce gerçekten takip ve tatbik edilen hükümler kanun dışında meydana gelerek ilgililer arasındaki hukukî münasebetlerde yaşamakta ve bunlara hâkim olmaktadır.

Gerçi birçok hukukçular, hususiyle kendilerini «modern» sayan positivistler devletin «kadir-i mutlak» olduğu fikrindedirler. Bu görüşün neticesinde kanun koyucu, cemiyet içinde yalnız en yüksek teşriî kuvveti değil, yegâne teşriî kuvveti teşkil ettiği cihetle devletin ülkesinde ancak kanunlarda yazılı kaideleri hukuk saymaktadırlar.

Bu kuram kabul edilecek olursa ancak âmir hükümlerin değiştirilmesi neticesinde hukuk alanında bir değişme meydana gelebilirdi. Yani aynı fikri başka kelimelerle ifade etmeme müsaade ederseniz diyebilirim ki ancak akit, tasarruf ve birleşme serbestliği ilkesinden *çıkarılamıyan* yenilikler, hukukun tadili olârak telakki edilebilirdi.

Fakat geçen sene huzurunuzda arzettiğim gibi akit, tasarruf, birleşme serbetliği ilkesi, bizatihi gaye olmayıp meşru maksatlara erişmek için bir vasıtadan, daha doğrusu bir kalıpdan başka bir şey değildir. Bundan dolayıdır ki hukukun gelişimi; akit, tasarruf, birleşme serbestliğini tahdit eden âmir hükümler *vasıtasiyle değil,* sözü geçen hükümlerin *sınırları içinde fertler arasında yapılacak hukukî muameleler neticesinde* gerçekleşmektedir.

Hatta serbestliğin sınırlarını tespit eden âmir hükümler dahi kanun koyucu tarafından serbestçe tanzim edilemez. Çünkü emir vermek iktidar ve salâhiyetini haiz olan kimse, verdiği emirlerin ifasından doğan bütün tesir ve neticelere asla hâkim olmaz. Canlı bir misal vermeme müsaade ediniz: Türk kanun koyucusu Millî Korunma Kanununun 30 uncu maddesinde gayrı menkullerin kira bedellerinin 1939 yılı kira bedellerinden hiç bir suretle fazla olmıyacağını emrederek bu hükme riayet etmiyenleri ağır para cezasile tehdit etti. Bu emirden doğan neticelerden biri «hava parası» denilen felâkettir. Bazı kimselere göre çok ağır cezaları havi nehyedici bir kanun kaidesile bu mahzur ortadan kaldırılabilir. Şüphe yok ki Büyük Millet Meclisi böyle bir kanunu kabul etmek iktidar ve salâhiyetini haizdir. Ama gene şüphe yokturki böyle bir tedbir ile sözü geçen veya buna benzer bir içtimaî hastalığın önüne geçilemiyecektir.

Asrî insan oğlu, nasıl ki tabiat ve tabiî olayları mabutların ihtiyar ve iradesine değil, tabiatta cereyan eden kuvvetlere icra ediyorsa, aynı surette

içtmaî hayat ve içtimaî olaylar da insanın ihtiyar ve iradesine değil, cemiyet içinde cereyan eden ve fertlerin iradesinden ârî olan içtimaî kuvvetlere irca edilmelidir.

Bundan üç asır evvel yaşıyan meşhur feylosof *Spinoza* devletin hâkimiyeti hususunda *mutlakiyetçilik* teorisine tamamen iştirak etmekle beraber siyaset ve fikir sahasında devletin haiz olduğu iktidar ve kuvvetin *tabiî hudutlarla sınırlanmış* olduğunu açıkça belirtmiştir. *Klasik iktisat mektebi*, ekonmi alanında da, devlet kumandasının hudutsuz olmadığını, *tabiî sınırlara bağlı* olduğunu ispat etmiştir. Ve nihayet nisbeten genç olan *hukuk sosyoloji ilmi*, içtimaî dairede aynı neticeye varmıştır.

Kanun koyucu bu sınırları aşamıyacağı gibi aşmamalıdır da. Aksi takdirde ittihaz edilen tedbir ya boşa gider veyahut umulan netice ve ümitlere tamamen aykırı tesirler meydana getirir ki her iki halde hem devlet otoritesi sarsılır hem de cemiyetin içtimaî hayatı faydadan ziyade zarar görür.

Binaenaleyh hâkimiyetini tahdit edici tabii hudutları anlıyarak «kendini sınırlama" (autolimitation) ilkesine sadık kalan devlet ve kanun koyucu, ne kadar mutlak ve kuvvetli olursa olsun, yazılı kanunların, yaşayan hukukun yalnız bir kısmını *aksettirdiğini* kabul ve itiraf etmek zorunda kalacaktır.

Belki gene aramızda bazı arkadaşlar, kullandığım «aksettirmek» kelimesini yalnız dil bakımından değil, hukuk bakımından da protesto ederek kanunların, hiç olmasa bir kısmının, hukukun kendisi olduğunu, yani yaşayan hukukun yalnız bir inikâsı (yansıması) veya bir irtisamı (izdüşümü) olmadığını katıyetle iddia edeceklerdir.

Bununla beraber hukuk sosyolojisinin belirttiği bilgilere dayanarak, arzettiğim noktai nazarımda ısrar etmek zorundayım. Tarihî bakımdan içtimaî hayatın temelini teşkil eden bütün hukukî müesseseler, ezcümle evlenmeden ticaret şirketlerine kadar olan bilumum şahıs birlikleri, mallar üzerinde mülkiyet ve sair kullanma hakları, mukaveleler ve diğer hukukî muamelelerin, hepsi değilse de büyük bir kısmı devletten ve devlet kanunlarından ârî olarak cemîyetin içtimaî hayatından doğmuştur.

Daha ileri giderek diyebiliriz ki sözü geçen hukukî müesseselere hâkim olan normlar da - ki biz Bunlara „hukuk kaideleri» ismini veriyoruz - ilk evvelâ hâkimler ve profesörler tarafından içtimaî müesseselerden istidlâl ve istihraç edilip te serbestçe kaleme alınan tecritlerden (soyutlamalardan) başka bir şey değildir. Meşhur Roma hukukçusu *Paulus*'un dediği gibi *"kaideden hukuk çıkarılmaz, olan hukuktan kaide çıkar"*. (Dig. 50. 17. 1. 1.)

722

Binaenaleyh rolünü iyice kavramış olan kanun koyucu, içtimaî müesseseleri tanzim eder kanunları sevkettiği zaman prensip itibarile kazaî ve ilmî alanda mutat usullere sadık kalarak kanun hükümlerini cemiyet içinde cari olan kaidelere uygun bir şekilde kaleme almağa çalşmaktadır.

Bu gayeye erişmek için kanun koyucu iki yoldan faydalanabilir:

Muayyen bir anda muayyen bir cemiyette fiilen takip ve tatbik edilen hükümleri aksettiren ilmî bir eserin kanun şekline çevrilmesi en basit ve ucuz yoldur. Bu yolu İngiliz Parlamentosu ticaret alanını ilgilendiren kanunların vazında bir kaç defa, meselâ ticari senetler, ticarî alım satım, deniz taşıma akdi hakkındaki kanunlarda takip etmiştir. Türk kanun koyucusu da Ticaret Kanununun «sif» satış hakkındaki hükümlerini ne kendisi kaleme almış ne de ecnebi bir kanundan iktibas etmiş, devletlerarası ve fakat tamamen gayrı resmi mahiyette bulunan ilmî bir kurumca hazırlanan bir andlaşma taslağından türkçeye tercüme ettirerek kanuna sokmuştur. Bu suırette, Avrupalı tacirler arasında 1924 yılında deniz aşırı alım satımlar hakkında fiilen tatbik ve takip edilen, yani yaşıyan hukuk kaideleri bu gibi muamelelerle meşğul olan Türk tacirlerine de kanunî kaide olarak bağışlanıyordu . Lâkin bu hükümlerin Türkiyedeki yaşama kabiliyeti hakkında ithalat ve ihracat ile meşgul olan Türk tüccarı size izahat verebilir.

Diğer yol — ki sözü geçen ilk yola göre daha pahalı ve daha güçtür — her hangi bir kanunun ıstarından evvel anketler vasıtasile cemiyet hayatının muayyen bir alanında muayyen bir anda gerçekten tatbik ve takip edilen âdet, teamül ve usulleri, hasılı içtimaî hukuk kaidelerini toplamak, derlemek, ayırtsamak, sınıflamak, soyutlamak ve kanun haline koymaktır. Bu uzun ve meşakkatli yolu takip etmiyerek gelişi güzel bir kanun projesini hazırlayan ve kabul eden teşrii kuvvet, şekil itibarile bir kanun meydana getirmiş ise de yalnız tesadüfî bir eser olarak yaşayan hukuk kaidelerini doğurtmuş olacaktır.

O halde arzettiğim noktaları bir hülasa şeklinde toplamama müsaade ederseniz diyebilirim ki merî kanunlar ile yaşayan hukuk arasında önemli bir ayırma vardır. Hukukun değişmesi, eski hükûmlerin ölmesi, yeni hükümlerin doğması, hakikatı halde içtimaî müessese ve münasebetlerin değişmesinden başka bir şey değildir.

Hukuktaki yeni temayüller den bahsettiğimiz zaman cemiyetin içtimaî hayatında tesbit edebildiğimiz yönsemeleri kastetmekteyiz. Devlet teşriî, idarî ve kazaî orğanları ile diğer sahalarda olduğu gibi içtimaî gidişlere de her ne kadar müsbet veya menfi olarak az çok nüfuz icra edebilirse de içtimaî inkişafı uyandıramayacağı gibi durduramaz da. Kanun

koyucu ne emrederse emretsin, içtimaî müesseseler ve münasebetler her gün yeniden doğar, ölür, değişir.

Hayat şartları ve insan fikirleri değiştikçe kanunlarda hiç bir virgül tadil edilmese bile hukuk da değişir. Şu halde ticaret hukukunda yeni temayülleri tesbit etmek niyetinde isek yazılı kanunlardan ziyade *iktisadî hayatta önemli olan hukukî münasebet ve müesseseleri* göz önünde tutmalıyız.

II

İktisat Hukuku

"İktisadî hayat" ibaresini kullanmakla bilerek ve istiyerek «ticaret» kelimesinden ayrılıyor ve 19 uncu yüzyılın bir çöcuğu olan «ticaret hukuku» terimine de veda ediyoruz. Bunun sebebi, başlangıçta ancak ticaret alanında tatbik edilmiş olan çalışma metotları, hesap usulleri, muamele şekilleri ve organizasyon tiplerinin, son gelişimin bir neticesi olarak iktisadî hayatın diğer iki kesmesini teşkilden üretim (istihsal) ve yoğaltım (istihlâk) alanlarına da teşmil edilmesidir.

Bu fikri kısaca anlatmama müsaade buyurunuz:

Malların üretimi, dağıtması ve yoğaltımına şamil olan iktisadî hayat istisnasız olarak *insan toplulukları içinde* ceryan eder. Buğdayı yetiştiren tek köylü değil, çiflik, tarım kooperatifleri veya köylü birlikleridir. Makineyi imal eden fabrikatör veya işçi değil, fabrika, müessese birlikler, tröstlerdir. Malları bir yerden diğer yere nakleden, üretmenlerden yogaltmanlara getiren münferit tacir değil, ticaret evi, tüccar birlikleri ve muazzam ticarî mağazalardır. Hatta malları yoğaltan bile tek fert değil, aile, lokanta, kantin, yoğaltım kooperatifleridir.

İçtimaî bakımdan sözü geçen bütün cüzütamlar iktisadî gayeler zımanında bir çok kimselerden terekküp eden *insan topluluklarıdır.*

Çeşit çeşit insan topluluklarının bünyesi birbirinden az çok farklı olmakla beraber bir iki müşterek nokta tesbit edilebilir:

Her iktisadî topluluk içinde *idare eden* ve *idare edilenler* vardır. İdare eden bir tek kişi veya gene bir topluluk şeklinde gözüktüğü halde idare edilenler hemen hemen istisnasız olarak bir topluluktur. O halde iktisadî bir cüzütâmı teşkil eden her insan topluluğunda bir taraftan idare edenler, diğer taraftan idare edilenler arasında ve nihayet idare eden grup ile idare edilen grup arasında içtimaî münasibetler vardır ki bunlar topluluğun gayesini elverişli bir şekilde tanzim edilmedikçe topluluk gerek üyeleri ve gerek diğer topluluklar bakımından cemiyet içindeki vazifesini

726

gereği gibi yerine getiremez. Bu münasebetlerin heyeti mecmuasına *teşkilât, organizasyon* denir.

Liberal iktisat devri olan 19 uncu yüz yılda rekabet mücadelesi neticesinde ticaret evlerinde meydana gelmiş olan ve ticarî teşekküllere uyan *ticarî organizasyonun usul ve şekilleri*, meselâ şirket tipleri, çalışma sistemleri, hesap usulleri, iş şartları, mukavele şartnameleri ve saire ve saire artık 20 inci yüz yılda harp ve buhranlar neticesinde kâh alâkadarların serbest ve şahsî teşebbüs üzerine , kâh devletin tazyik ve emri üzerine aynen veya değiştirilmiş bir şekilde üretim ve yoğaltım alanında da önem kazanmıştır. Avrupa ve Amerika devletlerinde iktisadî buhran, ihtilâl, dahilî ve harici harp icabı olarak tarım üretim cüzütamları ile yoğaltım birimleri (istihlâk vahitleri) ticarî organizasyon usul ve şekillerine göre az çok teşkilâtlandırılmış olduğu halede Türkiyede şimdiye kadar İktisadî Devlet Teşekkülleri, , tarım kooperatifleri ve halk birlikleri hakkındakiler hariç olmak üzere yazılı hukuk kaidelerine rastlamak mümkün değildir.

Geleneklere sadık kalarak istihsal ve istihlâk sahasında modern ticarî metot, usul ve sistemleri tatbik etmiyen bir cemiyetin 20 inci yüzyılda hâkim olan merhametsiz yaşama şartlarına tahammül edemiyeceği inkâr edilemez bir hakikattır. Uzun yıllardan beri bu gerçeği gören Cümhuriyet hükûmetlerinin uğraşmalarına rağmen sözü geçen hakikat hatta aydınlarımızın çoğu tarafından bile henüz kavranmamıştır. Bunun, ilmî müesseseilerimizde içtimaiyat, iktisat ve hukuk tedrisatının kısmen 19 uncu asrın zihniyeti ile yazılmş eserlere dayanmasından ileri geldiğl fikrindeyim. O halde aydınlarımız, ister ilim adamları olsun, ister gazeteciler veya siyaset adamları olsun, faşist, komünist, nasyonalsosyalist ve sair «ist»li kelimelerden korkmıyarak devrimizin, ideolojiler dumanı arkasındaki içtimaî gerçeklerini ilmî yanı objektif bir şekilde arayıp tesbit ettikten sonra Türk halkını da aydınlatarak modren içtimaî yaşama şartlarına alıştırıp yetiştirmelidirler. İnkilâpçılık bu demektir zannederim.

Her topluluk ,hangi şekilde ve kesafette olursa olsun, ***teşkilâtlandırıldıkça iç münasebette bir çokluk*** teşkil ettiği halde ***dış münasebette bir birlik*** olarak meydana çıkmaktadır.

Fabrikada ve çiftlikte çalışan işçilerin çokluğu iş şartları bakımından; bankaya artırdıklarını yatıranların çokluğu tasarruf mevduatı sahipleri olmaları; sigorta şirketi nezdinde aynı rizikoya karşı sigorta ettirenlerin çokluğu diğer rizikolara karşı sigorta ettirenler; deniz ticaretinde donatan, gemi sahibi ve yük sahiplerinden teşebkkül eden çokluk, hukuk bakımından bir birlik gibi muamele görür. Bunu herkes kabul eder.

Fakat acaba Bahçeli evler semtinde oturan çokluk telefon, otobüs ve diğer birçok bakımlardan, her hangi bir lokanta veya leylî okulda yemek

725

yiyen çokluk et yoğaltımı bakımından, bir apartmanda oturan çokluk kömür sarfetmesi bakımından, sabit veya dar gelirlilerin ailelerindeki çokluk içtimaî ve dolayisile hukuki bakımdan birer iktisadî birlik teşkil etmiyormu? Hukukçuların çoğu bu gibi toplulukları ve işlerindeki birleşmiş olan çokluğu görmediği gibi maşeri (kollektif) mahiyette olan bu gibi hukuk münasebetlerini 19 uncu yüzyıldan bize gelen ferdî (endividüel) bir renk taşıyan kanun hükümlerine göre tefsir ve tahlil etmek için, nafile yere, uğraşmaktadır. Bu görüş tarzından doğan neticeler bugünkü gerçeğe uyamıyacağı gibi cemiyet bakımından tatmin edici de olamaz. Bunun için artık Türk hukukçusu memleketimizin içtimaî olaylarını koyu ferdiyetciliğe boyanmış gözlükle bakmaktan vazgeçerek içtimaî hayatın gelişmesi sonunda meydana gelen hukukun yeni temayüllerini olduğu gibi görmeğe, bir çokluk içinde yaşıyanları, birbirlerinden müstakil ferdler değil, bir topluluğun üyeleri olarak saymağa çalışmak zorundadır.

Sözü geçen insan toplulukları dış münasebette bir birlik teşkil ederek ayrı ayrı yanyana yaşamakla beraber birbirinden müstakil değildir. Onlar da birbirine müteaddit bağlarla bağlanmış olup diğer birçok toplulukların üyeleridirler. Bu toplulukları başlangıçta meydana getiren esas itibarile her hangi bir kanun koyucu değil, gene içtimaî hayatın kendisidir. Çiftlik, faprika, ticaretevi, aile şeklinde gözüken ilk dereceli topluluklar, köy, kasaba, şehir, vilâyet, mıntaka, devlet, dünya denilen *çoğrafi* ve *siyasî* toplulukları ve lonca, esnaf odası, Basım birliği, tüccar birlikleri, tarımkooperatifleri, halk birlikleri ve saire ve saire denilen *meslekî* toplulukları teşkil etmektedirler ki bu son toplulukların içinde bulunanlar, umumiyetle, ferd olarak değil, mensup olduğu ilk dereceli topluluğun üyesi, tabir caiz ise, mümessili sıfatile rol oynamaktadırlar.

