ADLİYE
DERGİSİ

YIL: 35 AĞUSTOS 1944 SAYI: 8

ADLİYE VEKİLLİĞİ TARAFINDAN NEŞROLUNUR

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası

135

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 makbuzumu oturdukları yer C. Müddeiumumiliğine teslim ile istedikleri kitabın adını ve adreslerini bildireceklerdir.
C. Müddeiumumiliği teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının adresini Adliye Vekâletine gönderecektir.

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

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

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

ADLİYE
DERGİSİ

Adliye Vekilliği Tarafından Çıkarılır

Yıl: 35 | Ağustos 1944 | Sayı: 8

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER: Sahife

F. ARIK — KEFALETE ÂZAMİ MİKTARIN GÖSTERİLMESİ ŞARTI ve BU ŞARTA RİAYETSİZLİĞİN NETİCESİ. 617

Doç. Dr. F. EREM — SUÇLARIN VE CEZALARIN İÇTİMAI HAKKINDAKİ KANUN HÜKÜMLERİNİN TETKİKİ..... 630

Dr. C. BENGÜ — SUÇ NEDİR?..... 667

Dr. N. BİLGE — YARDIMCIDAN MAHRUMİYET SEBEBİLE DOĞAN ZARARLARIN TAZMİNİ..... 679

Prof. Dr. GUİSAN — MUKAVELE İLE ÖLÜME BAĞLI TASARRUF ARASINDAKİ HUDUDUN NAZARİ ARAŞTIRMASI... 694

BİBLİYOGRAFYA..... 704

HÂKİMLER TERFİ LİSTESİ..... 710

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME KARARLARI..... 714

TEMYİZ MAHKEMESİ KARARLARI (HUKUK KISMI)..... 145-208

ADLİYEDEN OLAYLAR:

İSTANBULDA İKİNCİ CEZA EVLERİ SERGİSİ

ADLİYEDE SON TERFİLER

ZÜRİCH ŞERHİ TERCÜMESİ

137

No. 44

Kefalette âzami miktarın gösterilmesi şartı ve bu şarta riayetsizliğin neticesi [1]

(Son tevhidi içtihat kararı münasebetile)

Yazan

Dr. K. Fikret ARIK

Kefalet müessesesinin alelâde alış verişlerle ticarî muamelelerde, daha umumî ve daha doğru bir tâbirle, iktisadî hayatta oynadığı rol uzun izahları lüzumsuz bırakacak kadar açık ve büyüktür. Bu müessese, gayesini daha iyi gerçekleştirebilmek için, tatbik alanı bulduğu sahalara göre türlü şekiller alabilir: ticaret senetlerinde görülen aval kefili gibi. Fakat, aldığı şekil ve isim ne olursa olsun, kefalet müessesesinin bariz vasfı onun bir kıredi vasıtası olmasıdır. Kefil, borçlunun yanıbaşında alacaklıya karşı —derecesi az veya çok olabilen- bir mesuliyet payı kabul etmekle borçlunun iktisadî itibarını, ona karşı beslenen emniyeti artırmış olur.

Görülüyor ki kefil, netice itibarile, başkasının borcu için kendisini tehlikeye atan bir kimsedir. Bu hareketin saiki insanî olabileceği gibi tamamen iktisadî ve hesabî düşünceler de olabilir. Kanun, hangi saikle hareket ederse etsin kefili himaye etmek istemiş ve kefaletin sıhhatını, bilhassa bu noktayı nazardan, muayyen şekil şartlarına bağlamıştır. Borçlar kanunumuzun 484 üncü maddesine göre kefalet için aranan sıhhat şartları ikidir:

1 - Yazılı şekil,

2— Kefilin mesul olacağı muayyen meblâğın gösterilmesi:

[1] Bibliyoğrafya:

Federal mahkeme kararlar (FMK), Journal des Tribunaux Temyiz kararları *H. Sungur:* Borçlar kanunu tatbikatı 2. cilt 1943. *Daeppen:* Le code fédéral des obligations 1935 *Fick:* Le code fedaral des obligations 1912 *Becker:* Das obligationenrecht 1934 *Oser— Schönenberger:* Das Obligationenrecht 1944. *Martin:* Le droit des obligations 1922 *V. Rossel:* Borçlar hukuku (tercümesi) 1926 *Giovanli:* Das Bürgschaftsrecht 1942 *Henry:* La revision du droit du cautionnement 1936

Yazılı şeklin ne demek olduğu, şartları borçlar kanunumuzun 11 inci maddesinde yazılıdır. Burada üzerinde durmak istediğimiz ikinci şart, yani ***kefilin mesul olacağı muayyen miktarın gösterilmiş olması*** şartıdır. ***Temyiz mahkememiz*** 12/4/944 tarihinde bu şartla ilgili mühim bir karar vermiştir. Bu karara göre kefilin mesul olacağı muayyen miktarın gösterilmiş olup olmadığı keyfiyeti hâkim tarafından resen nazarı itibara alınacaktır. Görülüyor ki, bahis mevzuu tevhidi içtihat kararı, aşağıdaki satırlarımıza konu teşkil edecek kanunî şartın ortaya attığı meselelerin yalnız birisini, yani bu şarta riayet edilmemesi halinin kefil tarafından def'an dermeyan edilmesi icap eden bir fesat sebebi olmayıp hâkim tarafından resen nazara alınması icap eden bir butlan sebebi olduğunu tesbit ediyor. Fakat kefilin mesul olacağı muayyen miktar ***bizzat kefalet senedinde muayyen bir rakamla gösterilmek mi icap eder***;yoksa,kefalet senedinde muayyen bir miktar olmamakla beraber asıl borç senedine atıfta bulunmak kâfimidir? Bu noktaların amelî bakımdan arzettiği ehemmiyet son derece büyüktür. Denebilir ki kefalete ait bir çok dâvaların mevzuu bu izah edilen noktaların telâkki tarzındaki ihtilâflardan doğmaktadır. Bu itibarla meselenin temyiz mahkemesi ve federal mahkeme içtihatlarının ışığı altında tetkiki bazı müphem ve bulanık hususların aydınlatılması bakımından faydalı görülmüştür.

I— Muayyen miktar gösterilmesine dair şartın tarihçesi

Kefalette kefilin mesul olacağı muayyen bir meblâğın gösterilmesi şartı diğer kanunların hepsinde mevcut değildir. Filhakika Fransız medeni kanunu ve bu kanunu örnek tutan kanunlara göre kefalet akdi tamamen rızaî bir akit olup sıhhati hususi bir şekle riayete bağlı değildir. Diğer bazı kanunlar ise kefalette yalnız yazılı şekli kâfi görmüşlerdir: Alman, Avusturya, Eski Polonya, Macar, 1881 tarihli eski İsviçre borçlar kanunu gibi. 1911 tarihli yeni İsviçre borçlar kanunu ile bu kanundan iktibas edilen Türk borçlar kanunu ve 1933 tarihli yeni Polonya kanunu yazılı şekille birlikte kefil tarafından temin edilen meblâğın âzami miktarının gösterilmesi şartını kabul eylemişlerdir[1].

Kefalette muayyen miktarın gösterilmesi şartı 1911 tarihli İsviçre borçlar kanunu projesinde mevcut değildi. Bu şart Profesör ***Oser*** tarafından mütehassıslar komisyonu toplantısında resmî memur ve müstahdemlere kefil olan kimselerin himayesi bakımından teklif edilmişti, lâkin bu şart dahi sonra bütün kefalet müessesesine teşmil edildi. ***Oser maddesi*** veya ***kanunu (Lex Oser)***adile tanınan bu şart müelliflerce pek ziyade takdir edilmiş,hatti kanunun neşrinden bir müddet sonra ***İsviçre Hukukçular Gazetesinde***

[1] *Henry:* La revision du droit de cautionnement, 1936

(Yıl 1923 s.173) kefalet hakkında dikkate değer bir inceleme neşreden federal mahkeme âzasından Reichel *(bu şartın İsviçre borçlar hukuku tarihinde iftihar sahifesini teşkil ettiğini)* beyan eylemiştir[1].

II — Bu şartın nazariyatta tefsir tarzı:

Oser'e göre kefilin taahhüt ettiği sırada asıl mukaveleye bakarak mesul olacağı muayyen miktarı bilmesi kâfidir[2].

Rossel'e göre kefalette kefilin mesul olacağına dair kayıt başlıca memurların gösterdiği kefillerin düşünmeden mesuliyet deruhte etmelerini men ve mesuliyetlerinin genişliğini anlatmak için konmuştur.Bu maksadın gerçekleşmesi için tekeffül edilen miktarın kefalet senedinde terkin ve zikri behemehal lâzım olmayıp kefaletin atıfta bulunduğu borç senedinde bu miktarın gösterilmesi ve mantıki ve hesabî bir ameliye ile tâyin imkânı bulunması kâfidir[3].

Von Tuhr de bu fikirdedir.(Bakınız: Adliye Ceridesi 1937 kefalet hukuku üzerinde düşünceler; çeviren ***Sabri Şakir Ansay.)***

Fick'e göre, bilâkis, kefalet senedinde kefilin mesul olacağı muayyen miktarın behemehal gösterilmiş olması lâzımdır. Miktarın kabili tâyin olması kâfi değildir[4].

Marten de bu fikirdedir. Bu müellife göre diğer şârihlerin ve federal mahkemenin içtihadı kanunun kefile temin ettiği himayeyi çok tahdit etmiştir[5].

Becker'e gelince: bu müellif de ***Fick*** ve ***Martin'in*** fikirlerini tenkit ile ekseriyetin kanaatına iştirak etmektedir. Filhakika bu müellife göre mesuliyet miktarının iraesi, kefile mesuliyetinin şümulünü anlamasını temin edeceğinden kefalet senedinde vaki olmak lâzımdır. Mesuliyet miktarının gösterilmesi kefalet beyanının bir kısmını teşkil eder. Şu halde alacaklıların kefile kefalet edeceği borç miktarını tebliğ etmeleri ve kefilin buna ittıla kesbetmesi kâfi değildir. Gösterilmesi icap eden miktara gelince bu kefilin mesul olacağı miktardır, yoksa asıl borçlunun borcu miktarı değildir. Çünkü bu iki meblâğ bir birinin aynı olmıyabilir: kefil borcun yalnız bir kısmına kefalet etmiş olabilir. Bununla beraber fiilî vaziyete göre ekseriya kefilin borcun tamamına kefalet ettiği zımnen kabul olunur. Çünkü bütün hal ve şartlarda kefilin mesul olacağı miktarın kefalet senedinde tekrarını istemek şekil mecburiyetinin bir ifratı olurdu. Bilhassa kefalet

[1] *Reichel*: SjZ. 21 (Yıl 1923) 1. 173
[2] *Oser* (birinci basım) sah. 859
[3] *Rossel* (tercüme) s. 627
[4] *Fick* (Fransızca tercüme) m.492 şerhi
[5] *Martin*: 493 madde şerhi.

141

beyanı esas borç senedine doğrudan doğruya ilâve edilmişse, kefilin mesuliyeti hususunda borç miktarına yapılan atıf kâfi sayılmalıdır. Lâkin bütün hal şartlarda, mesuliyet miktarının sabit olması ve fiili vaziyete göre kefalet senedini imzaladığı sırada kefilin mesul olacağı miktarı (kefalet senedinde bu miktara yalnız atıf yapılmış olsa da) bilmesi icap eder. Bu müellife göre esas olan mesuliyet miktarının muayyen bir rakamla gösterilmesidir. Bununlaberaber bu hükme esas olan gayeye göre, kefilin büyük müşkülât ve ameliyelere mâruz kalmadan basit bir hesap ile mesuliyetinin şümulünü hesaplıyabilmesi kâfidir. Meselâ, kira müddeti ve kira bedeli muayyen ise kira bedelinden mütevellit alacağa; eğer satılan mal miktarı ve satış fiyatı muayyen ise satış bedelinden mütevellit alacağı kefalet böyledir.

III — Bu şartın tatbikatta tefsir tarzı:

Kefalette kefilin mesul olacağı muayyen miktarın gösterilmesine müteallik kanuni mecburiyetin mâna ve şümulü bilhassa mahkeme içtihatları vasıtasile aydınlanmıştır. Denebilirki, İsviçre'de kefalet hukukunu inceliyen müellifler bu noktada Federal mahkemenin kararlarını takip etmekten başka bir şey yapmamış'ardır. Bizde de temyiz mahkemesinin bu noktaya mütedair içtihadını belirten kararlar oldukça çok ve muttarittir. Bunları ehemmiyetlerine binaen kısaca arzetmek istiyoruz.

A — Temyiz Mahkemesinin kararları :

1) B., dâvacının satış memurluğuna alınmıştır. B. ve C., A. ya kefil olmuşlardır. Dâvacının tahakkuk eden 985 lira borcu faiz ve icra masraflarile birlikte kefaletleri hasebileA. ve C. den istemektedir.

Temyiz mahkemesi ticaret dairesi, bu hâdisede kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar gösterilmemesi bakımından hükmü bozmuş, ısrar kararı üzerine hukuk umumi heyeti hususi dairenin fikrini iltizam etmiştir (15/5/940).

2) Müddetin hitamında tahliye edilmediği takdirde beher gün için verileceği taahhüt olunan meblâğa kefalet, muayyen bir miktarı göstermediğinden muteber değildir. [1]

3) HR. T. ticarethanesinin Ü. Bankasına karşı, gerek doğrudan doğruya, gerek ciranta suretile yaptığı ticari borçlarını aynı derecede eda mesuliyetini üstüne almıştır. T., nın Ü. bankasına ceman 1536 lira borcu vardır. Ü. bankası bu meblâğları icra tazminatı ile birlikte HR. nın mirasçılarından tahsilini istemişlerdir.

[1] *Becker:* 493 madde şerhi.

[2] Temyiz *Ticaret dairesi*, 1940, s. 325.

Mahalli mahkemenin kararı:HR istenen borçtan verdiği taahhütname mucibince mesuldur. Bankalarca yapılan kredilerde kredinin âzemi haddi daima taraflarca malûmdur. Bankalarca ötedenberi kefaletin muayyen bir miktarı ihtiva etmesi lüzumuna ehemmiyet verilmediği vukuf ehli raporunda bildirilmektedir. Şu hale göre, muteber kefaletten doğan borcun mirasçılardan tahsili lâzımdır. Temyiz mahkemesine göre «.. borçlar kanununun 484 üncü maddesi mucibince kefalet akdinin muteber olabilmesi için tekeffül edilen miktarın muayyen olması meşrut bulunmasına ve muayyen bir miktarı irae etmiyen kefalet akdi muteber olmadığı cihetle, muteber mukavelelerden bahisle ticaret kanununun 2 inci maddesine istinaden ticari örfün tahkiki icap etmemesine göre mahkemece borçlar kanunu hükümleri nazara alınarak ona göre hüküm verilmemesi» yolsuzdur. [1]

4) Dâvacı O. bankası, borçlular lehine açılan ticari hesaptan 31/3/931 de tahakkuk eden 10663 lira alacağın akit mucibince her üç ayda bir resülmale zam edilerek % 9 faiz ve 1/8 komisyon ve icra tazminatile birlikte Nepton şirketi ve kefillerinden tahsilini istemiştir.

Temyiz mahkemesi «.. kefaletin muteber olabilmesi için kefilin mesul olacağı miktarın tâyin ve iraesi kanun icabından bulunduğu ve cari hesap mukavelesinde böyle bir miktar gösterilmediği ve kefalet edilen miktarın riyazi bir ameliyat neticesinde kabili tâyin olduğu da zabıtname ve hüküm fıkrasında gösterilmediği halde kefilin mahkûmiyeti cihetine gidilmesini» yolsuz bulmuştur. [2]

5) Singer kumpanyası satış şubesi memurunun zimmetine geçirdiği 738 liradan bakiye 688 liranın faizile birlikte memurun kefilinden tahsili istenmiştir.

Temyiz Mahkemei «.. her nekadar kefalet akdi borçlar kanununun meriyetinden evvel vuku bulmuş ise de, borcun asıl borçlunun zimmetine terettüp ettiği tarih malûm olmadığı ve borçlar kanununun 484 üncü maddesi mucibince kefalet akdinin muteber olabilmesi tekeffül edilen miktarın gösterilmesine mütevakkıf bulunduğu cihetle borcun borçlunun zimmetine terettüp ettiği tarih tahkik olunarak hasıl olacak neticeye göre dâva olunanın dosyada mevcut kefaletnameye göre muahezesi lâzım geleceği» mucip sebebile verilen kararı bozmuştur. [3]

6) Dâva olunan, noter senedile oğlu R. nin herhahangi bir sebeple mektebi terkettiği veya ihraç olunduğu takdirde mutlak surette mektepçe ihtiyar olunacak bilûmum masrafların yüzde elli zammı ile ve faizi ile beraber ödemeği mütaahhit ve kefil olmuştur.

[1] Ticaret dairesi, 1937, s. 244-246
[2] Ticaret dairesi, 1938, s. 454-455
[3] Ticaret dairesi, 1936, s. 370

Mahalli mahkeme, Boçlar kanununun 484.maddesi mucibince kefaletin sihhati tahriri şekle riayet etmeye ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkıf bulunmuş olduğu halde kefalet senedinde miktarı muayyen bir meblağ gösterilmiş olmaması.., sebebile dâvanın reddine karar vermiştir. Bu karar Hukuk umumi heyetinin 16/4/1941 tarihli kararile tasdik edilmiştir.[1]

7) Hâdise: Tıp talebe yurdunda leylî ve meccani olarak kayıt ve kabul edilmiş olan dâva vekilinin oğlu(B), mezkûr yurtta bir sene okuduğu ve imtihanda muvaffak olamıyarak nehariye nakledildiği ve halen diş doktorluğu şubesine devam etmektedir. Mahallî mahkeme (B). nin kefilini mahkûm etmiştir.[2]

Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesi 18/4/1942 tarihli kararı ile bu hükmü bozmuştur. Çünkü, kefaletnamede kefilin mesul olacağı muayyen bir meblâğ irae edilmemişti.

Temyiz mahkememizin bu kararlarından çıkardığımız netice şudur:

Kefaletin sihhat şartlarından birisi de kefalette muayyen bir meblâğın gösterilmesi keyfiyetidir. Fakat bu miktarın ***muayyen*** olması şart olmayıp ***kabili tâyin olması*** kâfidir. Bundan başka, bu miktarın kefalet senedinde gösterlmiş olması da zaruri değildir. Gözden geçirdiğimiz kararlarda fiilî hâdise tamamen anlaşılamadığından kefilin mesul olacağı miktarın hangi haller ve şartlarda kabili tâyin sayıldığı açıkça anlaşılamamaktadır. Fakat, esas itibarile bu kararlar İsviçre nazariyatında hâkim bulunan kanaate ve Federal Mahkemenin 1938 tarihine kadar muhafaza ettiği içtihada uygundur.

B – Federal mahkeme içtihadı:

Federal Mahkemenin kefalette kefilin mesul olacağı muayyen bir miktarın gösterilmesine mütedair şart hakkındaki içtihadı üç safhadan geçmiştir denebilir. Bu safhaları ayrı ayrı gözden geçirmek mevzuun lâyıkile aydınlanması için faydalıdır:

a) ***1938 den evvelki kararlar***: Kanun maddesinin harfiyen tatbiki halinde kefalet senedinin, kefilin âzami mesuliyetini muayyen bir rakamla göstermesi icap ederdi. Fakat amelî hayatın ihtiyaçları bakımından bu lâfzî tefsir çok sıkı ve sert telâkki edildi ve bu formalist yani şekilperest tefsir tarzının kanun vazıının, kefili düşünmeden kefalete girmekten menetmekten ibaret olan gayesine uygun olamıyacağı ileri sürüldü. Federal mahkeme 1918 tarihinde verdiği bir kararda şu esasları koymaktadır: Bir kere,

[1] Bu karar için bak:*Halis Sungur*—Borçlar kanunu ve tatbikatı,Kısım II, sahife 347.

[2] Bu karar için bak:*Halis Sungur*—Borçlar kanunu ve tatbikatı, Kısım II, sahife 348.

kefilin mesul olduğu mitarın kefalet senedinde muayyen bir rakamla gösterilmesi zaruri değildir; kefalet ettiği sırada kefilin, ***kefalet senedindeki*** yazılı hususla, malûmat ve mantıki muhakeme veya basit bir hesap ameliyesile mesuliyetinin âzami haddini tâyin edebilmesi kâfidir; bundan başka kefilin mesuliyetini tâyin eden miktarın ***bizzat*** kefalet senedinde yazılı olması da şart değildir. Hal icaplarına göre, kefalet senedinde asıl borçlunun borç senedine (bu senette kefilin mesul olacağı miktar açıkça göterilmek şartile) atıfta bulunmak kâfidir. Diğer taraftan, ***Fick***'in kanaatı veçhile (bak madde 493. N.46) kefilin mesul olacağı miktarın daima muayyen rakamla gösterilmesini istemek biraz fazla olur. bununla beraber bu, ***muayyen meblâğ*** gösterilmesine ait şart yerine sadece kabili tâyin bir meblâğ gösterilmesine ait bir şart kaim olacaktır mânasına gelmez. Bahis mevzuu hükmün gayesi gözönünde tutularak bilâkis, kefilin taahhüdünün âzami haddini, kefalet veya borç senedinde yazılı malûmata göre basit bir hesap ameliyesile doğruca tâyin edilebilmesini istemelidir. Tabii bu miktar, yalnız kefalete esas teşkil eden hukuki rabıtanın inkişaf müddetince değil lâkin ***kefaletin aktedildiği anda*** kabili tâyin olmalıdır.

Federal Mahkeme bu içtihadını 1938 senesine kadar muhafaza etti. Bu içtihadın tatbik edildiği bazı hâdiseleri misal olmak üzere, kısaca, arzediyoruz:

1— Bir birahanenin,satış tarihindeki günlük vasati fiyat üzerinden takriben her yıl en az elli kental şerbetçiotu mubayaa etmek üzere yaptığı bey mukavelesinden doğacak borcuna kefalet eden kefilin kefaleti batıldır. Çünkü kefilin mesul olduğu miktar kâfi derecede tâyin edilmiş değildir. Filhakika birahanenin yıllık âzami şerbetçiotu istihlâki belli olmadığı gibi şerbetçiotu fiyatı da büyük değişiklikler gösterebilir. [1]

2— Cenevreli bir kahvehane müsteciri bir birahaneden % 5 faizle ve her üç ayda bir 150 franklık taksitlerle ödenmek üzere altı bin franklık bir istikraz yapmıştır. Ayrıca kahvehanenin icar müddeti zarfında istihlâk edeceği bütün birayı hektolitresi 25 franktan olmak ve her ay sonunda bedeli ödenmek üzere müstakrizden satın almağı taahhüt etmiştir.A. ve B. bu kahvehane müstericinin birahaneye karşı doğabilecek bütün borçlarını temin ve bu borçlara müteselsilen kefil olmuşlardır.

Kahvehane müsteciri üç aylık taksitlerinden hiç birini ödemediği gibi satın aldığı bira bedellerini de muntazaman tediye etmemiştir. Kefiller aleyhine açılan dâvada Federal Mahkeme 6000 franklık istikraz ile bira bedelinden doğmuş olan borcu biri birinden ayrılmış ve 6000 franklık borca kefaleti muteber, lâkin bira bedelinden mütevellit borca ait kefaletin, kefi-

[1] Federal mahkeme kararları: 42 II s.152; JdT 1916 II s,535.

linin mesuliyetine ait miktar muayyen olmadığında, batıl olduğunu kabul etmiştir. [1]

3 — Bir kimse, metre mikâbı.....franktan, asıl miktarı ölçme ile taayyün edecek takriben şu kadar metremikâbı odun satın alan bir kimseye bedel, faiz vesaire için müteselsilen kefil olmuştur. Bu kefalet muteberdir. Çünkü kefilin mesul olacağı muayyen miktarın kefalet senedinde gösterilmesi zaruri değildir . Bu senedin kendisine atıfta bulunduğu ve merbutatın verdiği malûmata göre hesaplanabilmesi kâfidir. [2]

4 — A. komünü açık artırma suretile bir miktar baltalık odun satmış, odunun müşteri tarafından artırma şartlarında tespit edilen usulle kesilmesi ve orman kanununa muhalefet ve odunların kesim ve nakli esnasında üçüncü şahıslara verilecek her türlü zarar için vaki müteselsil kefalet batıldır. Filhakika; kefilin âzami mesuliyetini gösteren âzami miktarın bizzat kefalet senedinde ve rakamla gösterilmesi şart olmamakla beraber kefalet yapıldığı sırada kefilin kefalet senedi ve borç senedinde yazılı malûmata göre sarih surette ve kendiliğinden, mesuliyetin şümulünü anlıyabilmesi şarttır.

Halbuki bahis mevzuu hâdisede bu şart mevcut değildir.[3]

5 — Bir kooperatif şirketi nizamnamesi mucibince ancak 150000 frank istikraz edebilir ve şirket borcundan ortakları nizamnamenin 20 inci maddesinde tâyin edilen şekil ve nisbette mesuldür. Ortakların bu suretle temin ettiği şirket borcuna ayrıca şirket idare heyeti şu ibarelerle kefalet etmiştir:

«.....biz,.....şirketi idare heyeti âzası.....şirket nizamnamesinin 20 ci mabdesi mucibince şirket borçlarından mesul bulunan şeriklerin borçlarından dolayı alacaklı bankanın uğrıyacağı bütün zararlara müteselsilen kefiliz.»

Federal Mahkeme verdiği kararda şu hususları tebarüz ettirmiştir: bankanın ortaklar aleyhine neticesiz kalan takiplerinden dolayı uğrıyabileceği zarar en çok 150000 frank alacağı için idare heyeti kefaletinin âzami haddi de bu miktarla muayyendir. Bu itibarla kefaleti imzalarken kefiller âzami mesuliyet haddini bilmemezlik definde bulunamazlar. Halbuki kefilin mesuliyetinin âzami haddini tâyin eden miktarın bizzat kefalet senedinde muayyen rakamla gösterilmesi icap etmez. Bu miktarın, kefalet senedinin imzalandığı sırada, kefalet senedinde mevcut malûmata istisnaden doğrudan doğruya ve katî olarak tâyin edilebilmesi kâfidir. [4]

[1] FMK. 43 II s. 514

[2] FMK. 47 II s. 305; JdT 1922 II s. 8

[3] FMK. 49 II s. 375; JdT 1924 II s.290

[4] FMK. 57 II s. 527; JdT 1932 II s.140

6 — Dâvacı dâva olunanın oğlunu 5500 franklık bir borç için müteselsilen kefil olmuş, dâva olunan da müddeinin bu kefaletten dolayı uğrıyabileceği zarara şu ibarelerle kefalet etmiştir: « oğlum mühendis Kichoff lehine bugün yaptığımız kefaletten dolayı uğrıyacağımız her türlü zararı temin ederim.» Bunun üzerine dâvacı, müteslesil kefil sıfatile takip edilmiş ve 5623 frank ödemiştir. Bunun üzerine rücua kefil (Borçlar Kanunu 498/2, TBK. 489/2) ve tâli olarak teminat akdi (bak: BK. m. 111) hükümlerine göre dâva olunan aleyhine dâva açmıştır. Müddeaaleyh ortada bir teminat akdi olmayıp bir rücua kefalet vaziyeti mevcut bulunduğunu, bu nevi kefaletin ise kefilin âzami mesuliyet miktarı gösterilmediği için muteber bulunmadığını, oğlunun ifadesine istinat ederek yalnız 3000 franklık borca kefalet ettiği zannında bulunduğunu def'a dermeyan etmiştir Kanun bahis mevzuu akdin bir teminat mukavelesi teşkil etmeyip şekil noksanı sebebile batıl bulunan bir rücua kefalet akdi teşkil ettiğini beyan ederek dâvayı ret etmiştir.

Fedaral Mahkeme şu mucip sebeplerle Kanton Mahkemesinin kararını tasdik etmiştir: kefilin taahhüdünün âzami miktarını gösterileceğine müteallik kaideler, rücua kefilin yaptığı kefalete de tatbik olunur. Kefilin mesul olacağı âzami miktarın kefalet senedinde muayyen rakamla gösterilmesi zaruri değildir; kefilin en çok ne miktardan mesul olacağını mantıki bir muhakeme ve basit bir hesap ameliyesile bulmasına yardım edecek zaruri malûmatın vücudu kâfidir. Kefilin mesul olacağı âzami miktarı irae etmiyen kefalet mutlak butlan ile batıl olup kefil taahhüt etmek istediği miktar bakımından dahi mesul değildir.

b) ***1938 tarihli karar***: 1938 senesinde Federal Mahkeme bu tarihe kadar muhafaza ettiği içtihada karşı yapılan tenkitler ve hazırlanmakta olan yeni kefalet kanunu projesinin tesiri altında kalarak noktai nazarını değiştirdi. Hâdise: Safic kavuçuk anonim şirketi iflâs etmiştir. 16/ İlkteşrin/1933 de dâva olunan Monot ve diğer iki hissedar şirket müdürünün bir kaç gün için ebeveynini ziyaret maksadile bulunduğu Z. şehrine giderek, hissedarların uğradığı kayıptan mesul olduğunu açıkça beyan etmesini ve müdürün babasının. ki bu dâvada müddeidir, bu taahhüdü şahsen temin etmesini istediler. Bunun üzerine şirket müdürü ve babası şöyle bir taahhütname imzaladırlar:

Zofigue., 16 İlkteşrin 1933.

Aşağıda vaziyülimza J. H iki yıl içinde ve mümkün olursa daha önce Safic hissedarlarının tediye ettiği meblâğları ödemeği bu senetle taahhüt ederim. İmza J. H

Müteselsil kefil olarak,

Müteselsil teminat olmak üzere; J. H babası.

167

Müddeaaleyh Monot 1934 yazında bu taahütnameye istinaden dâvacıdan ceman yekûn 32800 İsviçre fırankı talep ederek bir ödeme emri tebliğ ettirmiş, müddei itiraz etmiş, itiraz muvakkaten ret edilmiştir. Bunun üzerine müddei işbu borçtan kurtulma dâvasını açmıştır. Kanton yüksek mahkemesi 16 İlk teşrin 1933 tarihli taahütnameyi bir müteselsil kefalet saymıştır. Bu mahkemeye göre müddei kefil mesuliyetinin âzami miktarını takdir edebilirdi. Zira Safic hissedarları tarafından ödenen paralar hakkında kendisine tam malûmat verilmişti. Ve kefalette kefilin mesul olacağı muayyen miktarın iraesi hakkındaki şartın tahakkuku için bu kadarı kâfidir. Federal Mahkeme bu kararı iptal ve borçtan kurtulma dâvasının borcun tamamı için varit olduğuna karar verdi: Borçlar Kanununun 493 üncü (TBK 484) maddesine göre kefaletin sıhhati yazılı şekle ve kefilin âzami mesuliyetini tahdit eden muayyen bir meblâğın gösterilmesine bağlıdır. Federal Mahkeme şimdiye kadarki içtihadında bu hükmün ikinci kısmını şu suretle tefsir ediyordu: Bir kere, kefilin mesul olduğu miktarın kefalet senedinde muayyen rakamlı gösterilmesi zarurî değildir; kefilin, kefalet ettiği sırada, kefalet senedindeki malûmat ve aklî muhakeme ile veya basit bir hesap ameliyesile mesuliyetinin âzami haddini tâyin edebilmesi kâfidir. Bundan başka, kefilin mesuliyetini tâyin eden miktarın bizzat kefalet senedinde yazılı olması şart değildir. Asıl borç senedi muayyen bir meblâğı irae ettiği veya bu meblâğı biraz önce söylenen tarzda tâyine müsait olduğu yahutta mesuliyetin âzami haddi bu malûmat ve delillerine topundan açıkça anlaşıldığı takdirde, kefalet senedinin asıl borç senedine atıfta bulunması kâfidir. Lâkin bu içtihat muhtelif cephelerden tenkit edilmiştir. Bilhassa kefalet senedinde asıl borç senedine yapılan bir atıfla iktifa ederek kanun tarafından konulmuş bulunan şekil şartlarının aşırı derecede hafifletilmesinden dolayı bu içtihat tenkit edilmiştir.

Şüphe yok ki, Federal Mahkemenin kabul ettiği bu tefsir tarzı borçlar kanununun 484 üncü maddesi metninden ve bu maddeyi ilham eden ana düşünceden uzaklaşmıştı: bu madde harfi harfine tefsir edilirse, kefilin âzami mesuliyet miktarı bizzat kefalet senedinde gösterilmek icap ederdi. Millî mecliste kanunun mazbata muharrirliğini yapan profesör *Huber* bu mânayı teyit eden şu izahlarda bulunmuştu: «son derece mühim bir tadil karşısında bulunuyoruz: bundan böyle bir kefalet muteber olmak için yalnız kefilin imzasını taşıması kâfi değildir, kefilin mesul olacağı âzami bir miktarın da gösterilmesi icap edecektir. Kefil taahhüdünün şümulünü anlıyabilmeli ve kefil olup olmamak hususunda bir karar verirken mutlaka mesuliyetini tazammun edeceği en yüksek ihtarı gözönünde bulunmalıdır. Şimdiye kadar kefilin mesul olacağı âzami miktarın kefalet senedinde gösterilmesi şekline pek ehemmiyet verilmiyor, kefilin âzami mesuliyet miktarını anlıya-

bilmesi esas tutuluyordu. Fakat bu tefsir tarzı 484 üncü maddenin ruhuna tamamen uygun olmıyabilir, filhakika kefalette kefilin mesul olacağı âzami miktarın kefalet senedinde göterilmesine müteallik şekil şartı, kefilin kanun vazının istediği şekilde himaye edildiği esbap olunmak suretile kısmen veya tamamen bertaraf edilemez. Bundan maada, şekil şartlarının gevşetilmesi hiç şüphesiz hukuki bir emniyetsizlik doğurmak gibi bir mahzuru da haizdir. Tecrübe göstermiştir ki, kefalet senedinin şu veya bu tarzda yazılışının, kanunun aradığı şartlara uyduğunu veya uymadığını iddia etmek daima kolaydır, bu yüzden bir çok dâvalar da çıkmaktadır.

Şu halde bundan böyle mesuliyetin âzami miktarının iraesi bakımından 493 (Türk Borçlar Kanununun madde 484)ün metin ve doğuş tarzını daha iyi nazarı itibara alacak şekilde sıkı davranmak zaruri görülmüştür.

Taahhüt altına girdiği anda kefil için mesuliyetin şümulünün tâyini kabil olması kâfi değildir; kefil mesuliyetinin şumulünü doğrudan doğruya gözü önünde bulmalıdır. Kefil, mesuliyetinin şümulünü hakikaten anlamıştır, diyebilmek için bu şartın vücudu lâzımdır. Şu halde kefilin mesuliyetinin âzami miktarının kefalet senedinde gösterilmesi esas olarak kabul edilmelidir. Bu miktar bu suretle gösterilmemişse, hiç olmazsa bu meblâğı teşkil eden unsurlar basit bir hesap ameliyesile veya sair bilgi âmillerine müracaat etmeksizin tâyin edilebilecek şekilde rakamla irae edilmiş olmalıdır. Eğer kefalet ibaresi esas borçlu tarafından tanzim edilen senet üzerinde borç ikrarını derhal takip etmiş ve kefilin mesuliyetini gösteren miktar bu senet üzerinde, yukarda tarif edilen şekilde irae edilmişse, asıl borçlu tarafından yapılan borç ikrarına atıfta bulunmak kâfi sayılabilir. Asıl borç senedi ile kefalet senedi aynı kâğıt üzerinde birleşmiş değilse yine borç senedine atıfta bulunmak kâfimidir, meselesi bu hâdisede bahis mevzuu olmadığından bir tarafa bırakılabilir.

Hâdisede müddeinin kefaleti bu şartlara nazaran muayyen olmadığından muteber değildir. Filhakika bu hâdisede ne kefalet taahhüdü, ne de borç ikrarı kefilin mesul olacağı âzami miktarı göstermiyor. Safic hissedarlarının ödemiş olduğu meblâğlar hakkında da hiç bir malûmat vermiyorlar. Bu hissedarların ödediği miktar hakkında kefilin malûmat sahibi olması ehemmiyeti haiz değildir. Çünkü, kefaletin sıhhati için esas olan bizzat kefalet senedinde kefilin mesul olacağı âzami miktarın iraesi olup kefilin *sair surette* öğrendiği miktar değildir.

c) *1939 tarihinde vaki içtihat değişmesi:*

Federal Mahkeme 1939 yılında, bir yıl önce tesis ettiği sıkı içtihattan dönmüştür. Bu rücua sebep olan hâdise şudur: Cenevre'de Domus gayri menkul anonim şirketi, 15 mayıs ve 2 haziran 1933 tarihinde A. C. ano-

nim şirketine 20 Mayıs 1933 tarihinden itibaren Al. sinemasını kiralamıştır. Kira mukavelesi kiracı şirketin idare heyeti âzası arasında Nobile imzasını taşımaktadır. 28 İlkkânun 1934 de Nobile « A. *C. Anonim şirketinin Domus anonim şirketine borçlu olduklarını şahsen temin eylediğini*» yazı ile beyan eyledi. A. C. şirketi 7 Sonkânun 936 da iflâs etti. Nobile kira bedelinden dolayı kefil sıfatile takip edilerek mucire 18 bin frank ödemeğe mahkûm edilmiştir. Federal Mahkeme Nobile'nin kefaletini muteber saymış ve mevzuumuzu ilgilendiren şu esasları tesbit etmiştir: «. . Kefalet senedini, teminatın âzami miktarını,rakamını tesbit etmesi esastır. Kefalet senedinde bu miktar ve rakam gösterilmemişse, hiç olmazsa, bu miktarı terkip eden unsurların rakam halinde gösterilmesi lâzımdır Bundan başka kefilin mesuliyetine ait miktar bakımından kefalet senedinde asıl borç senedine atıf yapılması kâfidir. Lâkin böyle bir atfın kâfi sayılabilmesi için kefalet senedile borç senedi arasında o kadar sıkı bir irtibat olmalıdır ki, kefalet senedi tabiî olarak borç senedini tamamlamalıdır. Ezcümle aynı senet üzerinde kefalet ibaresi borçlunun borç ikrarını takip eder ve bu iki metin bir arada nazarı itibara alındığı zaman muhtemel mesuliyetinin şümulü hakkında kefilin hiç bir şüphesi kalmazsa, bu irtibat mevcuttur. 12/ temmuz 1936 tarihli karar iki senedin aynı vesikada birleşmesi lâzımdır demiyor.

İşbu dâva gösteriyor ki, kefalet senedinde bu senetten ayrı bir borç senedine yapılan atıf, kefilin himayesi ve hukuki emniyet bakımından kâfidir. Vakıa, kefalet senedi 1933 tarihli kira akdinden bir yıl sonra yapılmıştır ve her iki senet bir birinden maddeten ayrıdır; bununla beraber iki senet arasında sıkı bir rabıta mevcuttur. Çünkü, bir kere Nobile kefalet senedile «***A.C. tarafından Domus şirketine borçlanılan kira bedelini***» temin eylediğini zikretmektedir.Bundan başka ve bilhassa borç senedi de kefalet senedi de müddeaaleyh Nobile'nin imzasını taşıyor: mumaileyh borç senedini şirketin idare heyeti âzası olarak, kefalet senedini ise kefil sıfatile imzalamıştı. Şu halde, kefilin mesuliyetinin âzami haddini takdir ettiği muhakkaktır. Ve her iki senet bir birini tamamlar mahiyettedir. Demekki bu dâvada kira akdi esas tutulmalıdır.

d) ***1941 tarihli yeni İsviçre kefalet hukuku*** Federal Mahkemenin bu serbest içtihadına bir aksülâmel mahiyetini tanımakta ve kefilin mesul olacağı miktar bakımından şu sıkı hükmü vazetmektedir:

«Kefalet muteber olmak için kefilin yazı ile beyanda bulunması ve bizzat kefalet senedinde mesuliyetinin en yükesek muayyen haddinin rakamla gösterilmesi lâzımdır.»

IV — Bu Şarta riayet edilmemesinin hükmü ve Temyiz mahkemesinin son kararı:

Kefalet senedinde kefilin mesul olacağı muayyen miktarın gösterilmesi şartı bir nevi şekil şartı olup bu şarta riayet edilmesi borçlar kanununun mad. 21 mucibince akdin butlanını doğurur. Netekim Federal Mahkeme 1916 yılında verdiği ve yukarda zikrettiğimiz bir kararda şöyle demektedir:

«Madde metninden ve matlaptan anlaşılacağı veçhile kefilin âzami mesuliyetini gösteren miktarın iraesi bir şekil şartı olup bu şarta riayet edilmemesi akdin butlanını intaç eder. (Federal mahkeme 42 II s. 152= JdT 1916. II 535) Keza, yukarda zikrettiğimiz 1939 tarihli Nobile dâvasında Federal Mahkeme kefaletin muayyen bir miktarı irae edip etmediği hususunu bir sıhhat şekli saymaktadır. Yine 1935 tarihli kararında kefalette muayyen miktar iraesi bir şekil şartı olup bu şarta riayetsizliğin kefaletin mutlak surette batıl olmasını intaç edeceğini beyan eylemiştir. (FMK. 61 II S. 101 = JdT 1935 II S.546).

Kefalette muayyen miktar iraesinin bir ***şekil şartı*** olduğu kabul edilince bu şarta riayetsizliğin ***mutlak butlan*** halini tevlit etmesi ve bu itibarla ***hâkim tarafından resen nazarı itibara alınması*** icabeder. [1]

Temyiz Mahkemesi 12/4/944 tarih ve 14/13 sayılı kararında Federal Mahkemenin ve İsviçrede müelliflerin kabul ettiği noktayı nazarı açıkça benimsemiştir: Filhakika bu kararda, kefalet edilen miktarın akit sırasında tâyin edilmemiş olması hususunun kefil tarafından defi suretile ileri sürülmedikçe resen nazara alınmıyacağına dair eski içtihat terkedilmiş ***ve kefalet senedinde kefilin ödeyecegi muayyen bir miktarın gesterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olmıyacağı hususunun hâkim tarafından resen nazara alınması lâzımgeldiği tesbit edilmiştir.***

[1 Bu şarta riayet edilmemesinin diğer neticeleri hakkında *Oser—Schönenberger* 1944 s. 1860—1861 de verilen mükemmel izahlara bakınız. Bu izahlar da heyeti umumiyesi itibarile son tevhidi içtihat kararını teyit etmektedir.

No. 45

Suçların ve cezaların içtimaı hakkındaki kanun hükümlerinin tetkiki

Yazan:
Doçent Dr. Faruk EREM

ESASLAR

I

Birden ziyade suç işleyen ve bu suçlardan hiç birinin cezasını çekmemiş veya cezası düşmemiş bulunan kimse hakkında hükmedilecek cezalar içtima kaidesine tâbidir. Ceza mahiyetinde olmıyan hususlara (emniyet tedbirlerine) içtima hükümleri tatbik edilmez. Bu sebeble 404 üncü maddenin 3 üncü fıkrasındaki tedbirin içtimaa dahil olamıyacağına (C. U. H. es. 69, kar 113, T. 10. 6. 940, Tem. Kar. Mec. 939 — 940, s. 60) ve emniyeti umumiye idaresinin nezareti altına konma tedbirlerinin içtimaında, bu tedbirlerin müddetlerinden içtima dolayısı ile tenzilât yapılamıyacağına (C. U. H. es. 72, kar. 230, T. 30 10. 940, bu kararın metni ve Türk ceza kanununde emniyet tedbirleri için Ankara Hukuk fakültesi mec. 1944, n. 3, s. 365 — 378 e bakınız) karar verilmiştir.

Suçların ve cezaların içtimaı şu esaslara dayanır:

A. Birden ziyade suç

a) Bir fiil ancak bir suç teşkil edebilir. İşlediği bir fiilden dolayı suçlunun yalnız bir kerre ceza görmesi ceza hukukunda kaidedir. İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif hükümlerini ihlâl edenin hareketinde hakiki bir içtimadan ziyade (kanun hükümlerinin içtimaı) (bu kususta, Logoz, m. 68, s. 292; Garraud, C. 3, s. 979, n. 5) bahis mevzuudur.

Bir fiilden muhtelif neticeler doğabilir. Bu sebeple fiilin bir oluşu neticenin bir oluşu demek değildir.

b) Birden ziyade fiillerin tek suç sayıldığı hallerde vardır. Bir suç işlemek kararı ile, birbirine zincirleme bağlanmış fiiller, müteselsil suç adını alırlar. Müteselsil suçun parçalarını teşkil eden her fiil başlı başına suç olduğu halde, suç işleme kararındaki birlik, göz önünde tutularak, bunların hepsi tek suç farzedilmiştir. (Müteselsil suç hakkında özlü malûmat almak için, Ord. Prof. Baha Kantar, Ceza hukuku, s. 145 — 149 a bakınız).

c) Ceza kanunu içtima bakımından, cürüm ile kabahat arasında fark gözetmemiştir. Kabahatler de gerek kendi aralerında (m. 72) gerek cürümlerle birlikte (m. 73) içtimaa dahil olabilirler. Halbuki (eski kanuna göre kabahatler içtima kaidesinden hariç bırakıldığından bir kaç kabahat ister münhasıran ve ister bir cünha veya cinayet ile müteradifen içtima etsinler, her kabahatın cezasını ayrı hükmetmek icap ediyordu. Fahrerttin Karaoğlan, s 4)

B. Cezanın çekilmemiş olması.

a) Birden ziyade suç işlemiş olan kimsenin mahkûm olduğu cezaların içtima ettirilmesi, bu cezalardan hiç birinin infaz edilmemiş olması şartına bağlıdır. Bu şart içtima — tekerrür hududunu çizer. Kanunumuzun sistemine göre, cezanın kısmen çekilmiş olması, içtima ile tekerrürün tatbiki bakımından, hiç infaz edilmemiş olması haline benzetilmiştir.

