ADLIYE DERGİSİ

T. C.

Adliye Vekilliği tarafından her ay neşrolunur

Otuz beşinci sene
6 ıncı sayı

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1944

777

İÇİNDEKİLER

No.		Sayfa No.
33	**Âmme para cezasına hükmedecek olan hâkim ne gibi hususları gözönüne almalıdır?...** *(Yazan : Dr. Hakkı U M A)*	469
34	**Şuf'a ve akitlerin tefsiri hakkında iki karar** *(Yazan : K. F. A.)*	486
35	**Cezaların tecilinden neler beklenebilir?.....** *(Yazan : Dr. Fahri ÇALKIN)*	495
36	**Müeccel cezalarda içtima ve tekerrür.....** *(Yazan : Çetin ARDALI) Kütahya Ağırceza Mahkemesi Âzası*	505
37	**Borçtan kurtulma dâvalarına dair bir inceleme.....** *(Yazan: Müfit ERKUYUMCU) İzmir Asliye Hukuk Hâkimi*	509
38	**Yaş tashihi dâvalarında gıyap kararı.....** *(Yazan: Ural EDİL) Şırnak Sulh Hâkimi*	518
	Bibliyografya.....	521
	Hâkim ve Müddeiumumiler Terfi Listesi.	525
	İsviçre Federal Mahkeme Kararları.....	459
	Temyiz Mahkemesi Kararları Ceza Kısmı....	81/96
	Temyiz Mahkemesi Kararları Hukuk Kısmı..	97/112

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

728

No. 33

ÂÂÂmme para cezasına hükmedecek olan hâkim ne gibi hususları gözönüne almalıdır?

Yazan:
Dr. Hakkı UMA

§ 1 — Para cezasının mahkûmun iktisadî durumile mütenasip olması prensibi.

Birinci cihan harbini takip eden Avrupa ceza kanunlarının ekserisi ezcümimmlle İsveç, İtalyan ve İsviçre ceza kanunları para cezasına hükmederken mahahihkûmun mâli kudretinin nazarı itbare alınması hususunda sarih hükümler ihtivtiviva etmektedirler. Ceza nazariyatı bakımından bu prensibi nasıl meşru göstststeerebiliriz?

II — Her hadisede hâkim cezayı,kanunun tâyin ettiği hudut dahilinde, failinlirdim suçluluk ve fiilin vehamet derecelerini nazara alarak tesbiteder.—Yeni bazızızı kanunlarda italyan mektebinin tesiri altında kalınarak failin arz ettiği tehlihlhlilkee derecesi de bir dereceye kadar cezanın tayininde esas olmaktadır.— Hâdâdidüsee tesbit edilince hâkim failin suçlu iradesi üzerinde müessir olmaya, o irairaradede tahassulünü arzu ettiği tesirleri temin etmeğe müsayit cesayı tâyinyinin ve takdir eder. Hâkim hürriyeti bağlayıcı bir cezanın hâdiseye uygun olduduuğuma kanaat getirirse, ferdî hürriyete herkes ayni kıymeti verir farz olununmdudğundan, muayyen zamanla mahdut bir hapis cezası bütün mahkûmlar üzerierrimdle aynı tesirleri vücude getirir denebilir[1] Bununla beraber, suçluların. taşıdıdıdıklları zihniyet farkı ve mensup oldukları içtimaî muhitlerdeki değişiklik nazararara allınırsa bu tesirlerin her vakit aynı olmıyacagı neticesine varılabilir.Fakat unutnutnmamalıdır ki hapis cezasını tayîn ederken hâkim, mümkün olduğu kadar saydıdıdığımız son âmilleride takdir ve cezayı ona göre tayin etmekle mükellelleleffdiir. Buna mukabil, hâkim para cezasına hükmetmek istediği vakıt mesele te b tamamen başka bir manzara arz eder. Çünki herkes ayni hürriyete sahip o o olmakla beraber ayni mikdar mala, servete tesahüp etmemekdedir. İşte servevevettlerin çok farklı olarak tevzi edilmiş olması hadisesindan ayni suçlulululluk derecesi gösteren muhtelif suç fâillerine verilen ayni mikdar para cezasıasasının birbirinden çok farklı neticeler doğurduğu görülür: biri telâfî imkânârâmlarına genişce malik olduğundan cezaya karşı tamamen bigâne kaldıgı

[1 [1 [1] Stooss, Revue pénale suisse, no. 30, s. 94

[2 [2 [2] Merkel, Revue p. suisse, No.29,S. 15;Masreliez. Recueil des documents,No.11,S.314

779

halde diğeri fakir olduğundan aynı ceza altında ezilmek suretile hâkimin önceden göremeyeceği şekilde fazla ıstırap çekmiş olur. O halde bir suç failine para cezası ile çektirilmek istenilen ıstrap mikdarını hakkı ile tes bit edebilmek için elde yalnız bir vasıta kalıyor : failin iktisadî durumunu gözönünde tutmak. Bu prensibe şu şekilde itiraz edildi: «bu, tamamiyle farklı ve ayrı kalması icabeden iki şeyi birbirine karıştırmak duyor: bir taraftan mevcut suçluluk derecesile ona tekabül eden cezanın öçüsü hakkında bir fikir edinmek, diger taraftan bu cezayı ferdin iktisadî durumuna göre ifade etmek. Ayni zamanda zenginlik suçluluğu artırmak için bir sebep olmadığından cezanın artırılmasını da meşru gösteremez.»

Trebutien de aynı manada «zengin olmakla insan suçlu değildiryal» demişti. Kaide olarak ceza failin suçluluk derecesine tekabül eder. Bununla beraber, evvelcede zikredildigi üzere, cezanın mıkdarı üzerine tesir eden diger âmillerde mevcuttur. Mesela hâkim suçlunun geçmişdeki hainı ve fiili işlemesinde amil olan sebepleri nazarı itibara alabilir. Bu da göteriyorki cezanın azaltılması çoğaltılması her vakit bizzarure suçluluk derecesinin takdidirine taallûk eden bir husus degildir. Bilhassa, failin ikdisadî vaziyetindeki genişlik dolayısiyle hakkında para cezasının artırılması halincede suçluluğun artırılması neticesine varılmamak icabeder. Hatta şunu da ilâve etmek mümkündürki, bu hal cezanın bile artırılması demek degildir, bilâkis ancak bu vasıta ilerdirki ceza veya onun tahrik etmek istedigi ıstırap derecesi ile suçluluk derecesi arasında bir nisbet temin edilmiş olur. Stooss'unda dediği gibi : «para cezasının mıkdarı değil fakat onun temin ettiği ıstrap suçluluğa tekabül etmelidir.»

Bu takdirde servetin menfi bir imtiyaz teşkil edeceği itirazı varit değildir, çünkü hâkim kusur ile onun karşılığı olan ıstırap derecelerini takdir ederken yalınız suçun işlenmesine müteallik şartları ve failin ferdî karakterini, mensup olduğu iştimaî muhiti nazarı itibare alır, yoksa burada failin malî vaziyeti hiçbir rol oynayamaz. Ancak bu şekilde failin suçu ile mütenasip ıstırap derecesi tayin edildikten sonradırki hâkim bu dereceye tekabül eden para cezası meblağını failin malî vaziyetine göre tesbit eder. [1] Görülüyorki ceza ile takip edilen gayeler bakımından para cezasına hükmeken suçlunun iktisadî imkânlarını nazarı itibare almak zarurî bulunmaktadır.

Bu prensibi bütün cezalara has olan «müsavat»esası ile de meşru görmek ve göstermek mümkündür. Zaten para cezasına karşı yükseltilen en esaslı itirazlarban biri, onun fakirlere ve zenginlere çok farklı, adâletsiz şekilde tesir etmesi hususudur. Bir çok hallerde fakir kimse kendisine hükmedilen para cezasının tazyıkı altında ezilir veya bu ceza yerine hürriyetinden mah-

[1] Neumark, La peine d' amende, Revue belge de droit pénal et de Criminologie, 1928-26- S. 946; Stooss, R. pénale suisse, No. 30, S. 94—95

980

rummn olmak suretiyle borcunu hapsen itfaya çalışırken zengin bir kimse aynı cezadan dolayı istirahatinden, huzurundan bile mahrum olmaz, ve hatta bu ceza ile alay eder.[1] Müddeti her ikisi için müsavi hapis cezası hürriyetete ayni kıymeti atfeden fakat ikdisadî bakımdan birbirinden çok farklı olalann kimseler üzerinde aynı neticeleri doğurabilir. Fakat para cezasında meselelee tamamen başkadır. Stooss' la beraber diyebilirizki «biri 500 diğeri 100000000 liraya sahip olan iki kimse paraya aynı kıymeti atfetseler bile 50 liraraanın zıyanını birbirinden çok farklı olarak hissedeceklerdir. Servet vaziyetlerini müsavi olan kimseler üzerinde de para cezası şüphesiz bir bekârdan ziyacadde aile yükü altındaki kimseye tesir edecektir. Halbuki kanun suçlulukları müsavi kimselere aynı şiddetle vurmak suretiyledirki âdil olabir.»

Demek ki cezaî adalet dahi mahkûmun malî imkânlarını nazara almak lüzumunu emretmekdedir. Diğer taraftan gerek kanunun nüfuz ve hâkimiyetetti ve gerek içtimaî nizamın temini bakımından bazı sınıfların diğerlerine nazazzaran tercihli mevkide bulundukları zehabını uyandırmamak zamanımızda gitgitt gide daha ziyade ehemmiyet almaktadır. Hukukî teşkilâtın esasını vücucuda getiren kanun önünde müsavat prensibi ceza sahasında bilhassa mühininmdir. Fakat haddi zatınde bu müsavat, ancak hükmedilen para cezası mınıktarındaki müsavatsızlıkla temin edilebilmektedir. Para cezası zenginleri hahapisten kurtarmak için konulmuş bir imtiyaz vaziyeti arz etmemelidir. NeNeetekim 1851 tarihli Prusya ceza kanunu "aşağı sınıflara mensup servetsizsizz kimselere para cezası hükmedilmemelidir.» Şeklinde bir madde kabul etetmişdi [2].

Bu prensibe başka bir bakımdan şu itiraz ileri sürülmektedir: „eğer papaara cezasının zenginden ziyade fakiri ezdiği kabul edilirse, ayni şekilde hahaapis cezasınında yüksek bir içtimaî muhite mensup kimseyi bir serseriden ziziyyade müteessir ettiğide doğrudur. Birinci şahıs için hapis cezası hem ıstirrap verici vehem de şerefi lekeleyicidir,ikincisi için ise belki yalnız maddîdîî ıstırap verir ve her vakit bu hassası bile yoktur» [3] Diğer tabirle, bütütüün mahkûmiyet şekillerinde, mahkûm tarafından çekilen yük onun şahsiyeyeetine, cezaya karşı gösterdiği hassasiyet derecesine, içtemaî durumuna ve didiliğer bir çok mülâhazalara tâbi olacaktır. O halde mahkûmun yalnız iktisasaadî kabiliyetini ele alarak cezanın bu neticelerini müsavi kılmağa çalışmmnanın ne faydası vardır?! Şüphesizki cezanın ölçülmesî için lüzumlu bütün fefeerdî âmilleri hakiki kıymetlerile takdir etmek çok güçdür. Fakat buna rağmmen hâkime bu âmilleri nazara almak salâhiyetini vermek suretile kanun bbu şartları göz önüne almaktadır. Zaten inkâr edilemez ki cezaya meessir

[1] Frank, Philosophie pénale, S. 156
[2] Schmölder, Die geldstrafe, s. 14.
[3] Magnol, Rapport au congres penitentiaire de Londres, s. 174

781

olması icap eden bu ferdi âmiller arasında büyük hataya düşmeden ölçülmesi en ziyade mümkün olanı iktisadî unsurlardır [1].

Bu izahattan anlaşılıyor ki para cezasının malî vasfı ona mahkûm olanı için mecburen muayyen bir iktisadî fedakârlığı icap ettirmektedir, ve mahkûmun serveti ne olursa olsun ayni vehamet derecesi arzeden suçlarda, mümkün olduğu kadar, bu fedakârlık ayni şekilde kendini hissettirmelidir. «Meslâ küçük bir kabahat için zengin bir şahısa binlerce lira para cezası hükmetmek çok tuhaf olur» diyenlere karşı Thyren «bu zihniyet maddî kefaret prensibine istinat etmektedir ki bu, cezayı suçlunun iradesi üzerindeki tesirine göre değilde maddî zararın ehemmiyetine göre tesbit etmekdir ve artık ceza hukukunun eskimiş itibardan düşmüş bir prensibidir.» demektedir. O halde gerek zengin ve gerek fakirin serveti o şekilde azaltılacakdır ki, her ikiside, suçlulukları musavi olduğundan, iktisadî mahrumiyeti ayni şiddette hissedeceklerdir. Bu gaye ise ancak mahrumiyetin her ikisinin servetine nisbet edilmesi ile temin edilebilir.

Seidler'in tasrih ettiği gibi «cezanın şahsileştirilmesi prensibi suçlulukta müsavat halinde cezanın da maddî musavatını değil fakat doğurduğu ıstırabın derunî, enfüsî tesirlerinin müsavatını istilzam eder.» Bu fedakârlıkta müsavat prensibi, diğer bir tâbirle, suçlulukta müsavat halinde ıstırapta da müsavat prensibidir.

Bunula beraber, şunu da ilâve etmek lâzımdır ki hâkimden bütün hallerde cezanın tesirini mutlak şikilde müsavileştirmesini isteyemeyiz. Meselâ eğer bir kişi ödeyeceği hatta küçük bir meblâğla bir müddet için sefalete düşecekse aynı suçlulukla mâlul bir zengini de aynı şekilde sefalete düşürmek istemek bir az fazla olur. Şüphesiz ki para cezasının gayesi servet farklarını ortadan kaldırarak içtimaî inkilâp yapmak değildir. Esas olan hâkimin para cezasını o şekilde tâyin etmesidir ki neticede fakir için çok ağır ve zengin icin tesirsiz, kifayetsiz olmasın.

Diğer bir mülâhaza bizi yine para cezasını suçlulun malî kudretile mütenasip kılmağa sevk ediyor, ki oda cezanın infazı hususudur. Filhakika infazın ehemmiyeti çok büyüktür, çünkü ancak infaz sayesindedir ki ceza müessir bir himaye vasıtası olarak kalır. Para cezasında ayni hal daha ziyade kendini gösterir. Mahkâmun malî kabiliyetini nazara almıyan para cezalarında zengin bu cezaya karşı lâkayıt kalacağı gibi fakir de ödiyemiyeceğinden emindir.

II — Suçlunun mali kudreti nisbetinde para cezasını artırmayı tazammun eden ve 1 numarada izah ettiğimiz prensibin Stooss tarafından teklif edilüp İsviçre ceza kanununun ön tasarında yer bulan bir mukabil pren-

[1] Bentham, Théorie des peines et des récompeses. s. 381

472

sibi vardır. Adı geçen ön tasar 36 ıncı maddesinde şu hükmü itiva etmekde idi: «Kendinin ve ailesinin en lüzumlu ihtiyaçlarını tahdit etmeden ödiyemiyeceği bir para cezasına kimse mahkûm edilmemelidir.» Projenin müellifi olan Stooss üç nevi ihtiyaç tesbit etmektedir:

a) tatmini hayat ve sıhhat için zaruri olan ihtiyaçlar (Besleme, giyinme, oturma ihtiyaçları)

b) İnsana faideli olan veya onun hayat seviyesini yükselten her türlü kültür ihtiyaçları,

c) Lükse mütaallik ihtiyaçlar.

Zengin bir şahsı ancak ikinci veya üçüncü nevi ihtiyaçlarının tatmini hususunda müteessir edecek olan fakat haddi zatınde meblâğ bakımından yüksek bulunan bir para cezasından; fakir kimseyi küçük bile olsa birinci nevi ihtiyaçlarının tatmininde zarurete sokacak mahiyette bir para cezası daha şiddetli ceza olarak kabul edilmek icabeder. Filhakika zengin bir şahıs yaşayış tarzını mühim derecede değiştirmeden veva muhtemelen meselâ bir eğlence vasıtasından sarf nazar etmek yahut kendisine kâr temin edebilecek bir teşebbüsten vazgeçmek suretile mahkûm olduğu cezayı her vakit ödeyebilir. Onun bu gibi hallerde zarurete düşmesi bahis mevzuu olamaz, meğer ki hükmolunan ceza bir müsadere mahiyetinde ola, veya kendi malî vaziyeti cezasının hükmedilmesinden sonra ehemmiyetli şekilde sarsılmış buluna. Buna mukabil hayatını ancak kazanabilen ve fazla olarak bir aile besleyen şahıs objektif bakımdan küçük bile olsa kendi ödeme kudretini aşan bir ceza ile çok ağır şekilde yük altına girmiş olur. Böyle bir halde bu şahıs ya sefalete düşecektir, ki bu cezanın gayesi olamaz, veyahutta ödiyemediği için ekseri ahvalde cezasını hapisle çekmiş olacaktır. Halbuki ona para cezası hükmetmekle hâkim esasen hapis cezasına lüzum görmemiş demektir. O halde hâkimin suçlunun ve bilhassa fakir kimselerin yaşama vasıtalarını göz önüne alması ve tecziye sistemini tesirsiz kılmamak kaygusile yüksek para cezası hükmetmek lüzumu gibi bir mülâhazaya kapılmaması icabeder. Meselâ bir işci için hatta küçük bir meblâğdan mahrumiyet kâfi ve müessir bir ceza teşkil edebilir. Çünkü o ödiyeceği bu meblâğı telâfi edebilmek için ya daha kesif ve yorucu bir şkilde çalışacak ve yahutta zaten dar olan yaşama vasıtalarını o nisbette tahdit edecektir.

Ekseriya hâkim, suçlunun hiç veya büyük mahrumiyetlere uğramadan ödeyemiyecegini bildiği para cezalarına hükmeder. Eğer bu halde suçlu cezasını ödeyemezse kusur kimin olacaktır? Ya kanunun veya elindeki salâhiyete rağmen lûzumundan fazlasına hükmeden hâkimin. Ve bu kusur yüzünden suçlu cezasının hapse çevirildiğini görecektir. O halde açıktir ki mahkûmun kendi geçimi için kati ihtiyacı olduğu şeyler onun elinden alınmama-

783

lıdır. Yalnız insaniyet düşüncesi değil adalette bunu istilzam eder. Çünkü kendisinin kati ihtiyacı bulunduğu şeyden mahrum olan kimse aynı cezaya mahkûm olan diğer şahıslardan çok daha fazla ıstırap çekmiş olacaktır.

Fakat bu mülâhazalar acaba hâkimi, kendisine para cezasına veya hapse hükmetmek salâhiyeti tanınan yerlerde, para cezası kâfi gelse bile ekseriyetle hapis cezası vermeğe sevk etmez mi? Halbuki dilenciler, serseriler, çalışmağa iktidarı olmıyan fakir kimseler—ki bunlar hakkında cezaî bakımdan başka tetbirler almak icabeder.—müstesna olmak üzere herkesin az çok bir serveti veya bir geliri mevcut olduğu kabul edilebilir. Favkalâde zamanlardan sarfınazar, insan daima bu gelirin ufak bile olsa bir kısmını ayırmak imkânına maliktir. İktisadî buhranların en hat devirlerinde her vakıt şikâyet halinde bulunan işçilerin gündeliklerinden bile indirildiği ve bu halin onları mecburî olarak sefalete sürüklemediği görülmüştür. Zemanımızda fiyatlar tasavvurun fevkında yükselmiş bulunduğu halde bile yine herkes az çok geçinebilmektedir. Demak ki normal zamanlarda kazanılan gelirden daima bir parçasını tasarruf etmek mümkündür. O halde herkes için iktisadî durumuna uygun bir para cezası vermek daima kabildir. Eğer suçlu tasarruf etmesini bilmiyorsa para cezası onu buna mecbur edecek ve böylece faideli olacaktır.

O halde bir kimseyi sırf fakir olduğu için para cezası yerine hüriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm etmek büyük bir adaletsizlik ve müsavat prensibinde aykırılık olacaktır. Demek ki hâkim ancak suçlunun ödeyebileceği cezaya hükmedecektir. Meblağ küçük bile olsa eğer suçlu üzerinde aranan tesiri hasıl edebilecek küdrette ise maksat temin edilmiş olur.

Bu prensibe itiraz edilerek dendiki «Bu, daha ziyade fakirleri cezadan kurtarmak oluyur». Halbuki hakikatta aranan şey müsavat ve adalet prensiplerinden ayrılan müfrit cezalardan kurunmaktır. Keza «ayni prensip neden hürriyeti bağlayıcı cezalara da tatbik edilmiyor.» dendi. Halbuki mesele bu bahisde güçlükle kavranabilir. Çünkü esasen Devlet hapse mahkûm olan kimselerin iaşe ve meskenini temin etmektedir. O halde para cezası mahkûmları için bu imkânlar neden bırakılmasın? Evet hapis cezası mahkûm yanında onun ailesi efradını, yani masum kimseleri de ıstıraba sevk etmektedir. Fakat bu, cezanın önüne geçilmesi icabeden acı taraflarıdır. Para cezası mahkûmlarına da bu hal teşmil etmiye her hangi bir lüzum olmasa gerektir. Zaten modern ceza hukuku cezanın mümkün olduğu kadar ferdi ve şahsi olmasını yani masum kimseleri de muztarip etmemesini gaye edinmiştir. Para cezalarında da bu gayeyi temin etmek izah ettiğimiz şekilde mümkün görünmektedir.

III — Yukarıda zikir edilen iki prensip yani mahkûmun malî kutreti arttıkça para cezası miktarını da artırmak ve makhûmu tatminine mecbur

olduğu en lüzumlu ihtiyaçlarından mahrum etmemek prensibinin gözden geçirmege değer tabii bir neticesi vardır: Mümkündür ki hüküm verildikten ceza infaz edilinceye kadar geçen zaman zarfında mahkûmum malî kudretinde, kendi hatası olmaksızın, hissolunur bir zaiflik vücüde gelmiş olsun. Mahkûmun meselâ servetini, memuriyetini veya işini kayıp etmiş olması ihtimalı düşünülebilir. Keza hastalık veya aileden birinin ölümü büyük iktisadî küclükler doğura bilir. Para cezası ise mahkûmün evvelki parlak iktisadî durumuna göre tesbit edilmiş olduğu için bu değişiklik hâkimin önceden göremiyeceği derecede yüksek bir yük olur. Bu gibi halde ayni cezanın ipkası mahkûme hak etmediği mahrumiyetler yükliyeceğinden hükmün yeni duruma uygun bir şekilde değiştirilmesi zaruri olur? [1] Bu imkân İsviçre ceza kanunu projelerinde 1915 e kadar muhafaza edilmişti, fakat tatbikındaki güçlükler yüzünden sonradan kanun metnine idhal edilmedi. İnkâr edilemez ki böyle bir prensibin kabulü halinde hâkimi iktisadî durumlarının fenalaştığı kanaatını taşıyanların veya suiniyet sahibi kimselerin mütemadî müracaatlar karşısında bırakmak vaziyeti hasıl olacaktır. Her ne kadar idarî makamların icap eden değişikliği yapması teklif edilmişse de, cezanın ölçüsünü tâyin etmek münhasıran hâkimin salâhiyeti dahilinde olduğuna göre idarî makamlara bu hakkı tanımak mümkün görülmemiştir.

§ 2 — Mahkûmun iktisadî durumunu gözönünde tutarak para cezasına hükmedilmesi prensibini tahakkuk ettirmek için teklif olunan sistemler.

Para cezasını mahkûmun servetine nisbet etmeyi hedef tutan Flangierinin teklifi umumiyetle reddedilmiştir. Çünkü o vakıt bu, servetin bir kısmını musadere etmekten başka bir şey olmazdı. Bu sebeple ekseri ceza âlimleri bu hususta suçlunun iradını esas tutmak istemektedirler. Bu, doğru ve güdülen gayeye uygundur. Çünkü, Dilenci ve serseri güruhundan sarfnazar, hemen herkesin az veya çok bir geliri veya kazancı vardır. Fakat suçlunun iktisadî imkânlarını ölçmek için iradı ele almak kâfimi dir. Bu hususta rol oynayacak başka unsurlar yok mudur, ve ne şekilde ne ölçüde rol oyniyabilirler? Bunlara cacap verebilmek için teklif edilen muhtelif sistemleri gözden geçirelim.

I — Evvelâ münhasıran irat üzerine istinat eden sistemleri tetkik edelim. 1890 da Christiana da toplanan milletler arası ceza hukuku birliği konğresinde Von Liszt para cezasını kanunen tâyin edilen nisbet dahilinde iradın muayyen bir yüzdesi olarak tesbit etmeyi ileri sürmüştü. Her

[1]kroneker, bulletin de l'unon internatinal de Droit Pénal, No. 21 S. 185; Neu mark, a. g. e. s. 952; Schmölder, a. g. e. s. 19; Stooss, Revue pénale Suisse, no 29, S. 14; Goldschmidt, Die geldstrafen, Vergleichende Darstellung, Cild IV ,S. 405.

785

nevi irat için para cezasının ödenebilecek yüzde nisbetini kanun tâyin edecek ve bu hususda da vasıtasız vergiler esas tutulacaktı. Buna göre kaç sınıf gelir varsa o kadar da para cezası sınıfı bulunacaktı. Konğre bu teklifi «Modern Maliye hesaplarının karışıklığına iştirak etmekte ceza hukuku için kazanılacak hiç bir şey yoktur.» diyerek red etti.

İsviçre ceza kanunu ilk projesini hazırlıyan krofesör Carl Stooss da evvela müteaddit irad sınıfını kabul ediyordu. Senevi geliri a) 1200 fıranka kadar olanlar, b) 1200—5000, c) 5000—10000 d)10000 üstünde olanlar diye taksim etmişti. Ve «İsviçredeki yaşayış tarzının basitliği bakımından hâkim bir suçlunun bu sınıflarından hangisine ait olduğunu tâyin de zorluga uğramiyacaktır.» diyordu. Her sınıf için günlük bir gelir tesbit edilecek ve bu miktar veya bunun bir kaç misli ceza olarak hükmedilecekti. Meselâ birinci sınıf için 1—3 fırank,ikinci için 1—10 fırank,..ilah [1]

1918 de fıransız millet meclisine (Vivani, Painlevé) gibi bazı mebuslar tarafından yapılan teklifte aynı ğayeyi güdüyordu. Bu sistem münhasıran gelir üzerine konan vergiyi esas olarak alıyaordu.

Hâkim evvelâ suçlunun servet vaziyatini nazara almadan para cezasına hükmedecek ve hüküm vasıtasız vergiler kontrolörlüğüne bildirilecek ve o makam da suçlunun vergiye tâbi bir kimse olup olmadığını tetkik ettikten sonra müsbet halde her 300 frank gelir için hükmedilen cezanın 1/10 u ve 3000 den 8000 kadar olan gelirlilere de birinci sınıftan elde edilen neticenin her 3000 frank için 1/10... İlah. İlâve edilecekti. Fakat bu teklif de reddedildi.

Gelir üzerine vergiyi esas alan sistemler ancak pek az bir halk tabakasına hitap edebilirler, çünkü bu verginin konması için bir ferdin evvelâ kanunen muayyen asgarî gelire sahip olması icap ettiği gibi vergilere ait beyannamelerde yapılan iltizamî hatalar ve saklamalar dolayısile elde sağlam bir esas kalmamaktadır. Ve nihayet bir çok memleketlerde ancak aile reisleri ve meselâ Fransada, kendisinden ayrı yaşayan karısı için bile, koca verğiye muhatap olmakta ve fakir kimseler umumiyetle bu verğiyi vermemektedirler. Matematik bir şekilde gelir üzerine istinat eden bu sistemler gelirin miktarını kati olarak tespit imkânsızlığı ile karşılaşmaktadırlar. Diğer taraftan her ferdin iktisadî durumunda rol oynıyan diğer bir çok âmiller vardır ki oda nazarı itibara alınmamaktadır.

II— Şimdi gelir yanında suçlunun iktisadî durumuna müessir olabilecek diğer âmilleri de esas tutan sistemleri görelim.

Thyren'nin işaret ettiği gibi vergi yolile elde edilen gelir miktarını nazarı itibara almak hem yanlış ve hem de kifayetsizdir. Filhakika sermayenin

[1] Revue pénale Suisse, no. 24, S. 263

geli ile çalışmanın geliri, şehirlilerle köylülerin vaziyetleri arasında büyük farklar vardır. Para cezasını mamelek veya gelirle değil, tâyini mümkün olduğu derecece, suçlunun hakiki iktisadî kaynakları ve ödeme kabiliyetile mütenasip bir hale getirmek icabeder. Diğer taraftan vergiden elde edilen malumatı mühim miktarda değiştiren ve hesaba katılması icap eden meselâ mahkûmun ve kendisine tâbi ve bağlı bulunan şahısların sıhhi durumu, bir aile veya akrabaları geçindirmek zarureti, çocuklarının terbiyesi... Ve sair gibi sebepler mevcuttur. Bu mülâhazaları göz önüne alan Schmölder şu teklifi yapmaktadır:[1]

«Hangi suçlu olursa olsun evvel emirde fiilin vehamet derecesi para cezasının miktarını tâyinde esas olmalıdır. Diğer taraftan bu şekilde elde edilen ceza miktarını hâkim ancak suçlunun iktisadî durumunu orta sınıf halkın üstünde gördüğü takt rde artırmalıdır; bunu tâyin etmek hâkimin iktidarı dahilindedir, ve meselâ orta sınıf halkın gelirini 3000 mark olarak tespit edersek bundan fazla geliri olanlar o sınıftan çıkıyorlar demektir» diyor. Para cezasile hapsin (Alternatif) mütefavit olarak verilebileceği suçlarda ve alelumum cünhalarda hâkimin âzamî bir hadle bağlı olmaksızın mahkûmun iktisadî durumunun parlaklığına göre bu cezayı artırmasını kabul ediyor ve yalnız kabahatlerde âzamî hâdde lûzum bularak diyor ki «Çünkü kabahatlarde para cezesı ancak bir ihtar mahiyetindedir.» Bu müellife göre suçlu kendi malî kudreti hakkında istenen bütün malûmatı ekseri ahvalde memnuniyetle verir, çünkü ancak bu suretle hapis cezasından kurtulur. Bu teklife göre meselâ 3000 marka kadar yıllık geliri olan herkes suçluluk derecesine göre aynı şekilde muamele görecektir. Şu halde 1000 markık bir gelirle 3000 marklık gelirli kimseler arasında fark olmıyacaktır. Halbuki az servet sahibi olan kimseler arasında bir kaçyüz markın bile pek büyük ehemmiyeti vardır ve bundan mahrumiyet kendini büyük bir şiddetle hissettirebilir. Bu itibarla bu teklifde müsavat prensibini pek gözetmemektedir.

Seidler'in bu hususda yaptığı teklifler gerçekliğe daha uygun gözükmektedir. Malî prensiplerden ilham alan bu mühellif diyorki:

a) Mütezayit vergi prensibi burda da tatbik edilmelidir. Fedakârlıkta müsavat (Opfergleichheit) fikrinden hareket eden müellif hükmedilen cezanın suçlunun iktisadî imkânlarına tekabül etmesini ve aynı suçluluk derecesi arzeden mahkûmlar nezdinde ayni sübjektif tesirlerin hasul bulmasını istemektedir. Gelir ne kadar yüksek olursa mahkûmun zaruri ihtiyaçları için lûzumlu miktarı karşılamak üzere bu gelirin o nibette küçük bir kısmının kâfi geleceği hadis sinden para cezasının mütezayit olması lüzumunu çıkarmaktadır.

[1] adı geçen eser, s. 16/17

782

b) Sermayenin geliri iş gelirinden daha fazla mütahammil olduğu düşünülerek gelirin kaynağı da gözönünde tutulmalıdır.

c) Suçlunun şahsî münasebetleri (çocukların adedi, aile efradının sıhhî durumu) ve geçim vaziyeti nazarı itibara alınmalıdır.

Bu teklifleri bir çok hakikatları ihtiva ettiği inkâr edilemez, fakat kanun vazıları böyle sert ve kati kaideleri kanunlara koymaktan çekinmişlerdir. Çünkü modern iktisadî hayat o kadar karışıktır ki bir şahsın malî kudretine tesir edebilecek bütün âmilleri birer birer önceden görmeye imkân yoktur. Mağnol 1925 de Londrada toplanan Milletler arası Ceza kongresinde bu fikirleri şu şekilde ifade etmişti: [1] "Hakikatta tanımalıdır ki, pratik olarak para cezası miktarını kati bir doğrulukla ve isabetle mahkûmun iktisadî iktidarına göre hesaplamak iddiasında bulunamayız. Fakat bu kadar iddiacı olmaya ve hâkimi böyle sert hükümlerle bağlamaya lüzum kalmaksızın şunu söyliyebiliriz ki hâkim para cezasını tesbit ederken âdil bir şekilde mahkûmun mükellefiyetlerini, masraflarını ve ödeme imkânlarını nazara almalıdır."

Böylece bir çok ceza kanunları bu prensibin neticesi olmak üzere şu formülü kabul etmişlerdir: "Hâkim suçlunun malî durumunu ve bu duruma tesir eden diğer âmilleri tetkik edip nazarı itibara aldıktan sonra para cezasının miktarını tâyin eder".

1902 tarihli Norveç, Rus (1922), İspanyol (1928) Ceza kanunları; 1909, 1913, 1925 ve 1927 tarihli Alman projeleri ve nihayet Finlâdiya (1921),Danimarka (1930), İtalyan (1930), Polonya (1932), ve İsveç (1931) ve en nihayıt 1937 tarihli İsviçre ceza kanunları bu anlayışı hususi maddelerle kabul etmiş ve benimsemişlerdir.

(Modern kanunların ekserisi tarafından kabul edilmiş olan bu sisteme « basit sistem» diyeceğiz, böylece aşağıda izah edeceğimiz günlük para cezası sistemile mukayese etmemiz mümkûn olacaktır.)

III — Sonuncu olarak mahkûmun: 1) suçluluk derecesine düşen hisse ile 2) iktisadî kudretine düşen hisseyi bir birinden tamamile ayırtetmek isteyen teklifleri inceleyeceğiz.

22 inci Alman hukukçular kongresine arzedilen Friedmamm projesi para cezasına esas olarak evvelâ hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmetmeyi ve sonra bunu para cezasına çevirmeyi teklif ediyor. [2] F. a göre para cezası aslî ceza olarak haklarında yine kısa müddetli hapis cezaları da derpiş edilebilen fiillere karşı uyğun bir cezadır. «O halde evvelâ bu hapsin müddetini tâyin edip kanunen tespit edilecek bir ölçüye göre sonra bunu para ceza-

[1] Rapport, S.172

[2] Actes du Congrès de Budapest, s. 163

sına çevirmek daha makuldur.» diyor. Bu ölçü sabit değil her suçlunun iktisadî kudretine göre değişik olacaktır. Hapis cezası mahkûmun suçluluk derecesi ve cezanın tâyinine esas olan diğer âmiller nazara alınarak tesbit edilecek ve para cezasına çevirmek için kanunen muayyen hudut dahilinde faraza her hapis günü 3 — 10 lira hesap edilecektir. Fakat hakikatta en zengin kimselerde bile para cezasının müessir olabilmesi için bir günlük hapsin mukabilini hangi meblâğa kadar yükselmek mümkündür?! F. bu-un için 1000 mark teklif etmişti. Böylece ödenmeyen para cezalerının hapse çevrilmesi ve mevkuf geçen müddetlerin mahsubu meselesi kendiliğinden halledilmiş olacaktı.

Fakat pratikte bu sistemi takkuk ettirmek çok zordur. Sonra bu, hürriyeti bağlayıc cezalarla para cezası arasında bulunması icap eden ve suç politikasının çok hürmet ettiği farkı(Antithèse)i ortadan kaldırmaktadır. Filhakika bu sistemin neticesi para cezasının tatbik sahasını azaltmak olabilir. Çünkü bir çok hallerde hâkim ilk önce tesbit ettiği hürriyeti bağlayıcı cezayı para cezasına çevirmeksizin olduğu ğibi muhafaza etmeyi daha pratik ve kolay bulabilir.

Şimdi ilk defa olarak Lund Ünveristesi profesörlerinden Thyren tarafından hazırlanan 1916 tarihli İsveç ceza kanunu ön tasarında yer bulan ve sonra 1921 tarihli Finlândiya ve 1931 tarihli İsveç kanunlarına giren (Jour-amende, Tages-Busse) ***günlük para cezası*** sistemini tetkik edelim.

Bu Sistemde iki ameliyeyi bir birinden ayırmak lâzımdır:

1 — Mahkûmun suçluluk derecesine tekabül etmek üzere gün olarak ifade edilen vahit adedinin tâyni.

2 — Münhasırın mahkûmun iktisadî vaziyetine bağlı kalmak üzere her vahit kıymetinin takdir ve tâyini.

Bu hale nazaran meselâ birbirini dövmekten maznun iki şahısı muhakeme etmek mevkiinde olan hâkim para cezasına hükmetmek isterse bunların her birini, suçlulukları nisbetinde, şu kadar günlük para cezasına mahkûm edecektir. Bilfarz birini 5 ve diğerini 10 günlük. İkinci ameliye olmak üzere vahit olarak aldığımız bir günlük para cezasının her bir mahkûm için kıymetini tâyin etmek kalıyorki bu hususta yalnız mahkûmun iktisadî durumu esas alınacaktır. Birinci şahıs için bir günlük 10 ve diğeri için 2 lira ise neticede birincisi 50 ve ikincisi 20 lira ödiyecek demekdir.

Elimizdeki bu vahit bir günlük gelirden üstün veya daha aşağı olabilir, mademki hâkim suçlunun malî durumuna müessir olan bütün amilleri nazarı itibare almak zorundadır. Bu nokta üzerinde lüzumlu bilgileri ver-

789

mek evvelâ müdabile sonra iddia makamına düşen bir vazifedir. Mahkeme de tamamlayıcı tahkikat yaptırabildiği gibi bir ehli vukuf veya bu işle meşgul olmak üzere muayyen bir kimseyi memurda tâyin edebilir. Maliye dairelerinden ve keza işçiler için patronlarından lâzumlu bilgileri almkta mümkündür.

Yüksek Mahkemenin muhalif reyine ragmen bu sistem Finlândiya tarafından kabul edilmiştir. 1921 tarihli Finlândiya kanunu tasarını hazırlayan Profesör Serlachius bu sistemin tervici için şöyle diyordu: « Bövlece bir taraftan filin vehamet derecesi ve diger taraftan failin mâli kudreti hükümde bir birinden sarih surete ayrı olarak belirmektedir. Aynı zamanda günlük para cezasının vahit adedile ifade edilen suçun vahamet derecesine ait hâkim tarafından yapılan takdirin suça uygunluğunu kimse münakaşa edemez. Fakat mahkûmun malî kudretinin hesabında iş tamamen değişir. Bu kısım için hükme esas olan mülâhazalar her hangi bir kimse tarafından tahkik edilebilir. Bu ise para cezasının müessiriyetini temin eden bir husus olur. Hâkim tarafından kendi ödeme kudretinin tesbiti hususunda yapılan hesapları mahkûm kontrol edebildiği gibi mümasil bir hadisede her hangi bir kimsede ne kadar para ödemek zorunda kalacağını tahmin edebilir.« [1] »

Magnol bu sisteme karşı şu itirazları dermeyan etmiştir.

« Para cezasının bu şekilde tanzimi hem mâhir ve hem de cazipetir. Prensip bakımından doğru olan bu sistemin esası bulunan mahkûmun ödeme kabiliyetini tesbit hususu o kadar büyük pratik güçlüklerle karşılaşmak tadir ki bunu müsbet hukukun kati bir kaidesi olarak kabule imkân yoktur. Filhakıka az bile olsa vahit olarak ele alınan meblağın yanlış tesbit edilmesi halinde bunun teksiri suretiile ne gibi adâletsizliklere varılacağını düşünmek kabildir.[2] » Bu müşkülât İsveç Adliye Vekilinin Meclise arz ettiği esbabı mucibede de tanınmıştır. « İnkâr etmek istemiyorum ki bu sisteme tevcih edilen ve bilhassa onun prensibindeki sertliği ve tatbikindeki zorluğu ifade eden itirazlardan bazıları bir hakikat hissesi taşımaktadırlar. Bunlar nazarı itibara alınmalı ve tatbikatın mümkün olduğu kadar mutedil olması için elden geleni yapmalıdır.[3]

IV — Muhtelif teklifleri tetkikten sonra basit sistemle günlük para cezası sistemi arasında bir mukayese yapalım.