Ferdin, içinde bulunduğu diğer sayısız topluluklar, meselâ okullar, partiler, din cemaatı, ilmî, bedii, hayrî cemiyetler, ticaret şirketleri, eğlence ve idman cemiyet ve grupları nazarı itibara alınacak olursa, *iktiadî hayatın* ue kadar çeşitli, birbirinden ayrı ve müstakil, birbirine zıt veya bağlı olan tesirler altında gelişmekte olduğu belli olur.

İktisadî hayattaki insan topluluklarının yanyana, altalta, üstüste karmakarışık durumda bulunması, nizamsız bir hal demek değildir. karışıklıktaki iktisadî nizam her münferit toplu içinde olduğu gibi esas itibarile *tabiî* yollardan, yanı içtimaî hayatta çalışan ve çarpışan maddî ve manevî kuvvetlerin uzlaşma ve denkleştirilmesi ile; kısmen de *sunî* yollardan, yani iktidar ve hakimiyet mevkiinde bulunan kimselerin verecekleri nehyi ve emredici hükümler ile meydana gelir. *Ekonomik düzenin ifadesini teşkil eden hukuk kaideleri*, ister nizamın tabiî unsurlerını aksettirmiş olsun, ister müdahale yolu ile sunî olarak cemiyete cebren kabul ettirilmiş olsun, *he-*

726

yeti mecmuası itibarile İktisat Hukuku terimi altında bir araya topladığı takdirde *asrımızın karakteristik vasfı hukuk ilminde* de ifadesini bulmuş olacaktır. Çünkü iktisat, iktisadî olmıyan her faaliyetin temelini teşkil ettiği için, artık herkes, her topluluğun ve dolayisile her ferdi akibetinin de iktisadî hayata hâkim olan nizama tâbi olduğu fikrini kabuletmek zorunda kalmıştır.

Bu sebeplerden dolayı konferansımızın üçüncü kısmında iktisadî nizamı gerektiren âmiller mahiyetinde olan *içtimaî kuvvetlerle fikrî cereyanları* kısaca gözden geçirelim.

III

İçtimaî kuvvetler

«İçtimaî kuvvetler» ve«fikir cereyanları» tâbirlerinin yanyana konması, fikrimce doğru olmamakla beraber yanlış bir anlamın önüne geçmek maksadile bu iki ibareyi kullanmak zorunda kaldım. Malumdur ki içtimaî, felsefî ve siyasî alanda "materiyalizm„ ve "idealizm„ denilen iki görüş tarzı vardır ki âlemin doğuş ve gelişimini ya sadece maddeye veya şadece ruha irca etmektedir. Halbuki cemiyet hayatında çalışan ve çarpışan kuvvetleri çözümlemeğe uğraşan kimse monist bir görüş tarzına ancak gerçekten olaylara aykırı olarak katılabilir

Nasıl ki bir vahdet olarak gözüken insan maddî, ruhî ve fikrî unsur ve kuvvetlerin etkilerinden meydana gelen canlı bir mahlûk ise bir birin olarak gözüken insan oğlunun cemiyeti de maddî, ruhî ve fikrî unsur ve kuvvetlerin etkilerinin neticesinde yaşayan bir organizmadır.

O halde iktisadî nizamı gerektiren âmiller mahiyetinde olan içtimaî kuvvetler bahis mevzuu olduğu zaman ancak toprak, kapital ve emek üzerindeki maddî hâkimiyet ve tasarruf imkânların değil, insanların ruhuna tesir eden felsefî, dinî, ilmî, ahlâkî ve siyasî ide, görüş, ideoloji ve kuramları da gözönünde tutmalıyız. İçtimaî hayatın gelişimi sözü geçen birçok birleşenlerden (mürekkiplerden) çıkan bileşkeden (muhassaladan) başka bir şey değildir.

İster aile, ister anonim şirket, ister devlet, ister dünya olsun, bir nevi «*kuvvetler münasebeti*» ni teşkil eden her toplulukta üye olan her fert veya çokluk, faal ve münfail âmil (etkin ve edilgin etmen) rolünde bulunarak kâh sahip olduğu maddî, ruhî ve fikrî kuvvetlerle topluluktaki diğer üyelere nüfuz icra etmeğe çalışır, kâh diğer üyelerden çıkan kuvvetlerin tesiri altında onlara uymak zorunda kalır.

Karmakarışık bir surette arasız ve sonsuz olarak birbirile çarpışan çeşit çeşit içtimaî kuvvetlerin enerjisi, dâimi değişke ve dönüşüme tâbi ol-

727

duğu için her topluluk içindeki kuvvetler münasebeti de dâimi bir şekilde değişir ve kuvvetler münasebetinde meydana gelen değişiklik te topluluk içinde tatbik ve takip edilen hukuk kaidelerinde, geç olsun, erken olsun, ifadesini bulur.

Bir toplulukta bulunan kimseler müşterek gayelere erişmek için birleşmiş oldukları için, topluluk içinde yaşıyan hukuk kaideleri, doğru veya yanlış, her ne sebeple olursa olsun, topluluk içinde fiilen hâkim olan fikir, görüş ve duygulara dayanarak toplulğun, üyeleri olan fert veya gruplardan topluluk uğruna istiyebileceğini zannettiği talep ve iddialardan başka bir şey değildir.

Fakat topluluktaki fert veya grup şahsî menfaatlerini takip ettikten başka diğer toplulukların üyesi sıfatiyle başka talepler karşısında da bulunduğundan onlar da birbirile çarpışmaktadırlar. Binaenaleyh her hangi bir toplulukta yaşıyan hukuk kaideleri, bir yandan topluluğun, üyesinden istemek imkânını haiz olduğu taleplerin toplamını ve sınırını teşkil ettiği gibi diğer yandan da topluluğun üyeden istediği taleplerle üyenin topluluktan istediği talepler arasındaki denkleşmeyi temsil eder.

Bu teorik temellere dayanarak iktisadî nizamı meydana getiren çeşitli kuvvetleri ile kuvvetler münasebetini tetkik edersek son otuz yıl içinde insanların birlikte yaşama şart ve şekillerinin tamamen değişmiş olduğunu görürüz. Dünyanın dört köşesinde bu değişiklik aynı derinlik ve genişliği göstermemekle beraber kürei arzın her yerinde az çok duyulan sanayileşme ve standardizasyon gayretleri ile radyo ve gazetecilik devleri, tek ferdin, tek ailenin, tek fabrikanın, tek köyün, tek ticaret evinin, tek şehrin hattâ tek memleket ve devletin bile müstakil ve ayrı ayrı yaşıyamadığını hepimize ya tatlı ve sulhçu bir şekilde veya zor ve cebirle her gün ispat etmektedir. 18 yüz yılın insan ve vatandaş hakları beyannamelerinde ifadesini bulan «ferdin hürriyeti» ve «devletin ademi müdahalesi» ilkeleri bugün hiç olmazsa iktisadî bakımdan eski anlam ve önemini tamamen kaybetmiştir.

Otarki, devletçilik, plânlı iktisat, müdahalecilik gibi tâbirler altında ilmen tavsiye, tenkit veya müdafaa edilen ve muhtelif devletlerde az çok başarı ile fiilen ittihaz edilen iktisadî tedbirler, hakikatta ikinci dünya harbini hazırlıyan ve mümkün kılan âmiller idi. Çünkü sözü geçen bütün sistem ve plânların ruhu, uçak, otomobil, vapur, telgraf, radyoya rağmen cihanşümul ve maşeri olmaktan ziyade yelken ve kervan zamanlarında olduğu gibi mıntakavî ve bencil idi.

Birinci cihan harbini bitiren muahedelerle iki harp arasında toplanan dünya iktisat konferanslarının, Cenevredeki Uluslar Cemiyeti ile onun ta-

728

rafından kurulan enternasyonel ekonomik enstitüler ve müesseselerin maalesef başaramadıkları ödevin, bütün dünyaya şâmil, sağlam ve istikrarlı bir ekonomi düzeni kurmaktan ibaret bulunduğunu artık herkes kavramıştır zannederim.

Çünkü «yeni nizam» «Atlantik demeci», «Beveridge», «Keynes» «White» plânları adı altında yayın alanına çıkarılmış olan beyanname ve plânlardan anlaşılacağı gibi bu harbin anlamı ve son amacı *düzenlenmiş bir dünya ekonomisidir.* Ve böyle bir nizam kurulmadıkça 1914 yılında başlamış ve bütün sulh muahedelerine rağmen bitmemiş olan harbin gerçekten sona eremiyeceği muhakkak sayılabilir.

O halde ticaret veya daha doğrusu iktisat hukukunda yeni temayüller yeni ekonomi düzeninde tecelli edeceğinden, harbertesi iktisat hukukunun karakteristik hususiyetlerini, mihver ve müttefik devletlerin programlarındaki ideolojik ve siyasî farklara temas etmeksizin konferansımızın son kısmında kısaca anlatmağa çalışacağım.

IV

Yeni Nizam

Geçen otuz yıl içindeki iktisat hukukunun mümeyyiz vasfını «devletçilik» adı altında anlaşılan devlet müdahalesi görüşü teşkil ettiği halde yeni nizamın karekteristik vasfı «*cihancılık*» olacaktır. Demek oluyor ki müdahale sahası münferit devletin ülkesi değil dünya ülkesi olacağı gibi müdahale eden de münferit devletteki iktidar ve hâkimiyet sahibi değil, «beşeri cemiyet» diye adlana bilen devletler cemiyetindeki iktidar ve hâkimiyet sahibi olacaktır.

Devletler cemiyeti içindeki iktidar ve hâkimiyeti, demin anlatmağa çalıştığımız içtimaî kuvvetlerin bileşkesi olarak ister cebir yolu ile, ister anlaşma yolu ile meydana geldiği takdirde devletler arası hukukunda yerleşmiş olan devletlerin mutlak hâkimiyeti kuramı, hiç olmazsa ekonomik alanda istiyerek veya istemiyerek bir «kendini sınırlama» kuramı şeklini almak zorunda kalacaktır. Demek oluyor ki münferit devletlerin haiz olduğu kanun koyma salâhiyeti tıpkı federal bir devletin kantonlarında olduğu gibi az çok sınırlanacaktır. Münferit devlet bu sınırlar dışında şimdiye kadar olduğu gibi ileride de serbest kaldığı halde, sınırlar içinde devletler cemiyetinin vereceği kararları gereği gibi yerine getirmekle mükellef olacaktır.

Bu vazifeyi ifa edebilmek için her devlet kendi ülkesinde bulunan istihsal, ticaret ve istihlâk cüzütamlarını öyle bir şekilde teşkilâtlandırmalıdır ki devletler arası ekonomi düzeninden en geniş mikyasta faydalana-

779

bilsin. Bu teşkilâtlandırma işi, devletin içtimaî bünyesine ne kadar yakın kalırsa o kadar kolay ve zararsız işleyecektir. Her devlet, tabir caiz ise, diğer devletler karşısında bir *konzern* gibi meydana çıkacaktır ve bu surette devlet içinde bir çokluk teşkil eden müteaddit ve kanunen birbirinden müstakil gözüken iktisadî vahdetlerin heyeti umumiyesi, harice karşı bir birlik gibi hareket edecektir. ve bu birlikler, bir *Dünya kartelini* teşkil ederek kartel üyeleri gibi muamele göreceklerdir.

Bundan dolayıdırki şimdiye kadar esas itibariyle yazılı hukuk haricinde, hatta bazan kanun kaidelerine aykırı olarak husule gelen ve ticaret hukukunun bir konusu sayılan kartel ve konzern hukuku, *iktisat hukukunun* mevzuu sifatiyle hususi hukuk alanından idare ve devletler arası hukuku alanına geçecektir. Eski diploması diline mahsus «nüfuz mıntakaları», «menfaat muhiti», «açık kapı» gibi istilâhlar yerine, ticaret hukuku lisanına mahsus «kartel payı», «outsider", "kara liste» gibi terimler geçeceklerdir.

Müstakil üretmen ve tüccar iç ticarette bile hareket serbestisini yalnız dar sınırlar içinde muhafaza ederek kaideten devletin ve dolayisile bütün devletlerin üretim ve dağıtma hücresi sıfatiyle dünya iktisat sistemi içinde yarı resmî bir fonksyon ifa edecektir.

Devletler arası mal mübadelesi münferit ve müstakil tacirler tarafından ve onların ihtiyarına göre değil, devletin muayyen iktisat kolunu temsil eden bir müessese ile diğer bir memleketin muayyen iktisat süjelerini temsil eden bir müessese arasında, devletler kartelinin tesbit ettiği şartlar altında ve standardize edilen mukavele tiplerine göre yapılacaktır.

Mal mübadelesinin arka tarafı olan ödeme makanizması da bu günkü durumdan farklı bir şekilde tanzim edilecektir. Yanlışça «kliring» denilen iki taraflı takas anlaşmaları yerine, çok taraflı ve hakikî kliring anlaşmaları geçecektir ki bunlar her hangi bir devletin iç parasına değil devletler arası ticaretine mahsus enternasyonal bir hesap parasına dayanacaktır.

Posta, telgraf, demir yolu ittihatlarının yani başına radyo, uçak, vapur ve otomobil ittihatları meydana geleceklerdir ki şahıs, mal, havadis nakliyatında zarurî olan enteranasyonal koordinasyon temin edilmiş olacaktır.

Harpten evvel reassürans vasıtasile fiilen devletler arası sigortacılık, harp ertesindeki yeni nizam altında milletler arası karekterini daha fazla belirtecektir.

Bu gün yer yer bulunan ticaret ve gemi sicilleri muhafaza edilebilirse de her devlet içinde merkezî bir ticaret sicilli ve merkezî bir gemi sicil-

(239

lindlen başka tıpkı alameti farikalarla ihtira beratlarına mahsus milletler arası bürolar gibi enternasyonal bir ticaret sicilli ve enternasyonal bir gemi sicilli dahi meydana getirilecektir.

Bundan başka milletlerarası iktisat, milletlerarası mahkemelere veya muhtelit hakem kurullarına da muhtaçtır. Çünkü millî mahkemeler, değeri ne kadar yüksek olursa olsun, ihtisas sahibi olmadığı için bir dünya ekonomi nizamından doğan ihtilâfları halledemiyecektir.

Hasılı : İktisadî münasebetlerin hukuki yanlarını tanzim etmek maksadiyle kanunlarımızda akit, tasarruf ve birlikler hakkında verilen kaidelerin çoğu esnafın yapacakları muamelelere bile tatbik edilmiyeceği gibi evleviyetle büyük mikyasta ceryan eden toptan ticaret için hiç bir önemi haiz olmıyacaktır.

Onların yerine ne geçecektir? Aceba milletlerarası bir iktisat kodu, bir ticaret kanunu mu? Yoksa daha mütavazi davransak, tıpkı poliça ve çek hakkında 1930 ve 1931 yıllarında Cenevrede akdedilmiş andlaşmalar gibi alım satım, nakliyat, sigorta mukavelelerini birleştiren ve her devlet tarafından tatbik edilecek müşterek veya daha doğrusu tip kanununlarmı?

Zannetmiyorum. Çünkü gerek sözü geçen Cenevre andlaşmaları ve gerek 1934 yılında Romadaki Hususi hukukun Birleştirilmesi hakkındaki Milletlerarası Enstitü tarafından yayın alanına çıkarılan milletlerarası alım satım kanunu taslağı, iktisadî hayat içinde fiilen yaşayan ve bundan dolayı ahenkli olan hukuktan ziyade müteaddit devletlerin kanunlarında dönmuş ve birbirinden çok farklı olan kaidelerle ancak tarihî ve ilmî bir kıymeti haiz olan mücerret nazariyelere dayanmaktadır. Halbuki bu gibi müşterek kanunların değeri yüksek değildir.

Fikrimce gerek her münferit devlet gerek devletler cemiyeti elzem olan nehi ve emredici hükümler vermekle iktifa ederek her hangi bir kodifikasyon işinden kaçınmalıdır. Çünkü «yeni nizam„ hakkında ileri sürülen fikir, sistem ve pilanlar ne kabar tatlı veya acı, ne kadar güzel veya çirkin, ne kadar iyi veya kötü gözükürse gözüksün, *olan* ve *yaşayan* hukuktan çıkarılan *objektif kaideler değil*, *plan sahiplerinin şahsî ve sübjektif* görüşlerine göre *alması lâzım gelen* tedbirlerdir.

Bu tedbirler ise hukukun yeni gelişiminin bir sonu değil, bir başlangıcı olacaktır. Hukuk tarihinden anlaşılacağı gibi her kodifikasyon muayyen bir hukuk devrinin sonunu tecelli ettirdiğinden ticaret hukukunda yeni temayülleri aksettirecek olan kodifikasyonun belki torunlarımız tarafından yapılacağı fikrinde teselli bulmak zorundayız.

731

Bizim ödevimiz ise içtimaî hayatı yakından takip ederek ilmî kuram veya metafizik akide kisvesine bürünmüş ideolojilere inanmaksızın gizlenmiş arzu ve menfaatları belirtmek, içtimaî hayattaki kuvvetlerin şiddet ve istikametini ayarlamak, yaşayan hukuk kaidelerini toplamak, derlemek ve soyutlamak üzere titiz araştırma ve meşakkatlı çalışmalarda bulunmak ve bu suretle iktisat hukukunun ileride yapılacak kodifikasyonunu hazırlamaktır.

732

İsviçre Federal Mahkeme Kararları

KARZ — MUKAVELE MUHTEVİYATININ DEGİŞTİRİLMESİ — TECDİT — MUAYYEN ZAMANLARDA TEDİYESİ MEŞRUT AİDAT — MÜRURUZAMAN. *Ödünç veren tarafından istenilen para — Ödünç alan kimseye taksitle tediye imkanını veren ikinci bir mukavele — Taksitlerin senelerce ödenmemesi — Borcun tediyesi için açılan dava — Müruruzaman defi reddedilmiş ve davâ kabul edilmiştir.*

(İBK 128:1 — TBK 126:1)

1. Muaccel bir alacağın alacaklısı tarafından borçluya taksitle tediye imkânının tanınması hakkında yapılan anlaşma borcun muacceliyetini muhafaza etmekle beraber borçluya tecil defini ileri surme imkânını vermekle kalmaz, fazla olarak borcun ifa tarihini de uzatır (Bir numaralı mucip sebep) .