Tekerrür hükümlerinin tatbiki için evvelce işlenilmiş suçun cezasının tamamen çekilmiş olması şartını aramak yolundaki sistemin mahzurlu olduğu aşikârdır Bu hal cezasını çeken suç'u ile cezanın infazından kaçan suçlu arasında ve bu sonuncu lehine bir fark doğurur, diğer bir suç işledikleri takdirde birinciye tekerrür ikinciye içtima hükümlerinin tatbiki lâzım gelecektir. Diğer taraftan hürriyeti bağlayıcı cezanın infaz edilmiş olmasına rağmen, para cezasının infaz edilmemiş olması sebebi ile tekerrür hükümlerinin tatbik edilememesini izah etmek imkânsızdır. Yabancı memleketlerin ceza kanunları, yeni yapılmış olanlar da dahil olmak üzere, tekerrür ile içtima arasındaki hududu (cezanın infazı)na değil (mahkûmiyet hükmünün katileşmiş olduğu tarih)e irca etmişlerdir. Eski kanun da bu sistemi kabul etmişidi

C. Tek ceza.

a) Cezaların hukuki içtimaı neticesinde suçluya bir ceza verilir. Nevileri ayrı cezaların içtimaında, hükmolunacak cezanın nevini (temel ceza) tâyin eder. Temel ceza hukuki içtima sisteminde, suçluya verilecek cezaya essas teşkil edendir. Bu cezaya diğerlerinin nisbeti kanunen tâyin edilmiş muayyen bir miktarı ilâve olunur. İlâve olunan ceza (ek ceza) dır. O halde içtimai sonunda verilen ceza (temel ceza + ek ceza) dır.

b) İçtima sonunda verilen ceza içinde, temel ceza ile ek ceza erimiş, kaybolmuş değildir. Cezaların içtimaından gayrı haller için varlıklarını muhafaza ederler. Bu sebeple ceza mahkûmiyetlerinin neticelerini (m. 74) ve cezaların müruru zamanını tayninde (C. U. H. es. 125, kar. 108, T. 3.6. 940, Tem. Kar. Mec. 939 — 940, s. 53; aynı mütalâa, Fahrettin Karaoğlan, s. 14; aksi mütalâa, Ad. Vekâleti Ceza iş. U. M. — Antalya — 940) içtima sonunda verilen ceza değil, içtimaa dahil olan ceza nazara alınır. Yine aynı esasa dayanılarak (içtimaı ceraimde bir fiile münhasır sebebi tahfifin diğer ef'ale teşmii edilemiyeceği) ne karar verilmiştir. (1. C. D. es. 21, kar. 6491, T. 1. 11. 928)

II

A. Sistemler :

Suçların ve cezaların içtimaında üç sistem tasavvur edilebilir:

a) Beliğ sistemi: İçtimaa dahil olan cezalardan en ağır olanı digerlerini beliğ eder ve suçluya en şiddetli olan ceza verilir, suçlu şiddeti az olan diğer cezalardan muaf tutulur. Mer'i ceza kanunundan evvel kabul edilen sistem beliğ sistemi idi (Usulü muhakemati cezaiye kanununun 299-uncu maddesine bakınız).

b) Cemi sistemi: Birincinin aksidir. Suçluya, işlemiş olduğu bütün suçların cezası ayrı ayrı verilir. Yani aynı neviden cezalar cemi edilir, ayrı neviden olanlar birbiri ardınca infaz olunur.

c) Hukuki içtima sistemi: İki evvelki sistem arasında yer alır. Suçluya işlemiş olduğu suçlardan en ağır cezayı icap ettirene göre ceza (temel ceza) tâyin edilir. ve bu cezaya diğer suçların cezaları (ek ceza) nın muayyen bir miktarı eklenir Bu sisteme göre, neticede verilecek ceza, beliğ sistemine göre verilecek cezadan fazla, cemi sistemine göre verilecek cezadan azdır.

B. Sistemlerin tenkidi:

Beliğ sisteminde suçluya işlediği suçlardan yalnız birisinden dolayı ceza verilmekte, şiddet bakımından hafif olan diğer suçlardan dolayı cezadan muaf tutulmaktadır. Bir kimsenin birden fazla suç işlemiş olmasının bir cezasızlık sebebi olarak kabulünü izah etmek imkânsızdır. Diğer taraftan bir suç işledikten sonra, cezası daha az suçlardan ne kadar işlenirse işlensin ceza görülmiyeceği kanaatının suçluda uyandırılmasının tatbiki mahzurları vardır.

Hukuki içtima sistemine gelince, mahzurları bakımından beliğ sisteminden, farklı degildir. Bu sistem temel cezaya nazaran şiddeti hafif bulunan cezaları müstelzim suçlar için tam bir cezasızlık bahşetmiyorsa da, cezanın hiç olmazsa bir kısmından ekseriya mühim bir kısmından luzumsuz ve sebepsiz yere muaf tutmaktadır. Tatbikat bakımından hukuki içtima sisteminin karışık hesap ameliyelerine müncer olduğu gözükmektedir. Bu hal kanunun suhuletle tatbikına engel olmak bakımından bir mahzurdur.

Beliğ ve hukuki içtima sistemlerinin suçlunun lehinde netice tevlit etmelerine sebep olarak şu mütalâa ileri sürülmektedir: Devlet kuvvetinin kâfi derecede süratle hareket etmediği, eger birinci suçundan sonra suçlu ceza görse idi ıslahı nefsedip ikinci suçu işlemiyecek idi. Bu sebeple suçluya verilecek cezanın azaltılması lâzımdır.

Bu düşüncenin tatbiki değeri yoktur. Çünkü suçların hemen tecziye-

sinin her zaman mümkün olamıyacağı aşikârdır. Diğer taraftan idari ve adli makanizmanın ihmaline karşı zaten ceza hukukunda ayrıca bir müessese mevcuttur: Dâva müruru zamanı.(H. Donnedieu de Vabres, S. 471, n. 494)

Kanaatımıza göre en makûl sistem, cemi sistemidir. Bu sisteme göre suçlu, işlediği her suçun cezasını görecektir. Bu sisteme yapılan tenkitlerin başında, cemi sisteminin cezayı böyük rakamlara çıkardığı ve bu rakamların insan ömrünü bile aşmasının mümkün olduğu ve bu suretle cezadaki ifradın modern ceza hukuku ile telif edilemiyeceğidir (Bu hususta Manzini, C.2,S. 377, n. 495). Her ne kadar bu mahzur varit ise de cemi sistemine bir âzami had koymak suretile ve kolayca önlenilebilir. Hatta aynı mahzurun hukuki içtima sisteminde de bu şekilde halledilmiş olduğunu görüyoruz (m. 69,f.2;m.70,f.2).

Cemi sistemine yapılan diğer bir tenkitte içtima ile tekerrür arasındaki ceza bakımından olan farkı kaldırmasıdır. Fakat kanaatımıza göre bu fark, kaldırılmamış sadece makul hadde indirilmiştir.Çünkü tekerrürde, sonraki suça verilecek ceza muayyen bir nisbet tahdında arttırılarak verilir. Cemi sistemine tâbi içtimada ise her iki suçun cezası aynen verilmektedir. Görülüyorki tekerrür sebebi ile cezanın arttırılmış olan kısmı, tekerrür ile içtima arasındaki farkı teşkil etmekte ve bu farkta makul bir kad olarak kalmaktadır.

III

A. Kanunumuzun sistemi ve tenkidi : Kanunumuz hukuki içtima sistemini kabul etmiştir. Bu sisteme yapılan bütün tenkitler kanunumuz için de varittir.

a) Kanunun sistemi hukuki içtima olmakla beraber bazı hususlarda bu sistemden uzaklaşılmıştır:

aa. Âmme hizmetlerinden muvakkat memnuiyet ve bir meslek ve sanatın tatili cezaları (m. 75);

bb. Para cezaları (m. 76) cemi sistemine tabidirler (bu hususta, Manzini, C.2,S.378,n.495 ve es. 11, kar. 28,T. 11. 11.936, Tevhidi içtihat kararı—resmî gazete n. 3511 — nın 75 ve 76 ıncı maddelere ait kısımlarına bakınız).

b) Kanunumuzun kabul ettiği hukuki içtima sistemi beliğ sisteminin zıddıdır. Halbuki bu sisteme şiddeti azaltılmış bir cemi sistemi gözü ile bakabiliriz. Bu sebeple mehaz kanun hakkında kırala verilen rapordan da anlaşılacağı gibi, içtima eden suç ve cezalar, ağır veya hafif olsunlar, cürüm veya kabahatlere müteallik bulunsunlar, suçlunun işlediği her suçtan ceza görmesi doğru ve mantıki bir usuldür (bu hususta Manzini, S.378, not 1). Kanaatımıza göre suçlunun işlediği her suçun cezasının tamamına veya bir

155

kısmına, fakat her halde bir cezaya mahkûm edilmesi kaide haline gelince kanunun derpiş etmediği içtima hallerinde, kanunun sükûtundan suçlunun lehine bir mâna çıkarmağa ve beliğ sistemine temayül etmeğe imkân yoktur. Bu sebeple (ağır Para cezası ile hafif hapsin içtimaında kanunun sakit kalması, her iki cezanın tamamen çekilmesinin vazıı kanunca müstelzim bulunmasından ileri geldiği) yolundaki karar kanunun kabul ettiği sistemin esasına da uygundur (4. C. D. es. 2089, kar. 4061, T.7.11. 931, Kemal Bora, m. 76).

c) Hukuki içtima sisteminde ek cezayı müstelzim olan suçların cezalarının bir kısmı nazara alınmamakta ve bu hal kanunun sarahatından doğmaktadır. Vazıı kanun içtima eden cezaların bir kısmını adeta affetmiş gibidir. Bu sebeple fiilin birden ziyade oluşunun hâkim tarafından şiddet sebebi olarak kabul edilmemesi lâzım gelecektir (aksi mütalâa, Yorgaki—Talât, C. 3,S.1253).

B. Kanunumuzun Sisteminin Mukayesesi: Kanunumuzun içtima hükümleri hakkında umumi olarak şunlar söylenebilir:

a) Eski kanun zamanında müphem olan bazı hususlar hakkında mer'i ceza kanunumuz sarih hükümler ihtiva etmektedir. Eski kanun zamanında (bir cürümden mahkûm olduktan sonra ikinci cürmü meydana çıkan şahıs hakkında ne muamele tatbik edileceği ve bunu hangi mahkemenin yapacağı, müteselsil cürümlerin bir mi ayrı mı itibar olunacağı gibi ihtimaller anen feranen hadis oldukları halde bunlar hakkında cayi tatbik olacak ahkâm mevcut olmamasından dolayı bu kabil yerlerde ceza hâkimleri de hakikat halde kadılar gibi"esasatı cariye„ye göre hüküm ve karar vermek zaruretinde idiler, Fahrettin Karaoğlan, s. 5). Eski ve yeni ceza kanunu hükümlerinin mukayesesi için (Suat Örfi, Memnu fiillerle cezaların içtimaı hakkındaki ahkâma ait bir tetkik İst. Baromec. eylûl 1929,n.9-33,s.1845) ve eski ceza kanununda cezaların içtimaı hakkında hüküm mevcut olmaması ve bu hükümlerin usulü muhakematı cezaiye kanunu ile mevzuatımıza dahil oluşu hakkında (Nazret Haçeryan, Mebadii hukuku ceza, İst. 1306, s.105,n. 164) ve cezaların içtimaına ait bulunan usulü muhakematı cezaiye kanununun 299 ve 311 inci maddeleri için de (Yorgaki— Talât, . C. 3,S.1250. 1332) ye bakınız.

b) Kanunumuzun yeni yapılan yabancı ceza kanunlarile mukayesesinde ise, bilhassa içtima hesap ve ameliyelerindeki karışıklık kendini göstermektedir. Yabancı kanunların böyük bir kısmı halen cezaların cemi sistemini kabul etmiştir.

IV

İçtima hükümlerinin tatbik sahası: İçtima hükümleri, ceza kanununun umumi hükümleridir. Hususi kısımda veya hususi kanunlarda sarahat olmıyan hallerde tatbik edilir:

a) Ceza kanununun 172 ve 315 inci maddeleri cezaların içtima ettirildikten sonra bir miktar arttırılacaklarını ve 422 inci maddede ise içtima hükümlerinin tatbik edilmiyeceğini âmir bulunmaktadır (422 inci maddede mevzuu bahis olan halde kanun içtima kaidelerinden müstesna olarak her cürmün müstelzim olduğu cezanın ayrı ayrı ve tamamen hüküm ve tatbik olunmasını istilzam etmiştir. Fakat bu eski kanundan intikal eden nevi zatına münhasır bir hal ve suret olmakla kanunda buna şibih bir hüküm daha bulunamaz, Fahrettin Karaoğlan, S. 184).

b) Hususi kanunlarda içtimaa müteallik hükümler mevcttur: Ezcümle (kaçakcılık münasebeti ile Türk ceza kanununda yazılı sair bir cürüm işliyenler hakkında içtima kaideleri tatbik olunmaksızın her cürmün cezasının ayrı ayrı hükmolunacağı) nadair 1918 sayılı kanununun 31 inci maddesine bakınız.

V

Bibliyoğrafi: Manzini (Vincenzo), Trattato di diritto penale italiano, 2 inci bası, C. 2, Torino, 1926; Majno, Ceza kanunu şerhi, Ad. V. Tercümesi; Pessina (Enrico) İl nuovo codice penale italiano, Milano, 1890; Bruno — Barbera, Codice penale del regno d' İtalia, 1927; SUMAN (Giovanni) İl codice penale italiano, Torino, 1892; GARRAUD (R.)Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3 üncü bası, C. 3, Paris 1913; DONNEDİEU VDE ABRES(H.) Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, Paris; KARAOĞLAN (Fahrettin) Memnu fiillerin ve cezaların içtimaı, İst. 1926; ARDALI (Çetin), Müeccel cezalarda içtima ve tekerrür, Ad. Ceridesi, 1944, n. 6, S. 595; SİMAV (Şefik) Müeccel cezalarda içtima ve tekerrür hakkında Temyiz mahkemesi ceza ve Tevhidi içtihat heyeti umumiyelerinden çıkan iki karar üzerinde bazı düşünceler, Ad. Ceridesi, 1943, n. 12, S.1048; SUAD Örfi, Memnu fiillerle cezaların içtimaı hakkındaki ahkâma ait bir tetkik, İst. Baro Mec. eylûl 929 n. 9—33,S. 1844; ALİ Şevket, Kalbi ceza, ceridei adliye, 1339,n. 76, S. 702; OSMAN, İçtimaı ceraime dair, ceridei adliye, 1328,n. 76, S. 3637; YORGAKİ ve TALAT, Usulü muhakematı cezaiye kanunu muvakkatinin şerhi, İst. 1302; NAZRET Haçeryan, Mebadii hukuku ceza, İst. 1306.

Metinler: 1889 İtalyan Ceza kanununun ilk tercümesi (Adliye nezareti, ceza kanunu lâyihası, İst. matbaayı âmire, 1325); Eskişehir Temyiz mahkemesi Ceza kanunu ihzari komisyonunun gayri matbu zabıtları; 3038, 3112, 4055 sayılı kanunların mucip sebepleri, müzakere zabıtları; Adliye vekâleti, Tadilleri ve esbabı mucibeleri ile birlikte Türk Ceza kanunu, Ankara 1936; BORA (Kemal) Türk ceza kanunu, Ankara 1943; KÖSEOĞLU (Cemal), Haşiyeli Türk ceza kanunu, İstanbul 1940.

1957

MADDELERİN ŞERHİ

MADDE 68: 1) **şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaları** 2)**icap ettiren** 3)**bir kaç cürüm** 4) **işlemiş olan şahsın cürümlerinden biri için müebbet ağır hapis cezası tâyin olunduğu takdirde diğer cürümlerden ağır hapis veya hapsi müstelzim olanlar için tâyin edilecek cezalar yerine mahkûmun geceli gündüzlü bir hücrede yalnız bırakılma müddeti ağır hapiste bu cezanın veya bu cezalar mecmuunun onda birine, hapiste oniki de birine müsavi bir müddet uzatılır.** 5)

Ancak ilâve edilecek hücre müddeti ağır hapislerde iki sene, hapislerde bir sene altı aydan fazla olamaz. 6)

Cürümlerden ikisi hakkında da müebbet ağır hapis cezası tâyin edilmek lâzım geldiği takdirde ölüm cezası verilir. 7)

[1] Maddenin tarihçesi:

a) Bu madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 67 inci maddesinden alınmıştır.

b) Maddenin mehazdan ilk tercümesi şu suretle yapılmıştı: (Beş seneden ziyade müddetle hürriyeti şahsiyeyi tahdit eden mücazatı müstelzim ceraimi müteaddideyi irtikap eden şahsın ef'alinden birisi müebbet zindan cezasını müstelzim olur ise mücrimin hücrede sureti daimede münferiden ikameti müddeti bir seneden üç seneye kadar ve ef'alinden digeri dahi kezalik müebbet zindan cezasını istilzam ederse beş seneye kadar tezyit olunur, Adliye nezareti Ceza kanunu lâyihası, İst. 1325, S. 24, m. 67).

c) Eskişehir Temyiz mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddenin şu şekilde tanzimini kararlaştırmıştı: (iki veya daha ziyade ceraimin içtimaı halinde bunlardan ikisi müebbet hapsi şedit cezasını müstelzim ise ağır hidematta istihdam müddeti beş sene ve işbu ceraimden biri müebbet ve diğeri muvakkat hapsi şedit cezasını mucip ise 16 ıncı madde mucibince hapsi muvakkat cezasının mutazammın olduğu ağır hidematta istihdam müddeti zamn olunur. İşbu ceraimden biri nefyi ebet cezasını müstelzim ise altı aydan iki seneye kadar ağır hidematta istihdam müddeti zammolunur, Komisyonun gayri matbu zabıtları s. 73, m. 1).

ç) Maddenin T. B. M. M. ince kabul edilen ilk metni şu idi: (Beş seneden fazla hürriyeti tahdit eden cezaları müstelzim bir kaç cürüm işlemiş olan şahsın cürümlerinden birisi müebbet ağır hapis cezasını müstelzim ise mücrimin hücrede geceli gündüzlü münferiden ikameti bir seneden üç seneye kadar ve cürümlerinden ikisi de müebbet ağır hapis cezasını müstelzim ise beş seneye kadar ziyadeleştirilir, Kavanin mec. C, 4.2 inci bası, s. 383; Ad. Vekâleti, tadilleri ve esbabı mucibeleri ile birlikte Türk ceza kanunu, s. 121, not 28).

d) Madde 3038 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bu günkü şeklini almıştır:

(11.6.936 tarih ve 3038 sayılı kanun, 23.6.936 tarih ve 3337 sayılı resmî gazetede neşredilmiş ve 1.10.936 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun 68 inci maddenin tadiline ait esbabı mucibesi için, Zabıt cer. 936, C. 12, ilâve n. 250, s. 3, 32veya

Ad. Vekâleti, T. CK, s. 62 veya Köseoğlu, 46,83 bakınız; T.B.M.M. umumi heyetinde 3038 sayılı kanun Adliye Encümeninin teklifi dairesinde aynen kabul edilmiş ve müzakere cereyan etmemiştir. Zabıt cer. 936,C. 12, s. 63 ve sonrakiler).

[2] Cürümlere mahsus şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalar 11 inci maddenin 1 inci fıkrasının 2,3 ve 4 üncü bentlerinde sayılan müebbet ve muvakkat ağır hapis, sürgün cezalarıdır.

[3] Kanun işlenmiş olan cürmün kanundaki cezasını değil, o cürüm için hükmedilecek cezanın içtimaa tâbi tutulacağını (icap ettiren) tâbiri ile ifade etmek istemiştir. 3038 Sayılı kanunla tadilden evvel maddede mevcut bulunan (... cezaları müstelzim) kaydı yerine (icap ettiren) ibaresini vazetmek suretile bu hususu daha ziyade tebaruz ettirmiştir: Bu sebeple yaştan dolayı tenzilatın (C. U. H. T.1.1.932, Kemal Bora, m. 69), cezayı hafifletici takdiri sebeplerin (majno,m. 67,n. 381) Ve tekerrür hükümlerinin içtima kaidesinden evvel tatbikı ve ceza kanununun 29 uncu maddesinin müstakilen hükmedilen cezalara hasredilmesi (C.U.H.Es. 204, Kar. 164,T.17.5.937, Tem. Kar. Mec. 937 S. 71) ve 29 uncu maddenin 5 inci fıkrasındaki sıranın bu mânada anlaşılması (C.U.H.Es.426,Kar.31,T.6.2.939, Tem. Kar. Mec.939-940, S.36) lâzımdır.

Bu izahat sonunda şu neticeye varılmaktadır: (Her suç için azaltıcı ve artırıcı sebepler nazara alınarak ceza tâyininden sonra içtima ahkâmının tatbikı icap eder, C.U.H. nin aynı kararı),

Bu kaide yalnız 68 inci madde için değil diğer içtima maddeleri için de varittir (majno, m.67,n.381 ve 3038 sayılı kanunun 69 uncu madde hakkındaki mucip sebeplerine de bakınız) .70,71,72,73,74 üncü maddelerdeki (müstelzim) tâbiri, kanunun yazılışında terimlere dikkat edilmemiş olduğunu gös terir. Bazı maddelerde (icap ettiren) bazı maddeler de(istilzam eden)kaydının kullanılmış olmasında vazıı kanunun hususi bir maksadı yoktur.

Hususi af halinde de kaidenin bu suretle tatbikı, yani suçlar hakkında af kanunu hükümlerine göre gereken tenzilât yapıldıktan sonra cezaların içtima ettirilmesi gerek mehaz kanunu tatbik eden İtalyan temyiz mahkemesince (majno, m. 67,n.381) ve gerekse (2330 sayılı af kanunu her cezaya ayrı ayrı tatbik edildikten sonra kalan miktarların içtima ettirileceği) ni bildiren Türk Temyiz mahkemesince kabul edilmiştir (1.C.D. es.61,kar.1895,T.11.7.935).

[4] Madde, şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaları icap ettiren cürümlerden birinin müebbet ağır hapis olması hali mevzuu bahistir. Müebbet ağır hapsi müstelzim bir cürüm ile bir kabahatin içtimaında, pek hafif bir ceza olan hafif hapsin,müebbet ağır hapse tesirini vazıı kanun kabul etmemiştir.Hafif hapsin cürüm cezaları ile birleşmesi halinde tatbik edilecek usulü gösteren 73 üncü madde ile 68 inci maddenin yazılış şekli bu hususu sarih olarak göstermektedir.

[5] Suçlunun işlemiş olduğu cürümlerden biri için müebbet ağır hapis cezası tâyin edildiği takdirde, diğer cürümler için verilen cezanın infazına imkân yoktur. Bu hususu gözönünde tutan kanun, müddetinin uzatılması mümkün olmadığından, müebbet ağır hapsin infaz şeklini, hücre müddetini uzatmak suretile, ağırlaştırmıştır.

Müebbet ağır hapis ile diğer hürriyeti bağlayıcı muvakkat cürüm cezalarının birleşmesi halinde, şu ihtimaller akla gelebilir:

a) Müebbet ağır hapis ile muvakkat ağır hapsin birleşmesi. Muvakkat ağır hapis cezasının,eğer bu cezalar birden ziyade iseler,mecmularının müddet bakımından tutarının onda biri suçlunun,müebbet ağır hapiste tâbi olacağı mutlak hücre (geceli gündüzlü tecrit) müddetine eklenecektir. Müebbet ağır hapis mahkûmunun hücre müddetinin nasıl tesbit edileceği 13 üncü maddenin 4 üncü fıkrası delâleti ile 1 inci fıkranın A işaretli bendinde gösterilmiştir. O halde 36 senenin yirmide biri ağır hapiste hücre müddetidir. Bu esas müddete içtimaa dahil olan muvakkat ağır hapis cezasının veya cezaları mecmuunun onda birine müsavi bir müddet ilâve olunacaktır. Bu ilâvenin âzami haddi 68 inci maddenin 2 inci fıkrasında gösterilmiştir.

b) Müebbet ağır hapis ile hapsin birleşmesi. Müebbet ağır hapis ile muvakkat ağır hapsin birleşmesi halinde tatbik edilen usul burada da caridir. Yani 13 üncü madde hükmü dairesinde tesbit dilecek müebbet ağır hapis hücre müddetine hapis cezasının ve bu cezalar birden fazla iseler mecmuunun on ikide biri ilâve edilecektir. Görülüyor ki ilâve edilecek miktar bakımından muvakkat ağır hapis ile hapis cezası arasında bir fark gözetilmiştir.

İlâve müddetin âzami haddi için 68 inci maddenin 2 inci fakrasına bakınız.

[6] a) Müebbet ağır hapis cezası ile muvakkat ağır hapis veya hapis ceza veya cezalarının içtimaı halinde birinci fıkra mucibince arttırılacak hücre müddetine bir had koymak zaruridir. Çok uzun bir hücreye mahkûmun tahammül etmesi imkânsız veya mahzurludur. Bu sebeple müebbet ağır hapis başlı başına verildiği takdirde altı ay olması gereken hücre müddeti içtima hükümleri mevzuubahis olunca arttırılabilecektir. 68 inci maddenin 1 inci fıkrası mucibince esas hücre müddetine ilâve edilecek âzami miktar, ağır hapis cezaları için iki sene, hapis cezaları için de bir sene altı aydır.

68 inci maddenin 2 inci fıkrasında gösterilen bu müddetler, içtima neticesinde hasıl olacak âzami hücre müddeti değil, ilâve edilecek hücre müddetinin âzami hadleridir.

b) Bu fıkrada işaret edilen müddetlerin hesabında da 30 uncu madde hükmü caridir.

[7] İçtimaettirilen ağır hapis cazalarından asgari ikisinin müebbet olması halinde ölüm cezasının hükmolunacağını gösteren bu fıkra 3038 saylı kanunla maddeye ilâve edilmiştir. Tadilden evvel bu nevi içtima hallerinde, hücre müddeti (beş seneye kadar ziyadeleştirilir) idi (tadilden evvelki metne bakınız). Birden ziyade müebbet ağır hapis cezasının içtimaında, ölüm cezasının verilmesi kanunun umumi sistem olarak kabul etmiş olduğu (hukuki içtima) sistemine aykırıdır. Çünkü hukuki içtima sistemi cezaların arttırılmasını değil, neticede tahfifi mucip bir sistemdir. Kanunun kabul ettiği umumi sisteme muhalif olan böyle bir tadile niçin lüzum görüldüğü 3038 sayılı kanunun Adliye encümeni esbabı mucibe lâyihasında şöylece izah olunmaktadır:(Cürümlerden ikisi de müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olan kimseler için lâyihada ölüm cezası konmuştur. 1274 tarihli ceza kanunumuzda dahi aynı ile böyle olan bu keyfiyet yeni ceza kanunumuza mehaz olan İtalyan ceza kanununda ölüm cezası olmamasından ve kanunumuzun hazırlandığı sırada İtalyan kanunu esaslarına itıiba olunmuş olmasından dolayı bizce de terk olunmuş ise de ahiren İtalyanın yeni ceza kanununa ölüm cezası konmuş ve müebbet ağır hapsi müstelzim iki cürüm işlemiş olanlara bu ceza tatbik olunmuştur). Bu esbabı mucibede İtalyan kanununun geçirdiği tahavvüllerden bahsedilmekte ve fakat eski İtalyan kanununun (1889) hukuki içtima sistemine, yeni İtalyan kanununun (1930)ise cezaların cemi usulüne istinadettigi unutulmaktadır. Diğer taraftan 1274 tarihli ceza kanunu hakkında bu esbabı mucibede ileri sürülen mütalâayı izah etmek imkânsızdır, çünkü eski kanun suç ve cezaların içtimaından bahsetmemekte idi. Eskiden içtima meselesi yalnız usulü muhakematı cezaiye kanununun 299 ve 311 inci maddelerinde yer almakta idi. Filhakika 1274 tarihli kanun iki müebbet kürek cezasının birleşmesi halinde idam cezası verilebileceğinden bahsetmekte ise de, bu hüküm içtima değil ve fakat tekerrüre ait bir hükümdü (1274 tarihli ceza kanununun 8 inci maddesine; Ord. Prof. KANTAR Baha, Hukuku ceza dersleri, İst.1336,s.187,188; ve ESASLAR, III.B,a da usulü muhakematı cezaiye kanununun 299 ve 311 inci maddeleri hakkında verilen izahata bakınız).

MADDE 69: 1)Bir neviden olarak şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaları 2)icap ettiren birden fazla cürüm işlemiş olan kimse hakkında tâyin edilecek en ağır cezaya 3)diğer cezalar mecmuunun üçte ikisi ilâve olunur.4)

Şu kadar ki, bu suretle hükmolunacak ceza mecmuu 5)ağır hapis ve hapiste otuz seneyi 6)ve sürgünde yedi sene altı ayı geçemez.7)

[1] a) Madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 68 inci maddesinden alınmıştır.

b) Maddenin mehazdan ilk tercümesi şu suretle yapılmış idi: (Bir neviden olarak hüriyeti şahsiyeyi tahdit eden mücazatı muvakkatayı müstelzim ceraimi müteaddide ika eden şahıs hakkında en ağır cürme mürettep ceza tâyin ve buna mecmu ceza muvakkat zindan için yirmi dört ve hapis için onbeş ve nefi

161

cezası için iki seneyi tecavüz etmemek şartı ile diğer ceza müddetleri mecmuunun nısfına muadil bir müddet daha zammolunur. Adliye Nezareti, Caza kanunu lâyihası, İst. 1325, S. 24, m. 68).

c) Eskişehir Temyiz mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddenin şu şekilde tanzimini kararlaştırmıştı: (Aynı neviden olan muvakkat cezaları müstelzim ceraimin içtimaı halinde en ağır mücazatı istilzam eden cürmün cezasına efali saire için hükmolunacak cezaların mecmuu ilâve olunur. Ancak ilâve olunacak cezaların mecmuu en ağır ceza haddi âzamının nısfını tecavüz edemez. Komisyonun gayri matbu zabıtaları, S. 74. m. 3).

ç) Maddenin T. B. M. M.ince kabul edilen ilk metni şu idi: (Bir neviden olarak hürriyeti tahdit eden muvakkat cezaları müstelzim birden fazla cürüm işlemiş olan kimse hakkında en ağır cürme terettüp eden ceza tâyin edildikten sonra buna—ceza mecmuu ağır hapis ve hapiste otuz ve sürgünde beş seneyi geçmemek şartı ile—diğer ceza müddetleri mecmuunun yarısına muadil bir müddet zammolunur. Kavanin mecmuası, 2 inci bası, C. 4, S. 383; Ad. Vekâleti T. CK. S. 122, not 29).

d) Madde 3038 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bugünkü şeklini almıştır. Bu kanun hakkında m. 68, n. I, ç ye bakınız. (Bu kanunun 69 uncu maddenin tadiline ait esbabı mucibesi için zabıt cer. 936, C. 12, ilâve n. 250, S. 3, 32 veya Ad. Vekâleti, T. CK. S. 39, 63 veya Köseoğlu, S. 47, 84).

[2] a) Şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza tâbiri hakkında m.68, n. 2 de verilen izahata bakınız.

b) Aynı neviden ceza aynı ismi taşıyan, (bir unvan altında toplanılabilen, Fahrettin Karaoğlan, S. 28) cezalardır. Bu sebeple müebbet ağır hapis, muvakkat ağır hapis ile, hapis, alelûmum ağır hapis ile ve sürgün de bu cezalarla aynı neviden değildir. Ceza kanunu aynı cins suçların hangileri olduğunu tasrih ettiği halde (m. 86) aynı nevi cezadan ne kastedildiğini sarih bir hükümle göstermemiştir. Diğer taraftan kanunun yazılışında terim birliği yoktur. 69 ve 112 inci maddelerde cezaların (nevi) lerinden 95 inci madde ise cezaların (cins) lerinden bahsolunmaktadır. Terim ayrılığı ne olursa olsun aynı cins ceza ile, aynı nevi ceza tâbirlerini bir mânada almalıdır. (aksi mütalâa, Fahrettin karaoğlan, S. 29) Cins ve nevi bakımından bir tefrik mehaz kanunun tercümesi sırasında aynı mefhum için, lüzumsuz yere, iki ayrı kelime kullanılmasından ileri gelmiştir.

c) Bu madde aynı neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı cürüm cezalarının içtimaı halinde tatbik edilir. Hafif hapis cezalarının içtimaında 69 uncu madde değil, 72 inci madde, para cezalarında ise, 76 ıncı madde hükmü caridir (2. C. D. kar. 1323, T. 8. 2. 939, Köseoğlu, S. 184).

[3] a) En ağır ceza, en vahim olan suça verilecek ceza demek değildir. Burada esas tutulan suçların ağırlığı değil, hâkim tarafından takdir ve tâyin olunan cezaların içinden en ağır olanıdır. Bu sebeple cezayı azaltıcı sebepler mevcut olduğundan dolayı cezası tenzilâta tâbi tutulan bir

adam öldürme suçu, bir hırsızlık suçu ile içtima ederse, içtimadan dolayı yapılacak zamlara, hırsızlık suçunun cezası temel teşkil edebilir.

3038 Sayılı kanundan evvel (en ağır cürme terettüp eden ceza) temel ceza olarak kabul ediliyor ve içtimadan dolayı yapılacak zamlar, bu cezaya yapılıyordu. Mehaz kanun da aynı tarzda kaleme alınmıştı (Bu hususta pessina, m. 68; Manzini, C. 2, S. 381, n. 498. ve not 3) Bu hal garip neticeler ve mahzurlar tevlit etmiş (Bu hususta 3038 sayılı kanunun hükümet esbabı mucibesine bakınız) ve içtihat,kanunun sarahatına rağmen duğru yolu bulmuştur.Netekim İtalyan Temyiz mahkemesi(Cezaların içtimaında en ağır cürüm,hakkında en ağır ceza tâyin edilmiş olan cürümdür) yolundaki tefsiri ile aynı neticeye varmıştır (Italyan Tem.mahkemesinin 9 mart 1911 tarihli kararı, Bruno — Barbera, S. 211, m. 68, n. 2). Türk Temyiz mahkemesinin de 3038 sayılı kanundan evvele raci olan aynı mahiyette bir kararı mevcuttur (C U. H. es. 17, kar. 31, T. 13. 11. 936, Tem. Kar. Mec. 936 S. 9).

b) Aynı neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalarda ağırlık derecesi müddetle ölçülür. Müddeti uzun olan ceza diğerlerine nazaran ağırdır, içtimada temel ceza vazifesini görür. Suçların kanundaki muhtemel cezalarının değil hükmedilen cezaların esas tutulması, âzami ve asgari hatleri değişik olan cezaların ağırlığını ölçmedeki güçlükleri bertaraf etmiştir (Bu hususdaki güçlüklere misal olmak üzere Ceza umumi heyetinin 7. 7. 930 tarih ve es. 26 kar. 99 sayılı kararına bakınız. Tem. Kar. Mec. 930, — 934, S. 57; aynı mahiyette C. U. H. es. 27, kar 23, Tem. kar. Mec. 936, S. 36).

c) En ağır cezanın içtimaa temel teşkil edeceği hususunda kanun sarihtir. Bu sebeple (ağır cezanın üçte ikisinin daha hafif olan cezaya ilâve edilemiyeceğine) karar verilmiştir (2. C. D. kar. 12505. T. 12. 11. 936).

İçtimaa dahil cezaların hepsi aynı ağırlıkta iseler bunlardan lâlettayin biri temel ceza olarak kabul edilmelidir (aynı mütelaa, Fahrettin Karaoğlan, S. 18 — 19). Kanunun bu hususdaki sükûtundan cezaların cemi veya bunlardan yalnız birisinin hükmedilmesi gibi hir hal çaresi kabul etmek doğru olmaz.

[4] a) En ağır cezaya,diğer ceza veya cezalar mecmuunun üçte ikisinin ilâve olunacağı 3038 sayılı kanunla maddenin tadilinden sonradır. Tadilden evvel zam miktarı yarı idi. Bu degişikliğin sebebi şu suretle izah olunmaktadır: (Cürümlerin içtimaında yeni telâkkilerin daha ziyade cezaların cemi esasına mütemayil olduğu... kabul edilmiş olan yarı nisbetini üçte ikiye çıkarılmasının münasip görüldüğü. 3038 sayılı kanun hakkında Adliye Encümeni esbabı mucibesi).

b) üçte ikisi bir günden aşağı düşen cezanın nazara alınmasına 30 uncu madde sarahati mânidir. Bu sebeple (döğmeden dolayı verilen onbeş gün hapis cezasına sövmeden dolayı neticeten tâyin edilen bir gün hapis cezasının üçe

ikisiniu ilâvesine imkân olmadığı cihetle bu bir günün kaldırılması icap ettiği halde on beş güne aynen zammı yolsuzdur.2.C.D.es.5245,kar.5080,T.12.60.94.Kemal Bora,s. 72,M.69).Bir günlük cezanın aynen, ağır olan cezaya zammedilmesinin kanunun umumi içtima sistemine, yani maznunun lehine bir tenzilâta müncer olan usulüne aykırı düşer(Bu hususta C.U.H.es 247,kar.150,T.28.3.938, Köseoğlu, s.184,M.69)

[5] İçtima neticesinde hasıl olacak cezanın hesabında 30 uncu madde hükmü esas tutulur. Bu sebeple her biri ay olarak tâyin edilmiş olan cezaların içtimaı neticesinde tesbit edilecek ceza müddetinin de ay olarak gösterilmesi lâzımdır.(Ceza miktarının, maznunun aleyhine, sene olmak üzere gösterilmesi yolsuzdur,3.C.D.es.1865, kar.3205, T.27.4.939, Kemâl Bora,s.71, m.69).Bir sene veya daha fazla cezalarda ise (yapılacak artırmada veya bu cezalardan yapılacak eksiltmede, ve artırmaeksiltme nisbetinin aylara taksimi üzerinden tayinve tertib olunması) na karar verilmiştir .(Tevhidi içtihat, es.25.kar.58.T,14,3.940, KemâlBora,s.71,m. 69: aynı mahiyete Ad. Vekâleti ceza İs. tamimi,n.7-16,T.9.2.939).

[6] İçtima neticesinde cezaların âzami tutarı bu suretle tâyin edilmiştir.

[7] Sürgün cezalarının içtimaı halinde mecmu ceza yedi sene altı ayı geçemiyecektir.3038 sayılı kanunla tadilden evvel âzami had beş sene idi.

MADDE 70:1) Muvakkat ağır hapis ve hapis cezalarının hükmedilmesini icap ettiren birden fazla cürüm işlemiş olan kimse hakkında ağır hapis cezasının tayinini müstelzim fiil müteaddit ise 69 uncu madde dahi tatbik edilmek suretile 2)tâyin edilecek ağır hapis cezasına, hapsi müstelzim cürüm için verilecek cezanın yarısı ilâve olunur. 3) Böyle bir halde hapis cezasının hükmedilmesini icap ettiren cürüm birden fazla ise yine 69 uncu madde tatbik edilmek suretile tesbit olunacak cezanın yarısı ağır hapis cezasına ilâve edilir. 4)

Bu maddenin tatbikında dahi hükümolunacak ağır hapis veya hapis cezaları 69 uncu maddenin son fıkrasında yazılı mitarı geçmez.5)

[1] Maddenin tarihçesi:

a) Madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununnun 69 uncu maddesinden alınmıştır. Fakat bugünkü metin ile mehaz kanun arasında esaslı farklar mevcuttur.

b)Maddenin mehaz kanunundan ilk tercümesi şu suretle yapılmıştır:(Biri muvakkat zindan digeri hapis cezalarını müstelzim iki cürüm irtikâp eden şahıs hakkında kavaidi atiyeye tevfikan tertibi ceza olunur: evvelâ muvakkat zindan cezası bir seneyi tecavüz etmez ve hapis cezası müddetinin sülüsüne vasıl olmazsa muvakkat zindan cezası müddetinin nısfına muadil bir müddet daha zammedilerek hapis cezası tertip olunur. Saniyen bundan maada ahvalde yirmi dört seneyi tecavüz etmemek şartı ile hapis cezasının sülüsüne müsavi bir müddet ilâvesile muvakkat zindan cezası tâyin olunur.

İki den ziyade cürüm içtima ettiği takdirde balâdaki ikl fıkradan biri tatbik olunmazdan evvel icabına göre maddei sabıkadaki bir neviden olan mücazatı müstelzim ef'ale mahsus olarak tâyin olunan ahkâm tatbik edilir. Adliye Nezareti, Ceza kanunu lâyihası, 1325,s.25,m.69).

c) Eskişehir Temyiz mahkemesinde teşekkül eden komisyonun kabul ettiği şekil şu idi: (Aynı neviden olmıyan muvakkat cezaları müstelzim ceraimin içtimâi halinde kavaidi atiyeye tevfikan tertibi ceza olunur. Biri muvakkat hapsi şedid.digeri hapis cezalarını müstelzim iki cürüm irtikâp edildiği hal de hapsi şedide haddi âzami tecavüz etmemek şartı ile hapis cezasının rub'una müsavi bir müddet ilâve olunur.

Biri muvakkat hapsi şidet, digeri nefi muvakkat veya bir meslek ve sanatın tadili icrasıcezalarını müstelzim iki cürüm irtikâp eden şahıs hakkında birinci taktirde hapsi şidit cezasına nefi müddetinin onbeşte biri ve ikinci takdirde hapis cezasına nefi veya meslek veya sanatın tatili icrası müddetinin beşte biri zammolunur. Komisyon zabıtları,s.74,m.4).

ç) Maddenin T.B M M. nce kabul edilen ilk metni şu idi: (Biri ağır hapis digeri hapis cezalarını müstelzim iki cürüm işliyen şahıs hakkında aşağıdaki kaidelere göre cezaverilir 1.—Ağır hapis bir seneden fazla olmaz ve bu da hapis cezası müddetinin üçte birindenaz olur ise ağır hapis cezasi müddetinin yarısına muadil bir müddet zammedilmek suretile hapis cezası tertip 2—olunur. Diger hallerde hapis cezasının üçte birine müsavi bir müddet ilâvesi ile ve ceza mecmuu otuz seneyi geçmemsk şartı ile ağır hapis cezası tâyin olunur.

İkiden fazla cürüm içtima ettiği takdirde bir neviden cezayı müstelzim olanları hakkında 69 uncu maddede yazılı kaide tatbik edilir. Sonra icabına göre bu maddede beyan olunan hallerden birine tevfikan muamele olunur. Kavanin mec,C.4.s.383, 2 nci bası.

d) Madde 3038 Sayılı Kanunla değiştirilmiş ve bugünkü şeklini almıştır. Bu kanun hakkında m. 68,n. 1 ç ye bakınız.(Bu kanunun 70 inci maddenin tadiline ait esbabı mucibesi için. Zabıt Cer.936, C. 12. ilâve n.250,S.3, 32 veya Ad. Vekâleti T. CK.S. 40,63, veya Köseoğlu, S. 47,84).

[2] a) Madde muvakkat ağır hapis cezasının içtimaı halinde tatbik olunur. Muvakkat ağır hapis cezasının müebbet ağır kapis ile içtimaında 68 inci ve sürgün cezası ile içtimaında ise 71 inci madde hükmüne tevfikan hareket olunur.

b) Maddede kabul edilen usul muvakkat ağır hapse hapis müddetinin yarısının eklenmesidir. Bu suretle elde edilecek cezanın nev'i ağır hapistir. Eğer muvakkat ağır hapsi icap ettiren suç birden fazla ise, bu cezalar kendi aralarında ve 69 uncu maddede gösterilen usule tevfikan yani müddetçe en uzun muvakkat ağır hapse, değerinin veya diğerlerinin üçte ikisi ilâve olunmak suretile ikinci temel ceza elde edilecetir. Bu temel cezaya hapis cezasının yarısı eklenmek suretile mecmu ceza tesbit olunacaktır. Hapis cezaları birden fazla iseler bunlar da 69 uncu maddeye göre kendi aralarında içtima ettirilecekler ve neticede hasıl olan ceza mıktarının yarısı ağır hapse ilâve olunacaktır.

[3] Muvakat ağır hapis ile hapsin içtiması halinde temel ceza daima muvakkat ağır hapistir (aynı mahiyette,İtalyan Tem.mahkemesi ,8 birinci teş.1890, Suman,S.260). Kanun müddeti ne olursa olsun muvakkat ağır hapsin, hapse nazaran daha ağır olduğunu ve içtimadan dolayı yapılacak zamların daima ağır hapse yapılmasını kabul etmiştir. Bu sebeple içtima eden bu iki cezanın müddet uzunluğuna değil nevine bakılacaktır. Fakat bu halin bazı ahvalde, suçlunun luzumundan fazla lehinde olduğu aşikârdır. Müddeti uzun bir hapis cezasına mahkûm olan kimsenin ağır hapsi müstelzim bir suç daha işlemesi ve bu sonuncu hakkında bazı azaltıcı sebepler kabulü ile cezanın tahfifi halinde suçlunun hapis cezasının yarısından içtima sebebi ile kurtulması doğru olamaz.

Bu madde 3038 sayılı kanunla tadilinden evvel mehaz kanuna daha uygun ve daha iyi netice verecek halde idi. İçtima eden muvakkat ağır hapis ile hapis cezalarının, muayyen bir derecede, müddetlerini göz önünde tutan (M.70, n.I. ç ye bakınız) bu sistemin terk edilmemesi muvafık olurdu.

[4] m. 70, n. 2 ye bakınız

[5] Bu fıkra muvakkat ağır hapis ile hapis cezasının içtimaında âzami ceza miktarını tâyin etmekte ve 30 yıldan fazla ceza verilemiyeceğini göstermektedir. Fıkrada, bu maddedeki usule uyularak (hükmolunacak ağır hapis veya hapis) cezalarından bahsedilmektedir. Halbuki bu maddedeki usule uyularak ancak, ağır hapis cezası hükmolunabileceğinden fıkradaki (hapis cezası) kaydının ne maksatla konulduğunu anlamak imkânsızdır. 3038 sayılı kanunla bu maddenin tadilinden evvel, ağır hapis cezasının müddetinin bir seneden fazla olup olmadığına göre içtima neticesinde verilecek cezanın nev'i ağır hapis veya hapis olmak üzere değişebiliyordu (70 inci maddenin tadilden evvelki metninin 1 ve 2 inci bentlerile mukayese ediniz) Halen muvakkat ağır hapis ile hapis cezasının içtimaında hükmedilecek ceza daima ağır hapis cezasıdır.

MADDE 71:1) Muvakkat sürgün 2)cezasını müstelzim bir cürmün şahsi hürriyeti bağlayıcı diğer muvakkat cezayı 3)icap ettiren bir cürüm ile birleşmesi halinde sürgün cezasının beşte biri diğer cezaya zammolunur.4)

Yukarıki fıkrada yazılı olan ve şahsi hürriyeti bâğlayıcı muvakkat cezaları icap ettiren cürümler müteaddit ise, bunlar için önce 69 ve 70 inci maddeler tatbık edilmek suretile verilecek ceza tesbit edildikten sonra sözü geçen fıkra hükmü tatbik olunur. 5)

[1] Maddenin tarihçesi:

a) Madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 70 inci maddesinden alınmıştır.

b) Maddenin mehazdan ilk tercümesi şu şekilde yapılmıştı: (Biri muvakkat zindan digeri nefi veya biri hapis ve diğeri kezalik nefi cezasını müstelzim iki cürüm irtikâp eden şahıs hakkında birici takdirde muvakkat zindan ve ikinci takdirde hapis cezası tertip olunur. Hapis cezası tertip olunduğu halde nefi cezası müddetinin sülüsüne ve muvakkat zindan cezası tâyin olunmuş ise nefi cezası müddetinin altıda birine müsavi bir müddet daha zammolunur.

Eğer muvakkat zindan veya hapıs cezasını müstelzim ceraimi müteaddide irtikâp olunmuş veya nefi cezasını istilzam eden müteaddit cürüm ika edilmiş ise 68 ve 69 uncu maddeler ahkâmı tatbik olunur).

c) Eskişehir Temyiz mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddenin şu şekilde tanzimini kararlaştırmıştı: (Biri muvakkat hapsi şedit diğri nefi muvakkat veya bir meslek veya sanatın tatili icrası cezalarını müstelzim iki cürüm irtikâp eden şahıs hakkında birinci takdirde hapsi şedit cezasına nefi müddetinin onbeşte biri ve ikinci takdirdede hapis cezasına nefi veya meslek veya sanatın tatili icrası müddetinin beşte biri zammolunur. Komisyon zabıtları, S.74,m.4,f.2).