İnkâr edilemez ki basit sistemde hâkim gerek şahsa ve gerek mâla müteallik bütün unsurları nazarı itibara alarak şu veya bu kaide ile sıkı şekilde bağlı kalmaksızın hareket edebilir, ve böylece ilmi bir görünüş taşıyan fakat sertlikleri dolaysile adaletsizliklere yol açması mümkün görünen

[1] Recueil des document en matiere penale et pénitentiaire. No 1, s. 247—248
[2] Actes du congrès de Londres, cild II, S. 174
[3] Masreliez, Recueil des documens, No. II, S. 319—320

diğer sistemlerin tatbikattaki güçlüklerini bertaraf etmek mümkün olur. Fakat basit sistemde fakirin ezilmesine mâni ve zengine müessir olacak şekilde mahkûmun iktisadî durumunun nazarı itibara alınabileceğini kati olarak temin etmek güçtür. Bu bakımdan prensip itibarile günlük para cezası sistemi daha uygun gözükmektedir. Tatbikında temin edilecek bazı yumuşaklıklar neticesinde para cezası hususunda beklenen bir çok islahatı tahakuk ettirmek mümkün olacaktır.

Günlük para cezası sisteminin basit sisteme göre üstünlükleri aşağıdaki şekilde izah edilmektedir. [1]

A — Evvelâ bu sistemin mahkûmun suçluluk derecesine ve malî durumuna takabül eden hisseleri bir birinden ayırmak suretile tamamile makul bir yol tuttuğu inkâr edilemez. Ödenmemiş para cezasının hapse çevrilmesi bahis mevzuu olduğu vakıt nazarı itibara alınacak husus yalnız mahkûmun suçluluk derecesine takabül eden hisse yani vahit olarak aldığımız günlük para cezasının adedidir. Basit sistemle tâyin edilen para cezası miktarının böyle bir çevrilmede esas olarak alınması adalete hiç uygun olmıyan bir keyfiyettir. Çünkü bu meblâğın tâyininde mahkûmun fakir veya zengin olması büyük bir rol oynamıştır. Bir birini tokatlamış olan iki şahsın, suçluluk dereceleri müsavi fakat servetleri farklı olmasından, birinin 10 ve diğerinin 100 liraya mahkûm olduğunu tasavvur edelim. Her ikisinin de her hangi bir sebeple cezaları ödiyemedikleri taktirde bir gün bir lira hesap edilerek birinin 10 ve diğerinin 100 gün hapis cezası çekmesi icap edecektir. Buradaki adâletsizlik açıktır. Bu vaziyet günlük para cezası sisteminde ğayet muvafık ve pratik şekilde hal edilmiştir. Çünkü burada nihaî meblâğ değil fakat günlüklerin adedi ele alınaçaktir ki buda her iki suçlu için müsavidir.

Basit sistemde bu adâletsizliğe düşmeden ödeme imkânsızlığının zuhûru halinde cezanın hapse çevirilmesi için mahkemeden yeni bir karar almak mümkündür. Fakat hakikatta para cezası miktarını bu şekilde elde edilecek hapis müddetine taksim edecek olursak çıkan adet, bir dereceye kadar, günlük para cezası sistemindeki vahide tekabül etmiyecekmi dir? Mademki her iki sistem netice itibarile ayni noktada birleşmektedirler, o halde daha ilmî ve aklî olan günlük para cezasını kabul etmek müreccah değilmidir?

B — Bu iki sistemin tatbikatta doğurduğu güçlükler hususunda evvelce zikirettiğimiz İsveç Adliye vekilinin mucip sebeplerini hatırlatalım: «Suçlunun Malî kudretini tâyin hususunda yapılacak tahkikatın çok geniş bir veçhe almasından ve böylece vakıt kaybının zaruri olmasından korkulmak-

[1] Hakkı Uma, La règlementation de l'amende pénale, S. 50—53

791

tadır. Ve bu bakımdan basit sistem âdil bir karar istihsali için geniş bir serbestlik vermek suretile daha mülâyim görünmektedir. Fakat eğer hakikaten âdil bir cezaya hükmedilmek isteniyorsa mahkemenin lûzumlu bilgilere sahip olacak şekilde tahkikatı genişletmesi icap eder. Bununla beraber basit sisteme karşı da suçlunun mâlî kudretinin nazarı itibare alınmasını kati bir teminata bağlıyamaz itirazını dermeyan etmek mümkündür.»

Fakat itiraf etmelidir ki günlük para cezasile hâkimin elinde her hale uygun gelen cezayı verebilmek için daha emin ve daha sarih bir ölçü bulunacaktır. Ayni derecede suçlu iki şahsı ele alalım, hâkimin her ikisini de ayni cezaya çarptırdığını farzedelim. Ceza, müsavi olmakla beraber, her ikisine de uygun mudur? Bir şahsın suçluluk derecesile malî kudreti yekdigerile hiç ilgisi olmıyan çok farklı unsurlar olduğuna göre bunları bir birinden ayırtetmeksizin her ikisini de göz önünde tutarak muvafık bir hüküm vermek hâkim için çok zor olur. Mütaaddit şahıslar mahkemeye çıkınca hâkimin onların malî durumları arasında bir mükayese yaparak cezayı az çok tevzin etmesi mümkündür. Fakat maznun tek olursa hâkim hangi ölçü ile hükmünü bir taraftan suçluluk ve diğer taraftan malî kudret mefhumlarına istinat ettirecektir? Basit usulda hâkimi umumiyetle sağ duyusundan başka bir şey sevk edemiyecektir.

M. Arvelo diyorki: «Günlük para cezası sisteminin pıratik olarak yöneldiği gayelere ulaşabilip ulaşamıyacağını kendi kendilerine soran Finlandiya hâkimleri evvelâ çok şaşkın bir halde idiler. Mahkeme işlerinin de mühim miktarda çoğalmasından korkuluyordu. Fakat hali hazırda meselee artık münakaşa mevzuu olmaktan çıkmıştır. Bu, yeni sistemin hiç bir zorluğa rastlamadığından mıdır? Muhakkak olan bir şey varsa o da mücrimiyetee karşı mücadelede ve içtimaî emniyet için bu sisteme göre verilen cezanınn eski sistemlere göre verilen cezalara nisbetle çok üstün bir vasıta olduğunda herkesin birleşmiş bulunmasıdır.»

C— Basit sistemde şu tehlike vardır ki halkın gözünde umumiyetle paraa cezasının mıktarı mahkûmun suçluluk derecesini ifade eder, ve binneticee buu meblağ ne kadar yüksek olursa mahkûm da o kadar suçlu addolunur. Biri fakir ve biri zengin iki şahısdan suçluluk derecesi daha aşagı olmaklaa beraber zegini belki daha yüksek bir para cezsına çarptırılacaktır. Bu vaziyett cezaların Objektif olması hususunda halkı terddüdde sevk edebilir. Halbukki günlük para cezasında mahkûmn suçluluk derecesi sarih olark gözükmektedir.

D—Vahit olarak ele alınan kısımda yapılacak bir hata, neticede büyükk adaletsizlikler dogurabilir diye bu sisdeme itiraz olunmaktadır. Fakaf ekseriri ahvelde zengin şahısların servetlerinin hakiki mıktarını saklamak hususudaa

gösterdikleri maharet ve verdikleri vergilerin tekabül ettiği servetin umumiyetle hakiki servetlerinin dûnunda oldugu düşünülürse bu tehlikenin pek kokorkulacak bir şey olmadığı anlaşılır.

Asıl büyük halk tabakasının ise malî durumunu tayin etmek o kadar güç bir şey degildir. Bu hususda yapılacak hatalalarda zaten pek küçük olacaktır. Esasen zenginlerin mütezayit vergi sisteminde olduğu gibi daha fazla nisbette cezaya çarptırılmaları fedâkarlıkta müsavat prensibinin bir neticesidir.

Diğer taraftan her vahidin kıymeti suçlunun huzurunda tayîn edilecektir. Hatta bu kısım için gizli celse yapmak suretile suçlunun malî durumunu halkın mütecessis nazarlarındau saklamakta mümkündür. Buda diğer sisteme nazaran bir üstünlük temin eder. Keza mahkûma malî kudretinin takdiri cihetini ikinci bir mercide tetkik ettirmek ve hâkimin esbabı mucibeye müsdeniden verecegi kararı böylece yeni bir tetkika tâbi tutmak mümkündür.

Aynı zamanda hâkim vereceği hükümde serbest olduğu için neticeten cezanın pek ağır olduğunu görürse her günlüğün kıymetinde muvafık indirmeyi de yapabilir.

E — Bu sistem her suç için cezanın âzamî haddinin tâyini ve cezaların ferdileştirilmesi klâsik prensiplerini birleştirebilmektedir. Filhakika suçlar için vahit—Günlük adedini tâyin edip bu günlüklere takdir edilecek kıymeti mahkûmun geliri, sermayesi, ailesi efradınrn adedî, yaşı, mesleki nazarı itîbara alınmak üzere hâkimin takdirine göre gayri muayyen bırakmak suretile para cezasına konulan âzami hadlerin doğurduğu mahzurları önlemek mümkün olacaktır. Finlândiya kanunu her nevi suç için 1 — 300 vahit kabul etmiştir. Fakat kabahatler için ayrı had kabul etmek te mümkündür.

V — Münakaşa ettiğimiz bu iki sisteme birer misal olarak İsveç ve İsviçre Ceza kanunlarını gözden geçirelim.

A) İsviçre ceza kanununun 48 inci maddesinde «hâkim para cezasının mıkdarını suçlunun durumuna göre o şekilde tesbit edecekdir ki bu sonuncu tarafından uğranılacak zarar kendisinin suçluluk derecesine tekabül etsin. Suçlunun durumunu takdir için hâkim ezcümle şu unsurları nazara alacaktır: Suçlunun irat ve sermayesi, medenî hali ve ailevî mükellefiyetleri, mesleği ve meslekî kazançları, yaşır ve sıhhî durumu.»

Burada uğranılacak zararın suçluluk derecesine takabül etmesi hususunun tasrihi ve suçlunun durumunu takdir hususunda verilen direktifler; cezanın suçlu üzerinde husule getireceği sübjektif tesirlerin Hakim tarafından anranması ve ölçülmesi icap eden en önemli cihet olduğunu göstermektedir.

798

Avrupada en son tedvin edilmiş olan İsviçre kanunu, Hâkimi günlük para cezası sisteminin sert kaideleri içinde hapsetmek yerine suçlunun durumunu en geniş ve etraflı şekilde inceliyerek hüküm vermek hususunda serbest bırakmayı tercih etmiştir.

Yine zikredelimki İsviçre ceza kanunu para cezasına çok geniş bir tatbik sahası vermiştir. Kabahatlerde aslî ceza ve bazen hafif hapisle alternatif olarak, Cünhalarda ve bilhassa ihmalî cünhalarda hapis ile alternatif olarak derpiş edilmiş ve böylece hâkime bu cezalardan birini veya öbürünü hükmetmek salâhiyeti tanınmıştır. Diğer taraftan hırs ve tamahla hareket eden suçlulara karşı kanunda yazılı olmasa bile para cezasına hükmetmek 50 inci madde ile yine hâkimin salâhiyeti dahilindedir. Ayni zamanda bu gibi hallerde hâkim kanunen muayyen olan azamî hadle de bağlı değildir.

B) 1864 tarihli olan İsviçre ceza kanununa, 24 Eylul 1931 tarihli kanun günlük para cezası sistemini idhal etmiştir. Bu kanuna göre günlük ceza adedi suçun mahiyetine göre 1—120 olarak kabul edilmiş ve suçlunun iradı, serveti, ailevi mükellefiyetleri ve umumî olarak iktisadî durumuna göre bir günlüğün kiymeti 1—300 kuron olarak tespit edilmiştir. O halde para cezasının miktarı, tâyin edilecek bu iki unsurun hâsılı zarbından çıkan meblağ olacaktır. Mamafih kanun bazı hususlarda bu kaideye istisnalar da koymuştur. Umumiyetle kabahatlerde meselâ sarhoşluk, yasak edilmiş bir sokağa girmek gibi polis kaidelerine muhalefet hallerinde hâkim cezayı mahkûmun malî kudretine uydurmaya çalışmaksızın derhal hükmetmektedir. Diğer taraftan nisbî para cezaları da mevcuttur, meselâ« İşlenen suçla istihsal edilen veya edilmek istenen menfaatın» muayyen bir misli şeklinde hükmetmek gibi.

Hususî kanuularda dahi yine istisnalarile birlikte günlük para cezası sistemi tatbik edilmektedir.

Netice

Modern ceza kanunlarının hepsi para cezaları bahsinde suçlunun malî imkânlarını nazarı itibara almak lûzumunu kabul ve mahsus maddelerle tasrih etmişlerdir. Ezcümle 1930 tarihli İtalyan ceza kanununda 24 üncü mâddesinde« kanunun tesbit ettiği ağır para cezasının azamî haddi dahi suçlunun iktisadî durumu dolayisile müessir olamıyacağını takdir ettiği hallerde, Hâkim onu üç misline kadar çıkarmak salâhiyetini haizdir» denilmektedir.

Bu prensibin tatbiki için hangi sistem memleketimize daha uygundur? Şüphesiz ki günlük para cezası prensip bakımından doğru olduğu gibi, ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi ve mevkufiyet müddetlerinin mah-

794

subu hallerinde elimize sağlam ve âdil bir esas vermektedir. Filhakika bu çevirmede hükmolunan meblağ degil yalnız günlük adedi esas olacak ve böylece mahkûmun iktisadî durumundaki genişlik dolayısile ceza miktarında yapılan artırma bu hususta bir rol oynamıyacaktır. Keza mevkufen cereyan eden ve para cezasına mahkûmiyetle biten duruşmalarda bu günlük adedi mevkufiyetin mahsubu için ele alınacaktır. Diğer sistemlerin hiç biri bu hususta tatmin edici bir usul koyamamışlardır.

Fakat kabul etmek zorundayız ki bu sistem bilhassa memleketimizde mahkemelerin işlerini lüzumundan fazla çoğaltacaktir. Esasen arzettiğimiz prensiplere uygun bir netice elde edebilmek için ya esaslı tahkikat yapmak icabedecektir, ki bu mahkemelerimizden bu günkü iş durumu iktizası isteyemeyeceğimiz bir yüktür, Yahutta sathî bir tahkikle iktifa edilecektir ki bu taktirde sîstemin esası ihmal edilmiş ve basit usule geçilmiş demektir. Bu itibarla İsviçre kanununda olduğu gibi cezaya hükmederken hâkime snçlunun ,mümkün olduğu derecede, irat, sermaye, ailevî mükellefiyet, meslek ve sıhhî durumunu inceleyerek bu şartlara uygun bir cezaya hükmetmek salâhiyetini tanımak icap eder.

Ceza Kanunumuz arzettiğimiz hususlarda hiç bir hüküm ihtiva etmediği gibi mahkemelerimizin tatbikat ve içtihatları da bu mülâhazaları nazara almaktan çok uzaktır. Esasen kanunumuzda para cezasına geniş bır tatbik sahası bırakılmış ve hâkimlere de muayyen hallerde hapis yerine para cezasına hükmetmek gibi salâhiyetler tanınmış değildir. Bilhassa ihtikârın alıp yürüdüğü bu zamanda İsviçre ve kısmen İtalyan kanunlarında olduğu gibi hırs ve tamahla hareket edenlere karşı hâkim azamî hadlerle bağlı olmaksızın para cezasına hükmetmek salâhiyetini haiz olmalıdır. Sabit veya azamî haddi muayyen olan ceza o kadar meblâğı göze alabilecek her şahıs için hareket serbestisi veriyor demektir. Bu bakımlardan kanunî mevzuatımızın takviyeye muhtaç olduğu mütaalâsındayız.

795

No. 34

Şuf'a ve akitlerin tefsiri hakkında iki karar

Yazan:
K. F. A

Bu yazıda şuf'a hakkında verilen bir kararla, hukukî meselelerin tefsiri hakkında Federal mahkemenin son zamanlarda verdiği bir karardan bahsedilecektir.

I — Şuf'a hakkındaki karar:

Şuf'a hakkı kanunumuz tarafından kısa, bir çok şüphelere yer verecek derecede muhtasar bir tanzim tarzına tâbi tutulmuştur. Temyiz mahkemesi başta olmak üzere mahkemelerimiz tarafından bu müessesenin muhtelif hükümlerini açıklandırmak ve tesbit etmek maksadı ile verilen kararların sayısı pek çoktur.

Bir kaç ay önce değerli ve cidden mesleğinin aşıkı bir hakimimiz tarafından kanunî şuf'a hakkının istimali, devri bakımından ortaya dikkate lâyık meseleler atan bir karar verilmiştir. Bu yazıda evvelâ bahis mevzuu karar verilecek, sonra kararın münakaşası yapılacaktır. Şuf'a hakkının tarihçesi, hukukî mahiyeti, şekli, istimali, meseleleri hakkında nazarî esaslar malûm farz edilecektir.

Dâva: Bir gayrı menkulün hissedarları A, B, C ve D dir. Bunlardan A hissesini K. ya satmıştır. Bunun üzerine önce B, sonra C ve D kanuni şuf'a haklarını dermeyan etmek üzre dâva açmışlardır. Her iki şuf'a dâvası sonradan birleştirilmiştir. Bir müddet sonra B de hissesini müddeaaleyhe satmıştır. C ve D bu sonuncu satışı müteakip, B. nin hissesi üzerinde de diger asliye mahkemesinde şuf'a dâvası dermeyan etmişlerdir. Bunun üzerine dâva olnnan K. nın vekili bu dâvanın neticesine intizar edilmesi lâzım geldiğini ileri sürmüş, fakat mahkeme bu dâva neticesinin ilk şuf'a dâvasının neticesine müessir olmadığından bahissle intizara mahal olmadığına karar vermiştir. Devam edilen şuf'a dâvasında dâvacı C ve D, A tarafından satılan hissenin temamı üzerinde şuf'a hakkı iddia etmiştir. Dâva olunan vekili ise diğer dâvacı B. nin sonradan satın almakla müvekkilinin B. nin şuf'a hakkını iktisap eimiş olduğunu ve dâvacıların A. nın hissesi üzerinde ancak hisselerile mütenasip olarak hak sahibi olduklarını iddia etmiştir. Filhakika, B. vekili kendi hissesini müddeialeyhlere sattıklarını ve şuf'a hakkını da dev-

786

rettiklerini bildirmiş, satış keyfiyeti C ve D nin vekkilleri tarafından kabul olunmuş, hattâ bu satış sebebile doğan şuf'a hakkını diğer asliye mahkemesinde ahiren açtıkları dâva ile kullandıklarını bildimişlerdir.

Karar: ..... hissedarlıktan mütevellit kanunî şuf'a hakkı gayri menkule bağlı aynî bir haktır. Bu gayrı menkulün devri ile yeni mal sahibine intikal eder. Ancak şuf'a hakkının hukukî vaziyetlere müessir olması için bu hakkın istimaline sebep olan satışın yapıldığı tarihte bu hakkı istimal etmek isteyen kimsenin hakkı istimal edebilecek vaziyette bulunması yani hissedarlık sıfatını o tarihte haiz bulunması lâzım gelir. Diğer bir ifade ile şufa hakkı yalnız satış tarihinde hissedar mevkiinde bulunan şahsa tanınmış bir hakdır. Bu itibarla şahsî mahiyeti haiz bulunmaktadır. Satış tarihinde hissedar bulunan şahıslar şuf'a hakkını istimal edeceklerini müddeti içinde beyan etmeleri üzerine, yani şuf'a dâvasını açmaları üzerine meştu hisse üzerinde aynî hakları tahakkuk etmiştir. Mahkeme hükmü ancak bu hukukî vaziyeti tesbite yarayan bir tasarruftur. Tahakkuk eden aynî bir hakkın devri ise diğer bir ifade ile bu hakkın üçüncü bir şahıs tarafından iktisabı ise medeni kanununun 633. maddesi mucibince ancak tapu sicilline kayıt ile tâdil olunabilir. Ve yine 657. maddeye göre gayrı menkulün takyitleri ancak resmi bir senetle ve tapu sicilline kaydile tadil olunabilir. Dâvacı B, nin şuf'a hakkını müddeialeyhlere devredebilmesi için evvel emirde hakkının kendi namına tapuya tescil edilmiş olmasına bağlıdır (Madde 633, son fıkra). B. henüz bu hakkını mahkemede tesbit ve tapuya tescil ettirmemiştir. Bu hak üzerinde tasarruf salâhiyetini haiz bulunmamaktadır. Usul hukuku bakımından dâva hakkının devri ve iktisabı o hakkın maddi hukuk bakımından devir ve iktisap edilmiş bir hak olmasına bağlıdır. Maddi hukuk bakımından devir ve iktisap edilmemiş bir hak usul hukuku bakımından da devir edilemez. Hâdisede ise müddeialeyh kendi aleyhlerine bu dâvanın ikamesine sebep olan satış tarihinde bu gayrimenkulün şayi hissesine mutasarrıf bulunmuyor. Bu itibarla satış dolayısile şuf'a hakkını kullanmak salâhiyeti mevcut değildi. B. nin hissesini satın almış olmasi onun haiz olduğu şuf'a hakkının dahi devrini icap ettirmez. Ve Esasen dâvacı B. bu devir salâhiyetini henüz iktisap etmemiş bulunuyordu.

Bu sebeplerle müddeialey B. den onun dâvasına sebep olan şayi hissesini satın alması daha evvel yapılmış olan satış dolayısıile bu birinci satışın mevzuu olan hisse üzerinde bir hak dermeyanı için kendilerine selâhiyet veremez. Buna matuf itiraz bu sebeple ret edilmiştir. Diğer taraftan B. dâvasında ısrar etmemiş ve diğer dâvacı C ve D den başka bir hissedarın birinci satış dolayısıile şuf'a hakkını kullandığı mevzuu bahis edilmemiş olduğundan meşfu hissenin tamam hakkındaki talep kabul edilmiş ve dâvacılar C ve D namlarına müsavi şekilde tesciline karar.. verilmiştir...

792

Düşünceler: Her şeyden önce şu cihete işaret edelim ki karardan fiilî hadise açıkca anlaşılmıyor. Bu itibarile kararın bazı noktalarını eyice anlamak kabil olmayor.

Bir kere, asliye mahkkemseinin, hissedar B. tarafından müşteri K.ya yapılan satış üzerine hissedar C ve D tarafından açılan şuf'a dâvasının neticesini beklemek doğru olurdu. Zira bu dâva neticesinde C ve D, B tarafından K ya yapılan satış ve tescili iptal ettirebilirlerse gayrı menkulün, A. nın hissesi müstesna, diğir hisseleri kendi ellerinde toplanacak ve bu suretle A, nın hissesinin temamı üzerinde şuf'a hakkını dermeyan edebileceklerdir. Eğer bu dâva meselâ satışa ittila tarihinden ıtıbaren kanunen muayyen bir ay içinde açılmamış bulunması gibi bir sebeple ret edilirse müşteri K, B,nin hissesini ve dolayısı ile o hisseye merbut kanuni şuf'a hakkını da iktisap edecektir ki o zaman G ve D nin, A. nın hissesi üzerindeki şuf'a haklarının şümulü aşağıda görüleceği veçhile münakaşalı bir hal alacaktır.

Bu itibarla, hissedar C ve D nin şuf'a haklarının şümulünü tâyin bakımından bir meselei mütekaddime mahiyetini haiz olan ikinci şuf'a dâvasının neticesini beklemek veya mahfuz tutmak daha doğru olurdu. Fakat mahkeme kararında bu ikinci dâvanın neticesini hiç nazarı itibare almamaktadır. Bunun sebebi anlaşılamıyor. Acaba B. nin malik olduğu hissenin K ya satılmış ve tapuya namına tescil yapılarak mumaileyh tarafından iktisap olunduğunu malûm mu farz etmektedir? Eğer böyle ise, yani B.nin hissesi müsteri K. tarafından iktisap edilmiş olsa dahi dâvacı C ve D nin şuf'a hakkı A nın hissesinin temamına mı saridir, yoksa dâva olunan tarafından iddia edildiği gibi yalnız C ve D.nin hisseleri ile mi muayyendir? Vaziyeti aydınlatmak için farz edelim ki müşterek gayri menkulde A, B, C, D nin her birinin müsavi hissesi bulunduğunu kabul edelim. Eğer dâvacının iddiası kabul olunursa A. nın 1/4 hissesi üzerinde C. ve D. nin müsavi surette hakkı taallûk edecek, yani bu hissesin yarısı (1/8) C, ve diğer yarısı D. namına tescil edilecektir, halbuki dâva olunanın iddiası kabul olunursa A. nın 1/4 hissesi üçe bölünecek, C ve D. den herbiri bu hissinin ancak üçte birinin (yani 1/12) namlarına tescilini isteyebilecektir. Hissenin son üçte biri, B.nin hissesini binnetice şuf'a hakkını iktisap etmesi itibarile müşteri K. namına tescil edilecektir. Mahkeme dâvacıların talebini kabul ile A. ya ait hissenin müsavi surette C., ve D.namına tesciline karar vermiştir.

Kararın münakaşasına geçmeden önce bir noktayı belirtmek gerekir: B tarafından K ya satılan hisse üzerinde C. ve D. nin şuf'a hakkı tahakkuk etmiş ve bu hisse de C. ve D. namına tescil edilmiş ise mesele yoktur: A. tarafından satılan hissenin temamı üzerinde, C. ve D., hisselerile mütenasiben şuf'a haklarını dermeyan edebilirler. Zira kendilerinden başka hissedar yoktur. Fakat bu davâ neticelenmemiş veya ret olunmuş ise oza-

man vaziyet değişir: çünki ortada üç hissedar yani üç şefi vardır: C., D., ve B. nin yerine kaim olan müşteri K.

Mahkkeme bu son vaziyette dahi A. nın hissesini temamı üzerinde C. ve D. nin şuf'a hakkını kabul etmektedir. Kanaatımızce bu görüş tarzı belki kabili müdafaadır, fakat dayandığı mucip sebepler herhalde inandırıcı olmaktan uzaktır. Bu mucip sebepleri birer birer ele alalım:

1 — Hükümde deniyor ki:«.. Hissedarlıktan doğan kanunî şuf'a hakkı gayri menkule bağlı ayni haktır. Gayrimenkulün devri ile yeni mal sahibine intikal eder, ***ancak şuf'a hakkının hukukî vaziyetlere müessir olabilmesi için bu hakkın istimaline sebep olan satışın yapıldığı tarihte bu hakkı istimal etmek isteyen kimsenin hakkını istimal edebilecek durumda bulunması yani hissedarlık sıfatını o tarihde haiz bulunması lâzım gelir***. Diğer bir ifade ile şuf'a akti yalnız satış tarihinde hissedar mevkiinde bulunan şahsa tanınmış bir haktı Bu *itibarla şahsî mahiyeti haiz bulunmaktadır.*

Bu düşüncenin dayandığı mesnetler maalesef kararda gösterilmiş değildir. Fakat bu düşünce yanlıştır. Zira MK. mızın maddesi mucibince, gerek aktî gerek kanunî şuf'a hissedarın satışa ittilâı tarihinden itibaren dermeyan edilebilir. Şimdi satış sırasında mevcut hissedarlardan biri şuf' a hakkını dermeyan etmez, fakat onun yerine miras veye satış (bu satiğda diğer hissedarların şuf'a hakkını kullanmadığını farz ediyoruz. Nitekim karara esas teşkil eden dâvada da böyledir) yolu ile kaim olan hisseda, bir aylık müddet içinde pek alâ şuf'a hakkını dermeyan edebilir. Buna hiç bir mani yoktur. *Kararda şuf'a hakkının yalnız satış sırasında mevcut hissedarlara hasrı sebebi anlaşılamayor.*

Diğer taraftan, altını çizdiğimiz ***şahsî mahiye***t ibaresi de sakattır. Çünkü, bu günkü hukuk dilmizde bu tabir aynî hakkın zıddına olarak alacak hakkını- veya bir mümessil marifetile istimal edilemiyen, münhasıran şahsa bağlı hakları ifade etmek için kullanılır. Karardaki kullanış tarzı bu manaların hiç birine uymamaktadır.

2 — Yine hükümde deniliyor ki:« . . . . satış tarihinde hissedar bulunan şahıslar şuf'a hakkını istimal edeceklerini müddeti içinde beyan eylemeleri üzerine meşfu hisse üzerinde aynî hakları tahakkuk etmiştir.. . . Tahakkuk eden ayni bir hakkın devri ise, MK. 633 mucibince ancak tapu sicilline tescil ile mumkündur. Ve yine 657, inci madeye göre gayrı menkulün takyitleri ancak resmi bir senetle ve tapu sicilline kayıt ile tadil olunabilir. Dâvacı. Bunun şuf'a hakkını müddeialeyh K. ya devretmiş olması gayrı menkulün kanuni takyidini tadil mahiyetindedir ki tescil ile hüküm ifade eder. Diğer taratan B. nin bu hakkını devredebilmesi için evvel emirde hakkı-

799

nın kendi namına tapuda tescil edilmiş olmasına bağlıdır. . . . . Müddeialeyhin B. nin hisesini satın alması B. nin haiz olduğu şuf'a hakkının dahi devrini icap etmez.

Her şeyden önce şunu söyliyelim, ki kararda beyan edilen kanaatın hilâfına olarak şuf'a dâvasının açılması üzerine şefiin meşfu üzerinde bir aynî hakkı teessüs etmez. çünkü Kanunumuzun esasına göre, muayyen istisnalar hariç bir gayrı menkul üzerinde aynî bir hak ancak tapuya tescil ile doğar. Bundan başka, şuf'a hakkının îstimalinden doğan netice bir satış aktinden mütevellit vaziyeti ihdas etmekten ibarettir.

Diğer taraftan « müddeialeyhin; B.nin hissesini satın alması B.nin haiz olduğu şuf'a hakkının dahi devrini tazammun etmiyeceği» çünkü B.nin haiz olduğu bu hakkın devredilmesi için kendi namına tescil ve müddeialeyh K. ya resmi şekilde yapılmış bir senetle devredilmiş bulunması gerektiği» beyan edilmektedir.

Bu mucip sebepleri anlamak imkânı yoktur· Çünkü, bir kere müşterek mülkiyette her hissedar, tapuda ayrıca bir tescile hacet olmaksızın, kanu. nun emri icabı, şuf'a hakkına maliktir. Böyle bir tesscil meeburiyeti nereden çıkarılıyor? Diğer bir sakatlığa daha işaret edelim: vâkıa, kanunî şuf'a hakkı gayrımenkul mülkiyetinin kanunî takyıtlerindendir. Hissedarlardan birisinin hissesini üçüncü bir şahsa satması (diğer hissedarların şuf'a hakkını kullanmadığını kabul edersek) ile bu hisseye merbut şuf'a hakkı da yeni ma. like geçer ve bunun için hiç bir şekil ve merasime hacet yoktur. Bu hususta bütün müellifler müttefiktir. Esasen kararın bir yerinde de bu esas sarahaten kabul edilmektedir. Buna rağmen sureti umumiyede «müddeialeyhin, Hissedar B. nin hissesini satın alması, B. nin haiz olduğu şuf'a hakkının dahi devrini tazammun etmiyeceğini» îddia etmek anlaşılmaz ve müdafaası gerçekten imkânsız görünen bir fikirdir.

Netice:

Yukarda verilen izahlardan şu netice çıkmaktadır: A. B, C ve D. nin müştereken ve müsavi hisseler üzerinden malik oldukları bir gayrı menkulde hissedarlardan A hissesini üçücü şahıs K. ya satması üzerine diğer hissedarlar tarafından açılan şuf'a davaları, devam ederken hissedarlardan B. hissesini K. ya satarsa (ve bu satış münasebetiyle diğer hissedarlar yani C ve D. nin şuf'a hakkını kullanmadığı kabul edilirse) K., hissedar B. nin yerine kaim ve onun hissesine merbut şuf'a hakkına malik olacağından, C ve D, A. nın hissesi üzerinde ancak kendi hisseleriyle mütenasip bir şuf'a hakkına malik olacaklardır gibi görünür.

İtiraf etmek icap ederki bu izah tarzında A nın hissesinin kendisine satılması üzerine müşteri K. nın hissedar B yerine kaim olarak onun hissesi-

809

ne merbut şuf'a hakkını diğerlerine def'an dermeyan etmesi biraz garip gelir. Çünki netice itibarile K. Kendi kendisine karşı bir şuf'a dermeyan durumuna düşer, ki, bu da izahı güç bir durum ihdas eder; maamafih mesele, kanaatımızca aydınlatılmağa ve sağlam bir temele istinat ettirilmeye muhtaç, nazik bir meseledir.

II — Hukukî muamelelerin tefsiri meselesi:

Federal mahkeme son zamanlarda hukukî muamelelerin tefsiri bakımından önemli bir karar vermiştir. Karar, hattı zatında İsviçrede Federal mahkemenin tetkik edebileceği hususları tesbit eden Federal Adlî teşkilât kanununun 81 inci maddesini tefsir bakımından verilmiştir. Bu maddeye göre ilk derece mahkemesi tarafından tesbit edilen vakıaların, yani fiilî meselenin tesbiti keyfiyeti federal mahkemeyi bağlar. Bununla beraber; umumiyetle hukukî muamelelerin tefsir ve hukukî ve fiilî meselenin tefrikı keyfiyetinin haiz olduğu önem ve kararın dayandığı sebeplerin ilmî değeri bu kararı bizim için de faydalı bir mevzu haline koymaktadır.

Akitlerin tefsir bahsinde ***fiilî mesele*** ile ***hukukî mesele***nin sınırını tâyin keyfiyeti gerek İsviçrede gerek Almanyada nazariyatta ve mahkeme içtihatlarında dâimi münakaşa mevzuu olmuştur. Bizzat federal mahkeme bu meselede noktayı nazarını bir çok defalar değiştirmiştir. Başlangıçta federal mahkeme, hâkimin tefsir hakkındaki hukuk kaidelerini doğru bir şekilde tatbik etmesi şartile, akitlerin tefsirini fiilî bir mesele telâkki ediyordu; zira bahis mevzuu olan şeyin; nihayet, akitlerin radesini yani fiilî durumun esas rükünlerinden birini araştırmak olduğunu düşünüyordu. Sonra yavaş yavaş bu noktayı nazarı terk ederek tamamen aksi bir görüşü müdafaaya yani akitlerin tefsiri meselesinin fiilî bir mesele olmayıp esas itibarile hukukî bir mesele olduğunu beyana başladı; çünkü diyordu; bahis mevzuu olan şey tarafların derunî iradesini tesbit etmek değil; fakat irade beyanlarının hukukî şümulünü tâyin ve tesbit etmektir. Ezcümle, hal icabından veya usulen tesbit edilen beyanlardan anlaşılan iradenin hukukî şümul ve muhtevasını araştırmağa mâtuf tefsirin tamamen hukukî bir mesele teşkil ettiğini kabul eyliyordu. Federal mahkeme heyeti umumiyesi itibarile son zamanlara kadar bu görüşe sadık kaldı. Nitekim daha 1929 ve 1935 yılında verdiği kararlarda tarafların iradesini araştırmak işinin hukukî bir mesele teşkil ettiğini ve bu hususun federal mahkemece serbestçe tetkik edilebileceğini beyan etmiştir. Mahaza eski görüşe bir nevi dönüşü fade eden bazı kararlara da rastlamak kabildi. Ezcümle 1920 tarihli bir kararda şöyle bir mütalâa mevcuttur: derunî mahiyette ruhî bir hâdisenin tesbiti olması itibarile tarafların bir birine uygun iradelerinin tesbiti fiilî müşahadeler alanına girer. Şu şartlaki; bu tesbit ve müşahede keyfiyeti delillerin takdiri mahsulü olmalıdır ve hukuki alana dahil bir takdir teşkil etmemelidir. Nihayet federal mahkemenin son kararlarında bu yoldaki temayül daha göze

821

çarpan bir hal almış ve yalnız beyanlar ve tarafların sair mucip iradelî tezahürleri değil, fakat bu harici hâdiseler ve hal icaplarındrn anlaşılan tarafların iradesi, — derunî mahiyette hâdise dahi fiilî hâdiselerin müşahadesi ve tesbiti arasına ithal edilmiştir. FMK. 66, II S. 61, JdT 1940 S. 462.

Federal mahkeme kararlarının bu yoldaki seyrine bakarak bu mahkemenin eski görüşüne döndüğü ve akitlerin tefsirini bir fiilî mesele telâkki ettiği neticesine varılabilir. Ancak federal mahkeme son zamanlarda verdiği bir kararda yukarıda iktibas ettiğimiz tetkikleri yaptıktan sonra; bir hukukî muamelenin tefsiri keyfiyetinin hukukî bir mesele teşkil ettiği kanaatını izhar etmiştir.

Federal mahkemeyi bu dikkate değer esası koymağa sevkeden dâva şudur:

İsviçre'de Friburg şehrinde sınaî imalât yapan bir fabrika (ki kararda kısaca ismini terkip eden kelimelerin ilk harflerinden mürekkep Sadem ibaresile gösterilmiştir) istihsalâtı esnasında artan oksijenin satış inhisarını Oksijen Anonim Şirketine yedi sene müddetle devretmiştir. Bir müddet sonra İsviçrede bulunan diğer altı Oksijen şirketinden müteşekkil sendika, Sadem ve Oksijen Anonim şirketile bir akit yapmış ve bu suretle Oksijen Anonim şirketi muayyen bir meblâğ mukabilinde Oksijen ticaretinden vazgeçmiş, Sadem ise yıllık on beş bin Frank mukabilinde Temmuz 1941 tarihine kadar piyasaya Oksijen arzetmemeyi taahhüt etmiştir. Mukavelenin üçüncü fıkrasına göre «akit devam ettiği sırada Sadem her hangi bir sebeple İsviçre'de Oksijen imalini terkederse diğer tarafın senevi on beş bin franklık tazminat borcundan kurtulacağı» tasrih edilmiştir.

Sendika yıllık tazminatı akit tarihi olan 1929 tarihinden itibaren 1 Temmuz 1936 tarihine kadar muntazaman ödemiş, bu tarihte tediyatı kesmiş ve Sademin uzun zamandan beri Oksijen imalini iddia ederek ödediği paraların bir kısmını geri istemiştir; iddiasına göre Sadem Oksijen imalini bıraktığı tarihten itibaren borcundan berî olmuştur.

Hakikatte, Sadem; sınaî maddeler imalini ve binnetice Oksijen yapımını 1 Nisan 1931 tarihinde kesmiş ve ancak 15 Haziran 1938 de bu imalâta tekrar başlamıştır. Bu yedi yıllık fasıla piyasa şartlarının sınaî madde imaline müsait olmamasından ileri gelmişti.

31 Temmuz 1942 tarihinde Sadem 1 Temmuz 1937 tarihinden 1 Temmuz 1940 tarihine kadar verilmesi gereken yıllık aidatla faizi vermesi için sendika aleyhine dâva açmış, sendika ise bu dâvanın reddine ve mukabil dâva olarak 30 Haziran 1930 tarihi ile 2 Temmuz 1936 tarihi arasında ödediği meblâğların geri verilmesini istemiştir. Zürih Kantonu ticaret mah-

802

kemesinin dâvayı kabul eylemesi ve talep veçhile karar vermesi üzerine müddeaaleyh sendika federal mahkemeye müracaat etmiştir.