2. Bir defada ödenmesi lâzım gelen borcun taksitle ödenmesi hakkında yapılan anlaşma, mukavelenin muhtevasını değiştirir fakat onun hüviyetini tebdil etmez ve bu değişme, aksi ispat edilmedikce, tecdit olarak kabul edilemez (İki numaralı mucip sebep).

3. Borcun tediyesi için kararlaştırılan taksitler beş senede müruruzamana uğrayan muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidattan değildir. Muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidat olmak için borcun ödenmemesi takdirinde - borçlunun durumunun kötüleşmesi lâzımdır.

Taksitin bir bütün teşkil edecek surette faizle birleşmesi halinde muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidattan bahsolunabilir (Üç numaralı mucip sebep).

(10 Eylûl 1943;R 69 II, JdT 1944 I 40)

Semuel Moskowicz Zürich'teki ayakkabı kooperatifi şirketine mecmuu 25000 frank tutan ikrazlarda bulunmuştur. 1927 senesindeki ölümünden sonra da mirasçıları şirkete yeni ikrazlarda bulunmakta devam etmişlerdir.

10 İkincikânun 1928 tarihinde şirket 42000 franklık bir borç tanıma senedi imzaladı. Bu senetle 20 şubat, 20 mayıs, 20 ağustos ve 20 İkinciteşrin tarihlerinde ödenmesi iktiza eden%6 nisbetinde bir faiz de taahhüt etti. Borçlu şirket aynı zamanda borcun 25000 frank tan fazla olan kısmını mümkün olan süratle ödemeği de vedediyordu. Bakiye, uzatılmış bir zaman için yapılmış bir ikraz gibi talkki olunuyor ve alacaklının, altı ay evvelinden ihbar şartile, 1 ikincikânun, 1 nisan, 1 temmuz ve 1 birinciteşrin tarihlerinde fakat herhalde 1 ikincikânun 1929 tarihinden önce tediyesini istemek hakkı da tanıyordu.

1929 senesi zarfında şirket tediyelerde bulundu ve 1929 senesi sonnnda borç 25000 franka indi. 24 birinci teşrin 1930 tarihinde Moskowicz veresesi avukatı 2 nisan 1931 tarihinde borcun tediyesini istedi. Ve tediye hususunda kolaylıklar göstermeğe de hazır bulunduklarını bildirdi.

1 mayıs 1931 de şirket resülmal için 1000 ve uç aylık faizler için de 375 frank ödedi. Aynı gün taraflar bakiyenin tediyesi için bir anlaşma yaptılar. Alacaklılar bu şifahî anlaşmayı 2 mayıs tarihinde yazı ile şöylece tekit ettiler:

«Mayıs ortasına kadar 1000 franklık yeni bir taksit daha ödiyeceksiniz. Bundan sonra 1 haziran dan itibaren her ayın birinci günü 1000 frank vereceksiniz. 1 haziran 1942 den itibaren borç ödeninceye kadar her ay 2000 frnk tediye edecesiniz. % 6 faiz eskisi gibi üç ayda bir ödenecektir.»

Şirket 9 haziran 1932 tarihine kadar taksitleri ödedi. Bu tarihte 7000 frank borcu kalmıştı. Faizler de 1931 senesi sonuna kadar ödendi.

31 temmuz 1934 de alacaklılar borcun tediyesini istediler. Borçlu bu talebi yerine getirmedi. 1942 senesinde taleplerini tekrar etmek istedikleri zaman şirket borcunun mürurnzamana uğramış olduğunu iddia etti.

I Haziran 1942 tarihinde alacaklılar ödeme emri gönderdiler. şirket itiraz etti. Bunun üzerine moskowicz veresesi 7000 frank alacağın 1 ikincikanun 1932 den itibaren % 5 faizle tediyesi hakkınd dâva açtılar. Şirket müruruzaman defini ileri sürerek davanın reddini istedi. Şirkete göre, 1 mayıs 1931 tarihli mukaveli ile bir tecdit yapılmış ve boç muayyen zamanlarda tediyesi meşrut taksitlere bağlanmak suretile boçlar kanununun 128 (126.) maddesi mucibince mürurruzaman müddeti beş seneye inmiştir. 9 haziran 1932 tarihli son tediye-

den sonra kalan 7000 franklık bakiye 1 mayıs 1931 tarihli anlaşmaya göre 1 temmuz, 1 ağıstos ve 1 eylûl tarihlerinde ödenecek ikişer bin franklık ve 1 birinciteşrin 1932 tarihinde tediyesi lazım gelen 1000 franklık dört taksite bağlanmıştır. Bu alacaklar 2 temuz, 2 ağustos, 2 eylûl ve 2 ikinciteşrin 1937 tarihlerinde mürurzamana uğramış bulunmaktadırlar. 1 ikincikannn 1932 tarihinden sonraki faizler de müruruzamana uğramıştır.

Davacılar 1 haziran 1937 tarihinden önceki faizler için müruruzaman defini kabul ettiler, fakat geri kalan diğer taleplerinde ısrar ettiler.

Zürich asliye ve istinaf mahkemeleri bu talebi kabul ettiler.

5 mayıs 1942 tarihli istinaf kararına karşı davâolunan şirket Federal Mahkemeye müracaat etti. Federal Mahkeme bozma talebini reddetti.

Mucip sebepler:

1. İhtilaflı yegâne mesele şirket borcunun 7000 franklık bakiyesinin 1 temmuz 1937 den itibaren müruruzamana uğrayıp uğramadığıdır.

Asliye mahkemesi 1 mayıs 1931 tarihli anlaşma gereğince esas alacağa mahsuben yapılan tediyeler 128.(126) maddede yazılı ve beş senede müruruzamana uğrayan muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidattan olmadığı mülâhazasına dayanarak müruruzaman defini reddetmiştir. Mahkemeye göre hadisede 10 senelik müruruzaman vardır ve alacak bu müddetin bitmesinden önce istenmiştir.

İstinaf makemesinin görüşü başkadır. İstinaf mahkemesine göre, 1 mayıs 1931 tarihli anlaşma ile karz akdinin muhtevası değilştirmediği için muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidat mevcut olup olmadığı meselesi mevzuu bahis değildir. Muhtevasi değişmemiş olan borç ise 10 senelik adi müruruzamana tâbidir. İstinaf mahkemesi bu neticeye şöyle bir muhakeme ile varmış bulunmaktadır: 1 Mayıs1931 tarihli anlaşılmanın tediye zamanını uzalttığı kabul olunamaz. Borç muaccel olmakta devam etmektedir, fakat borçluya bir tecil defini ileri sürmek imkânı verilmiştir. Yoksa vadenin uzatılmasında olduğu gibi henüz borcun muaccel olmadığı şeklinde bir defide bulunulamaz.

İstinaf mahkemesi daha ziyade Alman hukukuna (bilhassa *H. Reichel,* Der Einforderungsverzicht, Iherings Jahrbücher'de. 2. seri,

735

cilt 49, s. 1) istinat etmişse de İsviçre hukukunda bu tezin kabulüne imkân yoktur. Bir akdin mutebariyetinin hususi bir şekle bağlı tutulduğu (meselâ bir gayrimenkul satışında satış bedelinin tecili, poliçelerin temdidi gibi) haller haricinde İsviçre hukuku vadenin uzatılmasını bir tecil telâkki etmektedir (Bakınız: *v. Tuhr* II, s. 449; *Oser—Schönenberger*, BK 75, n. 10; *Glarner*, Die Stundung im schw. O. R. s. 44; ve aynı fikri zımnen ihtiva eden Federal Mahkeme kararı: RO 41 III 154). Böylece Kanton İstinaf mahkemesi kararının mucip sebepleri esasından çürümektedir.

2. Tecil mukavelesi ilk yapılan karz akdinin mühtevasını değiştirmiş bulunmaktadır. Filhakika bir defada ödenmesi gereken 25000 frank artık taksit taksit ödenecektir.

Fakat bu muhteva değişikliği, dâvaolunanın iddiası hilâfına olarak alacağın tecdidini icap ettirmemektedir. Borçlar Kanununun 116 (114) maddesine göre tecdit hiç bir zaman mefruz değildir, ancak ispat edildiği takdirde tecdit kabul olunabilir. Hadisede ise 1 mayıs 1931 tarihli mukavele ile tarafların ilk borcu itfa etmek ve yani bir borç yaratmak niyetinde olduklarını gösteren hiç bir emare yoktur. Her halde 2 mayıs 1932 tarihli tekit mektubu ile 25000 frank tutar borcun taksitle ödenmesini anlaşma mevzuu olarak gösteren alacaklılar bir tecdit yapmağı aslâ düşünmüyorlardı.

Şirkete 1 mayıs 1931 tarihli anlaşma ile tanınan tecil, mukavelenin mahiyetini değiştirmeden muhtevasını değiştirmiştir. Roma hukukundaki vecibenin hilâfına olarak, borcun bilhassa ifa zaman ve mekânına ait değişiklikler yapılmasına bugünkü telâkkiler müsaade etmektedir. Borcun tecil edilmesile muacceliyetinin geri atılması ise ifa zamanının değiştirilmesinden başka bir şey değildir (Bakınız: RO 20, s. 1067 vd).

3. Tediyesi lâzım gelen meblâğın müteakiben muaccel olan taksitlere taksiminin mürurru zaman müddeti üzerinde bir tesiri olup olmadığı meselesine gelince, eğer taksitler muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidat ise mürurruzamanın borçlar kanununun 128 (126) maddesine göre beş sene olacağını kabul etmek iktiza eder. Aksi takdirde aslî mukavelede olduğu gibi borcun bir defada tediyesi halindeki 10 senelik müruruzaman cari olur.

Borçlar kanununun 128.(126) maddesinin birinci bendinde yazılı « muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidat » mefhumu hakkında nazariyatta fikirler pek dağınıktır. *Becker* (126. madde, n. 3) aidat taksitleri bu mefhuma ithal etmemekte, *Oser—Schönenberger* (madde 89, n. 3, madde 128, n. 3) aksi fikri ileri sürmektedir.

736

Bu ihtilâfı halletmek için şunu göz önünde tutmak lâzımdır: Kanun vazıı muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidatin iktisadî bakımdan süratle tediyesi icap ettiği mülâhazasile bu şekildeki aidatı beş senelik kısa bir müruru zamana tâbi tutmuştur. bunun içindirki, biir taraftan alacaklının yersiz bir müsamahası yüzünden biriken borç yükü altında borçlunun ezilmesine ve diğer taraftan da borçlu lehine alacaklının haddinden fazla bir tahammül göstermesine mani olmalk üzere kısa bir müruruzaman müddeti kabul edilmiştir. Kısa müruıruzaman müddetinden beklenilen bu gaye göz önünde tutulursa adli taksitlerle ödemeyi, kanunun yukarıda zikri geçen hükümleri dairesinde, muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidat gibi telâkki etmeğe imkân kalmamaktadır.

Taksitler, aynı bentte yazılı resülmal faizleri, adi icar ve hasılat icarı kiraları gibi muntazam fasılalarla yenilenmezler. Bu itibarla faiz yahut meselâ bir irat ödemesi bahis mevzuu olduğu takdirde borçlunun malî vaziyeti kötüleştiği halde taksitleri ödemediği takdirde malî vaziyeti vahamet kesbetmez. Eğer taksitin tediyesi icar ve iflâs hukukunda « annuité » ler mânasına alınsa idi (RO 63 III 127, JdT 1928 II 51) yani faize ilave edilen resülmal taksitleri faizle birlikte bir bütün teşkil etse idi vaziyet başka türlü olacak ve biriken bu çeşit taksitlerin yekûnu esas borcu geçeceği için (*Becker'e* bakınız: BK 128, n. 3) yukarıda zikri geçen mülâhazalar varit olabilecek idi.

Fakat hadisede böyle faizle bir bütün teşkil eden resülmal taksiti bahiis mevzuu değildir. Zira 1 mayıs 1931 tarihli mukaveleye göre faizler 20 şubat, 20 mayıs, 20 ağustos, ve 20 ikinci teşrin tarihlerinde muaccel olmakta ve bunlardan temamen ayrı olan taksitlerin ise her ayın birinci günü ödenmesi lâzım gelmektedir.

Taksitlerin muayyen zamanlarda tediyesi meşrut aidata benzetilmemessi hususunu takviye eden bir mülâhaza daha vardır ve o da kanunî bir metin olmadan kaçıncı taksitten itibaren kısa müddetli müruruzamanın tabik edilmesi lâzım geleceğini sarahatle tâyin temenin paırtik bakımdan imkânsız olmasıdır. Her biri beşer binlik iki taksitte ödenmesi lâzım gelen 10000 franklık bir karzda 128. Maddede mevzuu bahis muayyen zamanlarda ödenmesi meşrut aidat muvacehesinde bulunulduğunun ciddî bir surette iddia edilmsine imkân görülememektedir Fakat bu 10000 franklık borcun her biri ikişer binlik beşş taksitte ödenmesi takdirinde muayyen zamanlarda ödenmesi meşrutt aidat olup olmadığını yoksa 1000 franklık on taksitte mi ödenmiesi lâzım geldiğini takdir etmek için elimizde objektif hiçbir kıstas yoktur.

737

4. 1 Mayıs 1931 tarihli anlaşma ile derpiş edilen taksitler böylece 10 senelik müruruzamana tâbi oldukları için dâvaolunanın müruruzaman defi varit değildir. Son taksitin 9 haziran 1932 tarihinde ödendiği ve bu ödeme ile Borçlar kanununun 135. (132) maddesi mucibince müruruzamanın kesilmiş olduğu ve yeniden bir 10 senelik müruruzaman ceryan etmeğe başladığı ve bu dâvanın açıldığı 1 haziran 1942 tarihinde henüz 10 senelik müddetin hitam bulmamış olduğu noktaları ise zaten ihtilâflı değildir.

5. Buna mukabil, 7000 franklık borcun % 6 faizlerinin 128. ((126) maddedeki beş senelik müruruzamana tâbi olduğu şüphesizdiir. 1 haziran 1942 den beş sene önce muacel olan bütün faizler müruru zamana uğramış bulunmaktadırlar. 1 Haziran 1942 tarihinde müruru zamanı kesen muamele dolaysile müruruzamana uğramaktan kurtulan ilk faiz 20 mayıs ile 20 ağustos 1937 devresine ait faizlerdir. Dâvacı 1 haziran 1937 den itibaren % 5 faiz istediğine göre alacaklarının, istinaf Mahkemesinin tanıdığı nisbet dairesinde kabul edilmesi lâzım gelmektedir.

Birinci Hukuk Dairesi.

NESEBİN REDDİ DÂVASI. Evlendikten 180 gün geçmeden doğan çocuk — Gebe kalma zamanında ana ile koca arasında cinsî münasebet vukuu hakkında delil olmayışı—Nesebin reddi dâvası kabul ve temyiz talebi reddedilmiştiir.

(İMK 254,255,314,315— TMK 243,244,301,302)

Medenî Kanunun 254. (243) maddesinin birinci ve ikincii fıkralarındaki «gebe kaldığı zaman» tâbirinden maksat doğumdan önceki 300. gün ile 180. gün arasındaki müddettir.

Gebe kalma zamanı, çocuğun doğum günündeki inkişaf derecesine göre hesap olunur (İçtihat değişmesi).

(25 Haziran 1943; Ro 69 II 215, JdT 1943 I 562)

1937 yılında tanıdığı müstakbel karısı Margrit Küng 1940 yılında Wilhelm Frey'e kendisinden gebe kaldığını bildirdi. 3 Şubat 1941 de Bayan Frey, Bale'deki doğum evinde bir erkek çocuk dünyaya getirdi. Çocuğun adını willy koydular.

3 Mayıs 1941 tarihinde koca nesebin reddi dâvasını açtı. İlk cinsî münasebetlerinin 14 Haziran 1940 tarihinde yani doğumdan yalnız 234 gün evvel vuku bulduğunu ve çocuğun ise muayyen zamanında doğduğunu ve bu itibarla babası olmıyacağını iddia etti. Kadının

730

muhtemel doğum tarihi hakkında kendisine yalnış malumat verdiğini ve bu hiyle neticesinde evlenmiye rıza göstermiş olduğunu ileri sürdü.

Bâle-Ville asliye mahkemesi, gebe kalma zamanında cinsî münasebet vuku bulduğunu sabit görmiyerek Medenî Kanununun 255. ((244) maddesinin ikinci fıkrası mucibince nesebin reddi dâvasını kabul etti.

İstinaf Mahkemesi bu görüşe iştirak etmedi. Fakat çocuğun doğum zamanındaki inkişaf derecesine ve M.N. usulile iki ayrı müessesede yaptırılan ve birbirini tutan kan tahlili neticelerine göre dâvacının babalığını imkansız gördüğü için Asliye Mahkemesinin kararını tasdik etti.

Dâva olunanlar temyiz lâyıhasile hükmün bozulmasını istemişlerdir. Federal Mahkeme bu talebi reddetmiştir.