ç) T.B.M.M. nde kabul edilen ilk metin şu idi: (Biri ağır hapis veya hapis digeri sürgün cezasını müstelzim iki cürüm işlemiş olan kime hakkında birinci takdirde ağır hapis ve ikinci takdirde hapis cezası tertip olunur. Hapis cezası tertip olunmuş ise sürgün cezası müddetinin üçte birine ve ağır hapis cezası tâyin olunmuş ise sürgün müddetinin altıda birine müsavi bir müddet daha zammolunur.

Eğer ağır hapis veya hapis cezasını müstelzim bir kaç cürüm işlenir veya sürgün cezasını müstelzim bir kaç cürüm irtikâp olunur ise 69 ve 70 inci maddeler hükümleri tatbik olunur.

Biri müebbetdsürgün diğerleri ağır hapis veya hapis cezasını müstelzim bir kaç cürüm işlemiş olan kimse hakkında ağır hapis cezasının yarısı ve hapis cezasının üçte ikisi ayrıca icra olunur. İkisi de müebbet sürgün olursa on seneden aşagı olmama küzere ağır hapis veya hapis cezası hükmolunur.

d) Madde 3038 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bu günkü şeklini almıştır. Bu kanun kakkında m. 68, n. I. ç ye bakınız.(Bu kanunun 71 inci maddenin tadiline ait esbabı mucibssi için, Zabıt Cer. 936, C. 12, Ilâve n. 250, s. 3, 32, veya Ad. Vekâleti, T. CK. s. 40, 63, veya köseoğlu, s. 47, 84).

[2] a) Madde sürgün cezası ile şahsi hürriyeti bağlayıcı diger cürüm cezalarının içtimaında tatbik olunur.

b) Madde terim bakımından (muvakkat sürgün) tâbiri kullanılmıştır. Halen müebbet sürgün kaldırılmış olduğuna göre (Muvakkat) kaydı zaittir.

[3] Diğer, yani sürgün hariç şahsi hürriyeti bağlayıcı muvakkat cürüm cezalarından maksat muvakkat ağır hapis ile hapis cezasıdır. Bu sebeple 71-inci madde sürgün — muvakkat ağır hapis, surgün — hapis içtimalarında tatbik olunur.

[4] a) Muvakkat ağır hapis ile sürgünün birleşmesinde muvakkat ağır hapis, hapis ile sürgünün birleşmesinde hapis cezası, temel cezadır. Tâyin

167

edilmiş olan sürgün cezasının beşte biri temel cezaya ilâve olunur. İçtima neticesinde hükmolunacak cezanın nevini temel ceza tâyin eder.

b) Zammedilecek miktarın, muvakkat ağır hapis ve hapiste aynı nispette olması maddenin 3038 sayılı kanunla tadilinden sonradır. Evvelce içtima eden cezanın ağır hapis veya hapis olmasına göre zammedilecek miktarda değişiyordu. Ağır hapiste ilâve edilecek miktar sürgünün altıda biri, hapiste ise üçte biri idi.

[5] Bu fıkra şahsi hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların içtimaında takip edilecek sırayı göstermektedir. En geniş ihtimale göre sıra şudur:

a) Bir neviden cezalar ilk defa içtima ettiril r Takip edilecek usul 69-uncu maddede gösterilmiştir. Bu suretle aynı nevi cezalar tek ceza olarak ikinci ameliyeye tâbi tutulacaklardır.

b) İkinci ameliye, bundan evvelki ameliyede tespit edilen miktarlar üzerinden, muvakkat ağır hapis ile hapsin içtima ettirilmesidir. Neticede verilecek ceza ağır hapis olacaktır. Takip edilecek usul 70 inci maddede gösterilmiştir.

c) Bu suretle elde edilen ağır hapse doğrudan doğruya tâyin edilen veya birinci ameliyeye tevfikan tek cezaya kalbedilmiş olan sürgün cezasının beşte biri eklenecektir. Takip edilecek usul 71 inci maddenin I inci fıkrasında gösterilmiştir.

Bu sıra müteaddit muvakkat ağır hapis, hapis ve sürgün cezalarının içtimaında takip olunur. Diğer hürriyeti beğlayıcı cezaların hepisinin aynı neviden olması halinde yalnız 69 uncu veya ayrı neviden olmaları halinde yalnız 70 inci madde tatbik edildikten sonra 71 inci madde tatbik olunur ve neticede hükmolunacak cezanın nevi de buna göre degişir. İki hapis cezası ile sürgün cezasının içtimaı neticesinde yalnız 69 ve 71 inci maddeler tatbik edilecek ve içtima neticesinde hapis cezası hükmolunacaktır.

MADDE 72: 1)Hafif hapis cezasını müstelzim bir kaç fiilin faili 2)hakkında tâyin edilecek en ağır cezaya 3)failin mahkûm olacağı ceza üç seneyi geçmemek şartı ile 4) sair cezalar mecmuunun yarısına müsavi bir müddet daha ilâve olunur. 5)

[1] Maddenin tarihçesi:

a) Madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 71 inci maddesinden alınmıştır.

b) Madde ilk defa, mehazdan şöyle tercüme edilmişti:(Tevkif cezasını

1608

müstelzim ef'ali müteaddidenin faili hakkında en ağırına müteretip ceza tertip ve failin mahkûm olacağı ceza üç seneyi tecavüz etmemek şartı ile sair cezalar müddeti mecmuunun nısfına müsavi bir müddet daha ilâve olunur).

c) Eskişehir Temyiz mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddenin şu şekilde tanzimini kararlaştırmıştır: (Kâffesi kabahat derecesinde cezaları müstelzim ef'alin içtimaı halinde cezlar yekdigerine ilâve edilerek hükmolunur.

Ancak hapis cezasının mecmuu on dört günü ve kanunda sarahat olmadıkça mücazatı nakdiye yekûnu on dört lirayi tecavüz edemez).

ç) Maddenin T. B.M. M. ince kabul edilen ilk metni şu idi:(Hafif hapis cezasını müstelzim bir kaç fiilin faili hakkında en ağırına müterettip ceza tâyin ve failin mahkûm olacağı ceza üç seneyi geçmemek şartı ile sair cezalar müddeti mecmuunun yarısına müsavi bir müddet daha ilâve olunur).

d) Madde 3112 sayılı kanunla tadil edilmiş ve bu günkü şeklini almıştır. (3. 2. 937 tarih ve 3112 sayılı kanun 11.2.937 tarih ve 3531 sayılı resmî gazetede neşredilmiş ve 11.2.937 tarihinde meriyete girmiştir. Bu kanunun 72 inci maddenin tadiline ait esbabı mucibesi için, Zabıt Cer.937, C. 16, ilâve n. 78, s. 1, 3).

[2] a) Madde hafif hapis cezasını mucip kabahat suçlarının içtimaından bahsetmektedir. Hafif para cezasını müstelzim kabahatlerin içtimaı 76-ıncı maddede, hürriyeti bağlayıcı cürüm cezaları ile hafif hapis cezasının içtimaı hali de 72 inci maddede gösterilmiştir.

b) Maddenin tatbikı için içtima eden cezaların hepisinin hafif hapis olması lâzımdır. Bu sebeple madde şahsi hürriyeti bağlayıcı ve aynı neviden olan cürüm cezalarına mahsus bulunan 69 uncu maddeye mütenazır bir maddedir. Fakat 72 inci madde yerine 69 uncu maddenin tatbikı doğru olmaz. Temel cezaya ilâve edilecek miktarların nisbetleri her iki maddede başka başkadır.

[3] Temel ceza , içtima eden hafif hapis cezalarının içinde en ağır olanı yani müddeti en uzun olanıdır(Manzini,C. 2, s. 383 , n. 501).Maddenin 3112 sayılı kanunla tadi inden evvel suçlardan(en ağırına mütereitip ceza) nın nazara alınacağı kaydı mevcut idi.

[4] İçtima neticesinde hükmolunacak cezanın âzami haddi üç yıldır. Umumiyetle hafif hapis cezasının âzami haddi olan 2 sene (m. 21) içtima neticesinde üç yılı geçmemek üzere aşılabilecektir. Temel cezaya diğer cezaların tutarının yarısının ilâvesi sonunda, üç seneden fazla ceza elde edildiği görülerek hafif hapsin hapse tahvili dü şünülemez. Böyle bir halde cezanın üç seneye tenzili lâzımdır.

[5] Temel cezaya, diger hafif hapis cezasının ve eger bu cezalar birden fazla iseler tutarının yarısı eklenecektir.

MADDE 73: 1) Bir veya bir kaç cürüm le 2) hafif hapsi müstelzim bir veya bir kaç kabahatın birleştirilmesi halinde cürüm için tâyin olunan

166

ve bir kaç cürüm işlenmiş ise yukarıki maddelere göre tesbit edilen cezaya, 3)verilecek hafif hapis cezası veya mecmuunun yarısına müsavi bir müddet zammolunur. 4)

[1] Maddenin tarihçesi :

a) Madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 72 inci maddesinden alınmıştır.

b) Maddenin mehazdan ilk tercümesi şöyle yapılmıştı:(Bir veya müteaddit cürüm ve tevkif cezasını müstelzim bir veyahut müteaddit kabahat irtikâp eden şahıs hakkında mevaddı sabıkada beyan olunan kavaide tevfikan cürüm için tâyin olunan veya ceraimi müteaddidenin içtimaından husule gelen mücazat tatbik olunup buna eger tertip olunacak ceza muvakkat zindan ise tevkif cezası mecmuunun altıda birine ve hapis cezası ise mecmuu mezkûrun sülüsüne müsavi bir müddet zammolunur).

c) Maddenin T. B M. M. ince kabul edilen ilk metni şu idi: (Bir veya bir kaç cürümle bereber hafif hapis cezasını müstelzim bir veya bir kaç kabahat işleyen kimse hakkında cürüm için tâyin olunan veya müteaddit cürümlerin içtimaından yukarıdaki maddelerde yazılı kaidelere tevfikan husule gelen cezalar tatbikolunur Buna. eger tertip olunrcak ceza ağır hapis ise hafif hapis cezası mecmuunun altıda birine ve hapis ise mezkûr mecmuun üçte birine müsavi bir müddet daha zammolunur. Kavanin Mec. C. 4, s. 384).

ç) Madde 3038 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bu günkü şeklini almıştır. Bu kanun hakkında m. 68, n. I, d. ye bakınız. (Bu kanunun 73 üncü maddenin tadiline ait esbabı mucibesi için Zabıt Cer. 936, C. 12, ilâve n. 250, s. 3, 32 veya Ad. Vekâleti T. CK. 1936, s. 40, 63 veya Köseoğlu, s. 47, 87).

[2] Madde muvakkat ağır hapis veya hapis veya sürgün cezasını icap ettiren bir veya bir kaç cürüm ile hafif hapis cezasını icap ettiren bir veya bir kaç kabahatın içtimaında tatbik olunur.

[3] a) Temel ceza cürüm cezasıdır. Temel cezanın tâyininde, içtima eden cürüm cezası birden fazla ise 69, 70, 71 inci daddelere göre hareket edilir ve neticede tesbit edilen cezaya hafif hapis cezasının veya mecmuunun yarısı eklenir.

Hükmolunancak cezanın nevini temel ceza teşkil eder.

b) Maddenin tadilinden evvelki şeklinin ikinci cümlesi yalnız hafif hapis ile ağır hapis veya hapis cezasının içtimaına müsait idi. Bu sebeple sürgün ile hafif hapis cezasının içtimaına maddenin tatbik edilmesine imkân yok idi. Maddenin bu günkü yazılış şekline göre hafif hapis ile sürgünün içtimaı kabildir ve böyle bir halde sürgün cezası müddetine hafif hapis cezasının yarısı ilâve olunacaktır. Bu sebeple metin meyhaz kanuna bu bakımdan uydurulmuştur. Mehaz kanunda, içtimaa dahil cürüm cezası muvakkat ağır hapis ise, hafif hapis cezasının altıda birinin ve (diger hallerde) hafif hapis cezasının üçte birinin ilâve edileceği yazılıdır. Muvakkat ağır

hapis tasrih edildikten sonra kullanılan (diger haller) tâbiri ile diger cürüm cezaları yani hapis ile sürgün cezası kasdedilmiştir (Bu hususta Pessina, s. 114, m. 72).

[4] Temel ceza olan cürüm cezasına hafif hapis cezasının veya hefif hapis cezaları birden fazla iseler 72 inci maddeye göre tâyın edilen cezanın yarısı ilâve olunur.

Şahsi hürriyeti bağlayıcı cürüm cezalarının içtimaında verilecek cezanın âzami haddi 69 ve 70 inci maddelerin ikinci fıkralarında, şahsi hüriyeti bağlayıcı kabahat cezalarının içtimaında verilecek cezanın âzami haddi de 72 inci maddede gösterilmiştir. Fakat şahsi hürriyeti bağlayıcı cürüm cezaları ile kabahat cezalarının içtimaında âzami müddet sarih olarak kanunda gösterilmemiştir. Bu gibi hallerde 69 ve 70 inci maddedeki hadlere riayet edilmesi lâzım gelecegine dair ve mehaz kanunun tatbikı dolayısı ile İtalyn Temyiz mahkemesinin kararları mevcuttur (Bruno-Barbera, s. 212, not 2).

MADDE 74: 1) 31, 33, 34 ve 35 inci maddelerde münderiç fer'i cezaların dahi bir kaçını müstelzim olan müteaddit fiillerin içtimaı münasebeti ile 2) bu cezaların neticelerini tâyinde asli cezaların içtimaından hasıl olacak müddete bakılmayıp her suç 3) için ayrı ayrı mürettep olan cezaya istinat olunur 4) Aşağıdaki madde hükmü bu kaideden müstesnadır.

[1] Maddenin tarihçesi:

a) Madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 73 üncü maddesinden alınmıştır.

b) Maddenin mehazdan ilk tercümesi şu suretle yapılmıştı: (Mevaddı sabıkada beyan olunan ahvalde 33, 35, 36, 37 inci maddeler ahkâmına nazaran mahkûmiyeti cazaiye neticeyicini tâyin için maddeiatiyede beyan olunacak kaide müstesna tutulmak üzere yalnız her cürüm hakkında tâyin olunacok ceza nazarı dikkkate alınır).

c) Eskişehir Temyiz komisyonu maddenin şu şekilde tanzimini kararlaştırılmıştı: (içtimaı ceraim halinde her cürme müterettip mücazatı fer'iye başkaca hükmolunur. Ancak aynı neviden olan mücazatı fer'iyenin taaddüdü halinde hükmolunacak cezanın mecmuu on beş seneyi tecavüz edemez. Komisyon zabıtları, s. 75, m. 11).

ç) Maddenin T. B. M. M. nce kabul edilen ilk metni şu idi: (31,33,34 ve 35inci maddelerde münderiçfer'i cezaların dahi bir kaçını müstelzim olan müteaddit fiillerin içtimaı münasebeti ile işbu cezalar neticelerini tâyinde asli cazaların içtimandan hasıl olacak müddete bakılmayıp her cürüm için ayrı ayrı mürettep olan cezaya istinat olunur. Aşağıdaki madde hükmü bu kaideden müstesnadır. Kavanın Mec. C. 4, s. 384).

d) Madde 3038 sayılı kanunla tadil edilmiş ve bu günkü şeklini almıştır. Bu kanun hakkında m. 68, n. 1. d ye bakınız .(Bu kanunun 74 üncü

171

maddeye ait esbabı mucibesi için Zabıt Cer. 938, C. 12, İlâve n. 250, s. 32 veya Ad. Vekâleti T. CK. s. 63 veya Köseoğlu , 85).

[2] Bu madde,ceza mahkûmiyetinin neticelerini tâyinde içtima neticesinde hasıl olan cezanın değil, içtimaa dahil olan her cezanın müstakillen nazara alınmasını temin için konmuştur. (Bu hususta, Manzini, s. 385, n. 504). Maddenin tatbik sahası sadece ceza mahkûmiyetlerinin neticelerinin tâyinidir.Bu sebeple maddedeki fer'i cazalar tâbiri yerinde değildir. Diğer taraftan 31, 33, 34 ve 35 inci maddelerde mevzuu bahis olan âmme hizmetlerinden memnuiyet, kanuni mahcuriyet, babalık ve kocalık hakkından mahrumiyet, bir meslek veya sanatın icrasının tatili halleri birer ceza değil bu maddelerin bulunduğu babın isminden de anlaşılacağı gibi, (ceza mahkûmiyetlerinin, neticeleri) dir.

Şurasını işaret etmek lâzımdırki maddedeki (fer'i ceza) tâbirine bir mâna vermek için uğraşılırsa, bu madde ile 75 inci madde arasındaki farkı anlamak imkânsız hale girer. Hakikatta 74 üncü madde cezai neticeler 75 inci madde ise âmme hizmetlerinden memnuiyet ve bir meslek veya sanatın icrasının tatilinin ceza olarak verildiği ahvale münhasırdır (Bu hususta, Majnoni. 73, n. 390; Pessina, m. 73, s. 115; Manzini, s. 385, n. 503).

Âmme hizmetlerinden memnuiyet ve bir meslek ve sanatın icrasının tatilinin cezai netice olması ile ceza olarak hükmedilmesi arasında içtima bakımından büyük fark mevcuttur. Bu fark 3 numaralı notta gösterilmiştir.

[3] Bu madde de 3038 sayılı kanunla tadilden evvel kullanılan tâbir (her cürüm için) idi . Maddenin tadil esbabı mucibesinde şöyle denmektedir: (Mer'i kanunun 74 ve 75 inci maddelerinde cürüm tâbiri kallanılmış bu suretle kabahat ef'ali hariç bırakılmıştır. Halbuki bu maddeler hükmünün kabahatlerede şâmil olması icap ettiğinden ona göre değişiklik yapılmıştır) Bu mucip sebepler ancak 35 inci maddeyi ilgilendirir. 31, 33, 34 üncü maddelerde mevzuu bahis olan suçlar cürümdür.

[4] a) (her suç için ayrı ayrı mürettep olan ceza) tâbirinden maksat her suç hakkında cezanın azaltılmasını ve coğaltılmasını icap ettirecek sebeplerin hâdiseye tatbikından sonra, o suç için tesbit edilecek cezadır. (İtalyan Temyiz Mahkemesi kararı, Bruno - Barbera, s. 213, m. 73, not 1).

b) Madde cezai neticelerin hesabında cezaların içtimaı sonunda hükmolunacak cezanın değil, içtimaa unsur teşkil eden her cezanın nazara alınmasını âmir bulunmaktadır. Meselâ biri dört diğeri üç senelik olmak üzere iki ağır hapis cezasının içtimaı halinde suçluya, 69 uncu madde mucibince 6 sene ağır hapis vermek icap eder. Eğer içtima neticesi olan bu 6 yıl ağır hapis cezası nazara alınacak olursa suçlu için 31 inci maddeye göre müebbeden âmme hizmetlerindn memnuiyet neticesi doğacaktır. Madde (Her suç için ayrı ayrı mürettep olan cezaya istinat olunur) demekle bunu önle-

miştitr. Misalimizde suçlu 4 sene âmme hizmetlerinden mahrum kalacaktır. Bu suretle suçlunun aleyhine değil, lehine hareket edilmiş olur ve zaten maddenin vaz'ı sebebi de budur Çünkü aksi halde yani içtima sonunda verilecek cezaya göre cezai neticelerin tâyini hususu haksız bir durum tevlit edecek ve cezalara ayrı ayrı nazara alıdıklarında haiz olmadıkları neticeler atfedilmiş olacaktır. (Bu hususta Suman, s. 262).

c) 74 ve 75 inci maddenin mutlak serette tefrik edilmesi lâzımdır. Bu iki hüküm arasındaki fark büyüktür. 75 inci maddede kabul edilen sistem cemi sistemidir.

MADDE 75: 1) Her suç için 2) mürettep olan âmme hizmetlerinden muvakkat memnuiyet veyahut bir meslek ve sanatın tatili cezalarının 3) mecmuu hükmolunur. Ancak bu yekûn âmme hizmetlerinden memnuiyette on seneyi ve meslek ve sanatın tatilinde dört seneyi geçemez. 4)

[1] Maddenin tarihçesi:

a) Madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 74 üncü maddesinden alınmıştır.

b) Maddenin ilk tercümesi şöyle idi: (Her cürüm için tâyin olunan muvakkaten hidematı umumiyeden memnuiyet veyahut bir meslek ve sanatın tatili icrası cezaların hidematı umumiyeden memnuniyeti muvakkatanın mecmu müddeti on seneyi ve meslek ve sanatın tatili müddeti mecmuası dört seneyi geçmemek şartı ile tatbik olunur. Ad. Nezareti, Ceza kanunu lâyihası, s. 26, m. 74).

c) Eskişehir Temyiz mahkemesinde teşekkül eden komisyonun kabul ettiği metin için m. 74, n. 1. c. ye bakınız.

ç) Maddenin T. B. M. M. ince kabul edilen ilk metni şu idi: (Her cürüm için mürettep olan hidematı âmmeden muvakkaten memnuiyet veyahut bir meslek ve sanatın tatili cezalarının mecmuu hükmolunur. Ancak bu yekûn hidamatı âmmeden memnuiyette on seneyi ve meslek ve sanatın tatilinde dört seneyi geçemez. Kavanin mecmuası C. 4, s. 384).

d) Bu madde 3038 sayılı kanunla tadil edilmiş ve bugünkü şeklini almıştır. Bu kanun hakkında m. 68, n. 1, d ye bakınız. (Bu kanunun 75 inci maddeye ait esbabı mucibesi için Zabıt Cer. 936, C. 12 ilâve n. 250, s. 32 veya Ad. Vekâleti T. CK. s. 63 Köseoğlu, s. 85).

[2] 3038 sayılı kanunla maddeye (suç) tâbiri ithal edilmek suretiyle bu hüküm kabahatlere de teşmil edilmiştir. Tadilin mucip sebepleri hakkında m. 74, n. 3 e bakınız.

[3] Bu madde kanuni neticelerin değil, bu iki müeyyidenin ceza olarak hükmolunması haline münhasırdır. Bu hususta m. 74, n. 2 ve 4 c ye bakınız.

[4] Madde bu cezalar için (Hukuki içtima) değil, cemi sistemini kabul etmiş ve fakat cemi neticesinde varılacak âzami haddi de tâyin etmiştir.

173

MADDE 76: 1)**İşlenmiş olan her fiil için muayyen olan** 2)**ağır ve hafif para cezaları, cürümlerde 7500, kabahatlerde 500 lirayı geçmemek üzere tamamen hükmolunur.**3)

Nisbi para cezaları bu kayıttan müstesnadır.4

Para cezalarının şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çevrilmesi halinde 5) **bu cezanın müddeti dört seneyi geçemez** 6) **Ağır para cezası ile hafif para cezası birleştiği takdirde çevrilecek cezanın nev'i hapistir.**7)

[1] a) Bu madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 75 inci maddesinden alınmıştır.

b) Madde meyhaz kanunundan ilk defa söyle tercüme edilmişti:

(Haddi azamlarını tecavüz etmemek üzere her cürüm için tâyin olunan cerime ve cezayı nakdi tamamile hükmolunur. Mücazatı maliyenin hürriyeti şahsiyeyi tahdit eden mücazata tahvili takdirinde işbu cezanın müddeti on sekiz ayı tecavüz edemez.

Cerime ile cezayı nakdi içtima ettikte mücazatı maliye hapse tahvil olunur.

c) Eskişehir Temyiz Mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddenin şu şekil de tanzimini kararlaştırımıştı: (Cezayı nakdiyi müstelzim ceraim diğer mücazzatı mucip ef'alden biri ile içtima ettiği takdirde cezayı mezkûrun tertibine halel gelmez. Kâffesi veya bazısı mücazatı nakdiyeyi müstelzim ceraimin içtimaı halinde cezayı nakdiler yekdiğerine ilâve edilerek hükmolunur.

Ancak kanunen sarahat olmadıkça hükmolunacak cezayı nakdi, en ağır cürme terettüp eden cezayı nakdi miktarının haddi azamının üç rub'unu tecavüz edemez. Tazminat kabilinden olan cezayı nakdiler mecmuu ne miktara balığ olursa olsun tamamen tertip olunur - Mücazatı nakdiyenin hapse tahvilinde hapis müddeti hiç bir halde yirmi bir mahı tecavüz edemez. Komisyon zabıtaları, s. 74, m. 7, 8, 9)

ç) Maddenin T.B.M M. ince kabul edilen ilk metni şu idi: (İrtikâp edilen her fiil için muayyen olan ağır ve hafif cezayı nakdi en ağırının âzami haddini tecevüz etmemek üzere tamamile hükmolunur.

Cezayı nakdilerin hürriyeti tahdit eden bir cezaya tahvili halinde bu cezanın müddeti bir buçuk seneyi geçemez.

Ağır cezayı nakti ile hafif cezayı nakti birleştiği takdirde tahvili halinde bucezanın müddeti bir buçuk seneyi geçemez.

Ağır cezayı nakdi ile hafif cezayı nakdi birleştiği takdirde tahvil olunacak cezanın nevi hapistir. Kavanin Mec. C. 4, S. 381).

d) Madde 3038 sayılı kanunla tadil edilmiş ve bu günkü şeklini almıştır. Bu kanun hakkında m. 68, n. I, d ye bakınız (Bu kanununun 76 ıncı maddeye ait esbabı mucibesi için zabıt Cer. 936, C. 12, ilâve n. 250, s. 32, veya Ad. Vekâleti T. CK.s. 63 veya Köseoğlu, s. 85).

[2] a) Madde para cezalarının içtimaında tatbik olunur. Para cezasının müstakillen veya diğer bir ceza ile birlikte verilmiş olmasının ehemmiyeti yoktur. Para cezaları ile hürriyeti bağlayıcı cezalar içtima etmezler, her iki cezanın da infaz edilmesi lâzımdır (aynı mahiyette 4. C. D. es. 2089, kar. 4061, T. 71. 931, Kemal Bora, m. 76). Fakat para cezasının ödenmemesi ha-

linde bunun yerine kaim olan hapis veya hafif hapis cezasının diğer cezalarla içtimaı kabil olabilecektir. n. 7 ye bakınız.

b) (İşlenmiş olan her fiil için muayyen olan) tâbiri ile her suç için hâkimin, tâyin ettiği ceza kasdedilmiştir.

c) Para cezalarının içtimaı halinde munhasıran 76 ıncı madde tatbik edilir, aynı neviden para cezalarında 69 uncu maddenin tatbik edileceğini zannetmemelidir (2. C. D. kar. 235, T. 11. 1. 937, Köseoğlu, m. 76).

[3] a) Madde para cezalarının içtimaında cemi sistemini kabul etmiştir. Fakat para cezasının ödenmemesi halinde para cezası yerine kaim olan hapis veya hafif hapis ile hürriyeti bağlayıcı diğer cezaların içtimaında hukuki içtima sistemi ârızi bir netice olarak tatbik edilecektir. Bu hususta n. 7 ye bakınız.

b) Para cezalarının cemi edilmesi neticesinde hasıl olacak miktarın âzami haddini kanun tesbit etmiştir.

aa. Maddenin tadilinden evvel para cezaları (en ağırının âzami haddini tecavüz etmemek üzere temamiyle hükmolunur) du. Bu hüküm (içtima halinde şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaların yukarı haddinin geçilebileceğine dair olan diğer maddeler hükümleri ile aykırı düşmekte) idi (Tadil esbabı mucibesi).

bb. Âzami had olarak tesbit edilen 300 ve 7500 rakamları, hafif ve ağır para cezalarının normal âzami hadlerinin yarısının ilâvesi ile baliğ olacağı miktarlardır (madde 19, 24 e bakınız).

cc. Maddede gösterilen âzami hadler cürümlerin içtimaı ile kabahatlerin içtimaına mahsustur. Kabahatlerle cürümlerin, aralarında içtima etmeleri halinde âzami haddin ne olacağı maddede gösterilmemiştir.İki ihtimal akla gelebilir:

Birinci ihtimal: Ağır ve hafif para cezalarının içtimaında âzami had 7800(7500×300) dür.

İkinci ihtimal: cürümler için kabul edilen 7500 haddi kabahatler için konulan haddi (beliğ) eder.

İkinci sistem doğrudur. Her ne kadar kanunumuz beliğ sistemini kabul etmemiş isede,burada tam bir beliğ hususunun mevcut olmaması ve birinci sistemin kabulü halinde cürüm cezalarının ne kadar teaddüt ederse etsin aşamıyacakları bir haddin, içtimaa hafif para cezasının dahil olması ile aşılabilmesinin mantıki olamıyacağı hususlarını gözönünde tutmak ve 7500 liralık haddi her türlü para cezası içtimaında âzami had olarak kabul ve 300 liralık haddi de hafif para cezalarının kendi aralarındaki içtimaa hasretmek doğrudur (Bu hususta Majno, m. 75, n.393).

[4] Nisbi para cezası kanun tarafından ve bir nisbet dairesinde tesbit edilen cezalardır, m. 203, f. 1 de olduğu gibi.

175

(Nisbi para cezaları bu kayıttan müstesnadır) demek, nisbi para cezalarının mecmuu madedede gösterilen âzami hadlere tâbi değildir demektir. Nisbi para cezalarının yukarı hududunun mevcut olmadığını sarahaten ifade eden 19 uncu madde mevcut iken bu hükme lüzum yoktur.

[5] Para cezalarının şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara çevrilmesi 19 uncu maddede gösterilen usul dairesinde cereyan eder.

[6] a) Maddenin tadilinden evvel bu had bir buçuk sene idi. İçtima mevzuu bahis almıyan hallerde para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezalara çevrilmesi sonunda âzami ceza müddeti üç senedir (m. 19, f. 6).

b) Dört senenin ve para cezasının ödenmemesi halinde hürriyeti bağlayıcı cezaya tahvili ameliyesi neticesinde hâsıl olan cezanın dört seneyi geçip geçmediği hususunun hesaplanmasında 30 uncu madde hükmü tatbik olunur.

[7] a) Para cezaları kaide olarak tamamen infaz edilir. Hafif para cezalarının içtimaı neticesinde hâsıl olan meblâğın ödenmemesi halinde, bu ceza, hafif hapse çevrilir, (m. 24, f. 2). Ağır para cezalarının içtimaında hâsıl olan meblâğın ödenmemesi halinde ise bu ceza hapse çevrilir (m. 19, f. 3). Hafif para cezası ile ağır para cezasının içtimaı ve bu suretle hâsıl olan meblağın ödenmemesi halinde ise para cezası yerine kaim olacak hürriyeti bağlayıcı cezanın nevi hapistir.

b) Para cezasının ödenmemesi sonunda bu ceza yerine kaim olan hapis veya hafif hapis cezası ile diğer hürriyeti bağlayıcı cezaların içtima edip edemiyeceği hususu kanunda gösterilmemiştir. Böyle bir halde içtimaı kabul etmek, para cezalarında cemi sistemi kabul edildiği halde, hukuki içtima kaidelerine göre hareket etmek neticesini tevlit eder. Diğer taraftan para cezasını ödemiyen kimse bu suretle hukuki içtima sisteminden istifade ettikten kısa bir müddet sonra 19 uncu madeenin 5 inci fıkrasındaki hükme müsteniden (paracezası yerine daim) cezayı kaldırtmak isterse, ne kadar para cezası ödemesi lâzım geleceğini tâyinde bazı güçlükler kendini gösterecektir. Görülüyor ki kanunda bu hususta sarih bir hüküm mevcut olmalı idi.

c) Bu fıkranın tatbik sahası para cezasını icap ettiren kabahatlerle cürümlerin içtimaıdır. Hürriyeti bağlayıcı cezaları icap ettiren kabahat ve cürümlerin içtimaında 73 üncü madde tatbik olunur.

MADDE 77: 1) Geçen maddelerde gösterilen kaidelar, bir şahıs hakkında ceza hükmolunduktan sonra 2) bu şahsın hükümden evvel bir suç daha işlemiş olmasından dolayı tekrar muhakemesi 3) iktiza eylediği takdirde dahi tatbik olunur. 4)

İkinci suç, hükmolunan cezanın katileşmesinden veya icrasına başlanmasından sonra işlenmiş olduğu takdirde 5) içtimaa esas tutulan ceza-

ya 6) zammolunacak cezaların, geçen maddelerde gösterilen üçte iki, ikide bir, ve beşte bir nisbetleri o tertibe tevfikan dörtte üç, üçte iki ve üçte bire iblâğ olunmak suretile ceza verilir. 7)

Evvelki ceza ne olursa olsun bunu içtimaa esas tutacak mahkeme son suça el koyan mahkemedir. 8)

[1] Maddenin tarihçesi:

a) Madde 1889 İtalyan ceza kanununun 76 ıncı maddesinden alınmıştır.

b) Maddenin meyhazudan ilk tercümesi şöyle yapılmştı: (Mevaddı sabıkada mezkûr kavait bir şahıs hakında mahkûmiyeti cezaiye lâhik olduktan sonra kabl-el-hüküm daha bir cürüm irtikap etmiş olmasından dolayı o kimsenin tekrar muhakemesi iktiza ettiği takdirde dahi tatbik olunur.

Kavaidi mezkûre hürriyeti şahsiyeyi tahdit eden bir cezayı muvakkate mahkûmiyetten sonra cezayı mezkûrun icrasından evvel veyahut icra olunduğu esnada bir cürüm ika olunduğu takdirde dahi meri ve mutebердir. Lâkin mevaddı sabıka mucibince tezyidi ceza hususu nısıf, ve sülüs ve sülüs yerine tertibi mezkûra tevfikan iki sülüs ve nısıf ve sülüs olmak üzere cereyan eder ve işbu tezyit hususunu takdir için yeni cürme terettüp eden cezanın tâyininde icabına göre tekerrürden hâsıl olan teşdidi ceza hesap edildikten sonra hükmün sudur esnasında cezanın henüz infaz olunmıyan kısmı mütebakısı nazara alınır.

Fakat yeni hüküm kabiliyeti tenfiziyeyi iktisap etmezden evvel hükmü sabık icra kılınmış veyahut sakıt olmuş bulunursa yeni cürme terettüp eden ceza tamamen tatbik olunur. Adliye nazareti, ceza kanunu lâyıhası, s.26,m.76).

c) Eskişehir temyiz mahkemesinde teşekkül eden komisyon maddenin şu şekilde tanzimini kararlaştırmıştı: (Bir cürümden dolayı mahkûm olan kimsenin hükmü katiden evvel ika ettiği anlaşılan diğer bir veya müteaddit cürüm sebebi ile muhakemesinin icrası iktiza eylediği halde mevaddı anife ahkâmı tatbik olunur. — Bir kimse badel mahkûmiye hükmü kati kuhukuna kadar bir veya müteaddit cürüm ika eder veya kablelhüküm bir veya müteaddit cürüm ika ettiği anlaşılırsa mevaddı anife ahkâmı tatbik olunur. — Bir cürümden dolayı mahkûm olan kimsenin kablelhüküm ika ettiği anlaşılan diğer bir veya müteaddit cürüm sebebi ile muhakemesinin icrası iktiza eylediği halde dahi mevaddi anife ahkâmı tatbik olunur. Komisyon zabıtları, s.76,m.12).

ç) Maddenin T. B. M. M. ince kabul edilen ilk metni şu idi: (Geçen maddelerde gösterilen kaideler bir şahıs hakkında ceza hükmolunduktan sonra bu şahsın hükümden evvel bir cürüm daha irtikâp etmiş olmasından dolayı tekrar muhakemesi iktiza eylediği takdirde dahi tatbik olunur.

İkinci cürüm hükmolunan cezanın katiyet kesbeylediği veya icrasına başlanıldığı esnada işlenmiş olsa bile yine birinci fıkrada işaret olunan kaideler tatbik edilir. Şu kadar ki bu takdirde ceza tâyini için geçen maddelerde gösterilen, ikide bir, üçte bir, ve altıda bir nisbetleri o tertibe tevfikan üçte iki, ikide bir ve üçte bire iblâğ olunmak suretile ceza verilir.

Evvelki ceza ne olursa olsun bunu içtimaı ceraime esas tutacak olan mahkeme son cürme vaziyet eden mahkemedir. Kavanin mec. C. 4, s. 384).

d) Bu madde 3038 aayılı kanunla tadil edilmiş ve bu günkü şeklini almıştır. Bu kanun hakkında m. 68, n. 1, d ye bakınız (Bu kanunun 77 inci maddeye ait esbabı mucibesi için zabıt cer. 936, ilâve n. 250, C. 12, s. 32 veya Ad. vekâleti T. CK. s. 64 veya köseoğlu, s. 85).

[2] Bu hükmün katileşmiş olması şart değildir. Suçlunu kınî) mahkûmiyetinin katiyet kesbedip etmediğini düşünmeye hacet kalmaksızın yani katiyet kesbetmiş olsa bile bu cihet hesaba katılmaksızın) içtima hükümleri tatbik edilir. (Fahrettin karaoğlan, s. 93).

Hükümden evvel işlenmiş olan suçun bu hükümle verilmiş cezanın tamamile infazından sonra meydana çıkmış olması halinde de içtimai hükümleri tatbik edilir. Çünkü kanunun aradığı şart diğer suçun hükümden evvel veya sonra meydana çıkması değil, sadece hükümden evvel işlenmiş olmasıdır. Böyle bir halde çekilmiş olan ceza ile sonradan meydana çıkan suçun cezası içtima ettirilir ve hâsıl olacak cezadan çekilmiş olan ceza tenzil edilmek suretile suçlunun durumu tâyin edilir.

İtalyan temyiz mahkemesi bu gibi hallerde suçlardan biri sebebi ile geçen mevkufiyet müddetinin diğeri için ve içtimaen verilecek cezadan tenzilini kabul etmiştir (Manzini den naklen, s. 389, not 1). Bu düşüncenin, bir suç için çekilmiş mevkufiyet halinin diğer bir suçdan verilecek cezadan tenzili kabul etmiş olan Türk temyiz mahkemesinin içtihadına da uygun düşeceğini zannediyoruz.

[3] a) Suçlunun (tekrar muhakemesi) muhakemenin tekrarı değildir. Burada kasdolunan husus, evvelce mahkûm edilen aynı şahsın sonradan meydana çıkan suçu dolayısı ile muhakeme edilmesidir.

b) Tecil edilen bir ceza ile diğer bir cezanın içtimaı hakkında n. 5 e bakınız.

[4] a) Bu maddenin birinci fıkrası bir suç hakkında hüküm verildikten sonra bu (hükümden evvel)işlenilmiş diğer bir suçun meydana çıkması halinde tatbik olunur. Bu sebeple 1 inci fıkra ile ikinci fıkranın tatbik edileceği haller aynı değildir. (İkinci fıkranın birinciden tefriki hakkında Manzini, s. 386, n.505).

Fıkra sonradan meydana çıkan suçun (hükümden evvel) işlenmiş olmasını tasrih ediyor. Bu sebeple sonradan meydana çıkan suçun diğer suçtan evvel işlenmiş olması şart değildir.

b) İlk hükme mevzu teşkil edenle sonradan meydana çıkan fiilin kabahat veya cürüm veya birinin kabahat diğerinin cürüm olmasının ehemmiyeti yoktur. Evvelce bu fıkrada — ve bu maddenin her üç fıkrasında — mevcut olan (cürüm) kaydı kaldırılmış 3038 sayılı kanunla bu hüküm yerine (suç) tâbiri konmuştur. Mehaz kanunda kullanılan tâbir de (suç) dur (Bu hususta, manzini, s. 387. n, 506).

c) Bu maddenin tatbiki kanunumuzun içtimada kabul ettiği sistemin karışıklığını bir kat daha arttırmaktadır. Dört sene hapse mahkûm edilmiş ve cezasının bir senesini çekmiş olan bir kimsenin evvelce işlemiş olduğu fekat bilahare meydana çıkan suçundan dolayı muhakemesi neticesinde kendisine 2 sene hapis cezası verilmiş olursa 69 uncu madde mucibince hendisinin beş sene hapse mahkûm edilmesi lâzım gelecektir Çekmiş olduğu bir sene ceza müddeti tenzil edilince daha dört sene cezası kalacaktır. Görülüyor ki her iki ceza aynı nevinden olunca hâdisede güçlük yoktur. Fakat cezaların nevileri başka başka olunca ne şekilde hareket edilecektir. Meselâ dört sene hapse mahkûm edilen ve bir senesini çekmiş bulunan kimse hakkında evvelce işlediği suçtan dolayı 2 sene ağır hapis cezası için 77 inci madde delâleti ile 70 inci madde tatbik edilecek ve suçluya dört sene ağır hapis cezası verilecektir. Halbuki bu âna kadar infaz edilmiş olan ceza hapis cezasıdır ve infaz şekli de ayrıdır. O halde dört senelik ağır hapisten bir senelik hapis cezası nasıl tenzil edilecektir?

ç) Evvelce işlenilmiş suç cezanın infazı sırasında veya infaza başlanacağı sırada meydana çıkmış ise, usul kanununun 402 inci maddesi mucibince hareket olunur ve mahkemeden bu hususta bir karar istenir. Böyle bir hali 77 inci maddenin 2 inci fıkrasında ki hal ile karıştırmamalıdır.

[5] a) Bu fıkrada mevzuu bahis olan hal birinci suç hakkında verilen mahkûmiyetin katileştiği tarihten bu mahkûmiyetin mevzuu teşkil eden cezanın temamen infazına kadar geçen safhada ikinci suçun işlenmiş olması halidir. Bu hal tekerrür ile içtima arasında mutavassıt bir safha teşkil eder.

b) Fıkradaki (cezanın katileşmesi) tâbirinden (hükmün katileşmesi) ni anlamalıdır.

c) Tecil edilmiş olan bir mahkûmiyetten evvel veya sonra işlenilmiş bir suç dolayısı ile içtima hükümlerinin tatbikı mevzuu bahis olduğu hallerde,nasıl hareket olunacağı münakaşalıdır.Bu meselenin kanaatımıza göre şu tasnife göre halledilmesi mümkündür:

aa. sonradan meydana çıkan suçun tecil kararından evvel işlendiği tesbit edilirse içtima hükümleri tatbik edilemez.

bb. Eğer suç tecil kararından sonra işlenmiş ise şöyle bir tefrik daha yapmak lâzımdır: 1. Sonraki suç tecil müddeti (m. 95) geçtikten sonra işlenmiş ise, içtima hükümlerinin tatbikına imkân yoktur. Çünkü tecil müddetinin sonunda cezası tecil edilmiş olan mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayılır (m. 95).

2. Sonraki suç tecil müddeti içinde işlenilmiş ise işlenilen suçun hususiyetine göre ve 95 inci maddede gösterilen şartlar nazara alınarak tecil kararının sukut edip etmediğine bakmak lâzımdır. Ancak tecil kararı sukut etmiş ise içtima hükümlerini tatbik edebiliriz. 95 inci maddenin son cümlesinde yazılı(aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur)kaydının cezaların içtima ettirilmiyeceği neticesini vermesi doğru değildir. 95 inci maddenin sonundaki bu kaydın meydana getirdiği bu karışıklık tecil hükümlerinin Fransız kaynaklarından içtima hükümlerininde İtalyan kanununundan alınmış almasından ileri gelmektedir. (95 inci maddedeki bu kaydın içtimaa mani olmıyacağı kakkında C. U. H. es. 85, kar.26, T.938,Tem. kar. Mec. 938, s. 21 ve bu kararın leh ve aleyhindeki mütalâalar için çetin ardalı, s. 595, Şefik Simav, s. 1014; 95 inci maddedeki bu kaydın içtima hükümlerinin tatbikına mani teşkil ettiği bu sebeple—sabık mahkûmiyetin aynen ifazına karar vermek iktiza ederken içtima hükümlerinin tatbikının yolsuz olduğu—hakkında C. U. H.es. 141, kar. 13, T. 23.1.933 Tem. kar Mec. 930—934, s. 455).

[6] İçtimaa esas tutulan ceza aynı nevi şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalarda, en uzun müddetli olan ceza (m. 69, 72) muvakkat ağır hapis ile hapsin içtimaında ağır hapis (m. 70), sürgün ile hürriyeti bağlayıcı cezaların içtimaında hürriyeti bağlıyıcı cezalar (m. 71) hafif hapis cezası ile hürriyeti bağlayıcı cürüm cezalarının içtimaında cürüm cezaları (m. 73) dır. Bu suretle tâyin edilen temel ceza (=içtimaa esas tutulan ceza) ya bu fıkradaki nisbetleri gosterilen zamlar yapılır.

[7] Zammedilecek cezaların mıktarını gösteren bu nisbetler 3038 sayılı kanunla yükseltilmiştir (3038 sayılı kanunla tadilden evvelki metinle karşılaştırınız).

[8] a) Bu hüküm maddenin bir ve ikinci fıkralarına şamildir (Bu hüküm hakkında Fahrettin Karaoğlan, s. 5, 108—114 e bakınız).

b) Meyhaz kanunda mevcut olmıyan bu hüküm yeri ve mahiyeti bakımından tenkit edilebilir. Usul hukunun vazife kaidesine bir istisna teşkil ettiğine göre bu hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununda yer alması muvafık olurdu. Öz bakımından da mahzurludur. Mahkemelerin vazifelerini serahaten tâyinde vatandaşların adalet karşısında sahip oldukları bir teminatın mevcut olduğu kanaatına dayanan usul hukukunun vazife kaidesine bu kadar, şumullü bir istisna, kaidenin değerini zaiflatabilir. Bu hükme nazaran evvelce verilen bir (ağır ceza)nın sulh mahkemesince verilecek bir ceza ile içtimaında temel ceza olan ağır cezanın bir miktar arttırılmasına sulh mahkemesince karar verilebilmesi üzerinde durulacak bir meseledir.

c) Maddedeki (son suç) tâbiri son defa işlenilen suç karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu sebeple (son suça el koyan mahkeme) kaydının (son defa rüyet

edilen suça el koymuş olan mahkeme şeklinde anlaşılması) icabettiğine karar verilmiştir (C.U.H.os.130, kar. 119, Tem. Kar. Mec. 136, s. 92).

MADDE 78 : 1) Bir kimse bir suç işlemek 2) veya vuku bulmuş bir suçu gizlemek için 3)diğer bir suç işlediği veyahut o suç vesilesi ile kanunda suç teşkil eden diğer bir fiil daha irtikâp eyledi ği 4) takdirde mezkûr fiiller kanunen o suçu terkip eden anasırdan veya suçun esbabı müşeddidesinden sayılmazsa 5) o kimse hakkında evvelki maddelerin müştemil olduğu hükümlere göre ceza tertip olunur 6)

[1] a) Madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 77 inci maddesinden alınmıştır.

b) maddenin ilk tercümesi şu şekilde yapılmıştı: (Bir kimse bir cürmün ikaı veya vukubulmuş bir cürmün ihfası zımmında diğer bir cürüm işlediği veyahut o cürüm vesilesi ile kanunen cürüm teşkil eden diğer bir fiil daha irtikâp eylediği takdirde ef'ali mezkûre kanunen cürmü mezkûrun anasırı müterekkibe veyahut esbabı müşeddidesinden madut değil ise o kimse hakkında mevaddı sabıkanın müştemil olduğu ahkâma tevfikan tertibi ceza olunur. Ad. nezareti, ceza kanunu lâyihası, s. 27, m. 77).

c) Eskişehir Temyiz mahkemesinde kabul edilen metin, ilk tercümenin aynıdır (Bu hususta komisyon zabıtları, s. 76, m. 13).