Federal mahkemeye göre ihtilâfın esası şudur: dâvacı, Nisan 1931 tarihinden Haziran 1936 tarihine kadar sınaî maddeler ve bununla birlikte Oksijen imalini tadil etmekle yıllık tazminat talebi hakkını kaybetmiş midir? Kanton mahkemesi, akdin üçüncü maddesini tefsir ederek, velev uzun zaman devam etse bile imalâtın muvakkat ve geçici bir şekilde tadilinin tazminat hakkını ortadan kaldırmıyacağını mütalâa etmiş ve bu suale menfi cevap vermiştir. Kanton mahkemesine göre; dâvacı imalâtı katiî surette bırakmış; meselâ faaliyetini değiştirmiş olsa idi ancak o zaman tazminat hakkını kaybederdi. Halbuki hâdisede dâvacı tesisatı olduğu gibi bırakmış ve her an imalâta tekrar başlıyacak bir durumda bulunmuştur. Bu itibarla dâva olunanlar için bilkuvve bir rakip vaziyetini muhafaza etmiştir. Kanton mahkemesi bu münasebetle mukavelenin mâna ve şümulü hakkında bazı hususları tesbit etmiştir; kanton mahkemesinin bu müşahadeleri tarafların akdi metnine derc ettikleri bir birine uygun iradelerinin tefsirinin neticesidir. ***Fakat acaba bu müşahade ve mütalâalar hâdiselerin tetkik ve müşahadesinden mi ibarettir; yoksa onların hukuken takdir ve tavsifi midir?***

Federal mahkeme aynen şöyle diyor: «akdî münasebetlerini tanzim etmek üzere tarafların yaptıkları beyanlar, bu beyanların muhtevasına uygun hukukî neticeler ve hükümler hasıl etmeğe mâtuftur, bu itibarla tefsirin gayesi, tarafların hukukî beyanlarını derc ettikleri metin tarafından arzedilen bu hukukî hüküm ve neticeleri araştırmaktan ibarettir. Bu beyanların muhtevası ile hukukî neticeleri bölünmez bir kül teşkil ettiğinden tefsir keyfiyeti hem muhtevasının hem de neticelerinin tâyin ve tesbitini tazammun eder. Bu araştırmanın gayesi, muayyen şartlar dahilinde ve umumi tecrübelerin ışığı altında, beyanın metin ve mânasına izafe edilmesi gereken şümulü tesbit etmekten ibarettir. Bahis mevzuu olan şey yalnız bundan ibarettir, yoksa bir tarafın beyan edilen iradesinin arkasında gizlene bilen ve derunî irade tâbiri ile ifade edilen irade değildir; çünkü İsviçre de kabul edilen itimat nazariyesi (Verteauenstheori-) na göre bir taraf diğer akit tarafından hüsnüniyet kaidelerine göre anlaşılabilen beyanı ile bağlıdır; beyanda bulunan; muayyen derunî bir iradeye mâlik olduğu için değil, fakat muhatap tarafından muayyen bir iradeye delâlet ettiği hüsnüniyetle kabul edilen bir hareket tarzı ihtiyar etmesi sebebile bağlanmıştır.

Fakat, umumi tecrübeye göre bir irade beyanının mâna ve muhtevasının tâyin ve tesbiti, federal mahkeme tarafından serbestçe tetkik edilebilecek tecrübî kıstaslar yardımı ile vaki olur. (FMK 69 II. S 204; JdT.

803

1943 S. 485; 1943 S. 613) yalnız umumî tecrübeye göre yapılan beyanların şümulünü araştırmağa mâtuf olduğu nisbette bir hukukî muamelenin tefsiri federal mahkemece serbestçe tetkik edilebilecek hukukî bir mesele teşkil eder, bu takdirde 1920 tarihli karar da (bak JdT. 1920 S. 46) biraz muhtasar bir şekilde ifade edildiği gibi, hukukî mahiyette bir tefsir bahis meuzuudur.»

«Fakat ilk derece mahkemesi bu kabil bir tefsirle iktifa etmeyip akdin yapılması esnasında mevcut şartları tetkik ederek, tarafların muayyen ve müşahhas hâdisede akte müstenit umumi tecrübeden hasıl olan mânadan farklı bir mâna verdiği neticesine vasıl olması hali mahfuz tutulmuştur. (Titze, Richtermacht und Vergesinhalt S. 12 vd.) adlı eserinde, umumi tecrübeye istinat eden alelâde tefsirin zıddına olarak bu hale ferdî tefsir adını veriyor.) Böyle bir halde; tarafların «derunî iradesini» veya (FMK 66 II S. 61; JdT 1940 S. 462) da kullanılan tâbir olarak derunî mahiyette bir hâdisenin araştırılmasından bahsedilebilir; fakat böyle bir tefsir federal mahkemeyi bağlar. (Bütün bu mesele hakkında bak: *Stein—Jonas*, Kommentar Zu deutschen ZPO, 14. bası, cilt 2, S. 121; *Danz*, die Auslegung des Rechtsgeschaefte, 3. Bası S. 196; *Rosenberg*, Lehrbuch. des deutschen Zivilprozessrechts, 3. Bası S. 496) işbu dâvada kanton mahkemesi munhasıran akitlerin umumi tefsiri yolu ile karar vermiştir. İşin muayyen ve müşahhas hususiyetlerine ve umumî tecrübeye göre akte verilmesi icabeden mânayı araştırmakla iktifa etmiştir.

894

No. 35

Cezaların tecilinden neler beklenebilir?

Yazan:
Dr. Fahri ÇALKIN

Bir mahkûmun cezasını tecil etmek ve bu suretle kendisini işlediği suç için kanunun tâyin ve hâkimin hükmetmiş olduğu cezayı çekmekten kurtarmak mahzı akıldan gelen kefaret ve adaleti mutalaka nazariyetlerile tezat teşkil eder. Ceza hukuku politikasının icaplarını yani suçluluğu azaltmıya yarayan bütün tedbirlerin meşru olduğunu kabul edenlere ise cezaların tecili ile tecil edilmiş cezaların çektirilmesinden beklenen gayeye varılabileceğini anlamak zaruridir.

Hangi suçluların bu tedbirden istifade edilebileceğini, hangi cezaların tecil edilebileceğini, cezaların tecili kararının hukukî neticelerinin neler olması lâzım geldiğini, cezaların tecilinde hâkime verilmesi zaruri olan takdir hakkının sahasını, tecil edilmiş cezaların hangi şartların tahkkukunda mahkûma çektirlmesi lâzımgeldiğini tâyin ederken hep cezaların tecilile tahkkuk ettirilmesi kabil olan gayelerin neler olduğnu iyice bilmek ve kavramak gerektir. Binaenaleyh biz cezaların tecili hakkındaki yazılarımıza bu tedbirden neler beklenebileceğini tetkikle başlıyacağız.

Cezaların tecili ile başlıca şu üç gayeye varmak kabildir.

I — Cezaların tecili ile bazı cezaların ve bilhassa kısa müddetli hüriyeti kaldırıcı cezaların infazından doğan mahzurların önüne geçmek mümkündür.

II — Cezaların tecili ile ceza müeyyidelerini şahsileştirmek kabildir.

III — Cezaların tecili ile suçlular sırf kendi ceht ve gayretlerile ıslah edilebilir.

I

Cezaların tecili ile bazı cezaların, bilhassa kısa müddetli hüriyeti kaldırıcı cezaların infazından doğan mahzurların önüne geçmek kabildir.

1 — Suçlu uzun zaman cemiyette dürüst yaşıyanlardan ayrıt edilmemiş ve suç suçlunun azgın ihtiraslarile izah edilmiştir. [1]. Suç ve suçluyu bu yolda telâkki eden bir muhitte suçlunun ıslahı ve suçluluğa açılan mü-

[1] J. A. ROUX, cours de droit criminel français, 2 ci tabı C. 1 sa. 2

805

cadelede kullanılması zarurî olan cezanın esası gayet tabiî olarak ibret ve intikamdı. Bir suç ikaında gözönünde tutulması lâzımgelen şey bir daha suç işlememesi için suçluyu insafsızca cezalandırımak ve bu suretle aynı zamanda henüz suç işlememişlere de iyi bir ibret dersi vermekti [2]. Boyun vurma, asma, yakma,kol, dil, burun kesme eski devirlerin en çok tatbik edilen cezalarıdır.

XVIII inci asırda ceza nevilerinin iktisadî şartlara uyduğunu görüyoruz. Suçlular üzerinde türlü işkenceler yapılacağı yerde bunlar Devlet nam ve hesabına çalışmağa mecbur ediliyorlar[3]. Ve nihayet ceza sistemi hemen hemen sadece hüriyeti kaldırıcı cezalar üzerine kuruluyor.

İlk zamanlarda bu ceza şekli; hapis müddetinin ika edilen suçun ehemmiyetine ve suçlunun mesuliyet derecesine göre tâyin edilebilmesi yüzünden; bir çok taraftarlar buldu. Hürriyeti kaldırıcı cezaların çektirilmesi esnasında mahkûmun tâbi tutulacağı yaşama şartlarına göre çok şiddetli, şiddetli ve hafif olabileceği, suçlular üzerinde müessir yani bunları ıslah edici ve başkalarına da ibret verici olduğu iddia edildi.

2 — Fakat geçen asrın sonlarında istatistikler suçluların ve bilhassa suçlarda tekerrürün fazlalaştığını açıkça anlatmakta idi [4]. Bu yüzden hapis cezaları aleyhinde bir cereyan uyandı.

Hemen tamamile hürriyeti kaldırıcı cezalara istinat eden ceza sisteminin kendisinden beklenen neticeyi tahakkuk ettirmek hususunda çok noksan olduğu kanaatinde bulunanlar bu işe bir hal çaresi bulmağa koyuldular. Bunlar çok haklı olarak; eğer hapis cezaları mahkûmu hapisten çıktıktan sonra doğru yürümeye mecbur edebilseydi yani suçluyu ıslah edebilmiş olsaydı mükerrirlerin adedi bu derece artmazdı, bu ceza başkalarına ibret dersi verebilseydi ilk defa suç işliyenler de bu derece çoğalmazlardı; diyorlardı.

Suçluların ve bilhassa mükerrirlerin artmasına sebep hürriyeti kaldırıcı cezaların kifayetsizliği mi yoksa bu cezaların çektirilmesi tarzı mı olduğu münakaşa edildi.

Mahkûmları bir araya toplayıp kapatmak yüzünden hapishanelerin hakiki bir suçlular mektebi haline geldiği, oraya ehemmiyetsiz bir suç yüzünden bir kaç gün için gönderilen mahkûmun suçluluğu meslek edinebilmesi-

[2] E. GARÇON, le droit pénal, origine, évolution, état actuel sa. 67 ve VİDAL ve MAGNOL, cours de droit criminel et de science penitentiaire 7 inci tabı sa. 15

[3] PRİNS, science pénale et droit positif No. 640 — 641 ve ROUX sa. 403

[4] Meselâ Fransada 1887 istatistiklerine göre küçük suçların mükerrirleri bütün suçlular adedinin beşte dördünü teşkil etmektedir. (Revue penitentiaire — Bulletin de la societe generale des prisons — sene 1890, sa. 328)

506

ne yarıyacak bilgi ile çıktığı, ahlâkının, karakterinin büsbütün bozulduğu acı acı söylendi [5].

Binnetice hapis cezalarının icra şeklini değiştirmek, hapishanelerde ikametleri esnasında mahkûmları biri birinden ayırmak ve bu suretle bunların toplu bir halde yaşamasından doğan mahzurları ortadan kaldırmanın zaruri olduğu anlaşıldı.

3 — Hücre usulü bir çok memleketlerde; mahkûmların fazlalığı dolayısile; sadece kanunda yazılı kaldı veyahutta yalnız çok ağır suç işlemişlere tatbik edilebildi. Ağır suç faillerini ıslah edebilmek için hapishanede uzun süren ikametleri esnasında kendilerine bir sanat öğretmek düşünüldü. Bunlardan cezalarını bitirip hapishaneden çıkanlara münasip bir iş bulabilmelerini kolaylaştırmak maksadile hayır cemiyetleri kuruldu.

«Hürriyeti kaldırıcı cezalar bu cezayı çekenleri ıslah edebilmeli ve fakat evvel emirde daha çok fenalaştırıp bozmamalı» prensibinden doğan hücre usulünün müdafileri bu usulün sadece mahkûmların bir arada bulunmasından doğan kötülüklari önlemekle kalmıyacağını, bilâkis sessizlik içinde yaşıyan mahkûmu vicdanile baş başa bırakmak ve kendisine serbest hayatta dürüst yaşama yolunda cesaretini artırıcı nasihatlar vermek suretile suçluyu ıslah etmek kabil olduğunu iddia ettiler. Cezasını bu şekilde çeken mahkûmun işlediği cürmün vahametini mutlaka idrak edeceğini ve bir daha suç işlemiyeceğini zannettiler. Hücre usulünün uzun müddetli hapis cezası mahkûmlarına olduğu kadar kısa müddetlilere de, mükerrirlere olduğu kadar ilk defa suç işliyenlere de tabik edilebilecek en muvafık ceza şekli olduğunu belirtmeye çalıştılar [6].

Fakat bütün ümitlerini bu ceza sistemine bağlıyanların hayal sukutuna ugramaları çok gecikmedi. Suçta tekerrürü önlemek için hücre usulünün de kendisinden beklenen neticeyi veremiyecği anlaşıldı. Cezanın tek gayesi topluluğu muayyen bir müddet için kötülerin şerrinden kurtarmak olmadığını hücre usulile çektirilen hürriyeti kaldırıcı cezaların suçluları ıslah gibi müsbet bir gayesi de olduğunu ve bu hedefe tabiatı itibarile içtimai olan insanı normal cemiyet hayatından büsbütün ayırmak suretile; varılmıyacağını söylediler. Hatta hücre usulünü «asrın en büyük hatası» addedenler oldu [7].

[5] Bu hususta LE COURBE, BERENGER ve HERBTTE'in "Société Générale des Prisons" daki beyanatını "Revue Pénitentiaire„ sene 1890 sa. 376, 339, 55, 226 ve PRINS in "Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal„ cil. I, sa. 29 ve 55 deki yazılarını, Von LİSZT in 1890 da Petresburgda toplanan uluslar ararsı ceza kongresine verdiği raporu okuyunuz — "Actes du Congre Pénal et Pénitentaire İntarnational de St. Petrəsburg 1890„ cil. 2. sa. 475

[6] E. GARÇON sa. 107

[7] HERBETTE' in Société Générale des Prisons, daki beyanatı — R. P. sene 1890 sa. 286

807

4 — Positivistlerin bütün gayretlerine rağmen ceza kanunları suçluları işledikleri suçun ehemmiyetine göre cezalandırmak prensibinden ayrılamadı. Suç dolayısiyle ihlâl edilen veya ihlâl edilmek istenen hakkın içtimaî kıymeti cezaların tertibinde esas tutulmakta devam edildi.

O halde suçlarının hafifliği yüzünden bir çok kimseleri hapishanelerde uzunca bir müddet alıkoyup kendilerini topluluğa faydalı ve hiç olmazsa zararsız bir hale koymak mümkün olamadı. Eğer hapis cezalarının tek mahzuru mahkûmların toplu bir halde yaşamalarından ve dolayısile kötülerin henüz cemiyet için büyük bir tehlike teşkil etmiyenler üzerindeki fena tesirlerinden ve birlikte yaşıyanların arasında doğacak korkunç arkadaşlıktan ibaret olsaydı kısa müddetli hapis cezalarına hücre usulünü tatbik etmek suretile bu mahzurları ortadan kaldırmak belki mümkün olurdu. Fakat hapishanelerde yaşamağı itiyat edinmiş olan suçlular üzerinde bir ceza olmıyan hapsın kendi nefsine hürmeti olan, haysiyet ve şeref hislerini henüz kaybetmemiş, henüz ar damarı çatlamamış olanlar üzerinde asıl çekildikten sonra çok ağır neticeler doğurduğu görüldü. Suçluyu ıslah gayesini tahakkuk ettirmekten uzak olan kısa müddetli hürriyeti kaldırıcı cezaların; çektirme tarzı her ne olursa olsun; kolayca ıslah edebilecek suçlular için iyi bir ceza olmadığı anlaşıldı. Hapis cezasının onu çeken için bütün hayatınca bir leke teşkil ettiği, yakınlarının hürmet muhabbet ve itibarını kaybettirdiği ve hatta mahkûm da utanma ve arlanmadan eser bırakmadığı fark edildi. Hapishaneye girmesile işinin başından uzaklaşan muhkûmu cezasını çektikten sonra işsiz güçsüz kaldığı, meşru yollarla hayatını kazanmak imkânını bulamadığı için kötü yollara saptığı görüldü. Hapishanelerden çıkanların işsizliğine hatta Devlet tarafından kurulan veya Devletten yardım gören hayır müesseselerinin bütün gayretlerine rağmen çare bulunamadı. Kısa müddetli hapis cezalarının çektirilmesi uğrunda sarfedilmekte olan paraların suçluluğa karşı açılan mücadelede umulan neticeyi vermek hususunda işe yaramadığı anlaşıldı [8]. Von Liszt Petersburgta toplanan uluslar arası ceza kongresine vermiş olduğu raporda bugünkü ceza hukukumuza hâlâ hâkim olan kısa müddetli hapis cezalarından acı acı bahsettikten sonra hapishanelerde yaşamağı itiyad edinmişlerin korkunç kalabalığını bu cezaya atfetmekten çekinmiyordu [9].

5 — Kısa müddetli hürriyeti kaldırıcı cezaların doğurduğu kötülükler böylece sayılıp dökülürken bu cezaları kaldırıp yerlerine başkalarının konulması hemen her yerde bahis mevzuu olmağa başladı. 1872 de Londrada toplanan uluslar arası ceza kongresi kısa müddetli hapis cezalarının ve ödenmiyen para cezalarının mahkûmu zorla çalıştırmak suretile çektirilme-

[8] A. GAUTIER, à propos de la condamnation conditionnelle—Revue pénale-suisse cil. III

[9] Actes du C. P. P. İ. de ST. Petresbourg cil. II sa. 475

808

sini teklif etti Stokholm kongresi ise çektirilen kısa müddetli hapis cezalarının suçlarda tekerrürün çoğalması üzerinde esaslı bir âmil olduğunu ilân etmekle iktifa etti. Aynı mesele Romada 1885 kongresinde bir defa daha ele alındı.

Çektirilmesi tarzı her ne olursa olsun kötü neticeler verdiği muhakkak olan kısa müddetli hürriyeti kaldırıcı cezaları ceza sisteminden büsbütün kaldırıp atmak ve kanunun mukabilinde bu cezayı tâyin ettiği fiilleri suç addetmemeğe de imkân görülmedi. Kendi nefsine saygısı olanlar üzerinde c idd bir tehdit teşkil eden ve binaenaleyh böylelerini suç islemekten menedebilen bu cezaları büsbütün ortadan kaldırmak suretile ceza sistemini suçluluğa karşı açılan mücadelede hiç olmazsa bir sınıf halk için müessir olduğundan şüphe edilmiyen bir silâhtan mahrum bırakmak doğru olamazdı [10].

Fakat kullanılan bu silâhın bilhassa bahsettiğimiz sınıftan olan suçlular üzerindeki kötü neticelerini de nazara almak icabetmekte idi [11].

Cemiyetin menfaatı bir taraftan henüz kendisi için ciddi bir tehlike addedilemiyecek olan suçluları hakiki bir zaruret olmadıkça hapishaneye göndermemek diğer taraftan da bir ceza müeyyidesile muhafaza ve müdafaa edilmesi lüzumlu görülen hakları ihlâl eden fiilleri ve hareketleri müsamaha etmemekte idi. O halde çektirilmesinden faideden daha çok mazarrat umulan kısa müddetli hapis cezalarının yerine konulması mümkün olan tedbirler veya cezalar neler olabilirdi?

İşte kısa müddetli hapis cezalarının doğurduğu kötülükleri sayıp dökmekte söz birliği eden cezacılar bu sual karşısında ittifak edemiyorlardı[12].

Adlî tevbih, suçluların devlet işlerinde zorla çalıştırılması, muayyen bir yerde ikamete mecbur edilmesi, kendilerinden dürüst yaşıyacaklarına dair teminat istemek, cezayı suçlunun orturduğu yerde çektirmek gibi şeyler teklif edildi [13]. Sayılan bu tedbirlerin fayda ve mahzurları üzerinde uzun uzadıya münakaşa edildi. Fakat para cezası ve cezaların tecili denilen tedbir bir çok cezacılara diğer teklifler den daha ciddi göründü [14].

6 — Filhakika muayyen bir suçun işlenmesi halinde kanunda bir ceza olarak tâyin edilmiş ve mahkemece hükmedilmiş olan bir meblâğın devlete

[10] CORNİL, L' oganisation de la rééducation morale et de réadaptaion sosciale—Revue pénale et de criminologie sene 1937 sa. 389

GAROFALO, Bulletin de l'union in. du Dr. Pénal—cil. I sa. 52

12] Von LİSZT, Actes du C. P. P. İ. de ST. Petresbourg cil. II sa. 476

[13] Yapılan bu tekliflerin fayda ve mahzurları hakkkında Revue Pénitentiaire sene 1890 sa.602 ve TEL PERRİN nin la remise conditionnele des peines sa. 15 e bakınız.

[14] MAGNOL, Actes du C. P. P. İ. de Londres CİL. II sa. 158

809

ödemekten ibaret olan para cezasının hapis cezasının çektilmesinden doğan mahzuru yoktur [15]. Para cezası mahkûmlarının birbirleri üzerine kötü tesirleri olmıyacağı gibi bu ceza suçluya işinin başından da ayırmamaktadır. Bu ceza hüriyeti kaldırıcı cezalar kadar şahsidir Miktarı tâyin edilirken suçlunun mesuliyet derecesi ve ödeme kudreti nazara alınabilir. Adli bir hata neticesi olarak mâsum hakkında hükmedilmiş ise mahkûmun vaziyeti derhal ve tamamile tamir edilebilir [16]. Hattâ para cezası bir çok suçların işlenmesinde başlıca âmil olan tamaa ve gayrı meşru kazanç hırsına karşı müessir bir silâhtır diyenler dahi olmuştur [17].

Her ne kadar hiç bir suçun; marazî bir ihtirasla işlenmedikçe; suçlu için başlı başına bir gaye teşkil etmediği malûm ise de bu malûmdan"para cezasının tehdidi, tama ile hareket eden insanları suç işlemekten menetmeğe kâfidir» niticesini çıkarmak mümkün değildir. Aynı zamanda ekseriya gayrı meşru kazanç hırsile işlenen suçların meselâ hırsızlık, dolandırıcılık, emniyeti suiistimalin; ceza tertibinde suç dolayısile ihlâl edilen hakkın içtimaî kıymeti esas ittihaz olunduğu cihetle; sadece para cezasile cezalandırılmasına da imkân yoktur. Bu nevi suçlar için para cezası daha ziyade mütemmim bir ceza olabilir [18].

Para cezasının en büyük mahzuru bilhassa bu ceza mahkûmlarının hükmedilen parayı ödemekten âciz bulunmalarıdır. Bir çok memleketlerde para cezasının ödenmemesi halinde suçlu hapisle tazyik edilmekte veyahut ta para cezası hürriyeti kaldırıcı bir cezaya tahvil edilmektedir. Bu takdirde ise kısa müddetli hapis cezalarının bütün mahzurlarile yeniden ortaya çıktıklarına şüphe yoktur. Ve işte bu sebepledir ki para cezası küçük suçlar için en tabii müeyyide olamamaktadır. [19]

7 Başlıca hukukî neticesi kanunun veya hâkimin tâyin ettiği bir müddet zarfında dürüst yaşayan suçluyu cezasını çekmekten kurtarmak olan cezaların tecili tedbiri; yapılan hücumlara rağmen; hemen bütün medeni milletlerin ceza hukukunda yer almıştır. Bunun sebebi sadece kısa müddetli hapis cezalarının çektirilmesinden doğan mahzurların bu suretle önüne geçilmiş olmasından değildir. Yazımızın II ve III No. lu bentlerinde göreceğimiz üzere cezaların tecili yerine geçtiği cezaların infazından beklenen faydaları verebilmekte yani bir defa ceza hâkimi huzuruna gelip mahkûm olmuş bazı suçluların yeni bir suç işlememelerini en eyi bir şekilde temin edebilmektedir.

[15] HAKKI UMA, La règlementation de L'amende pénale sa. 11

[16] DONNEDEU DE VABRES, Droit criminel sa. 45, ROUX, sa. 430

[17] VİDAL ve MAGNOL, sa. 646

[18] HAKKI UMA, sa. 22

]19] ROUX 1920 de Budapeştede toplanan uluslar arası ceza kongresinde para cezasının küçük suçların normal cezası olması lâzımgeldiğini söylemişti Actes du C. P.P.İ. de Budapeste 1920 c I,II Sa.107

810

II

Cezaların tecili ceza müeyyidelerinin şahsileştirilmesini temin edebilir.

8—Ceza hukuku, topluluğu suçluluğa karşı müdafaa tetbirlerini adalet prensiplerine uydurma politikası [20] olduğuna göre ceza müeyyidesi suçluluğa karşı açılan mücadelede müessir bir silâh olabilmeli ve suçlu da hükmedilen cezaya müstahak görülmelidir. Cemiyet; ancak bu iki şartın tahakkuku halinde; suçluyu cezalandırabilmek hakkını iktisab eder [21].

Bu suretle ceza; eski devirlerde olduğu gibi; kötülüğe karşı kötülük olmaktan çıkıp daha çok yaraya deva olmak zorundadır.

Maksat suçluya eza vermekten ziyade onun ahlâki temayüllerinin ıslâhı, içtimai terbiyesinde mevcut noksanların ikmali olunca en evvel suçlunun şahsiyeti hakkında eyi bir fikir edinmek ve dâvayı ona göre tertip etmek icap edecektir.

Suçluluğa karşı açılan mücadelede en müessir silâh suç işlemişlerin bir daha kanuna aykırı hareket etmemelerini temin eden vasıtadır. Tatbik edilen cezaların evvel emirde suçluyu ıslah gayesini istihdaf etmesi lâzımgelir. Başkalarına ibret dersi vermek kasdile tertip edilen cezaların müessir olamadıklarına ve binaenaleyh ikinci plânda kalmaları zarurî olduğuna en inandırıcı delil eski devirlerdenberi bu maksatla tatbik edilmiş olan çok şiddetli cezaların cemiyeti gayesine ulaştıramamış olduğudur [22]. Binaenaleyh cezaların şahsileştirilmesi yani cezaların nev'ini, şiddetini suçlunun şahsiyetine, onun ruhî ve ahlâkî temayüllerine uyğun olarak tertip etmek, topluluk için tehlike teşkil eden suçluyu şiddetle cezalandırmak ve fakat cemiyet için tehlikeli olmıyan, ıslah edilmesi çok emek ve masrafa mütevakkıf olmıyan suçlular hakkında da insaflı davranmak içtimai bir vazifedir.

9—Fakat ceza hâkimine «senin vazifen basit bir hesapla cezayı suça göre değil suçluya göre tâyin etmektir» demek cezaları şahsileştirmek için kâfi değildir. Suçlunun şahsiyeti hakkında bir fikir edinebilmesi için nazara alınması icap eden unsurları da kendisine bildirmek ve her hadisede

[20] SALEİLLE, İndividualisation de la peine 3 üncü tabı sa. 6

[21] GARRAUD,Traité théorique et pratique du droit pénal français,3 üncü tabı cil. 1 sa. 87

[22] CORNİL, sa.384 ve MAAS GEESTRANUS, Spécialisation du juge pénal sa.5

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA
811

suçlunun itiyatları, ahlâk ve ruh temayülleri, muhiti üzerinde hâkimi eyice tenvir ettikten başka suçlulardan her birinin ihtiyacına göre bir çok ceza ve tetbir nevilerini emrine vermek icap eder. İste cezaların şahsileştirilmesi yolunda rastlanan zorluklar bunlardır.

Suçlunun şahsiyeti hakkında hâkimin iyice tenvir edilmiş olduğunu farzedelim. Tedavi edilmesi icap eden arızaları malûm olan bu şahsiyete tatbiki zaruri olan tetbir veya cezayı hâkimin emrine âmade bulundurabiliyor muyuz?

Hakikatte gerek ihlâl etmiş olduğu hakkın içtimai kıymetine ve gerekse ahlâkî veya ruhî yapılışına nazaran cemiyet için büyük bir tehlike teşkil etmiyen her suçlu için kanunların tatbikını emrettiği bir tek ceza vardır: Çok kısa müddetli hürriyeti kaldırıcı ceza.

10 — Kanun; mes'uliyeti azaltan bir hal mevcutsa; suçlunun fili için tâyin edilmiş olan cezanın şiddetini azaltmak ve hatta nevini değiştirmek salâhiyetini hâkime vermektedir. Fakat bu suretle hafifletilmiş olan ceza suçlu tarafından mutlaka hakkedilmiştir denilemez [23].

Kanunun yapabileceği tek şey ceza müeyyidelerile mnhafaza edilmesi zaruri olan hakların birbirlerine nazaran içtimaî kıymetlerini mukayese etmektir. Kanun vazıı, yaşama hakkı mülkiyetten daha çok kuvvetle müdafaa edilmelidir» prensibinden haraket edip adam öldürenlere hırsızlık edenlerden daha ağır ceza tertip edebilir' Fakat bundan "adam öldüren kimselerin mutlaka ve her zaman hırsızlık edenlerden daha korkunç ve cemiyet için daha tehlikelidir» netcesine varmağa imkan yoktur [24]. Eger ceza bir dereceye kadar işlenmiş olan suça âmmenin gösterdiği aksülâmel ise her hadise için bu aksülâmelin derecesini, şiddetini kanunla tâyin edebilmek imkânsızdır. Her hadisede suç dolayısile suçluya karşı halkta doğan nefret hissini derecesini ve dolayısile suçlunun çekmeğe müstahak olduğu ıstıabın şiddetini hâkim tâyin edebilir.

Jüri olan memleketlerde suçu işlemiş olduğu muhakkak olan kimselerin mesuliyeti kaldıran sebeblerden hiç birisi mevcut olmadığı halde, beraetine karar verildigi çok görülmüştür.Bu haller, : takdirî esbabı muhaffefe tatbikii suretile dahi; hükmedilecek asgarî cezanın suçlu için çok ağır olacağı kanaatinin tezahürleridir. Bu da gösterir ki suçtan evvel suçluyu muhakeme eden halk adaleti her zamadır kanunun adaletine uymamaktadır.

II — Hâkim suçlu olduğunu bildigi kimsenin beraetine karar verememelidir. Zira ceza kanunları ceza müeyyidelerinin tayininde himaye edilmek istenen hakkın içtimaî kıymefini nazara almaktadır. Kanunun tâyin ettiği

[23] TEL PERRİN , sa. 138, ZÜRCHER , Exposé des motifs de l'avant Projet duco de pénal Suisse

[24] SALEİLLE, Sa. 48

812

cezanın yine kanun hükümlerine uygun olarak hafifleştirilmesini icabettiren sebepler ceza mesuliyetini büsbütün ortadan kaldıracak mahiyette değildir' Fakat hukukçu hâkim suçlu olduğunu bildiği bir kimseyi müstahak olmadığı çok şiddetli bir cezadan kurtarmak maksadile beraat ettirmek veyahut da adalet hislerini rencide edecek şekilde şiddetle cezalandırmak arasında tereddüt içinde bırakan haller için ortalama bir şey bulmak zarureti vardır. İşte bu hal çaresi hâkime mahkûm ettiği suçlunun cezasını tecil etmek salâhiyetinin verilmesinde görülmüştür. Hâkime bn salâhiyeti vermek suretile;ceza kanununun bir hükmünü ihlâl etmiş olmakla beraber şefkatli muameleye lâyık suçluları hakikî mucrimlerden ayırmak ve kendisini hak edilmemiş bir cezayı hükmetmenin verecek olduğu vicdan azabından kurtarmak mümkün olur.

Cezaların tecili tetbirinin kabulü ile mahkemelerin cezalandırma vazifesinin hiçe indirilmiş olmıyacağını başka bir yazımızda ayrıca izah edeceğiz.

III

Cezaların tecili, suçluyu kendi kendisile Islah ettirme yoludur.

12— Mevzu ceza hukuku prensiplerine göre hafif suç işleyenleri uzun müddet hapishanelerde tutup kendilerini islah kabil olmadığı ve bu suçlular üzerinde kısa müddetli hürüyeti kaldırıcı cezaların tatbikile cezadan beklenilen faydanın elde edilimeyeceği ve bilakis bu cezaların çektirilmesinden doğan mahzurların bir kısım suçlular üzerinde çok ağır olduğunu gördük. Şimdi bu sınıfdan olan suçlulardan bazılarının cezalarının cezalarını tecil etmek suretiyle bir daha suç işlemelerinin önüne geçmenin mümkün olup olmadıgını tetkik edeceğiz.

Cezaları bazı şartlar dahilinde tecil etmek ve dolayısile faydasızlığı anlaşılan cezaların çekdirilmesinden doğacak kötü neticelerin önüne geçmek cemiyet için haylı kârdır. Fakat bu tedbir suçluluğa karşı açılan mücadelede müsbet bir rol oynayabilmesi itibarile de tavsiyeye lâyıktır. Zira, eğer kanunda her suça tekabül eden ceza kütle üzerinde bir tehdit teşkil edebiliyor ve suçluluğa doğru gitmek istidadında bulunanlar için hakikî bir fren vazifesi görebiliyorsa dürüst hareket etmediği takdirde cezanın tecili kararının geri alınması ve binnetice hükmolunan bir cezanın çektirilmesi tehdidi de alâkalı üzerinde tesirsiz kalamıyacaktır.

Yukarıda dediğimiz gibi hapis cezasının çektirilmesinden doğan en büyük mahzurlardan biri bu cezayı çekeni suç işlemekten meneden bağın kopması ve artık bir kaç günlük hürriyeti kaldırıcı cezanın suçlu üzerinde

613

ciddî bir tehdit teşkil edememesidir. Halbuki cezanın tecili sanki suclunun kendisini suça doğru iten hislere karşı zaruri mükavemeti yaratmakta veya bu mukavemeti kuvetlendirmektedir. [25]

Cezaların tecili kararının sınama devri (délai d'epreuve) esnasında suçlunun tâbi tutabileceği şartlara uymadığı takdirde geri alınabileceğinden mahkûm menfaatını bu şartlara riayette bulacaktır. Aksi takdirde ayni şefkatlı muameleye artık nail olamıyacağını bilecektir. Bilhassa cezaları tecil edilenlerin tâbi tutulabilecekleri iyi bir mürakaba teşkilâtı sayesinde teciledilen cezanın çektirilmesi tehdidi mahkûm üzerinde ciddi bir tesir yapacakdır.

Kısa müddetli hapis cezalarını çeken kimselerin suçta tekerrürleri bilhassa hapishanelerde kalmak suretile kendi nefislerine karşı olan hürmet hislerini kaybetmiş olmalarından ve etrafındakilerce de şüpheli addedilmelerine atfedilmektedir [26].Halbuki cezanın tesiri suçlunun kendi nefsine olan itimadı artırmakta ve bu şefkatlı muameleye mazhar olan mahkûm kütle üzerinde bir itimatsızlık havası yaratmaktadır.

13—Çok defa suçlunun mensup olduğu muhit tahsil ve terbiyesinin noksanlıgı, işsiz ve güçsüz olması, hayatını kazanabilmek için bir san at veya mesiek sahibi olmaması suçun işlenmesinde en mühim âmil olabilir. Böylehaller karşısında mahkûma hürriyetini iade etmek cezasının tecilinden heklenen faydayı elde etmek için kâfi değildir. Cezanın tecili ile kanunun veya hâkimin tayin etmiş oldugu müdet zarfında mahkûmun yeni bir suçdan dolayı mahkûm olmaması da artık kendisinın islahı hal etmiş olduğu hakkında kati bir delil teşkil edemez. Binaenaleyh eğer cezaların tecili suçluluk uçurumuna doğru sürüklenen adamın büsbütün düşmesine mani olmasa kendisini hapishanede yaşamağı itiyat etmişlerle birlikte bulundurmaktan dogacak tehlikeyi önledikten sonra mahkûma doğru yol da göstermek icabeder. İslahıhal etmesi için içinde yaşadığı muhiti değiştirmek, iş bulmak, münasip birsan'at veya meslek öğrenmek mecburiyetinde olan adama sadece (mahkûm olduğu cezayı çekmek istemezsen artık doğru yolda yörü fakat her halde bir daha gözüme görünme) deyıp başını boş bırakmak kendisini uçuruma yuvarlanmaktan kurtaramıyacaktır.

Mahkûmun ıslahını temin için cezasının tecili ile tâyin edilecek bir müddet zarfında kendisinin hangi şartlara uygun olarak yaşamaga mecbur edilebileceğini ve bu şatlara ve kayıtlara uygun olarak yaşamasını temin için kendisine nasıl yardım edilmesi lâzımgeldiğini, hareketlerini nasıl kontrol etmek mümkün olacağını başka bir yazımızda izah edeceğiz.

[25] A. GAUTİER, R. P. S. III Sa. 309

[26] NURULLAH KUNTER, İçtimî bir yaratkısa cezalar. Siyasî ilimler mecmuası Birinci kânun 1943, sayı 153. s.487

814

No. 36

Müeccel cezalarda içtima ve tekerrür

Yazan :
Çetin ARDALI
Kütahya Ağırceza Mahkemesi Âzası

Yüksek Temyiz mahkemesi ceza heyeti umumiyesi 21/2/938 tarihli kararile müeccel cezalarda içtima ve tevhidi içtihat heyeti umumiyesi de 20/5/942 tarihli kararile tekerrür hususlarını halletmiş bulunmaktadır. Ancak mesele sözü geçen kararların mevcut ihtilâf ve müşkülâtı halletmesinde değil aynı zamanda ikna ve tatmin kabiliyetini haiz olup olmadığıdır.

Nitekim muhterem meslekdaşım (Şefik Simav) bu mevzu etrafında adliye ceridesinde mütalâalarını beyan ederek müeccel cezalarda içtima hakkındaki ceza heyeti umumiyesinin «suçlu hakkında evvelce verilip tecil edilen cezaya müteallik hüküm henüz katiyet iktisap etmemiş olmasına nazaran tecil olunan cezanın ayrıca çektirilmesi gayrıcaiz olup hâdisede içtima kaidesinin tatbikı icabeder» yolundaki 21/2/938 gün ve $\frac{4-85}{26}$ sayılı kararını aşağıdaki sebeplerden dolayı tatmin edici bulmamaktadır [1] (95 inci maddenin her iki fıkrasındada «mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren— muayyen müddet içinde başka bir suçtan dolayı mahkûm olmazsa» kaydı vardırki bu kayıt muvacehesinde tecil edilen mahkûmiyete ait kararın ittihazı tarihinden itibaren işlemeğe başlıyacak olan bir ve beş senelik müddetlerin her hangi safhasında işlediği diğer bir suçtan dolayı mahkûm olan şahsın tecil edilen mahkûmiyet kararı katiyet kesbetsede etmesede içtima hükümlerinden istifade ettirilmiyeceği tabi'îdir. Maddenin metni hüküm tarihinden itibaren muayyen müddet zarfında suç işliyen kimsenin iki cezası«da ayrı ayrı tenfiz olunur» şeklinde hulâsa edilebilir. Bu sebeple «hüküm kesbi katiyet etmezden evvel ikinci suç işlendiği takdirde içtima hükümlerinin tatbikı» icabına dair olan ceza heyeti umumiyesi kararında isabet olmadığı ve bu babdaki içtihatların tevhidi lâzımgeldiği kanaatındayız).

Biz yüksek temyiz mahkemesi ceza heyeti umumiyesinin hulâsasını yukarıya aldığımız kararını yerinde ve esbabı mucibeye müs-

[1] Adliye Ceridesi 1943 XII 1048

815

tenit bulduğumuzdan kıymetli meslekdaşımızın mütalâalarına maalesef iştirak etmiyeceğiz. Hadiseyi bir tefrika tâbi tutarak mütalâa edelim.

1— İkinci suç işlendiği zaman müeccel birinci suça ait hükmün henüz katiyet kesbetmemiş olması hali.

Kıymetli meslekdaşımın kanaatına göre 95 inci maddenin son fıkrasındaki «aksi halde her iki suçun cezası ayrı ayrı tenfiz olunur.» tâbiri mutlak olduğundan cezası tecil edilmiş olan suçlu muayyen müddet geçmeden tekrar suç işlediği takdirde tecil edilen ceza henüz katiyet kesbetmemiş olsa bile her iki suça ait ceza içtima ettirilmeksizin ayrı ayrı infaz ettirilecektir. İstinat edilen fıkra dikkatlice okunursa bu yolda bir içtihada müsait olmadığı görülür; Zira, suçun cezası ayrı ayrı tenfiz olunur denilmektedir. Halbuki henüz katileşmemiş bulunan bir hükmün infazına imkânı kanuni mevcut olmadığına göre katileşmiyen müeccel cezanın sonradan işlenen suç ile içtima ettirilmesi zaruridir.

2 —İkinci suç işlendiği zaman birinci hükmün katiyet kesbetmiş fakat henüz infaz edilmemiş olması hali.