Mucip sebepler:

Çocuk evlenmeden sonra, fakat 180 gün geçmeden doğduğu için, dâvacı çocuğun nesebini red için başka bir şey isbatile mükellef değildir (MK 255/1244/). Fakat bu takdirde bile, eğer dâva olunanlar ikinci fıkrada zikrolunan gebe kalma zamanında kocanın ana ile münasebette bulunduğunun pek muhtemel olduğu hakkında mahkemeye kanaat getirtebilirlerse, çocuğun nesebinin sıhhatı hakkındaki karine yeniden teessüs eder. Federal Mahkemeye göre 255. (254) maddenin ikinci fıkrasındaki «gebe kaldığı zaman» dan maksat 314. (305) maddeye kıyasen doğumdan evvelki 300. gün ile 180. gün arasındaki müddettir (Ermel kararı: 8 Şubat 1935, Ro 61 II 22,JdT 1936 I 40). Meselenin yeniden tetkiki neticesinde birinci fıkradaki «*gebe kaldığı zamanda — au moment de la conception—Zur Zeit der Empfangnis*» ve ikinci fıkradaki «*gebe kaldığı zaman—à l'époque de la conception—die Zeit der Empfangnis*» tâbirlerinin aynı mânaya geldiği anlaşılmıştır. Filhakika 255. (244) maddenin birinci fıkrasında derpiş edilen iki ihtimalde yani çocuğun ana rahmine düştüğü zaman karı koca arasında ayrılığa hükmedilmiş olması halinde olduğu gibi evlenmedn evvelki gebe kalma halinde de dâva olunanlar gebe kalma zamanı dâvacının ana ile münasette bulunduğu ikinci fıkraya göre ispat edilerek çocuğun nesebinin sıhhatı hakkındaki karineyi yeniden tesis etmeğe mecburdurlar. Madde daha ziyade Fransızca metne istinaden bu şekilde tefsir edilmiştir. Fakat gerek Fransızca ve gerek Almanca metindeki tâbirler dahi sarih olmaktan uzaktırlar. Bununla beraber bu iki Fransızca tâbir, Almanca tâbirler gibi, bir tek mânayı

739

haizdırlar ve o mâna da İtalyanca metnin her iki fıkrasında kullanılan «*al tempo del concepimento*» tâbirinin mânasıdır. Her ne kadar Federal Mahkeme içtihatlarına göre (11 Şubat 1914, Ro 40 II 6; 6 Mayıs 1914, Ro 40 II 168; 9 Mayıs 1940, Ro 61 II 69, JdT 1940 I 563) gebe kaldığı zaman tâbiri vaziyete göre 314. (305) maddedeki müddetten daha uzun olabilirse de bu tâbir 315. (306) maddede 255. (244) maddedekinden daha başka bir münsebetle konulmuştur. Netekim İtalyanca metinlerdeki tâbirler aynı değildir. 255. (244) maddede «*al tempo*», 315. (306) maddede ise«*all'epoca*» tâbirleri kullanılmıştır.

255. (244) maddenin tarihçesi de maddenin bu şekilde tefsirini teyit etmektedir. Filhakika madde bugünkü şeklinde çocuğun evlenme akdinden itibaren 180 günden az bir müddette (doğduğu) diye başladığı halde 1900 tarihli projenin 280. maddesinde (çocuğun doğumdaki inkişaf derecesine göre evlilik zamanında ana rahmine düşmesine imkân yoksa.) Denilmekte idi. Bu gün 255. Madede çocuğun inkişafından sarahatle bahsedilmemiş olması, bu maddenin bir önceki madde hükümlerile daha iyi bağlanmasını temine matuf tamamile bir tahrir meselesidir. Bir önceki madde, evvelki projelerde, evlenmeden sonraki 180 günlük haddi kabul ettiği için çocuğun inkişafı meselesi tamamen bir delil meselesi haline gelmiş bulunuyordu (Mütahassıslar komisyonu zabıtaları,1901/1902 S. 263; Mucip sebepler, S. 253, N. 3 Ve 4). Görülüyor ki, ana rahmine düştüğü zamanı tâyin için çocuğun doğum anındaki inkişaf derecesini nazara almak lâzımdır ve bu inkişaf derecesi ikinci fıkradaki«époque de la conception.gebe kalma zaman» nın şümulünü daha doğru bir şekilde tâyin etmektedir. Federal mahkeme yukarda zikrolunan Ermel kararında çocuğun vaziyetini haklı bir sebep olmadan ağırlaştıracağını düşünerek bu tahdidî tefsiri kabul etmemişti. Fakât çocuğun ana rahmine düşmesi evlenmeden evvel veya ayrılık zamanı olmuşsa, kanun babaya nesebin reddi dâvasını kolaylıkla açmak imkânlarını vermek istemiştir. Fakat nesebin reddi sistemi kocanın lehinde değildir. Zira birinci fıkradaki kaydın kalkması için ana ile kaca arasındaki münasebetin pek muhtemel (*Vraisemblable, glaubhauft)* olması kâfi gelmektedir. Federal Mahkemenin yukarda zikrolunan kararında denildiği gibi, cinsî Münasebetin pek muhtemel olması ile yeniden teessüs eden babalık karinesini koca 254. (243) maddenin istediği gibi baba olamıyacağını isbat etmek suretile çürütemez. Ermel kararında Federal Mahkeme, hadisede, bilâhare koca olan mefruz babanın babalığı hakkında ciddî şüpheler tevlit edebilecek fiiller mevcut bulunmadığı için 255/2 deki delil olmadığı halde, nesebin reddi dâvası için

740

gerekli şartların tahakkuk edebileceği mülâhazasile bir diğer tahdidî tefsir daha kabul etmemişti. Bununla beraber 314, (301) Madde ana ve çocuğa gebe kalınabilen müddet zarfında cinsi münasebet vukuunu sarahatla değilse bile, 255/2 deki inandırma delilinden daha fazla olan çok yüksek bir ihtimal ile isbat etmek mecburiyetini yüklemiştir (20 Birincikânun 1917,Ro 43 II 564; 16 Temmuz 1918, Ro 44 II 236; 8 Şubat 1935, Ro 61 II 22, JdT 1936 I 40; 26 İkinciteşrin 1942, Ro 68 II 340). Diğer taraftan gayri meşru çocuğun inkişafı hakkındaki yeni içtihatlar müvacehesinde bir babalık dâvasının muvaffakiyetle neticelenmesi ihtimali de pek az görülmektedir. Böyle bir dâvanın muhtemel neticesi bile yalnız başına 255. Meddenin gerek metin ve gerek ruhuna uymıyan bir tefsiri kabul etmeğe mani teşkil etmektedir. Hadisemizde ve Kanton mahkemelerinin kabulleri müvacehesinde ilk münasebetin, dâvacının ikrar eylediği gibi, 14 Temmuz 1940 tarihinde vukua geldiği anlaşılmaktadır. Ana, haksız olarak bu kabulün dosya münderecatına uymadığını iddia etmektedir. Haksızdır, çünkü asliye mahkemesi cinsi münasebetin Nisan veya Mayısta olduğu hakkındaki iddiaları kabul etmemiştir ve Federal Mahkeme de mahkemenin bu kabulile bağlıdır. 14 Temmuzdaki münasebet ise 234 günlük bir gebeliği icap ettirmektedir. Halbuki Kanton mahkemelerinin müşahedeleri çocuğun doğum anındaki inkişafının takriben 274 günlük bir gebeliğin mevcudiyetini gösterdiği neticesine varmıştır. Bu itibarla 14 Temmuz 1940 tarihinin 255/2 deki normal gebe kalma zamanı olarak kabul edilmemesi lâzım gelmektedir.

Gebe kalma zamanında cinsî bir münasebetin muhtemel bulunduğu anlaşılmadığından dâvanın kabulüne karar verildikten sonra artık dâvacının çocuğun babası olamıyacağı hakkında delil ibraz edip etmediğinin tetkikine lüzum görülmemiştir (Hülâsa).

İkinci Hukuk dairesi.

741

742

Temyiz Kararları

Nr. 5 **Ceza Kısmı**

UMUMÎ HEYET KARARLARI

Adlî Tatil—Mehil

Adlî tatil esnasında müstacel sayılmıyan hususlar hakkında hukuku âmme namına yapılan temyiz taleplerinde dahi mühlet işlemez.

(CMUK 310,423)

Temyiz Mahkemsi Ceza Umumî Heyeti
Esas 39 — Karar 40

Mehmedi tahkir etmekten suçlu Mehmet Ali'nin bilmuhakeme..... Mahkûmiyetine..... dair Kemâlpaşa asliye ceza mahkemesinden verilen 29/6/943 tarihli hükmün temyizen tetkiki 5/8/943 tarihinde mafevk İzmir C. Müddeiumumiliği tarafından istida kılınması üzerine Temyiz Dördüncü ceza dairesince bilmütalâa; hükmün temyiz tarihine göre mafevk C. Müddeiumumiliği kanunî müddeti geçtikten sonra temyiz etmiş olduğundan istidasının reddine..... dair verilen karar aleyhine Başmüddeiumumilikten; Vakı tashihi karar talebinin reddine mütedair verilen karara da, Ceza M.U.K. nun 423 üncü mad desi son fıkrasında adlî tatil zamanına tesadüf eden mühletler işlemez diye tasrih edilmesine göre mutlak olan şu hüküm karşısında âmme hukuku namına yapılan temyiz taleplerinde müddetin cereyan edeceğine dair istisnaî bir mâna istihracına imkân olmayıp ancak, müstacel olupta tatilde görülebilecek olan dâvalarda ilgili şahıslar gibi C.Müddeiumumilikleri için de müddetin işliyeceğine ve şu suretle müstacel sayılmıyan işbu hakaret dâvasına ait hüküm tarihine nazaran mafevk C. Müddeiumumisinin kanunî müddeti içinde temyiz talebinde bulunduğunun kabulü lâzımgeleceğine mebni müruru müddetten bahsile verilen karara karşı vakı tashih talebinin reddinde kanunî isabet görülemediğinden yüksek ceza umumî heyetince tetkik edilerek mezkûr kararın kaldırılması ve esas hakkında tetkikat yapılması için evrakın ait olduğu daireye tevdiine karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu babtaki evrak 20/3/944 Tarihli itirazname ile Birinci Riyaset Dairesine gönderilmekle umum

743

ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

İtirazname münderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve C. Müddeiumumiliğinin temyizi üzerine temyiz tetkikatı icra edilmek üzere evrakın Temyiz Dördüncü Ceza Dairesine berayı tevdi Başmüddeiumumiliğe geri verilmesine 27/3/944 Tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Millî Korunma Suçları

Bir ilâcın reçete ile satılması mecburî olsa dahi, reçete gösterilmeden sorulduğunda mevcut olduğu halde olmadığı cevabı verilmekle satıştan imtina suçu meydana gelir.

(MKK 32 : D , 59:3)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Heyeti
Esas 49 — Karar 37

Kalsiyom Sandoz denilen ampul eczanede mevcut olduğu halde yok diyerek satışdan imtina etmek suretile millî korunma kanununa muhalif harekette bulunmaktan maznun Türkiye eczanesinde çalışır Sabahat Altınok ve malen mes'ûl mezkûr eczane sahibi Arif Neşet Uzman haklarında 3005 sayılı meşhut suçlar kanununa göre bilmuhakeme; sübutu fiillerine mebni bunlardan Sabahatın talebe rağmen mezkûr ampule yok demesi ve zabıt tanzimi sırasında isim ve adresini vermekten imtina eylemesi hakkında şiddet sebebi sayılarak adı geçen kanunun 32:2, 59:3,63ve62 inci maddelerine tevfikan ve neticeten otuz lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine ve çalıştığı eczanenin 10 gün müddetle kapatılmasına ve bu müddet zarfında ticaretten men'ine ve 200 kuruş duruşma harcının kendisinden tahsiline ve emanette bulunan kalsiyom tüplerinin müsaderesine ve masrafı kendisine ait olmak üzere hüküm hulâsasının neşrine ve ayrıca büyük harflerle de yazılarak eczanenin göze çarpan yerine yapıştırılmasına ve diğer maznun eczane sahibi Arif Neş'et Uzmanın malen mes'ûliyetine dair İstanbul Birinci Millî Korunma Mahkemesinden verilen 14/10/943 tarihli hüküm mahkûm ile mesul bilmal vekilinin temyizine binaen Temyiz Üçüncü Ceza Dairesince tetkik olunarak; Suçun işlendiği mahal olan eczanenin İstanbul'da Ankara caddesinde bulunmuş olmasına ve maznunun müteaddit taleplere rağmen mevcut olup ol-

nmadığı sorulan kalsiyom Sandoz ampullerinin bulunmadığını ve canmekânda görülmesi üzerine satıldığını maznunun söylediğine ve kayddının ibrazı hakkındaki talebin de kabul edilmediğine ve camekândda iptidaen görülen bir ve bilâhara görülen üç ampulden başka amppul bulunup bulunmadığı suali üzerine olmadığı cevabının verildiğinne ve bu cevabdan sonra yapılan aramada ayrıca 18 adet ampul bulunduğuna mürakabe memuru Hüseyin ve Cahit tarafından şahadet eedilmiş olmasına ve mürakabe memurlarının memur olduklarını anladıkdan ve yok cevabı verilmek suretiyle suç tekevvün eyledikden sonra maznunun reçete sorması cürmünü izale edemiyeceğine ve 9064 sayılı kanunun 30 uncu maddesinin hadise ile alâkalı olmamasına vve hadisenin cereyan tarzı hakkında şahitler tarafından verilmiş olan izzahata ve deliller mahkemece takdir ve müdafaa mucip sebeplerle reeddedilmiş bulunmasına ve eczanenin müstahdemi tarafından muhhik sebebe müstenit olmıyarak satışdan imtina edilmiş olduğunun taaayyün eylemesine ve reçetenin bulunmamasından veya elde mevcut reeçetenin daha evvel kullanılması hasebiyle doktor tarafından vizennin yaptırılması icabettiğinden bahsedilmek suretiyle satış yapılamnıyacağı hakkında müracaat akabinde iptidaen maznun tarafından bbir söz zarfedilmemiş olması itibariyle hadise de bu hallerin esasen saatışdan imtinaın muhik sebebe istinat ettiğini ispat için ileri sürüleemiyeceğine ve zabıtname mündericatına göre suçlu Sabahat'in ve mualen mesul tutulan eczane sahibi Arif Neşet'in müdafii tarafından süübuta ve ceza tatbikına ait temyiz lâyihasında serdolunan itirazlarlaa tebliğnamedeki mütalâa yerinde görülmediğinden reddiyle hükmnün tasdikine dair sadır olan karar aleyhine Başmüddeiumumilikten;

1 — Eczaneye müracaat edip kalsiyom sandoz talebinde bulunan ve mnüşteri sıfatiyle hareket eden murakabe memurlarına suçlular tarafınndan mezkûr müşterilerin müteaddit ve ısrarlı taleplerine karşı her nee kadar yoktur denilmek suretile menfi cevap verilmiş ise de, taalebedilen ve kalisyom sandoz denilen ampullerin reçete ile satılmalaarının lâzımgeleceğine ve reçetesiz olarak satılmalarının 964 sayılı kaanunun 30 uncu maddesine müsteniden de memnu bulunduğuna vee bu gibi işlerde resmî ehli vukuf sıfatını haiz istanbul sıhhat ve içtimaî muavenet müdürlüğüuün sıhhat ve içtimaî muavenent vekâlettinin yazılarına atfen mahkemeye cevaben arzettiği 11/9/943 tarih vee 11508/1470 sayılı mütalâalarına göre (reçete ile satılması mecburî olan ilâçları almak isteyenler ilâcın adını vererek değil, reçetesini eczacıya ibraz ederek şu reçetede yazılı ilâcı yapınız veya veriniz deemek sureliyle müracaatta bulunurlar. Bunun haricinde reçete ibraaz edilmeksizin vukubulan «falan ilâç sizde varmı? » tarzındaki

745

sualler veya talepler müteamil ve kanuna uygun olmadığından eczacı buna cevap vermekle mükellef değildir ve cevap vermediği veya menfî cevap verdiği takdirde de kanuna aykırı bir harekette bulunmuş addolunamıyacağına ve şu hale göre de hadisede muhik sebep olmaksızın mevcut malı satıştan imtina kastının mevcut bulunmadığına; 2 — suç her ne kadar Ankara caddesinde kâin Türkiye eczanesinde işlenmiş ise de, mezkûr eczanenin belediyenin fakir halka meccanen verdiği ilâçları yapan merkez ve Alemdar nahiyeleri dahilinde tek eczane olması itibariyle mecburî nöbetten gayri geceleri de eczanenin açık bulundurulmasının zarurî bulunduğu ve fukara halkın sıhhatları ile alâkadar olması dolayısiyle de hayatî ehemmiyeti haiz bir müessese olduğu ve eczanenin kapalı bulunmasının ayrıca idarî ve inzibatî bakımdan da mahzurlu bulunduğunun Eminönü Hükûmet tababetinin 20/10/934 tarih ve 602-1408 sayılı yazılariyle bildirilmiş olmasına nazaran suçun ika olunduğu mahâl hakkında millî korunma K nun 59 uncu maddesinin 7-inci bendinin tatbikının icabedeceğine mebni ret kararı verilmesinde isabeti mütalâa edilmediğinden yüksek ceza heyeti umumiyesince bittetkik ret kararının ref'ile tebliğname mucibince mahallî hükmün bozulmasına karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 20/3/944 tarihli itirazname ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.:

Dâva evrakı ve duruşma zabıbnamesi münderecatına ve mahallî mahkemesi kararıyle hususi daire kararının müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran itirazname müeddası varit görülemediğinden REDDİNE 3/4/944 tarihinde coğunlukla karar verild.

Millî korunma suçları

Mümasil iki daireden birinin koridoruna bir duvar ilâvesiyle ikiye bölünerek dairelerden birisi 30 liraya kiraya verilirken digerinin ceman 65 liraya kiraya verilmesiyle ihtikâr suçu teşekkül eder.