ç) Maddenin T.B.M.M. ince kabul edilen ilk metni şu idi: (Bir kimse bir cürmü işlemek veya vukubulmuş bir cürmü gizlemek için diğer bir cürüm işlediği veyahut o cürüm vesilesi ile kanunda cürüm teşkil eden diğer bir fiil daha irtikâp eylediği takdirde mezkûr fiiller kanunen o cürmü terkip eden anasırdan veya cürmün esbabı müşeddidesinden sayılmazsa o kimse hakkında evvelki maddelerin müştemil olduğu hükümlere göre ceza tertip olunur. Kavanin Mec. C.4,s.384).

d) Bu madde 3038 sayılı kanunla tadil edilmiş ve bu günkü şeklini almıştır. Bu kanun hakkında m. 68, n.1.d ye bakınız. (Bu kanunun 78 inci maddeye ait esbabı mucibesi için, Zabıt Cer. 936, C. 12, ilâve n. 250, s. 32; Ad. Vekâleti T.CK. s. 64; Köseoğlu, s. 86).

[2] a) Maddedeki (suç) kelimeleri 3038 sayılı kanunla ve evvelce mevcut (cürüm) tâbiri yerine ikame edilmiştir. Bu suretle 78 inci madde kabahatlerede teşmil edilmiştir. Maddenin bu günkü şekli mehaz kanuna daha uygundur.

b) (Bir suçu işlemek . . . için diğer bir suç işlemek) hali, suçlardan birinin gaye diğerinin bu gayeye ulaşmak için vasıta mahiyetini arzetmesi demektir. Bir kimsenin evine, karısı ile zina etmek maksadı ile girmek ve zina fiilini işlemek gibi (İtalyan temyiz mahkemesi kararı, Bruno—Barbera, s. 215). Eğer bu suçlardan biri diğerinin unsuru veya şiddet sebebi değilse bu iki suçun cezası içtima hükümleri dairesinde birleştirilecektir.

(Bir suçu işlemek için diğer bir suçu işlemek) tâbirine bir suçun icrasını hazırlamak veya kolaylaştırmak hallerinin de dahil olduğu kanaatındayız.

181

c) Bir suçu işlemek için diğer bir suçu işlemek halinde ceza kanununun umumi kısmında yer alan 78 inci maddenin tatbiki kaidedir. Ceza kanununun ikinci kitabında yer alan hükümler mahfuzdur: Ceza kanunu bazı suçlar hakkında sadece 78 inci maddenin, dolayısı ile içtima hükümlerinin tatbikını kâfi görmemiştir. Cürüm ikaı için cemiyet teşkili (m. 313) ve cemiyeti teşkil edenlerin veya bazılarının—cemiyet devam ettiği sırada - bir cürüm işlemeleri, bir suç işlemek için diğer bir suçu işlemek halini teşkil eder, 78 inci madde tatbik olunur ve cürüm ikaı için cemiyet teşkili suçuna verilen ceza ile işlenilmiş olan cürmün cezası içtima ettirilir. Fakat (78 inci maddenin tatbikından hasıl olacak ceza altıda birden üçte bire kadar arttırılır. m. 315).

[3] a) (Vukubulmuş bir suçu gizlemek için diğer bir suçu işlemek) sonraki suçun diğerinin vukuundan sonra ve neticesi ile ilgili olması halidir. n 2 de bahsedilmiş olan bir suçu işlemek için diğer bir suçu işlemek halinde ise, hedef teşkil eden suç sonradan işlenmiştir.

Rızası olmaksızın çocuğu düşürtülen bir kadının (m. 468) suçu ihbarına mâni olmak için şahsi hürriyetinden mahrum edilmesi (m. 179) hali vukubulmuş bir suçu gizlemek için diğer bir suç işlemektir.

b) n. 2 de izah edilen hususlar (vukubulmuş bir suçu gizlemek için diğer bir suç işlemek) halinde de caridir.

c) (vukubulmuş suç) tâbirini tekemmül etmiş suçlara hasretmek doğru değildir. Teşebbüs halinde kalmış bir suçu gizlemek için diğer bir suç işlemek halinde de 78 inci madde tatbik olunur.

[4] a) Bir (suç vesilesile kanunda suç teşkil eden diğer bir fiil daha irtikâp etmek) kısaca bir suç vesilesile diğer bir suç işlemek demektir. Bir suçun, bir suç vesilesile işlenilmiş olup olmadığını her hâdisenin hususiyetine göre tâyin etmek lâzımdır

b) n.2. c de izah edilen hususlar (bir suç vesilesi ile diğer bir suç işlemek) halinde de caridir, m. 172, f. 2 ye de bakınız.

[5] Bir suç işlemek veya gizlemek veya o suç vesilesile diğer bir suç işlemek hallerinde içtima kaidelerinin tatbiki aşağıdaki iki menfi şarta bağlıdır:

a) Suç unsuru olmamak: İşlenilmiş olan fiillerin bir suçun unsuru olup olmadıklarını tâyinde, her suç için kanunun şart koştuğu unsurları araştırmak yani bu fiillerin (kanunen o suçu terk peden anasırdan sayılıp sayılmadığına) bakmak lâzımdır. Meselâ 191 inci maddede yazılı tehdit başlı başına bir suç olduğu halde (kanunen) yağma suçunun unsuru sayılmıştır (m. 495).

b) Şiddet sebebi olmamak : İşlenilmiş olan fiillerin bir suçun şiddet

sebebi olup olmadığını tâyinde o fiilin kanunen şiddet sebebi sayılıp sayılmadığına bakmak lâzımdır. Maddedeki (kanunen) tâbiri her iki hale de şâmildir. Bu sebeple (diğer bir cürmü hazırlamak veya kolaylaştırmak veya işlemek için) adam öldürmek haline 78 inci maddenin tatbiki imkânsızdır. Çünkü bu fiiller 450 inci maddenin 7 inci bendine göre, adam öldürme suçunun kanunen şiddet sebebi sayılmıştır. Aynı düşünce 450 inci maddenin 5 inci bendi için de varit isede (öldürmek fiili birden ziyade kimseler aleyhine işlenmiş yani tamamiile icra edilerek birden ziyade kimselerin ölümünü intaç etmesi halinde tatbik edileceğine, birden ziyade kimselerin ölümü husule gelmiyerek fiil teşebbüs derecesinde kalmış ise fail hakkında umumi hükümlere ve her fiilin vasfına göre ayrı ayrı ceza tâyin ve içtima hükümlerinin tatbik olunması lâzımgeldiğine) karar verilmiştir (Tevhidi içtihat, 1941, es. 42, kar. 14, resmî gazete n. 4206).

[6] (Evvelki maddelerin müştemil olduğu hükme göre) kaydından maksat, işlenilmiş olan fiiller müstakil suç olarak nazara alınır ve aralarındaki (umumi saik bağı) na bakılarak tek suç farzedilmezler, demektir. Müstakil suç olarak nazara alınan fiillere cezalar tâyin edildikten sonra içtima ettirilir.

MADDE 79 : 1) İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlâl 2) eden kimse o ahkâmdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır. 3)

[1] Maddenin tarihçesi :

a) Madde 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 78 inci maddesinden alınmıştır.

b) Maddenin mehazdan ilk tercümesi şöyle yapılmıştı : (İka ettiği bir fiil ile kanunun ahkâmı muhtelifesini ihlâl eden kimse en şedit cezayı tazammun eden maddei kanuniyeye tevfikan müstahakı ceza olur.)

c) Madde şimdiye kadar tadil görmemiştir.

[2] a) Bir fiil ile kanunun muhtelif hükümlerinin ihlâli, ceza nazariyatında fikri içtima (=cali içtima, kâzip içtima, şekli içtima tâbirleri de kullanılmıştır) adını alan haldir. Böyle bir halde ihlâl edilen kanun hükmü kadar suç mevcut ise de fiillin tek oluşu, kanun vazıını, bu hususta, hususi bir hüküm vazetmeğe sevketmiştir.

b) Fiil tâbirine ihmalî hareketler de dahildir (Bu hususta, Manzini, s.409,n.517). Fiillerin kasdi veya taksirli olmasının da ehemmiyeti yoktur.

(Bir fiil) kastta birliği icabettirir. Tek kurşunla bir kişiyi öldürmek diğerini yaralamak istiyen kimsenin fiili tek olmasına rağmen ortada iki suç vardır. Fakat bu anlayış şekli bazı müelliflerce kabul edilmemektedir (ezcümle Manzini, es. 404, n. 517) ve kanunun yazılışındaki katiyet bu müelliflere hak verdirecek şekildedir.

c) Maddenin tatbikında esas şart fiilin tek oluşudur. Bu sebeple, ruh-

167

satsız tabanca taşımak (m. 549) ve meskûn mahalde atma (m. 551) nın ayrı ayrı fiiller olduğuna (C.U.H. es. 170, kar. 152, T.16.12.935, Kemal Bora, m.549) ve ruhsatsız taşıdığı silâhla adam öldüren kimseye hâdisede biri kabahat diğeri cürüm olan iki müstakil fiil mevzuubahis olduğundan 79 uncu maddenin değil, 73 üncü maddenin tatbikına (İtalyan Temyiz mahkemesi kararı, 24 mart 1890, Suman, s.262) karar verilmiştir.

[3] a) İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif hükümlerini ihlâl eden kimse, bu hükümlerin içinde, o fiili en şiddetli şekilde, cezalandıran hüküm hangisi ise, ona göre cezalandırılacaktır. Burada bir nevi (beliğ) sistemi kabul edilmiştir.

b) İhlâl edilen hükümler aynı şiddette iseler bu hükümlerden yalnız biri tatbik olunur.

c) (en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre) kaydını (en şedit cezayı tazammun eden hükme göre) tarzında anlamalıdır. Mehaz kanunun ilk tercümesinde (1b ye bakınız) kullanılan (en şedit cezayı tazammun eden maddei kanuniyeye tevfikan) ibaresindeki yanlışlık şimdiye kadar tâdil görmemiş olan 79 uncu maddede bu güne kadar yaşamıştır.

ç) Bir fiil ile kanunun muhtelif hükümleri iki şekilde ihlâl edilebilir:

aa. Bir fiilin doğrudan doğruya muhtelif hükmü ihlâl etmesi: Evli bir kadının 419 uncu maddedeki şartlara uygun bir şekilde kocasından gayrı bir şahısla cinsî münasebette bulunması gibi.

bb. Bir fiilden husule gelen neticelerin kanunun muhtelif hükümlerini ihlâl etmesi: Öldürmerk istenilen bir kimseye atılan kurşun ile o kimsenin öldürülmesi(448)ve tesadüfen oradan geçen diğer bir kimseninde yaralanması (456) gibi.

d) Maddenin yazılış şeklinden hükmolunacak cezanın değil, ihlâl edilen hükümler arasında en şiddetli cezayı tazammun eden hükmün yani kanundaki cezanın nazara alınacağı anlaşılmaktadır. Fakat kanaatımıza göre bu anlayış şekli maddenin yazılışına uymakla beraber içtima hakkında kanunun kabul ettiği umumi sisteme aykırıdır ve müşkülât tevlit edicidir. İçtima hakkında tadil gören diğer maddelerde daima (hükmolunan ceza) nazara alınmaktadır. Diğer taraftan vazıı kanun 79 uncu maddede muhtelif hükümlerin bir fiil ile ihlâlinde suçlunun en ağır ihlâle göre cezalandırılmasını istemektedir. Halbuki en şedit cezayı veren bir hükmün hâdiseye tatbikında hâdisenin hususiyetlerine göre tahfif edilmiş bir ceza verilebilir. Bu anlayışın doğuracağı müşkülâta gelince, bu hal bilhassa âzami ve asga-

ri hadleri başka başka olan cezaların hangisinin ağır olduğunu takdir etmek icap ettiği zaman kendini gö terecektir. (Bu hususta Manzini, s. 416, n. 519; cezalarda muadelet kaidesi hakkında Fahrettin Karaoğlan, s.24; Donnedieu de Vabres, s. 476, n, 802; Osman, s. 3639).

e) İhlâl edilen hükümlerden en şiddetli cezayı tazammun eden hükmün tatbiki şikâyete bağlı ise ve şikâyetname de verilmemiş ise ne yapılacağı hususu münakaşalıdır (Bu hususta Manzini, s. 417, n. 520, s. 418 not 1)Şiddet bakımından bu hükümden sonra gelen hükmün tatbikının lâzımgeleceği kanaatındayız.

MADDE 80: 1)Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak 2) kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlâl edilmesi 3)muhtelif zamanlarda vaki olsa bile 4)bir suç sayılır. Fakat bundan dolayı terettüp edecek ceza altıda birden yarıya kadar arttırılır. 5)

[1] a) Bu madde 1889 İtalyan ceza kanununun 79 uncu maddesinden alınmıştır.

b) Madde mehazden ilk defa şöyle tercüme edilmişti: (aynı kararın ef'ali icraiyesinden olarak bir madd i kanuniyinindefaatla ihlâl edilmesi ezmenei muhtelifede vaki olmuş olsa bile cürmü vahit itibar olunur. Lâkin bundan dolayı terettüp edecek ceza süddüsden nısfa kadar tezyit olunur. Ad. nezareti, ceza kanunu lâyihası, s. 27, m. 79).

c) Maddenin T B.M M nce kabul edilen ilk metni şu idi: (Bir kasdi cürminin ef'ali icraiyesinden olarak kanunun bir maddesinin defaatle ihlâl edilmesi muhtelif zamanlarda vaki olmuş olsa bile bir cürüm sayılır, Fakat bundan dolayı teretüp edecek ceza altıda birden yarıya kadar arttırılır).

ç) Bu madde 4055 sayılı kanunla tâdil edilmiş ve bu günkü şeklini almıştır.

(2 6.941 tarih ve 4055 sayılı kanun 6 6 941 tarih ve 4827 sayılı resmî gazetede neşredilmiş ve 6 6.941 tarihinde meriyete girmiştir. Bu kanunun 80 inci maddeye ait esbabı mucibesi için Zabıt Cer. 1943, Cilt 18, ilave n. 186, s.8).

[2] a) Maddenin tâdilinden evvel, bir suç işlemek kararı yerine (bir kasdı cürminin ef'ali icraiyesi)nden bahsedilmekte idi Bu tâdil (kasdi cürmi) tâbiri mevcut iken maddenin yalnız cürümlere tatbik edilebileceği anlaşılmakta olduğundan (kabahat suçlarının da aynı hükme tâbi olması maksatı ile)yapılmıştır. Tâdilden evvel bu hal (cürüm işleyen failler lehindeki hükmün kabahat suçu işleyenlere şumulü olmamak gibi daha hafif olan kabahat failleri aleyhine muamele icrasını yani bir kaç defa kabahat sayılan bir kanun hükmünün ihlâli halinde ayrı ayrı her biri hakkında ceza tertip etmeği)icap ettiriyordu.(4055 sayılı kanun hakkında Ad, encümeni esbabı mucibesine maddenin umumi heyete müzakeresi için Zabıt c-r ne bakınız). Bu tâdille metin mehaz kanuna uydurulmuştur. Kanunun kabahatlerde de teselsülü kabul ettiği aşikârdır. Meyhaz kanunun ihzarı sırasında bu hususta müzakere cereyan etmiş ve madde kabahatlerede şamil olacak şekilde yazılmıştır (Bu hususta Majno, m. 79,n.430).

b) Suç işlemek kararı, suç işlemek kastı demek değildir. Kanun vazıı (Suç işlemek kararı) tâbiri ile daha geniş bir mefhumu işaret etmek istemiştir. Suç işlemek kararındaki birliği, suç kastı mefhumundan derece derece uzaklaşarak umumileştirmek mümkündür. Fakat pek umumi birlik, umumi bir saik birliğine müncer olur. Hırsızlığı kendine meslek edinmiş bir kimsenin, müteaddit hırsızlık suçu işlemesinde, hayatını gayri meşru şekilde temin bakımından umumi bir saik birliği mevcuttur. Fakat suçlarına müteselsil suç denemez. Yine aynı sebeple (Henüz evlenme çağında dört kadının kayıtlarını tahrif ederek evlenmelerini temin eden) suçluya 80 inci maddenin tatbik edilemiyeceğine (C.H.U.es.46,kar.57,Tem.karmec.s.45) ve muhtelif tarihler de aynı şahıs aleyhine fiilişeni icrasının (1.C.D. kar. 2779, T. 26/5/927) evli bir kadının iki kişi ile zina etmesinin (C.U.H. kar. T. 5,5,930) ayrı ayrı suç olduğuna, binnetice içtima hükümlerinin tatbik edilmesi icap ettiğine, buna mukabil, aynı sürüden müteaddit kimselerin hayvanlarını çalanın (4.C.D.kar.577 T. 2/4/942) diplomasız doktorluk ederek müteaddit kimseleri tedavi edenin (3. C. D. kar. 4878, 13.7.39) suçlarının tek suç olduğuna karar verilmiştir. Bu hususta (haksız menfaatlar teminine ve gayri muayyen zararlar ikaına karar veren bir şahsın hareketi kastı gayri muayyene matuf bulunmasına ve kastı gayri muayyen etrafında işlenilen muhtelif fiiller, müteselsil suç olmayıp başlı başına birer suç teşkil eylemesine göre Millî korunma kanunu hükümlerine muhalefet ile bir şahsın muayyen bir malı, muhtelif kimselere veya aynı şahsa ayrı ayrı zamanlarda satmak ile teminini kastettiği haksız menfaat, müstakil kararlar ile istihsal edilebileceğine ve çünkü bir satış fiilinden sonra ikinci bir satış fiilinin yapılması ayrı bir kararın mahsulü olduğuna) ve binnetice, bu gibi hallerde 80 inci maddenin değil 69-uncu maddenin tatbik edileceğine dair olan tevhidi içtihat kararı (T. 24.6.942, es.29, kar.17) üzerinde durmaga değer bir karardır.

c) Suç işlemek kararındaki birlik, müstakilen nazara alındıkları zaman her biri ayrı ayrı suç olan fiilleri birbirine bağlıyan ve hâdiseye müteselsil suç vasfını veren mühim bir unsurudur. Kararda birlik kastta birlik demek değildir. Müteselsil suçu teşkil eden fiillerin her biri başka bir kastın neticesidir. Çünkü kast umumiyetle kabul edilen telakkiye göre (kanunun suç saydığı fiili işlemek iradesidir). Bu iradi fiilleri toplu hale getiren hepsinin tek bir suç işleme kararından doğmuş olmasıdır.

ç) (suç kararında birlik)ile müteaddit fiillerin aynı kararın (icrası cümlesine) dahil olması unsuru arasında yakın bir rabıta vardır. Karardaki vahdeti, bu sübjektif unsuru, tesbit etmek için ekseriya fiillerin icrasına bakmak lâzım gelecektir. Bir sene fasıla ile yapılan hırsızlığa, bu sebeple, müteselsil suç vasfını vermek imkânsızdır (aynı mahiyette Tevhidi içtihat es.26 kar.20, T. 4.12 29)

d) suç işlemek kararının birliğini takdir hâkime aittir. (kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlâl edilmesi halinin aynı suç işleme kararından neşet etmediğine dair verilen hüküm temyiz mahkemesinin murakabasine tâbi değildir. İtalyan Temyiz mahkemesi kararı, Bruno — Barbera, m.79, s.218).

[3] Maddenin mevzuu kanunun aynı hükmünün birden ziyade ihlâlidir. Maddenin tadilinden evvel maddede mevcut olan (kanunun bir maddesinin defaat ile ihlâli) kaydı haklı olarak çıkarılmıştır.

a) Müteselsil suçun unsurlarından birisi de fiillerdeki taaddüttür. Teselsülü doğuran, fiillerin tekrarıdır. Bir kanun hükmünün ihlâlinin sadece devamı (mütemadi suç) veya bir fiil ile kanunun muhtelif hükümlerinin ihlâli (fikri içtima) bu madde dışındadır. Bu sebeple erkeğin zinasının mütemadi bir suç olduğundan 80 inci maddeye tâbi tutulamıyacağına karar verilmiştir (C.U,H. es.170, kar,184, Tem. Kar. Mec. 938, s,96).

b) Müteaddit fiillerle ihlâl edilen kanun hükmünün aynı hüküm olması lâzımdır. Aynı hükümden ne kasdedildiğini kanun sarahaten göstermemiştir.

Aynı maddenin aynı fıkrasının veya ihlâl edilen fıkralar değişse bile aynı maddesinin ihlâlinin aynı hükmün ihlâli olabileceği şüphenin dışındadır. Fakat (aynı hüküm) tâbirini yanlız bunlara hasretmek doğru değildir. Dolandırıcılık ile emniyeti suistimal suçlarının aynı hükme dahil olamıyacağı aşikârdır. Fakat gündüz başlayan bir hırsızlığın (m. 491, bent 4) geceleyin devam etmesi (m. 492, bent 1) halinde ihlâl edilen hükümlere ayrı maddelerde yer alan aynı hüküm gözü ile bakmak lâzımdır.

c) Fiillerden bir kısmının tekemmül etmesi, diğerlerinin ise teşebbüs safhasında kalmaları halinde de aynı hükmün birden ziyade ihlâli mevzuu bahistir. Bu sebeple aynı suç kararına müsteniden ika edilmiş hırsızlık fiillerinden birisinin tamamile husule gelmiş diğerinin ise teşebbüs halinde kalmış olması 80 inci maddenin tatbikına mani değildir. Maddeki (ihlâl) kaydının mutlak surette tefsiri için bir sebep yoktur.

[4] Bu kayıt ile kanunun aynı hükmünün birden ziyade ihlâli keyfiyetinin aynızamanda olabileceği gibi aralıklı ihlâl keyfiyetininde vaki olabileceği tasrih edilmek istenmiştir. Yalnız ihlâlin (muhtelif zamanlarda vaki olabileceği) kaydından mutlak bir netice çıkarmak doğru olmaz. İki ihlâl arasındaki çok uzun bir zaman aralığı, suç kararında birlik olmadığına karine teşkil edebilir N. 2 ye bakınız.

[5] a) Kanunun aynı hükmünün birden ziyade ihlâli halinde hâdise tek suç sayılacak ve bu suça ceza tâyin edildikten sonra ceza altıda birden (altıda bir dahil) yarıya kadar (yarı dahil) arttırılacaktır. Görülüyorki altıda bir ve

187

yarı hadleri arasında asıl cezaya ilâve edilecek miktari hâkim takdir edecektir.

b) Tezyit miktarının takdirinde hâkim serbest olmakla beraber tezyit keyfiyeti ihtiyari değildir. Altıda bir veya yarı nisbetleri arasında tâyin olunacak cezanın tezyidi miktarını takdirde hâkim (Teselsülün az veya çok devam etmiş olması hususunu nazara alır, Suman, s.267).

c) (tereltüp edecek ceza) tabiri o suç için kanunda yazılı ceza değil, hâkimin tayin edeceği cezayı gösterir. Ayrı maddelerde yer alan hükümlerinde (kannnnn aynı hükmü) olarak kabulü mümkün olduğundan taaddüt eden fiillerden bazılarına verilecek ceza diğerlerinden daha şiddetli olabilecektir. Bu sebeple asıl cezanın tâyini hususunda fiillerin içinden en şiddetli cezaya çarpılan fiili esas almak icap edeceği, umumiyetle kabul edilmiştir (Majno, m. 79, n. 439),

ç) Tezyide temel teşkil edecek cezanın tâyininden sonra tezyit ameliyesi hesaplanacaktır. Bu sebeple 29 uncu maddede yazılı ve muhtelif sebeplerin birleşmesi halinde arttırma—eksiltme sırasına ait bulunan hüküm, müteselsil suçlardaki ceza tezyidi hususunda tatbik edilmez. Maddenin (...bir suç sayılır. Fakat bundan dolayı tereltüp edecek ceza altıda birden yarıya kadar arttırılır) tarzındaki ifade şekli de bunu göstermektedir (aksi fikir, majno, m.79 n,439).

d) Şu misal müteselsil suça verilecek cezanın nasıl hesaplanacağını göstermektedir: Bir suçun cezasının üç seneden altı seneye kadar ağır hapis olduğunu farzedelim Hâkim evvelâ bu suçun cezasını tâyin edecek ve bilâhara cezayı arttıracaktır Hâkim bilfarz altı sene ağır hapis vermiş ise zammedilecek miktar 1 seneden 3 seneye kadardır. Yani hâkim 7 sene ağır hapis cezası verebileceği gibi 9 sene ağır hapis cezası da verebilecektir (Pessina, m.79, s.119).

188

No. 46

Suç nedir?

Bir tabiî suç mefhumu varmıdır?

Yazan:
Dr. Cemil BENGÜ

I — Konu ve amaç.
II — Hukuki tarif.
III — İçtimai ve biolojik tarif.
IV — Tabiî, değişmiyen bir suç anlamı varmıdır?
A — Mesele nasıl konuyor ve çözülüyordu?
a) Tarihî mektebin görüşü.
b) Tabiî suç telâkkisi.
c) Bu çözümlerin sonucu.
B — Mesele nasıl konmalı ve çözülmeli idi?
a) Tabiî suç fikrine dönüş.
b) Tarif.

I — Konu ve amaç

Hiç şüphesiz bütün içtimai ilimlerin olduğu gibi hukuk ilminin de en önemli konusu insandır. Ekseriya kolayca unutulan bu basit müşahedeyi her fırsatta hatırlamak çok faydalıdır. Çünkü bu, daima insanı tetkik etmek ve insan münasebetlerini düzenlemekten ibaret olan asıl amacın unutularak fer'e daha fazla önem verilmesine mâni olur. Biz de, suçu tetkik ederken bunu münhasıran kanun tarafından unsurları tâyin edilmiş mücerret bir hâdise — fiil olarak değil her zaman bir insana, suçluya bağlanan müşahhas bir hareket — fiil olarak gözönünde bulundurmak için bu basit hakikatı hatırlamış bulunuyoruz.

Hukuk ilmi içinde insanı fert olarak ve topluluğun üyesi olarak, en yakından, bugüne kadar ceza ilmi veya ceza hukuku diye tanınan fakat artık suç ilmi [1] halini alması gereken ilim tarafından tetkik edilmiştir ve edilmektedir.

Suçun (içtimai, tabiî, bünyevî) sebeplerini arayan ve suçlunun şahsiyetini en yakından görmeğe çalışan bu ilmin her şeyden evvel sağlam, doğru, hakiki bir suç anlamından hareket etmesi, şu veya bu tesadüfi şekilde, şu veya bu vasıta ile, suçluluğa karşı iyi veya kötü mücadele edilmekte olduğuna göre, zaruri olmamakla beraber, bu mücadelenin neticesini tesadüfe bırakmayıp iyi tesbit edilmiş bir suç politikasının [2] amaçlarına en uygun bir yöne çevirmek için çok faydalı olacaktır.

[1] — Bengü, C. : Suç politikası, Ad. ceridesi, 1941, sayı 10, s. 798.
[2] — Bengü, C. : Suç Politikası, Ad. ceridesi 1941 sayı 10, s. 796 — 802.

Filhakika, suçun ne olduğunu tâyin etmeden sebeplerini aramak, bu sebeplerin yok edilmesine uğraşmak ve suçlu diyebileceğimiz kimseyi yakından tanımak ve doğru olarak teşhis etmek mümkün olamaz. Ancak suçun ne olduğunu bildikten sonradır ki suçlunun kim olduğunu daha az yanılmak ümidile tâyin edebilir, niçin ve ne sebeple suç işlendiğini daha büyük bir şuurla araştırabilir, suçlulukla mücadelenin vasıtalarını daha fazla isabetle seçebiliriz.

Bilhassa suçluya has bir şahsiyetin, varsa, mümeyyiz ve bariz vasıflarının neden ibaret olduğunun ve bu şahsiyetin zaman ve mekân itibarile bir istikrar gösterip göstermediğinin tâyini için, her türlü değişmelerin altında devamlı ve her zaman ve yer için muteber bir suç mefhumunun mevcut olup olmadığını bilmeğe ihtiyaç vardır. Demekki, suçun ne olduğunu ve değişmez bir suç mefhumunun mevcut olup olmadığını aramakla işe başlamak suç ilminin esaslı meselelerini tetkik edebilmenin ilk şartıdır.

O halde suç nedir?

Bu hususta bir çok fikir ve tarifler ileri sürülmüştür.

II — Hukuki tarif

Hukuki hâdise olarak suçu temyiz eden en mühim vasıf cezai müeyyidedir. Ancak bir cezai müeyyidenin canlanmasını intac ettiği içindir ki bir kaideyi ihlâl eden hareket suç halini almaktadır. Yalnız dinî veya ahlâki bir kaidenin ihlâli böyle bir müeyyideyi harekte geçirmediği içindir ki suç teşkil etmemektedir Şüphesiz müeyyidesi olmıyan hiçbir içtimai kaide tasavvur edilemez. En basit bir nezaket kaidesinin bile bir mahcubiyetle tahakkuk eden bir müeyyidesi vardır. Böylece dinî ve ahlâki kaidelerin de birer müeyyidesi vardır. Ancak bu müeyyidelerden biri ilâhî ve uhrevî, diğeri ferdî ve vicdanidir. Halbuki hukuk kaidesinin müeyyidesi maşerî ve zecrîdir, daima topluluğa, cemiyete ait az veya çok teşkilâtlı bir kuvvetin tezahürüne, kullanılmasına müncer olur. Yine devlet içtimai düzenin korunmasını temin için sivil müeyyidenin (akdin butlanı, tazminata mahkûmiyet gibi) kâfi geleceğini kabul ettiği müddetçe ortada suç bulunmıyacaktır. Fakat Devlet böyle bir müeyyidenin cemiyet düzenini korumak için kâfi gelmiyeceğini gördüğü zaman, daha ileri giderek, bir ceza vaz eder.

Ozaman medeni hukuk (ki menşede ceza hukuku ile karışır) ceza hukuku haline geçer ve hasısız fiil bir suç mahiyetini alır. [3]

[3] — Jhering, von: Der Zweckim Recht, cilt 1, s. 483 503; Prins, A: Science pénale et droi positif, Bruxelles, 1899, s. 80. Böylece medeni ve cezai hukuk suçları arasında bir mahiyet farkı olmak gı, ancak bir derece farkı mevcut olduğu söylenmişse de (Ferri) suçun içtimai, bünyevî ve tabiî tesirler altında husule gelen hususi ve muğlâk mahiyette bir hâdise olduğu gittikçe daha ziyade anlaşıldığından, yalnız içtimai ve hukuki bir hâdise olan medeni hukuk suçlarından, mahiyet itibarile de, ayrı olması gerektir.

Böylece hukuki hâdise olarak suçun cazai müeyyide mefhumuna bağlanması mevzu hukuk bakımından, hemen bütün müellifleri şu tarif üzerinde ittifak ettirmiştir: «Suç ceza kanununa, daha doğrusu, bu kanunun teyit ettiği prensiplere aykırı olan fiildir.»[4]

III — İçtimai ve biolojik tarif

Fakat suçun bilhassa içtimai bir hâdise olarak mahiyet ve esası hakkındaki fikirler daha çok değişik ve farklı bulunmaktadır.

Bu bakımdan şimdiye kadar suç bir çok suretlerle tarif edilmiştir.

Bu tariflerin hepsini burada münakaşa edecek değiliz. Burada bilhassa, üç mühim tariften bahsedeceğiz:

1 — Proal, Pellegrino Rossi'nin suçun «bir ödevin ihlâli» olduğu yolundaki fikrini tekrar ve suçu şöyle tarif ediyor: «Suç, cemiyetin bekası (conservation) nın zaruri kıldığı bir içtimai ödevin ihlâlidir.» Bu tarifi Neuchâtel ceza kanununun birinci maddesi aynen ihtiva etmektedir: «Suç, kanun tarafından cemiyet düzen ve menfaati için kabul edilen ödevlerin ihlâlidir.» [5]

Bu tarif müphem kalmaktadır. Filhakika bahse konu olan, ya siyasi kanun tarafından teyit olunmadan, onun dışında ve üstünde mevcut olan bir «içtimaî ödev» dir ve bu takdirde suç çok umumi, fakat muhtevası daima değişen bir mefhuma binaenaleyh müphem bir esasa bağlanmış olur; veya bahse konu olan ceza kanununun müeyyidesi ile kuvvetlendirilmiş içtimai bir ödevdir; ve bu takdirde tekrar suçun hukuki yani mevzu hukuktaki tarifine dönülmüş olur. [6]

2 — Durkheim: «Bir hareket, maşeri vicdanın kuvvetli ve belirli hal ve vaziyetlerini rencide ettiği takdirde suçlu bir harekettir» demiştir.[7]

[4]— Binding, K: Die Normen und ihre Übertretungen, Leipzig, 1890, Cilt I, s. 132 ve sonrakiler; Prins, A.: Science pénale et droit positif, Bruxelles, 1899, s. 81; Hans, M.: Principes généraux du droit pénal belge, cilt I, s. 258; Garrand, R.: Traité de droit pénal français, 3. bası, cilt I, Paris, 1913 s. 98 ve 223 ve sonrakiler; Vidal, G.: Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 6.8 bası, Paris, 1935, 63 ve sonraki numaralar. Roux, A.: Cours de droit criminel français, 2. bası, Cilt I, Paris, 1927, s. 87—88. Katil fiilini işliyen kimse ceza kanununun bu fiili cezalandıran maddesini ihlâl etmiş değildir. Bilâkis onun hareketi bu maddeye tevafuk etmiştir. O maddenin tazammun ettiği hareketi teşkil etmiştir. Ancak bu hareket öldürmeyi meneden prensibi ihlâl etmiştir. Prins, A.: Science pénale et droit positif, s. 81.

[5]— Proal: Le crime et la peine, Paris, Alcan, 1894, s. 500.

[6]— Ferri, E.: Sociologie criminelle, Léon Terrier tercümesi, 1905, s. 90—91.

[7]— Durkheim, E.: De la division du travail social, Paris, Alcan, 1893 s. 27, 77, 85, 83; Règles de la méthode sociologique, Paris, 1901, 3. bası, s. 49—52. Ne şekil alırsa alsın — hatta hiç bir içtimai hissi rencide etmese bile, meselâ av memnuiyeti —suç heryerde esas itibarile aynıdır.

Bu tarif de diğerinin noksanını ikmal edememektedir. Filhakika burada da suçun bağlandığı esas müphem kalmaktadır.

Herşeyden evvel maşeri vicdan nedir? Bu metafizik mefhum üzerindeki münakaşalar çok uzun sürmüşse de henüz halledilmiş olmaktan uzaktır. Sonra bu maşeri «vicdanın» «belirli ve kuvvetli halleri» hangileridir? Maksat «maşeri vicdanın» kuvvetle tezahür ettiği bazı haller midir? O halde bu biçim halleri tâyin ve takdir etmemize yarıyacak ölçü nedir? Ferri burada da müphemiyetin büyük olduğunu haklı olarak kaydetmektedir. [8].

3 — Bahar'a göre «suç ferdin kan dökmek temayülünden vazgeçmek aczinin ifadesidir» [9].

Fakat, Proal ve Durkheim'in tamamen içtimai görüşlerine mukabil Bahar da suçu biolojik bakımdan mütalâa etmiştir. Halbuki hem sosiolojik hem de biolojik ve fizik sebepler suçun teşekkülüne birbirinden ayrılmıyacak şekilde müessir olmaktadırlar. Ve zaten bunun içindir ki Ferri'nin deyimile suçu, «tabiî ve içtimai bir olay» [10] olarak kabul etmek ve bu bakımlardan özünü belirtmeye çalışmak gerekir.

Bugün artık suçun başlıca üç sınıf, bünyevî (biolojik), içtimai (sosiolojik), ve tabiî (fizik) âmilin tesiri altında meydana gelen muğlâk içtimai bir hâdise olduğunda kimsenin tereddüdü kalmamıştır.

Bilhassa irsiyet ilminin kaydettiği terakkilerden sonra bünyevî (ruhî, uzvî) şartların suçluluğun husulünde oynadığı rolü inkâra imkân kalmadığı gibi, görenek, taklit, terbiye, muayyen yaşayış ve düşünüş şekil ve şartları (sefalet, sefahat, anarşizm, harp, ihtilâl, medeniyet) gibi içtimai âmillerin tesirleri de (istatistiklerle) açık surette görülmüştür. Fizikî âmillerin tesirleri de günden güne daha bariz şekilde anlaşılmaktadır.

Sıcağın, soğuğun, iklimin, fizikî muhitin (dağ, ova, deniz kenarı, ada, köy, kasaba, büyük şehir) yaz ve kışın gece ve gündüzün, istihsal ve istihlâkin tarz ve miktarının (iyi mahsul seneleri, kıtlık) suçluluk üzerinde müsbet ve menfi şekilde yaptığı tesirler dikkati çekmiş ve bu meseleler üzerinde kıymetli müşahedeler yapmak imkânı dahi hasıl olmuştur.

IV – Tabiî, değişmiyen bir suç anlamı varmıdır?

Suç diye tarif ettiğimiz bu karışık (muğlâk) içtimai hâdisenin ortaya koyduğu en mühim meselelerden biri de suç mefhumunun, zamanda ve mekânda, değişikliği ve değişmezliği, meselesidir.

[8]—Ferri, E. : Sociologie criminel, Léon Terrier tercümesi, 1905, s. 91 - 92

[9]—Bahar: Une nouvelle definition du crime basée sür la science biolojique, La revue pénitentiaire, 1895, s. 739.

[10]— Ferri E.: Sociologie criminelle, Léon Terrier tercümesi, 1905, s. 92—98

Yani, suç mefhumu zamanda ve mekânda mütemadiyen değişen bir mefhum mudur, yoksa tabiî diyebileceğimiz, değişmez, her zaman ve mekânda mevcut ve aynı olan bir suç merhumu varmıdır?

A — Mesele nasıl konuyor ve çözülüyordu?

Her zaman ve her insan topluluğunda maşerî kudretin, ceza adını alan bir azap tehdidi altında, menettiği fiiller olmuştur. Fakat acaba bu fiiller her zaman ve her yerde aynı fiiller midir, veya, bu fiillerin, ekseriyeti itibarile değişebilmeleri kabul olunsa bile, suçun esasını tâyine ve her zaman ve her yer için muteber bir tarifini yapmağa imkân verecek, hiç değişmiyen asgari bir miktarını, tesbit etmek kabilmidir? [11]

a) Tarihçi mektebin görüşü.

Tarihçi mektep için bu mümkün değildir; çünkü bir milletin ahlâkı ve hukuku, en çeşitli tesirlerle daimî bir tekâmül içindedir.

Her tarihî devir ve her ırk hususi bir karakter ve kültüre sahip olduğu gibi kendine mahsus bir nevi suçluluk ve suç mefhumuna da sahiptir.

İlk asırların bariz vasfı vahşet ve kan sevkitabiiisidir. Şahıslara karşı işlenen suçlar bugünkünden tamamen farklı bir mahiyettedir. Bu devrin insanı karışık ve çok hareketli hususi harp, döğüş ve açık taarruz ve tecavüzlerle dolu bir hayat sürmektedir. Bu hayat içinde katil bayağı bir hâdisedir.

Orta çağ Germen hukuku bu temayülü yaşatmıştır. Bu hukuk Mord, yani ihanetle ve alçakça işlenen katil ve Totschlag, yani faiiinin utanmıyacağı açık ve haklı taarruz ile adam öldürmeyi birbirinden ayırıyordu. [12] Maktulün intikamını almak için kaatil ailesine düşen dinî bir vazife idi.

Bugün dahi Fuégiens, Fidgiens, Battaslar gibi medenileşmemiş insan topluluklarında katil makbul bir harekettir. Ve hatta çok ihtiyar ve hasta olan akrabaları öldürmek bir haktır [13].

Çocukların teşhir ve terkine Yunan ve Roma huhukları tarafından müsamaha olunduğu halde bugün bu hareketler ağır suçlardandır.

Mülkiyet aleyhine işlenen suçlar da aynı tekâmülü takip etmişlerdir.

Yunanistan ve Romada hırsızlık, eğer çalınan şey büyük bir değerde değilse, zararın tazminini intac eden bir hususi suç (délit privé) teşkil etmektedir.

---

[11]—Prins, A. : Science pénale et droit positif, Bruxelles, 1899, s. 75; Ferri, E. : Sociologie criminelle, Léon Terrier tercümesi, 1905, s. 84 ve sonrakiler.

[12]—Liszt, F. von: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 20. bası, Berlin, 1914, s. 308 — 311.

[13]— Garofalo, R. : La criminologie, Paris, 1890, s. 4.

Eski ve Ortaçağ Germen hukukunda, katilde olduğu gibi gizli hırsızlıkla, şiddet kullanarak açıkça yapılan gasp birbirinden tefrik edilmektedir. [14] Ve bidayette şiddet kullanarak yapılan hırsızlık, gasp ve yağmalar, kendilerini Devletten, merkezî kuvvetten daha kudretli hisseden, büyük derebeylerinin çekinmeksizin tertip ve iştirak ettikleri harp seferlerine çok yaklaşmaktadır. Ancak çok yavaş bir tekâmül ile dir ki eşkıyalık, gasp kanun dışı sınıf suçu vasfını kaybederek ölüm cezasını mucip âdi bir suç halini almıştır. [15]

Modern dünyada ve bilhassa XIX uncu yüzyılın birinci yarısında medeniyetin, yolların ıslah, ışıklanma ve beklenmesinin, tesiri altında, gurup halinde işlenen suç olarak eşkıyalık, gasp azalmış ve münferit hırsızlık mülkiyet aleyhine işlenen suçlarrın başlıca tipi halini almıştır. Fakat içinde bulunduğumuz yüzyılın başlarında sanayi buhranları, sefaletin çoğalması, alkolizm, kuvvetli bir yol polisin yokluğu şiddet kullanılarak ve toplu olarak işlenen hırsızlığı yeniden meydana çıkarmış bulunuyordu. [16]

Aynı mevzu üzerinde «denebilirki, diyor Prins, daha Renesans'a doğru, ticaret ve zenginliğin fevkalâde inkişafı sayesinde, şiddet mülkiyete tecavüzün tek kaynağı olarak kalmıyor». Sermaye inkişafının, anonim şirketlerin çoğalmasının ve kâr düşüncesinin hudutsuz bir şekil almasının neticesi olarak, Devletin tenkil için kâfi derecede silâhlı ve hazırlıklı olması dolayısiyle, Ortacağ derebeylerinin eşkıyalıkları gibi, bir sınıf suçu şeklini almaya yüz tutan, sahte bilânço, büyük dolandırıcılık, kötü ve gizli maksatlı şirketler teşkili, her nevi hiyle gibi, evvelce meçhul olan, bir seri suçun meydana çıktığı görülmekte ve hiyle ve hud'a mülkiyete tecavüzde gittikçe artan bir rol oynamaktadır. [17]

Din Devletinde allahı tanımamazlık ve mukaddes şeylere saygısızlık, en ağır suçlar olarak ilk safta geldiği halde, Tüccar Devlette hiyle, Asker Devlette disiplinsizlik, Mutlak Devlette iktidar aleyhine işlenen suçlar bu dereceyi almaktadır. Eski Fransız kanunları bugün tamamen medeni hukuk sahasına ait bulunan mukavele ihlâlini sürgünle cezalanan bir suç sayıyorlardı. [18] Modern sınaî demokrasi sistemlerinde ise «işçiler mevzuatı, Napolyon kanunlarının sükûtla geçtiği, sermaye ve emeğin münasebetlerini tanzim eden kanunlara karşı işlenen bazı suçları cezalandırmağa başlamıştır.» [19]

[14] — Liszt,F. von: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,20.bası,Brelin,1914, s. 453 — 454

[15] — Prins, A. : Science pénale et droit positif, Bruxelles, 1899, s. 75 — 77.

[16] — Prins, A. : Adı geçen eser, s. 77.

[17] — Prins, A. : Adı geçen eser, s. 78.

[18] — Jhering, von: Der Kamf ums Recht, 7. bası, s. 32.

[19] — Prins, A. : Adı geçen eser, s. 78.

Babanın katli bugün en ağır suçlardan olduğu halde başka zaman ve yerlerde müsaade edilmiş ve hatta mecburi olmuştur. Buna mukabil bugün sihir ve allahı inkâr suç teşkil etmediği halde Ortaçağ Avrupasında ve yine bazı vahşi kabilelerde en ağır suçları teşkil ediyorlardı. [20]

Bugün bile Afrikada bazı kabilelerde hırsızlık müsamaha görmekte ve hatta teşvik edilmektedir. [21]

Binaenaleyh, tarihçi mektep için, her zaman ve her yerde suç olarak telâkki edilen hareketler yani tabii suçlar (délits naturels)mevcut değildir.

b) Tâbiî suç telâkkisi.

Tarihçi mektebin bu görüşüne mukabil birçok filozof ve cezacı âlimler, daimî ve değişmez bir suç mefhumunun bulunabileceği kanaatındadırlar.

Bu yolda en tanınmış tarif tecrübesi Garofalo'nun suçu tarifidir. Ona göre tabiî suç medeni insanlıkta ortalama duğruluk ve acıma hislerine yapılan tecavüzdür. Böylece Garofalo, suçun değişmez unsurlarını, hâdise ve hareketlerde aramaktan vazgeçerek, hislerde ve bilhassa doğruluk ve acıma hislerinde aramayı denemiştir. [22]

Biliyoruz ki bu cazip tarif yapılan tenkitlere mukavemet edememiştir. Filhakika hukuk tarihi ve milletlerin psikolojisinin tetkiki bu hislerin de benzerlik ve daimiliğini teyit etmemektedir.

Müellifler, acımak hissi hakkında, İspartanın, Roma ve Atinada takbih edilen, sıhhatsız çocukların «Olympe» üzerinde terki âdetini [23] ve doğruluk hissi hakkında, iptidaî Germen köy hukukunda, hakiki hırsızlığın, başkasının malını topluluk içinde kendi mülkiyetine geçirmekten ziyade, hemen istihlâk etmek veya topluluk dışında kullanmaktan ibaret olduğunu [24] hatırlatmakla iktifa etmektedirler. Hatta bugün dahi Babeuf'ün müritleri olan bazı komünistler için hırsızlık kısmi bir iadeden başka birşey değildir. [25]

Diğer taraftan bu tarif doğruluk ve acıma hislerimiz kadar köklü ve şümullü olan, din, haya, vatanseverlik ve saire gibi diğer hislerimizi de gözönünde tutmamaktadır.

Binaenaleyh bu tarif içtimai bakımdan mümkün olan bütün suçları ve hatta başlıcalarını ihtiva edememektedir. Fazla olarak bu doğruluk ve acı-

[20] — Ferri, E. : Sociologie criminelle, Lèon Terrier tercümesi, 1905, s. 81.

[21] — Post : Afrikanische jurisprüdenz, cilt II s. 83.

[22] — Garofalo, R. : La criminologie, Paris 1890, s. 1 — 56.

[23] — Reinach: Manuel de philologie s. 210.

[24] — Maurer, von: Geschichte der Dorfverfassung in Deutchland, cilt II; Prins, A.: Adı geçen eser, s. 79.