Bu takdirde cezası tecil edilmiyen suçlunun tâbi tutulacağı muamele ikinci suçunu birinci suçu katileştikten sonra işlemiş olmasından dolayi ceza kanunumuzun 77 inci maddesinin ikinci fıkrasına tevfikan cezalarının içtima ettirilmesinden ibarettir.

İlk cezası tecil edilmiş olan suçluya gelince:

Bunun cezası tecil edilmiş olmasına göre ikinci suçunu birinci suçu katileşip fakat infaz edilmeden işlediğinden dolayı 77 inci maddenin ikinci fıkrasına tevfikan içtima kaidesini tatbika imkân yoktur. Zira birinci hüküm katileşdikten sonra ceza infaz edilebilirdi; buna yani cezanın infazına mâni olan hal cezanın tecil edilmiş olmasıdır. Şu hale göre cezayı infaz edilmiş gibi kabul ederek ikinci suçundan dolayı verilen hapis cezası infaz edilmekle beraber tecil edilen cezası da müstakillen ikinci ceza ile içtima ettirilmeksizin muaddel 95 inci maddenin tâbirile ayrı ayrı tenfiz olunur.

Müeccel cezalarda tekerrür:

Bu hususta yüksek Temyiz mahkemesi tevhidi içtihat heyeti umumiyesinin 20/5/942 gün ve 31/14 sayılı kararında aynen şöyle denilmektedir:

(765 sayılı ceza kanununun 4055 sayılı kanunla değişen 95 inci maddesinin aldığı son şekilde cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza

816

cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olduğu takdirde tecil edilmiş olan cezasile birlikte son defa mahkûm olduğu cezanın ayrı ayrı tenfizi icap edeceği tasrih edilip münferiden infaz kaydile ancak içtima hükümlerinin tatbikı keyfiyetinin istisna edilmiş bulunduğu münfehim olarak maddede tekerrür hakkında bir hüküm bulumadığına ve tevhidi içtihada esas olan iki muhtelif karardan tekerrür hükümlerinin ademi tatbikine ait sonuncu kararın mezkûr 95 inci maddede olduğu gibi beş sene içinde ikinci suç işlenmediği surette müeccel mahkûmiyetin esasen vakı olmamış sayılacağına ait sarahatının tazammun ettiği hukuki ve kanuni netice ile ahenktar olan hüküm ve müddeası ile beraber cezası tecil edilmiş olan hazır mahkûma, içtima hakkındaki kanuni müsaadeden istifade etmeksizin müeccel cezanın aynen çektirilmesine zamimeten sonraki cürüm cezasının dahi ancak şartlarına muvafık olmak kaydile tekerrürden dolayı arttırılacağının ihtar edileceğini âmir bulunan 94 üncü maddedeki ihtirazi kaydın taalluk eylediği tekerrür şartları 81 inci maddede infaz veya sukut hallerinin tahakkuku ile kabili izah olduğuna ve şartlarına muvafık tekekrrürün tatbik edileceğini ihbar eden 94 üncü madde hükmünü anı takip eden 95 inci maddenin ikmal etmesi icab edüp bu maddede ise tekerrürden bâhis bir kayıt ve işaret bulunmadığına ve tekerrürün en mühim şartı olduğu cihetle mutehalif iki kararın mesnedini teşkil eden infaz halinin müeccel cezada tahakkuku mümkün olmayacağına binaen zikri geçen 94 üncü maddedeki ıhtarın ıcra ve tatbik şeklinde tamamlaması iktiza eden 95 inci maddenin sakıt kaldığı tkeerrür hükümlerinin tatbikında 81 inci madde hüküm ve sarahatına mugayir olarak tecil edilmiş mücazatın esas olmıyacağına çoğunlukla karar verildi).

Tevhidi içtihat heyeti umumiyesinin neticeten müeccel cezalarda tekerrür ahkâmının tatbik edilmiyeceğine dair aynen yukarıya aldığımız kararı kıymetli meslekdaşımız gibi bizi de tatmin ve ikna edememiştir. çünkü:

1— 3112 sayılı kanunla muaddel ceza kanunumuzun 94 üncü maddesinde« cezası tecil edilen mahkûm hazır ise mahkemenin reisi cezasının tecil edildiğini tefhîm ettikten sonra yeniden bir suç işlediği takdirde 95 nci madde hükmü dairesinde tecil olunan ceza çektirilmekle beraber sonraki cürüm cezasının şartlarına muvafık olduğu takdirde tekerrürden dolayı arttırılacağını kendisine ihtar eder» diye yazılı bulunmasına göre filhakika tekerrürden dolayı suçlunun cezası arttırılmıyacak olsa idi kanun mücerret suçluya göz dağı vermek için hâkimi ifayı vazife halinde yalan söylemeğe mecbur etmezdi.

2— Aynen yukarıya aldığımız yüksek temyiz mahkemesi tevhidi içtihat heyeti umumiyesinin kararının esbabı mucibesinde ceza kanunumuzun 94 üncü maddesi ahkâmını ikmal eden 95 inci maddesinin aldığı son şekilde cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veyahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olduğu takdirde tecil edilmiş olan cezasile

817

birlikte son defa mahkûm olduğu cezanın ayrı ayrı tenfizi icabedeceği tasrih edilip münferiden infaz kaydile ancak içtima hükümlerinin tatbikı keyfiyetinin istisna edilmiş bulunduğu maddede tekerrür hakkında bir hüküm bulunmadığından tekerrürden dolayı arttırılacağının ihtar edileceğini âmir bulunan 94 üncü maddedeki ihtirazi kaydın taallûk eylediği tekerrür şartları 81 inci maddede infaz veya sukut hallerinin tahakkuku ile kabili izah olduğu neticesine varılmakta ise de 94 üncü maddeyi ikmal ettiği bildirilen 95 inci maddede içtima hakkında hüküm mevcut olduğu halde tekerrür hakkında bir sarahat bulunmaması hali tekerrürden dolayı ilk cezası müeccel olan suçluyu hususi bir muameleye tâbi tutmayıp umumi ahkâm dairesinde cezasının altıda bire veya altıda birden üçte bire kadar 81 inci maddedeki infaz ve sukut halleri mevzuubahis olmaksızın mutlak olarak arttırılacağını amir bulunmasındandır.

Ceza kanunumuzun 94 üncü maddesini ikmal ettiği bildirilen 95 inci maddede içtimadan bahsedildiği halde tekerrürden bahsedilmemesi ise 94 üncü maddenin tekerrür hakkında ahkâm koyduğu hal de içtimaa dair sarih bir hükmü ihtiva etmemesinden ileri gelmekte, bu husus 95 inci madde ile ikmal edilmiş bulunmaktadır. Ve bu maddeye konan mahsus hüküm ile müeccel suçlular ceza kanunumuzda mevcut içtimaa dair umumi ahkâmdan kısmen istisna edilmişlerdir. Müeccel cezalarda da ceza kanunumuzun 77 inci maddesinin ikinci fıkrasının tatbikine imkân olmaması hali gibi.

3— Ceza kanunumuzun 94 üncü maddesindeki «tecil olunan ceza çektirilmekle beraber sonraki cürüm cezasının şartlarına muvafık olduğu takdirde tekerrürden dolayı arttırılacağını kendisine ihtar eder», ihtirazı kaydının taalluk eylediği tekerrür şartları 81 inci maddedeki infaz veya sukut hallerinin tahakkuku ile kabili izah değildir.

Zira tekerrürün en mühim şartı olan infaz halinin müeccel cezalarda mevzuu bahis edilmiyeceği bedihi ve kanunun imali ihmalinden evlâ bulunmasına göre şartlarına muvafık olunduğu takdirde tâbirinin 81 inci maddedeki infaz ve sukut hallerine ait olmayup 87 inci maddeye mâtuf olduğunun kabulü icabedeceği reyinde ve ceza kanunumuzda mevcut ahkâmı hazıraya göre yukarda arzetmiş olduğumuz esbaba binaen müeccel cezalarda tecil hakkını suiistimal etmiş olan suçlular hakkında tekerrür ahkâmının tatbikine mesağ bulunduğu kanaatı âcizanesindeyiz.

815

No. 37

Borçtan kurtulma dâvalarına dair bir inceleme.

— 16/12/942 T. ve 9/28 No. lu tevhidi içtihat— kararı münasebetiyle.

Yazan:
Müfit ERKUYUMCU
İzmir asliye hukuk Hâkimi

—Borçtan kurtulma dâvalarına müteallik ahkâmı kanuniyenin gözden geçirilmesi. — Bu dâvalar hakkındaki muhtelif temyiz kararları. 16/12/942 T. ve 9/28 No. lu tevhidi içtihat kararı.—Kararların tahlil ve mukayesesi.

İzmir baro dergisinin temmuz 938 T.li nüshasında çıkan bir yazımda ötedenberi istima kabiliyetleri tatbikatta tereddüt uyandıran borçtan kurtulma dâvaları ile bu dâvalar hakkındaki temyiz mahkemesi kararlarını gözden geçirmiştim. O tarihte tatbikat sahasındaki galip noktai nazar, icra tetkik merciince itirazının katî olarak ref'ine karar verilen veya takibe itiraz etmiyen borçlunun icra takibi devam ederken borçtan kurtulma dâvası açabileceğine dairdi. Ben de bu fikirde olduğum için yazıda bu tezi müdafaa etmiştim. Ahiren yüksek mahkememizden sadır olan tevhidı içtihat kararı bu vadideki tereddütleri izale etti. Hürmetle karşıladığım bu kararda mafevk mahkeme noktai nazarıma muhalif olarak icra takibine itiraz etmiyen veya tetkik merciince itirazının muvakkat olmıyarak ref"ine karar verilen borçlunun takip neticelenmeden borçtan kurtulma dâvası açamıyacağını ve ancak borcu ödedikten sonra icra ve iflâs K. nun 72 inci maddesi mucibince istirdat dâvası ikame edebileceğini ekseriyetle kabul etmiştir. Temyiz mahkemesinin bu karanlık mevzuu aydınlatan son kararı beni aynı bahse dönmeğe sevketti. Bu münasebetle muğlâk ve üzerinde durulmağa değer ilmî bir mevzu olan bu konu üzerinde ahkâmı kanuniyeden, temyiz karar ve içtihatlarından istiane ederek tekrar bir tetkik yapmağı faydalı buldum. Maksadım kanun kuvvetinde olan tevhidi içtihat kararını tenkit etmek değildir. Sadece işi kanuui ve tatbiki bakımlardan inceliyerek mezkûr kararın fayda ve mahzurlarını tebarüz ettirmek istiyorum.

Tevhidi içtihat kararını kanuni ve amelî bakımlardan tetkik edebilmemiz için her şeyden evvel bu mevzua müteallik ahkâmı kanuniyeyi gözden geçirmemiz lâzımgelir. İcra ve iflâs k. nun 68 ve 69 uncu maddeleri bu

819

hususta bazı hükümleri ihtiva etmektedir. 3890 numaralı kanunla tadil edilen 68 inci maddenin ikinci fıkrasında aynen (Borçlu itirazını varit gösterecek hiç bir vesika gösteremezse tetkik mercii itirazın ref'ine karar verir) denildiği gibi aynı kanunun 69 uncu maddesinde (muvakkaten refi kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlunun tâkibin yapıldığı mahal veya alacaklının ikametgâhı mahkemesinde borçtan kurtulma dâvası açabileceği) tasrih edilmiştir. Mezkûr kanunun 72 inci maddesinde de (tâkibe itiraz etmiyen veya ettiği itiraz hakkında refi kararı verilmiş olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kalan şahıs ödediği tarihten itibaren bir sene içinde umumi hükümler dairesinde mahkemeye müracaat ederek paranın geri alınmasını isteyebilir) şeklinde bir hüküm vazedilmiştir.

Kanunumuzun bahsi geçen maddeleri hükümlerinden aleyhine icra takibatı yapılan borçlunun ileri sürdüğü itirazın tetkik merciince muvakkaten ref'ine karar verilmesi halinde yedi gün içinde mahkemeye müracaatla borçtan kurtulma dâvası açabileceği anlaşılmaktadır. İtirazı muvakkaten ref edilen borçlu kanuni müddet zarfında takibin yapıldığı mahal veya alacaklının ikametgâhı mahkemesine müracaat edebilir. Mahkeme umumi hükümler dairesinde açılan borçtan kurtulma dâvasını rüyet ve intaç eder. İcra tetkik merciince borçlunun itirazının muvakkat olmıyarak ref'ine karar verilmesi veya borçlu tarafından kanuni müddeti içinde itiraz edilmemesi sebebiyle icra takibinin katileşmesi hallerinde borçtan kurtulma dâvası açılıp açılamıyacağı hakkında icra ve iflâs kanunumuz açık bir hükümü ihtiva etmemektedir. Diğer taraftan K. Medeninin 24 üncü maddesinde (şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrıyan şahsın hâkimden tecavüzün men'ini her zaman istiyebileceği) beyan edilmiştir. İcra ve iflâs kanununun sarih bir hükmü ile borçtan kurtulma dâvası açmaktan sarahaten men edilmiyen borçlu ana prensipleri ihtiva eden medeni kanunun bu maddesine istinaden borçtan kurtulma dâvası açamıyacakmıdır?

İcra ve iflâs K. nunda bu suale cevap teşkil edebilecek vazıh bir kayt mevcut olmaması, tatbikat sahasında ötedenberi bazı tereddütleri ve içtihat tebeddüllerini mucip olmuştur.

Tatbikatta evvelce icra tetkik mercilerince itirazları kabili temyiz olmak üzere muvakkat olmıyarak ref edilen veya takibe itiraz etmiyen borçluların açtıkları borçtan kurtulma dâvaları icra ve iflâs K. nun zikri geçen hükümlerine istinaden ekser mahkemelerce reddedilmekte ve bu gibi ret kararları temyiz mahkemesince de muvafık görülerek tasdik kılınmakta idi. Mahkemelerin bu yoldaki ictitihatlarına müteaddit misaller verilebilir. Mevzuu canlandırmak için bir kaç misal zikredelim.

829

Dâvacı (C) şirketi müddeaaleyh Ömer aleyhine İsparta asliye hukuk mahkemesine borçtan kurtulma dâvası açmıştır. Mahkeme dâvayı kabul ederek esasını tetkik ve sabit görmiyerek ret etmiştir. Mezkûr mahkemeden 16/3/937 tarihinde verilen kararı dâvacı vekili temyiz ettiğinden hüküm temyiz ticaret dairesice tetkik ve (dâvacı şirket aleyhine icraen yapılan takip üzerine vaki itirazı kabili temyiz olmak üzere ref'ine karar verildiği icra dosyasının tetkikinden anlaşılmasına binaen dâvacı şirketin borçtan kurtulma dâvası açmağa salâhiyeti olmayıp tâkip olunan parayı ödedikten sonra müddeti zarfında istirdat dâvası ikame edebileceğinden bu cihet nazara alınarak dâvanın bu noktadan reddi icap ederken ikame olunan borçtan kurtulma dâvasının kabulü ve esas hakkında tetkikat icrasiyle karar verilmesinin yolsuz bulunduğu) noktasında nakzedilmiştir. (9/6/938 tarih ve 1426/1698 sayılı karar).

Bu misale Temyiz Mahkemesi 4 üncü hukuk dairesinin 25/6/935 tarih ve 1385/1800 No. lu kararı da ilâve edilebilir. Bu kararda da mafevk mahkemece (borçtan kurtulma dâvaları itirazların muvakkaten ref'ine karar verildiği hallerde açılabilir. Muvakkat olmıyarak ve kabili temyiz olmak üzere itirazın ref'ine karar verilirse borçtan kurtulma dâvası açılamaz. Bu gibi ahvalde bilâhara haksız alınan paranın istirdadı talep ve dâva edilebilir, denilmektedir). Temyiz mahkemesinin mümasil bir çok işlerde bu kararlara benzer kararları mevcuttur.

Tatbikat bu merkezde iken bilâhara yüksek mahkemenin içtihadında bir tebeddül vuku bulmuştur. Temyiz mahkemesinde sonradan sadır olan bir kararda mevcuat içtihat değiştirilerek itirazı kat'i surette ref edilen borçluların icra takibine halel gelmemek şartile umumi hükümler dairesinde borçtan kurtulma dâvası açabilecekleri kabul edilmiştir. Karar; şu şekildedir.

Dâvacı (S) vârisleri tarafından müvekkilleri aleyhine icra takibatı yapan (H) hakkında takip sırasında borçtan kurtulma dâvası açılmıştır. Dâvayı rüyet eden İzmir asliye hukuk mahkemesince temyiz mahkemesinin mümasil işlerdeki içtihadına istinaden 8/7/939 T. de dâvanın reddine karar verilmiştir. Karar dâvacı vekilinin temyizi üzerine 4 üncü hukuk dairesince tetkik olunarak (icra tetkik merciince borçlunun itirazının ref'ine karar verilmesi borçtan kurtulma dâvasının reddini istilzam etmeyip icra muamelesine müessir olmamak şartile umumi hükümler dairesinde dâvanın rüyetiyle neticesine göre karar verilmek lâzım gelirken hilâfına mütalâa beyaniyle reddedilmesinin yolsuz bulunduğundan) bahsile bozulmuştur. (13/1/940 T. ve 313/79 No. lu karar).

Temyiz mahkemesinden muhtelif tarihlerde Borçtan kurtulma dâvaları hakkında sadır olan bu mübayin kararlar ahiren yüksek baş reisliğin talebi

821

üzerine tevhidi içtihat umumi hey'etince tetkik ve aşağıdaki kararla tesis olunan içtihatla tevhit olunmuştur.

Tevhidi İçtihat Kararları :

İcra takibine borçlu tarafından vukubulan itirazın icra tetkik merciince muvakkat olmıyarak ref'ine karar verildiği surette borçlunun borçtan kurtulma dâvası mı yoksa borcu tamamiyle ödedikten icra ve iflâs K.nun 72 inci maddesi gereğince istirdat dâvası mı açması lâzımgeleceği hususunda temyiz ticaret dairesinin 15/10/936 T. ve 1373/3209 ve 4 üncü hukuk dairesinin 16/12/940 tarih ve 3548/2840 sayılı kararları arasında husule gelen ictihat ihtilâfının halli birinci reislik yüksek makamından istenilmesine mebni toplanan tevhidi içtihat hey'eti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek neticede:

İhtilâfa sebep olan hadiselerin birisinde borçlu borcunu ödemiş olduğu halde alacaklı tarafından icra takibine girişilmiş bulunduğundan vaki tediyenin borca mahsubu suretiyle borçtan kurtulmasına karar verilmesini istemiş, diğerinde de borçlu senetle borçlanmış olduğu kira karşılıklarını tamamen tesviye eylemiş iken temlik senedine müsteniden takip yapıldığından muarazanın men'ini ve icra takibinin iptalini talep etmiştir. Alacaklının yapmış olduğu takip talebine borçlu tarafından hiç itiraz edilmediği veya itiraz edilmesine binaen alacaklının itirazın refini talep etmesi üzerine bu itirazın icra ve iflâs K.nun 68 inci maddesinin ikinci ve sonuncu fıkraları gereğince tetkik mercii tarafından. Muvakkat olmıyarak ref'ine karar verildiği surette borçlunun borçtan kurtulma dâvası açmasına cevaz verilmesi kesinleşmiş olan icra takibinin ihlâline, icra muamelelerinde bir takım teşevvüşler husule gelmesine sebebiyet vereceği gibi icra ve iflâs kanununun hadiseye taallûk eden hükümlerinde muhalif bulunmuş ve ticaret dairesince teessüs etmiş olan içtihat bu itibarla isabetli görülmüş olduğundan icra takibine hiç itiraz etmeden veya ettiği itirazın muvakkat olmıyarak ref'ine karar verilmiş olması dolaysile hakkındaki icra takibi kesinleşmiş bulunan borçlunun ancak icra ve iflâs K.nun 72 inci maddesi mucibince mahkemeye müracaat ederek paranın geri alınması hakkında dâva açabilip, borctan kurtulma dâvası açamayacağına çoğunlukla karar verildi. (16/12/942 T. ve 9 esas, 28 karar No. lu tevhidi içtihat kararı)

Görülüyorki Temyiz mahkemesinin eski kararları ile ahiren ittihaz ettiği tevhidi içtihat kararında icra tetkik merciince itirazı kat'i surette ref edilen veya takibe itiraz etmiyen borçlunun borçtan kurtulma dâvası açmak hakkı kabul edilmemekte ve esbabı mucibe olarak da bu hakkın borçluya verilmesinin kat'ileşmiş olan icra takibini ihlâl ve icra muamelelerinde teşvvüşler ihdas edeceği, icra ve iflâs kanununun hadiseye taallûk eden

822

hükümleri ile telif edilemiyeceği ve borçlunun borcunu ödedikten sonra 72 inci madde mucibince istirdat dâvası ikame edebileceği ileri sürülmektedir.

Filhakika icra ve iflâs K.nun 72 inci maddesinde takibe itiraz etmiyen veya itirazının icra tetkik merciince ref'ine karar verilmiş olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kalan şahsın bir sene zarfında umumi hükümler dairesinde mahkemeye müracaatla istirdat dâvası açabileceği yazıldır. Borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kalan şahsın haksız ödediği meblâğı geri alabilmesini temin için vazıı kanunun kabul ettiği bu istisnai hüküm takibin devamı sırasında umumi hükümler dairesinde borçtan kurtulma dâvası açılmasına kanuni bir mâni teşkil eder mi?

Kanaatıma göre icra ve iflâs kanununun 72 inci maddesi münhasıran haksız para ödeyen şahısın verdiğini geri alabilmesini temin için kabul edilmiştir. Eğer bu madde kabul edilmemiş olsaydı icra mercilerinin kararları üzerine veya ihmali yüzünden haksız para ödemek mecburiyetinde kalan şahıs umumi hükümlere baş vurarak istirdat dâvası açamıyacaktı. Açsa bile mahkeme dâvayı tetkiksiz ret etmek mecburiytinde idi. Zira açılan dâva icra tetkik merciinin usul ve kanun dairesinde verdiği bir karara itiraz mahiyetini arzedeceğinden tetkik merciinin kararlarını mafevak mahkeme sıfatiyle tetkike salâhiyetli olmıyan mahkemenin dâvayı vazife noktasından reddetmesi icabedecektı. Borçluya kanun yollarını kapatmağı muvafık bulmıyan vazıı kanunumuzun kabul ettiği bu hususi hükümden itirazı muvakkat olmıyarak ref edilen borçlunun borçtan kurtulma dâvası açmak hakkının nez edildiği mânası çıkarılabilir mi? Fikrimce icra ve iflâs kanununun 72 inci maddesindeki istisnani hüküm borçlunun umumi hükümlere baş vurarak borçtan kurtulma dâvası açmasına kanuni bir mâni teşkil etmez. Çünkü mezkûr madde ile muvakkat refi kararı üzerine boçluya borçtan kurtulma dâvası açmak hakkını tanıyan 69 uncu madde de borçluyu dâva açmaktan men eden hiç bir kayıt ve sarahat mevcut olmadığı gibi muvakkat refi kararları hakkındaki 69 uncu madde hükümlerinden de bu mânanın çıkarılmasına imkân yoktur. İcra ve iflâs K.nun sarih bir hükmü ile dâva açmaktan men edilmiyen borçlu umumi hükümler dairesinde alacaklı aleyhine her zaman dâva açabilir. Zira K. Medeninin 24 üncü maddesi fertlerin dâva hakları hakkında mutlak ve sarih hükümleri ihtiva etmektedir. Maddenin açık hükümleri mucibince şahsi menfaatlarında icraen haksız tecavüze uğrıyan kimse hâkimden tecavüzün men'ini her an istiyebilir. Bu maddeye istinaden borçlu tarafından açılan borçtan kurtulma dâvalarını rüyetten mahkemeleri meneden kanuni bir hüküm mevcut olmamasına nazaran ikame edilen dâvaları mahkemelerin kabul ve rüyet etmeleri lâzım-

823

gelir. Bittabii dâvaya bakarken mahkeme icra takibinin ihlâlinin doğru olmıyacağını nazara alarak işin icra safhası ile katiyen alâkadar olmamlı ve devam eden icra takibini tehiri icra kararı vererek ihlâl ve teşviş etmemelidir.

Yüksek 4 üncü hukuk dairesinin tevhidi içtihat kararile değişen eski içtihadile tevfhdi içtiihat kararını mukayese ve tahlil ve her iki kararın tevlide ttikleri fayda ve mahzurları tesbit edersek tevhidi içtihat kararından tatbikatta doğan hukuki neticeleri kolaylıkla tebarüz ettirebiliriz. Değişen eski içtihat amelî sahadan bir çok faydalar temin etmekte olduğu gibi bazı mahzurlar da tevlit ediyorlar; bunları kısaca şöyle hulâsa edebiliriz.

Faydaları:

(A) Bu içtihat sayesinde yapılmakta olan icra takibinde tebliğ olunan ödeme emrine karşı her hangi bir sebep ve mazaret dolayısile itiraz edemiyen veya itirazı mahdut salâhiyetli tetkik merciince ref edilen borçlu borçlu olmadığı bir parayı haksız ödemek mecburiyetinden kurtulur.

(B) Borçlunun kanunen ödemekle mükellef olmadığı bir borcu haksız olarak ödedikten sonra alacaklı aleyhine bir çok külfet ve masraflar ihtiyarı ile istirdat dâvası açarak mahkemelerde uğraşmasına lüzum kalmaz.

(C) İstirdad dâvası açıp mahkemeden buna mütedair ilâm istihsaline muvaffak olan borçlunun ilâmı infaz ettirdiği sırada mallarını kaçırıp gizlemesi ve alınan ilâmı icra kabiliyetinden mahrum bırakması muhtemel bulunan alacaklının bu şekilde suiniyetle hareket etmesi îmkânı bu içtihatla bilfiil önlenir.

Mahzurları:

1 — Açılan borçtan kurtulma dâvasının rüyeti sırasında borçlu tarafından mahkemeden alınacak tehiri icra kararları süratle intaç edilmesi iktiza eden icra takiplerini tehir ve muamelâtı teşviş edebilir.

2 — Katileşmiş olan icra takibi neticelenmeden borçlunun mahkemeden istihsal edeceği borçtan kurtulma ilâmiyle takibi tamamen iptal etmesi mümkündür.

Tebarüz ettirdiğimiz bu noktalar eski içtihadın yüksek mahkememizin tevhidi içtihat kararında işaret olunan başlıca mahzurlarını teşkil etmektedir. Şimdi tesbit ettiğimiz fayda ve mahzurları adalet terazisi ile tartarak bunların mukayesesine girişirsek terazinin faydaları ihtiva eden kefesinin diğerinden hayli ağır bastığını kolaylıkla görebiliriz. Çünkü mahzurlar tesis edilecek içtihatlarla kabili izale cüz'i mahzurlardır. Hakikatta bunlar yok denebilecek kadar azdır. Tezimizi izah için birinci mahzuru ele alalım.

84

Yüksek mahkeme tevhidi içtihat kararında borçluya borçtan kurtulma dâvası açmak hakkının verilmesi kesinleşmiş olan icra takibinin ihlâline ve icra muamelelerinde bir takım teşevvüşler husule gelmesine sebebiyet verir diyor. Bunda haklıdır; hakikaten icra işleri sürat ve intizam ister. Mahkemeden verilen bir karar her hangi bir hakkı tevsik eder. Tevsik edilen bu hakkı istihsal eden daireler icra daireleridir. Bu daireler kanun ve adaletin eli demektir. İcra daireleri ne kadar muntazam çalışır ve süratle işlerse adalet de o nisbette çabuk tevzi edilmiş olur. Mahkemeden verilen bir karar ne kadar âdilane olursa olsun ve ne kadar süratle verilmiş bulunursa bulunsun hemen infaz edilmezse beklenen faydayı temin etmez. İnfaz edilmiyen bir ilâm hakkı tevsik eden alelâde bir vesika olmaktan ibaret kalır. Hakkın mücerret tevsikı o hak alınmadıkça bir kıymet ifade etmez. İyi çalışmıyan icra daireleri önünde adalet erişilemiyen bir serap olur. Fertlere haklısın demek şüphesiz ki kâfi değildir. Haklının hakkını alıp kendisine vermek lâzımdır. İşte icra işlerinin ehemmiyeti bundan doğar. Bu işlerde sürat bu bakımdan birinci plânda gelir. Süratin temini için de takibin ihlâl edilmemesi şarttır. Takip sırasında borçluya borçtan kurtulma dâvası açmak hakkının verilmesi takibi ihlâl edebilir. Borçlunun mahkemeden tehiri icra kararı alarak icrayı durdurması kabildir. Bu da icra ve iflâs kanunumuzun dayandığı sürat ve intizam prensipleri ile teklif edilemez.

Bu mülâhazaların hepsi doğrudur, yalnız inkârı kabil olmıyan bu düşüncelerden doğan mahzurun acaba önüne geçilemez mi?

Kanaatime göre bu mahzur kolayca önlenebilir. Bunun için tesis edilecek bir içtihat kâfidir. Esasen bu içtihat temyiz dördüncü hukuk dairesinin bahsi geçen 13/10/940 tarihili kararıyle tesis edilmişti. Bu kararda kabul edildiği gibi mahkeme dâvayı rüyet ederken tehiri icra kararı veya bu mahiyette takibi ihlâl edecek diğer bir karar vermezse mahzur kendiliğinden ortadan kalkar. İcra ve mahkeme safhaları kanunun çizdiği yollardan ayrı, ayrı yürürler.

İkinci mahzura gelince: İlk nazarda bu mahzur eski içtihadın en esaslı kusuru gibi görünür. Filhakika borçlu mahkemeden istihsal edeceği bir borçtan kurtulma ilâmiyle devam eden icra takibini tamamen iptal edebilir. Bu da hakkın suratle ihkakı gayesini güden icra ve iflâs kanunu hükümlerine uygun düşmez. Evvelâ alacaklıya icraen tahakkuk eden hakkının verilmesi lâzımdır, denilebilir.

İnce bir görüşle hukuki vaziyeti tetkik edersek ilk bakışta cazip görünen bu mülâhazaların yerinde olmadığını kolaylıkla tesbit edebiliriz. İzah edelim:

825

İcra dairelerinin vazifelerinin tahakkuk eden hakları sahiplerine süratle tevzi etmek olduğu malûmdur. Hakkı süratle dağıtmak gayesini takip eden vazıı kanunun bu maksadı temin için icra iflâs kanununda vazettiği 18 inci madde ile icra tetkik mercilerinde basit usulü muhakeme cari olacağını kabul etmiştir. Bu usulü muhakemeye göre merciin icra işlerinde yapacağı tetkikat bittabii mahkemelerin yapacakları tetkikat kadar esaslı olamaz. Mercice yapılan nisbeten sathi tetkikat neticesinde devamına karar verilen takibe mesnet teşkil eden senet veya vesikanın sahteliğini veya muhteviyatı olan meblâğın ödendiğini salâhiyetli mahkemenin katileşen ilâmiyle isbat eden borçlu aleyhindeki takibata devam edilmesinin adalet ve hakkaniyet kaideleriyle telifi imkânı yoktur. Vazıı kanunun icra ve iflâs kanununu tedvin ederken mücerret takibin ihlâl edilmemesi için bir şahsa borçlu olmadığı parayı haksız ödetmeği düşünmediği şüphesizdir. İcra dairesinin vazifesi hakkı alıp sahibine vermektir. Ortada alınacak bir hak ve bunu alacak bir haklı mevcut olmadığı mahkeme ilâmiyle katî surette tahakkuk ederse ideal adalet kaideleri o takibe devamı değil, bilâkis mesnetsiz kalan ve haksızlığı tebeyyün eden takibin derhal iptalini emreder. Haksızlığı anlaşılan takibe devam etmek bilmiyerek yapılan hatayı bilerek devam ettirmek demek olur ki bittabii bu da caiz değildir. Değişen içtihadın faydaları tevhidi içtihat kararının mahzurlarını teşkil edeceğinden bu karar hakkında ayrıca mütalâa beyanı lüzumsuzdur.

Mahsuzlarının muhassenatına galip olduğunu bu izahatla tebarüz ettirdiğimiz tevhidi içtihat kararının tatbikattaki yegâne faydası icra takibini her türlü müdahale ve taarruzdan masun bir hale getirmesidir. Bu karar sayesinde icra takipleri süratle devam edecektir. Fakat bu arada bazı hakların kaybolacağı ve borçlu olmıyanların haksız tediyat yapmağa mecbur kalacakları da aşikârdır. Bu karardan istifade eden suiniyet sahibi alacaklıların kendilerine haksız menfaat temin edecekleri inkâr edilemez. Haksızlığın kanun eliyle himayesi doğru olmıyacağından borçlulara takibi müteessir etmemek şartiyle borçtan kurtulma dâvası açmak hakkının tanınması daha muvafık olacaktır. Tahlil ettiğimiz tevhidi içtihat kararını biz şimdi severek tatbik ediyoruz. Ancak, bu vesile ile borçlulara takibi müteessir etmemek kaydiyle borçtan kurtulma dâvası açmak hakkının bir kanun hükmiyle tanınmasının adalet kaidelerine daha uygun ve maslahata daha muvafık olacağını kaydetmek isteriz.

Yazdıklarımdan borçlulara borçtan kurtulma dâvası açmak hakkının mutlak olarak verilmesi fikrinde olduğum mânası çıkarılmamalıdır. Ben katiyen bu fikirde değilim. Çünkü bu hakkın mutlak olarak borçluya verilmesi dâva hakkının suiistimaline sebebiyet verebilir. Borçlu tarafından bazı ahvalde vakit kazanmak; takibi uzatmak ve alacaklıya eziyet etmet mak-

826

sadiyle suiniyetle dâva açılmış olabilir. Bir hakkın başkasını ızrar eden suiistimalini kanun himaye etmez. Borçlunun dâva hakkını suiistimal etmek suretiyle suiniyetle açtığı bu gibi borçtan kurtulma dâvalarının mahkemelerce kabul edilmemesi adalet prensiplerine uygun olur. Meselâ misal olarak aldığımız aşağıdaki karar borçlunun suiniyetle hareketine bâriz bir örnek teşkil eder.

Borçlu (N) borcunu icra dairesinde ikrar ettiği halde icra takibi devam ederken borçtan kurtulma dâvası açmıştır. Dâvayı rüyet eden İzmir asliye mahkemesi tevhidi içtihat kararıyle tesis olunan içtihada istinaden dâvayı reddetmiştir. Dâvacı tarafından temyiz edilen hüküm temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesince tetkik ve (borçlunun icra dairesinde borcunu ikrar etmiş olmasına göre dâvanın reddine dair verilen karar binnetice kanuna uygun bulunduğu) beyaniyle tasdik edilmiştir. (5/2/940 T. ve 479/259 sayılı karar).

Kararın mucip sebeplerinden anlaşılacağı veçhile temyiz mahkemesi icra dairesinde borcu ikrar ettiği halde bilâhara dâva açan borçlunun ikame ettiği dâvayı hüsnüniyet kaideleriyle kabili telif görmeyerek asliye mahkemesinin hükmünü bu noktadan tasdik etmiştir. Filhakika icra dairesinde borcu ikrar ettiği halde bilâhara borçtan kurtulma dâvası açan borçluyu hareketinde mâzur görmeğe imkân yoktur. Bu vaziyette borçlunun icra takibini uzatmak maksadiyle hareket ettiği bedihidir. Suiniyetle hareket eden borçlunun bâriz olan suiniyetini kanunun himaye etmiyeceğini düşünerek mahkeme hükmünü tasdik eden temyiz mahkemesine hak vermemek elde değildir.

Borçlunun suiniyet sahibi olup olmadığının takdiri hâkime ait olduğundan hâdiseyi inceliyen hâkim takdir hakkını kullanarak kanun hükümleri içinde bunu serbestçe tesbit edebilir.

Borçlu ne gibi ahvalde suiniyet sahibi addedilebilir? Bu soruya cevap vermekte hâkim için güçlük olmasa gerektir. Hâkim kendisine arzedilen hadiseyi kanun hükümlerini nazara alarak akıl ve mantık dairesinde lâyıkıyle incelerse borçlunun suiniyetle hareket edip etmediğini verdiğimiz açık misalde olduğu gibi kolayca tefrik edebiliriz. Cumhuriyetin değerli ve feragatkâr hâkimlerinin bu tefrikı kolaylıkla yapabilecekleri şüphesizdir.

Fikrime göre hukuk mahkemelerimiz kendilerine arzedilen hâdiseleri tetkik ederken kanun ve içtihatların dar çerçevelerinden uzakta kalmalı, adaleti serbest takdir hakkına dayanarak tevzie çalışmalıdır. Adaletin bu şekilde tevzii kanunlarımızın ruhuna daha uygun olacaktır. Yani hâkimlerimiz tetkikat yaparken dâva ve hadiselerin şekline bağlanmamalı, açılan dâvanın hakka makrun, adalet ve hüsnüniyet kaidelerine uygun olup olmadığını araştırmalıdır.

827

No. 38

Yaş tashihi dâvalarında gıyap kararı

Yazan:
Ural EDIL
Şırnak Sulh Hâkimi

Hukuk muhakemeleri usulü kanunumuzun en son tadil edilen 398 inci maddesi (İki tarafın biri tahkikat veya muhakeme için tâyin olunan günde gelmediği veya gelipte cevaptan kaçındığı takdirde hakkında gıyap kararı verilir.) diye tasrih etmiştir.

Mevzuumuzu alâkadar eden Nüfus Kanunumuzun muaddel 11 inci Maddesinde (Tashihi sin ve kayıt ve isim dâvaları gerek kendi sin ve kayıt ve ismini tashih ettirmek istiyen şahsın ve gerek devairi müteallikasınca gösterilecek lüzuma binaen müddeiumumilerin müracaatı üzerine bidayet hukuk dairesinde Müddeiumumi hazır olduğu halde şahsı mezkûr ile Nüfus Memuru müvacehesinde alelusul muhakeme rüyet ve ilâma rapt olunur.) demektedir. Yine bu Maddenin 2 inci fıkrasında (Tashihi sin ve kayıt ve isim dâvaları ikame olunacak şahitlerin badettahlif şehadetleri veya ibraz olunacak kuyut ve vesaik münderecatı ile ispat olunabilir ve her surette zahiri halin dâvayı mükezzip olmaması şarttır.) diye zikretmektedir.

Usulümüzün 398 ve müteakip maddelerinden anladığımız şudur: Mahkemeye davet edilipte muayyen günde gelmiyen taraf hakkında gıyap kararı verilecektir. Gıyap kararının alâkadar tarafa tebliği üzerine muayyen müddette yine o taraf davete icabet etmezse artık muhakemenin gıyabında yapılması iktiza edecektir. Ve yine bu maddeden yapılan istidlâle göre, yaş, isim ve kayıt tashihi gibi Medeni hukukumuzun şahsi hukuk kısımını ihtiva eden hususatta da 398 inci maddedeki umumi hükmün tatbiki lâzımgelecektir.

Yalnız hususi bir kanun olan Nüfus Kanunun 11 inci maddesinin ilk fıkrası, yaş, isim ve kaydı tashih edilecek şahsı mezkûr ile Nüfus memuru muvacehesinde ve Müddeiumumi hazır bulunduğu halde bu muhakemenin yapılıp bir hükme raptolunabileceğini âmir olduğu gibi aynı maddenin 2 inci fıkrası da yine bu gibi nüfus dâvalarında, gerek bu dâvanın şahadetle ispatı ve gerekse kuyut ve vesaik ibrazı ile ispatı halinde de zahiri halin dâvayı mükezzip olmamasını şart koşmaktadır.

828

İsim, kayıt ve bilhassa mevzuumuzu teşkil eden yaş tashihi dâvalarında yaşı tashih edilecek şahsın, zahiri halinin dâvaya uygun olup olmadığının mahkemece takdiri için de, o şahsın muhakak mahkemede ispatı vücut etmesi lâzımgelecektir. Her ne kadar yaşı tashih edilecek şahsın doktora muayenesile teşekkülâtı bedeniyesi ve zahiri hali tesbit edebileceklerse de bu şahsın yaşı hakkında, geniş takdir hakkına sahip hâkimin kanaatına istinaden takdir hakkını kulanabilmesi ve ittihaz edeceği hükümde temamen isabet olabilmesi için şahsı mezkûru mutlaka mahkemede görmesi lâzımgeliyor. Çünkü doktorun vereceği raporda hâkimi ittihaz edeceği hükümde takyit etmiyen bir ehli vukuf raporu mahiyetinde olacağı gibi mevzu bahis dâvalarda ikame olunacak şahadet beyyinesi de, bu zahiri halin tesbitine kifayet etmiyecektir.