(MUK 30, 58)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Heyeti
Esas 3/40 — Karar 40

Evini evvelâ yirmi beş lira üzerinden kiraya verdiği halde bilâhare müşteki Hakkı Kilide 30 lira üzerinden kiraya vermek suretiyle ihtikârda bulunmaktan maznun Ahmet kızı Vesiyle Arının hare-

746

ketine uyan 4180 sayılı kanunun 30 uncu maddesi ile 98 sayılı Koordinasyon kararı delâletiyle aynı kanunun 58 inci maddesi mucibince bir senelik kira tutarı olan 360 lira ağır para cezası ile mahkûmiyetine ve hüküm kat'ileştiğinde masrafı mahkûma ait olmak üzere hulâsasının neşrine dair verilen hüküm maznunun temyizi üzerine Temyiz Üçüncü Ceza Dairesince tetkik olunarak; maznun müdafaasında evinin üst katında tadilât yaptıkdan sonra hâkim Hakkı Kilide aylığını 30 liradan kiraya vermiş olduğunu söylemesine ve dosya içerisindeki muhasebei hususiye müdürlüğünün 16/3/943 tarih ve $\frac{56}{3130}$ sayılı cevabî yazısında, Vesile Zehraya ait 225 lira safi iratlı evin üst katının iki haneye ayrılarak birinin gayri safi iradı 420 diğerinin 360 lira olduğu bildirilmesine ve keşif varakasında da dâvaya mevzu olan kısmın maznunun evinin üçüncü katında olduğu ve evvelce bir daire halinde iken bil'ahara iki ev haline ifrağ edildiği tasrih edilmesine ve bu evin alt katındaki kısmının tadilât görmediği anlaşılmasına ve tadilât görmiyen kısım ile tadilât gören kısım arasında 98 sayılı kararın tatbiki bakımından mümaselet bahis mevzuu olamıyacağına ve kiraya verilen kısmın kira bedeli iradı gayri safisine tekabül eylemesine göre maznunun hareketinde suç unsuru bulunmadığı teemmül olunmaksızın mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuz olduğundan bahsiyle bozulup iade edilmekle yeniden yapılan duruşma sonunda: 98 sayılı koordinasyon kararının 1 inci maddesinin (B) fıkrasında kira bedeli noterlikçe mukayyet icar mukavelenameleri ile muayyen olmıyan gayri menkuller için evvel emirde aynı çatı altında teşkilât ve sair şartlar itibariyle mümasili mecurların 1939 takvim senesindeki son icar mukavelenamesi esas ittihaz edilir dedikten sonra ancak, böyle bir mukavelename mevcut bulunmadığı veya mecurlar arasında mümaselet bulunmadığı takdirde A, B, C, Ç, D, E, bentlerinde gösterilen hususların tetkikini emretmektedir. Hadiseye mevzu teşkil eden gayri menkul, 186 numaralı evin üst katıdır. Mezkûr kat uzun müddet suçlu tarafından zatî mesken ittihaz edildiğinden 939 senesinde akdedilmiş icar mukavelenamesi mevcut olmayıp ancak aynı çatı altında bulunan dairenin ikinci katını teşkil eden ve ziraat bankası memurlarından Bâki tarafından 1939 takvim senesindenberi mukavelename ile ve aylık 24 lira bedel mukabilinde kiralanmakta olan ve teşkilât, sair şartları itibariyle üçüncü katın tamamen mümasili ve hava ve ziyadan istifadesi itibariyle daha mükemmel olan ve bu cihet mahallen yapılan keşifle sabit olan bir mecur vardır ki mahkeme yaptığı tahkikatla vardığı bu netice üzerine ve 98 sayılı koordinasyon kararının yukarda zikredilen ve suç unsurlarının tetkik ve tesbitinde ilk defa

747

tetkik ve nazara alınması icabeden birinci maddenin (B) fıkrasına istinaden hükmünü vermiştir. Mevzuu bahis evin dairenin üçüncü katını teşkil etmesi keyfiyeti ve 98 sayılı kararın aynı çatı altında bulunmak mutlak tabirine göre ikinci katla mümaseletine bir mani teşkil etmiyeceği gibi mümassil iki daireden ve bazı evsaf itibariyle kusurları da olan birisinin koridoruna bir duvar ilâvesi suretiyle ikiye bölünerek yapılan menfi tadilâtın bunlardan birisini 30 ve diğerinide 35 lira ile kiralamak ve bu suretle aynı çatı altında birisi 24 liralık, diğeri 65 liralık olmak üzere hakikatta iki daireyi üç yapmak suretiyle vâki harekette kanunun ve kararnamenin hak ve adalet lehine vazettiği kaidelerden istifade edilerek aynı kanunun menetmek istediği bir suçu işlemek katî kastı cürmisi sarahaten tebarüz etmektedir. Bu itibarla mahkemenin delâili tesbit ve takdir suretile verdiği eski hüküm usul ve kanuna uygun bulunmuş olduğu beyaniyle ısrarı mutazammın Zonguldak üçüncü millî korunma mahkemesinden bu kerre verilen 21/2/944 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki maznun tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek bu baptaki evrak Baş M. Umumiliğin; temyiz ilâmında gösterilen sebepler varit olup uymak icabederken ısrara karar verilmesi yolsuz görüldüğünden hükmün bozulması talebini natık 23/3/944 tarihli tebliğnamesi ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum caza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderecatına ve müstenit olduğu esbebı mucibeye nazaran ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla varid olmıyan temyiz itirazlarının ve tebliğnamede yazılı mütalâanın reddiyle mezkûr hükmün TASDIKINA ve 850 kuruş temyiz ilâmı harcının mahkûmdan tahsiline ve depo edilen paranın hazineye irat kaydına 3/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Memur

Tramvay biletçileri ceza kanunu tatbikatında memur sayılırlar.

(CK 266, 279)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti
Esas 4/87 — Karar 78

Tramvay biletçilerinden Mehmedi vazifede tahkir etmekten suçlu Ruhinin 3005 sayılı kanuna gare bilmuhakeme; tramvay biletçileri-

748

nin memurdan sayılmıyacağı itibarile hakaretin âdiyen kabulile dâvacının feragatine mebni âmme dâvasının düşmesine dair hüküm C. M. U. sinin temyizine binaen Temyiz Dördüncü Ceza Dairesince tetkik olunarak; Ceza K. nun 279 uncu maddesi mucibince memur addedilmesi lâzımgelen müştekiye karşı vukubulan hareketin Ceza K. nun 266 ıncı maddesi mucibince cezalandırılması icap edeceğine göre bazı mütalâat serdiyle yazılı kararın verilmesi yolsuz olduğundan naşi bozulup iade edilmekle; eski hükümde ısrara mütedair..... verilen.....hükmün dahi temyizen tetkiki.....istida edilerek icabı görüşülüp düşünüldü.

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderacatına nazaran temyiz ilâmında gösterilen bozma sebebi varid ve uymak icabederken eski hükümde ısrar olunması yolsuz ve kanuna aykırı görülmekle mezkûr ısrar kararının.....BOZULMASINA 3/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Mehil — Zina

Suçluuun askerliği dolayısile inkıtaa uğrayan zina suçu, terhisten sonra yeniden başladığı takdirde, dâva için de yeni bir mehil başlar.

(CK 108)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyheti
Esas 4/89 — Karar 89

Zina etmekten suçlu Halil karısı Ayşe ve suç ortağı Abdurrahmanın ceza K. nun 442 inci maddesine tevfikan üçer gün hapislerine dair hüküm suçlulardan Abdurrahmanın temyizi üzerine Temyiz Dördüncü Ceza Dairesince tetkik olunarak, dâvacı tarafından verilen 17/3/943 tarihli istidaname münderecatına nazaran suçun ikaı tarihi tahkik ve tesbit olunarak neticesine göre Ceza K. nun 108 inci maddesinde gösterilen mühletin geçip geçmediği düşünülmek ve ona göre bir karar verilmek lâzım gelirken bu noktanın nazara alınmaması yolsuz ve itirazlar bu itibarla varid olduğundan hükmün Abdurrahmana ait kısmının bozulmasına ve bozmaya uyulduğu taktirde Ceza K. nun 325 inci maddesi mucibince bozma sebebinin hükmü temyiz etmeyen diğer suçluyada teşmil ettirilmesine karar verilip iade edilmekle yeniden yapılan duruşma neticesinde; suçlular 937 senesindenberi zina etmekde olduklarından birinci defa üçer aya mahkûm olup cezalarının infaz edildiği ve ikinci defa 108 inci

749

maddeye tevfikan müruru zamana uğradığından dâvanın düşürüldüğü ve bu arada suçlu Abdurrahmanın askere sevk edilip 19/11/941 tarihinde terhis edildiği ve terhisi müteakip Ayşe ile tekraren her kesin muttali olabileceği bir şekilde karı koca gibi zinada bulundukları, bunun üzerine mezbure Ayşenin resmî ve nikâhlı kocası Halilin C. M. U. liğine maznunlar hakkında zinadan takibat yapılmak üzere istida ile müracaatta bulunduğu ve bu istida tarihi ise bozma ilâmından gösterildiği veçhile 17/3/943 olmayıp 17/3/942 olduve bu suretle Ceza K. nun 108 inci maddesinde gösterilen altı aylık dâva müruzanının geçmemiş bulunduğu beyanile eski hükümde ısrarı mutazammın Kangal asliye ceza mahkemesinden bu kerre verilen 11/1/944 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki suçlular tarafından müddetinde müştereken istida ve yokluk ilmuhaberi ita edilerek bu baptaki evrak Baş M. U. liğin; dâva evrakı münderecatına ve gösterilen mucip sebeblere göre yerinde görülemiyen itirazların reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün tasdiki talebini natık 22/3/944 tarihli tebliğnamesile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umu ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderecatına ve müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla varid olmıyan temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün tebliğname veçhile TASDİKINA.....3/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

DAİRE KARARLARI

Kanuna bağlı ağırlatıcı sebepler

Kanuna bağlı ağırlatıcı sebebin cezanın takdirinde nazara alınması yolsuzdur.

(CK 29,522)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi
Esas 2069 — Karar 2302

İbrahimin tosununu çalmaktan meznun ve mevkuf Hüseyin Gezer ve mezkûr hayvanı hırsızlık olduğunu bilerek satın almaktan maznun Bayram Özcan haklarında yapılan duruşma sonunda: C. K,nun 491. maddesinin ikinci fıkrasının 6. bendi ve 525 ve 512. maddelerine tefikan ve takdiren bunlardan Hüseyinin bir sene hapis ve Bay-

ramın bir ay hapis ve 30 lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetlerine ve Hüseyinin cezası kadar emniyeti umumiye nazareti altında bulundurulmasına dair..... verilen..... hükmün temyizen tetkiki .....istida edilerek..... icabı düşünüldü.

Tebliğnamede gösterildiği veçhile çalınan malın kıymetinin yüksekliği 522. maddenin tatbikini icap ederken bu cihetin takdiri şiddet sebebi sayılması ve Bayram hakkında dahi 522. maddenin tatbiki icap edip etmeyeceğinin düşünülmemsi yolsuz olduğundan hükmün bozulmasına 9/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Şahsî hüriyetin ihlâli

1 — Bir kimsenin hareketini suç telâkki eden polis, meşhut suçlar kanununa göre adlî takibata tevessül eder fakat bundan sonra işin icabını tetkik salâhiyetini haiz olan C. Müddeiumumisinin verdiği tahliye emrine riayet etmek mecburiyetindedir.

2 — Şahsî hüriyetin ihlâlinden sonra polis vezife ve salâhiyet kanununun 18. maddesine istinaden ittihaz olunan kararlar suçu ortadan kaldıramaz.

(Ck 181)

Temyiz Mahkemesi 1. Ceza Dairesi

Esas 310 – Karar 664

Bekir Atahanı polis nezaretinde alıkoyarak hürriyetini tahdit etmek suretile vazifesini suiistimâlden suçlu Sadık oğlu Emniyet Müdürü Mehmet Ali Orkuşun bilmuhakeme beraetine dair Hatay Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 25/12/943 tarihli kararın temyizen tetkiki C. M. Umumiliğinden istida edilerek dâva evrakı C. Baş M. U. liği yüksek makamından tebliğname ile Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Hadise lokantacı olan Bekirin dükkânına anası Lütfiyenin $\frac{11}{12}$/8 / 942 tarihinde saat 23 de gelerek para istemesi ve Bekirin de vermemesi yüzünden çıkan münakaşada tabak ve bardak kırmağa başlıyan mezbureyi vaka mahhalline gelen bekçi Ahmedin karakola götürmek istemesi üzerine Bekirin burada emniyet dairesi yok bekçi yok polis yok diye bağırmasından ibaret bulunmuştur.

$\frac{11}{12}$/8/942 tarihinde ve saat 23 den sonra kısmı adlî tarafından meşhut suçlar kanununa tevfikan yapılan tahkikat ikmâl ve evrakın

751

müddeiumumiliğe tevdii için fezlekesinin de tanzim olunduğu ve vaki şikâyet üzerine karakola gelen müddeiumumi tarafından tahkikat evrakı gözden geçirildikten sonra hadisede suç unsuru olmadığından nezaret altına alınmış olan Bekirin serbest bırakılması lüzumu emir olunarak karakoldan ayrıldığı ve buna rağmen merkum Bekirin bırakılmadığına muttali olan müddeiumumi muavininin tekrar karakola gelerek ne için serbest bırakmadınız sualine karşı emniyet müdürünün verdiği emre müsteniden bırakılmadığı cevabını alması üzerine cereyanı halî mutazammın bir zabıt varakası tanzim eylediği ve bu muamelelerin cereyanı esnasında polis vazife ve salâhiyeti kanununun 18 inci maddesine müsteniden serbest bırakılmadığından bahsolunmadığı ve Bekirin hareketini bir suç telâkki eyleyen polis tarafındn meşhut suçlar kanununa tevfikan adlî tahkikata tevessül olunduktan sonra işin icabını âmme hukuku bakımından tetkik etmek müddeiumumiliğe raci bir salâhiyet olup işe vaziyet eden müddeiumumi tarafından hadisenin mahiyeti vakanın oluşu şekline ve evrakı tahkikiye münderecatına göre takdir olunduktan sonra verilen emrin muktezasına riayet olunmak polisin cümlei vazaifinden iken buna riayet edilmiyerek şahsın hürriyeti ihlâl olunmasından dolayı tutulan zabıt varakasının münderecatını ortadan kaldırabilmek emel ve endişesile merkum Bekirin polis vazife ve salâhiyet kanununun 18 inci maddesine müsteniden alıkonulduğunu tazammun eden mahiyette muameleye tevessül olunduğu duruşma safahatından ve şahitlerin sureti şehadetlerinden anlaşılmıştır.

Gerçi polis vazife ve salâhiyeti kanununun 18 inci maddesine müsteniden icra kuvveti tarafından ittihaz olunan tedbirin isabeti derecesini tâyin etmek mavfek idarî mercilere ait bir salâhiyet olmakla beraber alelâde ve münferit bir zabıta vakasından ibaret olup salifüzzikir madde ile istihdaf olunan gayenin şümulü haricinde kalan bu hadise hakkında verilip dosya içinde bulunan 11/3/942 tarihi taşıyan müzekkerenin kısmı adlice ikmâl edilen tahkikat evrakı müddeiumumi muavini tarafından görülerek zanlı sanılan Bekirin serbest bırakılması emri verildikten sonra 12/9/942 tarihinde tanzim kılındığı metni müzekkerede sivil komser Kemalin 12/9/942 tarihinde verdiği rapor müfadından bahsedilmesi ve polis entitüsü mütehassıs ekisperi tarafından verilen raporda; tarihlerde tehrifat yapıldığının yazılı bulunması gibi ahvâlden anlaşılmakla beraber esasen bu müzekkere zirine Vali tarafından yazılan şerhte dahi tahkikatın ikmâline kadar polis vazife ve salâhiyeti kanununun 18 inci maddesine müsteniden nezaret altına alınması tensip olunduğu yazılı olup adlî

752

tahkikat dahi ancak suçlular hakkında yapılacağına ve 18 inci maddedeki salâhiyet ise adlî tahkikat münasebetile alınacak tedbirlere şümulü olmamasına ve esasen bu emir adlî tahkikatın ikmâlinden sonra müddeiumumi tarafından verilen emre rağmen Bekirin şahsî hürriyeti ihlâl olunduktan sonra ittihaz olunmasına nazaran şehadet ve mütehassıs raporu münderecatı ve hadisenin seyir tarzı muvacehesinde idarî makam tarafından ittihaz kılınan kararın şahsın hürriyetini ihlâl suçunu ortadan kaldıracak bir makiyeti kanuniyeyi ne surutle ihtiva eylediği ve alelhusus mezkûr kararın suçun tekemmülünden sonra ittihaz olunup olunmadığı etraflı olarak tahlil ve tetkik edimeksizin mavakaa mutabık olmayan bazı mütalâat ile yazılı şekilde karar verilmesi,

yolsuz ve temyiz itirazlarile tebliğname münderecatı bu itibarla varit olduğundan hükmün Ceza M. U. K. nun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 17/3/944 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Ceza kararnamesi—Emre itaatsizlik

1—Duruşma açıldıktan sonra ceza kararnamesile karar verilemez.
2— Emri tebellûğden imtina emre itaatsizlik değildir.

(CK 526, CMUK 386)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi

Münazaalı araziye müdahalede bulunmaması hakkında kaymakamlığın 2311 sayılı kanuna müstenit bulunan emrini tebellûğden imtina etmekten suçlu hakkı solak hakkında Osmancık S.C.H. liğinde yapılan duruşma sırasında maznunun gelmemesi üzerine duruşma icrasından sarfınazar edilerek 28/9/943 günlü ceza kararnamesile T.C.kanununun 526. maddesine tevfikan 3 gün müddetle hapsine hükmedilmiştir. İşbu kararın temyizen bittetkik: duruşma açıldıktan sonra ceza karnamesiyle işi neticelendirmek suretile C.M.U.K. nın 386 cı maddesine muhalefet edilmesi, hafif hapis yerine hapis cezasını tayini, tebliğ olunan emri olmaktan imtina halinde tanzim olunacak tebliğ mazbatası ile tebliğatın ifası teamül ve umumi usul hükümleri iktizasından olduğuna ve 2311 sayılı kanuna tevfikan verilen emre muhalefet esasen bu kanuna göre suç teşkil ettiğine göre tebellüğden imtina halinin emre muhalefet addedilerek T.C.kanunun 526.maddesine tevfikan ceza tayininde isabet görülmemişiir. Mezkûr hükmün

753

C.M.U.K. nın 343 cü maddesine tevfikan bozulması lüzumu yüksek adliye vekilliğinin 2/3/944 gün ve 448—292 sayılı yazılı emrine müsteniden C.Baş.M.U. liğinden ihbar ve dava evrakı daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Duruşma açıldıktan sonra ceza kararnamesiyle işi neticelendirmek suretile C.M.U.K. 386 ci maddesine muhalefet edilmesi ve hafif hapis yerine hapis cezasının tayini ve tebliğ olunan emri almaktan imtina halinde tanzim olunacak tebliğ mazbatası ile tebliğatın ifası umumi usul hükümleri iktizasından oduğundan ve 2311 sayılı kanuna tevfikan verilen emre muhalefet esasen bu kanuna göre suç teşkil ettiğine göre tebellûğden imtina halinin emre muhalefet addedilerek T.C.Kanunun 526 cı maddesine tevfikan ceza tayini yolsuz ve yazızılı emre dayanan ihbarnamedeki mütalâa varit bulunduğundan C.M.U. kanunun 343 cü maddesi mucibince hükmün bozulmasına ve bozma sebebine göre cezanın infazına mahal olmadığına 17/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Umumun sıhhatına müteallik suçlar

Suni sirkenin tabiî diye satılığa çıkarılması suç teşkil eder.