[25] — Prins, A. : Adı geçen eser, s. 78 — 79.

ma hisleri insan tekâmülünün muhtelif safhalarındaki yaşama şartlarının da zaruri ve değişebilen neticeleridir. Nihayet bu tarif bir cemiyetin yaşaması için zaruri olan düzenin korunması fikrini de ihmal etmektedir.

c) Bu çözümlerin sonucu.

Bütün bunlardan çıkan sonuç şudur ki, suç zaman, mekân, muhit,umumî yaşayış şartlarına, içtimaî, siyasî, dinî, fikrî telâkkilere ve medeni seviyeye göre daima değişen ve bir nevi tekâmüle tâbi olan bir mefhumdur.

Sayın prefesörümüz Bay B. Kantar'ın dediği gibi «bir zaman veya mekânda suç telâkki edilen bir fiil, diğer bir zaman veya mekânda mubah bir fiil halini alır. Onun için suç daima muayyen bir zaman veya muhitle sıkı surette münasebettardır. Bu sebebe binaen suç bir cevher yani bizatihi varlığa sahip bir fiil suretinde telâkki edilemez. O, muayyen bir zaman veya muhitin kuvvetli itikat ve fikirlerinden doğan içtimai aksülâmelin yani kanunun mukabilinde ceza koymasiyle varlığını alan bir hâdisedir.» [26]

Filhakika suç zamanla tekâmül eden ve mekânda değişiklik gösteren bir hâdisedir Başlangıçta suç mefhumu ailenin dar çerçevesi içine inhisar etmiş ve aile dışı münasebetlerde şahsi mesuliyet ve suçlu iradeyi aramıyan fert ve aileye terettüp eden hususi intikam ve savaş ve sonraları «Komposittion» esaslarına dayanan harp ve kuvvet (gruplar arası, uluslar arası) kaideleri hâkim olmuşken, Devletin kuruluş ve kuvvetlenmesiyle kökünü aile içindeki münasebetlerden alan suç ve cazai mesuliyet mefhumları aileler ve sonra kabile ve aşiretler arası münasebetlere de girmiş, sahasını genişletmiştir. Bu mefhum zaman zaman uluslararası münasebetlere bile girmek temayülünü göstermiştir. Bu hususta en son tecrübe Milletler Cemiyeti tecrübesi ve uluslar arası ceza kanunu ve ceza divanı teşebbüsleri olmuştur. Yine başlangıçta, o günkü cemiyetin devamı için zaruri olduğu kabul edilen din ve ahlâk kaidelerine (hukuk kaidelerine) mugayir oldukları için suç sayılan hareketler bugün suç telâkki edilmekten uzak bulunuyorlar. Devlet hâkimiyetinin zayıfladığı, içtimai ve siyasi bağların gevşeyip çözüldüğü Ortaçağlarda ahlâka ve hatta Devlet, cemiyet düzenine aykırı bir takım hareketler suç sayılmadığı halde, bazı aile ve sınıf imtiyazlarına aykırı olan hareketler en mühim suçları teşkil etmişlerdir.

Aynı zamanda muhtelif memleketlerde de siyasi, dinî telâkki ve itikatlara göre suç teşkil eden hareketlerin değiştiği ve birinde suç sayılan bir hareketin diğerinde suç sayılmadığı ekseriya görülmüştür. Bunun için, bilhassa, siyasi, iktisadi, içtimai rejim ve sistemleri farklı Devletlerin cezai mevzuatına seri bir göz atmak kâfi gelir.

[26] Kantar, B.: Ceza hukuku, s. 78.

B - Mesele nasıl konmalı ve çözülmeli idi?

Bütün bu değişmeler ve tekâmül altında acaba sağlam ve değişmez bir esas bulunmak, müşahede etmek mümkün değilmidir?

Biz böyle bir esasın var olduğunu kabul ediyoruz. Ancak bu esası, şimdiye kadar yapıldığı gibi, aynı fiillerin (asgari bir miktarda da olsa) her yer ve zamanda suç sayılmasında değil, her zaman ve yerde, muayyen muhit ve cemiyetin (en darından — aile veya mahfel - en büyüğüne kadar — Devlet —) muayyen hususi şartlarına göre (dinî, ahlâki, siyasi, iktisadi) o muhit ve cemiyetin devam ve bakası için mensuplarının çokluğu tarafından, riayeti zaruri addedilen (ahlâki, örfi, anenevi, hukuki ve saire) yaşama kaidelerini yani mevcudiyet şartlarını ihlâl eden hareket mefhumunda aramak lâzımdır.

Yalnız böyle bir harekttir ki muayyen bir yer ve zamanda suç sayılmıştır. Demek ki suç sayılan hareketlerin zaman ve mekânda gösterdikleri büyük değişikliğe rağmen muayyen bir zaman ve mekânda hangi hareketin suç sayılması icap ettiğini gösteren sabit ve umumi bir kıstas bulmak mümkün olacaktır. Esas, her yer ve zamanda aynı fiillerin suç sayılmasında değil, muayyen zaman ve yerde bazı fiillerin suç sayılmasını icabettiren sebeplerin aynı olmasındadır.

Bu biçim sebeplerin mevcudiyetidir ki bugün aynı medeni seviyeye yükselmiş olan milletlerin suç telâkkileri arasında mühim bir benzerlik meydana getirmiştir. Bütün ceza kanunları bugün aşağı yukarı aynı umumi hükümler dairesinde, ufak farklarla aynı fiilleri suç saymakta, cezalandırmaktadır.

Suç denilen içtimai hâdisenin yer ve zaman itibariyle değişikliğine bakarak bu hâdiseyi suç diye tavsif edişimizin de sabit ve değişmez bir sebebe istinat edemiyeceğini düşünmek yanlıştır ve yanlış yola sevketmiştir.

Şüphesiz muayyen yer ve zamanlarda suç diye tavsif ettiğimiz içtimai hâdiseler büyük bir değişiklik göstermiş ve hatta bazan suç dediğimiz hâdise bazan iyi bir hareket olmuştur. Bu vaziyet karşısında bu meseleyi ve buna bağlı olan suçlu ve suçluluk meselelerini halle imkân yoktur. Ancak meselenin bu şekilde vazı yanlıştır. Muayyen yer ve zamanlarda suç diye tavsif ettğimiz hareketlerin, gerek içtimai, bünyevî ve tabiî tesir ve âmilleri ve gerek bu âmillerin aynı veya muhtelif yer ve zamanlarda birbirine nisbetle az veya daha fazla müessir olmaları itibariyle gösterdikleri değişiklikle bu hâdiseleri suç diye tavsif edişimizin sebebini birbirinden ayırmamız lâzımdır. Daha kısa bir deyimle suç diye vasıflandırdığımız içtimai hâdiselerin âmil, yer ve zaman itibariyle gösterdiği değişiklikle bu tavsifin sebebini birbirinden ayırt etmeliyiz.

197

a) Tabiî suç fikrine dönüş.

O halde muayyen yer ve zamanda bazı hareketlerin suç sayılmasını gereklendiren sebep, kaide, esas nedir?

Biz bu kaide ve esası Ferri'nin, La sociologie criminelle adlı eserinin daha birinci tabından beri, aramış ve bulmuş olduğu kanaatındayız.

Ferri'de bu esası, Garofalo gibi, ancak tabiî suç mefhumunda aramış ve bulmuş olduğu için, Garofalo'nun tabiî suç telâkkisine karşı ileri sürülen itirazların ve umumiyetle pozitivist mektebin ilk görünüşüne karşı hasıl olan tepkilerin tesiri altında, bütün gayretlerine rağmen, bu hususiaki fikirlerini tanıtmaya ve kabul ettirmeğe tamamen muvaffak olamamıştır.

Fakat suçu yalnız bünyevi (bio-anthropologique) âmillere istinat ettiren Lombrzo'nun o'duğu kadar, tabiî suç mefhumunu doğruluk ve acıma hislerine istinat ettiren Garofalo'nun fikirlerine karşı konan itiraz ve tenkitler de Ferri için tamamen doğru ve haklı değildi. Çünkü Ferri suçu yalnız biolojik âmillere değil aynı zamanda fizik (tabiî) ve içtimai âmillere de istinat ettirdiği gibi tabiî suç mefhumuda doğruluk ve acıma hislerine değil (bu hislerin insan tekâmülünün muhtelif safhalarındaki yaşama şartlarının irsî ve değişebilen neticeleri olmaları dolayısiyle ferdî ve içtimai mevcudiyet ve yaşama şartlarına ve bu şartlara tecavüzü intaç etmesi itibarile), fiilin saikinin gayri — içtimaîliğine istinat ettirmiştir.

Böylece Ferri suçun değişmez unsurunu ne hâdise, fiil ve hareketlerde, bunların daima bir ve aynı kalmalarında ve ne de, doğruluk ve acıma gibi bazı hislerimizde aramıştır. O, his ve fikirlerimizi doğuran ve hareketlerimizi tanzim eden mevcudiyet şartlarını, bu his, fikir ve hareket, fiillerin zaman ve mekândaki değişmelerinin üstüne çıkarmıştır.

Onun için his, fikir ve hareketlerimizin kaynağı olan ferdî ve içtimai mevcudiyet şartları ve bu şartlara tecavüzü intaç etmesi itibarile fiilin gayrı — içtimai saiki suçun esas unsurunu teşkil eder. [27]

[27] — Bu mevcudiyet şartları ferdî ve içtimai tezahürler göstermektedir. Ferri, burada irsî (atvique) veya gayri — insanî suç ile tekâmülî veya gayri — içtimai suçluluk arasındaki esaslı farkı bulmakta ve gayri — içtimai suçluluğa, ferdî mevcudiyet şartlarına da şamil olduğu zaman (meselâ, katil, müessir fiil, hırsızlık v. s.)bio sosyal suçluluk ve yalnız içtimai mevcudiyet şartlarını ilgilendirdirdiği zaman (meselâ,siyasî suikast,kabahat fiilleri v.s.)sosyal suçluluk demektir.Tabiî suçun başlıca unsurları şunlardır: 1. Saiklerin gayri-içtimailiği. 2 (Ferdî ve içtimai) mevcudiyet şartlarına tecavüz; 3. Muayyen bir insan topluluğunun ortalama ahlâklığına tecavüz. Bütün bu unsurlar birleştiği takdirde gayri — insanî bir suçlulukla karşlaşır. Bu unsurlardan birincisi ve binaenaleyh üçüncüsü mevcut olmadığı takdirde tekâmmülî veya içtimai, siyasî suçlulukla karşılaşılır. Ferri, Es Sociologie criminelle, Léon Terrier tercümesi, 1905, s. 94 — 95.

b) Tarif.

Tabiî suçluluğun müsbet ölçüsünü ferdî ve içtimai mevcudiyet (yaşama) şartlarında v hareketi tâyin eden gayrı – içtimai saikte aramak fikrine Durkheim iki itiraz dermeyan etmiştir.

1 — Bir çok fiilî nehiler vardır ki ne ferdin ne de cemiyetin mevcudiyet (yaşama) şartlarını ilgilendirir. Meselâ «tabu» olan bir cisme dokunmakta veya bazı etleri yemekte cemiyet için ne tehlike vardır? [28]

Fakat bu iki hareket ve benzerleri medeniyetin ilerlemiş olduğu bir içtimai tekâmül safhasında tehlikesiz görünmekle beraber iptidai safhalarda ve güç mevcudiyet (ada üzerinde meselâ) veya sağlık koruma (sıcak iklimlerde) şartları içinde bariz içtimai zaruretlere cevap vermekte ve başka yer ve zamanda mânasız sayılabilecek cezalarla cezalanmış bulunmaktadırlar. [29]

2 — İçtimai hayat şartları için daha tehlikeli olan bazı hareketler (meselâ hileli iflâs, katil ile mukayese edilirse) daha az şiddetle cezalanmakta ve hatta cezasız kalmaktadırlar.

Buna Ferri şöyle cevap vermektedir: İçtimai tehlikenin ölçüsü yalnız objektif ve maddî zararda değil aynı zamanda ve bilhassa failin tecavüz kudretindedir.

Yani, Ferri'ye göre, meselâ katlin cemiyet ve fert için husule getirdiği maddi zarar belki bir hileli iflâsın doğuracağı netice ve zararlardan daha hafiftir, fakat bu iki fiilin müteveccih oldukları mevzuu teşkil eden kıymetlerin (hayat, mal) ferdî ve içtimai mevcudiyet ve yaşama şartları bakımından haiz oldukları ehemmiyet birbirinden farklıdır. Esasen cemiyet için mevcut tehlike bilhassa suçlunun şahsiyetinde, mütecaviz ve gayrı—içtimai meyil ve tab'ında, yalnız tek bir suçu işlemek itibarile gösterdiği suçluluğunda değil, şahsiyetinin tamamiyetinde mündemiç suçluluğunda, tehlikeliliğindedir.

Durkheim'ın yaptığı bu itiraz tabiî suçluluğun müsbet ölçüsünün mevcudiyet şartlarında ve gayrı - içtimai saikte oluşuna da teveccüh etmemiştir. Bu itiraz ancak aynı esasa dayanan yani mevcudiyet şartlarına tecavüz ve gayri—içtimai saikleri itibarile suç sayılan bazı hareketlerin birbirine nisbetle daha az veya çok şiddetle cezalandırılmalarına teveccüh etmiştir. Halbuki bir müeyyidenin şiddeti tamamen nisbî bir mefhum olduğu gibi ceza veya emniyet tedbirlerinin nevi ve miktarının tâyini de daha ziyade suçlunun mütecaviz şahsiyetine, karekterine, şahsen haiz olduğu tecavüz meyil ve tab'ına yani gayrı—içtimailiğinin, tehlikeliliğinin, suçluluğunun derecesine bağlıdır.

[28] — Durkheim: Division du travail social, paris, 1893, s. 75.

[29] — Ferri, E : Sociologie criminelle, Léon Terrier tercümesi, 1905, s. 92 — 93.

Görüyoruz ki tabiî suçluluğun esası bilhassa ferdin ve cemiyetin mevcudiyet şartlarına yapılan tecavüzdedir.

Ferri tarafından olduğu gibi Garofalo ve Liszt tarafından da meydana konan bazı unsurları birleştirmek ve Berenini [30] tarafından kullanılan terimleri aynen almak suretile Colajanni tabiî suçun, Ferri'nin de kaydettiği veçhile, tam ve müsbet görünen şu tarifini vermiş bulunmaktadır: «Cezayı mucip hareketler (suçlar) fardî ve gayri-içtimai saiklerle işlenip mevcudiyet şartlarını ihlâl ve muayyen bir zamanda muayyen bir milletin ortalama ahlâklılığını rencide eden hareketlerdir.» [31]

O halde, netice olarak, suçluyu hareket ettiren bünyevî, fizikî ve içtimai âmillerin tesiri ve insanın cemiyet halinde yaşaması ve bu yaşayışı sağlıyacak kaidelerin saygı ve kabul görmesi zarureti gözönünde tutularak suçu Ferri ile birlikte «saikı ve husulü gayrı içtimai bir harekettir» diye tarif edebiliriz. [32] Böyle bir hareket daima yani her yer ve zamanda muayyen ferdî ve içtimai mevcudiyet şartlarını ihlâl ve dolayısile muayyen bir topluluğun ortalama ahlâklılığını rencide edeceği için, daima suç olarak görülecektir. Bu suretle, muhtelif yer ve zamanlarda suç teşkil eden hareketlerin gösterdiği tenevvü ve değişikliğe rağmen, bütün bu hareketlerin suç sayılmasını icap ettiren sebep, gayri içtimai mahiyetleri, yani muayyen bir topluluk içindeki ferdî ve içtimai mevcudiyet şartlarını (âmme nizamı, mal, can, sağlık, his, fikir, şeref, itibar, emniyet ve huzuru) ve bu topluluğun ortalama ahlâklılığını (doğruluk, acıma, başkalarını ve mânevi kıymetleri sayma v s...) ihlâl ve rencide etmeleri, itibarile her yer ve zamanda mevcut ve aynı olan bir tabiî suç mefhumunun varlığını kahul etmek doğru olur.

[30]— Berenini: Offese e diffese, Parme, 1886, cilt I, s.39; Ferri, E. Sociologie criminelle, Lèon Terrier tercümesi, 1905., s. 90.

[31]—Colajanni: Sociologie criminale, Catane, 1889, cilt 1, s.64. Bununla beraber, sırf bununla, bir çok gayri ahlâki ve gayri içtimai hareketler kanun tarafından cezalandırılan hareketler, suçlar meyanına girmemektedirler. Ve hatta bu kadroya girenler, için dahi c za en uygun içtimai deva olmıyabilir. Burada medenî hukuk müeyyideleri ve emniyet tedbirleri ihtiyaca daha iyi cevap verebilmektedirler. Ferri, E.: Sociologie criminalle, Lèon Terrier tercümesi, 1905 s. 90.

[32]— Ferri, E.: Sociologie criminalle, Lèon Terrier tercümesi, 1905, s. 90.

No. 47

Yardımcıdan mahrumiyet sebebile doğan zararların tazmini

Borçlar Kanunu 45 inci maddesinin 2 inci fıkrası hakkında bir inceleme [*]

Yazan
Dr. Necip BİLGE

Plân

I — Umumiyet itibarile

II — Borçlar Kanununun 41 inci maddesile 45 inci maddesinin 2 inci fıkrası arasındaki münasebet;

III — Yardımcıdan mahrum kalanlara tanınan dâvanın mahiyeti;

IV — 45 inci maddenin 2 inci fıkrasındaki tazminatın mahiyeti;

V — Yardımcıdan mahrumiyet tazminatına ait hükümlerin tatbik şartları.

I. Umumiyet itibariyle:

Borçlar Kanununun 41—60 ıncı maddeleri haksız bir surette diğer bir kimseye ika edilen zararların tazmini hakkında muhtelif hükümler koymuştur. Bu arada hususi hallerden bir'sini derpiş eden 45 inci madde; birinci fıkrasında haksız fiil neticesi bir adam öldüğü takdirde zarar ve ziyanın hangi hususları ihtiva edeceğini işaret ettikten sonra, ikinci fıkra da «ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lâzım» geldiğini tasrih etmiştir.

---

[*] — Bibliyografya:

Esat Arsebük, Borçlar hukuku 1937
Dr. Becker, Obligationenrecht.
Georges Brosset, La perte de soutien (JdT. 1942 I 66 ve müteakip)
Daeppen/Reymond, Code fèdéral des obligations interprété par la Jurisprudence du Tribunal fédéral
Fritz Funk, Borçlar kanunu şerhi (Türkçe tercümesi 1938)
Theo Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 3.bası 1944
Pierre Mayr, L'indemnisation de la perte du soution, Thése, Lausanne 1941.
Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht I , 1940
Hugo Oser , Obligationenrecht, 1929.
V. Tuhr , Code fédéral des Obligatins, 1933

Bu madde hükmüne göre, adam ölmesi halinde vuku bulan zarar iki bakımdan, yani bir taraftan bizzat ölen şahıs; diğer taraftan da üçüncü şahıslar bakımından incelenmek icabeder:

1 — Bizzat ölen şahsın düçar olduğu zararlardır ki, bunlar tedavi masraflarını ve ölümün derhal vuku bulmaması halinde çalışmağa muktedir olamamaktan doğan zararları ihtiva eder. Bunlar haksız fiilden doğrudan doğruya mutazarrır olan şahsa ait olmaları itibarile kanun bunların her ikisini de tazmin edilmesi lâzımgelen zarar olarak kabul etmiştir.

Birinci fıkranın birinci cümlesinde bahis mevzuu olan ***def'in masrafları*** ölen şahsı ilgilendirmez; çünkü, bu masraf ar ölümden sonra yapılır; ölümden sonra ise, bir şahıs hak sahibi olmak, yani medeni haklardan istifade etmek ehliyetini kaybeder. Binaenaleyh, bu masraflar ancak terekeyi ve netice itibarile terekeden istifade edecek olan vârisleri ilgilendirir. [1]

2 — Üçüncü şahısların uğradıkları zararlardır, ki bunlar arasında bilhassa def'in masraflarını, ölenin halen yardım etmekte olduğu veya ilerde yardım etmesi ihtimal dahilinde olan kimselerin zararlarını, alacaklıların muhtemel zararlarını vesaireyi saymak lâzımdır. 45 inci madde bizzat ölen şahsın doğrudan doğruya uğradığı zararların hepisini tazmine tâbi tuttuğu halde, üçüncü şahısların uğrıyabilecekleri zararlardan ancak iki kelemi (def'in masraflarile yardımdan mahrum kalan kimselerin zararları) hakkında tazminat dâvasını kabul etmiştir.

Gerek bizzat ölen tarafından düçar olunan zararlar ve gerek üçüncü şahısların diğer zararları bir tarafa bırakılarak bu yazıda, sadece yardımdan mahrumiyet sebebile doğan zararlar ve bundan doğacak tazminat dâvası incelenecektir:

Avrupa hukuk edebiyatında "yardımcıdan mahrumiyet tazminatı" namı altında uzun tetkiklere mevzu olan bu nokta, bizde henüz lâyıkı veçhile tetkik ve tahlile tâbi tutulmamıştır.

Kanunun metni muhtasar ve bu hususta Türkçe yazılmış eserler az olduğu ve mahkeme içtihatları da zengin bulunmadığı için meselenin mahiyeti iyice anlaşılamamakta ve kanunun bu hükmü dolayısile tatbikatta ortaya çıkabilen müteferrî meselelerin halli tereddütler uyandırmaktadır. Bu yazımızda bilhassa İsviçre Doktrin ve içtihatlarından faydalanarak Borçlar Kanunu 45 inci maddesinin yardımcıdan mahrumiyete temas eden iş bu ikinci fıkrasının meydana koyduğu meselelerden bazılarına temas edeceğiz.

[1] – Oftinger, Schw. Haftpflichtrecht. I, 174; P. Mayr, L' indemnisation de la perte de soutien, 12

202

II. 41 inci madde ile 45 inci maddenin ikinci fıkrası arasındaki münasebet

BK. nun 41 inci maddesi «... haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.» diyerek haksız fiiller hakkındaki umumi kaideyi koymaktadır. Bundan sonra aynı kanunun 45, 46, 47, 48 ve 49 uncu maddeleri gerek tazmini icap eden zararların hususi halleri; gerek tazminatın şümul ve mahiyeti hakkında ayrı ayrı hükümler sevk etmekte ve bu maddelerin hepsine şâmil olması gereken V numaralı matlapta hususî haller tâbiri bulunmaktadır. Demek ki, bu maddelerde ve bu arada 45 nci maddenin ikinci fıkrasında bahis mevzuu olan haller, 41 inci maddedeki umumî kaidenin hususi halleridir. Öyle ise burada halledilecek ilk mesele şudur: 45 inci maddenin ikinci fıkrası; 41nici maddenin umumî kaidesinden esasen doğabilecek hususî bir tatbik şeklimidir; yoksa umumî kaideden kendi kendisine çıkmıyan ve kanun vazıı tarafından ehemmiyetine binaen ayrıca nazarı itibara alınan bir istisnamıdır?

Bu fıkranın bir istisna olmaktan ziyade 41 inci maddedeki pirensipin bir tatbikatı mahiyetinde oluduğunu ve netice itibarile bu husus hakkında bir hüküm mevcut olmasaydı bile yardımcıdan mahrumiyet dolayısile doğan zararın tazmin edilmesi lâzımgeldiğini iddia edenler eksik değildir. [2]

Fakat biz bu fikre mütemayil değiliz. Çünkü, nasıl hukukî muameleler kaideten o muamele ile ancak doğrudan doğruya ilgili olan şahıslar, yani taraflar hakkında hukukî neticeler doğuruyorsa, haksız fiiller de prensip itibarile o fiilden ancak doğrudan doğruya zarar gören kimseler lehine tazminat dâvası hakkını doğurur. Böyle bir fiilden bilvasıta zarar görenler hakkında tazminat hakkını kaide olarak kabul etmek hukuk prensiplerine uymaz. Zira, bu takdirde haksız fiili işliyen şahsın kimlere karşı mesul olacağını tâyin etmek mümkün olamaz.

Haksız fiilden ancak doğrudan doğruya mütessir olanların zararlarını tazmin etmek kaidesi prensip olarak kabul edilince, kimlerin doğrudan doğruya zarar gördüklerini tâyin etmek meselesi karşısında kalınır. Haksız fiillerde zarar, bir hakka tecavüzden doğduğuna göre, doğrudan doğruya mutazarrır olan şahıs hukukan himaye edilmiş olan bir menfaatı ihlâl edilen kimsedir. Hukuk ise, doğrudan doğruya olan, bir şahsa ancak vasıtasız olarak merbut bulnan menfaatları himaye eder. Şu halde: haksız fiil ölümle neticelendiği takdirde bu fiilden doğrudan doğruya mutazarrır olan

[2]—P. Mayr, adı geçen eser 21 ve müteakip; bu kitapta zikredilen eserler.

703

şahıs ölen kimsedir. Çünkü ölümü doğuran fiil ölen şahsın her türlü tecavüzlere karşı hukukan himaye edilmiş olan canını, yani hayat hakkını ihlâl etmiş demektir. Gerçi kanunumuzda ancak doğrudan doğruya olan zararların tazmin edilmesi kaidesi, ve bu kaidenin bilvasıta olan zararlara teşmil edilmemesi lâzımgeldiği hakkında müsbet veya menfi bir hüküm yoksa da, bu kaide haksız fiilin mahiyetinden ve hukuk umumî prensiplerinden çıkmaktadır. Gerçekten, bir fiil haksız olabilmek için hukukan himaye edilmiş olan bir menfaatı ihlâl etmesi lâzımdır ki, bu menfaatlar da ancak haksız fiilden doğrudan doğruya mutazarrır olan şahsın menfaatları olabilir. Demek ki, bir hareket haksız fiil mahiyetini almak ve tazminata yol açmak için mutazarrır olan şahsın menfaatlarına nisbetle haksız olmak icap eder. [3]

Haksız fiilden doğrudan doğruya mutazarrır olan şahısların zararlarını tazmin etmek kaide olduğuna ve yardımcıdan mahrum olanların zararı da üçüncü şahıslar tarafından düçar olunan bilvasıta bir zarar teşkil ettiğine göre BK. 45 inci maddenin son fıkrasındaki hüküm, 41 inci maddede konmuş olan esas kaidenin bir tatbik şekli değil, bir istisnası olduğu kabul edilmek lâzımgelir. Yukarda da söylediğimiz gibi kanun haksız fiil neticesi doğan zararlardan vasıtasız olanların hepsini tazminata tâbi tuttuğu halde, üçüncü şahısların zararlarından ancak iki kalemi için dâva hakkı tanımıştır. Bu da onların ehemmiyetlerinden dolayı istisnaen kabul edildiğini gösterir. Bazı hukuk sistemlerinde kanunun müsbet bir hükmü olmadan bu şekil tazminat hakkının tanınmış olması esas prensipi değiştiremez. Meselâ Fransız Medeni kanununda bu mesele hakkında hiç bir kayıt bulunmadığı halde; mahkeme içtihatları kanunun bu boşluğunu doldurarak yardımcıdan mahrumiyet tazminatını kabul etmişlerdir. Fakat meselenin bu şekilde içtihat yolu ile halledilmiş olması esas prensipi bozacak vasıfta olmaktan ziyade onu bilâkis kuvvetlendirecek mahiyettedir.

Bu görüş tarzından çıkan netice şudur ki, 45 inci maddenin ikinci fıkrasındaki hükmün tatbik ve tefsiri tahdidî mahiyette olmak, ve kıyas yolu ile başka sahalara teşmil edilmemek lâzımdır.

III Yardımcıdan mahrum olanlara tanınan dâvanın mahiyeti

Bu dâva hakkı tamamile müstakil olup yardımcıdan mahrum olanların bizzat şahıslarında doğar; yoksa bu hak evvelâ ölen kimsenin şahsında doğupta sonradan onlara intikal etmez. Eğer öyle olsaydı, bu haktan yalnız mirasçı olanların istifade etmesi lâzımgelirdi. Halbuki, gerek Doktrin gerek mahkeme içtihatları, mirasçı olmıyan kimselerin de dâva haklarını kabulde müttefiktir [4]

[3] Becker, OR. Mad. 41 No. 26; Oser, OR. Mad 41 No. 52; P. Mayr, adı geçen eser 22.

[4] Temyiz kararları mecmuası 1938, Hukuk kısmı 415.

Esasen, kanun vazıı bu hakkı yalnız mirasçılara inhisar ettirmek isteseydi «diğer kimseler» tâbiri yerine «mirasçı» kelimesini koyabilirdi. Temyiz mahkemesinin bir kararında bu meseleden şu şekilde bahsolunmaktadır: «müvekkillerinin murisi Sefer müddeialeyhler tarafından öldürülmüş... olduğundan bahsile 1000 lira tazminatın müddeaaleyhlerden tahsiline karar verilmesini dâvacılar vekili istemiş; müddeaaleyhler verdikleri cevap lâyihasında: dâvacılardan ölü Seferin karısı Emine katil vakasından dört ay sonra ve işbu tazminat dâvasının ikamesinden evvel başka kocaya varmış ve şu suretle müteveffanın yardımından mahrum kalmamış olduğundan bunun tazminat istemeğe hakkı olmadığını ve diğer ***müddei anası da*** öteden beri diğer oğullarının yanında yaşamakta olmakla beraber füruu mevcut olan ***maktulün kanunî mirasçısı olamıyacağı cihetle bunun da iddiasının yerinde olmadığını*** beyanla dâvanın reddini talep eylemişlerdir.

Mahkeme «diyet olarak takdir olunan 300 liranın müddeaaleyhlerden müteselsilen tahsiline» karar vermiş ve temyizen yapılan tetkikat sonunda, Temyiz mahkemesi de: «BK.nun 47inci maddesi mucibince 300 lira mânevi tazminata hükmedilmiş olmasına mebni müteveffanın ***anası vâris olmasa bile***, mânevi tazminat talep edebileceği gibi, müteveffanın karısının evlenmiş olması da tazminat davasının istimaına mâni olamıyacağına göre... itirazlar varit olmadığından hükmün tasdikine» karar vermiştir. [5]

Gerçi Temyiz Mahkemesinin bu kararında BK.nun 47 inci maddesinden bahsolunmaktadır. Ve bu maddenin mevzuu da yardımcıdan mahrumiyet tazminatı değil, mânevi tazminattır. Yani bu iki maddenin tanzim ve tatmin etmek istedikleri zararların mahiyetleri başka başkadır.Fakat 47 inci maddedeki «ölünün ailesi» tâbiri ile 45 inci maddenin ikinci fıkrasındaki yardımdan mahrum olan «diğer kimseler» tâbirine hemen hemen aynı şahıslar dahil olurlar. Hatta, 45 inci maddedeki diğer kimseler tâbirinin mânası baha şümullü olmak gerekir. Öyle ise, aile tâbiri bile geniş mânada alınır ve mânevî tazminat için mirasçı olmak şartı aranmazsa, 45 inci maddede bu şart evleviyetle aranamaz.Demekki, 45inci maddedeki tazminatın miras hukukile bir alâkası yoktur. Binaenaleyh, bir şahıs lehine miras hükümlerinden doğan haklarla 45 inci maddeden doğan haklar bir birini bertaraf etmezler. Yardımdan mahrum olan kimsenin aynı zamanda mirasçı olması veya mirası reddetmiş bulunması dâva hakkının mevcudiyetile ilgili değildir. Ancak şu varki, yardım gören kimseler müteveffanın ölümü neticesi mirasa nail olmaları hasebile yardıma muhtaç olmaktan kurtulurlarsa, yardımcının ölümü onlar lehine tazminat dâvasına yol açmaz Fakat burada dikkat edilecek nokta şudur: dâva hakkının doğmaması mirasa nail olmaktan ziyade miras dolayısile artık yardıma muhtaç olmamaktandır. Binaenaleyh,eğer miras sebebile ele ge-

[5] Temyiz Kararları mecmuası, 1938 Hukuk kısmı, s. 415

çen miktar o şahsı yardıma muhtaç olmaktan kurtaracak derecede değilse dâva hakkı yine bakidir. [6]

Demekki, 45 inci maddedeki hak kan veya sıhriyet hısımlığına veya evlâtlık rabıtasına müstenit olmayıp, yardım eden ile yardım edilen arasında mevcut ve yardım etme şeklinde ifade olunabilecek fiilî bir rabıtaya müstenittir.[7]

Tazminat istemek hakkı müteveffanın şahsına taallûk etmediğinden, yani onun şahsında doğan bir hak olmadığından, müteveffanın işbu tazminat hakkı üzerinde tasarruf salâhiyeti yoktur. Meselâ, ölümünden evvel haksız fiil faili ile, tazminat hakkında sulh olamadığı gibi, onu ibra dahi edemez.[8]

Bununla beraber, tazminat hakkı haksız fiil neticesi husule gelen ölümden doğması itibarile, ölen şahsın müterafik kusuru tazminatın takdirinde nazara alınır.

IV. Tazminatın mahiyeti

45 inci maddenin her iki fıkrasında da bahis mevzuu olan zarar maddî olduğndan bu hususta açılacak dâva da maddî bir tazminat dâvasıdır. Binaenaleyh, mameleke taallûk eden bu dâva, vereseye intikal eder. Mânevî tazminat iddialarında olduğu gibi, bu iddianın vereseye intikali için dâvanın açılmış olmasına lüzum yoktur. Filhakika, Temyiz mahkemesinin bir kararına göre «mânevî zarar, mutazarrır tarafından dâva ikamesi şartile; maddî zarar da kayıtsız şartsız müteveffanın veresesine intikal eder. [9]

Mahiyetleri itibarile maddî olmakla beraber,45 inci maddedeki zararları iki kısma ayırmak mümkündür: birinci kısma defin ve tedavi masrafları, ikinci kısma da çalışmağa muktedir olmamaktan mütevellit zararla, yardımcıdan mahrumiyet sebebile doğan zararlar dahil olur.

Birinci kısım zararlar mevcut ve vukubulmuş zararları gösterdiği ve bu bakımdan zararın miktarını tesbit oldukça kolay olduğu halde, ikinci kısım muhtemel olan ve katiyetle tâyini mümkün olmıyan zararları istihdaf etmektedir. Bunun için bu son zararların tâyini ihtimalî hesaplara dayanır. Temyiz mahkemesi bir kararında, bu zararların katî olarak tâyini lâzımgeldiği hususundaki iddialara şu şekilde cevap vermektedir: «Ehli vukuf, kazaya uğrıyan kızın vaziyetini nazara alarak kazanabileceği miktarı takribi olarak tesbit eylemesine ve bu kabil takdirlerde rıyazî bir katiyet arana-

[6] V. Tuhr, CO. P. 344; Oser, OR. Mad. 45, N.14.15; ATF. 64 II 198; JdT 1939 I 53, 110

[7] ATF 64 II 198; JdT 1939 I 52.

[8] Oser, OR. Mad. 45 N. III. 2; V. Tuhr, CO. P. 344 No. 12; Arsebük, S. 274.

[9] Temyiz Kararları mecmuası, 1938, hukuk kısmı S. 348

mıyacağı tabiî bulunmasına göre bu hususa müteallik itirazlar varit değildir»[10].

45 inci madde gereğince yardımdan mahrumn olanların alacağı tazminat maddî ise de; bu, onların mânevî tazminat istemelerine bir mâni teşkil etmez. Hattâ bilâkis, maddî ve mânevî tazminata — şartları tahakkuk ettiği takdirde — aynı zamanda hüküm olunabilir. Bu bakımdan, maddî tazminattan bahseden 45 inci madde ile mânevî tazminattan bahaseden 47 inci madde birbirine sıkı surette bağlıdır. Çünkü, ikisi de ölüm neticesinde doğan zararlardan bahsetmekte ve ikisi de bu zarar mukabili ölünün, herhangi sebeple olursa olsun, şahsî münasebette bulunduğu kimselerden bazılarına muayyen bir tazminat hakkı tanımaktadır. 45 inci maddenin ikinci fıkrası ölüm sebebile yardımcılarını kaybedenlerin maddî ihtiyaçlarını karşılamıya ve şu suretle yardım bakımından haksız fiil failini âdeta ölen şahsın yerine kaim etmiye çalışırken, 47 inci madde de bu kimselerin, para ile takdiri imkân dahilinde olmamakla beraber, «ahval ve şerait nazara alınarak insan ölümü ile mütenasip ve bu yüzden husulü pek tabiî olan şiddetli teessürleri izaleye medar olabilecek» bir miktar para ödenmesini hedef tutmaktadır [11]. Binaenaleyh, bu iki maddeden birisi diğeri yerine konulamaz. Fakat Çorum asliye hukuk mahkemesi tarafından 18/7/938 tarihinde verilip, Yüksek Temyiz mahkemesi tarafından da tasdik edilen bir karar bu iki maddeden birisinin tatbik edilmesinin diğeri yerine kaim olabileceği şeklinde bir kanaatın mevcut olduğu zehabını uyandıracak mahiyettedir. Bahis mevzuu kararın meali şudur:

«Dâva: Müvekkillerinin murisi Sefer, müddeaaleyhler tarafından öldürülmüş ve ceza mahkemesince müddeaaleyhlerin mahkûmiyetine dair verilen karar temyizen tasdik olunarak kesbi katiyet etmiş ve müvekkillerin ceza mahkemesinde bulunmadıklarından dolayı tazminata hükmedilmemiş olduğundan bahsile bin lira tazminatın müddeaaleyhlerden tahsiline karar verilmesini dâvacılar vekili istemiş; müddeaaleyhler dahi verdiği cevap lâyihasında: dâvacılardan ölü Sefer'in karısı Emine katil vakasından dört ay sonra ve işbu tazminat dâvasının ikamesinden evvel başka kocaya varmış ve şu suretle müteveffanın yardımından mahrum kalmamış olduğundan bunun tazminat istemiye hakkı olmadığını ve diğer müddei anası da ötedenberi diğer oğullarının yanında yaşamakta olmakla beraber fürüu mevcut olan maktulün kanunî mirasçısı olamıyacağı cihetle bunun da iddiası yerinde bulunmadığını beyanla dâvanın reddini talep etmişlerdir.

Karar: Müddeaaleyhlerin her üçünün katil fiilinde zimethal bulundukları ibraz olunan kesbi katiyet etmiş ağır ceza mahkemesi ilâmile sabit ol-

[10] — Temyiz Hukuk Umumi Heyeti 8/4/942—4/15-21; Halis Sungur, Borçlar Kanunu, Mad. 45 No. 38.

[11] — 4. Hukuk Dairesi. 29/2/942-1993/2339; Halis Sungur, Mad. 45 S.426

duğundan BK.nun 43 ve 47 inci maddeleri mucibince *DİYET* olarak takdir olunan 300 liranın müddeaaleyhlerden müteselsilen tahsili ile dâvacılara itasına karar verildiğini mutazammındır.

Temyiz kararı: BK.nun 47 inci maddesi mucibince 300 lira mânevi tazminata hükmedilmiş olmasına mebni müteveffanın anası vâris olmaia bile mânevî tazminat talep edebileceği gibi, müteveffanın karısının evlenmiş olması da tazminat dâvasının istimaına mani olamıyacağına göre,gerek bu cihetler gerek takdire taallûk eden diğer hususlara ait olan itirazlar varit olmadığından reddile kanuna uygun olan hükmün tasdikına 31/12/938 tarihinde ittifakla karar verilmiştir.»[12].

Bir kere Temyiz ilâmında hulâsa edilen mahkeme hükmünden dâvacıların istediği tazminatın mahiyeti iyice anlaşılamamaktadır. Dâvacıların taleplerine karşı müddeaaleyhler tarafından dermeyan edilen defilere bakılırsa, istenilen tazminat; BK. nun45inci maddesinin muhtevasından olan yardımdan mahrumiyet tazminatı, yani maddi tazminat olmak gerekir; çünkü, yapılan itirazlarda maktulün gerek karısının, gerek annesinin yardıma muhtaç olmadıkları ileri sürülmektedir.

Tarafların iddia ve müdafaaları, iyice izah edilmeden, böylece karışık bir şekilde bırakıldıktan sonra, mahkeme; hükmünde "Diyet olarak takdir olunan 300 liranın müddeaaleyhlerden müteselsilen tahsiline" karar vermek seretile bu müphemiyeti devam ettirmektedir. Çünkü, mahkemenin kullandığı Diyet tâbiri Medeni Hukukun kabul ettiği bir ıstılah olmadığı gibi, mânevî tazminat kadar maddî tazminatı da ifade eder. Mahkemenin karar altına aldığı bu tazminatın mânevî ıstıraplara karşılık olduğu ancak Temyiz mahkemesinin ilâmındaki hüküm fıkrasından anlaşılmaktadır. Bütün bu müphemiyete sebep, bahis mevzuu olan hâdiselerin iyice tahlil edilmemiş ve bu yüzden de tatbik edilmesi lâzımgelen hukuk kaidesinin tam bir surette araştırılmamış olmasıdır.

Hâdisenin mahkemece verilen izahına göre, dâvacılar: «bin lira tazminatın müddeaaleyhlerden tahsiline karar verilmesini» istemişlerdir. Dâvacılar, istedikleri tazminatı ayrıca tavsif etmediklerine göre, bunun maddî zarara karşılık tutulması gayet tâbiidir. Zira, kanun maddî tazminatı yalnız ve sadece «Tazmin, tazminat, zararın tazmini» tâbirlerile ifade ettiği halde, mânevî zarar karşılığı olan tazminatı daima tavsif etmiş ve «mânevî tazminat» (MK.24), «mânevî zarar namile adalete muvafık tazminat» (BK.47) veya «zararı mânevî namile nakdî bir meblağ itası» (BK.49) gibi müretkep tâbirler kullanmıştır. Bundan başka mânevî tazminatın lâhik ve istisnaî bir mahiyeti vardır [13]. Binenaleyh, dâvacılar tarafından ayrıca tavif

[12]. Temyiz kararları mecmuası 1938 hukuk kısmı S.415
[13]. ATF 58 II 140 (JdT 1933 I 403); Daeppen/ Reymond, 60.S.107

edilmiyen her tazminat talebi maddî zarar karşılığı olmak icabeder. Esasen müddeaaleyhlerin müdafaa tarzları da dâvacıların maddî tazminatı kasdetmekte olduklarını göstermektedir. Filhakika, müddeaaleyhler, dâvacılardan müteveffanın karısı Emine'nin tekrar evlenmiş olması dolayısile yardımdan mahrum kalmamış olduğunu; anasının da ötedenberi diğer oğullarının yanında yaşamakta olduğunu ileri sürerek tazmini lâzımgelen maddî bir zarar mevcut olmadığını ispata çalışmaktadırlar. Bütün bunlara rağmen mahkemenin 43 ve 47 inci maddeler mucibince ve DİYET diye tavsif ettiği mânevî tazminata hükmetmesi hâdiseye uymamaktadır.

V. Yardımcıdan mahrumiyet tazminatının tatbik şartları

45 inci maddenin ikinci fıkrasının tatbiki için aşağıdaki şartların tahakkuk etmesi lâzımdır:

A — Haksız bir fiil işlenmiş olmalıdır;

B — Bu haksız fiil neticesi ölüm vukua gelmiş bulunmalıdır;

C — Ölüm dolayısile bir kimse yardımcısından mahrum kalmış olmalıdır.

Bu şartları birer birer tetkik edelim:

A — Bahis mevzuu olan haksız fiilin sübjektif mahiyette, yani kusura müstenit bir fiil olması şart değildir; nezaret vazifesinin ihmalinden doğma ve kusura dayanmıyan bir fiil de kâfidir. Binaenaleyh, gerek kusura dayanan bir haksız fiil işliyenler, gerek BK. nun 55,56 ve 58 inci maddeleri mucibince istihdam edenler, hayvanları elialtında bulunduranlar (détenteurs) ve bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin mâlikleri 45 inci maddeden doğabilecek zararları tazmin ile mükellefdirler. Temyiz mahkemesi, iki kararında, bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin mâlikleri ile (madde 58) istihdam edenlerin (mad.55) 45 inci madde gereğince mesul olacakları hususuna temas etmektedir. 29/2/942 tarihli kararın mesnedi olan hâdise şudur: belediyeye ait su deposunda Elektrik Şirketi müstahdemlerine yaptırılan elektrik tesisatının kusurlu malzemelerle inşası neticesinde elektrik ceryanı su deposuna ve oradan tel örgülere geçmiş ve nöbet beklemekte olan (İ) bu tellere temas neticesinde ölmüştür. Mahkeme elektrik şirketini mahkûm etmiş ve belediyenin mesuliyetini kusur mevcut olmadığından dolayı reddetmiştir [14].

Temyiz mahkemesi:

1 — Keşif ve zabıt varakası münderecatına nazaran şirketin itirazlarının gayri varit ve ziyanla mesul olduğuna;

[14]. BK.58.inci maddeden doğan mesuliyet kusura istinat etmez. ATF 41 II 225, 55 II 84: Daeppen/Reymond, Co.S.150

2 — BK. mad. 58 mucibince belediyenin kendisine ait olan elektrik tesisatını muhafaza ile mükellef ve aksi takdirde belediye dahi tazminatla mesul olup, belediyenin bu vazifesini ifa etmediği zikrolunan keşif varakasile müsbit bulunmuş iken bazı mütalâa beyanile belediye aleyhindeki dâvanın reddedilmesi doğru olmadığına karar vermiştir.

8/4/942 tarihli umumî heyet kararında da 14 yaşındaki bir kızın ölümüne sebep olan tramvay şirketinin mesuliyeti bahis mevzuudur. Mahkeme tarafından ehli vukuf marifetile tesbit edilen 1134 lira maddi zararın tazminine hükmedilmiş ve temyiz mahkemesince bu hüküm. BK.nın 55 ve 141. inci maddelerine tevfikan tasdik edillmiştir.

Şu iki karar kusursuz mesuliyetlere de 45 inci maddenin tatbik edileceğini göstermesi itibarile mühimdir.

B — Yardımcıdan mahrumiyet dolayısile tazminata hükmetmek için haksız fiilin ölümle neticelenmesi, yani fail tarafından işlenen haksız fiil ile vukua gelen ölüm arasında bir illiyet rabıtasının bulunması icabetmektedir. Mahkeme içtihatlarımızda illiyet rabıtasının mahiyeti hakkında kâfi derecede aydınlatıcı izahata rastlamadığımızdan bu hususta İsviçre Federal mahkemesi içtihatlarından istifade edeceğiz: Federal Mahkeme içtih tlarına göre, illiyet rabıtası; ancak sebep ve netice arasındaki münasebet tam olduğu zaman hukukî neticeler hasıl edebilir. Tam illiyet d-nilen bu nazariye, muayyen bir netice husule getirmeğe yardım eden müteaddit sebepler arasında, mesuliyetin müvellidi olarak elde tutulabilecek olanların mahdut olduğu fikrine dayanmaktadır. Muhtelif sebepler arasında yapılan bu seçme, mesuliyeti makul bir derecede tahdit etmek için zarurîdir. Elde tutulacak olan sebepler, yalnız bahis mevzuu sebep tarafından bu neticenin meydana gelişi umumî surette kolaylaştırılmış gözükecek şekilde hasıl olan neticeye benzer bir neticeyi hâdiselerin tabiî cereyanına ve hayat tecrübesine göre husule getirmeğe müsait olanlardır [15]. Şu halde illiyetin tam olma sı demek, fail tarafından işlenen fiilin hâdiselerin tabiî cereyanına ve hayat tecrübesine göre bahis mevzuu olan zararlı neticeyi husule getirmeğe müsait olması demektir. Onun için, şu söylediğimiz şart mevcut olduğu takdirde, sebep ile netice arasında muayyen bir zamanın geçmiş olması veya diğer sebeplerin de husule gelen netice üzerinde az veya çok müessir olmuş bulunması, illiyet rabıtasının tam olmasına mâni olmaz.