Bu hale göre Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun mezkûr maddesiyle Nüfus Kanunumuzun 11 inci maddesi arasında bir tenakuz görülüyor demektir. Filhakika 11 inci Maddenin hükmünün yerine getirilebilmesi için yaş tashihi ve emsali dâvalarda gıyap kararının verilmemesi ve dâvanın şahsı mezkûrun muvacehesinde tetkik ve rüyet ve bir karara raptı icap eylediği ve 398 inci madde hükmünün de yerine getirilebilmesi için yaş tashihi dâvaları da dahil olduğu halde bütün hukuk dâvalarında gıyap muamelesinin cari olması lâzımgelecektir.

Yüksek Temyiz Mahkemesi 2 inci Hukuk Dairesi Yüksek Makamının 2/6/941 gün ve 2350 esas ve 1606 karar sayılı olup ittifakla verilen kararında, görülmekte olan bir yaş tashihi dâvasında (Mahkemeye gelmiyen Müddeialeyhe gıyap kararı tebliğ edilmesi muktezi iken bundan zuhul edilmesini) Usul Hükümlerine muhalif bir nakız sebebi saymaktadır. Yüksek Mahkemenin Kanun ve Usul Hükümlerine uygun bulunan bu Bozma sebebi de yine Nüfus Kanunumuzun 11 inci maddesiyle taaruz teşkil etmektedir.

Usul Kanunumuzun mevzuubahis hükmü ve Yüksek Temyiz Mahkemesinin mezkûr Kanuni içtihadı, isim ve kayıt ve bilhassa yaş tashihi dâvalarında tatbik edildiği takdirde Hâkimin müşkülatla karşılaşmasını ve Mahkemeye gelmiyen Müddeialeyhin gıyabında muamele yapmak mecburiyeti dolayısiyle yaşı tashih edilecek şahsı görmeden ve onun nasiyei halinin dâvayı teyit edip etmediğine kanaatı tamme getirmeden hüküm vermesini gerektirecektir. bu da Hâkimin bu gibi dâvalarda isabetli ve kanunun istediği şekilde karar vermesine bir engel teşkil etmiş olacaktır.

829

Kanaatıma göre, nasıl ki yaş tashihi ve emsali Nüfus dâvalarında taraflardan birini teşkil eden Nüfus Memurunun hazır bulunmaması dâvanın tetkik ve rüyet ve intacına mani ise, ve yapılan tebligata rağmen Mahkemeye gelmiyen Nüfus Memuru hakkında gıyap muamelesi yapılamıyorsa, zahiri hali dâvaya tamamen müessir bulunması hasebiyle bu gibi dâvalarda da diğer tarafın Mahkemede ıspatı vücut etmememsinin dâvanın tetkik ve bir hükme raptına mani teşkil etmesi iktiza eder.

Eğer Usulümüzün 398 inci Maddesiyle Nüfus Kanunumuzun 11 inci Maddesi arasında bir tenakuz mevcut ise (ki mevzuubahis maddeler hükmüne göre mevcuttur) tatbikat bakımından ve Hâkime Kanunun bahşeylediği takdir salâhiyetinin lâyıkıyle istimali bakımından bu tenakuzun izalesi ve Usulümüzün 398 inci maddesine yalnız Nüfus dâvalarına münhasır olmak üzere bu Maddenin bir istisnası olacak bir fıkranın eklenmesine zaruret vardır.

830

Bibliyografya

İSMAİL HAKKI TUR: *Medeni kanunumuzdaki boşanma sebepleri. Kanun ve içtihat bakımından mukayeseli bir tetkik*, (Medeni kanunun 15 inci yıl dönümünden ayrı bası.) Kenan Matbaası İstanbul 1944 S. 27.

Medeni Kanunumuzun 15 inci yıl dönümü münasebetile İstanbul Üniversitesi bir çok güzide hukukçularımızın değerli yazılarını toplıyan bir eser hazırlamıştı. Esere giren yazılar arasında Sayın İsmail Hakkı Karafakı'nın medeni kanunumuzdaki boşanma sebeplerinin kanun ve içtihat bakımından mükayeseli bir şekilde inceleyen etüdünü de görüyoruz. Boşanma hukuku bahranından bahsedildiği; medeni kanunun boşanma sebepleri hakkında sayısız mütalâaları ileri sürüldüğü şu sırada bu yazı, gerek konusu, gerek ihtiva ettiği malzeme ve vardığı sonuçlar bakımından alâka verici bir mahiyet kazanıyor.

Yazıda, önce bizde boşanma hukukunun tarihçesi kısa fakat eksiksiz bir şekilde belirtilmiş, bundan sonra umumiytle boşanma sistemlerinin tarihçesi ve bu gün yürürlükte bulunan kanunlara bulunan esaslar izah edilmiştir. Daha sonra, medeni kanunumuzun boşanma sebepleri bakımından kabul ettiği sistem etraflı bir şekilde açıklanmış, her boşanma sebebinin temyiz mahkemesi tarafından nasıl tefsir edildiği anlatılmış ve Türkiyedeki boşanma dâvalarının ekserisine sebep teşkil eden şiddetli geçimsizlik üzerinde bilhassa durmuştur. Müellife göre Türk ve İsviçre mahkeme içtihatları arasındaki ayrılığın başlıca üç sebebi vardır: A) Kanunun tercümesinde aslına sadık kalınmaması, B) temyiz mahkemesi medeni kanunun usul hükümlerini tefsirde usul kanununun sert kaidelerile kendini bağlı sayması C) Temyiz mahkemesinin halin icaplarına göre tefsirden sakınarak kelimelere sadık kalmasıdır. Yazının bu cihetleri izah ve temyiz mahkemesi içtihatlarını tenkit eden kısmı son derece dikkata lâyıktır. Kolay ve akıcı bir üslûpla yazılan inceleme, boşanma usulünün kolaylaştırılması, hâkimin takdir hakkını isabetli kullanması, boşanma sebeplerinin " kazüstik" bir şekilde çoğaltılması ve bütün bu ıslahat esnasında teenni ile harerket edilmesi temennisile sona ermektedir.

F.A.

***

831

ORD. PROF. DR. E. HİRŞ — DOÇ. DR. HALİL ARSLANLI: *Hukuk meseleleri .I Kara ve deniz ticareti hukuku.* İstanbul Üniversitesi yayınları No.229. İstanbul 1944 222 S.120 kuruş.

Bize çok bilen, fakat bir şey yaratmıyan bilgin değil, bilgi hammalı olmıyan, fakat doğru usullerle doğru muhakeme etmesini bilen, yaratıcı bilgin gerek. Profesör Hirş, bu gayeye hizmet etmesi bakımından değeri büyük olan «Pratik Hukukta Metot» adlı eserini aynı gayeyi gütmesi itibarile tamamlıyan yeni bir eser neşretmiş bulunyor: **Hukuk meseleleri.**

«Hukuk meseleleri», hukuk fakültelerimizde nazari dersler kadar ve devamı mecburi olan amelî dersler için dek faydalı bir çalışma vasıtası teşkil edecek olan bir eserin ilk cildidir. Bu ciltte, deniz de dahil olmak üzere ticaret hukukunun bütün şubelerine temas eden 488 numara altında sıralanmış takriben 2000 muhtel f mesele mevcuttur. Bu meseleler kara ve deniz ticaretinde mutât olan taksim usulüne göre sistematik bir şek lde tanzim ve tertip edilmiştir.

Bu derlemenin gayesi, talebeyi düşünmeğe ve nazari derslerden edindiği bilgiyi tatbika alıştırmak, talebenin hukukî kabiliyetini artırma ve «düşünebilen» hukukçu yetiştirmek olduğundan, meselelerin hal suretleri kitaba dercedilmemiştir. Bilhassa hukuk fakültesi talebesine hitap eden bu eser nevi içinde biricik olması, ihtiva ettiği meselelerin zenginliği ve tenevvüü, düşündürmek kabiliyetinin yüksekliği bakımından bütün hukukçuları alâkadar edecek bir değer taşımaktadır.

F.A.

***

ORD. PROF. DR. E. HİRŞ: *Zilyetliği gasp ve ona tecavüz. (Fuzuli işgal) den doğan tazminat (ecri misil.) Talepleri.* Medeni kanunun 15. inci yıl dönümünden ayrı basısı. Kenan Matbaası. 1943 İstanbul. Sayfa 25.

Bugün yürürlükte bulunan ana kanunlarımızın kullanmamasına rağmen, mahkeme içtihatlarında daima raslanan «fuzuli işgal, ecri misil» tabirleri bir çok karışıklıklara, hatta haksızlıklara mahal bırakan, müphem ve tehlikeli ve bu itibarla hukuk dilimizden atılması gereken tabirlerdendir. Hukukî mahiyeti bir birinden çok farklı vaziyetlerde alışkınlığın sevkile veya daha sarih bir hal şeklini bulmak külfetinden kurtulmak için bu terimlerin kullanıldığını görüyoruz. Hukuk dili diğer bütün ilimlerde olduğu kadar, hatta onlardan çok daha fazla açıklık ve kesinlik isteyen bir dildir. Mahkeme kararları hakkında yazdığı tenkit, tahlil yazılarile,

832

nazariyatın tatbikata yol göstermek, onun çeşitli meselelerini vahdete irca ile sağlam temellere istinat ettirmek gibi faydalı bir vazifesi olduğunu gösteren Profesör Hirş, bilgisinin pertevsizini temyiz mahkemesinin değişik içtihatlarına ve nazariyatta hararetli münakaşalara sebep olan fuzuli işgal ve ecri misil meselesi üzerine tutmuş ve gerçekten istifade ile okunan bir inceleme hazırlamıştır.

Yeni kanuna alışmak için bırakılan müddetin azlığını gözönünde bulundurarak bu alanda yapılan zuhulleri mâzur gören Profesör, temyiz mahkemesinin *ecri misilden doğan mutalebenin tâbi olduğu müruru zaman hakkında* muhtelif tarihlerde bir birini tutmayan kararları sıraladıktan sonra «ecri misil» tabirinin muhtelif istimal şekillerini tahlil ederek bu tabirin bir birinden ayrı üç manada kullanıldığını tesbit etmiştir :

a) Muayyen kira bedelinin aksine olarak mahallin örf ve âdetlere göre hesap ve tesbit edilebilir kira bedeli.

b) Borçlunun vadinde durmayarak şeyi alacaklıya zamanında teslim etmemesinden yani gecikmesinden doğan temerrüt tazminatı,

c) Mevcut veya mukaddem bir akit, bulunmadan haksız surette zapt ve işgal suretile hukukî menfaatları haleldar olan gayrımenkul malikinin talep ettiği tazminat.

Temyiz kararlarında ve nazariyatta ecri misil tabirinin son manada kullanıldığını bildiren müellif çok haklı olarak hâkimlerimizin kanuni ıstılah'ları kullanması gerektiğini hatırlattıktan sonra meseleyi şu şekilde vaz ediyor: Bir kimse, malik veya hakiki zilletin rızası olmaksızın veya muhalefetine rağmen bir şeyi gasp ederse işgal müddeti için kiraya mümasil bir bedel itası ile mükellef midir? Bu bedelin hukuki sebebi ne olabilir? Ortada bir akit bahis mevzuu olmadığından bu bedel ancak haklı dir sebebe istinat etmeyen zilyetlik (MK. 909 — 895) Haksız fiil BK. 41 Vd. Sebebsiz iktisap (BK. 61 Vd) , veya vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf. (BK. 410) gibi kanuni sebeblerden binine istinat edebilir Profesör bu vaziyetleri bilhassa haksız zilyetlikten doğan talepleri dikkatle incelemiş ve bu arada, 2311 sayılı kanununa, 897 madde mucibince istenecek tazminatın mahiyetine bilhassa tapu sicilline henüz kaydedilmemiş gayrımenkuller hususunda medeni kanunun 890—900 uncu maddelerinde mevcut karinenin tatbik edilip edilmeyeceği meselesine temas etmiştir. Gayrımenkul hukukumuz son derece mühim olan son meselede bir kanun boşluğu bulunduğunu ifade eden Profesör, Hombergernin kanaatı hilâfına, fakat Wieland, Martin Wolff tarafından müdafaa edilen fikre ıltihak ederek tapu sicilline kayıtlı olmıyan bir gayrımenkulün zilyeti onun malıki addolunacağını, bir kimse şahsı veya mülkiyetten gayrı bir ayni hakka dayanarak bir gayrimenkulün

835

zilyetliğini iktisap ederse bu hakkının mevcut farz olunacağını kabul etmektedir. Şu kadarki, zilyet bu karineyi, o şeyi kendisine vermiş olana karşı kullanamaz.

Sayın profesör tetkiklerini şu suretle bitiriyor: MK. 895 ilâ 908 inci maddeleri haksız fiil, sebebsiz mal iktisabı ve vekâleti olmadan başkası namına tasarruf hükümlerinden ayrı bir mesuliyet esasına tâbi tutmuştur. Malı gaspedilen veya tecavüze uğrayan zilyet, diğer mesuliyet sebepleri tahakkuk etmez ve bunlar yeter bir teminat arzetmezse 895 — 908 maddelere dayanarak tazminat isteyebilir. Bu tazminat talebi ise on yıllık müruru zamana tâbidir.

F. A.

* * *

Son İçtihatlar. Fasikül Üç. 1944 Fiatı 50.

İstanbul sulh ceza hâkimi Fevzi Muhip Alperen, İstanbul Müddei U. muavinlerinden Yakup Şekip Musluoğlu, (Siparişler bu son naşir namına yapılmalıdır.) ve İstanbul müddei muavinlerden Necati Volkan tarafından neşredilen içtihatlar dergisinin üçüncü sayısı da zengin münderecatla çıkmıştır. Yüksek mahkememizin kararlarını muntazam bir şekilde tasnif ve hususiyetlerini tebaruz ettiren Son İçtihatlar mecmuasının, zamanla memleketimizin (Journal Des Tribunaux) su haline gelmesini dileriz.

F. A.

HUKUK DEGİSİ.sayı 2.fiyatı 50Kr.(Ankara Posta kutusu 463).Ankaramızda hakiki bir ihtiyaca cevap teşkil eden bir değer ve mahiyet taşıyarak intişar eden HUKUK DERGİSİ, nin ikinci sayısı yayınlanmış bulunuyor. Bu sayıda Millî Hukukumuz adlı baş yazıdan sonra Ankara asliye 4. Hukuk hâkimi Bay *Tahir Sebük'ün* iştira hakkı adlı muhtasar fakat gerçekten müfid makalesini, Ankara ağır Ceza âzasından Bay *Reşat Bayramoğlu'nun* evrakta sahtekârlık başlıklı ve Temyiz mahkemesi ceza umumi heyetinin bir kararını tahlil eden bir yazısını, Ankara Ticaret dairesi Reisi *Ali Yigit'in* Temyiz teşkilâtının takviyesi serlevhalı ve istinaf mahkemeleri ihdasını bu gün için maddeten imkânsız gören telkinkâr düşüncelerini buluyoruz.

Bundan başka Anket,Temyiz ve Devlet şûrası kararları ve yeni çıkan kanunları bildiren kısımlar mecmuanın pratik değerini artırmaktadır.

Bu güzel dergiyi bütün hukukçulara tavsiye ederiz.

F. A.

83 4

Terfilerine halen kazaî ve inzibatî engel olmıyan muavin, hâkim ve müddeiumumilerle hâkim sınıfından sayılanların ağustos /944 sonuna kadar terfi müddetlerini bitirenlerin sicil sıra numarası itibarile isimlerini gösterir liste hâkimler kanununun 29 uncu maddesi gereğince her meslek sınıfları için ayrı ayrı hazırlanarak aşağıda gösterilmiştir.

Kendilerini terfia şayan gördükleri halde bu listede isimlerini bulamıyanlar mezkûr maddenin ikinci fıkrası gereğince neşir tarihinden itibaren bir ay içinde 2 No. lu ayırma meclisine yazılı olarak itiraz edebilirler.

Hâkimlik Sınıfı

4 üncü derece hâkimlik sınıfına ait liste

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	205	Sakıp Esen	Samsun asliye hukuk hâkimi
2	511	Sami Özkaya	Kırşehir müddeiumumisi
3	908	Ali Yeğit	Ankara ticaret mahkemesi Reisi
4	1086	Etem Kaymak	Tunceli hukuk hâkimi
5	1339	Rıza Yardım	İzmir hukuk hâkimi
6	1701	Sabri Yoldaş	Ankara ağır ceza Reisi
7	1775	Cemil Altay	Ankara C. Müddeiumumisi
8	4363	Cemil Ayata	Adliye Baş Müfettişi

5 inci derece kâkimlik sınıfına ait liste

1	178	Fehmi Erkan	Ayvalık Kadastro hâkimi
2	219	Muzaffereddin Arkan	Ankara hâkimi
3	284	Tahir Sencer	Sivas ceza hâkimi
4	359	Hamdi danişoğlu	Tunceli ağırceza Reisi
5	479	Bahaddin Ural	Rize hukuk hâkimi
6	668	Abdülcelil Bayar	Urfa ağırceza Reisi
7	841	Fehmi Atabay	Van hâkimi
8	842	Ali Arın	Muş hâkimi
9	1080	Hulûsi Turan	İstanbul kadastro hâkimi
10	1122	Kenan Ataergin	İstanbul asliye ceza hâkimi
11	1154	Zühtü Uzman	Aksaray hâkimi
12	1554	Fazlullah Şenol	Alanya hukuk hâkimi
13	2065	Ahmet Sabri Işıl	İstanbul asliye hukuk hâkimi

835

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
14	2114	Cevdet Günday	Giresun ceza hâkimi
15	2136	Hilmi Ayık	Malatya caza hâkimi
16	2195	Fuat Yazıcı	Akşehir hukuk hâkimi
17	2920	Lütfü Erkan	Burhaniye hâkimi
18	3313	İsmail Ergüven	Kocaeli hukuk hâkimi
19	3549	Şevki Taşcıoğlu	Çal ceza hâkimi
20	3771	Nusret Tunçalp	Hukuk işleri umum müdür baş muavini
21	4052	Celâlettin Toksoy	İstanbul ceza hâkimi
22	4054	Nail İnci	İstanbul t caret mahkemesi Reisi
23	4361	Sabri Sidar	Uşak hâkimi

6 ıncı derece hâkimlik sınıfına ait liste

1	175	Avni Üstel	Akseki hâkimi
2	239	Ahmet Titrek	Ürgüp ceza hâkimi
3	648	Celâlettin Taşpınar	Yozgat hukuk hâkimi
4	688	Veysi Bayar	Diyarbakır ceza hâkimi
5	768	Şemsettin Aklan	Arapsun hâkimi
6	989	Muhtar Akşener	Saimbeyli hâkimi
7	1221	Faik Köstendillioğlu	Bolu ceza hâkimi
8	1228	Kasım Ünal	Salihli hâkimi
9	1265	Fevzi Onay	Yalvaç hukuk hâkimi
10	1290	Tevfik Önen	Alanya hâkimi
11	1416	Selâhattin Erkıvanç	Karacabey ceza hâkimi
12	1478	Hakkı Gürsoy	Polatlı hâkimi
13	1734	Nuri Bilgin	Kırklareli ceza hâkimi
14	1918	Sadık Yüce	Palu hâkimi
15	1932	Sabri Atay	Kayseri hukuk hâkimi
16	2553	Tevfik Özdöl	Ermenâk hâkimi
17	3412	Avni Günel	Aydın ceza hâkimi
18	3429	Suphi Andiç	Seferihisar hâkimi
19	3665	Emin Nami Güven	Kırşehir hukuk hâkimi
20	3682	Hüsamettin Eroğlu	2 inci sınıf adliye Müfettişi
21	3847	İzzet Giritlioğlu	Bilecik ceza hâkimi
22	4146	Cevat Erkul	2 inci sınıf adliye Müfettişi
23	4047	Halil Kâmil Günas	Zonguldak asliye ceza hâkimi
24	4113	Kâzım Suda	İstanbul ticaret Reisi
25	4160	Hüseyin Timur Kalkay	Foça hâkimi
26	4297	Osman Necdet Aral	Ordu hukuk hâkimi

836

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
27	5185	İhsan Köknel	Ankara hâkimi
28	5200	Lütfü Akadlı	Ankara millî korunma hâkimi
29	5382	Mehmet Arıkan	İkinci sınıf adliye müfettişi
30	5416	Orhan Babaoğlu	Mudanya hâkimi
31	5444	Niyazi Karkazan	Yalova hâkimi
32	6191	Sakıp Güran	Ceza ve tevkif evleri umum M. I inci Şube Müdürü
33	7132	Zahit Özbulak	İstanbul asliye ceza hâkimi

7 inci derece hâkimlik sınıfına ait liste

1	224	Rasim Akyokuş	Yeşilova hâkimi
2	604	Hüseyin Cahit Gürkaş	Diyarbakır ceza hâkimi
3	622	Abdülbari Uğur	Ankara hâkimi
4	987	Sadık Oğuz	Orhaneli hâkimi
5	994	Rüştü Teymuroğlu	Gördes hâkimi
6	1060	Rüştü Olcay	Nevşehir hukuk hâkimi
7	1141	Hikmet Ayaz	Tokat âzası
8	1241	Agâh Apaydın	Silifke hukuk hâkimi
9	1690	Niyazi Hakgüden	İstanbul sulh hâkimi
10	1835	Şerafettin Orhon	Kastamonu ağır ceza âzası
11	1845	Cevdet Nurhat	Taşköprü hukuk hâkimi
12	1900	Nuri Özak	Karaisali hâkimi
13	1995	Alâettin Kirman	Kastamonu sulh hâkimi
14	2047	Şevket Yiğit	Bayramiç hâkimi
15	2132	Sabri Çıtakoğlu	Ankara sulh hâkimi
16	2921	Halit Özbay	Çatalca ceza hâkimi
17	3129	Ahmet Vehbi Çıkrık	Gönen hukuk hâkimi
18	3218	Ziyaeddin Serim	Giresun âzası
19	3917	Ekrem Uyanık	Şile hâkimi
20	4055	Halil Soysal	Çemişkezek hâkimi
21	4110	Tahir Özakman	Aydın âzası
22	4128	Arif Aydın	Tavas ceza hâkimi
23	4178	Hulûsi Alemdar	Zile ceza hâimi
24	4259	Şükrü Demirkan	Burhaniye sulh hâkimi
25	4723	Celâlettin Türkgeldi	İstanbul sulh hâkimi
26	4772	Mehmet Bilgin	Acıpayam ceza hâkimi
27	4905	Akil Önder	Ankara sulh hâkimi
28	4910	Lütfü Kaynak	Afyon âzası
29	5023	Remzi Aytekin	Çankırı âzası

832

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
30	5159	Emin Bilgiç	Sivas hukuk hâkimi
31	5160	Hami Kural	Ordu âzası
32	5162	Salih Ertem	Adana icra hâkimi
33	5199	Salim Başol	İstanbul ağır ceza âzası
34	5235	Nurettin Faydagör	Urfa ceza hâkimi
35	5240	Sıtkı Şefkatlioğlu	İstanbul sulh hâkimi
36	5259	Yümnü Oktar	Adana sulh hâkimi
37	5319	Hadi Dömer	Akhisar ceza hakimi
38	5325	Recep Toksöz	Köyceğiz hâkimi
39	5414	Hamdi Öner	Ankara sulh hâkimi
40	5590	Nezahet Göreli	Ankara sulh hâkimi
41	5665	Avni Tümerden	İstanbul sulh hâkimi
42	5678	Nuri Ülgenalp	Hukuk İşleri U. Müdür muavini
43	5789	Kaya kırılmaz	Manisa hukuk hâkimi
44	5988	Nevzat Tüzünkan	Ankara icra muavin hâkimi
45	5992	Abdulkadir Ulusoy	Eskişehir asliye ceza hakimi

8 inci derece hâkimlik sınıfına ait liste

1	188	Kemalettin Akşit	Emirdağ hukuk hâkimi
2	203	Hakkı Tüzüner	Denizli âzası
3	698	Nazif Kötanoğlu	Mecitözü ceza hakimi
4	724	Niyazi Erol	Kırşehir âzası
5	1397	Yusuf Ziyaettin Can	Ceyhan ceza hâkimi
6	1539	Hikmet Tüzer	Konya âzası
7	2083	Ahmet Fikri Doğanoğlu	Şarkışla ceza hâkimi
8	2787	Fethi Ünver	Ankara hâkimi
9	3269	Sabrı Akgören	Keskin ceza hâkimi
10	3653	Vehbi Baykan	İsparta sulh hâkimi
11	3709	Avni Tatay	Karaman sulh hâkimi
12	3938	Ahmet Karaçam	Vize hâkimi
13	3990	Abdulkadir Karas	Bozcaada hâkimi
14	4266	Hakkı Alpsoy	Bitlis hukuk hâkimi
15	4774	Cemil Refet Korur	İstanbul sulh hâkimi
16	4864	Niyazi Bayram	Kula hukuk hâkimi
17	4920	Kemal Berk	Tosya hâkimi
18	5047	Halil Lütfü Erol	Osmancık hâkimi
19	5209	Nafiz Özada	Gediz ceza hâkimi
20	5248	Hakkı Yılmaz	Gümüşhane hukuk hâkimi
21	5261	Selâmi Kuzucuoğlu	Tirebolu hukuk hâkimi
22	5263	Şerafettin Demircioğlu	Acıpayam hukuk hâkimi
23	5390	Mehmet Erdemir	Nallıhan hâkimi

838

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
24	5504	İsmail Bozkurt	Yalvaç ceza hâkimi
25	5561	Arif Kartın	Keşan hukuk hâkimi
26	5562	Kemal Dirik	Soma hâkimi
27	5583	İzzet Gür	Rize sulh hâkimi
28	5603	Özdemir Tüzer	Bartın ceza hâkimi
29	5672	Sıtkı Tunçaral	Alanya ceza hâkimi
30	5897	Muammer Bahşi	Demirci hâkimi
31	5944	Feridun Kırmacı	Bozöyük hâkimi
32	6008	Hakkı Güngör	Kars âzası
33	6035	Mefharet Sezel	İstanbul ticaret mahkemesi âzası
34	6193	Necati Erdem	Bolu sulh hâkimi
35	6196	Hüsnü Aydınlı	Üsküdar sorgu hâkimi
36	6197	Refet Göğüş	Siverek hukuk hâkimi
37	6246	İhsan Serim	Konya âzası
38	6285	Ragıp Özgökmen	Ayancık hâkimi
39	6293	Şevket Teoman	İstanbul sulh kâhimi
40	6325	Salâhattin Okuroğlu	Keban sulh hâkimi
41	6424	Şükrü Güneymen	Adapazarı ceza hâkimi
42	6436	İbrahim Kepeçioğlu	Uşak ceza hâkimi
43	6437	Zühtü Saka	Niğde âzası
44	6447	Ali Enver Dayanç	Samsun âzası
45	6459	Kâzım Karay	İstanbul sulh kâkimi
46	6462	Eyüp Sabri Erman	Zonguldak hukuk hâkimi
47	6464	Hulûsi Oskay	Dinar ceza hâkimi
48	6469	Kahraman Koç	Çorum sulh hâkimi
49	6472	Mustafa Önal	Sandıklı ceza hâkimi
50	6581	Tahir Çağa	İstanbul hâkim muavini
51	6662	Hamdi Dinçer	Bolvadın ceza hâkimi
52	6663	Şekip Turgut Süelkan	Beypazarı hukuk hâkimi

9 *uncu derece hâkimlik sınıfına ait liste.*

1	1668	Zaynelabidin Turhan	Siirt ceza hâkimi
2	2672	Hasan Rıza Alparslan	Mut sorgu hâkimi
3	2861	Ziya Onat	Nazilli sorgu hâkimi
4	3008	Fevzi Ayan	Çorum surgu hâkimi
5	3058	Rifat Berk	Uşak surgu hâkimi
6	3639	Hasan Savaş	Adapazarı sorgu hâkimi
7	4096	İsmail Fuat Aker	Niğde sorgu hâkimi
8	4122	Adil Oktay	Simav sorgu hâkimi

859

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
9	4256	Nuri Oğuzer	İskilip sorgu hâkimi
10	4268	Hidayet Ertem	Rize sorgu hâkimi
11	4271	Hulki Güleç	Van sorgu hâkimi
12	4309	Halil Sukûtî	Çanakkale sorgu hâkimi
13	4488	Eyüp Sabri Uğur	Mustafa kemalpaşa sorgu hâkimi
14	4496	Hamdi Onur	Gelibolu sorgu hâkimi
15	4553	Celâleddin Ayhan	Nallıhan sorgu hâkimi
16	4559	Şaban Akdölek	Trabzon sorgu hâkimi
17	4576	İhsan Tümkan	Edirne sorgu hâkimi
18	4868	Saim Könüman	İstanbul sorgu hâkimi
19	4875	Kâmil Kutlay	Bozöyük sorgu hâkimi
20	4934	İlhami Giray	Burdur sorgu hâkimi
21	4937	Emin Sönmez	Eskişehir sorgu hâkimi
22	4949	Memduh Özdemir	Karaman sorgu hâkimi
23	4999	Necip Nadir Omay	Çölemerik sorgu hâkimi
24	5114	Necmettin Cantürk	Antalya sorgu hâkimi
25	5239	İ.İlhami Çetin	Çankırı sorgu hâkimi
26	5255	Âlim Şakar	Seferihisar sorgu hâkimi
27	5350	Hüseyin Elgin	Sandıklı sorgu hâkimi
28	5497	Şerafettin Tunçalp	Cide sorgu hâkimi
29	5522	Sayfettin Tekinalp	Sürmene sorgu hâkimi
30	5550	Cemil Atalay	Daday sorgu hâkimi
31	5630	Fehmi Okutan	Tarsus sorgu hâkimi
32	5632	Hakkı Ağar	Maraş sorgu hâkimi
33	5769	Emin Tepebaşlı	Mudurnu sorgu hâkimi
34	5906	Şefik Ulukan	Şarköy sorgu hâkimi
35	5911	Asım Çelik	Manisa sorgu hâkimi
36	6011	S. Dündar Pınarbaşı	Niğde âzası
37	6523	Hasan Mülâyim	Bor ceza hâkimi
38	6525	Mehmet Gürdoğan	Şiran sulh hâkimi
39	6532	Kurban Karşı	Maden hâkimi
40	6534	Hatice Teşrekli	Adana sulh hâkimi
41	6537	piraye Pilavoğlu	İzmir ticaret mahkemesi âzası
42	6547	Mehmet Faik Çıvga	Adana sulh hâkimi
43	6549	Şükrü Eroğlu	Ermenâk ceza hâkimi
44	6560	Bedri Özkaya	Bursa sulh hâkimi
45	6561	Fahrettin Doğu	Saray hâkimi
46	6585	Meryem Önsoy	Çorum âzası
47	6587	Nezihe Kolankaya	Kütahya sulh hâkimi

849

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
48	6618	Adil Tola	Karacasu hâkimi
49	6620	Tevfik Fikret Baran	Antalya sulh hâkimi
50	6623	Ziya Göktürk	Nizip hâkimi
51	6643	Mustafa Enver Haktanır	Söğüt hâkimi
52	6648	Meliha Barlas	İstanbul sulh hâkimi
53	6689	Ali Saim İnselel	Hopa hâkimi
54	6690	Muazzez Savaşkan	İstandul sulh hâkimi
55	6786	Mürüvvet Doğu	Bursa sulh hâkimi
56	6791	Emine Mübeccel Üzer	Bandırma sulh hâkimi
57	6792	Lâmia Sezer	Bursa sulh hâkimi
58	6797	Fethi Turan	Terme hâkimi
59	6799	Ahmet Çelebi	Ödemiş ağır ceza Âzası
60	6802	Meliha Toros	Adana sulh hâkimi
61	6807	Saadet Targu	İstanbul sulh hâkimi
62	6810	Saim Sutekin	Pazarcik hâkimi
63	6811	Bahaattin Çakıt	İzmir sulh hâkimi
64	6814	Ayşe Hikmet Tezgören	Adapazarı sulh hâkimi
65	6830	Saime Aksoylar	Adapazarı sulh hâkimi
66	6862	Nigâr Saracoğlu	Manisa sulh hâkimi
67	6886	Şevki Yurtsever	Mardin sorgu hâkimi
68	6908	Sabriye Turgay	Ankara sulh hâkimi
69	6912	Belkıs Uysal	Bursa Âzası
70	6918	Ahmet Atasoyuer	Dem'rköy sulh hâkimi
71	6920	Haydar Cavit Timür	Rize Âzası
72	6921	Şahabettin Arıç	Ankara sulh hâkimi
73	6925	Salim Yamaner	Şarkikaraağaç sorgu hâkimi
74	6930	Osman Celâl Ökten	Milâs ceza hâkimi
75	6931	Sadettin Gökay	İstanbul icra muavin hâkimi
76	6933	Mustafa Kınık	Amasya Âzası
77	6938	Kadri Karafakıoğlu	İzmir Âzası
78	6941	Hüseyin Ersin	Ayvacık hâkimi
79	6945	Akif Köksel	Ankara sulh hâkimi
80	6949	Yaşar Kozanoğlu	Malatya sulh hâkimi
81	6950	Sabahat Kurtuluş	Tarsus sulh hâkimi
82	6953	Ahsen Aral	Antakya sorgu hâkimi
83	6961	Nesip Uysal	Göynük hâkimi
84	6968	Edip Araslı	Divriği hâkimi
85	6970	Naciye Yüngül	Samsun sulh hâkimi
86	6971	Muazzez Tümer	Uşak sulh hâkimi
87	8704	Abdülkadir Oğuz	Ankara hâkim muavini

841

10 uncu derece hâkim muavinliği sınıfına ait liste

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	2552	Necati Gökmen	Mihalıççık sorgu hâkimi
2	4295	Ahmet Hilmi Sorucu	Sorgun sorgu hâkimi
3	4339	Zeki Kaymaz	Andırın sorgu hâkimi
4	4789	Rahmi Tekin	Marmaris sorgu hâkimi
5	5431	İsmail Hakkı Sansal	Nizip sorgu hâkimi
6	5458	Azmi Otyakmaz	Tirebolu sorgu hâkimi
7	6030	Tahsin İnan	Geyve sorgu hâkimi
8	6087	Hakkı Ün	Giresun hâkim muavini
9	6450	Tacettin Akı	Çerkeş ceza hâkimi
10	6485	Enver Ergin	Mazgirt hâkim muavini
11	6502	Nuri Çağlayan	Karamürsel sorgu hâkimi
12	6939	Zerrin Akgün	Alaca hâkimi
13	7845	Fethi Atasagon	Orhaneli hâkim muavini
14	7883	Basri Erk	Ardahan hâkim muavini
15	7888	Ali Süreyya Baran	Eleşkirt sulh hâkim muavini
16	7917	İsmail Çelikoğlu	Erzincan hâkim muavini
17	7936	Adnan Selekler	Borçka sulh hâkim muavini
18	7981	Ziya Bayburtluoğlu	Hınıs hâkim muavini
19	7985	Nusret İren	Çemişkezek hâkim muavini
20	7890	İsmail Emre	Hozat hâkim muavini
21	7983	Münir Oktay	Terme hâkim muavini
22	7986	Vahit Esensoy	Pasinler hâkim muavini
23	7989	Cemal Türkkan	Çınar sulh hâkim muavini
24	7993	Rıfat Bilgin	Ardahan sorgu hâkimi
25	7994	Zühtü Ural	Bahçe hâkim muavini
26	7999	Ahmet Tuna	Kızıltepe sulh hâkim muavini
27	8071	Ali Çobanoğlu	Refahiye hâkim muavini
28	8075	Vural Çeşmeli	Muş hâkim muavini
29	8086	Kemal Karaoğlu	Ağrı hâkim muavini
30	8092	Hüseyin Göklevent	Elmalı hâkim muavini
31	8100	Sadis Özinal	Mazıdağı sulh hâkim muavini
32	8117	Nedim Önal	Siirt hâkim muavini
33	8120	Kadir Karakaya	Pertek hâkim muavini
34	8122	Abdülkadir Göğüş	Siirt hâkim muavini
35	8126	Hikmet Ertan	Bozcaada hâkim muavini
36	8128	Kâzım Boztepe	Özalp sulh hâkim muavini
37	8131	Ali Şerefli	Torul sulh hâkim muavini

842

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
38	8133	Ali Zevkliler	Petürge hâkim muavini
39	8134	Tevfik Sayıner	Karlıova sulh hâkim muavini
40	8135	Hikmet Başaran	Çivril hâkim muavini
41	8137	Mustafa Kayganacıoğlu	Kozluk sulh hâkim muavini
42	8141	Ahmet Kılıç	Kemaliye hâkim muavini
43	8144	Sabri Tanyeri	Bayazıt hâkim muavini
44	8148	İbrahim Aytuğ	Maraşal Çakmak hâkim muavini
45	8149	Nedim Çermikli	Tuzluca sulh hâkim muavini
46	8150	Sabri Özel	Bitlis hâkim muavini
47	8151	Dündar Teoman	Kulp hâkim muavini
48	8170	Ali Galip Tarhan	Urfa hâkim muavini
49	8203	Hasan Kütükoğlu	İskenderun hâkim muavini
50	8286	Enver Baytok	Ağrı hâkim muavini
51	8317	Ömer Lütfü Alper	Mustafa Kemalpaşa hâkim muavini
52	8418	Kaffar Kolluoğlu	Emirdağ hâkim muavini
53	8421	Ali Vural	Mutki sulh hâkim muavini
54	8553	Aziz Başar	Tavşanlı hâkim muavini
55	8725	Muvaffak Birben	Kâhta hâkim muavini
56	8732	Haydar Çeçen	Midyat hâkim muavini
57	8742	Hilmi Göker	Alucra hâkim muavini
58	8756	Bahri Çolakoğlu	Silvan hâkim muavini
59	8761	Hulki Öcal	Elbistan hâkim muavini
60	8764	İbrahim Meriçli	Kelkit hâkim muavini
61	8777	Kudret Bayhan	Bayramiç muavini
62	8827	Mehmet Oral	Lice hâkim muavini
63	8870	Orhan Devrin	Yüksekova sulh hâkim muavini
64	8888	Sakıp Kutlukaya	Kemah hâkim muavini
65	8892	Yılmaz Dereli	Başkale sulh hâkim muavini
66	8898	Kemalettin Nimbıyıkoğlu	Çapakçur hâkim mavini
67	8904	Etem Özkan	Devrek hâkim muavini
68	8905	Hüseyin Erdoğan	Mazgirt hâkim muavini

11 inci derece sorgu hâkimlerine ait liste

1	4126	Kenan Yalvaçoğlu	Kilis sorgu hâkimi
2	4474	Abidin Gönenç	Gündoğmuş sorgu hâkimi

843

Müddeiumumilik Sınıfı

5 inci derece Müddeiumumilik sınıfına ait liste

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	1915	İsmail Ünten	Diyarbakır C. Müddeiumumisi
2	3221	Feyzi Köken	Tunceli C. Müddeiumumisi

6 ıncı derece Müddeiumumilik sınıfına ait liste

1	3706	A. Kenan Kutlu	Burdur C. Müddeiumumisi
2	5666	M. Ali Sebük	Ordu C. Müddeiumumisi
3	6069	Selâhattin Ayanoğlu	Edirne C. Müddeiumumisi

7 inci derece Müddeiumumilik sınıfına ait liste

1	5164	Abdullah Büker	Tarsus C. Müddeiumumisi
2	5201	Talât Karay	Ankara millî korunma müddeiumumisi
3	5219	Esat Tevfik Erpağ	Ağrı C. Müddeiumumisi
4	5463	Cemil Ulusal	Amasya C. Müddeimumisi
5	5506	Cemal Bilgin	Bandırma C. Müddeiumumisi
6	5542	Baha Ülkücü	C. Baş Müddeiumumi muavini
7	5676	Osman Nail Özkan	İstanbul C. Müddeiumumi baş muavini