(CK 398)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi

Esas 2041 -- Karar 2628

Sunî sirkeyi tabiî sirke diye satmaktan suçlu Ahmet Günayın bilmuhakeme: Beraetine dair Ankara 3 üncü S. C. Mahkemesinden verilen.... hükmün temyizen tetkiki.... istida edilerek.... icabı düşünüldü.

Maznunun sattığı sirkede asit derecesi ve hulâsa miktarının gıda maddeleri nizamnamesinin 359 ve 360 ncı maddelerinde muayyen miktardan noksan bulunduğu ve mezkûr nizamnamenin 366 ncı maddesi mucibince ve matufu B. ve C fıkralarına nazaran bu sirkenin tağşiş edilmiş ve hilelli sayılacağı ve satılması ve satışa arzı ve satış için nezdinde bulundurulması umumi hıfzıssıhha Kanununun 186 ve 298 nci maddeleri mucibince ceza K.nın 398 nci maddesinde muayyen cezayı istilzam ettiği düşünülmeksizin sirkenin tağşiş edilmediğinden ve tehlikeli bir mahiyette bulunmadığından bahsile beraet kararı verilmesi yolsuz ve C. M. U. sinin temyiz itirazı ve tebliğname bu itibarla varit bulunduğundan temyiz olunan hükmün bozulmasına 18/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Taklit ve tağyir

Eşya konan terazi kefesinin altına ağırlık koymak tartı aletinin tağyiri sayılır.

(CK 337)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi
Esas 2671 — Karar 3033

Tağyir edilmiş tartı aletini başkalarının zararına kullanmak suretiyle dolandırıcılıktan suçlu Hüseyinin 3005 sayılı kanuna göre bilmuhakeme T.C.K. nun 503/1/522/3/55/3, sonuncu maddelerine tevfikan onbeş gün hapis ve onbir lira ağır para cezaları ile mahkûmiyetine ve 200 kuruş duruşma harcının alınmasına dair Ünye AS. C. M. den verilen 8/2/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mafevk Ordu C.M.U. liği tarafından müddetinde istida edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Tâyin olunan ceza miktarına göre harç doğru bulunduğundan tebliğnamenin ikinci bendinde yazılı mütalâa varit görülmemiştir; ancak,

1 — Sureti tasvir ve kabule göre suçlunun hareketinin 337 inci maddeye uygun bulunup bulunmadığı düşünülmeksizin yazılı madde ile ceza tâyini;

Bozmayı mucip ve itirazlarla tebliğname münderecatı bu itibarla varit olduğundan hükmün bozulmasına 21/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Zimmet

Malen mesul olan kimseden başkasının fail nam ve hesabına zararı tamamen ödemesi halinde de cezanın indirilmesi lâzımdır.

(CK 202/2)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi
Esas 2705 — Karar 3306

1 — 202 inci maddenin ikinci fıkrasındaki (fail tarafından) kaydı binnetice mali mesuliyet teveccüh edecek olan kefil gibi hakikî veya hükmî şahıslar tarafından olan ödemeyi istisnaya mahlûl olmasına ve eniştesi Hamdi tarafından vaki ödemenin maznun nam ve hesabına bulunmasına göre ödeme sebebiyle tenzilât yapılmaması,

Bozmayı mucip ve itiraz ile tebliğname münderecatı bu itibarla varit olduğundan hükmün bozulmasına 21/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Muhakemenin men'i kararı

Muhakemenin meni kararlarının tetkikinin başka mahal asliye hâkimine tevdii yolsuzdur.

CMUK 124

Temyiz Mahkemesi 3. Ceza Dairesi
Esas 2818 — karar 2315

Adiyen ve İhtilâsen zimmetine para geçirmekten suçlu ve mevkuf Hayrabolu Maliye muhasip mutemedi Mehmet Tezel hakkında Hayrabolu Sorgu hakimliğinde yapılan ilk tahkikat sonunda:

Adiyen zimmetine para geçirmekten muhakemesinin menine ve ihtilasen zimmetine para geçirmekten dolayı da hakkında Tekirdağ ağır çeza mahkemesinde son tahkikatın açılmasına karar verildiği ve bu yer asliye ceza hakiminin izinli olması ve meni muhakeme kararını da tetkike selâiyeli orada başka bir hâkimin de bulunmaması hasebile Tekirdağ ağrı ceza mahkemesinin 23/2/944 T.li kararile meni muhakemeye ait kısmının tetkiki için evrakın Tekirdağ asliye ceza H. liğine tevdiine karar verilmesi üzerine bu hakimlikce tetkik edilerek 25.2.944 tarihinde meni muhakeme kararının ademi tasdikine ve evrakın ait oldugu mahalle iadesine karar verildigi ve bu kerre evrakı tevdi edildigi Hayrebolu sorgu hâ.ligince agır ceza mahkemesince evrakın Tekirdağ asliye ceza hâkimligine tevdiine karar verilmiş ve bu da ilk tahkikatın naklini tazammın etmiş olduğundan evrakın C.M.U.ligine iadesine ve Tekirdağ sorgu hâkimligince dahi (yalnız meni muhakeme kararının tetkikine ait kısım Tekirdağ asliye ceza hâkimligine nakledilmiş ve bu da ilk tahkikatın nakli mahiyetinde bulunmamış oldugundan bahisle evrakın mahalline gönderilmek üzere C.M.U.ligine iadesine) karar verilmesi yüzünden merci tayin için evrak tekrar agır ceza mahkemesine tevdi edildikte: (evvelce müttehaz karar nakli dava mahiyetinde olmayıp yalnız meni muhakeme cihetinin tetkikine mütedair bulunmuş oldugundan) bahsle Hayrebolu sorgu hâkimligince: verilen 28.2.944 tarihli karar kaldırılarak usulun 18 nci maddesine tevfıkan tahkikatı ikmal edilmek üzere evrakın Hayrebolu Sorgu hâkimligine gönderilmesine 6 . 3. 944 tarihinde karar verildigi görülmüştür.

Ceza M.U.K.nun 15. maddesinde yalnız davanın naklinden bahsedilip açılan davaya ait bir kısım muamelelerin nakledilebilecegine dair bir kayıt ve işaret bulunmamış ve 124 ncü maddesinde ise sorgu hâkimlerinin muhakemenin menine dair verecekleri kararların mensup oldukları asliye mahkemesi hâkimi veya reisinin tasdikile tekemmül edeceği gösterilmiş ve sorgu hâkimleri de mensup

oldukları asliye mahkemeleri nezdinde ifayi vazife etmekte bulunmuş olmalarına göre yüksek vazifeli mahkemenin hukukî veya filî sebep dolayisile 14 üncü maddeye müsteniden davayı ancak heyeti umumiyesile ve kül halinde aynı derecede bulunan başka bir hâkim veya mahkemeye nakledilmesi icabedip davaya müteallik bir kısım muamelelerin ifası ve bu meyanda ittihaz edilmiş bulunan kararların da tetkiki zımnında ve bunlara münhasır olmak üzere nakil kararı vermege selâhiyeti mevcut bulunmamıştır.

Tekirdağ ağır ceza mahkemesinin Hayrebolu sorgu hâ. tarafından verilen men'i muhakeme kararını tetkikini bir kararla Tekirdağ asliye Ceza mahkemesine tevdi etmesi usulün 124 ncü M. deki «sorgu hâkiminin menimuhakeme kararı mevcut oldugu asliye mahkemesi Reis veya hâkiminin tasdikile tekemmül eder.»hükmüne de münafidir. Kanun vazıı bu kayıtla men'i muhakeme kararının sorgu hâkiminin mensup oldugu asliye reisi veya hâkimi tarafından tetkik edilmesini iltizam etmiştir.

Bu sebeple Tekirdağ ağır ceza mahkemesinin 23.2.944 tarihli kararında isbat görülmedigi gibi kanuna aykırı bulunan bu kararın islahına tevessül edilmeksizin buna müsteniden Tekirdağ asliye ceza mahkemesince mezkur men'i muhakeme kararı tetkik edilerek bu hususta karar verilmesinde de isabet görülmemiştir.

Hayreboluda asliye hâkiminin izinli bulunması ve işbu davada ilk tahkikatı yapan sorgu hâkiminin aynı zamanda asliye hâkimliğini de selâhiyetle ifa etmekte bulunması hasebile mezkûr ilk tahkikatın asliye hâkiminin tasdikiyle tekkemmül eden muamele ve kararlara ait kısmının orada ifa ve ikmaline kanunen imkân bulunmamasına binaen ilk tahkikatın başka bir sorgu hâkimliğine nakline karar verilmesi iktiza ederken bu husus düşünülmeyerek usulün 18. maddesine istinat edilerek Hayrebolu sorgu hâkiminin merci tayinine dair bu yer agır ceza mahkemesinde verilen 6.3 944 günlü kararda dahi isabet görülmemiştir.

Bu sebeple Tekirdağ ağır ceza mahkemesinin 23. 2. 944 ve 6. 3. 944 ve bu yer asliye ceza hâkimliğinin 25. 2. 944 günlü kararının... bozulması lüzumu yüksek Adlîye Vekilliğinin.....emrine müsteniden C.Baş, M. U. liğinin.....tepliğnamesile daireye verilmekle okundu : Gereği düşünülüp görüşüldü:

Ağırceza mahkemesinin 23. 2. 944 günlü kararında dâvanın kısmen veya tamamen nakline karar verilmiş olduğu irae edilmiş olmasına ve 6. 3. 944 günlü kararında da dâvanın nakline karar verilmediğinden bahsedilmesine göre yazılı emre atfen tepliğnamede gösterilen bozma sebepleri bu itibarla yerinde görüldügünden ağır ceza mahkemesinin 23.2.944 tarihli kararile bu yer asliye ceza hâkimligi-

7 52

nin 25.2.944 günlü kararlarının C.M.U.K.343 maddesinin son fıkrasına tevfikan bozulmasına 27.3.944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Millî Korunma Suçları

157 Sayılı koordinasyon kararının 8. maddesine müsteniden Ofis nam ve hesabına satın alarak deposunda bulundurduğu hububatın Ofise devredilmesi hakkında yapılan tebliğata riayet etmiyenler elkonulan maddeyi teslimden imtina eden müstahsil gibi telâkki olunamazlar.

(MKK 55/1)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi

Esas 554 — Karar 763

.....Maznunun 157 sayılı koordinasyon heyeti kararının 8. Maddesindeki sarahat ve salâhiyete müsteniden ofis nam ve hesabına mubayaa ederek deposunda bulundurduğu ve beyannamesini vermiş olduğu 375000 kilo mahsulün ofise devredilmesi hakkında ofis Umum Müdürlüğünce verilen emrin 22/12/943 tarihinde tebliğ edildiği ve bu tebliğin yerine getirilmemesi üzerine arama yapılarak deposunda mevcut yukarda yazılı miktarda mahsulün zapt ve tedelinin 12/1/942 tarihinde ziraat bankasına tevdi olunduğu dosya münderecatından anlaşılmıştır.

Şu halde mütevassıt sıfatiyle hareket ettiği mahkemece de kabul olunan ve ofis namına gördüğü hizmete mukabil mubayaa ettiği mahsulün el konma fiatlarının yüzdesi nisbetinde muayyen bir miktarda prim almaya hak ve salâhiyet iktisap etmiş olan maznunun hareketinin koordinasyon heyeti kararı müvacehesinde kendilerine muayyen müddet ve şartlar dairesinde teslim mükellefiyeti tahmil edilmiş olan diğer borçlu müstahsillerin vaziyetine kıyas edilemiyeceğine göre kendisine verilen hizmeti ifa ve ofis hesabına mubayaa ederek deposunda bulundurduğu yüz binlerce kilo miktarındaki mahsulü kendi vesaitiyle irae olunan yere devr ve teslime mecbur ve mükellef tutulmasındaki — ilk bozma ilâmında da işaret olunduğu veçhile — müstenidat irae olunmaksızın borçlandığı mahsulü müddetinde teslimden imtina eden müstahsiller hakkında mevzu ve 23/12/941 tarihinde mer'iyete girmiş olan M. K. K. nun 55. Maddesine tevfikan mahkûmiyeti cihetine gidilmesinde isabet görülmemiş ve tamyiz itirazlariyle tebliğnamedeki mütalâa bu itibarla varit görülmüş olduğundan son hükmün dahi bozulmasına..... 31/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

DÜZELTME

48. Sahifede (Temyiz kabiliyeti — halkı tehlikeye sokacak kabahatler) başlığı altında neşredilen kararın baş tarafına (Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi; Esas 256 — karar 837) kelimelerinin ilâvesi rica olunur.

Temyiz Kararları

UMUMÎ HEYET KARARLARI

Mirasın taksimi

Mirasın haricen taksiminin kanunî kıymeti yoktur.

(MK 586, Tapu K 26)

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumî Heyeti
Esas 3/63 — karar 47

DÂVA : Murislerinden intikal eden iki yüz lira değerindeki ev ve müştemilâtına müdahalenin men'ini istemiştir.

HÜKÜM : Müddeabih gayri menkul tapuca tarafeynin murisi Emin oğlu Mehmet üzerinde mukayyet ise de müddeinin şimdiye kadar mülkiyet iddiasında bulunmadığı gibi murislerinin vukuu vefatı üzerine sulh hâkimliğince tanzim kılınan vesikaya istinaden aralarında birrıza taksim edilerek dâvalı evin müddeaaleyhe teslim ve şimdiye kadar mülkiyet ve zilyeti altında bulunduğu ve diğer veresenin bir güna hak iddiasında bulunmadıkları mahallen tanzim kılınan keşif raporu münderecatiyle ibraz olunan vesika ve tarafeynin ikrar ve itirazlariyle sabit olduğundan dâvanın reddine dair verilen hüküm indettemyiz; Müddeabih hane ve ahır dâvacıların murisi namına mukayyet olmasına ve haricî taksim ve satışın kanunen bir kıymeti bulunmamasına göre dâvanın kabuliyle müddeinin veraset senedinde yazılı hissesine müdahalenin men'ine karar verilmek lâzım gelirken haricî ifraz ve satışın muteber addiyle yazılı olduğu üzere karar verilmesinden dolayı bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Müddei İsmail oğlu Ahmet Küçük

— (Temyiz Kararı) — Hukuk hey'eti umumiyesince bittetkik ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

259

Dâvanın şekline ve dosya muhtevasına ve haricî taksim ve satışın kanunen kıymeti olmamasına göre hususî dairenin bozma kararı varit ve uymak lâzım gelirken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429. uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 600 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 8/3/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

İstikraz Tahvilleri — Vazife

İkinci nüshalarının verilmesi talep olunan demiryol tahvillerinin kıymeti üçyüz lirayı geçtiği takdirde sulh mahkemeleri vazifeli değildirler.

(HMUK 8)

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumî Heyeti
Esas 3/93—Karar 51

DÂVA: Malik olduğu sivas- Erzurum ve Ergani demir yolları tahvilleri jandarma okulu mübayaatına karşı vaki taahhüde teminat olarak irae edilmiş ve bu senedat bu münasebetle Silifke maliye veznesine tevdi edilmiş ve hükûmet binasının yanması ile mezkûr tahvillerde yanmak suretiyle ziyaa uğramış olduğndan nüshai sanilerinin namına itasına karar verilmesi istenmiştir.

HÜKÜM: Yanmak suretiyle ziyaa uğradığı anlaşılan numaraları dâva zabtında ve hüküm fıkrasında yazılı tahvilât senedatının ikinci nüshalarının dâvacıya itasına dair verilen hüküm indettemyiz; nüshai saniyelerinin verilmesi iddia olunan tahvilâtın kıymeti üçyüz lirayı mütecaviz bulunduğu halde vazife cihetinin düşünülmeksizin muhakemeye devam ve intacı yolsuz olduğundan dolayı bozularak mahalline iade kılınmakla yeniden yapılan muhakeme sonunda: Bu gibi dâvalarda kıymet bahis mevzuu olmıyarak doğrudan doğruya sulh mahkemelerinin vazifeleri dahilinde olduğu Ticaret kanununun 437. inci maddesi sarahatı iktizasından bulunmuş olmakla evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Müddeaaleyh hazine namına Tahsih Pekak

(Temyiz Kararı)

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

760

Kararda bahsolunan Ticaret Kanununun 437 inci maddesi şirketler tarafından ihraç olunan hamile muharrer hisse senet ve tahvillerine ait olup hadiseye şümulü olmadığı ve ikinci nüshalarının verilmesi iddia olunan tahvillerin kıymetine nazaran varit olan bozma kararına uymak lâzım olduğu halde mezkûr maddeye istinaden ısrara karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan temyiz olunan mezkûr kararında Hukuk U.M.K.nun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 600 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 8/3/944 tarihinde oybirliğile karar verildi.

DAİRE KARARLARI

Akdin inikadı

Ticarî muamelâtta kabulün icaba tamamen uygun olması lâzımdır. Yalnız esaslı noktalarda uyuşma kâfi değildir.

(TK 668, BK 2)

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi

Esas 43/498 — Karar 249

Dâva : Dâvacı vekili, müekkili bankanın ihtiyacına binaen kilosu 58 kuruştan dâvalı Ömer Marda ticarethanesinden satın aldığı 10 ton sabunun müteaddit taleplere rağmen teslim edilmemesi yüzünden piyasadan tedarik olunan sabunun kilosu için verilen 32 kuruş fiat farkının baliğ olduğu 3200 lira ile bu iş için sarfedilen 300 lira ki ceman 3500 liranın vekâlet ücretiyle birlikte tahsilini istemiştir.

Hüküm : Her iki taraf mebiin İstanbulda teslim olunacağı hususunda ittifak ettiklerine göre mağazada veya diğer yerde bir anbarda teslim edileceği yolundaki ihtilâfın akde bir tesiri olmıyacağına mebni, bu baptaki müdafaanın reddine ve protestoda gösterilen mehlin hitamı tarihinde sabun fiatının 77, 25 olduğu ticaret odasının cevabından anlaşılmasına ve dâvacı iddiasını 1640 lira 92 kuruşa hasreylemesine mebni 10 ton sabunun fiat farkı olan 1640 lira 92 kuruşun dâva olunandan tahsiline ve ziyade iddianın reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz Kararı : Dâvalı bayiin 22/1/942 tarihli icap mektubuna karşı ve bu mektupta bilhassa ve sarahatan münderiç bulunan (mağazamda teslim) şartına muhalif olarak dâvacı ve müşteri bankanın göndermiş olduğu 26/1/942 tarihli kabul mektubunda başka bir teslim mahalli (Sirkecide Hulûsi Emek anbarı) teklif eylemiş ve siparişin bu şartla kabulünü istemiş ve bu sebeple kabul icaba uygun düşmemiş ve ticaret kanununun 669 uncu maddesi mucibince, bey akdi münakit bulunmamış ve kabul mektubu yeni bir icap mahiyetini haiz bulunmuş olmasına ve dâvalı ise işbu yeni icabı hayli müd.