C — Ölüm neticesi bir kimsenin yardımcıdan mahrum kalmış olması lâzımdır.

Burada kimler yardımcı ve kimler yardım edilen şahıslar olabilir; yardımın mahiyeti ne olmalıdır? meselelerine temas etmiş oluyoruz.

[15]. ATF 66 II (JdT 1941 I 143), 64 II 204 (JdT 1938 I 570).

Bir kere yardım mefhumu hukukî bir rabıtadan ziyade fiilî bir vaziyeti istihdaf etmektedir Yani yardımcı ile yardım edilen şahıs arasında yardım mecburiyetini doğuran hukukî bir rabıtaya ihtiyaç yoktur. Diğer taraftan bu fiilî vaziyetin halen mevcut olması da zarurî değildir. Binaenaleyh bir şahıs hakkında kanun veya mukaveleden doğan veya ilerde doğması ihtimal dahilinde bulunan bir yardım mükellefiyeti; 45 inci maddenin son fıkrasının tatbik unsuru değildir. Bu hususta vücudu zaruri olan şart, yardım hâdisesinin ya halen mevcut olması, yahut böyle bir yardımın, hayat tecrübesine ve hâdiselerin tabiî cereyanına göre ilerde vukuunun muhtemel olmasıdır. Demekki, yardımcıdan mahrumiyet tazminatının tahsisi için yardım eden şahıs bakımından tetkik edilecek nokta, onun halen mevcut yardımı veya ilerde doğacak yardım kabiliyetidir.

Yardımcı ile yardım edilen arasında yardım mükellefiyeti doğuran hukukî bir rabıtaya ihtiyaç olmamakla beraber, 45 inci maddenin tanıdığı tazminat dâvası; ölüm vukua gelmese idi, yardımcının o zamana kadar yaptığı yardımlarına ondan sonra da devam edeceği ihtimaline dayandığından o iki şahıs arasında mevcut olabilecek hukukî bir rabıta bu hususta bir karine teşkil edebilir. Meselâ, yardım edenin yardım edilene karşı mevcut veya muhtemel nafaka mükellefiyeti veya nafakanın ahlâkî bir borç teşkil etmesi, yahut bu iki şahsın müşterek bir hayat geçirmeleri veya aralarında uzak veya yakın hısımlık bağlarının bulunması . . . . vesaire gibi.

Bu saydığımız hususlar nihayet birer karine olmaktan ileri gidemezler, ve yardımın muhakkak surette vaki olacağı hakkında katî bir delil teşkil edemezler. Onun için her hâdiseyi ayrıca tetkik etmek ve mevcut şartlara göre bir kimsenin yardımcı olup olmadığını tâyin etmek lâzımdır.

Kimlerin hangi şahıslara yardımcı sayılabileceğini tâyin için umumî bir kaide koymak mümkün değilse de, tatbikatta raslanan yardımcılara misal olarak şunları zikredebiliriz:

a) Koca, karısının yardımcısıdır. Ve onun ölümü 45 inci maddenin tatbikına yol açabilir. Çünkü koca, Medeni kanunun 152 inci maddesinin 2 inci fıkrası gereğince karı ve çocukların münasip veçhile iaşe ve ibatesile mükelleftir.

Kocanin gelirinden ne miktarını karısına ayırabileceği hususunda Temyiz Mahkemesinin içtihatlarında bir kayda raslanmamaktadır. Federal Mahkeme kararlarına göre, koca, çocuk mevcut olmadığı takdirde, gelirinden % 40 ilâ % 45 ini karısına ayırabilir [16]. Binaenaleyh kocası öldürülen kadına tahsis edilecek tazminatın hesabında prensip olarak bu rakamdan hareket edilebilir. Çocuk mevcut olduğu takdirde; kocanın gelirinden karıya

[16]. ATF 64 II 430 (JdT 1939 I 113)

ayrılabilecek miktar tabiatile azalacaktır. Federal Mahkeme yalnız çocuk lar için ayrı bir rakam zikretmiyorsa da, anne ve çocuklar için kocanın gelirinden % 50 ilâ % 60 ını ayırabileceğini kabul etmektedir.

Karıya tazminat tahsis ederken onun tekrar evlenmesi ihtimallerinin düşünülmesi ve buna göre icap ederse tazminat miktarının indirilmesi mahkemenin takdirine bırakılmış bir meseledir. Karısına nafaka vermeğe borçlu olan boşanmış bir erkek dahi; dul karısı için yardımcı telekki edilebilir:

Temyiz Mahkemesi 938 tarihli bir kararında müteveffanın karısının evlenmiş olmasını tazminat dâvasının istimaına mâni addetmemiş, ve 942 tarihinde de buna benzer bir mesele hakkında aynı görüş tarzını müdafaa eden şu kararı vermiştir [17]: « kocası öldürülmüş bir kadının bu yüzden tazminat istemeğe hakkı vardır. Kadının bilahare başkasile evlenmiş olması bu hakkın sukutunu istilzam etmez. Hususile kadının ikinci kocasının içtimai vaziyeti ve mali kudreti kendisini tazminat talebinden müstağni kılacak derecede değildir.»

b) Medeni Kanunun 153 üncü maddesi gereğince eve bakmakla mükellef olan ve müşterek saadetin temini hususunda kocanın muavin ve müşaviri bulunan karı da koca için yardımcı sayılmak lâzımdır. Gerçi, kadın çok zaman kocasının ve çocuklarının yaşama vasıtalarını temin etmez. Fakat 45 inci maddenin tatbikatı bakımından katî olan nokta, kadının evdeki faaliyeti için ücretli bir hizmetci kadına verilmesi icap eden paranın daha başka mühim ihtiyaçların tatminine sarf edilebilmesidir. Hattâ hizmetçi kadına verilecek ücret miktarı ev kadınının ailenin refah ve saadeti için sarf ettiği faaliyetlerin tam karşılığı sayılamaz. Olsa olsa bu faliyetin karşılığını iktisadi olarak tâyin etmek lâzım geldiğinde bir tutamak noktası teşkil edebilir. Filhakika hizmetci kadın ailenin saadeti hakkında bir annenin gösterdiği alâkayı gösteremez. Ve eldeki vasıtalardan bir anne kadar istifade edemez [18].

c) Gerek anne gerek babanın çocukları için yardımcı olacaklarına şüphe edilemez. Nesebi sahih olan çocuklar tazminat hakkından istifade edebilecekleri gibi, nesebi sahih olmıyan ve hattâ nesebi tesbit edilmiyen çocuklar dahi bu haktan faydalanırlar. Ancak, gayri meşru çocukların müteveffaya karışı vereseye intikal eden alacak hakları bulunduğu ve bu alacak tereke malları üzerinden tediye edilebildiği takdirde çocuk, zarara düçar olmuş bulunmaz. Ve netice itibarile 45 inci madde tatbik edilemez. [19].

[17] . 4. Hukuk D. 26/3/942 1369/907
[18]. ATF 66 II (JdT 1941 I 153); 57 II 184 (JdT 1932 I 36)
[19] . v. Tuhr, CO. S. 344

Yardımcının ölümünden sonra doğan çocukların da bu hakkı haiz olduklarını kabul etmek lâzımdır.

Yardımın çocuklar hakkında ne kadar zaman devam edeceği meselesine gelince: erkek çocuklar için bu yardımın 18 yaşına ve kız çocukları için de evleninceye kadar devam edeceğinin kabulü muvafık olur.

d) Anne ve babanın çocukları için filen ve halen yardımcı olmalarına mukabil, çocuklarda annelerinin ve babalarının muhtemel ve müstakbel yardımcıları olabilirler.

Çocukların yardımcı sayılabilmek için malik olacakları asgari yaş miktarı her hâdisede tetkik edilecek bir meseledir. Temyiz mahkemesi, 1942 tarihli bir kararında 14 yaşındaki bir kızın yardımcı olabileceğini kabul etmiştir.Federal mahkeme eski kararlarında 4,5—5 yaşındaki çocukların müstakbel yardımcı sayılabileceğini kabul ederek 45 inci madde gereğince tazminata hükmetmekte idi. Fakat 1932 tarihinde verdiği bir kararla Federal mahkeme yeni bir temayül göstermiş ve müstakbel yardımcı tazminatını kabulde muhteriz davranmak, buna mukabil mânevi tazminat tahsisinde daha serbest olmak fikrini ileri sürmüştür[20].

e) Karı kocanın biri birinin yardımcısı sayılması için ileri sürülen sebepler nişanlılar için de varit olabilir.Filhakika onların müstakbel karı koca olarak bir birlerine yardımları çok muhtemeldir. Çünkü, nişanlı olmak evlenmek için mecburiyet tahmil etmemekle beraber — bir karine teşkil eder. Binaenaleyh nişanlılar da 45 inci maddeden istifade edebilirler.Yalnız nişanlıların evlenmemeleri de mümkün olduğundan, bu imkânın ihtimal dahilinde olduğunu müddeaaleyh ispat edebilirse, tazminata mahal kalmaz.

f) Evlenmek niyeti olmadan bir arada yaşıyan kadın ve erkeğin bir birinin yardımcısı sayılıp sayılamıyacağı meselesi bilhassa Fransız Doktrininde münakaşa edilmektedir.Fransız mahkemelerinin bu hususta müstekar bir içtihadı yoksa da,tazminat hakkını kabul veya reddeden kararlar eksik değildir.

Gerek Temyiz mahkememiz, gerek İsviçre Federal mahkemesi şimdiye kadar bu mesele hakkında bir karar vermemişlerdir. Mesele nazari olarak mütalâa edilmek icap ederse cemiyetin kabul ettiği ahlâk telâkkilerine göre şu veya bu şekilde bir neticeye varmak mümkündür.

Memleketimizin içtimaî bünyesi ve içinde yaşadığımız ahlâk telâkkileri bakımından bu meseleyi iki zaviyeden tetkik etmek lâzımdır: şehirlerde rastlanan ve metres hayatı adı verilen bu nevi birleşmeler hakkında 45 inci maddenin ikinci fıkrasının tatbik edilemiyeceği düşünülebilir.Çükü, içtimaî vicdan bu gibi birleşmeleri takbih etmektedir. Halbuki, medeni kanu-

[20]. JdT 1932 I 1487

na rağmen ekseriya köylerde rastlanan ve imam nikâhı ile birleşerek bir birlerini evlenmiş sayan kimseler hakkında aynı şekilde tazminat hakkını reddetmek adalete uygun düşmez. Çünkü bu gibi birleşmelerde ne onun failleri ahlâkî olmıyan bir hareket yaptıklarını düşünmekte, ne de içtimaî vicdan bu hareketi ahlâka mugayir addetmektedir.

Bu saydığımız yardımcı halleri tahdidî mahiyette değildir. Bu hallerden başka meselâ kardeşler, yiğenlerle amca ve teyzeler, sıhrî hısımlar ve hattâ aralarında hiçbir hısımlık rabıtası bulunmıyan iki şahıs hakkında 45 inci maddenin tatbikı bahis mevzuu olabilir. Elverirki, bu iki şahıs arasında yardım mahiyetinde bir eda fiilen vaki olmuş veya ilerde vukuu ihtimal dahiline girmiş bulunsun.

45 inci maddenin ikinci fıkrasındaki tazminat hükümlerinin tatbikı için; yardım eden şahsın, eğer ölüm vukua gelmeseydi ilerde de yardım edecek mali durumda olması kâfi değildir. Aynı zamanda diğer tarafın, yani yardımdan mahrum olduğunu iddia eden tarafın o yardıma muhtaç olması, diğer deyimle ölüm neticesi zarara uğramış bulunması lâzımdır Çünkü tazminat bir zarar karşılığıdır; yoksa, kâr temini için bir vasıta değildir.

Yardım edilen şahsın içinde bulunduğu ihtiyacın takdirinde esas olan, onun ölüm neticesi zarurete düşmüş olması ve kendi geliri ile kendi zarurî ihtiyaçlarını karşılıyacak vaziyette bulunmaması değildir. Yardım edilen şahsın yardımcısını kaybetmek suretile kendi vaziyet ve şeraitine ve içtimai mevkiine uygun hayat şeraitini değiştirmeğe mecbur kalmış olması dâva hakkının doğumu için kâfidir. Gerçi Federal mahkeme ilk kararlarında zarurette bulunmak fikrinden hareket etmiş ve ancak kendi vasıtalarile kendi ihtiyaçlarına yetişemiyen şahısların 45 inci maddeden istifade edebileceklerini kabul etmişti[21] Fakat sonradan bu görüş tarzını değiştirdi. Ve artık ihtiyaç derecesini bir şahsın hayatını idame etmesi için lâzım olan asgari miktar la değil, hal ve vaziyetine uygun ve o günkü hayat şartlarına muvafık yaşama tarzını muhafaza edebilmesi için lâzım olan miktarla ölçmeğe başladı [22] Şu hale göre yapılan edalar yardım mahiyetinde olmak için yardım edilen şahsın ihtiyaçlarının tamamını tatmine mâtuf olmasına yahut yalnız infak ve ibateye mahsus bulunmasına lüzum yoktur. Bazı ihtiyaçları temine tahsis edilen edalar ve meselâ tedavi ve tahsil masrafları, hattâ tiyatro, konser gibi lüks denebilecek masraflar dahi icabı hale göre yardım çerçevesi içine girebilir. Elverirki, yapılan edalar hakiki bir ihtiyaca karşılık olsun.

Buna mukabil fevkalâde sayılabilecek olan, yani yardım edilenin hal ve vaziyetine uygun olmıyan masraflar için yapılan edalar 45 inci madde çerçevesinde bir yardım telâkki olunamaz.

[21]. ATF 37 II 362 (JdT 1912 I 463)
[22]. ATF 57 II 180 (JdT 1932 I 41)

En nihayet her hangi bir eda yardım sayılabilmek için bu edanın muntazam ve az çok daimî bir surette yapılması ve prensip itibarile ivazsız olması lâzımdır. Muntazam bir surette olmayıpta bayram, düğün, yıl dönümü gibi vesilelerle verilen hediyeler veya ivaz karşılığı olan edalar yardım telâkki edilemez.

Yardımcıdan mahrumiyetin, yardım edilen şahsın vaziyet ve içtimai mevkiine uygun şekilde yaşama tarzını ne dereceye kadar değiştirmiş olduğu her hususi hâdisede ayrı ayrı tetkik edilmek lâzımdır.

Yapılan yardımın mahiyetine gelince: Bunun nakit veya ayın olarak verilmesinin hiç bir farkı yoktur. Aynî yardımların iş, hizmet şeklinde eda edilmesi de mümkündür. Meselâ annenin çocuklarına ihtimam ve ev işlerini idare etmesi çocuklar ve baba için bir yardım teşkil eder. Ve bu yardımın tam derecesi para ile tutulan bir ev kadınına verilecek ücretle ölçülemez. Çünkü, ücretli kadının ailenin refah ve saadeti hakkındaki alâkası ile, annenin aynı mesele hakkındaki alâkası bir değildir. Tecrübe, annenin elde bulunan vasıtalardan daha fazla istifade ettiğini isbat etmektedir [23].

45 inci maddenin ikinci fıkrası hükmüne tevfikan tahsis edilecek tazminatın ne şekilde takdir edileceği, tazminatın tenzilini icabettiren sebepler bulunup bulunmadığı, ölüm neticesi elde edilen menfaatların mahsubunun yapılıp yapılmıyacağı gibi meselelerin tetkikini diğer bir yazıya bırakıyoruz.

[23]. ATF 66 II (JdT 1941 I 143)

No. 48

Mukavele ile, ölüme bağlı tasarruf arasındaki hududun nazarî araştırması [*]

Yazan:
Prof. Dr. GUİSAN

Çeviren:
Dr. Ekrem TÜZEMEN

I. Problem. § 1. Problemin misallerle vaz'ı ve izahı. § 2. Bu tetkikın mevzu ve metodu. — II. Gaius ve Justinien. § 3. Metinler. § 4. Gaius teoreminin ispatı. — III. Hak ve borç ne vakit Müteveffanın şahsında başlamışlardır? § 5. Bir kriter peşinde. § 6. Kriterin tatbikı. Misaller.—IV. Başkası lehine ölüme bağlı şart. § 7. İlk nazarî mülhazalar. § 8. Hayat sigortası mukavelesindeki rücu edilebilir istifade kaydı: a) Ötedenberi gelen izah nerede hatalıdır. b) Başkası lehine şart dokrininin bir noktası. c) Rücu olunabilir istifade kaydının hukukî mahiyeti. § 9. Diğer ölüme bağlı başkası lehine şartlar kabul etmek icap eder mi? § 10. Netice.

I

PROBLEM

§ 1. Problemin misallerle vaz'ı ve izahı. [1]

Fevkalâde münaziyünfih bir hudut. Mukavele nerede biter, ölüme bağlı tasarruf ne zaman başlar? Bunu bilmenin ehemmiyeti var. Mukavele serbesti prensibine tâbi; bir kimse hayatta iken mallarında istediği gibi tasarruf edebilir. Bilâkis ölümünü nazara alarak işlerini yoluna koyan bir kimse bir çok tahdidata tâbi tutulmuştur. Alacaklıların hakları (nemo liberalis nisi liberatus), mahfuz hisseli mirasçıların hakları, hazinenin gittikçe

[*] Bu makale Lausanne Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından İsviçre Hukukçular Cemiyetinin Lozandaki 9—11/Eyûl/1934 toplantısı münasebeti ile neşredilen "Recueil de Travaux„ da intişar etmiş ve bilahara müstakil bir broşür halinde neşredilmiştir.

Makalenin Türkçeye tercümesine şahsi muvafakatını esirgemiyen ve ayrıca bu hususta Lozan Hukuk Fakültesinin müsaadesini istihsal eden sayın medeni hukuk Profesörüm Bay François GUİSAN'a, burada teşekkürlerimi sunmağı bir borç bilirim.

[1] Burada talebem avukat Pierre LOEW ın doktora tezini hatırlatayım: ***Obligations stipulées â cause de mort et Droit de succession***, Martigny, Imprimerie Nouvelle, 1927. Hakikî bir kıymet ifade eden bu eser burada arzedilecek olan mülahazaların menşeidir. Keza walter MOSER in doktora tezine de bakınız ***Ueber die Abgrenzung der Rechtsgechâfte von Todeswegen von der Rechtsgeschâten unter Lebenden***, Berne 1926.

216

artan talepleri. Şekil tahdidatı dahi: Miras mukavelesi ya tamamiyle menedilmiş, yahutta, eğer kabul edilmişse, butlan müeyyidesi altında, ciddi bir merasime tâbi tutulmuştur. Mukavele sadece tarafları alâkadar ettiği cihetle gizli kalabildiği halde ölüme bağlı bir tasarruf, açılması ve muhafazası kanun tarafından hâkime verildiği cihetle (İsv. M. K. m. 556 ve müt. T. M. K. m. 535 ve müteakip) zaruri olarak alenî oluyor ki bu da ziyadesile can sıkıcı olabilir [1]. Böylece bu mâniler daha az tahammül edile bilir bir hale geldikçe tasarrufta bulunanlarda da mallarının mukadderatını akdî usullerle tâyin etmek yoluna müracaat meylinin arttığı müşahade olunmaktadır. Mükâfatlandırılmak istenilen kimselerle hükümleri ölüme muallâk mukaveleler yapılıyor. Çok defalar hatta ölümden sonraki teberruları nakil ile mükellef mutavassıtlar kullanılıyor: Vedialar, hükmü ölümden sonra cari olacak vekâletler, başkası lehine şartlar. Bankerlere ve onların müşterilerine arzedilen hamiline muharrer kıymetlerin büyük bir kısmı bu usulleri kolaylaştırmaktadır. Hatta zannediyorum ki bu usuller çok geniş mikyasta istimal edilmektedir. Acaba bu sahada hali hazır miras hukukunun çerçevelerini aşacak ve zorla kendisini mahkemelere kabul ettirecek bir örf ve âdet hukukunun meydana gelişine mi şahit oluyoruz diye sorulabilir.

Bu hâdiseler mahkemeye geldikleri zaman hâkimleri çok müşkül duruma sokmakta ve çok defa da bir biri ile telifi zor kararların meydana çıkmasına sebep olmaktadır. Hukuk nazariyatçıları da çok zıt fikirdedirler.

Kendimizi bu kargaşalığa atmadan evvel Federal mahkemenin kararlarından bazı misaller alarak halli lâzımgelen sualler hakkında bir fikir verelim.

1. Birkaç Ecnebi Karar.

A. Hükümleri ölüme muallak mukaveleler.

1. Bir çok kimseler beraberce bir gayrımenkul satın alıyorlar ve içlerinden birinin ölümünde bu gayrımenkulün münhasıran hayatta kalanlara ait olacağını kararlaştırıyorlar. Fransız Temyiz Mahkemesi bu açılmamış bir miras üzerinde bir hak bahşetmektedir, o halde batıl bir miras mukavelesidir diyor. Bunun aksine olarak Dijon ve Colmar İstinaf Mahkemeleri bu muteberdir diyorlar. [2]

[1] İsviçre doktrin ve iatbikatının bir kısmına göre miras mukavelelerinin açılması mecburî değildir. Bence bu bir hatadır. Zira 556, 557 inci (T. M. K. 535, 536) maddelerin hikmeti vücudu (ratio legis) vasiyetnameler için olduğu kadar miras mukaveleleri için de muteberdir. W. GROSS' un faideli mütalâalarına bakınız: *Erbvertrag*, thèse, Zurich, 1916, s. 101–105. Vaud kantonunda miras mukaveleleri vasiyetnameler gibi tescil (homolguer) edilmek üzere sulh hâkimine tevdi edilmektedir.

[2] Rev. trim. de droit civil, 1932 s. 771 — 772

217

2. Fransız hukukunda bir evlenme mukavelesinde hayatta kalan eşin ölen eşe ait mallardan bir ticarethaneyi (fonds de commerce), bir zirai işletmeyi, eksperler tarafından tâyin edilecek fiyat mukabilinde muhafaza edebileceği kararlaştırılabilir mi? Paris İstinaf mahkemesi «ticarî» denilen bu kaydı kabul ettiği halde temyiz mahkemesi miras mukavelelerinin men'ine mugayeretinden dolayı hükümsüz addetmiştir. [1]

3. Bir şerikin ölümü halinde onun hissesinin ne olacağını önceden tâyin eden şirket mukavelelerindeki kayıtlar hakkında ne demek lâzımdır? Paris İstinaf Mahkemesi bir dizi haşiyelere yol açan 5/12/1929 tarihli kararında bu kaydın muteber olduğunu söylemişti. Gény bunu tasvip ettiği halde Capitant ciddi bir tenkide tâbi tutuyor. [2]

4. Almanyada aşağıdaki halde ölüme bağlı bir tasarruf olup olmadığı soruldu: Bir ebeveyn gayri menkullerini oğullarından birine satıyorlar. Oğul gayri menkullerin maliki kaldığı ve muntazaman faizlerini ödediği müddetçe bedelden 31000 markın tediyesi istenilmeyecek. Aynı şahıslar arasında altı gün sonra aktedilen ikinci bir mukavele ile oğul ebeveyninden fazla yaşadığı takdirde 31000 markhk bakiye borcundan 25000 markının kendisinden istenilmiyeceği buna mukabil kendisinin de ana ve babasının mirasındaki bütün haklarından feragat ettiği kararlaştırılıyor. (İşaret edelim ki Almanyada mirastan feragat İsviçrede olduğu hibi miras mukavelesinin şekillerine tâbi değildir: A M.K. nun 2346 ıncı ve müteakkip maddeleri, bilhassa 2348-inci maddesi). Düsseldorf Mafevk Mahkemesi (Oberlandsgericht) ebeveynden fazla yaşamağa muallak olan bu ibra muayyen bir malda ölüme bağlı tasarruftur, o halde şekil noksanından dolayı batıldır demişti. Alman Temyiz Mahkemesi (Reichsgericht) hayır bu ibra evvelki gayri menkul satış mukavelesinin bir cüz'üdür; hayattakiler arasındaki bir mukaveledir ve muteberdir diye cevap verdi.[3]

5. Bir oğul bir gayri menkulü annesine satıyor. Buna mukabil annede bu gayri menkul üzerinde oğlu lehine, hükümleri kendisinin ölümünden sonra cari olmak üzere, bir intifa hakkı tesis ediyor. Keyfiyet hemen tapu sicillinede yazılıyor. Bu ölüme bağlı bâtıl bir tasarrufmudur? Karlsruhe Mafevk Mahkemesi hayır diye hükmediyor.[4]

B. Mutavassıtlar marifetiyle bir kimse lehine yapılan anlaşmalar.

[1] Revue trim., 1933, s. 153—157, Prof. Savatier nin bu meşhur ihtilafın bütün safhalarını hatırlatan şiddetli tenkitleri ile beraber.

[2] Sirey, 1930, II s. 57 ve Dalloz, 1931, II, s. 4 ve 5. Mümasil bir hâdiseyede bakınız: Sirey, 1930, II s. 97 ve Dalloz, 1931 II, s. 1—3; Paris Mahkemesinin temyiz Mahkemesi tarafından bozulan bir kararı: Sirey, I, s. 161

[3] Seufferts Archiv, cilt 77, s. 101, no.60.

[4] *Entscheidungen der Oberlandesgerichte, sene 1919, s. 238.*

218

6. ***Fransa***. Boşanmış bir erkek bir beyaz çeki keşidecinin ölümünden sonra tahsil edilmek ve metresine verilmek üzere bir arkadaşına bırakıyor. Seine Mahkemesi butlana karar vermiştir; Savatier bu kararı tasvip ettiği halde Demogue tenkit ediyor. [1]

7. ***Kanada***. Haleti nezide bulunan bir kadın kızına dört ay sonra kabili tediye bir borç senedi veriyor. ***Montréal*** (Kanada) Mahkemesi (La Cour du Banc du Roi) «vadeden kadının bu senedi imzalarken onu bizzat tediye etmek istememiş olduğuna, bunu terekesinin uhtesine yüklemeği düşündüğüne, ve bunda ölüme bağlı bir hibenin karakteristik alâmetleri bulunduğuna, vahibin kendisini mevhubunlehe tercih etmekte devam ettiğine ve fakat bu sonuncuyuda mirasçılarına tercih etmekte olduğuna» hükmetmiştir.[2]

Almanya. Alman medeni kanununda başkası lehine şarta müteallik olup meseleyi çok hususi bir şekilde vazeden bir seri hükümler (m. 328—338) mevcut olduğunu hatırlatmak lâzımdır. Bu tetkikımız sırasında bu mevzua avdet edeceğiz. şimdilik bazı misalleri tefsir etmeden zikirle iktifa edelim.

8. Ağır hasta bir köy papazı 8 ağustosta muavininin ziyaretini kabul ediyor; ona: «İşte bu senetleri peskoposa falan iş (Oeuvre) için veriyorum» diyor. Muavin, «hemşirenizi düşündünüz mü» diye nazarı dikkatini celbediyor. Haleti nezide bulunan «evet; daha ipoteklerim var, daha evde ne varsa ona kalacaktır» diye cevap veriyor. 11 ağustosta muavinin yeni bir ziyareti; papaz yatağından zorla kalkarak senetleri ziyaretçiye veriyor. 20 ağustosta hemşiresini biricik varis olarak tâyin ediyor. 21 ağustosta ölüyor. 25 ağustosta muavin senetleri peskoposa veriyor; oda bunları tâyin olunan iş için kabul ediyor.

Mirasçı senetlerin tevdi edildiği müessese aleyhine iadeleri için dâva açıyor.

Mirasçı Temyiz makhemesi önünde hak kazanıyor.[3]

9. Bir kadın bir bankaya senetler tevdi ediyor, ve X ile Y nin bunları çekmek hakkını haiz bulunduklarını ve fakat şimdilik bundan haberdar edilmiyeceklerini tasrih ediyor. Banka senetleri aldığını bildiriyor ve yukardaki kaydı not ediyor. Mudi'in ölümünden sonra istifade edici X, Y ile vasiyeti tenfiz memuru arasında ihtilâf çıkıyor.

[1] Revue trim. 1932, s. 202—203, s. 504—506.
[2] Revue trim, 1933, s. 557,
[3] Cilt 83, s. 223.

Vasiyeti tenfiz memuru Temyiz mahkemesinden senetlerin iadesine karar alıyor. [1]

Fakat, aksine olarak aşağıdaki hallerde istifade ediciler hak kazandılar:

10. G. bankasını kız yeğenine bir hesap açmağa ve bunun alacak hanesine kendi zimmetinden 6000 mark kayde ve bu parayı kendi ölümünden sonra yeğenine ödemeğe memur etmişti. [2]

11. Bir kadın bir tasarruf sandığına para yatırıyor. Hayatta kaldığı müddetçe kendisinin hak sahibi olarak kalacağını şart koşarak tasarruf karnelerini hemşirelerinin ismine tanzim ettiriyor. [3]

II. Federal Mahkeme Kararları

Federal Mahkeme içtihatlarından çıkardığım hâdiseleri (cas) şimdilik tarih sırası ile, şerh etmeksizin, zikredeceğim.

12. Dâvacı: Lecoultre ve arkadaşları; Dâvaolunan: Heridier. [4]

Hayatı müddetince alacaklıya, onun ölümünde hemşiresine ödenmesi kararlaştırılan kaydı hayat şartı ile bir irat.

Federal Mahkeme burada ölüme bağlı bir tasarruf görmüyor. Bunu eski borçlar kanununun 128 inci maddesine göre muteber olan başkası lehine bir şart olarak kabul ediyor (mucip sebepler 2) Böyle olmakla beraber, Federal Mahkeme lehine şart yapılanın ancak alacaklının ölümünde ve o anda hayatta olmak şartı ile ve lehine yapılan bu şart geri alınmamışsa hak kazanabileceğini, o suretle ki hali hazırda bunu ne kabul ne de ret edebileceğini beyan ediyor (mucip sebepler 9)

13. Dâvacı: Couvoisier, Dâva olunan: Huguenin. [5]

Hugunenin aşağıdaki vesikayı imzalıyarak damadı Sandoz'ya veriyor:

«Fleurier sakinlerinden Paul Sandozun karısı, kızım Cecile'e mirastaki hissesine mahsuben ve yalnız benim ve karımın vefatından sonra kabili tediye olmak üzere... faizlerini ödemeğe mecbur olmaksızın damadım paul Sandoz'ya ve kızım Gécile'e dört bin franklık kefalet veriyorum. Fleurier'deki gayrimenkullerim hiçbir ipotekle mukayyet olmadıkları cihetle imzamın kıymetine şahadet etmektedirler.17 haziran 1890 da Chaux de Fonds'da yapılmıştır. İmza, Ed. Huguenin»

[1] Cilt 98, S. 279
[2] Cilt 88, S. 137
[3] Cilt 106. S. 1.
[4] Recueil officiel, 1899, II, S. 352.
[5] Recueil officiel, 1900, II, S. 317.

«Bu kefalet damadım lehine muvafık bulacağı ve kendisine yukarda bahsi geçen dört bin frankı temin edecek alacaklı için verilmiştir. 17 haziran 1890. İmza, Edouard Huguenin»

Sandoz bu vesikayı Bayan Courvoisier'ye vererek ödünç para alıyor. Huguenin in ölümünden sonra bu kefaletin muteberiyetine mirascısı oğlu Arnold Huguenin tarafından itiraz edildi. Neuchâtel Kanton Mahkemesi alacaklının talebini reddetti. Çünkü: «17 haziran 1890 tarihli vesikayı imza eden açık olarak kendisini borç altına sokmamak ancak kızı Gécile'e kendi mirasındaki hissesi üzerinde bir kefalet vermek niyetini izhar etmiştir. O halde Bayan Courvoisier hiçbir vakit Edouard Huguenin in alacaklısı olmamıştı, ve onun mirasının da alacaklısı değildir.»

Federal Mahkeme Courvoisier nin talebini belki hakkaniyete uygun olmakla beraber, burada münakaşası faidesiz olan, gayri vazıh bir mütalâa ile kabul etti.

14. Dâvacı: Barilliet, Dâva olunan: Bayan Paget. [1]

Bilahara evlenerek Paget adını alan Bayan Arnaud eski vasisi Barilliet lehine bir borç ikrarı imza ediyor. Borçlunun bu borcu ödemesi şarta muallaktır: «Eğer Barilliet borçlusundan evvel ölürse borçlu ibra edilmiş olacaktır.»

Barilliet borçludan evvel ölüyor. Mirasçısı, Bayan Paget aleyhine, bu kaydın İsv. B. K.nun 245 (T. B. K. 240) ıncı maddesinde gösterilen şekillere mugayîr batıl bir ölüme bağlı hibe olduğundan bahisle dâva açıyor. Dâvasını Genevre Mahkemeleri ve Federal Mahkeme huzurunda kaybetti. Eğer Paget daha evvel vefat etse edi hâdise daha alâkabahş olurdu. Zira konulan şarta göre borç muaccel olacaktı. Borçlunun mirasçısı Gaius ün «obligatio ab heredis persuna incipere non potest» kaidesini ileri sürerek kendisini kurtarebilecek mi idi?

15. Dâvacı: Zimmerli; Dâvaolunan: Bayan Berthoud ve arkadaşları.[2]

Otto Zimmerli oğlu Gaston lehine «yevmiye, masraflar, muhtelif ihtimamlar" için 15000 franklık bir borç ikrarı imza ediyor. Bu ikrarda «Bu para benim ölümümden sonra tediye edilecektir» deniliyor. Sadece imza Otto Zimmerli nin el yazısı iledir; yani bu vesika el yazısı ile yapılmış bir vasiyetname olarak kabul edilemez.

Diğer mirasçılar burada şekil noksanı dolayısı ile batıl bir ölüme bağlı hibe vardır diye iddia ettiler (İsv.B.K.m.245,T.B.K.m.240).

Federal Mahkeme Gaston Zimmerli'nin babasına bazı hizmetlerde bulunduğunu müşahade ederek bunların kıymetini 7500 frank olarak kabul

[1] R. off. 1918, S. 179.
[2] R.off.1920,II,s.38

etti; bu mıktar için babanın borç ikrarını vadesi ölüme talik edilmiş bir borcun tediyesi olarak farzetti; fakat üst tarafı batıl bir ölüme bağlı hibe olarak kabul olundu. İşte böylece «ölümde lâzimüttediye»diye yapılan borç ikrarlarının sebepleri tefrik edici kriter vazifesini gördüler. Bunu unutmıyalım.

16. Dâvacı: Bucher; Dâva olunan: Kretz. [1]

Joseph Bucher, Kretz kardeşlere, Niederwil ve Hostettli' deki gayri menkullerini, kira hitamında mal sahibi arazinin işletilmesine bizzat devam etmek istemediği veyahut icar akdinin devamı sırasında öldüğü takdirde bir iştira hakkı bahşederek, on sene için kiralıyor. Mülk sahibi altı sene sonunda ölüyor, kiracılar, mirasçıları, evvelce mutabık kalın n 34000 frank mukabilnde, gayrı menkullerin mülkiyetini kendilerine nakle davet ediyorlar Mirasçılar bu iştira mukavelesinin ancak miras mukavelesi şeklinde yapılabilecek ölüme bağlı bir tasarruf olduğunu ileri sürerek bu talebi reddettiler.

Federal Mahkemeye göre, bir mukavelenin hükmünün taraflardan birisinin ölümüne talik edilmiş olması onu ölüme bağlı hir tasarruf haline koymadığından kiracılar haklı çıktılar.

17. Dâvacı: Henz—Gautschi mirasçıları; Dâvaolunan: Grässli.[2]

Artık dinlenmek üzere işini bırakmak istiyen bir tüccar, Henz, ticaret hanesini ticarî mümesili Grassli'ye 50000 frankı peşin ödenmek suretiyle 140000 frank mukabilinde satıyor; onunla bir komandit şirket aktediyor; bedelin mütebakisini, yani 90000 frankını sermaye olarak bırakıyor. Bilâhara muhtelif gayrı menkuller üzerinde, onbeş sene müddetle muteber olmak ve «Bay Henz yaşadığı müddetçe bu iştira hakkı talik edilmiştir.» kaydı ile mümessiline bir iştira hakkı bahşediyor.Bu hususta tapu sicilline de şerh veriliyor.

İki seneden kısa bir müddet sonra Henz ölüyor, mirasçıları iştira hakkının muteberliğine itiraz ediyorlar; bunu bizzat yapanı değil sadece mirasçılarını borçlandıran ölüme bağlı bir tasarruf olarak kabul ediyorlar. Dâvalarını kaybettiler.

Federal Mahkeme tapu siciline kayıtla iştira hakkı Henz'i daha sağlığında takyit etmiştir diyor;ve «dâva olunanlar tarafından ortaya atılan şu esas mesele karşısında vaziyet almağa lüzum bırakmıyor: eğer bir mukavele tarafları şahsen değil sadece mirasçılarını bağlıyan borçlar ihdas ederse miras mukavelesi şekillerine riayet etmek lâzım mıdır?» diye ilâve ediyor.

[1] R.off,1920,II,s.230;J. Trib.1921,s.5

[2] R.off.1924,II,s.370:J. Trib.1925,s.40

18. Dâvacı: Scheuber - Röthlin, dâva olunan: Röthlin. [1]

Müşterek bir gayrı mekulün taksimi yerine yapılan bir satış mukavelesinde «Eğer müşteri bekâr veya çocuksuz ölürse bayi aynı miktar para mukabilinde gayri mekul üzerinde bir geri alma hakkına (droit de retrait — Zugrecht) sahip olacaktır. » diye anlaşılıyor.

Obwalden Kanton Mahkemesi [2] 1912 den evvel konulmuş bu kaydı ölüme bağlı bir tasarruf değil eski kanton hukukuna uygun aynî bir geri alma yahut bir vefa hakkı olarak kabul etti. Federal Mahkeme federal hukuku alâkadar etmiyen bu tarif üzerine yeniden avdet edecek değildi.

19. Dâvacı: Kubny—Kotzian; dâva olunan: Hanseler. [3]

Bir kadın senetlerini bir bankaya tevdi ediyor ve yeğenine de bu vediayı idare etmek, bunda tasarruf etmek ve çekmek için umumi bir vekâlet veriyor; bu gaye ile onu banka nezdinde kendisini temsile salâhiyttar kılıyor. Bu vekâletname müvekkilin ölümü ile nihayet bulmıyacaktır.

Bu kadın ağır surette hastalandığından vekil yeğen senetleri, mudi nin hemşiresi olan, annesi üzerine naklediyor. Hasta bu naklin ertesi günü ölüyor.

Yeğen 83000 frankı terekeye ödemeğe mahkûm ediliyor. (Aksiyonların devir esnasındaki kıymeti; o vakitten sonra kıymetlerinden bir haylı kaybetmişlerdi). Kararın enteresan kısmı 427 inci sahifenin sonunda, 428 inci sahifenin başındadır (R.off.): Eğer vekâlet ölüme bağlı bir hibe yapmağa mâtuf idi ise ancak ölüme bağlı bir tasarruf şeklinde muteber olabilirdi (İsv. B.K. m. 245, T. B. K.m. 240).

§ 2. Bu tetkikin mevzu ve metodu.

Belki bu yaptığımız karar intihabı keyfî ve nâtamam bulunacaktır. Zira asıl miras mukavelelerine mütedair hiçbir karar, içinde üçüncü bir şahsın ölümü bir borcun vâdesi veya şartı olarak tâyin edilmiş hiçbir misali, bir üçüncü şahsın mirasının bizatihi mukavelenin mevzuunu teşkil ettiği hiçbir hâdiseyi ihtiva etmiyor.Halbuki Fedaral Mahkeme 1912 denberi halliçin bu kabil dâvalarla karşılaşmıştır. Fakat bunlar burada kasten bir tarafa bırakılmışlardır. Bu bir tarafa bırakış tetkik edilecek mevzuun hudutlarını göstermektedir. Bunu şu şekilde ifade etmek mümkündür:

Âkit taraflardan birisinin ölümü akdin unsurlarından birini teşkil ettiği vakit bu akit muhakkak miras hukuku çerçevesine giren ölüme bağlı bir tasarruf karakterini mi haizdir? Yoksa böyle olmakla beraber bu akit borç-

[1] R. Off. 1927, II, S. 392: J. Trib. 1928, S. 162.
[2] Schw. Jur. Zeit, cilt XXIX, no. 176, S. 248.
[3] R. Off. 1932, II, S. 423, J. Trib. 1933, no. 340.

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

lar hukukuna ait olabilir mi? Bir miras mukavelesi karşısında değil alelâde bir mukavele karşısında bulunulduğunu nasıl anlıyacağız?

Görülüyar ki: muhtemel mirasçıların üçüncü bir şahsın mirasındaki hiseleri üzerinde aktettikleri mukaveleler (İsv. M. K. m. 636, T.M. K· m. 613) böylece tahdit ettiğimiz mevzuun içine girmiyorlar. Hiç şüphe yok ki bu kabil mukaveleler (636 ıncı maddenin kanundaki mevkiine rağmen), halledilecek mesele hakikati halde: böyle bir mukavelenin mevzuu mubahmıdır? Yoksa Julien ile beraber «sollicitus est de vivi hereditate» ye« imprabus» damgasını mı vurmak lâzımdır? [1]

olduğu için sistematik olarak borçlar hukukuna [1] ait bulunmaktadırlar. «Eğer tevarüs edersem «,«tevarüs ettiğim vakit» kayıtları ile yapılan tediye vaitleri de sırf borçlar hukukundandırlar. Üçüncü şahsın ölümü burada sadece taahhüdün şartı veya vâdesidir. Şüpheli olan şey akdin şarta muallâk olması değil muhtelif şıkların zaman ve mekâna göre ona vuracağı gayrı ahlâki damgasıdır. [2] o halde bu miras hukuku ile akitler hukuku arasındaki hududu alâkadar etmiyor.

Bilâkis hayat sigortalarındaki ***fesh edilebilir istifade kaydı*** (clause béneficiaire révocable) ile meşgul olabileceğiz. Mütehassısların büyük bir kısmı onu başkası lehine bir şartmış gibi tarif ederek hayattakiler arasındaki tasarruflar meyanına ithal ediyorlar. Fakat diğer bir çokları—bir çok adlî kararlar dahi—istifade kaydını ölüme bağlı muayyen bir malda tasarruf (legs) ile mükayese ediyorlar, bazı noktalarda ona benzetiyorlar ve nev'i şahsına münhasır ölüme bağlı bir tasarruf olarak kabul ediyorlar. O halde burada tetkiki bize düşen bir hudut ihtilâfı var. Eğer yukarda bir hayat sigortası mukavelesinin istifade edeninin (bénéficiaire) haklarını alâkadar eden bir karar zikretmedi ise bunun sebebi bu tadadın çok fazla olacağı idi; diğer taraftan bütün bu bahis son zamanlarda federal hâkim Jäger in 2 nisan 1908 tarihli federal kanun şerhi ile çok etraflı bir şekilde izah edilmiş bulunuyor.

Esasen bizim gayemiz ne mahkeme kararlarının bir tetkikini, nede mümkün olduğu kadar çok münferit meseleler üzerinde muhtelif müelliflerin

[1] 636 ıncı madde üzerine Brunner — Moser — Brunner kararına bakınız, R. off. 1931, II, S. 21; J. Trib. 1931, S. 418. Hatta müteveffa akte iştirak ve müsaade etse akit miras hukukuna müteallik olmaz. Zira müteveffanın ölüme bağlı tasarruf hakkı serbest kalıyor (mucip sebepler 2 nin sonuna bakınız). Bu sebeple resmî şekil mecburi değildir.

[1] Alman M. K. nun 312, Fransız M. K. nun borçlar kitabının 1130 ve 1600 üncü maddelerine bakınız. Fransz kanunu memnuiyeti 791 ve 1389 uncu maddelerde de tekrar ediyor.

[2] Fed.Mah. kararı: R. Off.1916, II, s. 190; J. Trib. 1916. s. 674. — M.E. — Isler kararı: R.off. 1930, II, s. 347; J. Trib. 1931, s. 363.

fikirlerinin bir kataloğunu yapmak değildir. Bir duruşmanın arefesinde şerhlerini bir çare (dicta probantia) bulmak için hararetle karıştıran tatbikatçılar bu tetkikte istediklerini bulamıyacaklardır. Hakikaten bu tetkikimiz bu hudut meselemiz üzerinde teemmül için bir kaç dakıykalık zaman ayırabileceklere hitap ediyor. Fakat hukukî hayatın müşküllerine maruz kalmış her hukukçuya tetkiki tavsiye edebileceğimizi zannediyoruz. Nazarî araştırmalar faidesiz bir lüks, yahut kanunun tatbiki ile alâkası olmıyan bir fikir oyunu olmak şöyle dursun bilâkis iyi bir hukuki tatbikatın sarfınazar edilemez bir şartıdır. [1] Eğer bazan hayatî bir zaruret (yahut böyle olduğu tahayyül olunan) izahı müşkül bir hal şekli emrediyorsa bu ancak tamamiyle muvakkat bir zaman için kabul edilmeli ve her ne bahasına olursa olsun nazari temeli bulunmalıdır. Aksi takdirde fikirler münferit halde kalırlar, her yeni hadise bir şüphe doğurur ve tereddütle yürünür. Meselâ müessese iyi tamik edilmediği için hayat sigortalarındaki istifade kaydına (clause bénéficiaire) ait neşriyat adeta bir Babil kulesi!

Hukuk ilminin ilk ve basit kaideleri üzerinde çalışırken ciddî bir muhakeme istimal etmeği tecrübe edeceğiz. Bu usul bu gün fazlaca terk edilmiştir; «hakikatlerin mânası», yahut kanun vazının «gayesi» diye adlandırılan şeylerden ilham alan faideci (utilitariste) izahlar tercih olunuyor. O halde hudut meselemizi miras ve borçlar hukukunun umumi prensipleri önüne koyacağız. Bu prensipler bizim için sarsılmalarına hiç bir vakit müsaade edilemiyecek mütearifeler (axiomes) olacaktır. Bu demektir ki münferit bir müşkülün ihtiyaçları için ekseriya çok mahir ve fakat hukuk ilminin esas kaideleri ile fena imtizaç eden ve kendisinden memnuniyetle arzu edilen hal çareleri çıkarılan yeni fikirler tasavvur etmekten ibaret olan lafza ehemmiyet veren hukukçuluğun (***Begriffsjurisprudenz***) usullerini de bertaraf edeceğiz. Fikrimce yenilmiş olmağı itiraf etmek daha iyidir. Böylece usul bakımından vaziyet almamız çok tabii olarak bizi klasiklere, zikrettiğimiz bir çok kararlarda zımnen rastlanılan ve federal Mahkeme tarafından ***Hen—Gautschi (No. 17)*** dâvasında sarahatan beyan olunan ve fakat sual şeklinde bırakılan Gaius'un şu teoremine götürür: Melâde bir mukavele ile âkit tarafları şahsen değil yalnız onların mirasılarını bağlıyacak borçlar ihdas etmek mümkün müdür?

Gaius hayır demişti. İmparator Justinien bundan böyle bu mümkün olacaktır diye emretti. Bu iki hal şeklinden hangisini takip etmek istiyoruz?