8 inci derece Müddeiumumilik sınıfına ait liste

1	5513	Kemal Berkarda	İzmir C. Müddeiumumi muavini
2	5688	Asım Yazgan	Gürün C. Müddeiumumisi
3	5957	Ahmet Süreyya Malkoç	Ankara C. Müddeiumumi muavini
4	6270	Kudret Karabay	Burhaniye C. Müddeiumumisi
5	6273	Avni Ataışık	Akşehir C. Müddeiumumisi
6	6276	Şammas Dura	Cebelibereket C. Müddeiumumisi
7	6281	Radi Ökbay	Karaman C. müddeiumumisi
8	6295	Rüştü Üskent	Çanakkale C. Müddeiumumi muavini
9	6306	Emin Tatlı	Bursa C. Müddeiumumi muavini
10	6319	Kemal Sahir Kurutluoğlu	C. Baş müddeiumumi muavini
11	6474	İlhan Dizdar	Afyon C. Müddeiumumisi
12	6646	Osman Zihni Betil	Ankara C. müddeiumumi muavini
13	6658	Hamdi Yılmaz Ertekin	Muş C. Müddeiumumisi
14	7192	Osman Cemal Oğuzoğlu	Ankara C. müddeiumumi muavini

9 uncu derece Müddeiumumilik sınıfına ait liste

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	5748	Kemal Ataizi	Bünyan C. müddeiumumisi
2	6522	Ömer Könü	Konya C. Müddeiumumi muavini
3	6526	Nurettin Ertürk	Divriği C. müddeiumusi
4	6527	Ali Rıza Gürsel	Nallıhan C. müddeiumumisi
5	6533	İsmail Çimenoğlu	Nizip C. Müddeiumumisi
6	6548	Şinasi Akın	Madden C. Müddeiumumisi
7	6550	Ahmet Akbulak	Eşme C. müddeiumumisi
8	6551	Fikri Kozan	İstanbul C. müddeiumumi muavini
9	6554	Nail Sakıp Güneş	Kırıkhan C. müddeiumumisi
10	6559	Muhlis Çöğenlioğulları	Ordu C. müddeiumumi muavini
11	6602	Murat İsmet Peksoy	Muğla C. müddeiumumi muavini
12	6619	Ali Alan	Çivril C. müddeiumumisi
13	6621	Cevdet İlter	Arapsun C. müddeiumumisi
14	6622	Selâmi Akdağ	Gaziantep C. müddeimumi muavini
15	6628	Ali Özel	Erbaa C. müddeiumumisi
16	6633	Ali Nihat Tuncay	Karacabey C. müddeiumumisi
17	6636	Celâlettin Kan	Behisni C. Müddeiumumisi
18	6717	Ahmet Mitat Anıl	Soma C. müddeiumumisi
19	6721	Ahmet Esat Arısel	Bolu C. müddeiumumi muavini
20	6724	Bedia Söylemez	İstanbul C. Müddeiumumi muavini
21	6726	Şinasi Beken	İnegöl C. Müddeiumumisi
22	6727	Hilmi Davazlıgil	İstanbul C. Müddeiumumi muavini
23	6779	Şekip Muslu	İstanbul C. Müddeiumumi muavini
24	6801	Suat Özdoğan	İstanbul C. Müddeiumumi muavini
25	6890	Hüseyin Tüzemen	Elmalı C. Müddeiumumi muavini
26	6915	Sait Yener	İnebolu C. Müddeiumumi muavini
27	6922	Şükrü Saka	Düzce C. Müddeiumumisi
28	6923	Bidayet Arabul	Bayburt C. Müddeiumumisi
29	6927	Yeredoğ Kişioğlu	Kandıra C. Müddeiumumisi
30	6928	Hilmi Arca	Bandırma C. Müddeiumumi muavini
31	6929	Hilmi Gökler	Balâ C. Müddeiumumisi
32	6934	Ali Nihat Üney	Göynük C. Müddeiumumisi
33	6935	Hikmet Eğinlioğlu	Manısa C. Müddeiumumi muavini
34	6936	Hayrünnisa Gürkan	C. Baş Müddeiumumi muavini
35	6948	Hüseyin Sakallı	Bayramıç C. Müddeiumumisi
36	6952	Cemal Yücel	Urfa C. Müddeiumumi muavini
37	6954	Ahmet Erdoğdu	Dursunbey C. Müddeiumumisi

Müddeiumumilerin muavinlik sınıfına ait liste

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	7112	Turhan Kapanlı	Hassa C. Müddeiumumi muavini
2	7249	Sabahattin Bor	Sarıkamış C. Müddeiumumi muavini
3	7970	Samih Bingöl	Bitlis C. Müddeiumumi muavini
4	7982	Hüseyin Sayılgan	Mardin C. Müddeiumumi muavini
5	7988	Rifat Kösesoy	Viranşehir C. Müddeiumumi muavini
6	7992	Rasim Baykal	Eğirdir C. Müddeiumumi muavini
7	8002	M. Hamdi Akbay	Elbistan C. Müddeiumumi muavini
8	8010	Mustafa Şen	Mesudiye C. Müddeiumumi muavini
9	8018	İhsan Ergil	Doğubayazıt C.Müddeiumumi muavini
10	8083	Arif Erğin	Pülümer C Müddeinmumi muavini
11	8085	Celâl Öncel	Kurtalan C. Müddeiumumi muavini
12	8107	Bekir Karahan	Ağrı C. Müddeiumumi muavini
13	8116	Hüseyin Mutlu	Iğdır C. Müddeiumumi muavini
14	8123	Ahmet Dündar	Poshof C. Müddeiumumi muavini
15	8127	Nazmı Bamyacı	Siverek C. Müddeiumumi muavini
16	8129	Halil Gürçel	Andırın . CMüddeiumumi muavini
17	8130	Nebil Gökçebay	Alucra C. Müddeiumumi muavini
18	8136	Muhtar Çağlayan	Mazgirt C.Müddeiumumi muavini
19	8140	Fahrettin Akçar	Çermik C. Müddeiumumi muavini
20	8142	Kemal Divrik	Karapınar C. Müddeiumumi muavini
21	8143	Adil Ersoy	Maraşal Çakmak C. Müddeiumumi muavini
22	8152	Kemal Güner	Pasinler C. Müddeiumumi muavini
23	8163	Adil Esmer	Kulp C. Müddeiumumi muavini
24	8277	Sait Şahenk	Zonguldak C. Müddeiumumi muavini
25	8370	Bahattin Tulunay	Bolvadin C. Müddeiumumi muavini
26	8451	Cavit Yantaş	Serik C. Müddeiumumi muavini
27	8670	Enver Altınay	Mardin C. Müddeiumnmi muavini
28	8740	Naci Ersezer	Derik C. Müddeiumumi muavini
29	8743	Şerafettin Acar	Karadenizereğlisi C. Müddeiumumi muavini
30	8863	Mennan Özgütürk	Ergani C. Müddeiumumi muavini
31	8864	Mehmet Yavuz	Kâhta C. Müddeiumumi muavini
32	8878	Ahmet Erdağlı	Kiği C. Müddeiumumi muavini

846

İsviçre Federal mahkemesi Kararları

KEFALET, HATA. — Esaslı hata sebebile bir kefaletin feshi.—hatanın başlangıcından alacaklının ve kefilin müterafik kusurları .— Kefilin ibrası.

(BK. 24: 4,26,44)

1 — Borçlar kanununun 26. maddesinin tesis ettiği mesuliyet, münhasıran bu hükümle idare edilen nevi şahsına münhasır (sui generis) bir mesuliyettir. Tazminatın tenziline dair olan BK. 44. madde kükümleri tatbik edilemez.

2 — Âkitlerden birisi diğer tarafın hatasını bildiği veya bilmesi lâzımgeldiği takdirde, bu taraf zarari tazmine mecbur değildir.

Dâvacı: Bern Gevverbekasse'si; Dâva olunan: Madmazel Sterchi.

6 Temmuz 1943 RO 69 II 234; JdT 1944 I 22

Dâva: 1937 Birinci Kânun'nunda Bern Gevverbekasse'si Bern'de oturan Werner Sterchi'den (20000) franklık bir kredi hesabı açmasını talep eden bir mektup aldı. Werner Sterchi; Bern'de Madmazel Anna Sterchi, Bienne'de Albert Strobel ve Bern'de Madam Zihler—Michel'in kefaletlerini teklif ve bundan başka (8000) franklık bir ipotekli borç senedine malik bulunduğunu beyan ediyordu. Banka; tetkik etmek üzere senedi kendisine teslim ettirdi ve o zamandan itibaren de muhafaza etti. Bu, Bienne'de Albert Strobel tarafından maliki namına tanzim edilmiş bir ipotekli borç senedi idi. Ve «Bienne'de Werener Jacobe Strechi ve Anny Elisabeth Sterchi adlı çocuklara devredilmiştir.» Kaydini ihtiva ediyordu. Strobel daima bu senedin borçlusu kaldı.

Banka; 23 İkinci Kânun 938 tarihli mektubu ile «Bern'de Madmazel Anna Sterchi» ve Madam Zihler'in müteselsil kefaletlerile beraber, Werner Sterchi ve adı geçen Madmezel Sterchi'nin maliki bulundukları Strobel ipotekli borç senedinin rehni şartile (10000) franklık kre-

di açtığını W. Sterchi'ye bildirdi. 15 Şubat 938 de Werner ve Anna Sterchi ile beraber Madam Zihler bankaya geldiler. Bir memur onlara «Rehin ve kefaletle kredi açılış senedi» adıyle bir senet imza ettirdi. Bu senet matbu bir formül üzerine tanzimedilmiş ve mütemmim malûmat daktilo ile yazılmıştı. Senedin muhteviyatı hakkında taraflara hiç bir malûmat verilmedi. Werner Sterchi, rehin müessisi ve asıl borçlu sıfrtile imza etti. Anna Sterchi, banka memurunun işaretlerine uyarak «Kefiller» başlığı ve «İkinci rehin müessisi» hususi başlığı altına olmak üzere iki yere imza etti. Nihayet Madam Zihler, «Kefiller» başlığı altına imza etti. Mukavele; Werner Sterchi ile «Yukarda mezkûr madmazel Anna Sterchi''yi rehin müessisleri olarak gösteriyordu.

Banka, Werner Sterchi'nin iflâsını müteakip, 1941 Birinci Teşrininde kefil Anna Sterchi'nin hakikatte, merhun ipotekli borç senedinin müşterek maliki olmadığını öğrendi. İpotekli borç senedinde Anny Elisabeth Sterchi adile kayıtlı alacaklı, Werner Sterchi'nin 1911 de doğmuş hemşiresi idi. Kredinin açılışı sırasında Madam Müller namı altında, evli olarak, Andermatt'da yaşıyor ve ipotekli borç senedinin rehin edilmesinden haberdar bulunmıyordu. Anna Sterchi'ye gelince, o; borçlunun 1877 doğumlu teyzesi idi ve yeğeninin iflâsına kadar mukaveleyi ancak kefil sıfatile imza ettiğini zannediyordu. Rehin edici sıfatile attığı ikinci imzaya ehemmiyet vermemiş ve bunda kefalet taahüdü için lüzmlu bir şekil meselesinin bahis mevzuu olduğunu düşünmüştü. Banka ile W. Sterchi arasında ceryan eden muhabereden bir şey bilmiyordu, ipotekli borç senedini asla görmemişti ve bu senedin alacaklısının kim olduğundan haberi yoktu. Bildiği tek şey, W. Sterchi'nin 10000 franklık istikrazını 8000 franklık bir senedi rehin etmek suretile temin ettiği ve Madam Zihlerle bizzat kendisinin, kefil sıfatile, 2000 franklık farkı kapatmak tehlikesine maruz oldukları idi.

Bu vakıalara dayanarak, kefiller bankanın kendilerine karşı mefruz haklarına itiraz ettiler. Esaslı bir hata neticesi mukaveleyi akdettiklerini ileri sürerek, BK. nun 24. Maddesinin 4 No. lu bendine istinadettiler. Banka, borçlunun iflâsından sonra, 4000 franlık bir mahsup elde etti. Öbür taraftan, kefiller de faiz ve masraflardan başka 2000 frank ödediler. Bunun üzerine banka, geriye kalan 4000 frankın ve teferruatının ödenmesi için Anna Sterchi'yi dâva etti. Banka hataya istinadetmenin hüsnüniyete aykırı olduğunu, ikinci olarak da; hata, kefilin bizzat kendi ihmalinden doğduğu için kefaletin infisahı sebebile alacaklının düçar olduğu zararı kefilin zamin bulunduğunu iddia etmektedir.

848

Hatanın; her iki tarafın ve bilhassa bankanın ihmaline kabili isnat olduğunu nazara alarak 7 Nisan 943 tarihli kararı ile Bern İstinaf mahkemesi, bankanın taleplerini 1600 frank mıktarına kadar kabul etti.

İki tarafın muracatı üzerine, Federal mahkeme ilk dêrece mahkemesinin kararını tadil ve dâvacının talebini reddetti. (Hulâsa)

Mucip sebepler:

1—Dâva olunan, 10000 franklık bir yekûn için dâvacı lehine kefaleti kabul ettiği vakit, iki taraf da kefalet altına alınan borcun ayrıca 8000 frank kıymetinde emin bir senetle temin edilmiş olduğunu sanıyorlardı. Şu hale göre, dava olunan, ancak 2000 franklık bir açıktan bilfiil mesul olacağı fikrinden hareket edebilirdi. Ancak bu fikirledir ki kefil olmıya karar verdi. 8000 franklık bir rehin tesisini, kefalet mukavelesinin lâzım bir unsuru olarak nazara alabilirdi. Halbuki, rehnin tanzimi, onun haberi olmaksizin, kaidesine uygun olmayınca; Dâva olunan hakikatte kendisinin ve Madam Zihlerin kefaletinden başka bir şeyle temin edilmemiş olan bir kredinin tamamı için değilse bile, hiç olmazsa 6000 franklık bir kısmı için taahüt altına girmiş olacatır. İşte böylece dâva olunan, mukavelenin akdi sırasında, BK· nun 24. maddesinin 4. No. lu bendi mucibince, esaslı hata içinde bulunuyordu.Binaenaleyh,hatasını keşfettiği zamandan itibaren tam zamanında sıhatına itiraz etmiş olduğu kefalet makavelesile bağlı olmaz.

Dâvacı, dâva olunanın esaslı hata içinde olduğunu kabul etmektedir ve hasım tarafın hüsnü niyetle kendi hatasına istinat edemiyeceği iddiasından istinaf mahkemesinde vazgeçmiştir. Filhakika, bu iddia mesnetsizdi; çünki, kefiller kefalet sahih olduğu takdirde ödemiye mecbur olacakları miktarı esasen ödemişlerdi.

Şu halde tekeffül edilen borçtan geri kalan mıktara müsavi bir paranın ödenmesini istiyen dâvacının talepleri kefalet mukavelesine istinat etmez ;BK. nun 26. maddesinden doğan bir tazminat dâvası olarak tavsif edilir.

2— Hata bizzat kedisinin ihmaline kabili isnat ise, dâva olunan kefalet mukavelesinin infisahından doğan zararı zamin olur. BK.26. Maddesinin koymuş olduğu bu birinci şart tahakkuk etmistir. Çünkü şüphesiz, dâva olunan rehin tesisine boşu boşuna girmiştir; kendi malûmatı haricinde ve kendi hatası olmaksizin, banka onu' ipotekli borç senedinin müşterek maliki saymıştır. Fakat dâva olunan, kefil sıfatile kendisine terettüp eden ihtimamla hareket etmiş

849

olsaydı, rehin tesisinin malûl olduğu fesat sebebine vakıf olmakla kalmaz, hatta onu önliyebilirdi. Filhakika kefalet ve rehin ayni senet üzerinde yapılmıştır. Bu vesikayı velev sathî bir okuyuşla, dâva olunan, diğer kefil Madam Zihlerden farklı olarak kendi adının iki defa işaret edilmiş ve ikinci defasında da Werner Sterchi ile beraber, rehin edilmiş olan ipotekli borç sendinin alacaklısı sıfatile kaydedilmiş olduğunu hayretle müşahede etmek icabederdi Halbuki dâva olunan, kendisinin de kabul ettiği şekilde' senedi hiçte okumamıştır; bu ise mazur görülemez. Gerçi, kendi hüviyeti hakkında bankanın hataya düşmüş olduğunu gösterecek ortada birşey yoktu. Kezalık dâvacının mukavle imzasını basıt bir şekil meselesi gibi saymış ve hiçbir teferruata girmemiş olmasını da dava olunan lehine kaydetmek lazımdır. Banka hiçbir izahat vermemiş, hiçbir süal sormamıştı. Halbuki, banka ile muameleye girişen bir kimse, banka tarafından işin ihtimam ve usul ile hazırlanmasını beklemekte haklıdır. Bununla beraber, bu düşünceler dâva olunanı her türlü sitemden beri kılamaz. Bir mukveleyi, hususile bir kefalet mukavelesini okumadan imza eden kimsenin bir ihmalkârlık yaptığını prensip olarak kabul etmek icabeder. Bundan başka, dâva olunanın hayatında ilk defa olarak kefalet mukavelesi imza ettiği doğru olsa da, mumaileyhin bir ticarî teşebbüsün satış şubesini idare etdiğini, bu sebeple muamelelerde tecrübesi olduğunu ve bilhassa müteaddit defalar poliçe imza etmiş bulunduğunu tebarüz ettirmek muvafık olur. Böyle bir şahıstan, alışık olmdığı bir işte teahhüde giriştiği zaman ihtiyatla hareket etmesi ve işi sadece diger âkit tarafa bırakmaması istenebilir. Bu hale, dâva olunanın kusurunu ağırlaştıran şu keyfiyet te eklenmektedir: kendisile beraber imza edenlerden farklı olorak, iki defa imza atmış ve ikinci defasında da tabirleri bile kefalet mefhumuna tamamile yabancı olan« ikinci rehin müessisi» serlevhası altına imza koymak mecburiyetinde kalmıştır. Dâva olunan için asla beklenmiyen bu hadise onu hiç olmazsa bir süal sormıya tahrik etmeli idi. Bu halde ise, bütün görünüşe göre, basit bir süal, meselenin hakiki mahiyetini meydana çıkarmiya kâfi gelecekti.

BK. nun 26. maddesinin tatbikatında, hatasını ileri süren tarafın vaziyetini muayyen bir titizlikle takdir etmek muvafık olur: zira, 26. madde, bu tarafı, haddi zatında daha müsait olan bir hareket tarzından istifade ettirmektedir. Diger Kanunlar, bilhassa Alman hukuku (§ 122 BGB) hatalı olan tarafı, kusurlu olmasa bile, tazmine mecbur tutmaktadır.

850

3— Fakat bizzat kendi kusuru ile hataya düşen taraf, ancak 26. maddenin ikinci şartı tahakkuk ettiği takdirde, yani diger taraf hatayı bilmediği veya bilmesi lâzım gelmediği takdirde mesul olur. İlk hâkim hadisede bu şartın yerine gelmedigini kabul etmiştir. Bununla beraber, talebi reddetmemiş ve fakat iki tarafın kusurlarını mukayese ederek dâva olunanın zararı tazmin borcunu tenzil etmiştir. Bu tarzıhal, esbabı mucibeye dayanmadıktan başka kanuni bir esastan mahrumdur. Hatasını ileri süren tarafın mesuliyeti, haksız fiilden mütevellit mesuliyetin hususi bir hali olmadığından,mutazarrır tarafın kusuru, borçlar kanununun 44. maddesi gereğince, tazminat tenziline bir sebep teşkil etmez. Bilâkis, burada tahakkuk şartları münhasıran 26. madde ile tespit edilmiş olan nevi şahsına münhasır (Sui generis) bir mesuliyet bahis mevzuudur. Bir mukavele âkitlerden birisinin Kusurundan doğan hata neticesi batıl olursa, mukavelenin sıhhatine itimadeden diger tarafın zararı tazmin edilmek lâzımbır. Hataya istinadeden tarafın mesuliyetinin hakıkî sebebi budur. İmdi,diger taraf mukavelenin fesadı sebebini bildiği veya, mecbur olduğu ihtimamla hareket ettiği takdirde bilmesi lâzım geldiği ve binaenaleyh mukavelenin sıhhatine mutlak olarak itimat etmemesi icabettiği hallerde bu sebep mevcut değilir. Şu halde bu taraf hatayı bildiği veya bilmesi lazım geldiği zaman, BK. 26. maddesi gereğince lehine hiç bir tazminat hakkı doğmaz. Doktrinin hemen hemen birlik olan görüşü de böyledir.(Oser – Schoenenberger, OR. Mad. 26, No. 7; v. Tuhr, CO S. 28I; Tobler, Revue suisse de jurisprudence' da. C. 8, S. 365; Rabel' Revue suisse de Droit' da No. 8.27 S. 306; Görüşünün mucip sebeplerini yazmıyan Becker aksi fikirdedir : OR. Mad.26, No.4)Alman medeni kanunu 122. parağrafında aynı kaideyi vazetmiştir Alman doktrininde mesele hiçbir şüphe mevzuu değildir,müellifler,BGB nin 254. parağrafı gereğince iki tarafa düşen mesuliyet hissesinin nazara alınamıyacağı fikrindedirler.(Alman medeni kanunu şerhleri: Örtman 3. bası' 122' No. 4; Staudinger, 10. bası, No. 6; Warneyer,2. bası, 122 No. III.)

Eğer sarih olan kanun metnine istinadedilirse, dâva olunanın mesuliyeti meselesi bahis mevzuu olamaz. Şüphesiz, dâvacı, Madam Sterchi'nin hatasını bilmiyordu. Kendisi dahi aynı hata içinde idi ve rehni sahih addediyordu Fakat dikkatle hareket etmiş olsaydı hatayı keşfetmiş olacaktı. Rehnin kaidesine uygun olarak tesisine nazaret ona terettüp etmekte idi. Keza müzakerelerin başlangıcında ipotekli borç senedini tesellüm etmiş ve rehin mukavelesini kendisi kaleme almıştı. Bu maksatla, her şeyden evvel, senedin müşterek maliklerinin şahsı hakkında dakik ve emin malûmat edinmesi lâzımdı. Hal-

851

buki dâvacı bunu yapmakta ihmal gösterdi. Werner Sterchi'nin kredi talebile ipotekli borç senedini karşılaştırmak ve senedin müşterek maliki ile, teklif edilen kefillerden birisinin aynı soy adını ve hemen hemen müşabih adları taşıdıklarını, ibrazedilen bu vesikalarda müşahede etmekle iktifa etti. Dâvacıyı hataya düşüren ve ona aynı şahsın bahis mevzuu olduğunu zannettiren yalnız bu keyfiyettir, yoksa üçüncü bir şahsın hilesi değildir. Bu çok acele yapılan bir istidlâldi; fakat dâvacı bu istidlâlin doğru olup olmadığını hiç bir suretle tahkik etmemek ihtiyatsızlığında bulunmuştur.Bu mesele hakkında bir sual sormak basit ve normal birşeydi. Filhakika, senet üzerinde gözüken devir kaydi 1924 tarihlidir; orada a acaklılar „Sterchi çocukıar"deye ve başka bir ikametgâh ile işaret edilmişlerdir. Bundan başka Küçük adlar, kredi talebinde gözükenlerin aynı değildir.

Dâvacının Werner Sterchi'ye yazdığı 22/II. Kânun 942 tarihli mektubundan anlaşılan hatası; eğer mumaileyh mecbur olduğu şekilde dâvacıyı malumattar etmiş olsaydı, şüphesiz bertaraf edilmiş olacaktı. Fakat dâva olunanın bu mektupdan haberdar olmadığı ve dâvacı onun bu mektubu okumasını beklemek mevkiinde bulunmadığı için bu cihet, mevcut dâvada tarafların münasebetleri bakımından ehemmiyetsizdir. Esasen Banka, kredi açılmasında menfaattar olan Werner Sterchi'nin muhtemel bir hatayı kendisine muhakkak bildireceği fikrinden hareket edemezdi. Dâvacı, en basit ihtiyatkârlığın emrettiği bir tedbir olan tarafların hüviyetlerini tahkik etmek hususundaki ihmalini, mukavelenin imzası sırasında da tamir etmedi. Bankanın mümessili bu hususta hiçbir süal sormadı; ipotekli borç senedini taraflara göstermedi. İşin pek az dikkatle yapılmış olduğu, bankanın Madam Zihler hakkında irtikâp ettiği hatadan da meydana çıkmaktadır: Kefalet senedinde boşanmış olarak gösterilen madam hakikatta boşanmış değildir.

Dâvacı, birlikte yaptığı müracaatta, rehin müessesinin hüviyeti hakkındaki kendi hatasile kefaletin sıhhatsizliği arasındaki illiyet rabıtasına itiraz etmektedir. Ona göre, dâva olunan imzasını yanlış olarak, rehin müessesi gibi atmak suretile bizzat kendisi bu hataya sebebiyet vermiştir. Bu görüş kanaat verici değildir. Gerçi W. Sterchi'nin ve dâva olunanın hareket tarzları ile dâvacıyı hatasında teyit ettikleri doğrudur. Dâva olunanın, dikkatli hareket ettiği takdirde rehnin sıhhati hakkında hataya düşmemiş olacağını ve böylece rehnin uygunsuz yapılmasının önüne geçebileceğini kabuletmek lâzımdır. Fakat dâvacı hakkında da aynı şey söylenebilir. Kefaletin batıl olması neticesini doğuran hâdiselerin, yani rehnin uygunsuz olu-

852

şunun ve âkitlerce,tesisinin sıhati hakkında müşterek bir hataya düşülmesinin menbaı iki tarafın müterafik kusurudur.Eğer taraflardan yalnız birisi bile dikkatle hareket etmiş olsaydı, noksan meydana çıkacaktı. Buna bir de şunu ilâve etmek lâzımdır: Eğer dâvacı vaktile, bizzat kendi kusuru ile böyle bir karışıklığa meydan vermemiş olsaydı, dâva olunanın imza sırasında vakı dikkatsizl ği tesirsiz olacaktı. Kefaletin infisahını doğuran bu karışıklığın ilk sebebi dâva olunanın ihmalı değil; fakat bilhassa, dâvacının, ipotekli borç senedi alacaklısının şahsı hakkında, münhasıran kendisine atfetmesi lâzımgelen hatasıdır.

İmdi; bir mukavelenin masuliyetine sebep olmıya bu suretle iştirak eden şahıs, mukavelenin infisahının kendisi için doğurduğu neticelere tahammül etmek mecburiyetindedir BK. nun 26. maddesi, mukavelenin malûl olduğu fesat sebebinden dolayı, ancak bundan mesul olmıyan tarafı hin aye eder.

Tercüme eden: Dr.NECİP BİLGE

HAKSIZ FİİLDEN MÜTEVELLİT MESULİYET. — Muhakeme esnasında taraflardan birinin bir ehli vukuf raporuna karşı yaptığı tenkitler. — Ehli vukufa tarafgirlik isnadı —Ehli vukufun tazminat dâvası ikamesi. — Dâvanın kabulü.

(B K 49)

Bir dâvada mahkeme tarafından tâyin olunan ehli vukufu, haksız olarak, tarafgirlikle itham eden avukat kendisini mânevi zararı tazmine mecbur kılan haksız bir fiil işlemiş olur.

Dâvacı: de Tscharner. Dâva olunan: Räber.

21 birinciteşrin 1916. JdT 1917 . I . 136

Nidwald kantonu mahkemelerinin " Ennetmoos korporasyonu"ile bir kısım arazi sahipleri arasındaki orman haklarının satın alınması dâvasını rüyet etmesi icap etmiştir. Mahkemece ehli vukuf olarak „Coire"da eski orman müfettişi E. de Tscharner tâyin olunmuştur.E. de Tscharner korporasyonun avukatı tarafından, muhakeme esnasında, şiddetle tenkit edilen bir rapor vermiştir. Adı geçen avukat „Zürich" de Profesör Engler tarafından yapılan hususi bir ehli vukuf tetkikatına istinaden ehli vukuf Tscharnere :1. Kendisine tevdi edilen işi başarabilecek gerekli ehliyete sahip olmadığından; 2. Arazi sahipleri lehine tarafgirlik gösterdiğinden; 3. İktidarsız bir yardımcı

853

seçtiğinden bahisle hücumda bulunmuştur. Bununla beraber, mütemmim bir ehli vukuf tetkikatından sonra, ehli vukuf raporu arazi sahiplerine hak veren mahkeme tarafından kabul olunmuştur. Bu hüküm kanton mafevk mahkemesi tarafından tasdik edilmiştir.

Ehli vukuf Tscharner avukat Räber aleyhine dâva açarak 10,000 frank tazminat istemiştir. Kanton mahkemesi avukat Räber'in ehli vukuf Tscharner'in şerefini ihlâl ettiğini kabul ederek onu 40 frank para cezasına ve dâvacının uğradığı *mânevi zararı göstermek için* de 1 frank zarar ve ziyana mahkûm etmiştir.

Avukat Räber aleyhine hüküm olunan tazminattan beraeti için Federal Mahkemeye müracaatta bulunmuştur; Federal Mahkeme bu müracaatı reddetmiştir.

Karar:

...2... Bahse mevzu olan şey Räber'in haksız bir fiil işleyip işlemediğini bilmektir. Esasen müddeinin maddi bir zarara uğradığını kabul etmek mevzuubahis olamaz. Filhakika, müddealeyh tarafından yapılan ithamlar dolayısiyle onun ehli vukufluk mevkiinin istikbal için telikeye düşmüş olması imkânsız görünmektedir. Fiilî bir zararın mevcudiyetini gösteren her hangi bir delil de ileri sürülmemiştir. Bu sebepledir ki dâvacı, müddealeyh tarafından bozulması için Federal mahkemeye müracaatta bulunulan, ve sadece mânevi zararı göstermek için bir franka kükmeden kararı kabul etmiştir.

Halli lâzımgelen mesele müddeinin şahsi menfaatlarına bir tecavüz vaki olup olmadığını ve bu sebeple mânevi tazminata hakkı bulunup bulunmadığıdır (B. K. m. 49). Bu mesele, hâdisenin gerek âfaki gerek enfüsi tarafını alâkadar eden hususlarda, verilen ceza kararı ile bağlı olunmaksızın, hem hukuk hâkimi, hem de Federal Mahkeme tarafından tetkik edilmelidir.

3. Mahkeme tarafından tâyin olunan bir vukuf ehline, bilerek, istiyerek taraflardan birini himaye ettin diye hücum âfaki bakımdan ehli vukufun şerefine ve dolayısiyle şahsi menfaatlarına tecavüz teşkil eder. Vukuf ehlinden, hâkimden olduğu gibi, mutlak bir bitaraflık istenir. Mahkeme ve tarafların onun bu mânevi vasfı haiz olduğuna itimat etmeleri gerektir. Bunun hilâfını iddia etmek ona karşı tasavvuru mümkün en büyük bir tecavüz olur.

İktidarsızlık isnadı daha az ağırdır. Zira böyle bir isnat düşünce sahasına, fikrî bakımdan meslekî şerefe dokunur; yoksa mânevi sa-

854

haya, ahlâki şerefe değil. Hiç şüphesiz B. K. nun 49 uncu maddesi noktai nazarından bir şahsın iktidarı, yaptığı işler şahsi menfaatlarının bir kısmını teşkil ederler. (bak. *Specker*, Persönlichkeitsrechte, p. 108 et sv.) Şu halde, meslekî ehliyetsizlik âfaki olarak şahsî menfaatlara bir tecavüzdür. Fakat bu tecavüz hususi bir ağırlıktadır denilemez.

Nihayet üçüncü tenkide, ehliyetsiz bir yardımcı intihabına gelince, bunun şahsi menfaatlara tecevüz teşkil edebilmesi için hususi bir şekilde yapılmış olması lâzımdı. Dâvacının bu fena intihabı kasten veya ağır bir ihmal ile yaptığını iddia etmek icap ederdi. Böyle bir hal mevzuu bahis olmadığından yalnız bu sonuncu tenkit dâvacının şahsi menfaatlarına, hususiyle şerefine tecavüz teşkil etmez.

4. Hususî vaziyetler sebebi ile tarafgirlik isnadının haksızlık vasfının zail olup olmadığının araştırılması kalıyor. Bu cüzleden olarak, bir taraftan ithamın doğruluğu, diğer taraftan müddealeyhin avukatlık hak ve sıfatına istinaden bunu yapabileceği ileri sürülebilirdi.

Tarafgirliğe delâlet eden her hangi bir delil mevcut değildir. Müddeaaleyh bu cihetten ileri sürdüğü delilde tamamiyle ademi muvaffakiyete uğramıştır. Farzı muhal olarak dâvacının verdiği raporun, âfaki bakımdan, yanlış olduğu anlaşılsa bile daha henüz tarafgirane olduğu sabit olmamıştur. Englerin raporu da burada delil olarak gösterilemez. Zira, hakaretamiz tenkitler ondan neş'et etmektedir. Bundan dolayıdır ki, haklı olarak, müddeaaleyh bu gün bu noktaya istinat etmekten sarfı nazar etmiştir.

Müddeaaleyhin yaptığı tarzde hareket etmek hakkı var mı idi meselesini dâvanın düğümünü teşkil eden mesele— bilmek daha naziktir. Müddeaaleyh, bir tarafın menfaatlarını temsil ve müdafaa ile mükellef avukatlık sıfatı ile hareket etmiştir. Avukatın hasım tarafa karşı olan mesulüyeti Federal Mahkemenin Hirt — Albert (RO. 30/2, p. 443) İşinde ittihaz ettiği ictihat doğuran kararı ile tâyin olunmuştur (Bak. RO. 34/2 p. 22, 35/2 p 606 et sv arrêt du 24 décembre 1915 dans l'affaire Weber—Estermann c. Schmid et Consorts): Bu ictihada göre haddi zatında şerefe dokunan hakaretamiz tenkit ve sözler eğer sadece bir tarafın hak ve menfaatlarının müdafaası endişesi ile söylenmişlerse ve şekien de hakareti müstelzim değillerse yahut avukatın suiniyet yahut hiffetle hareket ettiği gösterilmemişse hakksız olmaktan çıkarlar. Hadisede, evvelce hükmolunanlardan farklı olarak, avukatın dâvada ehli vukuf olarak, üçüncü şahıs sıfatiyle alâkadar olan bir şahsa karşı tavır ve hareketi mevzuubahistir.

855

Avukatın ona karşı olan vaziyeti hasım tarafa karşı olanın aynı değildir: avukatlık mesleki dolayısiyle avukatın haiz olduğu hücum hakkı burada daha mahduttur. Şüphesiz âfaki bir tenkit, hattâ çok ileri götürülmüş bile olsa meşrudur. Fakat bunun için âfaki olmak şarttır. Mahkeme tarafından seçilen ehli vukuf, şahsiyetine karşı tevcih edilen hücumlara müdafaasız bir tarzda maruz bırakılmamalıdır. Onun raporu, hattâ iktidarı usulü dairesinde bir tenkide mevzu olabilir. Hattâ bazan taraflardan birinin vekili için bunu yapmak bir vazife olur. Fakat, avukatın ehli vukufun seciyesine, mânevi şahsiyetine taarruz etmesine ancak serdedilen ithamlar doğru iseler müsaade olunur Bunu araştırmak ta, hücuma geçmeden evvel, avukata düşer; bahusus ki hadisede olduğu gibi isnatlar umumi mahiyette olursa. Eğer önceden tahkik edilmeden ve ihtirazi kayıt dermeyan olunmadan yapılan isnatların hakikata uymadıkları bilâhare tahakkuk ederse avukat meslekinin kendisine bahşettiği tenkit hakkını ileri süremez. Filhakika unutmamalıdır ki bu menfaatlar ihtilâfında karşısında kendisi gibi adalete hizmet eden bir kimse, hâkimin yardımcısı ve itimat ettiği bir şahıs vardır.

Müddeaaleyh mevzuu bahis tenkitlererin kendisi tarafından yapılmadığını, bunların Englerin raporunda mevcut olduğunu ve kendisinin bu raporu sadece okumakla iktifa ettiğini ileri sürmek suretiyle de önceden yapılması gereken bir kontrolden kendisini muaf addedemez. Esasen kanton mahkemesinin vaki tahkikatından müddeaaleyhin raporu okumakla iktifa etmediği meydana çıkmaktadır. Farzı muhal böyle olsa da âfaki olarak mücrimiyeti baki kalacaktı. Zira Englerin raporundaki isnatları kendisine mal edinmiştir. Bundan dolayı da hesap vermesi lâzımdır. Şüphe götürmez ki eğer ehli vukuf tarafından kabul olunan hatalı bir hukuki görüş değilde teknik meseleler mevzuubahis ise makul bir avukatın müracaat edeceği en iyi vasıta hususi bir vukuf ehli tarafından tanzim edilen mütekabil bir rapor ibraz etmektir. Hadisede bu hareket tarzını takbih etmek o kadar az mümkündür ki avukat ve müvekkili hususiyle salâhiyettar bir vukuf ehli bulmuşlardır. Fakat, hususi ehli vukuf gayretkeşliğe mağlup olarak veyahut mahkemece tâyin edilen ehli vukufun fikrine zıt olan noktai nazarını daha iyi müdafaa için ona karşı şahsi hücumlarda bulunursa ve avukatta bunlara, önceden her hangi bir kontrola tâbi tutmadan, iştirak ederse meslekinin buna müsaade ettiği ve müvekkilinin menfaatlarının bunu icap ettirdiği kabul olunamaz. Müddeaaleyh ou gün mahkemede müddeiye derhal tarziye verdiğinden bahisle onun menfaatlarının haleldar olmadığı mü-

856

dafaasında bulunuyor. Buna karşı bu tarziye âfaki olarak maruz kalınan tecavüzü bertaraf etmez diye cevap vermek lâzımdır. Bu keyfiyet sadece tecavüze terettüp edecek neticeleri hafifletecek mahiyettedir.

5. Şu halde demek oluyor ki afâki olarak gayri meşru bir tarzda müddeinin şahsî menfaatlarına tevcih edilmiş bir tecavüz karşısında bulunuluyor.Bundan mada işin enfüsi cephesini, müddeaaleyhin kusurunu araştırmak gerekmektedir. B. K.nun 49 uncu maddesine göre lâalettayin bir kusur kâfi değildir. Kusur hususiyle ağır olmalıdır. Hadisede müddeaaleyh lehine bazı hafifletici sebepler mevcuttur.Müddeiye şahsî sebepler (kin, garaz) ve taraflar arasındaki şahsî münasebetler dolayısiyle hücum etmiş değildir. Bunu sadece müddei tarafından verilen raporun kendisi için beklenmedik ve ağır bir darbe teşkil eden tarafın avukatı sıfatiyle yapmıştır. Bundan başka salahiyettar bir müteı assısın fikrine istinat etmiştir. Bütün bu hafifletici sebeplere rağmen kusuru B.K. nun 49 uncu maddesinin aradıgı mânada hususiyle ağır telakki edilmelidir. Filhakika kusurun ağırlığı tecavüzün ağırlığı ile alâkadardır. Hiç olmazsa, kaideten, tecavüz ağırlaştıkça kusur da ağırlaşır.Şurası muhakkak ki müddeiye tevcih edilen hucumlarda su'i niyet eseri yoktur. Yani müddeaaleyh bunların yersiz olduğunu bilmiyordu. Fakat bu hal kusurun ağırlığını bertaraf etmez. Diğer taraftan kanton hâkiminin bunu cezayı mucip telakki etmesi de kusurun ağırlığını kabul için kâfi değildir. Burada kusurun ağırlığı müddeaaleyhin esaslı tahkikat yapmaksızın ehli vukufu Engler'in müddeinin ahlâki vasıfları hakkında vardığı neticeleri mal edinmesinden, ve mahkemenin âdabına uygun şekilde hareketi için müteaddit defalar ihtara maruz kalmasından da anlaşılacağı üzere,hususiyle bu neticeler üzerinde durarak bunları işaret etmek, tebarüz ettirmek istemesinden neşet etmektedir. Demek ki, böylece, müddeaaleyhe kasdî bir hareket isnadı mümkün değil isede şunu kabul etmek lâzımdır ki müvekkilinin menfaatlarının müdafaası için sarfettiği gayretkeşlik—ki bizatihi takdire şayandır—onu ehli vukufun şahsına karşı yapılması caiz tenkitlerin hududunu ihtiyatsız bir tarzda tecavüze sevketmiştir. Hücumun hususi mahiyeti, aleyhine bir kusur teşkil etmektedir: ağır kusur ahlakan muahaze edilecek bir tavrın vücudunu icabettirmez. Teslim etmelidir ki hadisede bu mevcut değildir. Nihayet, dikkat etmelidir ki kanton mahkemeleri müddeaaleyhin isnatlarının hazır bulunanlar üzerinde bıraktığı tesir dolayısiyle ika olunan kusurun ağırlığını hassatan iyi takdir edecek bir mevkide bulunuyorlar. Bu da bu mahkemelerin kararlarını tasdik için fazla bir sebep.