761

det cevapsız bırakmış ve zikrolunan kanunun 668 inci maddesinin ilk fıkrası mucibince icaba muhatap olan tarafın mücerret sükûtu kabul telâkki etmeğe imkân bulunmamış olmasına ve nihayet dâvalının 21/2/942 tarihli mektubunun son fıkrasında yazılı (şu halde yeni taahhütler altına giremeyeceğimiz aşikâr bulunmakla siparişinizi icra edememekte mâzuruz) şeklindeki ifade esasen mürakit sayılmasına kanun hükümleri müsait olmayan bir akdin icrasından nükûl değil, belki yeni icabı kabul etmediğinin teyidi mânasına telâkki edilmesi zaruri bulunmasına ve hâdisenin beyan edilen cereyan şekline ve teati kılınan mektuplar mündericatına göre dâvalıyı ilzam edecek bir satış akdinin tekevvün etmemiş olduğu halde ilâmda yazılı olduğu veçhile mütalâa beyaniyle müdafaanın reddine ve müddeinin talebettiği fiat farkının tahsiline hükmolunmasında isabet görülemediğinden ve bozma talebi bu itibarla vârit bulunmuş olmakla hükmün hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 470 kuruş temyiz masrafının ilerce haksız çıkacak taraftan alınmasına 1/2/944 tarihinde Oybirliğiyle karar verildi.

Vazife — Dâvanın ikamesi

Vazifeli mahkemede tebligat yaptırmak için konulan 10 günlük mehil vazifesizlik kararının katileştiği tarihten başlar.

(HMUK 193)

Temyiz Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi
Esas 4706 — Karar 519

Temyiz kararı: Orhangazi mahkemesinden verilen 22/5/939 tarihli salâhiyetsizlik kararı katileşmeden dâvacı 27/10/939 tarihli istida ile Üsküdar mahkemesine müracaat eylemiş ve usulün 193 üncü maddesinde yazılı 10 günlük müddetin kararın kesbi katiyet ettiği tarihden itibaren ceryana başlayacağı 171 no: lu tefsir iktizasından bulunmuş olduğu halde mürur müddetden dâvanın reddine karar verilmesi muhalif ve nakız talebi varit olduğundan hükmün bu sebeple (NAKZINA) 4/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Vazife

Kazanç vergisinin taraflardan hangisine ait olduğu meselesinin halli adlî mahkemelerin vazifeleri dahilinde değildir.

(HMUK 1)

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi

Esas 43/586 — karar 315

Dâva : Dâvacı vekili, deniz nakliyat komisyonu kararı mucibince, müevkkili mutasarrıf olduğu kutlu vapuru ile dâva olunanın maden kömürünü havzai fahmiyeden Paşabahçedeki fabrikasına beher günü 215 kuruş navlun mukabilinde 980 ton kömür naklederek navlun bedeli olan 2212 lira 35 kuruşun tediye edileceği bildirilmesi üzerine tahliyeye başlanmış isede, dâva olunan tediyatta bulunmamış ve bu vaziyet karşısında müvekkili mütebaki hamulenin tahliyesine muvafakat etmiyerek yedi adle tevdi ettirmiş olduğundan, müekkilinin navlundan 2107 ve nakliye vergisi olarak 105 lira 35 kuruş ve sürastarya 525 ve kontrastarya vergisi olarak 6400 ve liman işletme idaresine verilen 500,23 ve icra memuru masrafı 12 buçuk lira ki ceman 9650 liradan ahiren tediye edilen 2142 lira 82 kuruşun tenziliyle geri kalan 7507 lira 26 kuruşun 15/7/941 tarihinden itibaren faizle beraber tahsilini ve dâva olunan da navlundan kesilmesi kanun icaplarından olan kazanç vergisinin kesilmesine itiraz eden dâvacının haksız ve sebepsiz olarak kömürlerin tahliyesine mâni olduğundan ve saireden bahsile, ceman 5175 lira 55 kuruşun faiz ve vekâlet ücretiyle beraber tahsilini karşılıklı olarak istemişlerdir.

Hüküm : Dâvacının vergi mükellefiyeti hakkında vazifedar mercie müracaatta muhtar olmak üzere vârit görülmeyen dâvasının reddine ve dâva olunan tarafından feragat edilen 3775 lira 66 kuruş kömür bedeli ile nakliyesi olan 817 lira 22 kuruş hakkındaki iddiasının reddine ve ancak Çubukludan Paşabahçe fabrikasına kadar nakliye ücretinden fazla verildiği anlaşılan 163 lira 70 kururş ile iki lira 70 kuruş amele ücreti ki ceman 166 lira 40 kuruşun % 5 faizle beraber dâvacıdan tahsiline karar verildiğini natıktır.

Temyiz Kararı: iddia ve müdafaaya göre, hâdisede en başta halli lâzımgelen ihtilâf dâvacının kazanç vergisi kanunu hükümleri müvacehesindeki durumunun yani nakil mütaahhidi mi yoksa gemi kiralayanı mı olarak kazanç vergisi mükellefiyetine tâbi olduğunun tâyini icabeylemesine ve bu hususun halli ise ticaret mahkemesinin vazifesi dahilinde bulunmamasına ve bu noktanın ait olduğu mercice bir karara raptedilmeden dâvalı idarenin mesul muhasipliğince yapılan tevkif muamelesinin haklı veya haksız olduğu esasına istinadettirilen işbu mütekabil zarar ve ziyan taleplerinin halli ile hüküm altına alınmasına kanunen imkân olmamasına ve bu itibarla henüz dâva hakkı gelmemiş olduğu halde sırasız ikame edilmiş bulunan dâva ve mütekabil dâvanın reddi icabederken kabuliyle yazılı oldu-

763

ğu şekilde hüküm verilmesinde isabet görülememesine mebni, tarafların temyiz taleplerinin bu bakımdan kabuliyle hükmün zikrolunan sebepten dolayı ..... BOZULMASINA ..... 8/2/944 tarihinde Oybirliğile karar verildi.

Nafaka

Boşanma ve ayrılığa hükmedilirken çocuk için nafaka talep etmek hakkının mahfuz bulunduğuna karar verilmesi yolsuzdur.

(MK 148)

Temyiz Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi
Esas 3881 — Karar 602

.....Ancak M K. nunu 148 inci maddesi mucibince boşanma ve ayrılık halinde çocukların infak ve iaşeleri hakkında re'sen tedbir ittihazı icap ederken nafaka talebi olmadığından bahisle velâyeti altına bırakılan çocuk için bilâhare ananın babadan nafaka talebi hakkı mahfuz olmak kaydile yazılı şekilde karar verilmesi mezkûr madde sarahatına muhalif olduğundan bu kısım hükmünün (NAKZANA) .... 10/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Anonim Şirket

Umumi heyet kararları ancak, itiraz üzerine, mahkeme kararile feshoIunabilir.

(Tk 377, 381, 383)

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi
Esas 182 — Karar 296

Dâva : Dâvacı vekili, ticaret vekâletinin fabrika mürakiplerine yazdığı emir üzerine davet edilen Uşak şayak fabrikası Türk anonim şirketi heyetinin 22/7/943 tarihindeki toplantısında müekkilleri Hakkı ve Mehmet Timuçin ile Rahmi Tarakçı, Şerif Akçay ve mehmet Bükenin şirket meclisi âzalıklarına seçildiğinden ve müekkili Hakkı Yılancıoğlu reisliği altındaki idare meclisinin Uşak şayak fabrikası Türk anonim şirketini temsile sıfat ve salâhiyetlerine malik oldukları halde dâva olunanlar bunu tanımamak suretiyle muarazada bulunduklarından dâva olunanların bu baptaki muarazalarının men'ile müekkillerinin mümessillik sıfatını tanımalarına karar verilmesini istemiştir.

Hüküm : 29/3/943 tarihli toplantıya ait kararlar ve müameleler ilgililer tarafından ticaret kanununun 381 inci maddesine göre müddetinde mahkemeye dâva edilerek kaldırılmamasına ve toplantıda bulunan komiserin kanun nazarında yeri bulunmayan muhalefetini de zaptın altında yazarak imza etmesinin makbul bir sebebi görülmemekle beraber toplantıda bulunduğu mahkeme kararıyle tesbit olunmasına ve yine ticaret kanunun 377 nci maddesine göre tescili yapılmayan zabıtnamenin tesciline dair asliye ticaret mahkemesinden 6/9/943 gün ve 1163—781 numaralı karar alınmasına göre dâva olunanların şirketi temsil ve mallarını idarede sıfat ve salâhiyetleri devam etmekte olup ticaret vekâletiuin kanun ve nizamname hükümlerine aykırı olarak zabıtnamede koeımSerin imzası bulunmadığından dolayı 22/7/943 gününde yaptırdığı umumî heyyet toplantısı neticesinde dâvacıların fiilen iktisabettikleri sıfatın kanun ve nizamname nazarında bir değeri bulunmadığından ve ticaret vekâletine idari yoldan yaptırılan bu muamelenin tanınmasına kanunun ruh ve maksadı ve mevcudiyeti imkân vermediğinden yerinde görülmeyen dâvanın reddine karar verildiğini natıkdır.

Temyiz Kararı: Aleyhine temyiz olunan Hakkı Gedik tarafından duruşma istenmişse de hâdisede müddeabihin miktarı belli olmadığı cihetle, mürafaaya tabi olmadığından bu baptaki talebin reddine k rar verildikten..... sonra..... görüşülüp oylaşıldı :

Ticaret kanununun 381 inci maddesinde heyeti umumiye içtimaında hazır bulunup da mezkûr karara muhalif kalarak muhalefetini zabıt varakasına dercettiren hisse sahipleri için itiraz hakkı kabul olunduğu gibi gayrı kanuni olarak rey hakkını kullanmasına müsaade edilmeyen veya içtimaa davetin usulü dairesinde vukubulmadığını veyraz namenin usulü veçhile ilân ve tebliğ edilmediğini iddia eden hissedarlar için de bu hak tanınmış olmasına göre dâvacılar komiser tarafından imza edilmemiş olan ve muteber olmadığı taraflarından iddia edilmekte bulunan heyeti umumiye kararı aleyhine mezkûr madde mucibince itiraz hakkını kullanmakta muhtar olmalarına ve bundan başka bir tarikle 29/mart/943 taribli heyeti umumiye kararının feshi mümkün olmayıp temyiz edilen hükümde dahi mezkûr heyeti umumiye kararı mahkeme hükmiyle feshedilmedikçe muteber tutulmak lâzımgeleceği beyan edilmesine göre, lâyihada ileriye sürülen itirazlar yerinde omadığından neticesi mezkûr 381 inci ve müteakip maddeler hükümlerine uygun olan kararın tasdikına....14/2/944 tarihinde oyçoğunluğiyle karar verildi.

765

Vekâlet

Hazine avukatlarının Maliye Vekâletine bağlı olan Millî Piyango aleyhine dâva ikame ve kabul etmesi halinde dâvanın reddi icap etmeyip müvekkile tebligat ifası lâzımgelir.

(4353 s.k. 17)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 517- Karar 431

Karar: Müddei vekili Milli piyango idaresinin hazine ile alâkasını bilmediği için işbu dâvada vekâlet aldığını ve halbuki kendisi hazinenin vekili olup hazineye müteallik dâvalara giremiyeceğini ve bu sebeble dâvayı bıraktığını beyan etmiş olmasına ve Milli piyango idaresinin Maliye vekâletine bağlı ve hazineyi alâkdar eden bir müessese bulunmasına ve hazine vekilleri de hazineyi alâkalandıran dâvalarda diğer tarafın vekâletini der'uhde edemiyeceğine mebni salâhiyetli bulunmayan vekil tarafından açılan işbu dâvanın reddine karar verildiğini muntazamındır.

Temyiz Kararı: Hazine avukatlarından olan dâvacı vekilinin Maliye vekâletine bağlı bulunan Milli piyango idaresi aleyhinde dâva ikame ve kabul etmiş olması dâvanın reddini müstelzim olmayıp müvekkile tebliğat icrasile muhakemeye devam olunmak lâzımgelirken yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz ve itiraz varit olduğundan hükmün bu sebebten bozulmasına ..... 17/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İcar — Tahliye dâvası

1—İcarı akar nizamnamesi hükümleri dairesinde konturato para cezası alınmaksızın dâvaya bakılması yolsuzdur.

2 — Mkk 30 hükmü kiraya verilen gayri menkulün yeni maliklerine de şâmildir.

3 — Sahibinin ihtiyacı sebebile dükkânın tahliyesine karar verilemez.

(Mkk 30, İcarı akar nizamnamesi 10, 12)

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi
Esas 338 — Karar 404

Dâva: Dâvacı satın aldığı kahvehaneyi dâva olunan vâki protestoya rağmen tahliye etmediğinden, tahliyesini istemiştir.

766

Karar: Dâvacının kullanmakta olduğu dükkân ciheti askeriyece işgal edilmiş ve dâvacının sanatını icra etmek için dükkâna ihtiyacı bulunmuş olduğundan ve sairden bahsile mecurun tahliyesine karar verildiğini natıktır.

Temyiz Kararı: Dâvacıdan icarı akar nizamnamesi hükümleri dairesinde konturato cezayı nakdisi alınmaksızın dâvaya bakılması yolsuz olduğu gibi Millî korunma kanununun 30 uncu maddesi hükümü mecur gayrımenkulün yeni maliklerine de şamil bulunduğu ve dükkân olarak kiraya verilen gayrımenkulün dükkâna ihtiyaçtan dolayı tahliyesine mezkûr kanun hükümleri müsait bulunmadığı halde hilâfına mütalâalar serdiyle yazılı olduğu üzere tahliyeye hüküm verilmesinde isabet görülemediğinden ve bozma tâlebi bu bakımdan yerinde olduğundan temyiz edilen hükmün bozulmasına..... 17/2/944 tarihinde yObirliğiyle karar verildi.

Haksız fiil—Müruruzaman

Malen mesuller hakkında haksız fiilden dolayı zarar ve ziyan dâvalarının müruruzamanı, haksız fiil bir suç olsa ve ceza müruruzamanı daha uzun bulunsa bile, bir senedir.

(BK 60/1,2)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 612 — Karar 449

Dâva : 5/8/940 akşam üzeri bekleme geçit yerinden geçmekte iken küçük çekmeceye gelmekte olan lokomotif, müvekkilinin kamyonuna çarparak kamyonu parçalamış olduğundan bahsile üç bin lira kamyon bedeli ile üzerindeki yükü olan ve mahvolmuş bulunan iki ton ot bedeli yüz lira ve o günkü taahhüdünü yerine getirmek için müvekkilinin vermeğe mecbur kaldığı ot bedelinin farkı otuz lira ve 45 günlük zararı ziyan tutarı 900 lira ki cem'an 4030 liranın müddeaaleyh idareden tahsiline karar verilmesi talebinden ibarettir.

Karar : Tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere, fiili ile bir zarar husule getiren müstahdem ile onu istihdam edenin mes'uliyetleri hakkında borçlar kanununda ayrı ayrı hükümler bulunmuş ve borçlar kanununun 60 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında cezai bir fiilden neşeteden tazminat dâvalarının ceza kanunu mucibince daha uzun ceza müruru zamanına tabi olduğu yazılı ise de, mezkûr fıkranın tarzı tahririnden anlaşıldığı üzere bu husus cezai fiile hasredil-

767

miş olup hadisede borçlar kanununun 55 inci maddesine müsteniden şahsan mes'ul bulunduğu iddia olunan müddeaaleyh hakkındaki zararı ziyan dâvası, borçlar kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrası mucibince bir senelik müruru zaman müddetine tabi bulunmuş ve dâvacının zarara ve failine ıttıla ile müruru zaman müddetinin geçmesinden evvel işbu dâvayı açarak 1/12/941 tarihine kadar takip ettiği ve bu tarihten sonra dâvayı takip etmiyerek bir seneden fazla bir zaman geçtikten sonra 22/6/943 tarihinde yenilediği anlaşılmış ve zikrolunan her iki tarih arasında müruru zaman haddine baliğ bir seneden fazla bir zaman geçmiş ve bu itibarla müddeaaleyh vekilinin müruru zaman itirazı varit bulunmuş olmasına mebni dâvanın bu noktadan reddine karar verildiğini mutazammındır.

Temyiz kararı: Borçlar kanununun 60 ıncı maddesinin ikinci fıkrası mucibince cezayı müstelzim bir fiilden neş'et eden zararı ziyan dâvasının tabi olduğu müruru zaman müddeti ancak o fiilin fail ve şerikleri hakkında tatbik olunup malen mes'ul olan şahıslara şamil bulunmadığına göre itirazlar varit olmadığından reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün Tasdikına ..... 18/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İstimlâk

İstimlâk muamelesi tekemmül ettikten sonra Belediyenin istimlâkten vazgeçmesile istimlâk muamelesi hükümsüz kalmaz.

(Belediye İstimlâk K 22,23)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 57 — Karar 134

Dâva : Mutasarrıf olduğu bir bap dükkân arsasının belediyece yola kalbedilmek üzere istimlâkine karar verilmiş ve istimlâk bedeli olarak 3250 lira takdir edilmiş ise de; mezkûr bedel pek dun bulunmuş olduğundan bahsile bedeli istimlâkin 7000 liraya iblâğını müddei istemiş, müddeaaleyh vekili dahi : takdir olunan 3250 lira istimlâk bedelinin pek fahiş olunduğundan bilbahis bin lirasının tenzilini mütekabilen talep eylemiştir.