(Sonu var)

229

Bibliyografya

ABDULLAH AYTEMİZ (Temyiz mahkemesi İcra ve iflâs dairesi reisi) — *İcra ve iflâs (Takip) Hukuku ile alâkalı Temyiz kaıar ve içtihatları.* Ankara 1944 yeni Cezaevi matbaası 146 s. Fi. 350 kuruş.

Temyiz İcra ve İflâs dairesi reisi sayın Abdullah Aytemiz çok faydalı ve kendi sahasında hemen hemen yegâne olan bir kitap neşretmiş bulunuyor: ***Takip hukuku ile alâkalı Temyiz Karar ve içtihatları.*** Ana kanunlarımızın muhtelif hükümleri hakkında en yüksek kazaî mercimizin görüşlerini tesbit eden kararların ehemmiyeti her türlü izahtan müstağni kalacak kadar büyüktür. Nitekim, son zamanlarda hâkim veya avukat arkadaşlar tarafından neşredilen ve her madde altına Temyiz mahkemesinin alâkalı kararlarını toplıyan kanunlar büyük hizmetler ifa etmekte ve çok rağbet görmektedir.

Sayın Abdullah Aytemiz tarafından neşredilen eser, şimdiye kadar neşredilenlerin, takip ettiği usul ve tasnif tarzı itibarile farklıdır. Filhakika bazı eserlerde aynı karar, alâkadar ettiği muhtelif maddelerin altında tekrarlanmaktadır. Elimizdeki eser bu mahzurdan salimdir: madde sırası takip edilmiyerek ***müesseseler*** esas tutulmuş ve her müesseseyî ilgilendiren kararlar aynen tekrar edilmiyerek mühim noktaları ihtiva eden ve açık bir dille yazılmış birer formül haline getirilmiştir. Bu suretle haciz, satış, istihkak dâvası, itiraz ilâh gibi müesseseler etrafında tebellür eden içtihatların hepsini gözden geçirmek son derece kolaylaşmıştır.

Eser; ihtiva ettiği malzeme itibarile de pek zengindir: 2400 sayılı İcra ve İflâs kanunu yürürlüğe girdiği tarihten 1944 yılı Mayıs ortasına kadar sözü geçen kanunun ve bununla ilgili ana ve hususi kanunun tatbikatına mütedair olarak Temyiz mahkemesi İcra ve İflâs dairesince veya Temyiz Umumi heyeti veya tevhidi içtihat heyeti umumiyesince verilen 1000 den fazla kararı toplamaktadır. Şimdiye kadar bu sahada bu kadar zengin malzemeye istinat eden bir eser intişar etmemişti. Kitap en yeni kararları ihtiva etmek gibi bir ruçhanı da haizdir. Çünkü 1944 Mayıs sonuna kadar verilen kararlara eserde yer vermek mümkün olmuştur.

Nihayet, kitap temiz ve kolay anlaşılır bir dille kaleme alınmıştır

Haddizatında girift, müphem bir kanun olan İcra ve İflâs kanunu muzun mahkeme içtihatlarına göre bir şarhi mahiyetini taşıyan bu fay

dalı eser, yalnız adliye müntesiplerini değil, fakat kanunun tatbikatile ilgili bütün avukatları, dâva vekillerini, noterleri ve fakülte talebelerinin her an müracaat edecekleri bir kitap mahiyetini taşımaktadır. Okuyucularımıza tavsiye ederiz. [1] F. A.

İSMAİL HAKKI GÖRELİ: *İdari vesayet - Âmme hükmi şahıslarının idari murakabesi.* (Türk Hukuk Korumu neşriyatından (1944 S. 32 Fiyatı 25 kuruş.

Sayın İsmail Hakkı Göreli evvel emirde son yüz yıl içinde devlet hizmetlerinin eskisile kıyaslanamıyacak kadar artışına işaret etmektedir.

Gerçekten devlet artık yüklendiği vazifelerin hepsini bizzat yapmağa muktedir olamıyarak bunları idare edenlerin doğrudan doğruya filen iştirak ettikleri diger hükmi şahıslara topluluklara, müesseselere bırakmağa mecbur olmuştur. kâhmahalli işlerin nepsinin idaresi, seçilmiş hey'etlere tevdi edilmiştir (ki bu mahalli ademi merkeziyettir) kâh idarenin umumi heyetten hususi hizmetlerin bir kısmı müstakil bir idareye tevdi edilmek üzere ayrılmıştır. (ki bu hizmet ademi mekeziyetidir). İşte bütün ademi merkeziyet hallerinde hizmetler arasında bir rabıta muhafaza etmek sevk ve idarede bir vahdet temin etmek ihtiyacı ***idari vesayeti*** doğurmuştur.

Bundan sonra (vesayet=tutelle) tâbirinin tenkidine geçen sayın müellif ademi merkeziyet makamları ve bunların fiil ve kararları üzerinde âmme menfaatlarının himayesi gayesile, mafevk bir makama kanunlar tarafından tanınan muayyen salâhiyetler diye tarif ettiği bu mefhumu iyice ifade edemediğini izah eylemiş ve bundan sonra iş bu tarifin unsurlarını aydınlatmıştır. Bunu takiben idari mürakabe ve vesayetin hangi makam tarafından hangi mevzular üzerinde ve hangi usullerle icra edileceğini, idari vesayete hâkim meseleleri izah eylemiştir.

Nazari izahlarını tamamlamak için mevzuatımızda idari vesayetin tatbikine geçen müellif vilayet hususi idarelerinde bütçe, istikraz meselelerinde idari vesayetin tecellisini anlatmış, bu arada 1329 tarihli idareyi umumiyeyi vilayet kanununun 135 inci maddesi üzerinde merhum Mustafa Şeref Özkanın fikirlerini tahlil eylemiştir. Bundan sonra sırasile belediyeler, köyler, iktisadi devlet teşekkülleri üzerinde idari vesayetin tatbik şekilleri misallerle canlandırılmıştır.

F. A.

[1] Eser *Ankarada Akba Kitap evi* İstanbul *Üniversite kitapevi* ve *Cihan kitap evinden* tedarik edilebilir.

Ord. Prof. Dr. ALİ FUAT BAŞGİL — *Vatandaşların Büyük Millet Meclisine müracaat hakkı.* (Türk Hukuk Kurumu neşriyatından) 1944 s. 23 Fiyatı 25 kuruş.

Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzun şimdiye kadar esaslı bir tetkika tâib tutulmamış olan 82 inci maddesini mevzu ittihaz eden konferanscı önce konuyu tarif ve tahdit etmiş ve bu münasebetle muracaatın muhtelif nevilerini (İdari, kazai muracaat) anlatarak «vatandaşların bir veya birkaçının, kanuna ve müesses nizama aykırı gördüğü bir hali, hareket ve vaziyeti salâhiyetli bir makama veya doğrudan doğruya Büyük Millet Meclisine münferiden veya müştereken bildirmek» halini ifade eden 82 inci maddenin yalnız bir kısmını yani meclise müracaat kısmını incelemiştir.

Konferanscı evvelâ resmî makamlara müracaatın fert için tabiî bir hak olduğunu işaret etmiş, sonra sırasile bu müracaatın kanuni bir hak olarak menşe ve tekâmülü, türkiyede resmî makamlara müracaat hakkını, meclise müracaat hakkının mahiyet ve şumülü, müracaatların mecliste tâbi olduğu tetkik ve karar usulü, meclisin müracaat hakkında karar salâhiyetinin hududu ve müracaatın hukukî neticesi, meclise yapılan müracaatın siyasî ve sosyal ehemmiyeti gibi mühim konular izah edilmiştir.

Sayın konferanscı en sonda devlete idarî mahkemeler, idarî müracaat ve matbuat gibi vasıtaların mevcudiyeti sebebile meclise müracaatın hukukî netice ve faydasının mahdut olmasına mukabil bu müracaatların meclisin hükûmet ve idare üzerinde mürakabe salâhiyetini hareketе getirmesi, halk pisikolojisi bakımından da kanuni yollarla ihkak edilemiyen hak sahipleri için büyük bir ümit ve teselli kapısı olduğuna işaret etmektedir.

F. A.

Ord. Prof. Dr. E. HİRŞ — *Ticaret Hukukunda yeni temayüller.* (Türk hukuk kurumu neşriyatından) 1944 s. 23 Fiyatı 25 kuruş.

Sayın profesör alâka verici ve faydalı konferansında ***yaşıyan hukuk, iktisat hukuku, içtimaî kuvvetler, yeni nizam*** mevzuları üzerinde gerçekten «yeni» bilgiler vermektedir.

Bir kere, mer'i kanunlar ile yaşıyan hukuk arasında önemli bir ayırma vardır: hukukun değişmesi, eski hükümlerin ölmesi, yeni hükümlerin doğması hakikati halde içtimaî müessese ve münasebetlerin değişmesinden başka bir şey değildir; profesör bu fikrini anonim şirketler,

ticari senetler, sigorta hukuku deniz nakliyatında aldığı misallarle teyit ve ticaret hukukunda yeni temayüllerin tesbiti için yazılı kanunlardan ziyade iktisadi hayatta önemli olan hukuki münasebet ve müesseselerin göz önünde tutulması gerektigine işaret etmektedir.

Bundan sonra iktisadi hayatın kollektif bir şekil aldığını belirten profesör bu bapta bir çok misaller verdikten sonra, iktisadi nizam üzerine müessir olan âmilin içtimai kuvvetlerle fikir cereyanlarını mücerret olarak gözden geçirerek ve bu günkü harbin anlamı ve son amacının düzenlenmiş bir dünya ekonomisi olduğunu ifade ediyor.Daha sonra yeni ekonomik düzende tecelli edecek yeni temayüllerin (cihancılık) kelimesile hulâsa edilebileceğini, fakat hukuk tarihinden anlaşılabileceği gibi her kodifikasyon muayyen bir hukuk devrinin sonunu tecelli ettirdiğinden ticaret hukukunda yeni temayülleri aksettirecek olan kodifikaysonun gerçekleşmesinden daha uzunzamana ihtiyacı olduğunu söylemektedir.

Bitirmeden önce işaret edelim ki, sayın profesör bu yazısında soyutlamak, tepki, etgi, etgin ve edilgen gibi yeni tâbirlere yer vermiştir.

F. A.

HÜSEYİN SAPMAZLI—*Çocuk hakları ve himaye müesseseleri*. İkinci basım. Ankara yeni ceza evi s. 230 Fiyatı 230 kuruş.

Maliye Vekâleti merkez hukuk müşaviri avukatı Hüseyin Sapmazlının, bir yıl önce ilk basım münasebetile mahiyetini, mevzuunu ve değerini etraflı bir şekilde takdim ettiğimiz eseri kısa bir müddet sonra ikinci basımı idrak etmiş bulunuyor. Eserin bir ihtiyaca tekabül ettiğine canlı delil olan bu hâdise, kısa bir müddet içinde ikinci basımlarını yapan diğer hukuki eserlerin sayısının artmasile birleştirilince, memleketimizde hukuki eserlerin okunduğu, hukuk edebiyatının geliştiği neticesine varmak icabediyor.

Müellif birinci tabı ile ikinci tabı ayıran kısa fasıla esnasında eserine bazı parçalar eklemiştir.Bilhassa yapılan ikazları iyi karşılayan müellif hukukçu olmıyan bir kitleye dahi hitap ettiğini göz önünde bulundurarak dilini sadeleştirmiştir.

Çocuk mevzuu etrafındaki muhtelif bilgileri bir araya toplıyan eserin daha mütekâmil bir şekilde yeni basımlarını idrak etmesini dileriz.

F. A.

Siyasi İlimler Mecmuası—Bu değerli mecmuanın Mayıs 1944 sayısı zengin münderecatla intişar etmiş bulunuyor. Başta millî Şefimiz İsmet

İnönü 19 Mayıs Gençlik Bayramında verdikleri tarihî nutku buluyoruz. Bundan sonra ***Burhan Belge'nin*** Milliyeiciliğin açık havasında adlı uzun ve dikkati çeken yazısını okuyoruz. Daha sonra ***Hasan Refik Ertug'un*** parti matbuat komisyonunun raporu münasebetile, ***Süreyya Erğün'ün*** idarecilerimiz ve şehirlerimiz, ***Dr. Cemil Bengü***'nün ceza tatbikatında memur, ***Prof Nogaro***'un bütçe müvazenesi, ***Dr. C. Ertug***'un pratik hekim ve ihtisas meselesi,H. Ş Adal'ın oligarşi adlı makalelerile ***teşrii çalışmalar, ayın kroniki, fikir hayatı,*** bibliyografya sütunları geliyor. F. A.

İstanbul Barosu Mecmuası:—Bilhassa tatbikatçılara hitap eden bu değerli mecmuanın Haziran sayısında ***A. H.Özkent'in*** Medeni ve ticari bakımda reşit olmıyan mümessilin temsil salâhiyeti, ***T. Zembulidis***'in hizmet akdi, ***Dr. S. Dönmezer'in*** pozitivist nazariyede cezai mesuliyetin esası, ***H. N. Savran'ın*** temyiz kararları aleyhinde devlet şûrasında dâva açılabilirmi,***Ö. C. Tansi'nin*** nafaka ve ehmmiyeti başlıklı yazılarile adli ve idari kararları buluyoruz. F. A.

İBRAHİM BEKSİMETÇİOĞLU(Yozgat Ağır Ceza Reisi): *Klağuz (İzahatlı miraslar tatbikatı):* İstanbul 1939, 228 sahife, 200 kuruş.

Değerli hukukçu arkadaşımız *İbrahim Beksimetçi oğlu*'nun elimize geçen «Miras tatbikatı» eseri; medeni kanunumuzdan evvel ölenlerin miraslarının bugün hâlâ tatbik mevkiinde sakıt olmamış bulunan feraiz hükümlerini ve tatbik şekillerini irae etmektedir.

Bugün genç hukukçularımızı eski hükümlere göre halledilecek miras işleri haylı düşündürmekte olup bu alanda tereddütleri izaleye yarayacak eserler de sayılabilecek kadar az olduğundan kararlarda isabetsizlikler görülmektedir.

Bu sebeple eser eski hükümlerin tatbik suretini gösteren meseleleri mufassal ve doğru olarak, ayrıca bugünkü mevzuatımızda mevcut miras hükümleri tatbik ve hal şekillerini ihtiva etmesi bakımlarından mesleğe yeni intisap etmiş hâkimlerimiz için eski ve yeni hâdiselere nüfuz bakımından faideli bir mehaz olacaktır.

Eser kısa fakat özlü bir ön sözden sonra esas mevzua girerek ıstılahları, terekeye taallûk eden hakları, mirasa istihkak sebebini, terekeye istihkakı olan vârisleri, irsi men eden sebepleri, farz sahiplerinin sehimlerinin nevilerini, farz sahiplerinin kırk halinden: babaların üç ve büyük babaların dört hal ve iki suretini, ana bir kardeşlerin, kocanın, karıların, kızların, oğul kızlarının, ana baba bir kız kardeşlerin ve anaların, bü-

yük anaların hallerini, suretlerini, asabalar ve ikinci kısım mevlalık sebebile asaba olanları, Hacib vârislikten mahrum olmak, farzların nevileri, Avliye meseleleri, meselelerin tashihini, bir tâifeli sehimlerle vârislerin sayıları arasındaki üç hali, bir tâifeden ziyade olan vârislerin sayıları (adetleri, reisleri) arasındaki dört hali, terekenin vârislere taksimi, tereke üzerinde sulh (teharüç), Münasaha, münasahadaki kaideyi ve istikamete misali, zevilerham ve birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü sınıf tercih ve vârislikleri, Hüsna, Haml, Mefkud (gaip), boğulanlarla yıkılan bina altında ölenler ve yangında yananlar, arazi kanununa göre intikal hükümlerini, tevsii intikal kanunu hükümlerini, 6 Safer 1284 tarihli ticareteynli musakkafat ve müsteğillatı mevkufenin intikali hakkındaki kanun hükümlerini, birinci, ikinci, üçüncü derece intikal sahiplerini; karı ve kocanın intikal haklarını, medeni kanunumuza göre mirasçıları ve ölenin ferinin miras hakkını, ana babanın miras haklarını, büyük ana ve büyük babaların miras haklarını, büyük ana ve babaların, ana ve babaların intifa haklarını, karı koca miras intifa haklarını, karı koca arasındaki mal birliği halini, karı ve kocanın mal ortaklığını, tasarruf nisabını, ferilerin mahfuz hisselerini ve tasarruf nisabını, ferilerin karı ve koca ile birleşmeleri halini, ana babanın mahfuz hisselerini ve tasarruf nisabını, ana ve babaların karı, koca ile birleşmeleri halini, ana ve baba ile erkek ve kız kardeşlerin birleşmesi halini, karı veya koca, ana ve baba ve kardeş ve kardeş ferilerinin birleşmesi halini, terekenin teberru ve vaziyete ait hisselerin neler olduğunu, münahasayı ve şekillerini ve hallerini, tevafuk, tedahül ve mübayenet ve mübayenetin diger şeklini, feraiz ile tevsii intikal kanunlarına göre vârislerin silsile teşkili halini, feraiz ve tevsii intikal ve medeni kanunlara göre vârislerin ve hisselerin teselsülü halini, feraiz ile medeni kanuna göre mirasın teselsülü ve vârislerinin hisselerinin tâyinini ve hesaplarını ve fihristi ihtiva etmektedir.

Değerli eserin açık türkçe yazılması ve meselelerin anlaşılması kolay ve basitlerinden intihap olunması kendisine daha fazla kıymet vermektedir.

Tatbikatta büyük istifade temin edecek olan eserin, müellifin diğer «Hukuk ve Ceza» tatbikatları adlı kitaplariyle birlikte İstanbulda Cihan kitap evinde satılmakta olduğunu okuyuculara hatırlatırız.

K. D.

731

Adliye Vekilliğinden :

Bir memuriyete girmeden ve Eylûl 939 tarihinden sonra muvazzaflık hizmetini kısa olarak yapmak üzere silâh altına alınmış olanlardan maaş kanununa ek 4379 sayılı kanunun muvakkat maddesinin ikinci fıkrası gereğince yedek subay okulunda ve subaylıkta geçirdikleri müddetten istifade edememiş olan hâkim ve müddeiumumi muavinlerinin hâkimler kanununun 29 uncu maddesine göre hazırlanan listesi aşağıda gösterilmiştir.

Kendilerini bu kıdemden istifadeye lâyık gördükleri halde listede isimlerini bulamıyanlar mezkûr maddenin 2 inci fıkrası gereğince neşir tarihinden itibaren bir ay içinde 2 No. lu ayırma meclisine yazılı olarak itiraz edebilirler.

Hâkimlik sınıfı

6 ıncı derece

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	6592	Recai Seçkin	İstanbul hâkim muavini
2	8215	Kemalettin Utku	İzmir hâkim muavini

9 uncu derece

1	7114	Hıfzı Benli	Fenike hâkim muavini
2	8158	Ahmet Adaman	Pertek hâkim muavini
3	8208	Kemal Çimen	Yıldızeli hâkim muavini
4	8209	Hayati Şener	Çumra hâkim muavini
5	8213	Lütfü Bozcalı	Edremit hâkim muavini
6	8222	Nuri Erkan	Keskin sorgu hâkimi
7	8223	Cevdet Can	Biga hâkim muavini
8	8224	Şefik Seren	Ceyhan hâkim muavini
9	8231	Celâl Oğan	Yayladağ hâkim muavini
10	8236	Osman Tokcan	Sorgun hâkim muavini
11	8258	Şefik Simav	Hayrebolu hâkim muavini
13	8267	Ali Sezel	Mesudiye hâkim muavini
14	8268	Muammer Yazar	Kars hâkim muavini
15	8289	Ali Göktürk	İmroz hâkim muavini
16	8299	Şevket Sancakoğlu	Akdağmadeni hâkim muavini
17	8301	Nihat Bilikser	Erzincan sorgu hâkimi
18	8302	Hicret Abışka	Babaeski hâkim muavini
19	8304	Abdullah Sünnetcioğlu	Şarköy hâkim muavini
20	8306	Fahrettin Öztürk	Şebikarahisar hâkim muavini
21	8307	Kâmil Tuncel	Fatsa hâkim muavini
22	8312	Hayri Aksoy	Korkuteli hâkim muavini
23	8323	Rauf Denker	Reyhanlı hâkim muavini

10 uncu derece

1	8303	Abdullah Tanyel	Kadınhan hâkim muavini

Müddeiumumilik sınıfı

9 uncu derece

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	8180	Ertuğrul Ayçin	Terme müddeiumumi muavini
2	8199	Cemalettin Ulusoy	Bor müddeiumumi muavini
3	8200	Nadir Alpay	Tokat müddeiumumi muavini
4	8212	Remzi Öner	Urfa müddeiumumi muavini
5	8214	Yavuz Fındıkgil	Turgutlu müddeiumumi muavini
6	8217	Emin Kutlay	Tire müddeiumumi muavini
9	8258	İzzettin Arıkan	Ayancık müddeiumumi muavini
10	8230	Yusuf Ziya Önel	Ordu müddeiumumi muavini
11	8233	Şakirettin Kazancı	Hopa müddeiumumi muavini
12	8250	Nuri Gökbalkan	Erdek müddeiumumi muavini
13	8251	Sabahattin Göksal	Akşehir müddeiumumi muavini
14	8253	Abdülmennan Akçalı	Adana müddeiumumi muavini
15	8266	Hüseyin Amcaoğlu	Karamürsel müddeiumumi muavini
16	8269	Necati Bayraksoy	Mucur müddeiumumi muavini
17	8279	Yusuf Sinanlı	Uşak müddeiumumi muavini
18	8283	Orhan Töre	Geyve müddeiumumi muavini
19	8290	Salâhattin Ersöz	Emet müddeiumumi muavini
20	8293	Mustafa Kumbar	Niksar müddeiumumi muavini
21	8294	Reşat Coşkun	İmroz müddeiumumi muavini
22	8308	Fikret Güner	Bozcaada müddeiumumi muavini
23	8311	Âdil Artun	Gediz müddeiumumi muavini
24	8321	Fethi Özdural	Zile müddeiumumi muavini
25	8330	Hayrettin Sezik	Kayseri müddeiumumi muavivini

Terfi listesine ek:

Adliye Vekilliğinden

Terfilerine halen kazaî ve inzibatî mâni olmıyan Muavin, Hâkim ve Müddeiumumilerin Ağustos/ 944 sonuna kadar terfi müddetlerini bitirenlerin 8/Haziran/944 tarihinde resmî gazete ile yayınlanan listeye ektir.

Hâkimlik sınıfı

Dördüncü derece

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	2045	Muhittin Yüm	Ankara hâkimi

Sekizinci derece

1	6068	Enveri Ege	Çeşme hâkimi

3885 numaralı kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasına tevfikan avukat stajyerleri İmtihanlarının İcrası tarzına dair talimatname

Madde: 1 — Avukat stajyerlerinin imtihanları, vekillikçe Temyiz Mahkemesi reis ve âzaları arasından seçilecek 2 ve Ankara barosunda kayıtlı avukatlardan intihap olunacak bir zat ile Hukuk ve Ceza işleri umum müdürlerinden müteşekkil bir heyet tarafından her sene Mayıs ve Birinciteşrin aylarında Ankarada yapılır.

İmtihan heyeti mürettep adedinin bir noksanile de teşekkül edebilir.

Madde: 2 — İmtihan yapılacağı günler Vekillikçe en az bir ay evvel Resmî Gazete ile ilân ve münasip bir tarzda alâkalılara bildirilmek üzere keyfiyet Cumhuriyet Müddeiumumiliklerine ve Barolara ayrıca tebliğ olunur.

Bu ilân üzerine imtihana girmek hakkını haiz tâlipler bulundukları mahal Cumhuriyet müddeiumumiliklerine istida ile müracaat ederler. Müddeiumumiliklece stajyerlerin isimleri ve avukatlık kanunu staj talimatnamesinin 5, 18 ve 25 inci maddelerinde yazılı evrak ve vesaikin nereden ve hangi tarih ve numara ile gönderilmiş olduğu imtihan gününden nihayet 15 gün evvel Vekâlete bildirilir. Bu vesaikten evvelce gönderilmemiş olanlar varsa aynı müddet içinde gönderilir.

Madde: 3 —Tâlipler imtihandan bir gün evvel Hukuk işleri umum müdürlüğüne gelirler. Göstereceksleri hüviyet cüzdanı ve dosyalarındaki vesikalara nazaran hüviyetleri tesbit olunarak müracaat sırası ile adları listeye yazılır ve imtihana girmek için lâzımgelen şartları haiz bulundukları takdirde stajyere sıra numarası altında mühürlü ve fotoğraflı bir belge verilir.

Bu belgeyi ibraz edemiyen stajyer imtihana kabul olunmaz.

Madde: 4 — İmtihan sualleri, Medeni kanun, Borçlar kanunu, Ticaret kanunu, Ceza kanunu, Ceza ve hukuk U. Muhakemeleri, avukatlık ve Harç, İcra ve iflâs kanunları üzerinde namzetlerin umumi bilgisile bu kanunların tatbiki bakımından vukuf derecelerini anlamağa medar olacak şekilde heyet tarafından tertip olunur.

Umumi malûmat imtihanı sözlü ve tatbikat imtihanı yazılı yapılır. İlk gün umumi malûmat imtihanına tahsis olunur. Sözlü imtihanda stajyere en az üç, en çok beş sual sorulur. Her sual için ayrı numara takdir olunur. Sözlü imtihanda muvaffak olmak için 9 uncu maddede yazılı nisbette numara almak şarttır. Bu imtihanda kazanamıyanlar yazılı imtihana giremezler.

Madde: 5—Yazılı imtihanın yapılacağı gün tâyin olunan saatten bir saat evvel imtihan sualleri heyet tarafından tesbit ve imza edildikten sonra bir zarf içine konarak mühürlenir ve talipler huzurunda mazruf açılarak sualler yazdırılır.

İmtihan heyeti, namzetlere tatbikat imtihanı sırasında kanunlara bakmağa müsaade edebilir. İmtihan heyeti cevabın verileceği müddeti tâyin eder.

Madde: 6 — Tâliplere imtihan için nümunesi gönderilen matbu mühürlü kâğıt verilir. İlk kâğıdın baş tarafındaki yere talibin adı yazılır ve imzası attırılır. Bundan başka bu kâğıtlara tâlibin hüviyetini gösterecek veya ima edebilecek şekilde kendi tarafından yazı yazılması veya işaret ve imza konulması imtihanın hükümsüzlüğünü mucip olur. İmtihanları heyet tarafından seçilecek iki zat murakabe eder.

Hiç bir stajyer imtihan kâğıtlarını vermeden salondan dışarı çıkamaz. Çıkarsa imtihana kabul olunmaz. Bu madde imtihan başlamadan evvel tâliplere okunur.

Madde: 7—İmtihan kâğıdı; murakabeye memur olanlar tarafından toplanarak tâliplerin ad ve imzalarını ihtiva eden kısmı kesildikten sonra bu kısmına konacak numaralar aynı imtihan kâğıtlarının üzerine yazılır ve imtihan heyetine teslim olunur.

Madde: 8 — Cevaplar imtihan heyetince tetkik edilerek suallerin herbirine ayrı ayrı numara verilir, Tetkikat bittikten sonra murakabe numaraları delâletile kâğıtların hangi stajyere ait olduğu murakıplar tarafından bir listeye yazılır.

Madde: 9 — Sözlü ve yazılı imtihanlarda tam numara ondur. Muvaffak olmak için sözlü ve yazılı imtihanda takdir edilen numaralar mecmuunun onda beşten ve her iki imtihan notlarının heyeti mecmuasının vasati olarak onda altıdan aşağı olmaması şarttır.

Madde: 10— Sözlü ve yazılı imtihanlar neticesinde stajyerlerin her biri hakkında imtihan heyeti tarafından kazandıkları numaralar gösterilmek suretile birer mazbata tanzim olunarak Vekâlet Hukuk işleri umum müdürlüğüne tevdi olunur.

Madde: 11— İmtihanda ehliyet göstérmiş olan stajyerlere ait mazbataların tasdikli birer sureti Vekillikçe kayıtlı bulundukları veya kaydolunacakları barolara gönderilir. Kazanamıyanlara yalnız imtihan neticesi tebliğ olunur.

İsviçre Federal Mahkemesi Kararları

HAKSIZ FİİL SEBEBİLE MESULİYET. YOLDA SEYRÜSEFER. TAM İLLİYET. KABİLİ TATBİK HUKUK. YARDIMCININ ZIYAI. Bir fransız otobüsünün İsviçrede sebep olduğu bir kazada yaralanan aile annesi. Mutazarırın ölümü.– Kocanın ve çocukların yardımcıdan mahrumiyet dolayısile açtıkları dâva. — Dâvanın kabulü.

BK. 41 ve müteakıp; 45 f. 3

1 — Mukavele harici zarar ve ziyan dâvaları, failin ve mutazarrırın tâbiiyetleri nazara alınmadan, zararın vukua geldiği yer hukukuna tâbidir.

Yalnız mesuliyeti doğuran hâdisenin bizatihi mevcudiyeti meselesi değil, fakat kusur, tazminatın mahiyet ve şümulü gibi bu mesuliyetin hususî şartları da bu hukuka tâbidir (Mucip sebepler: 1).

2 — Eğer bir yol işaretinin yerleştirilmesi, o mahallin vaziyetine göre mânianın yakınlığı hakkında ihtiyatlı bir şöförün nazarı dikkatini çekmiye salih ise, bu işaretin resmî emirlere uygun olmaması hususu, motorlu bir vasıtayı sevk edenin kusurunu azaltmıya veya kaldırmıya kâfi değildir (Mucip sebepler: 3).

3 — Maddî veya tabiî bir illiyet rabıtasının mecudiyeti maddi bir hâdise meselesidir. Bu illiyet rabıtasının tam olup olmadığını bilmek, bilâkis bir hukuki meseledir (Mucip sebepler: 4b).

Tam illiyet nazariyesi, eserle müessirin hukukî neticeler istihraç edilebilecek bi rabıta içerisinde bulunup bulunmadığını gösterecek şaşmaz bir vasıtayı daima vermez; şüpheli hallerde hâkim, hal icaplarının heyeti mecmuasının tetkikine ve kendi serbest takdirine göre, illiyet rabıtasının tam olup olmadığına karar vermek mecburiyetindedir (Mucip sebepleri 4 c).

4 — Sebeplerin inkişafındaki tesadüfî bir unsur (élément fortuit) dolayısı ile, dâva olunanın bütün zararı tazmine makkûm edilmesini adalete muvafık bulmazsa, hâkim; illiyet rabıtasının tam

olduğunu kabul etmekle beraber, tazminat miktarını indirebilir (Mucip sebebler: 4 c).

5 — Annelerini kaybeden çocuklar; babaları mevcut ve onların ihtiyaçlarını temin edecek vaziyette olsa bile, yardımcıdan mahrumiyet iddiasını dermeyan edebilirler (Mucip sebepleri: 6 b).

Dâvacı: Marx Willer ve arkadaşları, Dâva olunan: Müller Margot

30/1. TEŞRİN/1940; RO 66 II (JdT 1941 I 143)

Dâvacıların karısı ve anneleri Madam Louise Marx—Willer, Alzas'ın Fegersheim şehrinde ikamet ediyordu. 24 Temmuz 1938 de, bir Alzas otomobil nakliye müessesesi tarafından tanzim edilen bir cemiyet seyahatına iştirak etti, ve dâva olunan Müller tarafından sevkedilen bir otobüse bindi.

Therwil (Bâle-Campagne) de dâva olunanın otobüsü, muhafaza edilmemiş olan bir şimendifer geçidinde Birsig vadisi şimendiferinin otomotrisi ile çarpıştı. İki nakil vasıtası da ciddî surette hasara uğradı ve otobüstekilerin bir çoğu az veya çok ağır surette yaralandılar. Kurbanlar arasında olan Madam Marx bacaklarından ve kalçalarından yaralandı. Madam, Bâle'de Bourgeois hastahanesinde tedavide iken bir anjine tutuldu ve 8 Eylûl 1938 de öldü.

Şoför Müller aleyhine açılan cezaî takibata Madam Marx'ın kocası ve iki çocuğu şahsî hak müddeisi olarak müdahale ettiler ve:

Bütün tazminat miktarı için 5 ikinciteşrin 1938 den itibaren % 5 faiz işlemek şartile;

a) Kocası Antoine Marx: tedavi ve defin masrafı olarak 1166.55 ve 50 frank; yardımcıdan mahrumiyet dolayısile 9000 frank ve mânevî tazminat olarak 4000 frank;

b) Oğlu Charles—Georges: yardımcıdan mahrumiyet dâlayısile 5000 frank, mânevi tazminat olarak 2000 frank;

c) Oğlu René: yardımcıdan mahrumiyet dolayısile 1200 frank, mânevî tazminat olarak 2000 frank talep ettiler.

Bâle cinayet mahkemesi; dâva olunanı, ihmal neticesi şimendiferlerin emniyetini tehlikeye koymuş olmaktan, ihtiyatsızlıkla ölüme ve cismanî zarara sebebiyet vermekten, keza seyrüsefer kanununun 25 inci ve tatbik nizamnamesinin 14 üncü maddelerini ihlâl etmiş olmaktan dört ay hapse mahkûm ile tecil etti. Şahsî hak meselesini tetkik eden mahkeme, dâva olunanı:

a) Koca Antoine Marx'a tedavi ve defin masrafı olarak 1263,55 frank, yardımcıdan mahrumiyet dolayısı ile 4000 frank ve mânevi tazminat olarak 1000 frank;

b) Oğlu Ch. Georges'a yardımcıdan mahrumiyet dolayısile 3000 frank ve mânevî tazminat olarak 1000 frank;

c) Oğlu René'ye yardımcıdan mahrumiyet dolayısile 1000 frank ve mânevî tazminat olarak 500 frank ödemiye mahkûm etti.

İki tarafın ve Müddeiumuminin istinafı üzerine Bâle kantonu yüksek mahkemesi, tevkif neticesi çekilmiş sayılan hapis müddetini üç aya indirdi, şahsî hak meselesi üzerinde; yardımcıdan mahrumiyet dolayısile kocaya tahsis edilmiş olan para miktarını 2000 franka ve aynı sebeple Ch. Georges'a hükmedilmiş olanı da 1500 franka indirdi; geri kalan kısmı için ilk derece mahkemesinin kararını tasdik etti.

Dâva olunan kanton yüksek mahkemesinin 2 Nisan 1940 tarihli kararı aleyhine Federal mahkemeye müracaat etti; iddianın tamamının reddini ve bu olmadığı takdirde kabul edilmiş olan tazminat miktarının indirilmesini istedi.

Dâvacılar ilk derece mahkemesinde dermeyan ettikleri taleplerini tekrar ederek iltihak yolu ile temyiz isteğinde bulundular.

Federal mahkeme asıl temyiz talebini reddederek iltihak yolu ile temyizi kabul etti ve Bâle kantonu yüksek mahkemesinin kararını bozarak, dâva olunanı, 5 İlkteşrin 1938 den itibaren % 5 faizle beraber, dâvacı Antoine Marx'a 6427,75 frank, Ch. Georges'a 4817,80 frank ve René'ye 1420,70 frank ödemiye mahkûm etti.

Mucip sebepler

1 — Dâva olunan gibi dâvacılar da Fransız tâbiiyetindediler; kaza (accident) zamanında Fransa'da ikamet ediyorlardı, fakat kaza İsviçre toprağında vukua geldi. Ohalde hangi hukukun tatbiki kabil olduğunu bilmek bahis mevzuudur.

Bunun için, ilk olarak dâvacıların dâvalarına umumî vasıflarını vermek lâzımdır, zira bu dâvalara tatbiki kabil olan İsviçre hususî hukuku düvel kaidelerini bulmaya bu tavsif müsaade edecektir. Bu tavsifi yapabilmek için, mahkemenin bulunduğu yer kanununumu, yani İsviçre hukukunu ve İsviçre hukukî telâkkilerinimi tatbik etmek lâzımgeldiğini; yahut tatbiki kabil olan hukuku düvel kaidesini bulmak için hâdisede nazara alınabileçek olan muhtelif hukukta müşte-

rek temel mefhumlarını müracaat etmenin terciha şayan olduğunu tetkikten sarfınazar edilebilir (bak. RO 65 II 71 ve bu münasebetle zikredilen doktrin, JdT 1939 I 394); hâdisede iki metot da aynı neticeye varırlar, yani dâvacıların iddiaları mukavele harici zarar ve ziyan dâvalarıdır. O halde hususi hukuku düvelde umumiyetle kabul edilen görüşe uygun İsviçre telâkkisine göre, bu nevi dâvalar zararın vukua geldiği yerde tatbik edilen hukuka tevfikan hallolunurlar; zararı yapanın ve mutazarrırın tâbiiyetleri bilâkis hiç bir rol oynamaz. Hâdisede zararın vukua geldiği yer İsviçre olduğu için İsviçre hukuku kabili tatbiktir. Bu hukuk yalnız mesuliyeti doğuran hâdisenin bizatihi mevcudiyeti meselesini değil, fakat kusur, tazminatın mahiyet ve şümulü, mânevi tazminat olarak bir para verilmesi vesaire gibi bu mesuliyetin hususî şartlarını da idare eder(bak. Oftinger, Schw. Haftpflichtrecht, I, S. 380)

2 —İsviçre hukukunun hangi hükümlerinin tatbiki kabil olduğunu tâyin etmek için dâva olunan Müller' in Otobüsü elialtında bulunduran (détenteur) olmadığını göz önüne almak lâzımdır; dâva olunan, elialtında bulunduran ile yaptığı bir iş mukavelesi gereğince otobüsü ancak sevkediyordu. Binaenaleyh, dâva olunanın musuliyeti meselesi, dâvacıların görüşüne muhalif olarak, yollarda seyrüsefer kanununun (Loi sur la circulation routiére) hususî hükümleri üzerine müessses değildir; zira, bu hükümlerden doğan hususî mesuliyet ancak elialtında bulundurana (détenteur) ve sigortacıya terettüp eder. (Seyrüsefer kanunu Mad. 37 ve 49).

Bundan maada, otobüse binenlerle dâva olunan arasında hiçbir mukavele bağı mevcut olmadığı için, otobüse binenlere karşı ika edilen zarardan dâva olunanın mesuliyeti meselesi münhasıran borçlar kanununun 41 ve müteakip maddeleri esasları dairesinde halledilmek lâzımgelir.

3 — Dâva olunan kazanın (accident) ancak bir haksız fiilden ve kendisinin kusurundan doğması halinde mesuldur.

Bu meseleyi halliçin, Federal mahkeme ilk derece mahkemesinin kararında tesbit ettiği maddi hâdiselerden hareket etmek mecburiyetindedir; kazanın içinde vukua geldiği şartlara ve mahallî vaziyete ait olan bu hâdiseler kanton yüksek mahkemesi tarafından aynen kabul edilmiş ve taraflardan hiç birisi dosya muhteviyatına muhalefet dolayısiyle bunlara itiraz etmemiştir. Bu hâdiseler şunlardır: Tren yolunun şosa ile birleştiği geçit noktası mahfuz değil isede, bir işaret tesisatına maliktir. Bu tesisat zıya ve ses veren çifte kaçlı bir

işarettir;—otobüsün yürüyüş istikametine göre—yolun soluna konulmuş olan bu işaret oldukça bir mesafeden vazıh olarak görülebilir. Bundan başka, yolun sağında ileriye doğru konmuş iki işaret daha vardır: birisi geçit noktasına 170 metre kadar mesafede lokomotif resimli üç köşe bir levhadır; diğeri, takriben 50 metre mesafede basit bir işaret levhasıdır. Bir bahçe çitine yakın konmuş olan bu sonuncu levha iyice görülememektedir. Yoldan sağ tarafın görünüşü ise ağaçlar, bir bahçe çiti ve bir inşaatla oldukça azalmaktadır; bir trenin gelişi, birleşme noktasından ancak onbeş metre mesafede görülebilmektedir. Kazanın vuku şartları hakkında şunu tebarüz ettirmek lâzımdır ki, dâva olunanın otobüsü, geçit noktasını 25/35 kilometre süratle geçen altı arabalık bir kolun sonuncusu idi. Dâva olunanın arabasını; 30/40 metrelik bir mesafe öndekinden ayırıyordu. Yağmur yağdığı için otobüsün camları donuktu; böylece şoför, ancak, camı silen elektrikli âletin boş bıraktığı saha içerisinde mahdut bir görüşe malikti. Dâva olunan geçit yerine yaklaştığı sırada ziya ve ses işaretleri (zil ve ziya) normal olarak işliyorlardı; fakat o, ancak onbeş metrelik bir mesafede, sağdan gelen treni görünceye kadar hiçbir şeyi farketmedi. Tren, çok ağır yürümekte olduğundan derhal durabildi, fakat otobüs trenin yan tarafına öyle bir kuvvetle çarptıki, tren raylar dışına fırladı. Otobüsün sağ tarafının ön kısmı yarıya kadar bütün yüksekliğince söküldü. Kanton mahkemesi tesbit edilen bu maddî hâdiselerden, dâva olunanın kazadan (accident) mesul olduğu neticesine varmıştır; çünkü, dâva olunan işaretleri nazarı dikkate almamış ve ihtiyatsızca seyretmek suretiyle bir kusur ve bir haksız fiil işlemiştir.

Dâva olunan buna itiraz etmektedir. Evelâ, işletme imtiyazı gereğince şimendifer idaresinin yerleştirmeye meçbur olduğu işaret tesisatının işaret nizamnamesi hükümlerine uygun bulunmaması ve bundan başka hatalı olması dolayısile geçit yerini farketmemiş olduğunu iddia etmektedir. Filhakika, çifte haçlı büyük işaret yolun sağında olacak yerde solunda bulunuyordu; çok yüksekte idi ve yolun diğer tarafında bulunan işaretle yahut yakındaki bir benzin tulumbası ile karıştırılabilirdi. Üç veya dört işaret levhası yerine bir tane vardıki, ileriye doğru konmuş olan işaretten daha fazla görünüşlü değildi.

İşaretin resmi emirlere uygun olmaması imkânı dâva olunanın kusurunu azaltmıya veya kaldırmıya kâfi değildir. Katî olan, kaza mahallinin vaziyetine göre tesisatın, mutat olan dikkatle yolda seyrüsefer edenlere trenin gelişini haber vermeye kâfi olup olmadı-

ğını bilmektir. Kanton mahkemesi kaza mahallini gördükten ve ehli vukufun reyini aldıktan sonra bu meseleyi müsbet şekilde halletti. Mahkemeye göre, eğer dâva olunan en az bir ihtiyatla bile hareket etmiş olsaydı, çifte haç işaretini ve onun zıyasını görmemezlik edemezdi; çünkü, işaret, hatta oldukça bir mesafeden bile görülebiliyordu; muhafaza edilmiyen bir geçidi haber vermesi itibarile onun mânası hakkında aldanılamazdı. Bu karar Federal Mahkeme için katidir, zira geniş bir ölçüde, maddi unsurların hâkim olduğu ve binnetice ancak hâdise hâkimi tarfından iyi bir şekilde halledilebilecek olan bir mesele bahis mevzuudur. Binaenaleyh, çifte haçın sağda olacak yerde sola konmuş olması, yahut ileriye konmuş olan işaretin iyi yerleştirilmemiş olması dolayısile farkedilmiyeceğinin tesbiti üzerinde artık tevakkuf edilemez.

Dâva olunan, bundan sonra, mesuliyetten kurtulmak için fena havayı, yani camı dumanlandıran ve görüşü tahdit eden yağmuru, bundan başka kendisinden evvelki beş araba müşkilâtsız geçince yolun serbest olduğunu kabul edebileceğini ileri sürmektedir.

Ancak bu izahlar kanaat verici değildirler. Eğer dâva olunan, yağmur sebebile, görüş sahasının azaldığını hissediyor idise, yolun vaziyetini tetkik etmek ve kendini ona uydurmak için sürati azaltma sı lâzımdı. Tecrübeli bir şoför olmak dolayısı ile kol halinde gitmenin(Marche en colonne=Kettenfahren) hususi tehlikesini bilmesi de icap ederdi.

Şu halde, eger dâva olunan arabasını kâfi bir dikkatle sevketmiş olsaydı, zıya işaretleri vasıtasile trenin gelişinden haberdar olacağı muhakkaktı; binnetice, arabada mevcut olan gürültü dolayısile ses işaretini duymamış olması mazur görülse bile, onun hareket tarzı ile kusur ve haksız fiil şartları tahakkuk etmiş olur.

4—Dâva olunan kazanın neticelerinden mesul olduğuna göre, bu neticeleri tâyin etmek lâzımdır. Dâvacılar karı ve annelerinin ölümünü kazanın bir neticesi saymak istemektedirler, halbuki dâva olunan buna itiraz etmektediir. Kanton mahkemesi dâvacıların görüşünü kabul etmiştir.

a)Bu meseleyi halliçin, federal mahkeme dosyadan ve hususile, reyleri kanton mahkemesince kabul edilen, vukuf ehli Profesör Löffler'in raporundan anlaşılan aşağıdaki maddi hâdiselerden hareket etmek mecburiyetindedir: Madam Marx duçar olduğu ve ölümünü intaç edebilecek olan ağır yaralardan kuvvetli teşkilâtı sayesinde çabucak ve iyice kendine geldi. Eger ihtilât yapmasaydı, insan görüşü

241

ile ve hâdiselerin tabiî seyrine göre, madamın iyileşebileceği söylenebilir. Yaralarının sebebiyet verdiği ıstırabı azaltmak için doktor madam Marx'a, müşabih hallerde mutat olan, vasati doz olarak günde bir tablet Allonal kullanmayı tertip etti. Beş hafta müddetle bu ilâcın içilişi istidadı şahsi denilen halet(İdiosyncrasie); yani kanın beyaz küreciklerinin zayıflamasına sebep olan fartı hassasiyeti meydana getirdi. Bu yeni patolojik hal bademciklerin nekropatik mahiyette iki taraflı iltihabını tahrik etti. Bu iki hastalığın birleşmesidir ki, ölüme sebebiyet verdi. Piramidon esasından hazırlanan diger müşabih ilâçlar da olduğu gibi, Allonal'ın kanın terkibi üzerindeki bu hususi tesiri nadiren hasıl olur. Madam Marx' daki bu netice bir şahsî istidatla izah olunabilir. Bu istidadın sebebi bademciklerin eski bir iltihabı da olabilir: keza madam Marx'ın yaşile de iligili olabilir, zira tecrübe yaşlı kimselerde, bilhassa kadınlarda beyaz küreciklerin zayıflama istidadı olduğunu ispat etmektedir. Nadir olan bu fartı hassasiyete istidat, hussi bir halde, evvelden görülemez; bir ilâç oldukça uzun bir zaman alındıktan sonra, ikinci derecede en az bir tezahüre meydan vermeden birdenbire gözükebilir.

b) Kanton mahkemesi, vukuf ehlinin bu müşahedelerine dayanarak, madam Marx' ın ölümü ile dâva olunanın mesul olduğu kaza arasında bir illiyet rabıtasının mevcut olduğu neticesine varmıştır. Bu müşahede, tabiî veya maddî illiyet rabıtası denilen münasebete tevecciih etmektedir. Bu, müstakar içtihada göre, federal mahkemeyi bağlıyan maddî bir vakıanın tesbitidir (RO 64 II 204 ve müteakip ve zikredilen kararlar, JdT 1938 I 570) Dâva olunan, temyiz layihasında Profesör Staehlin'in hususî raporuna dayanarak beyaz kürelerin zayıflamasının Allonal kullanılması neticesi olduğunun ne katî ve nede muhtemel olmadığını ve boğazdaki bu çürüme ve iltihabın pekâlâ tesadüften veya hastanın yatış vaziyetinden ileri gelebileceğini söyliyerek bu illiyet rabıtasına itiraz etmektedir; fakat federal mahkeme, bir maddi hâdise karşısında bulunduğundan bu itirazı tetkik edemez. Hususî vukuf ehli Staehlin'in reyine tercihan, illiyet rabıtasını kabul eden üst vukuf ehli (surexpert) Löffer'in reyini kabuleden kanton mahkemesi delilleri serbestçe takdir çerçevesi içinde kalmıştır ve federal mahkeme bu bakımdan onun kararını tekrar gözden geçiremez.

c) Federal mahkemenin içtihadına göre, illiyet rabıtası ancak sebep ve netice arasındaki münasebet tam olduğu zaman hukukî neticeler hasıl edebilir. Tam illiyet denilen bu nazariye, muayyen bir netice husule getirmiye yardım eden müteaddit sebepler arasında

mesuliyetin müvellidi olarak elde tutulabilecek olanların mahdut olduğu fikrine dayanmaktadır. Muhtelif sebepler arasındaki bu ayırt etme, mesuliyeti makul bir derecede tahdit etmek için zaruridir. Elde tutulacak olan sebepler, yalnız bahis mevzuu sebep tarafından bu neticenin meydana gelişi umumi bir surette kolaylaştırılmış gözükecek şekilde, hasıl olan neticeye benzer bir neticeyi hâdiselerin tabii cereyanına ve hayat tecrübesine göre, husule getirmiye müsait olanlardır. (RO 64 II 204 ve zikredilen kararlar, JdT 1938 I 570).