857

6. Hükmü gereken müeyyideye gelince, kanton mahkemesi maruz kalınan manevi zararı tebarüz ettirmek için müddeiye 1.frank zarar ve ziyan takdir etmiştir. Müddei haklı olarak bu hal şekline kanaat etmiştir; çünkü o gerek hukuk dâvasının neticesi, gerek delillerin doğurduğu netice ve gerekse bu dâva esnasında verilen ceza kararının hüküm fıkrası ile tatmin olunmuştur. Hatta o kadar ki acaba her hangi bir hukukî tazmin talebine hakkı varmıdır diye sorulabilir. Lâkin B. K.nun 49 uncu maddesi mucibince şahsî menfaatlarında haksız tecavüze maruz kalan kimse eğer, hadisede olduğu gibi, maruz kalınan zararın ve kusurun hususi ağırlığı icabettiriyorsa manevi zararının tazmini için bir mıktar para istiyebilir.

(I. HUKUK DAİRESİ)

Tercüme eden: Dr. Ekrem Tüzemen

858

UMUMÎ HEYET KARARLARI

Ticaret ve sanayi aleyhinde suçlar

Kutusu üzerinde (Dehşet pire tozu. Tesiri anîdir) yazılarak piyasaya çıkarılan pire tozlarının tesirinin ani olmaması halinde, müşteriye bildirilen vasfa aykırı bir şey vermek suçu teşekkül eder.

(CK 363)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti.
Esas 4/92 — Karar 92

Pire tozunu evsafına mugayir bir şekilde reklâm yaparak satmaktan suçlu Mustafa Dedeoğlunun Ceza K.nun, 363,36 ıncı maddelerine tevfikan bir ay hapis ve 50 lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine ve Dehşet pire tozu namı altınd piyasaya çıkarılmış olan tozların müsaderesine dair hüküm suçlunun temyizi üzerine *Temyiz Dördüncü Ceza Dairesince tetkik olunarak,* adlî tıp işleri kimyahane müdürlüğü raporunun tozun haşerelere tesiri hakkındaki meşhudatına göre maddedeki suç unsurlarının ne suretle tekevvün ettiğinin hükümde izah olunmaması yolsuz olduğundan naşi bozulup iade edilmekle *yeniden yapılan duruşma neticesinde;* Kutusu üzerine (Dehşet pire tozu tesiri ânîdir haşereti öldürür) iberesi yazılarak maznun tarafından piyasaya arzedilen pire tozunun bidayeten mûtat şekilde kullanma tarzı nazarı itibara alınarak Fatih belediye kimyahanesi müdürlüğü tarafından muayene ve tahlil neticesi verilmiş olan tasdikli sureti evrak arasında mevcut 1o/8/942 tarihli raporda haşerata hiç bir tesiri bulunmadığı yazılı olduğu gibi suçlunun talebi üzerine tıbbı adlî kimyahanesine tahlil ettirilmiş olan ikinci nümune hakkında mezkûr kimyahane müdürlüğünce verilmiş olan yine dosyada mevcut 14 Haziran 943 tarihli raporda da, her ne kadar bu tozun terkibinde bulunan (paradiklorobenzin) in fen kitaplarında haşerat ve tufeylât öldürücüsü olarak yazılı bulunduğu gösterilmiş ise de laboratuvarda tutulup fanus altına kapatılan bir tahta kurusu üzerine bu tozdan dökülerek yapılan tecrübe zamanla intişar eden buha-

859

rın tesirile haşere üzerine tesir edebileceği gösterilmiş ve mûtad şekilde kapalı bir odada duvar etrafına veya yatak kenarlarına serpmek suretiyle kullanıldığı takdirde belediye kimyahanesi raporunda da gösterildiği şekilde ve bilhassa taşıdığı (Dehşet) markasına uygun bir tesiri olmadığı tahakkuk etmiş ve bu vaziyet evvelki kararda da tafsilen gösterilmiş ve tıbbî adlî kimyahanesinin raporunun son kısımlarında gösterilen şekilde bu tozdan istifade edilebilmek için evvelâ her hangi bir haşereyi tutmak ve fanus gibi kapalı bir yere koymak ve sonrada (dehşet) markasını taşıyan bu tozdan haşere üzerine dökmek ve tesiri için buharın intişarını beklemek icabedecektir ki bu tozu bu şekilde kullanmak kutusu üzerindeki markaya ve anî tesir hakkında halka yapılan ilâna mugayir olmak itibarile hâdisede ceza kanununun 363. maddesinin anasırı kanuniyesi tamamile mevcut bulunmuş olduğu beyaniyle eski hükümde ısrara mütedair İstanbul Asliye Dördüncü Ceza Mahkemesinden verilen 7/3/944 tarihli hükmün dahi temyizen tedkiki C.M.U.liği ile suçlu tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek bu babdaki evrak Baş M.U.liğin; hükmün bozulması talebini natık 23/3/944 tarihli tepliğnamesile Birinci Riyaset Dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görülüp düşünüldü.

Dava evrakı ve duruşma zabitnamesi mündericatına ve müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla varid olmayan temyiz itirazlarının reddile mezkûr hükmün TASDİKINA .....3/4 944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Vazifeyi ihmâl — kanuna bağlı hafifletici sebepler — Amme hizmetlerinden memnuiyet cezası — memuriyetten mahrumiyet cezası

1 — Kendisine muamele öğretmek üzere tavzif edilen memurun gösterdiği muamelelerin sıhhat ve isabet derecesini kontrol edemiyen acemi memur vazifesini ihmal etmiş sayılamaz.

2 — Asıl ceza indirildiği taktirde, memuriyetten mahrumiyet cezasının da indirilmesi lâzımdır.

(CK 20, 35, 230)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumî Heyeti

Esas 42 — karar 47

Evrakta tahrifat yaparak 4000 liralık koliyi ortadan kaldırmaktan suçlu Urfa posta paket memuru Halil Ural ve memuriyet vazi-

860

fesini ihmâl ve terahi eylemekten suçlu Urfa sevkiyat memurlarından Ziya Bilgin'in Ceza K.nun 339, 56, $\frac{230}{2}$, 35, 20 inci maddelerine tevfikan Halil Uralın iki sene altı ay ağır hapsine ve üç ay hidematı âmmeden memnuiyetine ve Ziya Bilgin'in 25 gün hapsine ve üç ay memuriyetten mahrumiyetine ve ortadan kadırılmış olan (4000) liranın her iki suçluya mütesaviyen ve müteselsilen ödettirilmesine dair Urfa ağır ceza mahkemesinden verilen 22/9/943 tarihli hüküm suçluların temyizine binaen *Temyiz Birinci Ceza Dairesince tedkik olunarak;* hükmün suçlu Halile ait kısmının tasdikına, diğer suçlu Ziyaya gelince, sevkiyat memuru iken mahalli posta şefliğince koli memurluğunâ tâyin kılınıp ancak koli muamelelerine hiç vukufu olmaması ve acemi bulunması hesabiyle kendisine bu işe ait muameleleri göstermek ve öğretmek vazifesi tahmil kılınan kişe memuru ve sabık koli memuru suçlu Halilin verdiği direktif dairesinde muamele yapan suçlu Ziyanın kendisine muamele öğreten kimse tarafından gösterilen muamelelerin derecei sıhhat ve isabetini kontrol edebilmesine imkân olup olmadığı düşünülmeksizin kontrol etmediği esasına müsteniden ihmâl suçundan makûm edilmesi yolsuz olduğundan bahsile hükmün Ziyaya taallûk eden kısmının bozulmasına mütedair verilen 24/12/943 tarihli karar aleyhine *Baş müddeiumumilikten vaki* tashih karar talebinin tebliğnamenin ücüncü bendinde yazılı mütalâaya cevap verilmediği görülmekle tashih talebinin kabulüne karar verildikten sonra bittetkik; İşlenen suç 230 uncu maddenin ikinci fıkrasına tatabuk eylediği takdirde suçlu hakkında müebbeden veya muvakkatan memuriyetten mahrumiyet cezasının birlikte hükmolunacağı mezkûr madde de yazılı olmasına ve yaş sebebile asıl cezadan tenzilât yapılması memuriyetten mahrumiyet cezasından dahi tenzilât yapılmasını istilzam etmeyüp çünkü bu ceza suçlu hakkında hükmolunacak neticei cezaya göre değil, binefsihi suçun mahiyeti icabı olarak kanunen tâyin olunmasına nazaran tepliğnamenin üçüncü bendinde yazılı itiraz varit olmadığından reddine dair verilen 24 12/943 tarihli karar aleyhin de Başmüddei umumilkten; Memuriyetten mahrumiyet cezası esas itibariyle âmme hizmetlerinden memnuiyet cezasının ihtiva eyledeği mahrumimetlerden biridir. Bazı maddelerde bu ceza muhtevasından yalınız memuriyetten mahrumiyetin tahsisen tâyin olunmuş olması taallûk eyelediği cürmün memur tarafından işlenmiş olacağı nazara alınmasından ileri gelse bile bu taayyün kanununun emir ve ilzam eylediği hallerde ceza üzerinden yapılacak tenzillerin memuriyetten mahrumiyet cezasına teşmiline mani bir sebep teşkil edemez. Çünkü kanunda buna mesnet sayılabilecek bir de-

861

lâlet dahi yoktur. Bilakis mevcut olan bazı ahkâm, ceza tenzillerinin bu kabil fer'î cezalara da şâmil bulunduğunu teyide delâlet eeder, Netekim 55 inci maddenin beşinci bendi bu müddeaaya açık bir dayançtır. İmdi kanunca ilzam olunmamış olan bir hususun bidûnilkanun iltizamı suretiyle tefsir olunabilecek olan Birici Ceza Dairesi kararında bu bakımdan isabet görülemediğinden tashih dileğinin reddine mütedair kararın ref'ile tebliğnamenin üçüncü bendinde gösterilen sebepden dolayı da mahalli hükmün bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu babdaki evrak 23/3/944 tarihli itirazname ile Birici Riyaset Dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

İtirazname münderecatı varid olmakla itiraz olunan tashihi karar talebinin reddine dair kararın kaldırılmasına ve mahalli hükmünün 56 ıncı madde ile memuriyetten mahrumiyet cezasından tenzilât yapılması iktiza etmesine binaen bu cihetin de diğer bozma sebebine ilâvesine 10/4/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Adlî Tevbih

Hâkimin takdir etmediği Adlî Tevbihin dahi hükme ilâve edilmesi lâzımdır.

(CK 26, 29)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti.
Esas 48 — Karar 48

Hırsızlık malını bilerek saklamaktan suçlu Nesibenin T. Ceza K. nun 512, 522 inci maddelerine tevfikan bir gün hapis ve 50 kuruş ağır para cezasiyle mahkûmiyetine dair Niğde asliye ceza mahkemesinden verilip kat'îleşen 4/8/943 tarihli kararın;aşağı haddin dûnuna düşen para cezası yerine adlî tevbih ikâme edilmemesi yolsuz bulundu ğundan CezaM.U.K. nun 343 üncü maddesine tevfikan bozulması lüzumu yüksek Adlîye vekilliğinin yazılı emirlerine atfen C. Baş M.U. liğinden ihbar edilmesine mebni *Temyiz Dördüncü Ceza Dairesince tedkik olunarak*; Adliye vekâletinin yazılı emirlerine matuf ihbarname varid olduğundan Nesibe hakkındaki hükmün hapse ve harca mütedair kısmı mahfuz kalmak üzere 50 kuruş ağır para cezası alınmasına mütedair kısmının 343 üncü maddesinin 1 inci bendi uyarınca bozulmasına ve hâkimin takdir etmediği tevbihi adlînin hükme ilâvesine kanunî mesağ olmadığından zikri geçen para cezasının tahsil edil-

862

memesine dair verilen karar aleyhine *Baş müddei umumilikten*; Zanlı Nesibe hakkında mahkemece hapis cezasiyle birlikte tayini icab eden ağır para cezsının takdirinde ceza kanununun 29 uncu maddesi gözetilmeksizin aşağı hadden dûn olarak 50 kuruş hükmedilmiştir. Hâkim 29 uncu maddeyi gözönünde bulundursa idi lehe olan bu maddeyi tatbik ederek takdir ettiği 50 kuruş ağır para cezası yerine adlî tevbih ikâme edeceği bedihî olmakla beraber hafif hapis ve ağır veya hafif para cezalarının tertibi gereken hallerde kanuni sebebler-den dolayı aşağı hadlerinden daha az bir mikdarının verilmesi gerek-diği surette bunların yerine adlî tevbih yapılması kanunun emri ve 29 uncu maddenin açık ve kesin hükmü iktizasından olup hâkimin takdir etmesine mütevakkıf hususlardan olmadığı ve müstekar içti-hadda bu merkezde bulunduğu halde hâkimin takdlr etmediği tevbihi adlînin hükme ilâvesine kanunî mesağ olmadığından bahsile zikri geçen para cezasının tahsil edilmemesine karar verilmek suretiyle 29 uncu maddenin son fıkrasının tatbik olunmaması kanunî isabet-ten ârî görülmüş olduğundan yüksek C. Umum hey'etince tedkik edilerek hususî daire kararının kaldırılarak gereken kararın veril-mesi hususunda ve müddetin de itiraz edilerek bu babdaki evrak 28/3/944 tarihli itirazname ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza hey'etinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

İtirazname mündericatı varit olmakla itiraz olunan kararın kal-dırılmasına ve aşağı haddin dununa düşen 50 kuruş ağır para cezası yerine adlî tevbih ikamesine 10/4/944 tarihinde çoğunlukla kara verildi.

İçtima

Önceki bir mahkûmiyetin katileşmiş olması ikinci mahkûmiyete karar veren hâkimin içtima hükümlerini tatbik etmesine mâni değildir.

(CK 77,CMUK 403)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti
Esas 4-111 — Karar 109

Hapishane baş gardiyanını vazifede tahkir etmekten suçlu ve ha-len adam öldürmekten mahkûmen mahbus bulunan Fehmi'nin Ceza Ka-nun 266 ıncı maddesine tevfikan bir ay hapis ve 30 lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine dair hüküm suçlunun temyizine binaen *Tem-*

863

yiz Dördüncü Ceza Dairesince bittetkik; suçlunun infaz edilmekte olan eski mahkûmiyeti olduğuna göre içtima kaidesinin tatbikı icabedip etmiyeceğinin incelenmesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle eski hükümde ısrara mütedair İstanbul Asliye 6.Ceza Mahkemesinden bu kerre verilen 21/10/943 tarihli hükmün dahi temyizen tetkikı C.M.U. liği tarafından müddetinde istida edilerek bu babdaki evrak Baş M.Umumiliğin; yolsuz bulunan ısrar kararının bozulması talebini nâtık 17/4/944 tarihli tebliğnamesile birinci riyaset dairesine gönderilmele umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Öldürmekten suçlu Fehmi'nin mahkûm olduğu cezayı çekmekte iken başgardiyanı tahkir etmekten ayrıca bir ay hapse mahkûm olmasına göre iki cezanın içtima hükümlerine tevfikan birleştirilmesi icabederken hâdisede tatbik kabiliyeti bulunmıyan ve badelhüküm katileşmiş cezaların içtimaından bâhis bulunan usulün 403 üncü maddesine kıyasen içtimaın ağır cezaya hükmetmiş bulunan mahkemeye aidiyetinden bahsederek yazılı şekilde ısrara karar verilmesi yolsuz ve kanuna aykırı görülmekle mezkûr ısrar kararının.....BOZULMASINA 24/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Emniyeti Umumiye nezaretine alınmak

1 — Emniyeti umumiye nezareti altına alınmak bir ceza değil, tedbirdir.

2 — Aslî cezalar için tâyin edilmiş olan emniyeti umumiye nezareti altında bulundurmak tedbirleri aslî cezaların içtimaı sebedile indirilemez.

(CK 28,74,525)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti
Esas 52 — Karar 57

..... *Temyiz Dördüncü Ceza Dairesince tetkik olunarak* Emniyeti umumiye nezareti cezasının bunu müstelzim cürümler için tâyin edilen cezaların müddetlerine muadil olacağını gösteren 525 inci madde asıl cezaların içtima neticesi eksilmesine rağmen emniyeti umumiye nezareti cezalarının 74 ve 75 inci maddelerde diğer bazı fer'î cezalar için kabul edildiği gibi aynen cem'i hakkında bir hükmü muhtevi olmamasına ve hâdisede emniyeti umumiye nezareti cezasını müstelzim cürümlerin cezalarının en ağır cezayı teşkil eden emniyeti suiistimal cezasına 69 uncu madde ile zammedilen mikdardan ibaret bulunmasına binaen Adliye Vekâletinin yazılı emirle-

864

rine mâtuf ihbarnamenin bu cezanın iki hırsızlık cezayı aslîleri yekûnu olan on aydan ibaret olması lâzımgeleceği hakkındaki kısmı varit değilse de; diğer kısımları varit olduğundan usulün 343 üncü maddesinin ikinci bendi uyarınca bozulmasına ..... dair sadır olan karar aleyhine *Baş müddeiumumilikten:* Emniyeti umumiye nezareti altında bulundurmak bir tedbiri kanuni mahiyetinde olmasına ve aslî cezaların içtimaı sebebiyle bu cezalar için tâyin edilmiş olan emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmak cezalarından da indirme yapılacağına dair kanunda bir kayıt bulunmamasına göre aynen cem'i icabedeceği bedihi ve yüksek ceza umum heyetinin 30/12/940 tarih ve 230/230 sayılı kararı da bu ciheti müeyyit bulunduğu halde yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet görülemediğinden yüksek ceza umum heyetince tetkik edilerek dördüncü ceza dairesince ittihaz olunan kararın bu kısmının kaldırılması ve mahallî kararın yazılı emre mâtuf tebliğname veçhile bozularak muktazi kararın itası hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 4/4/944 tarihli itirazname ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Kanunî mücazatın nelerden ibaret olduğu Ceza kanununun 11 inci maddesinde sayılıp bunlar arasında emniyeti umumiye nezareti bir ceza olarak gösterilmemiş ve bizatihi bu nezaret hüküm ve infaz edilen cezanın hakiki tesirini mürakabe etmek ve suçlunn infazdan sonraki hareketlerini bir nezarete tâbi kılmak kastına mâtuf tedbirden ibaret bulunmuş olmakla itiraz varit olduğundan Dördüncü Ceza Dairesinin ilâmı ile tenzil ve altı ay yirmi gün olarak tâyin edilmiş olan aslî cezaya tebean emniyeti umumiye nezaretinin de indirilmesi doğru olmadığından bu cezanın on aya iblâğı suretiyle yanlışlığın düzeltilmesine 24/4/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Kast

1—Kast, suç işlemek irâdesidir.

2—Kasdı tâyin edecek delilin zahirî medlûllerinden başka medlûller kabul edilebilmek için bu yolda istidlâle elverişli mucip sebeplerin kandırıcı bir şekilde izah edilmesi lâzımdır.

(Ck 45)

Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti

Esas 62 — Karar 58

Cezayı azaltıcı kanuni esbabın vücudile birlikte Ali'yi silâhla

885

âdiyen yaralamaktan suçlu Muharrem oğlunu Ettem Okan'ın ceza K. nun $\frac{456}{2}$, 458, $\frac{51}{1}$ inci maddelerine tevfikan altdokuz ay on gün hapsine ve 150 lira mânevi zarar alınarak müştekiki Alii'ye verilmesine dair İstanbul ikinci ağır ceza mahkemesinden verilen 29/1/944 tarihli hüküm C. M. U. liğin temyizi üzerine *Temyiziz Birinci Ceza Dairesince bittetkik*; tasdikına dair verilen 29/2/944 tarihli karar aleyhine *Baş müddeiumumilikten;* Yaralananlardan Ali'i'nnin harekâtından hiddetlenen suçlulnun hâmil bulunduğu tabancayı ççeekerek iki el ateş edip Ali ile arkasında bulunan Mehmed'i raporlarddaa yazılı şekilde tehlikeli surette yaraladığı tahakkuk etmiş ve suçlluunum bu hareketi öldürmeğe elverişli tabancayı ateş ederek öldürmeek için muktazi ef'ale mutabık olup bütün icraî hareketlerin tamamma olmuş bulunmasına ve suçlunun Ali'ye karşı tabancasile iki el ateeşş ederek yaralaması öldürmek kast ve niyetini tâyinde kâfi bir esaass ve kıstas olacağına göre fiilin âdiyen yaralama şeklinde tavsif olunnnmassı yolsuz ve bu cihete mâtuf tebliğname münderecatı varit iken mmücerret suçlunun fiilinde öldürmek kastı bulunmadığı mahkemece ttaakdir edilmiş olduğundan bahsile reddolunmasında isabet mütalâa eeddilemediğinden yüksek ceza umum heyetince tetkik edilerek tasstiik kararının kaldırılması ve hükmün tebliğname veçhile bozulmasınnaa karar verilmesi hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu bbaaptaki evrak 17/4/944 tarihli itiraname ile birinci riyaset dairesiinne gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sgonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Suç işlemek iradesinden ibaret olan kkaastın neye matuf olduğunu tâyine yarayacak delillerin zahirî medlûlldeerinden başka hüviyet taşıdıklarını istidlâle elverişli mucip sebepldeer izah edilmedikçe o delillerin ifade ettikleri mânayı kabul zanrrurî bir neticeyi mantıkıye olur. Hâdisede suçlunun icraî hareketlerinnin muhassılasını öldürmek kasdından tecrit etmek için dayanılan mütahlâalar kandırıcı mahiyette görülemediği için karar aleyhine itiraz eedililmiş ve tetkik edilen dosya ve zabıtname muhtevaları da itiraznanmeede ileri sürülen sebepleri teyit eder mahiyette bulunmuş ve çünkü öldürücü bir ateşli silah içinde bulunan kurşunların mütecavezünaaldeyhe karşı tamamen kullanılmış ve bunlardan ikisinin de hedefe isabet etmiş olması ile öldürmek için iktiza eden bütün fiillerin tamamlanması, kasdın ne olduğunu tebarüz ettirmiş bulunduğu halddde aksinin kabulüne salik sebepler gösterilmeden yazılı şekilde karrarr verilmesi yolsuz ve iti-

866

razname varit olduğundan t tatasdik kararının ref'iyle mahalli hükmünün BOZULMASINA 24/4/944444 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

DAİİRRE KARARLARI

MMüdahale

Tarım Kredi Kooperatiflerri müüdidür ve idare heyetleri aleyhine açılan ceza dâvalarına Ziraat Bankası mümessillererri müdahil sıfatile kabul edilemez.

((CMUK 365)

Temyiz Mahkemesi 1. Cezzaa Dairesi
Esas 27 -- Karar 359

....Temyiz eden suçlulardan ı Yusuf, Şamil, Haydar, Mehmet Ali, Fazlı ve Hazımın mahkemece kabulıl l edilen fiilleri kooperatif idare heyetinde hıfzedilmesi icap eden ilikkinci nüsha senetlere ait ikraz muamelelerinin icrası ha kında werildeen kararı imza ve bunlardan bazılarının ciroya ve bir kısmının da fişşldere vaz'ı imza eylemek suretile tasmim edilen diğer ef'ali cürmiyeyi i ihmalkârane hareketlerile kolaylaştırmaktan ibaret telâkki edilmessisine göre 230 uncu maddenin ikinci fıkrasına tevfikan tâyini ceza eeddilmek icap ederken 204 üncü madde mucibince hükün verilmesinddeki isabetsizlik aleyhe temyiz vaki olmadığından bozmaya sebeb ssayılmamış ve bu suçluların nefsi muamele ile mütezahir olan fiilleriri ve suçlu Abdullahın hazırlık ve ilk tahkikat safahatında mesbuk i ikkrar ve itirafları muvacehesinde sübuta taallûk eden itirazları ve 221/1/8/939 tarihli son vukuf ehli raporuntaki izahata nazaran müdahililiin lâyıhasında zimmet ve ihtilâs mikdarına dokunan temyiz sebebi i yerinde görülmemişsede:

1 — 2836 sayılı Tarım kreeddi kooperatifleri kanunu ve ana mukavelenamesinin sarih hükünlerrine göre Ziraat bankasının murakabe ve nezareti altında bulundurulalaan kooperatiflerin ilk teşekküllerinde icrası muktazi merasimle idaree heyetlerinin intihabı ve sermayesi ve açılacak kredi miktarı ve bbirr yolsuzluk vukuunda yapılacak tetkik ve teftiş ve buna munzam ı ddiğer hususat hakkında ziraat bankasının haiz olduğu salâhiyet ve vvezaifin mahiyet ve tarzı icrası mezkûr kanun ve mukavelenamede tiddaat ve tesbit edilmiş olduğu görülmekle beraber hükmî şahsiyete ssaahip olan kooperatiflerin hariçte ve mahkemeler huzurunda ancak yyönetim kurulları veya bunların salâ-

862

hiyettar kılacağı müdür tarafından temsil olunaabilecekleri de ahkâmı mahsusa ve sariha icabından bulunmasına ve ssuçluların medarı mahkûmiyetleri olan keyfiyet, ikinci nüsha senetlerrim aldatılmış kimselerin imzalarile tekemmül ettirilerek bunların bedelli olan 2750 liranın ziraat bankasından alınması suretile ızrar mahhiyetinde gösterilmekte bulunmuşsa da hisselere ayrılmış bulunan kooperatif sermayesinden başka ziraat bankasının kanunu mahsusundaki mecburiyete riayet ve muktazi merasimin ifasından sonra açılacak kredi ile umur ve muamelâtı maliyesinin ve maksadı tesisi olan hususatın tedvir ve ifası tahtı temine alınmış ve şu veçile bankaa ile bu teşekküller arasında malî ve idarî münasebatta hudut ve şümulü mahsus hükümlerde takyit ve tahsis kılınmış sıkı bir temaısın mevcudiyeti şüphesiz bulunmasına rağmen bir anomin şirket olan ziraat bankasının kanunu mahsus ile müteşekkil kooperatiflere karşı açacağı hesabı cari ve diğer malî muamele ve hesaplardam dolayı binnetice tahakkuk edecek matlubatını kooperatiflerin müteselsil kefaletlerle tahtı temine alınmiş olan sermaye ve saire emval ve eşyasından her zaman istifaya hakkı derkâr olup nezaret ve murakabe teyitlerile nihayet muamelâtının intizam ve dürüstî içinde cereyanını temin gayesini istihdaf eden cihetlerden kat'annazar her iki müessesenin malî münasebattaki durumları hiç bir zaman malî veya ticari iştirak mahiyetini tazammun edemiyeceğine ve hâdisede olduğu gibi usulüne tevfikan tanzim edilmiş olan ortak senetlerile cari hesaba mahsuben banka gişesinden alınacak paranın nefselemirde yolsuz bir muameleye istinat ettirilmiş olduğu tahakkuk etse dahi bundan mütevellit zararı kooperatifin tazmini ile mükellefiyeti zarurî olacağına ve hükmî salâhiyeti haiz olan kooperatifin bilûmum muamelâtını tedvire salâhiyettar olan idare heyetinin yapacağı suiistimaller ve yolsuzluklar sebebile harice karşı vaki taahhüdattan vareste kalmasındaki imkânsızlıktan başka fesih suretile eski idare heyetini istihlâf edecek yeni heyetin dâva ikame ve kanunî tevessülât ile müessese hukukunun sıyaneti zımnında muktazi bilcümle muamelâtı ifa kudretini haiz olacağı şüphesiz bulunduğuna ve hassaten 2836 sayılı kanun ve ana mukavelename hükümlerinin temsil bahsındaki sarahatı mahsusasına karşı ziraat bankasının müdahil sıfatile duruşmaya kabul edilmesini istilzam eden esbap ve avamil gösterilmeden bu sıfatla bilkaubl duruşma icrası,

2 — Suçlulardan Fehmi; yapılan müteaddit sorgularında Fertek köyü muhtarı bulunması sebebile Kooperatif idare heyetine de iltihak eylediğini ve kendisi ancak imzasını yazmağa muktedir olup

868

okuyup yazma bilmediğimi ve idare heyetine iştirak ve uhdesine veznedarlık vazifesinim tahmilinden sonra bilûmum hesap muamelelerile defterlerin muhaasebeci Abdullah tarafından ifa ve tahrır ve hatta ortakların boçlarınıa mahsuben getirecekleri paraları dahi bazan mumaileyhin aldığınıı ve bununla beraber bütün evrak ve senedatın anın nezdinde hıifszedilmekte olduğunu ve on iki senet üzerinde kendi imzası varrsa da bankadan parayı almadığını ve bu senetlerin diğer muameleeler arasında zuhulen imza edilmiş olduğunu israrla beyan ve iddia eylemiş olmasına ve isticvab edilen diğer suçlulardan bazıları da aynı veçhile müdafaaya bittevessül senedatın Abdullah nezdinde mıahfuz olduğunu söylediklerine ve kanun ve ana mukavelename hükümlerine göre bu kabil evrak ve senedatın idare heyetleri nezdinde kalması icab edip tahsisen veznedar tarafından hıfzedileceği hakkında bir sarahat görülemediğine ve köy muhtarı olmak sıfatı kooperatif idare heyetine tahmil edilen vazifenin bu sıfatla şahsen ifasınıı istilzam edemiyeceğini ve suçlu muhasebeci Abdullah müfettiş tarafından icra kılınan sorgusunda ve ilk tahkikatta ikinci nüsha senetler üzerindeki tahrifatı kendisi yaptığımı açıkça itiraf edip Fehmi ve Haydar'ın emirlerile yaptığı hakkındaki atfı mücerret sözüme inhisar ederek teyitsiz kalmış ve bunlardan Haydar'a matufiyeeti mahkemece de kabul olunmadığına ve mezkûr senetlerin muameele mevkiine konulmasını müteakıp ikraz muamelelerine ait kararların umum idare heyeti tarafından tahtı imzaya alınmasından sonra cirolarının idare heyetine dahil mutelif zevat tarafından yapılmış ve imza edilmiş olduğu görüldüğü gibi banka fişleri üzerinde de Fehmi ile beraber Yusuf'un ve diğer şahıs ların da imzalarının mewcut bulunduğuna göre bu sebepler hüküm yerinde tetkik ve tahlil olunarak aynı mahiyette bulunan bir muameleyi müştereken icra eylemiş olanlardan bir kısmı hakkında kâfi görülmeyen delillerin diğerleri hakkında töhmete medar sayılması sebep ve müstenidatı izah ve suçlulardan Fehminin okuyup yazma bildiğini ve hesap işlerimi tedvire iktidarı bulunduğunu tesbit edecek mahiyette bir gûna tahkikat icra ve Abdullah tarafından tutulması vazifesi icabınca muktazi bulunmuş olan defterlerdeki tahrifat, yekûn hatası ve sair ihtilâsı teshile mâtuf yolsuzlukların Fehmiye de sirayetini isbata yarayacak kati delillerin neden ibaret olduğu gösterilmekden yazılı şekilde karar verilmesi,

3 — Zıraat bankasının dâvayı hazırada müdahil sıfatile duruşmaya kabul edilmiş olmasına göre avukatın müvekkili banka ile aralarında münakit yazılı mukavele bulunup bulunmadığı sorularak ibraz

869

edildiği takdirde avukatlık kanununun 128 inci maddesi hükmü göz önünde tutulmak ve ona göre ücret hakkında bir karar verilmek icap ederken ücretin re'sen takdir kılınması,

4 — Bir dâvada müteaddit suçlular bulunsa dahi en büyük cezaya mürettep harcın bütün suçlular arasında paylaştırılması lâzımgelirken ayrı ayrı harç hükmedilmesi

Yolsuz ve itirazlar bu itibarla yerinde görüldüğünden tasdika mütedair mütalâanın reddile hükmün bu sebeplerden ceza muhakeleri usulü kanununun 307, 308, 321 inci maddelerine tevfikan bozulmasına ve evrakın yerine ve depo edilen paraların sahiplerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 14/2/940 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Vazife—bir fiil ile kanunun birden fazla hükmünü ihlâl — millî korunma suçları.

1--aynı suça iki vasıf birden verilmez.

2—Nakil vasıtalarından başka yerlerde kullanılacak mayi mahrukat hakkında Milli Korunma Kanunu ile belediyelere vazife verilmemiştir.

(MKK 64)

Temyiz Mahkemesi. 3. ceza Dairesi
Esas 4908—Karar 2477.

Millî Korunma kanunu ile verilen vazifeyi suiistimal ve sahtekârlık yapmaktan maznun Mehmet Asım Kılınç ve Belediye resi vekili Ahmet Hamdi Bilgen ve Belediye emniyet mümasipliğinde mustahdem Ali Cavit Malatyalı haklarından 3005 sayılı kanuna göre yapılan duruşma sonunda kasaba halkının gaz ihtiyacını tesbit eden mahallat zabıt varakalarında tahrifat yapmak suretile 300 adet fazla gaz tevzii vesikası dağıtıldığı ve bu suretle vazifelerini suiistimal ile resmi evrakta sahtekarlık yaptıkları ve sahtekârlık suçlarının rüyeti asliye ceza hâkimliğinin vazifesi haricinde olduğundan bu kısmın dâvadan tefriki ile Tokat ağır ceza mahkemesine tevdi olunmak üzere ifade suretlerinin C.M.U. liğine verilmesine ve fazlla gaz vesikalarının sureti tevziine dair amme namına açılan dâvanın kabulile tesbit sırasında unutulan ve bilâhara mahallata yerleşen ailelere mağduriyetlerini mucip olmamak düşüncesile tevzie memur olan suçluların da-

870

ğıtma sırasında bayi yyvedinde zuhur eden 295 vesikanın her üç suçlunun para mukabilinndde ve bir kasıt tahtında satmadıkları ve bu vesikaların tekabül eddeen gazların bayi yedinden suçluların çektiğine dair bir delil elde eddililmemesine müstahikler tarafından gazlarını almadıkları hakkında bbir şikâyet ve muracaat bulunmamasına göre vazife ve salâhiyetlerininni suiistimal gibi bir hâl görülmediğinden beraatlerine dair Zile asslliiye ceza hâkimliğinden verilen 10/5/943 günlü hüküm C.M.U. liği tarraafından temyiz olunmasından dolayı mahallinden gönderilen evrakk C.B.M.U. liğinin 17/6/943 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle obkunarak gereği düşünülüp görüşüldü.

Milli korunma kannuununun 64 üncü maddesinin yalnız bu kanun veya koordinasyon heyyeeti kararile verilen vazifenin suiistimali suretile suç işlenmesi haalilinde tatbik edilebileceğine ve hadise tarihinde meriyette olan 390 ssayılı koordinasyon heyeti kararile yalnız nakil vasıtalarına verildeecek mayi mahrukat tahdit altına alınmış ve nakil vasıtalarından gaayyri mahallerde kullanılacak mayi mahrukatın tahdidi hakkında usuluu dairesinde neşir ve ilan edilmiş bir koordinasyon heyeti kararı bbuulunmamış olmasına ve mayi mahrukatın tevzi işinin bir kararla iaşşeye verilmiş olmaması hasebile bu vazifenin Belediyeye devri de meevvzuu bahis olmıyacağından 371 sayılı koordinasyon heyeti kararınnın da bu hadise ile ilgisi olmamasına göre hadisede mezkur 64 ünnccü maddenin tatbik kabiliyeti olmadığı nazara alınmaksızın ve vazziffe ciheti düşünülmeksizin ayni suça iki vasıf verilmek suretile yaazzılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz ve C.M.U. sinin temyiz itirraazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla varit bulunmuş olduğunndan hükmün mezkûr sebebten dolayı bozulmasına 29/3/944 tarihinnde itifakla karar verildi.

Tekerrür

Milli Korunma Kanununuunn başka başka maddelerinde yazılı suçlar aynı cinsten değildir.

(CK 81/2)

Temyiz Makemesi 3.. CCeza Dairesi
Esas 6808—Karar 25553

Milli korunma kanuunuua muhalif hareketten maznun Mehmet Aybaş ve Ahmet okay hhaakkarında yapılan duruşma sonunda: Maznun

821

Ahmet okayın bilerek faturasız taban astarı köselesini satın almaga razı olmuş bulunduğu mertebei subutta bulunmuş olması hasebile Mehmet Aybaşın fatura vermek mecburiyetine riayet etmemiş olmasından dolayı ceza tayinine imkânı kanunî görülmediğinden Mehmet Aybaşın beraetine ve diger maznun Ahmet okayın ticaret kastile satın aldığı taban astarı köselesine fatura istememek suretile milli korunma kanununa müsteniden 413 sayılı kordinasyon heyeti kararile vazedilen mecburiyete riayet eylemediği sabit olduğundan milli korunma K.nun 31/4,59/5;63 üncü maddeleri geregince 50 lira ağır para cezasile mahkumiyetine ve bir hafta dükkân ve mağazasının kapatılarak ticaretten men'i cezalarına evvelce infaz edilmiş ve aynı cinsten bulunmuş milli korunma kanununa muhalif hareketten eski mahkûmiyeti bulunmasına mebni T.C.K.nun 81 inci maddesinin 2 inci fıkrası hükmünce 6 da biri olan ve eski cezasından aşağı bulunan 8 lira 30 kuruş ile bir gün zammile ceman 58 lira 30 kuruş ağır para cezası ve 8 gün dükkân ve mağazanın kapatılarak ticaretten men cezaları ile mahkûmiyetine ve masrafı kendisine ait olmak üzere hükmün neşrine ve büyük harflerle de yazılarak magzanın göze çarpan yerine yapıştırılmasına dair Aydın asliye ceza hâkimliğinden verilen 1/7/943 günlü hüküm bu yer C.M.U.ligi ile mahkûm tarafından temyiz olunmasından dolayı mahallinden gönderilen evrak B.M.U. liğin 13/9/943 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü.

Maznun Ahmet Okayın subuta ait temyiz itirazları zabıtname münderecatına nazaran yerinde görülmemiştir. Ancak: evvelki mahkûmiyetinin aynı cinsten olmamasına göre mükerrerliginden dolayı T.C.K.nun 81 inci maddesinin 1 inci fıkrasının tatbiki lâzım gelirken 2 inci fıkrasının tatbik olunması ve 9 sayılı Koordinasyon heyeti kararı hükmünce maznun Mehmet Aybaşın tüccara sattığı taban astarından dolayı fatura vermemesinin suç teşkil ettiği nazara alınmayarak beraetine karar verilmesi yolsuz ve maznun Ahmet ile C.M.U. sinin temyiz itirazları bu itibarla varit bulunmuş olduğundan tebliğnamenin 1 inci bendindeki mutalâanın reddile hükmün mezkur sebeblerden dolayı bozulmasına....30/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Sahtekârlık — Millî korunma suçları

1942 yılı hububat borcunu ödeyememiş olanların Millî Korunma Kanununa göre

872

cezalarının affı hakkındaki kanun, ödenen para mukabilinde verilen makbuz üzerinde tahrifat yapan kimsenin cezasını affetmemiştir.

(4518 sayılı K.)

Temyiz Mahkesi 1. Ceza Dairesi

Esas 901 — Karar 837

942 senesi mahsulünden hükûmete olan borcunu vermemek maksadile 942 senesine ait makbuz üzerinde tahrifat yapmaktan suçlu Sabri oğlu Mevlût Kızılın bilmuhakeme tahrif olunan makbuz muhteviyatı 4518 sayılı kanun mucibince affa dahil olmasına ve suçlunun halen hükümete borcu kalmamış bulunmasına ve mezkûr kanunun 1 ve 2 inci maddeleri veçhile bu gibi suçlara takibat yapılamıyacağına binaen takibat icrasına mahal olmadığına dair Akşehir ağır ceza mahkemesinden verilen 22/2/944 tarihli kararın temyizen tetkiki C. Müddeiumumiliğinden istida edilerek icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

4518 sayılı kanunun hükmü mücerret borcunu vermiyen müstahsiller hakkında yapılacak takibatın affına dair olup o borcu kısmen ödeyerek alınan makbuzlarda tamamının ödendiğini tazammun eder surette yapılacak sahtekârlık suçu bu kanunun şümulünden hariç bulunmasına ve çünkü esasen bu kanunun neşrini tazammun eden 2/2/942 tarihinden evvel sahtekârlığın maddi unsuru olan tahrif ika edilmiş olup bunun ikaı tarihinden de cürmî vasfı olan ızrar kabiliyetinin vücudu aşikâr bulunmuş ve bu suretle cürüm tekemmül etmiş olmasına nazaran hâdiseye kabili tatbik olmıyan salifüzzikir kanuna müsteniden yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz ve mahalli C. Müddeiumumisinin temyiz itirazları varit olduğundan tebliğnamede yazılı mütalâanın reddile hükmün ..... bozulmasına ..... 4/4/944 tarihinde oybirliğile karar verildi.