Karar: İki tarafın ittifakile tâyin olunan ehli vukuf tarafından yapılan keşif neticesinde, verilen raporda istimlâk tarihine nazaran arsanın mevki ve vaziyeti ve emsalinin rayici gözönünde tutularak 5000 lira kıymet takdir edildiği bildirilmiş ve esasen belediyece 3250 lira

768

bedel ile mezkûr mahallin istimlâki kabul edilmiş olmasına binaen bu mikdar ihtilâflı bulunmamış olmakla ahiren takdir olunan beş bin lira bedele nazaran bedel farkı olan 1750 liranın müddeaaleyhden alınarak dâvacıya verilmesine ve müddeinin fazla iddiasile müddeaaleyhin mütekabil dâvasının reddine karar verildiğini mutazammındır.

Temyiz Eden : Müddeaaleyh belediye vekili Şükrü tarafından açık duruşma yapılması suretiyle hükmün temyizen tetkiki istenilmiş ve muahharen vekili mumaileyhin mahallinden gönderdiği bir kıt'a istidada; belediye şehir meclisinin verdiği salâhiyete istinaden daimi encümence verilen kararla dâvaya esas olan istimlâkten vazgeçilmiş ve keyfiyetin noter marifetiyle müddeiye ve icraya tebliğ edilmiş bulunduğunu ve 3710 sayılı istimlâk kanununun 23 üncü maddesi mucibince belediyenin azami bir sene zarfında bedeli istimlâki tamamen ödeyerek istimlâk muamelesini tekemmül ettirmediği takdirde mal sahibinin tasarruf hakkının avdet edeceği beyanile bu hususta muktazi kararın verilmesi talebedilmiş ve noter marifetiyle yapılan tebliğatı mutazammın ihbarname ve şehir meclisi daimi encümeni karar sureti rabten gönderilmiştir.

Temyiz kararı: Her ne kadar asliye mahkemesince dâva neticelendikten sonra istimlâki yapan belediye dairesi istimlâkten vazgeçmiş ise de; belediye istimlâk kanununun 22 inci maddesinden anlaşıldığına göre istimlâk muamelesi tekemmül ettikten sonra belediye dairesinin istimlâkten vazgeçmesile istimlâk muamelesi hükümsüz kalmayıp mezkûr maddede yazılı hallerde ancak mülk sahibi mülkünü geri alabileceğine ve ehlivukuf tarafların ittifakile intihap edilmiş olmakla beraber listeye dahil olan veya liste haricinde bulunan kimselerden ehlivukuf seçilmesi de caiz bulunmasına ve istimlâk olunan arsanın tamamının mülkiyeti dâvacıya ait olduğu dosya içinde bulunan tapu sicil muhafızlığı cevabından anlaşılmasına ve mütekabil dâvanın reddedildiği hüküm fıkrasında açıkça yazılı bulunmasına göre itirazlar varit olmadığından reddile mümeyyezünbih hükmün tasdikına ..... 21/1/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Hibe

1 — Mevhubun'leh, hibeyi takyid eden mükellefiyeti haklı bir sebep olmaksızın icra etmezse vahibin hibeden rücu etmeğe hakkı vardır.

2 — Mevhubun'leh, mükellefiyetini kısmen yapmak ve mütebaki kısmı için lâzımgelen maumelâtı tamamen ifa etmek suretiyle hüsnüniyet göstermiş olursa hâdisede hibeden rücu için bir sebep mevcut olamaz.

769

3 — Hibe mukavelesinde mevhubun'lehin mükellifiyetini tamamen yahut kısmen icra etmediği surette aldığını tamamile vahibe iade edeceği kabul edilmiş olmasına binaen mevhubun'leh aldığını tamamile geri vermekle mükelleftir.

(BK 240,241,242)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 602 — Karar 479

Dâva: Müddeaaleyh Adana belediyesi tarafından Zeytinoğlu bahçesinden şimendifer hududuna kadar olan yerler ve binalar istimlâk edilmek ve millî mensucat fabrikası ana kapısından şarkına doğru açılması kararlaştırılan yol Parke döşenmek ve bu yolun birleşeceği cadde arkasındaki yerler ve binalar bir sene içinde istimlâk edilmek şartile müvekkili Adana mensucat fabrikası sahpleleri, belediyeye 30 bin lira ve bilâhara bu otuz bin liraya on bin lira daha ilâvesile 40 bin lira tediye eylemeği ve fabrika karşısında bulunan binaların bulunduğu yeri şartla hibe etmeği taahhüt eylemiş ve belediye dairesi dahi mezkûr mukavele mucibince kabul ettiği mükellefiyeti her hangi bir sebep ve suretle icradan imtina ettiği takdirde mezkûr 40 bin liranın istirdadını ve gayri menkullerin ferağının feshini talebe müvekkilleri salâhiyettar olmak üzere akdi mukavele edilmiş ve şartla hibe akdi tarafeyn canibinden bu suretle takarrür ve tekemmül etmiş olduğu halde müddeaaleyh belediyenin mukavelename ehkâmına riayet etmemiş olduğundan bahsile belediyenin müvekkillerinden aldığı 40 bin liranın iadesine ve şartla hibe akdinin feshine karar verilmesi talebinden ibarettir.

Karar: Tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere; her ne kadar müddeaaleyh belediye vekili hibe şartlarından birincisi yani yol açmak ve yolun parke döşenmek hususları yerine getirilmiş olduğunu ve gayri menkullerin istimlâk muamelesinin gecikmiş olması müvekkili belediyenin yedi ihtiyarında olmıyan bir takım kanuni muamelelerin ikmali mecburiyetinden ileri gelmiş bulunduğunu ve şu halde vahibin hibeden rücuuna bir sebep bulunmadığını ve binaenaleyh dâvanın haksız olduğunu müdafaaten dermeyan eylemiş ise de, bu bapta yapılan tahkikat neticesinde, henüz yolun ve meydanın açılmadığı gibi, aradan bir seneden fazla zaman geçtiği halde istimlâkine karar verilen gayri menkullerin istimlâk muamelesi ikmal edilerek hedmine bile başlanıldığı anlaşılmış ve bu suretle vahibin meşrut ve mütehakkık olan rücu sebebine vakıf olduğu zaman hibeden rücu ettiğini belediyeye bildirmiş olması itibarile borçlar kanu-

770

nunun 246 ıncı maddesinde yazılı müruru zamanı katetmiş bulunmasına binaen müddeaaleyh belediyenin bu hususlara müteallik itirazatının reddine ve ancak yol ve bazı gayri menkuller için belediyece 17000,39 lira sarf olunduğu anlaşılmış ve borçlar kanununun 44 üncü maddesinde taahhütten rucü eden vahib mevhubun lehin elinde halen ne kalmış ise ancak anın iadesini talep ve dâva edebileceği sarahaten ve vazihan muharrer bulunmuş ve atiyen imkânı mali vukuunda belediyenin başladığı bu memleket ve imar işini asla ihmal etmiyeceği ve bazı eshabı emlâke verilen paraların heder olunmasına meydan vermiyeceği tabii görülmüş olmakla sarf edildiği anlaşılan mezkûr 17000,39 liranın 40 bir liradan tenzilile mütebaki 22997 liranın belediyeden alınarak müddeilere iadesine ve ziyade iddianın reddine karar verildiğini mutazammındır. Temyiz eden Taraflar temyizi dâva eylemiş, müddeaaleyh belediye vekili avukat Halil Dural tarafından ayrıca duruşma yapılması istenilmiştir.

Temyiz Kararı: Her iki tarafın temyiz lâyıhaları münderecatına göre temyizen tetkik ve halli icap eden mes'eleler, vahiplerin hibeden rücu haklarının müruru zaman ile düşüp düşmediği ve vahiplerden vefat eden Seyit mirascılarının; mükellifiyetin icrasını talep etmek salâhiyetleri bulunup bulunmadığı ve hibeden rücu şartları mevcut olup olmadığı ve rücu şartı mevcut ise belediye dairesine hibe ve teslim olunan kırk bin liranın tamamının geri verilmesini dâvaya vahiplerin hakkı olup olmadığı hususlarından ibarettir.

Müddeaaleyh belediye vekili cevap lâyıhasında müruru zaman def'i dermeyan etmeyip dâvanın cereyanı sırasında bu def'i ileri sürmek suretile müdafaa sebeplerini tevsi etmiş ve hasım tarafı muvafakat etmedikçe müdafaa sebeblerinin tevsi edilemiyeceği kanun hükmü icabından olup dâvacılar vekili de def'in tevsiine muvafakat etmemiş olduğundan müruru zamana ait itiraz bu sebeple varit görülmemiştir. Her ne kadar borçlar kanununun 241 inci maddesinde «âmmenin menfaatı için mevhubun'lehe tahmil edilmiş olan mükellefiyetin icrasını talep etmek salâhiyeti; vahibin vefatından sonra ait olduğu mercie intikal edeceği yazılı ise de, taahhütnameden ve tarafların sureti iddia ve müdafaalarından anlaşıldığı üzere Adana Millî mensucat fabrikası sahipleri Nuh Naci, Mustafa, Nuri ve Seyit taraflarından belediyece mezkûr fabrikanın ana kapısından şarkına doğru acılması kararlaştırılan yolu açmak ve parke döşemek ve fabrikanın karşısında da bir meydan açmak ve taahhütnamede yazılı yerleri ve binaları bir sene içinde istimlâk etmek mükellefiyeti ile ve buralara akar yapmamak ve başkasına bey'ye hibe etmemek kay-

771

dü şartiyle Adana belediye dairesine kırk bin lira hibe ve teslim edilmiş olmasına göre yol açmak ve meydan yapmak gibi mükellefiyetlerin belediye dairesine tahmili hususunda sadece âmmenin menfaatları değil aynı zamanda fabrika sahiplerinin menfaatları da nazara alınmış ve mevhubun'leh ile mükellefiyetin icrasında.menfaattar olan âmme müessesesi başka başka olmayıp mevhubun'leh belediye dairesi anyı zamanda mükellefiyetin icrasında da menfaattar bulunmuş olduğundan hâdisede müteveffa Seyit mirasçıları mükellefiyetin icrasını istemek salâhiyetini haiz olmalarına mebni belediye vekilinin bu hususa ait itirazı da varit değildir. Ancak belediye dairesi hibe mukavelesile kendisine tahmil olunan mükellefiyeti icradan imtina etmiş olmayıp bilâkis fabrikanın karşısından itibaren yol açmak ve parke döşemek suretile birinci kısım mükellefiyetini yapmış ve ikinci kısım mükellefiyetini teşkil eden meydan açmak için de istimlâki meşrut olan yerleri ve binaları mukavelede tâyin olunan müddet içinde tamamile istimlâk etmirştir. Her ne kadar istimlâk olunan gayri menkullerden bir kısmının kıymetlerine alâkalılar tarafından itiraz olunmasına mebni mahkemeye müracaat mecburiyeti hasıl olarak meydanın açılması gecikmiş ise de, bu hususun hibeden rücu için haklı bir sebep teşkil etmiyeceği tabiidir; çünkü hibe mukavelesinde istimlâki meşrut yerlerin ve binaların bir sene içinde istimlâk edilmediği takdirde hibeden rücu edileceği yazılı olup yolun ve meydanın bu müddet içinde açılmadığı surette hibeden rücu edileceği hakkında mukavelede bir kayıt ve sarahat yoktur. Bundan başka borçlar kanununun 244 üncü maddesinin üçüncü fıkrası mucibince mevhubun'leh, hibeyi takyit eden mükellefiyeti haklı bir sebep olmaksızın icra etmezse vahibin hibeden rücu etmeğe hakkı olup mevhubun'leh belediye dairesi mükellefiyetini kısmen yapmak ve mütebaki kısmı için de lâzımgelen yerleri tamamile istimlâk etmek suretile hüsnü niyet götermiş olduğundan hâdisede hibeden rücu için bir sebep de mevcut değildir. Mahkemece hibeden rücu dâvasının kabulile yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz ve belediye vekilinin temyiz itirazı ancak bu itibarla varit bulunmuştur.

Dâvacıların temyizine gelince; mahkemenin kabulü veçhile hibeden rücu sebebi mevcut olduğu takdirde belediye dairesi dâvacılardan aldığı kırk bin lirayı tamamile geri vermek mecburiyetindedir.Her ne kadar borçlar kanununun 244 üncü maddesinde «mevhubun'lehin halen elinde ne kalmış ise onun iadesi dâva olunabileceği» yazılı ise de, hibe mukavelesinde bunun hilâfı yâni mevhubun'lehin mükellefiyetini tamamen yuhut kısmen icra etmediği surette aldığı-

772

nı tamamile dâvacılara iade edeceği kabul ve taahhüt edilmiş olmasına binaen belediye dairesi aldığını tamamile geri vermekle mükellef bulunmuş iken bazı mütalâa beyan edilerek bir kısmının istirdadına hüküm edilmesi yolsuz ve dâvacılar vekilinin bu hususa ait temyiz itirazı da varit görülmüştür. Zikrolunan sebeplere binaen hükmün (Bozulmasına) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 15/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Vekâlet

Dâva ve takip ücretleri hakkındaki akitler yazılı mukaveleden başka delille ispat olunamaz.

(Avukatlık K. 128)

Temyiz Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi
Esas 1703

Dâva : Müdddealeyhin asliye hukuk mahkemesine Fatma Güngör aleyhine açtığı hissei irsiye dâvasına nısfı peşin 80 lira ücretle vekâlet etmek üzere akid yapılmış ve bu akde müsteniden 10 lirasını almış isede bilâhare müddealeyh hasım taraf ile uyuşarak ihtilâfı sulhan halledip mukarrer vekâlet ücretini vermemekte olduğundan 70 liranın tahsili talebinden ibarettir.

Karar : İki tarafın vaki beyan ve ıkrarlariyle sabit olduğundan avukatlar kanunun 132 ve 133 üncü maddelerine tevfikan mukarrer ücreti vekâletten mütebaki 70 liranın tahsiline mütedairdir.

Temyiz eden : Müddealeyh.

Temyiz kararı: Avukatlık kanunun 128 inci maddesinde (Dâva ve tâkip ücretleri hakkındaki akdin yazılı şekilde olması şarttır. Ücretten doğan dâvalarda yazılı mukavelelerden başka subut delili ikame ve istima olunamaz) diye yazılı bulunmasına göre avukatla müvekkil arasında tesmiye olunan ücret mukavelenameye bağlanmadıkça sahih ve muteber olamayacağı ve binaenaleyh sahih ve muteber olmıyan akdin şifahi yapılmış olduğu hakkında tarafların tasaduku bu akdi sıhhate inkilâp ettiremiyeceği ve böyle şifahi ücret akidlerinin isbatı için hiç bir delil dinlenemiyeceği gibi yeminle de halli mesele cihetine gidilemiyeceği ve mezkûr kanunun 131 inci maddesi mucibince asgari tarifenin tatbik olunacağı düşünülmeksizin müddealeyhin 80 lira ücreti ıkrar ettiğinden bahsile tahsiline hüküm

773

verilmesi yolsuz ve kanunun sarahatına muhalif olduğundan hükmünün NAKZINA 22/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İcar — Tahliye Dâvası

Evin tamire olan ihtiyacı tahliye sebebi değildir.

(MKK 30)

Temyiz Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi
Esas 1992.

Ev tahliyesi dâvasının yapılan muhakemesi neticesinde: naalahakız üzerine dahi müddeabih hanenin tamire ihtiyacı lüzumundan bahisle tahliyesine dair verilen hükmün temyizen tetkiki müddeti içinde müddealeyh vekili tarafından istenilmekle temyiz tetkikatı bililcrarara:

Temyiz kararı: Müddeaaleyh tarafından notere yatırılan 9 9 942 senesi icarı dâvacı tarafından alınmış ve dâvacının mukavele hükkükümlerine riayetsizliği kanunun tarifi dairesinde tesbit edilmemiş ve e e tamirin müddeaaleyhin evde bulunmadığı bir sırada icrası lüzumumunu bildiren vukuf ehlinden bu tamirin kaç gün süreceği sorularrarak o müddet zarfında müddeaaleyhin muvakkaten başka bir yere gitmeesesi suretiyle mecurda lâzımgelen tamiratın icrasına karar verilmesi mm muktazi olduğu ve tamir ihtiyacının tahliye sebebi olmıyacağı düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere mecurun tahliyesi cihetine gidilmesi i yi yolsuzdur, hükmün NAKZINA 22/2/944 tarihinde ittifakla karar weererilidi.

774

Adliye Dergisine abone olma ve kitap satın alma şartları

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

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

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

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

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

775

Adliye Dergisi

Perakende satışı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur.

Adliye Vekâleti tarafından bastırılan ve satın alınan mevcudu bulunan kitapların isimleri, bedelleri aşağıda, tedariki yolu da kapağın içinde gösterilmiştir

Eserin ismi	Bedeli Kr.
Avukatlık kanunu	50
Alman Ceza muhakemeleri usulü kanunu	175
Bağlamlar kanununu şerhi (H. Oser)	150
Borçlar kanunu şerhi (Fritz Funk'jun)	850
Bürüksel Konferansı ve zabıtları	75
Ceza kanunu (Haşiyeli: Kemal Bora)	200
Ceza kanunu üzerinde bir inceleme	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden merciler üzerinde mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri kanununun esbabı mucibesi	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu alfabetik fihristi	75
C. Müddeiumumilikleri kalem talimatı	50
Cinaî ilmihaçer	40
Deniz ticareti kanunu	50
Hâkimler kanunu	50
Hukuku esasiyede yeni temayüller	75
Ceza Bakımından Avrupa Adliyesine dair notlar	100
Cezanın infazı	150
Fransız Adli sicil teşkilâtı	150
Hukuk mahkemesinde hak nasıl müdafaa edilir?	60
İngiliz ceza usulü	75
Meşhut suçlar kanunu	115
„ „ „ talimatı	115
Orman işleri (Hususi kanunlar ve cezaları)	75
Şahitlik ve şahidin psikolojisi	80
Velâyet vesayet talimatı	50
Varşova konferansı	75
Tamimler mec. (1928-1937)	175
„ „ (1938)	100
„ „ (1939-1940)	100
Tevhidi içtihat kararları	250
Temyiz Mahkemesi kararları (1930-1934 yılları T. H. U.)	150
„ „ (1938 Hukuk)	200
„ „ (1938 Ceza)	175
„ „ (1939-1940 Ceza)	125
Noter Kanunu	50
Devletler umumi hukuku	300

776