875

Yalan yere yemin

Şahitle isbatı kabil olan hususlar hakkında hukuk mahkemesinde yalan yere yemin etmekten maznun kimse ceza dâvasında şahit ile kendini müdafaa edebilir.

(CK 287)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi
Esas 1858 — Karar 3834

Satmış olduğu manifatura bedelinden kalan 450 lira alacak dâvasının muhakemesi sırasında Hüseyin aleyhine hukuk mahkemesinde yalan yere yemin etmekten suçlu Mustafanın bilmuhakeme T. C. Kanununun 287. 20. 89uncu maddelerine tevfikan altı ay hapis ve 30 lira ağır para cezalarile mahkûmiyetine ve üç ay hidematı âmmeden memnuiyetine ve cezanın teciline dair Göksün asliye ceza mahkemesinben verilen 30/12/943 tarihli hükmün temyizen tetkikı mahalli C M. U. liği ve mahkûm taraflarından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

1 — Suçlu 1050 lira aldığı halde 1500 liralık senet verdiğini, binaenaleyh yeminin yalan olmadığını müdafâaten beyan etmekte olup ticarî muamelâtta şahit istimaına da kanunî cevaz bulunduğu halde bu müdafaası tahkik edilmeksizin yazılı kararın verilmesi bozmayı mucip ve itirazlar bu itibarla varit olduğundan hükmün bu sebepten dolayı tebliğname gibi bozulmasına ..... 7/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

874

Temyiz Kararları

Nr. 6 **Hukuk Kısmı**

TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARI

Müruruzaman — Emre Muharrer Senet

Emre muharrer senetlere müsteniden yapılan icraî takiplerde borçlunun yazılı ikrarı ile müruruzaman kesildiği surette bu tarihten itibaren cereyana başlıyacak müruruzaman ticaret kanunu hükümlerine göre üç senedir.

(BK 135, TK 2, 597)

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumi Heyeti
Esas 10 — Karar 5 (23-2-1944)

Emre muharrer senetlere müsteniden yapılan icraî takiplerde icra dairesine gelen borçlunun yazılı ve imzalı ikrarı ile müruru zaman kesildiği surette bu tarihten itibaren cereyana başlıyacak müruru zamanın ticaret kanunu hükümlerine göre yine üç sene mi, yoksa Borçlar K. nun 135 inci maddesinin ikinci fıkrası veçhile 10 sene mi olacağı hususunda Temyiz icra ve iflâs dairesinin 8/10/938 tarih ve $\frac{4359}{4154}$ ve 19/2/940 tarih ve $\frac{144}{756}$ sayılı kararlarını havi ilâmları arasında meydana gelen içtihat ihtilâfının halli adı geçen daire Reisliğinin 20/2/941 tarih ve 161 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni birinci toplanmada karar nisabı hasıl olmamasına binaen tekrar toplanan umumî heyette keyfiyet müzakere edilerek:

Neticede;

Emre muharrer senetlere müsteniden yapılan icraî takiplerde icra dairesine gelen borçlunun yazılı ve imzalı ikrariyle müruru zaman kesildiği surette bu tarihten itibaren cereyana başlıyacak müruru zamanın ticaret kanunu hükümlerine göre yine üç sene mi, yoksa Borçlar kanununun 135 inci maddesinin ikinci fıkrası veçhile 10 sene mi olacağı keyfiyeti icra ve iflâs dairesinin bir birine mübayin kararları arasındaki ihtilâfın esas ve mevzuunu teşkil etmektedir.

Ticaret K. nun müruru zaman kısmında poliçe ve emre muharrer senetlerin tâbi tutulduğu müruru zaman müddetinin altı ay ilâ

875

üç sene arasında mütefavit olduğu ve müruru zaman kat'ını müstelzim muamele her kim hakkında vakı olmuş ise ancak onun hakkında hüküm ifade edeceği zikir ve tasrih kılınmış ve müruru zamanı kesen sebeplerin neden ibaret bulunduğu ve katıdan itibaren başlıyacak müruru zamanın aynı müddet olup olmadığı hususları da meskût kalmıştır.

Hakkında ticaret kanunlarında bir gûna sarahat ve delâlet veyahut mukavelename veyahut âdatı ticariye bulunmıyan ticarî meselelerde kanunu medenî hükümlerinin tatbik edileceği ticaret K. nun ikincii maddesinde beyan edilmiş ve binaenaleyh hâdisenin Borçlar K. nunı katıdan sonra başlıyacak müruru zamandan bahis bulunan 135 incii maddesi hükümleri dairesinde hal ve faslı zarurî bulunmuştur.

İtimat, itibar ve sür'at esaslarına dayanan ticarî muamelelerini farık vasıfları ve hususiyetleri nazara alınarak bunlar hakkında imtiyazlı ve istisnaî hükümler konulmuş ve bu cümleden olarak poliçe ve emre muharrer senetlerde nisbeten kısa müruru zaman müddetlerine tâbi tutulmuş olmasına binaen mütearız içtihatların birleşmesi zımnında tevhidi içtihat müessesesine intikal edip mahiyeti yukarıda beyan ve izah olunan meselede mezkûr maddenin birinci fıkrası veçhile müruru zamanın kesildiği tarihten itibaren aynı müddetin yani üç senelik müruru zamanın cereyanı iktiza edeceği ve munhasıran âdi muamelelerde mabihittatbik olup ticarî senetlerin hususiyet ve mahiyetleriyle telifi kabil olmıyan ikinci fıkra hükmünün tatbikı lâzımgelmiyeceği ekseriyetle kararlaştırıldı.

(*Resmî Gazete 5717 30-5-1944*)

UMUMİ HEYET KARARLARI

İcar — Fesih için ihtar

Mecurda yapılan tahribattan ve mukavele hükümlerine riayetsizlikten dolayı icarın feshi dâvasını açabilmek için ihtarda bulunmak lâzımdır.

(BK 256,260)

Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti
Esas 3/99 — Karar 82

Dâva : İcarla oturmakta olduğu evinin iki aylık kirasını vermemiş olduğu gibi tahribat ta yapdığından 26 lira kira bedelile 24 lira tahribat bedelinin ve tesbit masrafı 1807 kuruşun tahsili ve evin tahliyesi talebinden ibarettir.

876

Hüküm : Bedeli icardan 26, tahribattan 24 ki cem'an 50 liranın tahsiline ve kiralanan mahallin müddeaaleyhden tahliyesile dâvacıya teslimine dair verilen hüküm indettemyiz; Müterakim kira bedellerinin tesfiyesi ve vukubulan tahribatın izalesi hakkında borçlar K.-nun 260 ıncı maddelerine tevfikan müstecire ihtar yapılmak ve semeresiz kaldığı surette akdin feshi cihetine gidilmek lazımgelirken bu yolda yapılmamış olan ihtara istinaden yazılı olduğu üzere karar verilmesinden dolayı bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükmde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Müddeaaleyh vekili avukat Suphi Tolun.

TEMYİZ KARARI

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

11/8/943 de tebliğ ettirilen ihbarnamede yalnız tahribattan ve mukavele hükümlerine riayetsizlikten ve başkasını almış olmasından bahsedilmiş olup Borçlar K. nun 256 ve 260 ıncı maddelerindeki sarahat veçhile tahribatın izalesi ve şarta riayeti hakkında mehil verilmemiş olduğu gibi takaddümen yapılması muktazi bulunan ihtarda tarihi dâva olan 26/7/943 den sonra yapılmış olması da kanun hükümlerine uygun bulunmamış ve hüküm tarihine kadar zaman geçmiş olması kanunun istihdaf eylediği gayenin temini mahiyetinde görülmemiş olması hasebiyle hususi dairenin bozma kararı varit olup 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 ıncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı (600) kuruş temyiz ilâmı harcının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/4/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

DAİRE KARARLARI

Şuf'â

Şuf'â dâvasından telgrafname ile feragat muteberdir.

(HMUK 93,302)

872

Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi
Esas 4527 — Karar 662

Uzun köprünün Riza mahallesinden Niyazi Özgüç vekili avukat Ali Giray'ın Uzunköprüde Bakkal Kalıpcı Ahmet aleyhine müvekkilinin İhsan Darcan ve saire ile şayıan hissedar bulunduğu hudut ve mevkii malûm arsadan dörtte üç hissesini hissedarlardan adı geçen İnsan Darcanın müddeaaleyhe 650 liraya ferağ etmiş olduğu halde tapuda 900 liraya satılmış gibi gösterilmiş olduğundan mefruğunbih dörtte üç hissenin hakiki satış bedeli olan 650 lira üzerinden müvekkili namına kayt ve tescili talebiyle ikame eylediği dâvadan dolayı cari muhakeme sonunda dâvacı bulunduğu Geliboludan yolladığı bir telgrafla dâvadan feragat ve vekilini azlettiğini bildirmiş isede ahiren rucu ile dâvaya devam etmiş ve esasen feragat keyfiyeti istida veya huzuru hâkimde diğer tarafın kabulüne mukarin olarak şifahen yapılması lâzımgelip telgrafla yapılan feragatten dolayı müddeinin hakkı şuf'ası sakit olamıyacağından ve saireden bahsile müddeinin hakkı şuf'asının subutuna ve kabulüne binaen müddeabin hissenin 900 lira bedel mukabilinde dâvacı namına tashihan kayt ve tesciline dair Uzunköprü asliye hukuk hâkimliğinden sadır olan 16/7/943 tarih ve 16/109 No lu ilâmın temyizen tetkiki müddeaaleyh Ahmet Bingöl tarafından müddetinde verilen arzuhalla talep edilmiş olmakla tetkik ve icabı müzakere olundu:

Karar

Feragatın mahkeme haricinde istida ile tahriren yapılacağı usulün 93 üncü maddesinde yazılı isede; telgrafnamede mahkemeye hitaben yazılmış ve aslı telgrafhanede muhafaza edilmiş bir istida mahiyetinde olup, usulün 302 inci maddesinde, telgrafnameler ihtilâf halinde aslına itibar olunacağı yazılarak senet ve ikrarı bilkitabe mahiyetinde kabul edilmiş olmasına ve hâdisede dâvacı şefi bu telgrafı gönderdiğini itiraf eyledikten ve müddeaaleyh hakkında müktesep bir hak teşkil ettikten sonra rucuuna itibar olunamıyacağı nazara alınmıyarak iki nüshalı istida kabilinden olmadığından bahsile ve telgrafname ile intıhaen iskat edilmiş olan bir hakkı şuf'aya tekrar vücut verilerek yazılı olduğu üzere dâvacının hakkı şuf'asına hüküm verilmesi usul ve kanun hükümlerine aykırıdır.

Temyiz itirazları bu itibarla vârit olduğundan mezkûr hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesine tevfikan bu sebepten NAKZINA ve evrakın mahalline iadesine ve 870 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 18 Şubat 944 tarihinde ittifakla karar verildi.

878

İptidaî itirazlar—Vazife—Dâvanın ikamesi

Vazifesizlik kararı veren mahkemenin dosyayı vazifeli mahkemeye geç göndermiş olması davacının vazifesizlik kararının katileşmesinden itibaren on gün içinde davetiye tebliğ ettirmesi mecburiyetini kaldırmaz.

(HMUK 193)

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi
Esas 282

Temyiz edilen karar: İcraî takipde bulunan Hazinei Maliyenin alacağından dolayı boçlu Fuadın malı olduğu beyanile haczedilen cem'an 100 lira kıymetindeki ev eşyası hakkında müddei Leman oralın ikame eylemiş olduğu istihkak davası üzerine yapılan duruşma ve tedkikat neticesinde: Mahcuz taban halısı, masa örtüsü, iki yatak, bir dıvar halısı ve bir seccadenin davacının malı olduğu dinlenen şahidlerin kanaatbahş ifadelerinden anlaşılmış ve müddeaaleyh Hazine vekili bu cihetin aksini müsbit bir delil irae etmediği gibi davacıya yemin dahi teklif eylememiş olduğundan mezkûr eşya üzerindeki haczın İcra ve İflâs kanununun 97 inci maddesine tevfikan fekkile bu eşyanın davacı Lemana teslimine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz kararı: Hacze karşı istihkak iddiasında bulunan Leman'ın Tedkik Merciince verilen karar üzerine sulh mahkemesinde açdığı davanın vazifesizlik kararile reddedilmiş olduğu ve bu kabil vazife ve salâhiyetsizlik kararlarının kat'iyet kesbettiği tarihten itibaren on gün içinde müddeaaleyhe davetiye tebliğ ettirilmesi aksi takdirde dava ikame edilmemiş sayılacağı H.U.M. kanunun 193 üncü maddesinde yazılı olup hadisede vicahi kararın kaziyei muhkeme halini iktisap ettiği tarihten itibaren on gün geçtikten sonra davetiye tebliğ edildiği ve her nekadar vazifesizlik kararını veren mahkeme dosyayı teehhürle yani müddet geçtikten sonra vazifeli mahkemeye göndermiş ise de davacının bu müddet zarfında müracaat imkânı bulunduğu cihetle dosyanın teehhürle gönderilmiş olması keyfiyeti mezkûr madde hükmünün tatbikına mâni teşkil etmediği halde Mercice istihkak davasının kanunî müddet içinde açılmış olup olmadığı hususu düşünülmeksizin esasa girişilerek karar verilmesi kanuna muhalif ve Hazine vekilinin temyizi bu bakımdan varid görüldüğünden mümeyyezünbih kararın bu sebepten İcra ve İflâs kanununun 366 ve H. U.M. kanununun 428 inci maddeleri gereğince bozulmasına..... 28/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

879
MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

İcranın tehiri

1 — Kanunun tâyin ve tesbit ettiği geri bırakılma sebepleri veya icranın tehiri hakkında mahkemeden alınmış bir karar mevcut olmadıkça ilâm hükümlerinin icrası zaruridir.

2 — 402 sayılı koordinasyon heyeti kararının ilâmlı ve cebri tahliyelere şümulü yoktur.

(İİK 33)

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi
Esas 330

Temyiz edilen karar: Borçlu İbrahim vekili avukat Ziya Kaçar imzasile verilen 29/11 ve 1/12/943 tarihli şikâyet istidalarında; müvekkili İbrahim aleyhinde istihsâl olunan tahliye ilâmına müteallik icra, mecur Fabrika dahilindeki kuyular içinde bulunan deriler mamul bir hale gelinceye kadar geri bırakılmak lâzım geleceği ve esasen Resmî Gazete ile neşredilen Heveti vekile kararına göre bu kabil imalâthanelerin, İktisat vekâletinden müsaade istihsal edilmedikçe tahliye edilemiyeceği beyan ve iddia olunmakta ise de 4 üncü Ticaret Mahkemesinin tenfizi istenen 14/7/943 tarihli ilâmı, Kazlıçeşme' de kâin 2 — 4 ve 7 Nolu deri ve kösele imalâthenelerinin tahliyesine hükümden ibaret olup mezkûr ilâm Temyiz Ticaret Dairesince de tasdik edilmiş bulunmasına ve İcra Daireleri kendilerine infaz için verilen ilâmları aynen tatbikle mükellef olmalarına ve icranın durdurulması talebile ileriye sürülen şikâyet kanunî hiç bir sebebe istinad etmemesine mebni mezkûr şikâyetin İcra ve İflâs Kanununun 33 üncü maddesine tevfikan reddine, ancak 13/12/943 tarihli Resmî Gazete ile neşredilen 19409/402 sayılı Heyeti Vekile Kararının cebrî icra yollarında kabili tatbik olup olmadığı hususu evvel emirde icra dairesince düşünülerek icap eden karar ittihaz edilmek üzere dosyanın mezkûr daireye iadesine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz Kararı: İcraya mevzu ilâm fabrikanın tahliyesine hükümden ibaret olup borçlu mahkûmünaleyh, imâl olunmak üzere fabrikaya konulan deriler başka bir yere kaldırıldığı surette küllî zarara uğrayacağından mamul yani nakli halinde mahzurdan salim bir dereceye gelinceye kadar iş bu ilâm hükmünün icrasının geri bırakılmasını talep etmekte ise de mezkûr deriler hükümden evvel de bugünkü vaziyette ise muhakeme sırasında bu keyfiyetin iddia edilmesi lâzım gelip hükme takaddüm eden her hangi bir iddianın İcra Mercilerince tetkikine kanunî cevaz olmamasına ve bu hal hüküm-

den sonra ihdas olunmuş ise borçlunun kendi fiil ve muamelesinden doğan zararlara katlanması tabiî ve icranın geri bırakılmasını mucib kanunî sebebler de İcra ve İflâs Kanununun muaddel 33 üncü maddesinde yazılı olup borçlu tarafından vaki şikâyet ise bunlardan kiç birine uymamasına ve binaenaleyh kanunen kabul olunan geri bırakılma sebepleri ve icranın tehiri hakkında mahkemeden alınmıs bir karar mevcut olmadıkça ilâm hükümlerinin icrası zarurî olmasına ve Koordinasyon Heyetinin 402 sayılı kararının ilâmlı ve cebrî tahliyelere şümulü bulunmamasına binaen yerinde olmıyan itirazların reddile kanun hükümlerine uygun görülen mümeyyezünbih kararın İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H.U. M. Kanununun 438 inci maddeleri gereğince tasdikına 28/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Harç

Vazifesizlik kararlarında red harcı alınmaz.

(Harç TK 21)

Temyiz Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi
Esas 1905

Bir ev ile 50 dönüm tarlaya müdahalenin men' i dâvasının yapılan muhakemesi neticesinde müddeabih tarla ile evin kıymetinin 2500 lira olduğu anlaşılmakla vazife noktasından dâvanın reddine 400 kuruş red harcının müddeiden alınmasına dair verilen hükmün temyizen tetkiki müddeti içinde müddei vekili tarafından istenilmekle temyiz tetkikatı bil'icra:

Temyiz Kararı : Vazifesizlik kararı esbabı mucibeye müstenit isede henüz iki taraftan biri haksız çıkmamış ve bu cihetin evrakın tevdi edileceği vazifeli mahkemede tâyini muktazi bulunmuş iken müddeiden red harcının tahsiline karar verilmesi yolsuz olduğundan harca müteallik karar fıkrasının ref'ine ve vazifesizlik kararının tadilen TASDİKINA 28/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Vazife — İstimlâk bedeline itiraz dâvası

İstimlâk bedeline karşı vukubulacak itiraz dâvalarına istimlâk olunan gayri menkulün bulunduğu mahal mahkemesince bakılmak lâzımdır.

(HMUK 1, İstimlâk kararnamesi)

881

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 110 — Karar 658

Bahçıvanlık mektebi tesisi maksadile Tuzlada müvekkiline ait Tuğla ve Kiremit Fabrikası müştemilâtıncan tarlaların istimlâki cihetine gidilmiş olduğundan bahsile Fabrıkanın mütemmim cüzü olan ve ziraî kiymeti bulunmıyan topraklara ait istimlâk hakkında Devlet Şûrasına müracaat hakkı mahfuz kalmak şartile ziraatde kullanılan tarlaların bedel farkına mukabil elli bin liranın müddeaaleyhden tahsiline karar verilmesini dâvacı vekili istemiş, müddeaaleyh vekili dahi cevabında: dâvanın rüyeti Gebze Asliye hukuk mahkemesine ait olup Ankara Mahkemesinin salâhiyetinden hariç bulunduğunu bilbeyan dâvanın bu noktadan reddini talep eylemiştir.

Karar: tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere, hadisede istimlâkin Gebze Asliye Hukuk Mahkemesinin kazası dahilinde cerayan ettiği dâvacı tarafından bildirilmekte olduğu cihetle dâvanın rüyeti mahkemenin salâhiyyeti haricinde olduğundan reddile evrakın salâhiyyetli Gebze Asliye hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verildiğini mutazmmındır.

Temyiz eden: dâvacı vekili avukat Ali Şevket Erkün tarafından duruşma yapılmak suretile hükümün temyizen tetkiki istenilmişdir.

Temyiz Kararı Hadisenin duruşmaya tâbi mevaddan olduğu anlaşılarak bu baptaki talep kabul edilmiş ve gün tâyin olunarak taraflara davetiye gönderilmişti. Muayyen günde mümeyyiz vekili avukat Ali Şevket Erkün gelmiş ve mümeyyizünaleyh Hazine vekili ifa kılınan tebligata rağmen gelmemiş olduğundan gıyabında duruşmaya başlanarak hazır bulunan mümeyyiz vekilinin şifahi izahatı dinlenildikten ve temyiz talebinin müddeti içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup esasa girişildi. Menafii umumiye için istimlâk kararnamesinin on dördüncü maddesinde «takdir olunan bedele razı olmıyanların aleyhlerinde ait olduğu mahkemede dâva ikame olunacağı» yazılı olup bu maddede mutlak surette zikrolunan ait olduğu «mahkeme» den istimlâk olunan gayri menkulün bulunduğu mahal mahkemesi kasd edildiği istimlâk kararnamesinin beşinci ve on birinci ve yirmi birinci ve yirmi ikinci maddelerinden anlaşılmaktadır. Filhakika istimlâk kararnamesinin beşinci ve on birinci maddelerinde «istimlâk olunacak mülkün kıymetinin her mahalde Belediye ve nahiye meclislerinden intihap olunmuş bigaraz ehli vukuf ve yeminli üç muhammin marifetle takdir edileceği ve mülk sahiplerile istimlâk edecek daire tarafından vuku bulacak itirazların dahi beledi-

882

ye Meclisi tarafından tetkik olunacagı» ve yirmi birinci ve yirmi ikinci maddelerindede "dâva vukuunda mahkemenin bir hakem encümeni teşkil edeceği, işbu hakem encümeninin istimlâk olunacak mülkün vaki olduğu dairei Belediye dahilinde sahibi mülk olanların o sene belediye intihabında âzalığa intihap olunanlardan sonra ekseriyet kazananlardan ekalli yedi ve nihayet on bir kişiden terekküp edeceği ve hakem encümeninin teşkilini müteakip tarafeyni encümene davet edecekleri «yazılı olmasına göre gerek istimlâke müteallik iptidai muamelelerin gerek bedele ait dâvanın gayri menkulün vaki olduğu mahal mahkemesinde görülmesi matlup ve mültezem bulunmuş ve binaenaleyh bedel dâvalarında mahkemenin salâhiyeti şahıs itibarile değil daha ziyade istimlâk edilecek gayri menkulün bulunduğu mahal itibarile tâyin edilmiş olduğundan dâvanın rüyeti gayri menkulün bulunduğu Gebze mahkemesine ait ve Ankara mahkemesinin salâhiyetinden hariç bulunmuş olmasına mebni varit olmıyan itirazların reddile kanun hükümlerine uygun olan hükmün (TASDİKINA) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının Temyiz edenden alınmasına 29/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İcar

Müddeti muayyen olmıyan kira akidlerinde kira müddeti millî K. Kanun yürürlüğe vazından itibaren bir yıl uzatılmış sayılır.

(MKK 30)

Temyiz Mahkemesi 3.Hukuk Dairesi
Esas 2456

Dâva : Evini ayda 12 lira kira ile başkasına icara vermiş ve bil'ahareda müddeaaleyh mezkûr evi ayni şart dahilinde o şahıstan kiralamış isede evin kendisine lüzumu olduğundan ve kanuni ihtarda yapıldığından tahliyesi talebinden ibarettir.

Karar : Kanuni mehilin inkızasından evvel açılan işbu dâvanın reddine mütedairdir.

Temyiz eden: Müddei.

Temyiz Kararı

Millî korunma kanununun 30 uncu maddesinden çıkarılan neticeye göre müddeti gayri muayyen kira akidlerinde kira müddetinin mezkûr kauunun tatbik mevkiine vaz olunduğu yerlerde tarihi vaz'-

883

ından itibaren bir sene için uzatılmış sayılması lâzım geleceğine ve onu takip eden senelerde dahi mezkûr kanunun emri dairesinde müddetin sene sene uzatılmış olacağına nazaran bu suretle keyfiyetin tetkiki ve dâvacının meskene ihtiyacı olup olmadığınında tahkiki ile neticesine göre karar verilmesi lâzımdır. hükmün NAKZINA 2/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Dellâliye

Dellâliye ücretine hüküm için müruru zamanın başlangıç tarihini tesbit lâzımdır.

(TK 110)

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi
Esas 44/265 — Karar 526

Dâva : Dâvacı vekili, dâva olunan müekkili delâletiyle kiraladığı tütün deposu için birinci seneye ait 180 lira dellâliyesini vermiş ise de depoyu bir sene için kiraladıkları beyaniyle ikinci seneye ait dellâliyesini vermemiş halbuki deponun üç sene için kiralandığı anlaşılmış olmasına mebni üçüncü seneye ait simsariye hakkı mahfuz tutulmak üzere ikinci seneye ait 180 liranın vekâlet ücretiyle beraber tahsilini istemiştir.

Hüküm : İki sene için kiralanan mecur için dâva olunan simsariye ücreti olarak 180 lira verdiği ve ikinci sene için ayrıca mukavele yapılmamış olmasına göre bu kabil kiralamalarda her sene için simsarlara ücret verileceği hakkında bir örf ve adet te mevcut olmamasına ve ticaret kanununun 110 uncu ve mütaakip maddeleri mucibince, yapılması gerekli muamele dâvacı tarafından yapılmamış olmasına ve muamelenin inikadı tarihinden dâva tarihine kadar bir seneden fazla müddet geçtiği cihetle dâvanın müruruzaman noktasından reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden: Hüsnü Avni vekili avukat Nusret Çalış.

Temyiz Kararı

Temyiz isteğinin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki bütün kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylaşıldı:

Dâvacı akdi müteakip almış olduğu dellâliye ücretinin taraflar arasında yalnız bir senelik kira akdi yapılmış olduğu zannına istinadettiğini ve kendisini dâvalının bu hususta hataya sevkettiğini, halbuki tavassutu ile 1942 tarihinde yapılmış olan kira mukavelena-

884

mesinin bir senelik olmayıp iki sene müddetle aktedilmiş olduğunu sonradan öğrendiğini iddia etmiş ve dâvalı vekili ise dâvacının akit zamanında kiranın iki sene müddet için yapıldığını bilir olduğunu söylemiş olmasına göre müruru zamanın başlangıç tarihi anlaşılmak üzere evvel emirde bu noktanın tahkik ve tetkiki lâzımgelirken dâvalının müdafaası lâyıkile nazara alınmıyarak yazılı olduğu üzere dâvanın reddine karar verilmesinde isabet görülemediğinden ve bozma talebi bu itibarla yerinde olduğundan temyiz edilen hükmün, hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 600 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 2/3/944 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gıyap kararı

Salâhiyet itirazının reddedildiği dâvalıya tebliğ ettirilmiyerek kendisine dâvetiye ve gıyap kararı tebliği yolsuzdur.

(HMUK 196)

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi
Esas 43/1258 — 540

Dâva : Dâvacı, dâvalı, Kabuklu ve iç fındık teslimi hakkındaki taahhüdünü yerine getirmemiş olduğundan, akdin feshile fiat farkından alacağı olan 1650 liranın faizle birlikte tahsilini istemiştir.

Hüküm : İleriye sürülen salâhiyet itirazının reddine karar verildikten sonra yapılan duruşma sonunda; ticaret kanununun 714 üncü maddesi gereğince akdin feshine ve bilhesap anlaşılan 1372 lira 5 kuruş fiat farkının % 5 faizle birlikte dâvalıdan tahsiline karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden: Memik Özbaygın.

Temyiz Kararı

Temyiz isteğinin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki bütün kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylaşıldı:

Hâdisede dâvalı Memik tarafından salâhiyet itirazı serdedilmiş olmasına göre bu cihete dair mahkemece verilen karar kendisine tebliğ edilip esas hakkında cevap lâyıhası vermek üzere müddet tâ

885

yin edilmesi hukuk usulü muhakemeleri kanununun 196 ıncı maddesi icaplarından iken bu suretle muamele yapılmıyarak ve salâhiyet itirazının reddedildiği dâvalıya tebliğ ettirilmiyerek kendisine davetiye ve gıyap kararı tebliğ ettirilmesi ve gelmemesi üzerine yazılı olduğu üzere muhakeme yapılıp hüküm verilmesi usul ve kanuna uygun olmadığından ve bozma talebi bu itibarla yerinde olduğundan temyiz edilen hükmün zikredilen noktadan hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve esas hakkındaki itirazların şimdilik tetkikine mahal olmadığına ve aşağıda yazılı 470 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 3/3 944 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Nafaka

Dâvalı iki kardaşı daha olduğunu iddia ettiği zaman bu iddianın tahkikı lâzımdır.

(MK 315)

Temyiz Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi
Esas 864 — Karar 1022

Dâva: Oğlu müddeaaleyh kendisine bakmadığından ve hali zarurette bulunduğundan bahsile ayda yirmi lira nafaka takdirni istemiştir.

Hüküm: Müddeaaleyhin dâvacıya bakmadığı ve müddeinin hali zarurette bulunduğu şahadatle sabit olduğundan takdir olunan ayda yirmi lira nafakanın müddeaaleyhden tahsiline karar verilmiştir.

Temyiz eden: Fikri Gökay

Temyiz Kararı

Temyiz istidanamesinin müddeti içinde ita ve kaydedilmiş olduğu görülüp kabulü ittifakla kararlaşdırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Müddeaaleyh iki kardaşı daha olduğunu iddia etmiş olmasına göre bunların vaziyetleri ve yardıma kudretleri olup olmadığı şahitlerden tahkik olunarak yardım edebilecek durumda oldukları anlaşılırsa müddeaaleyhin hissesine isabet edecek miktarla hükmolunmak lâzımgelirken noksan tahkikatla yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden hükmün bu sebeple (NAKZINA) ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 7/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

886

Vekâlet Ücreti

Dâva ikame edilen kimsenin mücerret dâvayı kaybetmesi halinde vekil ile müvekkil arasındaki ücretle diğer tarafın ilzam edilmesi lâzımgelmez.

(HMUK, 421, BK 41)

Temyiz Mahkemesi. 3 Hukuk Dairesi
Esas 2119

Dâva: Dâvalı tarafından aleyhine İstanbul asliye ceza mahkemesine haksız olarak ikame ettiği yalan yere şahadet ve yemin dâvasından beraetine karar verilmiş ve bu karar da kesbi kat'iyet etmiş olduğundan bu dâvada vekâlet ücreti olarak verdiği 200 liranın tahsili talebinden ibarettir.

Karar: İddia sabit olduğundan borçlar kanununun 41 inci maddesine tevfikan müddeabih 200 liranın tahsiline mütedairdir.

Temyiz eden: Müddealeyh.

Temyiz kararı

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 421 inci maddesi mucibince vekil ile müekkil arasında tekarrür eden ücreti vekâletin tamamı veya bir kısmı ile diğer tarafın mahkûm edilebilmesi diğer tarafın suiniyet sahibi olduğunun veyahut bir gûna hakkı olmadığı halde dâva ikame edilmiş bulunduğunun sübutuna vabeste olup dâva ikame edilen kimsenin mücerret dâvayı kaybetmesi halinde vekil ile müekkil arasındaki ücretle diğer tarafın ilzam edilmesi lâzımgelmez. Bu itibarla borçlar kanununun 41 inci maddesi mucibince değil avukatlık ücreti tarifesinde yazılı ücretle ilzam edilmesi icabedeceğinden hükmün nakzına 7/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Şuyuun izalesi

Tarlaların taksiminde bir kısmının inbat küvveti itibarile diğerlerinden farklı olduğu surette ivaz ilâvesi suretile taadülün temini gerekir.

(MK 628/son)

Temyiz Mahkemesi. 3 Hukuk Dairesi
Esas 2401

Dâva: Kendileri ile dâvalılar namına intikalen kayıtlı iki kıta tarlanın taksimi, kabil olmadığı takdirde satılarak şuyuun izalesi talebinden ibarettir.

Karar: satılarak şuyuun izalesine mütedairdir.

Temyiz eden: Müddeaaleyhler.

887

Temyiz Kararı

Tarlalar hissedarlara hisseleri nisbetinde taksimi kabil olmadıkça satılmak suretiyle şuyuun izalesi cihetine gidilmesi kanunun ruh ve maksadına uygun düşmez; tarlaların ifraz ve taksiminde bir kısmının inbat kuvveti itibariyle diğerlerinden farklı olduğu surette Medenî Kanunun 628 inci maddesinin son fıkrası mucibince ivaz ilâvesi ile teadülün temini iktiza eder. Tarlalara yolun ne suretle temin edilebileceğinin de teemmül olunması lâzımdır. Bu itibarla ehli vukufun her iki tarlanın taksimi kabil olduğu hakkındaki mütalâalarının reddiyle satış suretiyle şuyuun izalesine karar verilmesi yolsuz olduğundan hükmün NAKZINA 10/3 944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Müruruzaman

Dâva ile müruru zamanın kat'ından sonra ceryan edecek olan yeni müddet, dâvanın mevzuunu teşkil eden hadisenin tâbi olduğu müruru zaman müddetidir.

(Bk 135)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 910 — Karar 768

Dâva: Kara köy Palas Hanının satışı sırasında Müddeaaleyh Vakıflar idaresinin taviz bedeli olarak fazla aldığı mebaliğden tahakkuk eden iki bin yüz lira istirdat edilmişsede bakiye tahakkuk hariçi bin üçyüz lira müddeaaleyh idare zimmetinde füzulen kalmış olduğundan bahsile meblağı mezkûrun maa Faiz tahsiline karar verilmesi talebinden ibarettir.

Karar: tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere, Kara köy palas hanının 932 senesi nihayetine kadar tahakkukattan fazla olarak bin iki lira otuz kuruş tahsil edilmişsede bu miktarın müruru zaman sebebiyle vakıflar idaresi varidatına nakil ve kayt edildiği ve 1933 senesinden 1939 senesi nihayetine kadar mebaliğin ise mükelleflere iade edildiği müddeaaleyh vakıflar idaresinin defatir ve vesaiki üzerinde yapılan tetkikatı havi tanzim olunan rapor münderecatı ile anlaşılmış ve şu halde ve tarafların iddia ve müdafaasına göre dâva arzuhalinde istirdat edildiği kabul olunan iki bin yüz lira hakkında taraflar arasında bir ihtilaf mevcut olmayup dâvanın mevzuunun zikrolunan miktardan hariç ve 932 senesi nihayetine kadar alınan bin iki lira otuz kuruşa inhisar etmekte bulunmuş ve dâva haksız alınan paranın istirdadı mahiyetinde olup bir senelik müruru zamana tâbi bulunmuş ve dâvacılar tarafından bu bapta birinci hukuk mahkemesine 25/4/938 tarihinde ikame ettikleri dâva-

888

nın 7/7/939 tarihinde muameleden kaldırıldığı celp ve tetkik olunan dâva dosyası münderecatiyle anlaşılıp mezkûr dâvanın muameleden kaldırıldığı tarih ile işbu dâvanın ikame tarihi arasında müruru zaman haddine baliğ bir seneden fazla zaman geçmiş ve müddeaaleyh vekilinin müruru zaman itirazı bu sebeple varit bulunmuş ve dâvacılar vekili tarafından ibraz olunan mektupda bahs olunan tediye emri dâva erzuhalinde istirdat edildiği beyan olunan iki bin yüz liraya mütedair bulunup münaziünfih mıktara taallûku bulunmamış olmakla dâvacılar vekilinin borcun ikrar olunduğundan bahsile müruru zamanın kat olunduğu yolundakı iddiası varit bulunmamış olmasına mebni dâvanın müruru zaman noktasından reddine karar verildiğini mutazammındır.

Temyiz eden: Dâvacılar vekili avukat Cevdet Ferit Basman.

Temyiz Kararı: Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu anlaşıldıkdan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup esasa girişildi.

Her nekadar temyiz lâyıhasında, Vakıflar umum müdürlüğünün dâvacılar vekiline yazdığı 24/12/940 tarihli tezkeresinde «Kara köy Palasın icaresi olarak eshabından alınan fazla paranın iadesi için bey oğlu vakıflar müdürlüğüne tediye emrinin gönderildiği» Beyan olunmak suretiyle borcun ikrar edildiğinden ve vakıflar idaresi aleyhine birinci hukukta ikame olunan dâva ilede müruru zaman kat edilmiş olup borçlar kanununun 135 inci maddesi mucibince yeni müddetin on sene olacğından bahsile hükmün bozulması tâlep olunmakta isede asliye kararında da izah edildiği üzere vakıflar umum müdürlüğünün tezkeresinde bahsi geçen tediye emri dâvacılara evvelce geri verilmiş olan iki bin yüz liraya ait olup iddia olunan taviz bedeline şamil bulunmamış olduğundun bu hususa matuf itiraz varit görülmemiştir.

Müruru zamanın on sen eolduğuna müteâllik itiraza gelince: Dâva ile müruru zaman kat edildikten sonra borçlar kanununun 135 inci maddesinin birinci fıkrası mucibince, katıdan itibaren ceryan edecek olan yeni müddet; on sene olmayup dâvanın mevzuunu teşkil eden haksız iktisap için tâyin olunan müddettir. Yani mutazarrırın verdiğini istirdada hakkı olduğuna ıttılaı tarihinden itibaren bir senedir. 135 inci maddenin ikinci fıkrasındaki on senelik müddet; borcun bir senetde ikrar edilmiş veya bir hüküm ile sabit olmuş olması hallerine maksur olup hadisede borcun bir senetde ikrar edilmiş olmadığı gibi bir hüküm ilede sabit olmuş bulunmadığına binaen bu hususa ait itiraz dahi yersiz görülmüş olduğundan itirazların reddiyle mucip sebeplere müstenit ve usul ve kanuna muvafık olan hükmün

889

(TASDİKINA) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının temyiz edendnden alınmasına 10/3/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Ölünceye kadar bakma

Ölünceye kadar bakma alacaklısı temlik tarihinden itibaren gayrımenkul üzüz üzerinde mülkiyet hakkını kaybeder.

(BK 513)

Temyiz Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi
Esas 2532

Dâva : Müşterek bir bap hanenin izalei şuyuu talebinden ibaretetrettir.

Karar : Gerek tarafların ifadesinden ve gerek tapu kaydınonundan mezkûr gayrımenkulün dahili dâva Hayriyeye ait iken kendislisisine ölünceye kadar bakmak şartiyle müddei ile müddeaaleyhe hibe e e edilmiş olduğu anlaşılmasına ve Hayriyenin gerek aynen ve gerek satış suretiyle izalei şuyua muvafakat etmemesine ve dâvacının m m mezkûr gayrı menkule şartla malik olmasına ve fariğ olan Hayriyeyeyenin şartın tahakkuk ettiği bahisle ner vakit bu akdi feshe salâhiyetyetyettar bulunmasına ve kendisine bakmadıklarından dolayı asliye mahkekekemesine fesih dâvası açıldığı anlaşılmasına ve ileride de her zamananan bu hakkı kullanması mümkün olmasına göre davacının şartla m m malik olduğu mezkûr gayrı menkûl hakkında izalei şuyu dâvası açmmçmağa salâhiyeti olmadığından dâvasının reddine mütedairdir.

Temyiz eden : Müddei.

Temyiz kararı

Borçlar kanununun 513 üncü maddesi sarahatına göre bakakakmak şartiyle gayrımankulünü temlik eden kimse temlik tarihinden itibabtibaren bu gayrımenkulü mülkünden çıkarmış ve bakacak olanların mülkiyetine intikal ettirmiş olur. Alacaklının yani bakılacak kimsenin ara ancak bu gayrımenkûlde kanunî ipotik hakkı vardır. Bu hakkını dada da ancak medeni kanununun 808 inci maddesi veçhile mülkiyetin n m nakl tarihinden itibaren üç ay zarfında tescil ettirmek şartiyle muhahahafaz edebilir. Böyle bir ipotek yapılmamış ise borçlular yani bakakakaca olanlar kendilerine temlik edilmiş olan gayri menkûlde tam birbirbir malik sıfatiyle hareket etmek salâhiyetlerini haizdirler. Bu kakakanun noktalar düşünülmeden alacaklının her zaman fesih hakkı oldududuğundan bahsile borçluların izalei şuyu dâvası açmağa salâhiyetleri ci ci olmdığından bahsile dâvanın reddi yolsuzdur; hükmün Nakzına 13/13/13/3/9 tarihinde ittifakla karar verildi.

890

Adliye Dergisine abone olma ve kitap satın alma şartları

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

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

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

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

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

891

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)	350
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 ilmibeşer	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	15
" " " talimatı	15
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

892