Bu tarife göre, hâdisede tam illiyetin mevcudiyeti, ilk nazarda şöpheli gözükebilir. Eger madam Merx'ın, çok az rastlanan bu beyaz küreciklerin zayıflaması istidadı olmasaydı, madam muhtemel olarak kurtulacaktı; çünkü, vukuf ehlinin fikrine göre iyileşmiye temamile yüz tutmuştu. Diğer taraftan, zarar failinin kusuru olmadan bu munzam neticeler meydana gelmiyecekleri halde, mutazrrırın ayrı fiziki vaziyeti dolayısile, kaza neticelerinin ağırlaşmasını ona yükletmek son derece incitici olacaktır. Bu nevi hâdiseler tam illiyet nazariyesinin, eserle müessirin ne vakit hukukî neticeler çıkarılabilecek bir rabıta içerisinde bulunduklarını söyliyebilecek şaşmaz bir vasıtayı daima vermediğini ispat etmektedirler. Binaenaleyh, amelî aklın zaruretlerine cevap veren adalet ve nasafete uygun bir neticeye varabilmek için, hâkim hal icaplarının heyeti umumiyesinin tetkikine ve kendi serbest takdirine göre, bir hâdisede illiyet rabıtasının tam olup olmadığına karar vermek mecburiyetindedir. Federal mahkeme, aynı sebeplerden dolayı, müşterek bir sebep sayılan hastalığa istidat; kaza neticelerinin gelişmesinde umulmadık bir unsur (element fortuit) olarak göründüğü vakıt; zarar failinin mesuliyet hududunu tesbit etmek için, tam illiyet prensiplerini saf mantığın icabettirdiği şekilde sıkı sıkıya tatbiki umumiyetle reddetmektedir. Bilakis mutazarrırın ayrı fiziki tabiatı kaza (accident) tesiri altında anormal bir tarzda aksülamel yaptığı takdirde, illiyetin tam olmadığı birdenbire söylenemez. Fakat umulmadık bir unsurun meydana çıkmasından dolayı, mesul şahsın ika ettiği fiil ile son netice arasında, faili zararın tamamına mahkûm etmek nasafete uygun olmıyacak surette bir nisbetsizlik mevcut olduğu zaman, hâkim borçlar kanununun 43 ve 44 üncü maddeleri gereğince tazminat miktarını indirebilir; megerki hastalığa istidat normalden daha aşağı bir hayat ihtimalinin kabulüne müsaade ede. (Oftinger, s. 44 ve müteakip; Federal mahkemenin zikredilen kararları, v. Tuhr, 2e. édit. Franç. I. S. 82).

Hâdisede, Madam Marx'da mevcut hastalık istidadının, sebeplerin gelişmesinde oynadığı rol, kaza ile ölüm arasındaki illiyet

rabıtasını, tam illiyet olarak sayamıyacak derecede zayıflatmamıştır. Kanton mahkemesinin haklı olarak tebaruz ettirdiği gibi, iyileştirmek veya ağrıyı azaltmak için kullanılan tedavi vasıtasının bazan öldürücü bir hastalığa sebep olduğunu tecrübe ispat etmektedir. Böyle bir hâdise, bahis mevzuu halde olduğu gibi, hususile ağır yara hallerinde ihtimal çerçivesi dışında değildir. Bundan başka, tebarüz ettirmek lâzımdır ki, dâva olunanın mesul olduğu yaralar, vukuf ehlinin reyine göre, ölümü intaç edebilirdi. Bu neticenin hasıl olmaması mutazarrırın kuvvetli teşkkülatı sayesinde mümkün olmuştur. Bu keyfiyet, eğer katî olsaydi, dâva olunana faydalı olacağına göre, mutazarrırın gayri müsait fiziki teşekkülatının neticelerinden de, bu neticelerin kaza ile uzaktan bir münasebeti bulunsa bile, hiç olmazsa muayyen bir derecede onu mükellef tutmak nasafete uygun olur.

6. a) ... Kanton mahkemesi müteveffiyenin her üç dâvacı için yardımcı vasfına malik olduğunu prensip itibarile kabul etmiş ve senelik zarar olarak, gelecek ev yardımcısı için zarurı olan 500 frank ücretle madam Marx tarafından elde edilen tâli kârı temsil eden 188 frank ki ceman 688 frankı hesaba almıştır. Fakat bu zarar dâvacılardan herbirisi için müstakil bir hukukî iddianın mesnedini teşkil etmekle beraber, ilk hâkimlerin fikrine göre, üç dâvacı tarafından ancak bir defa dermeyan edilebilir. Binanaleyh mahkeme, yardımcıdan mahrumiyet dolayısı ile senelik top yekûn zarar olarak 688 frank kabul etmiştir.

b) Federal mahkeme içtihadına göre, bir karı ve annenin evdeki faaliyeti dolayısile kocasının ve çocukların yardımcısı sayılmak lâzım geldiği şüphesizdir. Kanunî mânada yardımcı; yalnız, diğer bir şahsın infakını tamamile temin eden kimse değildir, fakat bu infaka kısmen iştirak eden de yardımcıdır. Eğer bu faaliyet yardım edileni bir masraftan kurtarıyorsa, bu iştirak iş şeklinde de temin edilebilir (RO 57 II 181, JdT 1932 I 44). Bundan başka, dâva olunanın fikrine aykırı olarak, hak sahibinin o zamana kadar eline geçen yardımın kaybolması neticesi müzayakaya düşmesi zaruri değildir; zarar ve ziyan iddiasının haklı olması için hal ve vaziyete uygun yaşayış tarzının ihlâledilmis olması kâfidir (RO 59 II 463, JdT 1934 I 405). Kanton mahkemesinin kabul ettiği gibi yardımcıdan mahrumiyeti dermeyan etmek ehliyeti yalnız babaya değil, çocuklara da aittir. Bunlar da gelecekte annelerinin ihtimamından mahrum olacakları için, kanuni mânada, yardımcıdan mahrumiyete duçar olmuş olurlar. Bilmukabele, zarar miktarını tâyin etmek için Kanton mahkemesinin kullandığı hesap usulünü federal mahkeme kabul edemez. Kanton

mahkemesi, bir hizmetçi kadının tutulması için icabeden ilâve masrafla, eşin tâli kârının kaybedilmesini üç dâvacının yekûn zararı olarak nazara almak suretile zararın bütün unsurlarını hesaba katmış değildir.

Ücretli ev kadını annenin ve eşin vazifelerinden mühim bir kısmını şüphesiz deruhde eder, fakat tamamile onun yerini tutamaz. O, ailenin refahı için eş ve anne kadar alâkalı değildir, ve tecrübe; elde mevcut vasıtalardan onun bir eş kadar istifade etmediğini göstermiştir. Binaenaleyh, bir ev kadını tutmak için yapılan masraf, eşin ölümünden doğan zararı takdir etmek için nihayet bir tutamak teşkil edebilir; fakat bu masrafın eş tarafından kocası ve çocukları için ibraz edilen bütün faaliyeti karşılaması için daha çok şey lâzımdır. Koca için — ve yalnız muayyen bir nisbette— masrafların ve faydaların teraziye konduğu bir hesap yapılabilir. Bilâkis, çocukların faydalandıkları eda (prestation) için bu hesap mümkün değildir. Aksi takdirde, pratik olarak, federal mahkeme tarafından daima reddedilmiş olan, şu neticeye varılır ki, baba sağ oldukça çocukları lehine yapacağı edaları (prestations) sadece artırmak mecburiyetinde olacağından, annelerinin ölümü çocukları yardımcıdan mahrumiyet dolayısile bir zarara duçar etmez (RO 57 II 184, JdT 1932 I 36).

Federal mahkeme bundan sonra, kanton mahkemesinin yardımcıdan mahrumiyet dolayısile duçar olunan zararı 688 franka tahdit etmek suretile hatalı bir hukuki telâkkiden hareket ettiğini, bütün hal ve vaziyet icaplarını hesaba katmak için bu zararın 900 frank tesbit edilmesi lâzımgeldiğini izah etmektedir. Bu para 360 frank nisbetinde kocaya, 360 frank nisbetinde oğlu Charles Georges'a ve 180 frank nisbetinde oğlu René'ye taksim edilmektedir. Federal mahkeme Borçlar kanununun 43 üncü maddesi gereğince, umulmadık bir unsur meydana gelmese idi son neticenin bu kadar ağır olmıyacağını ve böylece illiyet rabıtasının zayıfladığı hususunu hesaba katmak için tazminat miktarını % 25 indirmeyi muvafık görmektedir. Binaenaleyh, dâvacılara tahsis edilen sermaye, sermayeye çevrilmiş bir iradın 3/4 ünü teşkil etmektedir. (Baba için 360 frankın 3/4 ü, oğullardan birisi için 360 frankın 3/4 ü ve diğeri için 180 frankın 3/4 ü).

Mânevi tazminat olarak ödenmesi lâzımgelen paraya gelince, federal mahkeme, kanton mahkemesinin tebsit ettiği rakamları sadece tasdik etmiştir.

(1 inci hukuk dairesi) *Tercüme eden : Dr. N. Bilge*

Temyiz Kararları

Nr. 8 **Hukuk Kısmı**

TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARI

Gayrımenkul mülkiyeti

1515 sayılı kanun hükmü hukukidir ve doğrudan doğruya mahkemelere müracaatla dâva ve defi zımnında dermayan olunabilir.

(1515 sayılı kanun)

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumi Heyeti

Esas 943/8—Karar 944/4

Tapu kayıtlarında mukayyet bulunduğu halde gayri resmî şekilde ahârın mülkiyetine geçmiş ve medeni kanunun mer'iyeti tarihine kadar emlâkte onbeş ve arazide on sene malik sıfatiyle nizasız ve hüsnüniyetle tasarruf altında bulundurulmuş olan bir gayri menkulün zilyet namına tapu dairesince tescil ile tapu senedinin verileceğine cevazı tazammun eden 1515 Numaralı kanunun birinci maddesindeki şartların tahakkuku halinde tescil keyfiyetinin bu kanunun tatbik şeklini gösteren nizamname hükümleri dairesinde evvel emirde tapu memurlarına müracaatla nizamnamede yazılı tapu komisyonlarınca verilecek karara istinaden yapılması icabedüp bu tarika müracaat edilmeden re'sen dâva açmak veya bir dâvada dâfi bulunmak suretiyle mezkûr kanun hükümlerinden istifade edilip edilmiyeceği ve tescil muamelesinin tekemmülünden sonra üç sene içinde alâkadarların mahkemeye müracaat edebilecekleri hakkındaki birinci maddenin son fıkrası hükmünün tapu ile tasarruf olunan gayri menkulde mürurı zaman cereyan etmiyeceğine göre müddetle takyidi caiz olup olamıyacağı ve haricî iktisap sebebine dayanılarak bir gayrı menkulün iktisabı mümkün olamıyacağı cihetle de tapu komisyonu kararına dayanılarak yapılan tescil aleyhine ancak kayıt sahibi tarafından mahkemeye müracaatla itiraz edilebilüp haricî iktisap sebebine istinadeden zilyetin ademi tescil kararı aleyhine mahkemeye bilmüracaa itiraza salâhiyeti bulunup bulunmadığı hususunda temyiz birinci hukuk dairesiyle üçüncü hukuk dairesi kararları arasında ha-

sıl olan içtihat ihtilâfının halli için temyiz üçüncü hukuk dairesi reisliğinin 26/3/943 Tarih ve 223 sayılı müzekkesi üzerine ihtilâfın mevzuunu teşkil eden ilâmlar celp ve nüshaları teksir edilerek umumi heyet âzasına tevzi olunmuştu.

Müzakere için tâyin olunan 19/1/944 Tarihine rastlıyan Çarşamba günü saat 9,30 da toplanan umumi heyet Birinci Reis Halil Özyörük'ün başkanlığı altında müzakereye başlıyarak ihtilâfın esasını teşkil eden noktalar hulâsaten Birinci Reis tarafından izah edildikten sonra söz alan:

Üçüncü Hukuk Reisi *Ş. Temizer;*—Tatbikatta gayrimenkul tasarrufundan çıkan ihtilâfın en çok tesadüf ettiğimiz şekilleri şunlardır.

1 — Her iki tarafın da tapu senedi yoktur, yani ne kendilerinin ne de murislerinin;

2 — Her iki tarafın tapu senedi olmamakla beraber birinci zilyet tarafından gayrimenkul noter senediyle veya âdi senetle ikincisine satılmıştır;

3 — Bir tarafın murisi namına tapuda kaydı vardır, meselâ: 1285, 1291 Tarihli yoklamadan verilmiş; diğer tarafın hiç bir kaydı yoktur; fakat 45—50 seneden beri senetsiz ve murislerinden intikal suretiyle tasarruf edegelmiştir.

4 — İki tarafın da murisleri namlarına aynı mahal hakkında kayıt vardır. Buna rağmen diğer taraf kadimdenberi tasarruf edegeliyor.

5 — Her iki tarafa aynı mahal iskândan verilmiş, temlik olunmuştur. Fakat birisine evvel diğerine sonra;

6 — Evvelâ iskândan birine miktarı muteber fazlası hazineye ait olmak üzere hududu tâyin edilerek verilmiş ve bilâhara fazla gelen miktar alınarak bir başkasına yine iskân yoliyle verilmiştir. Fakat birincinin tapu hududu hâlâ ikincisinin arazisini ihtiva eylemektedir.

7 — Her iki tarafın tapu senetleri vardır. Fakat gayrimenkuller yekdiğeriyle bitişiktir. Arada sabit bir faslı müşterek yoktur. Komşusu on seneden fazla bir zaman aynı tarlayı diğerinin gözü önünde tasarruf edegeliyor. Müddei tecavüz iddiasında;

8 — Bir taraf tapulu gayrimenkulünü medeni kanunun neşriden on veya onbeş sene evvel noter senediyle veya âdi senetle satmış müşteri o zamandanberi fasılasız ve nizasız buna istinaden tasarruf ede-

gelmiş belki de üzerine bina yapmış ve sair muhdesat vücuda getirmişdir.

9 — Veyahut tapulu babalarından kalma gayrimenkulleri fiilen aralarında taksim etmişler, her iki vâris bu suretle müstakillen tasarruf edegeliyorlar.

10 — Kimsenin tasarrufu altında bulunmıyan ve devletin umumi tasarrufu altında bulunan araziden ihya ederek açmış tasarruf ediyor. Biri buna muazara eyliyor. Hükümetin birincisi namına tescilini doğru değil, benim namıma tescil lâzımgelirdi bu tescili iptal edin diyor.

11 — Bir kimse tapulu gayrimenkulü resmen ifraz edüp bir kısmını başkasına satıyor. Fakat kendi eski tapusu eski hudutlarla elinde kalıyor. Her iki gayri menkul tedavülden sonra birincisinin tapu hududu ile tasarruf etmekte olan ikincisine benim tapum dahilindeki yere müdahele ediyorsun diyor.

Gayrımenkul ihtilâfatı saydığım bu 12 şekle münhasır değildir. Bunlar her gün karşılaştığımız ihtilâflardır. Bunun haricindeki eşkâli ihtilâf da çoktur. Bizde tatbikatına yetişebildiğimiz gayrimenkul tasarruf hakkında eski kanun, Arazi kanunu ve Tapu nizamnamesi ve 1276 tarihli tapu senetleri hakkında iradeli talimat, icareteynli ve mukataalı gayri menkullerin doğrudan doğruya yani tasarruf ve rekabesi vakfa ait olan gayrimenkuller hakkındaki ahkâmı sabıka ve nihayet sırf mülkler hakkında Mecelle ve bundan sonra da senetsiz tasarrufedilen gayri menkullerin senede raptı ve alım ve satımının da defteri hakanî idarelerince yapılması hakkında iradeler ve nizamnameler vardı. Bunların hepsi bir gayeyi istihdaf ediyordu. Herkesin tasarrufunu remî senede rabteylemek ve senetsiz tasarrufu önlemekdi. Bunca kanun, nizam ve talimatname ve iradelere rağmen ancak bâzı büyük şehirlerimizde halk defterihakani idarelerinde gayri menkul tasarruflarını tesbit ediyorlardı. Köylerde miyonlarca gayri menkul elden ele geçiyor ve tasarruf olunuyordu. İstibdat idaresini bu vaziyette eline alan *Meşrutiyet devri* işi daha sıkı tutmak ve halkın senetsiz tasarruf itiyadını yıkmak için *M. Esat Ef. merhumun* malûmunuz olan ve bir seri halinde bulunan *Emvali gayri menkule kanunlarını* mevkii mer'iyete koydu. Halka bir sühulet olmak üzere harç, kâtibiyye, varaka bahası gibi masrafları da affetti. Fakat derde yine deva bulunamadı. Çünkü emvali gayrımenkulenin mahiyetine göre ve arazii emiriye ve saire gibi tâbi olduğu ahkâm o kadar çoğalmıştı ki bu kanuni mevzuat bir kerre ihtiyacı giderecek mahiyette değildi. Sonra bunların mahiyetlerine nüfuz dahi her yiğitin kârı değildi.

İşte Cumhuriyet devri emvali gayrimenkule tasarrufunu bi muhtelif ahkâm ve mevzuat içinde ve hali keşmekeşte buldu.

Evvelâ: Mevzî olarak Elviyei selâseye mahsus olmak üzere 474 numaralı kanunu çıkardı. Bu kanunla ora halkının derdine derman oldu. Arazi bu kanunda yazılı şartlar dahilinde kimin tasarrufu altında ise onu o araziye sahip kıldı. Semeresi de görülmeğe başladı. Az zaman sonra da Kanunu Medeniyi, Vakıflar kanununu ve tapu kanununu mevkii mer'iyete koyarak muhtelif envaa ayrılan gayri menkul tasarrufunu bir asılda topladı. Ezmanın tebeddüliyle zindegi ve ciyadetini gaip eylemiş olan eski kanunî mevzuata temas eden ve etmiyen şekillerin ve itilâfları kökünden silüp atmak için de 810 ve bunu tevsi ederek 1515 numaralı kanunu ortaya koydu.

Pek karma karışık bir hale giren ve deminden saydığım kanunlar, nizamlar, iradeler şunlar ve bunlarla halkın bu hususta derdine çare bulunamıyor, arazi nizaı yüzünden katiller oluyor ve hanumanlar sönüyordu.

Halkın ihtiyacı öyle bir coşkun seldir ki eğer o coşup ve taşıp gelen sele salim ve geniş bir merca verilmez de geri dönsün diye önüne setler çekilecek olursa o kendisine yol bulur ve gideceği yere gitmek için hiç bir engel dinlemez ve gider. İşte bundan dolaydır ki bunca kanunlar bu sele yol veremediğinden bu ihtiyaç derdine sağa sola demeyüp bir güzergâh buldu ve bu güzergâhların karşılaşmasından deminden saydığım türlü ihtilâflar meydana geldi. Genç Cumhuriyetin genç kafaları bu kangıranı keşfetti, 1515 numaralı kanunun neşriyle kesüp atmak ve tasfiye eylemek istedi.

Burada teessürle arzından kendimi alamıyacağım. Bu kanunu tatbik edecek olan temyizin iki dairesi arasında te'lif edilemiyecek derecede çıkan bir ihtilâf bu güzel kanunun tatbikını sekteye uğratır ve uğratmaktadır. Hatırlardadır ki Medeni kanunun 631 inci maddesi (milkiyeti nakleden akitler resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar) hükmü sarihini koymuş ve binaenaleyh gayri menkulün temliki akdinin noter senediyle muteber olacağı hakikati pek bariz bulunmuş iken yüksek birinci hukuk dairesi bu güzelim hükmün tatbikında mahzur ve mazarat mülâzaha eylemiş ve daha doğrusu eski anane ve itiyada sadık kalmış, bu hükmü tatbikten çekinmiş ve zuhur eden ihtilâf üzerine 931 senesinde iş tevhidi içtihat müessesesine intikal eylemiş ve orada bir rey ekseriyetiyle bu hükmün fermanı idamının imzalanmasiyle medeni kanunun bu esasa müteferri bir çok hükümleri de felce uğratılmıştır. Bunun gibi 1515 nu-

maralı kanunu yüksek birinci hukuk dairesi sırf tapu idarelerinde tatbik olunacağını ve mahkemelerde tatbik edilemiyeceğini içtihat etmiş ve dairemiz ise bunun aksine içtihatta bulunmuştur. Kanunun serlevhası *(Tapu kayıtlarının hukukî kıymetlerini kaybetmiş olanların tasfiyesine dairdir)* bu *(Tasfiye)* kelimesine yüksek heyetinizin dikkat nazarını çekerim. Bir de pek kısa olan bu kanunun maddelerini aynen okumama müsaadelerini rica eylerim. Okuduğum birinci maddede yazlı şartları haiz olanlar gayrimenkulün namlarına tescilini tapu memurundan ister. Ve tapu memuru da bu talebini reddederse bu işin mahkemede halledilmiyeceğini ve bu kanunun mahkemede tatbik olunamıyacağını kabul etmeğe mâni nedir onu sarih söylesinler. Maddenin son fıkrasında iktisap sebepleri aleyhine mahkemeye itiraz olunur diyor. Gayrimenkul tasarrufuna taallûk eden hangi ihtilâf idari olurda mahkemenin vazifesinden hariç olur. Kanun maliye ve adliye vekillerini tatbika memur ediyor.

Maliye vekilinin işe karıştırılması o zaman tapu ve kadestro idaresinin maliye vekâletine merbut bulunmasındandı. Bugünkü vaziyette ise bu umum müdürlük de adliye vekâletine rabtedilmiş olduğundan kanun şeriksiz olarak adliyenin malı olmuştur. Adliye işlerine idare memurlarının karıştırılması tecviz olunuyor mu?

Bu kanunun tatbikına dair nizamnamenin birinci maddesinde başta *senedi âdi* diyor. Ve bunu tasarrufa ve tescile esas tutuyor. Benim elimde tapulu mâlikinden haricen satın aldığıma dair noter senedi değil, âdi bir senet var. Ben bu senede dayanarak nizasız, fasılasız yani satanın gözü önünde medeni kanunun neşrinden 10 sene evvelindenberi bu kanun çıkıncaya kadar, yani 930 senesine kadar tasarruf ettiğimi ispat eylediğim takdirde bu tasarrufum kanunun himayesine mazhar oluyor. Diğer tarafın elinde sahih ve salim tapu senedi olmasına rağmen bu gayrimenkul benim namıma tescil olunuyor. Ve bu hali kanun iktisap sebebi addediyor. (iktisap) ın lûğat mânası, kazanmak, edinmektir. Kanunî mânası ise malûm. Haricî satışlar haricî taksimler vesaire gayri resmî oldukları halde kanun bunları iktisap ve tasarrufa sebeptir diyor. Birinci hukuk dairesi tapu idaresince iktisap sebebi olur amma iş mahkemeye intikal edince iktisap sebebi olmaz diyor: Aklımın almadığı ve durduğu bir nokta. Adam tapu dairesince uğraşcak, bu kanunun şartlarını haiz olduğunu ispat edecek, masraf yapacak; tapu dairesi gayri resmî satanın rızası varmıydı yokmuydu arayacak;neticede tapuya raptedecek; günün birinde haricî ve gayri resmî satmış olan kimse bir müzevi-

rin teşvikı ile çıkıp mahkemeye geldi mi bu muamele heder olacak; çünkü 1515 Numaralı kanun mahkemelerde tatbik edilemezmişl Mahkeme tapuyu alanın tapusunu iptal eyliyecek. İşte birinci hukuk dairesinin içtihadı.Bu bizim dairenin içtihadı; kanun kanundur: mahkemelerde tatbik olunur. Ve kanunun aradığı şartlar mevcut ise iktisabedenin hakkı mahkemede de, tapu idarelerince de tanılır diyor.

Aziz Yeger; Elde mevcut ilâmlara göre 1515 Numaralı kanunun tatbik mercii hakkında, yani bu kanunun doğrudan doğruya idarî makamlar tarafından mı tatbik olunacağı, yoksa önce bu makamlara gidilmeden doğrudan mahkemelerde dahi bu kanuna istinat ile iddia ve müdafaa dermeyanının caiz olacağı hususlarında yüksek temyiz birinci ve üçüncü hukuk daireleri arasında hasıl ihtilâfin, sözü geçen kanun maddeleri hüküm ve sarahatına ve kanunun tatbikı suretine ait nizamnamesi ifade ve beyanına ve kanunun teklif ve kabulünde gözetilen kast ve gayeye bakılarak halli kabildir. Ve öyle yapılmak icabeder.

Bir kerre, bu kanunun birinci maddesinde, beyan olunan kayıt ve şartlar dairesinde gayrimenkul malların zilyedleri namına tapu dairelerince tescil olunarak tapu senetlerinin verileceği, ve alâkalıların kayıt tarihinden itibaren üç sene içinde mahkemeye müracaatla iktisap sebepleri aleyhinde dâva açmağa salâhiyetleri olacağı ve üçüncü maddesinde ise birinci madde mucibince alâkadarların müracaatı üzerine tapu dairelerince tetkikat keyfiyetinin ne suretle yapılacağının bir nizamname ile tâyin edileceği yazılıdır ki kanunun bu açık ifadeleriyle tatbik merciinin doğrudan doğruya idarî makamlar olduğu anlaşılır. Sonra 1515 Numaralı kanuna ait nizamname, kanunun maksadını ve gözettiği gayeyi daha açık bir beyan ile teyit ve tekrar eder.

Nizamnamenin birinci maddesinde, tapu defterlerinde kayıtlı bir gayrimenkulün gayri resmî surette başkasının mülkiyetine geçtiği ve kanunda yazılı kayıt ve şartlar ile muayyen müddet tasarruf olunduğu herhangi bir tasarruf muamelesi esnasında resmî makam veya ihtiyar heyetlerince ihbar edilir. Veyahut zilyedi tarafından bu yolda bir beyan vakı olursa tapu dairelerince keyfiyetin önce ne yolda bir muamele ve tetkika tâbi tutulacağı ve ikinci maddesinde; yapılacak tahkikat ve tetkikat sonunda 1515 Numaralı kanunun birinci maddesinde beyan olunan kayıt ve sartlar tahakkuk etmezse başka bir muameleye hacet kalmaksızın mesbuk talebin reddolunacağı ve bu ret keyfiyetin alâkalıların müracaatı üzerine 6 ıncı maddede yazılı komisyonlar tarafından tetkik edileceği ve nizamnamenin

dördüncü maddesinde, tapu memuru tarafından ilk tahkikatın ifasından sonra keyfiyetin bir karara bağlanmak üzere evrakın gayrimenkul kazada ise kaza ve vilâyet merkezinde ise vilâyet tapu komisyonuna verileceği ve nizamnamenin 6 ıncı madeesinde tapu komisyonlarının kimlerden müteşekkil bulunduğu ve kararlarını nasıl verecekleri ve 8 inci maddesinde bu komisyonların hususile 1515 Numaralı kanunun birinci maddesinde izah olunan şartların tamamiyle mevcudiyetini nazarı itibare almakla beraber daha ne gibi hususlara dikkat etmeleri icabedeceği ve 9 uncu maddesinde hüsnü niyet şartının hangi hallerde mevcut sayılacağı ve hususiyle 10 uncu maddesinde kaza tapu komisyonları kararlarının vilâyet tapu komisyonlarında itiraz yoliyle tetkik olunacağı ve *Vilâyet tapu komisyonlarının gerek re'sen ve gerek itiraz üzerine verecekleri kararların kat'î olduğu* ve tescil muamelesinin ne zaman yapılacağı ve kayıt muamelesine ve karara kanaat etmiyenlerin 1515 Numaralı kanunun birinci maddesinin 2 inci fıkrası mucibince mahkemeye müracaata hakları bulunduğu sıra ile yazılıdır ki nizamnamenin bu açık ifade ve hükümleri 1515 Numaralı kanunun idari makamlara hitabolunarak ve onlara vazife verilerek vaz ve tedvin edildiğini bildirir.

Bunlardan başka Hükümetin teklif ettigi kanun lâyihası ve mucip sebepleri ve kanun projesini tetkik eden Büyük Millet Meclisi Adliye ve Maliye encümenlerinin mazbataları bu kanunun nasıl bir sebep ve maksat ile yapıldığını ve istihdaf ettiği gayenin ne suret le ve hangi makamlarca temin ve istihsal olunacağını tereddüdsüz bir hakikat olarak meydana kor.

Şöyleki: Kanun lâyihasında birinci maddenin son fıkrası aynile (bu suretle kayıt keyfiyet ialâkadarların müracaatı üzerine veya re'sen tapu dairelerince tetkikata istinaden icra olunur) suretinde idi. Hükümetin esbabı mucibe lâyihasında bu maddeye ait olarak (kadastro tahriri ile sicil tesisi zamana mütevakkıf olduğundan kadastro sahaları haricinde bulunan mahallerdeki gayrimenkul malların da — münferiden vukubulacak müracaatlar üzerine— hakiki sahipleri namına kaydını teshil ve kanunu medeninin geyrimenkul mallara müteallik ahkâmının tatbikını temin için bazı ahkâm vaz'ına ihtiyaç hissedildiğinden birinci madde kaleme alınmıştır.) deniyor. Yukarda okuduğum hükümet teklifindeki birinci maddenin son fıkrasını maliye encümeni; yazdığı mazbatada aynile (Alâkadarların müracaatı üzerine kaydın ne suretle yapılacağının hüküm maddesi olan birinci maddeden çıkarılması ve 3 üncü maddeye konulması münasip görülmüştür) diyerek bu maddeden çıkarmış ve bu fıkra yerine bugün

gördüğümüz şekliyle kanunun 3 üncü maddesini aynı maksadı temin için yeniden yazmıştır. Hükümetin teklifinde bugünkü 3 üncü madde yoktu. Kanun lâyihasının sözü geçen birinci maddesinde önce mevcut olan re'sen kelimesini de adliye encümeni çıkarmıştır. Bu hususta adliye encümeni mazbatasında aynile (Birinci maddede tapuya kayıt icrası hususunun yalnız alâkadarların müracaatına kasrı muvafık görülmüş ve tapu memurlarının re'sen böyle bir kaydı icra etmeleri tasvibedilmiyerek buna dair olan fıkra tay olunmuştur) denilmiştir.

Lâyiha ve mazbatalardan parça, parça alınan bu fıkralar kayıt ve tescilin ancak tapu memurlarınca ve sadece alâkadarların müracaatı üzerine yapılacağını ifade ve tesbit eder.

Beyan ve tafsil olunan bu sebeplerle kanunun idari makam ve mercilerce tatbik olunacağını ifadeden sonra diğer bir hususun tetkıkına geçeceğim. Acaba esasta idari makamlar tarafından tatbik edilecek olan bu 1515 Numaralı kanuna istinatla önce idarî makamlara gitmeden meselâ haricî bir alım ve satımdan bahsolunarak doğrudandoğruya mahkemelerde bir tescil dâvası veya her hangi bir müdahil aleyhinde müdahalenin men'i dâvası açılabilirmi? Veyahut açılmış olan her hangi bir dâvada bu yolda bir müdafaada bulunulabilirmi? Fikrimce bu olamaz. Bir kerre tescil talebi yolunu 1515 Numaralı kanun ve nizamnamesi tâyin ve beyan etmiştir. Bu hasr ve beyan karşısında kanunu medeninin 639 uncu maddesi hükmü örnek tutulamaz. Sonra böyle bir müdahalenin men'i dâvasının kabulü kanunu medeninin ayni haklardan bâhis dördüncü kitabı ile tapu sicillinden bâhis 25 inci babı hüküm ve kaidelerine aykırı düşer. Bu iddiadayım.

Şöyle ki; Kanunu medeninin 930 uncu maddesinde aynile (Aynî haklar tescil ile doğar) diye yazılıdır. Aynî hak, bir kimse ile bir şey arasında doğrudan mevcut olan rabıtadır. Mülkiyet, aynî hakkın en başında gelir. Mülkiyet, eşya üzerindeki iktidarların hepsini camidir. Hiç bir gayrimenkul aynî hak yoktur ki, tapu sicilline kaydolunmaksızın mutasarrıfının arzusile teessüs ve intikal etsin. Kanunu medeninin 633 üncü maddesi mucibince gayrimenkul mülkiyetini iktisap—muayyen istisnalar dışında — ancak tapu siciline kayıt ile kabildir. Kanunu medeninin 618 inci maddesinde, bir şeye malik olan kimsenin o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf hakkına haiz olduğu ve haksız olarak o şeye el koyan her kangi bir kimseye karşı istihkak dâvası açarak her nevi müdahaleyi menedebileceği yazılıdır. 635 inci madde hükmünce sahipsiz bir şey haline geldiği anlaşılmıyan müseccel bir gayrimenkul işğal tarikiyle iktisap olunamaz. Mülkiyet sebebiyle bir kimsenin her hangi bir müdahile karşı

istihkak dâvası açabilmesi ve aleyhinde açılmış olan bir dâvayı def-edebilmesi için önce o şeye malik olması icabeder. (Bu bahisten şüphesiz kanunu medeninin 896 ıncı madde sinde yazılı olduğu üzere zilyedliğin ihlâlinden doğma dâva hakkı hariç kalır.) Sözü geçen 633 üncü maddenin istisnalarından olan işgal 635 inci maddenin mefhumu muhalifi olan hal ve vaziyettir ki esasta nazarî bir hal olan bu maddenin unsurları itibariyle hâdiseye tatbik kabiliyeti yoktur.

İşte bu kanuni hüküm ve mevzular sebebiyledir ki bir kimsenin tapuya tescil ile henüz mülkiyetini iktisap etmediği bir gayrimenkul hakkında mülkiyet sebebiyle istihkak dâvası açamıyacağı gibi açılmış bir dâvada bu yolda bir defide bulunamıyacağı kanaatındayım. Aksini kabul etmek kanunu medeninin arzettiğim bu esaslı hüküm ve kaidelerini tanımamak olur. Buna cevaz verilemez. Önce idarî makamlardan alınacak bir tapu ile ana kanunumuzun bu esaslı kaidelerini gözetmek pek âlâ kabil ve bu yol 1515 numaralı kanunda açıkça gösterilmişken niçin sapa yollardan yürüyelim. Bunu doğru bulmuyorum.

Sayın muarızımız 1515 Numaralı kanunun mahkemeye girmiyeceğinin söylendiğini buyuruyorlar. Bendeniz böyle bir iddiada değilim. İyi anlıyabildimse yüksek birinci hukuk dairesi de böyle söylemiyor. Bir kanun fesh ve tadil edilmedikçe elbette cari olur. 1515 Numaralı kanunun ifade ve maksudu veçhile alâkalılar önce tapu dairesine müracaatla tapu senedi alırlar. Ondan sonra mahkemeye gelirler. Bu senetlerin kendilerine tanıdığı hakları kullanırlar.

Yine sayın muarızımız, idari makama müracaat olunmadan mahkemeye müracaat olunamaz diye kanuni bir memnuiyet varmıdır? buyuruyorlar. Yukarda sebeplerini arzettim. Vardır.

Yine deniyor ki; kaza tapu komisyonu tescil talebini reddeder ve vilâyet tapu komisyonu da bunu tasvibederse alâkalı mahkemeye gidemesin mi? bunun cevabını nizamnamenin 10 uncu maddesi vermiştir. Orada vilâyet tapu komisyonlarının bu hususta verecekleri kararların katî olduğu yazılıdır. Ceza ve hukuk usul kanunlarımızda hemen bütün ihtilâflar için sadece bir derece kanun yolu kabul olunduğu halde esasta muteber olmıyan haricî alım ve satıma müstenit bir tescil talebinin reddine ikinci bir tetkik ile neye iktifa edemiyoruz. Acaba kanunun himayesine lâyık nasıl bir hak haleldar olmuştur?

Buraya kadar 1515 Numaralı kanunun tatbik merciine müteallik olmak üzere daireler arasında mevcut ilk ihtilâf hakkındaki mütalâa ve cevaplarımı arzettim.

255

Şimdi ikinci safhaya geçiyorum; Tapu dairelerince haricî alım ve satıma müstenit yapılan bir tescilden sonra alâkalıların iktisap sebepleri aleyhinde üç sene içinde mahkemeye dâva açtıklarında tetkikatın mahiyet ve şümulü ne olacaktır. Diğer ifade ile haricî alım ve satım esasta muteber olmadığından buna istinaden tapu tescilini doğrudan doğruya tanımamalımıdır? Yoksa bu tescilin istinat ettiği 1515 Numaralı kanunun birinci maddesindeki kayıt ve şartların mevcut ve mütehakkak olup olmadığına bakarak neticesine göre dâvay hal ve intacetmek mi icabeder?

Yüksek birinci ve üçüncü hukuk daireleri arasındaki diğer ihtilâf mevzuu da bu noktadır. Bu hususa müteallik maruzata gelince:

İki muhterem ve değerli Reisimiz Bay F. Hulûsi Demirelli ve Bay Cevat Gücün bu hususa müteallik çok istifadeli mütalâalarını bildirdiler. Bunlar eski ve yeni kanunlarımıza göre tamamiyle hakikatın ifadesidirler. Bu noktada hiç bir itiraz götürmezler. Fakat araya 1515 Numaralı kanun hükmü ve maksudu girince işi ve gereğini bu kanun bakımından da düşünmek ve yapmak lüzumu aşikâr olur.

Bir kerre, Hükümet 1515 numaralı kanun lâyihasını teklif ederken birinci madde için yazdığı mucip sebeplerde aynile(Tapu defterlerinde mukayyet gayrımenkul mallardan takriben % 30 u gayri resmî satış, hibe, taksim gibi sebeplerle elden ele geçerek hukukî kıymetlerini zayi etmişlerdir ..... İlâ) deniliyor.

Adliye encümeni mazbatasında aynile (Tapu defterlerinde mukayyet olan bir takım musakkafat ve arazinin, kanunen muteber olmıyan satış ve sair sebeplerle kayıt sahiplerinden başkalarının vaziyed ve tasarrufu altında bulundukları ve bunların ellerinde senet bulunmadığından fiilî tasarruflarının tanınması imkânı olmadığı..... cihetle asıl hak sahibi zilyedlere karşı kolaylık temin eden bu lâyiha encümenimizce şayanı kabul görülmüş ..... ilâ) deniyor. Maliye encümeni muzbatasında ise aynile (Adliye encümeninin mütalâasına iştirak edilerek lâyiha esas itibariyle kabul olmuştur. ..... ilâ) deniyor.

Kanun lâyihasını tanzim ve Meclise takdim eden Hükümet ve bu kanun lâyihasını kabul ve tasvibeden Meclis, memuru huzurunda olmıyan haricî bir alım ve satımın da kanunun birinci maddesinde yazılı bulunan kayıt ve şartlar dairesinde tescile tâbi tutulmasını istemiştir. Ve yine bu istek sebebi iledir ki nizamnamenin birinci maddesinde tenellük sebepleri olarak sayılan ispat vesikaları başında âdi senet yazılı bulunmuştur.

Bir kanun bu sebep ve maksat ile tanzim olunur ve mer'iyet mevkiine konulursa, o halde hükmü fesh ve tadil olunmıyarak cari olursa buna karşı medeni kanun hükümlerine istinat ile muhalefette bulunmak ve sadece haricî alım ve satımın muteber olmadığı mucip sebebine istinat ile tapu dairelerince yapılmış olan bir tescili tanımıyarak iptal etmek nasıl caiz olur?

Kanunu medeninin 638 inci maddesi, (muhik bir sebep yok iken tapu sicillinde uhdesinde malik sıfatı ile mukayyet bulunan bir gayrı menkulü maddede yazılı kayıt ve şartlarla elinde bulunduran kimsenin o gayrımenkul üzerindeki hakkına itiraz olunmaz) diyerek âdi bir iktisap mürurı zamanı koyuyor. Bu madde hükmünce; hüsnü niyetle fasılasız ve nizasız 10 sene müddetle tasarruf, o kimsenin haksız tapu kaydını muteber kılıyor. 10 senelik tasarruf olmasaydı bu kimsenin haksız tapu kaydının hiç bir kıymeti olmıyacaktı. Bunun gibi diğer bir kanunda esas tedvin kastı veçhile haricî alım ve satımı, muayyen müddetle ve hüsnü niyetle fasılasız ve nizasız tasarrufa mukarin olmak şartiyle makbul ve muteber tanıyor. Burada makbuliyet, şüphesiz mücerret haricî alım ve satıma müstenit değildir. Belki maddenin diğer kayıt ve şartlarının tahakkukuna bağlıdır. Medeni kanunumuz 638 inci maddeyi ve 1515 numaralı kanunda bahis mevzuu olan hususu kabul etmişlerdir. Bunlar ayrı birer kanun hükümleri ve icaplarıdır.

Hulâsa; Kanunun tanzim ve kabulünde izhar olunan kast ve arzuya göre haricî alım ve satıma istinat ile yapılan bir tapu tescili aleyhindeki dâvada yüksek üçüncü hukuk dairesinin içtihadı veçhile kanunun koyduğu diğer kayıt ve şartların tetkiki suretiyle bir karar vermek icabeder. Kanunun isteyip koyduğu bir hükmü tatbik bizim vazifemizdir. Başka türlü düşünemeyiz. Bu kısım ihtilâfa ait maruzatım da bundan ibarettir.

A. Himmet Berki; Muhterem arkadaşlarımız mesele hakkında mütalâa ve reylerini izah ettiler. Bendeniz de aynı istidlâl silsilesi üzerinde düşündüklerimi ve fikrimi arzedeceğim.

Bir devletin üzerinde bulunduğu araziyi, dağ ve ormanları, köy ve kasabaları tahrir ve tesbit etmesi kadar tabiî bir şey olamaz. İdarî, malî, askerî, iktisadî bakımdan buna katî lüzum vardır. Osmanlıların bu hususdaki faaliyet ve gayretleri her türlü takdirin fevkindedir. Fakat mesele bu değildir. Fertlerin tahtı tasarrufunda bulunan gayrımenkullerin temlik ve ferağlarının sıhhat ve ademi sıhhatı meselesidir. Şimdi bunu ve bir müddettenberi tapu işlerinde devam edip gelen teşevvüşlerin menşe'ini izah edeyim.

737

Malûm olduğu üzere iki nevi gayrımenkul vardı. Biri mülk, diğeri arazii emiriye (arzımemleket).

Mülk arazi ve gayrımenkul: Arazii haraciye ve öşriye ve köy ve kasaba dahilinde bulunan arsalarla kenarında olup mesken için lâzım olan yarım dönüm miktarı yerler ve bir de mesağı şer'iye binaen tarafı hükümetten efrada temlik olunan mahaller, ilâve edeyim ki o hükümde olan mülk, ebniye ve bağ ve eşcarı mülteffe yani arasında saban işlemiyen bahçelerdir. Arazii öşriye ve haraciyenin ekserisi sahiplerinin vâris bırakmıyarak vefatla beytülmale kalmış ve *arazii emiriye* hükmünü iktisap etmiştir.

Son tevhidi içtihat kararına ve Tapu kanununa gelinceye kadar bunların bey ve hibe ve taksiminin sıhhatında memurun izni ve memur huzurunda olması şart kılınmamıştır. Çünkü akit tarafların rızalarının birleşmesinden ibarettir, İşte akdin hakikî unsuru budur. Fakat rıza umuru batıneden olduğundrn söz rıza makamına ikame edilmiştir. Meselâ bey icap ve kabul ile münakit olur, zabıtasının esası budur. Bazı hallerde teati de rızaya delâlet ettiğinden bey'i teati ile de münakit olur denmişti Bunun sebebi de bu idi.

Gerçi 1290 Tarihinde *Emlâki sırfa* hakkında bir nizamname neşrolundu. Bu nizamnamenin birinci maddesinde şehir ve kasabatta ve kura ve nevahide bulunan bilûmum emlâke bâlâsı turalı senedatı cedide verileceği ve bundan böyle senetsiz emlâk tasarrufu memnu olduğu yazılmış ve bu nizamnamenin 11 inci maddesinde mübayaanın memuru huzurunda nasıl takrir edileceği gösterilmiştir. Fakat bu, akitlerin sıhhatında memurun huzuru ve izni lâzım demek değildi: Nitekim Denizli niyabeti şer'iyesinden vakı bir sual üzerine Mecelle cemiyetinden «mülk gayri menkul bey'i memur huzurunda olmak şart değildir. Emlâkisırfa nizamnamesi muameleleri tevsikle tezvire mahal bırakmamak maksadına mâtuf olduğu» mealinde cevap verilmiştir. Nitekim bilûmum mahkemelerce bu yolda tatbik ve hükmolumuştur. Eğer bu nizamname aksine bir hükmü mutazammın ve mülk gayri menkullerin temlikinde tapu memurunun huzuru şart olsaydı 1318 tarihli iradeye lüzum kalmazdı. Bu irade mabeyin senediyle alım ve satım sahih değildir demiyor; Hâkimleri bu kabil dâvaları istimadan men ediyordu. Bu haricî alım satım münakit ve sahih ise de, himaye edilmiyecektir demekti.

Muhterem Cevad Gücün, Hüccet ve sâkden bahsettiler. Filhakika islâm hukuku ve fukaha tevsik tavsiye ediyordu. Bu, muamele ve hakları tevsik ve halkı fasit ve batıl akitlerden korumak içindi.

Şüphe yoktur ki her kes muamelelerini vesikaya ve hüccete rabtet mek ister. Bu bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyaçladır ki hicrî ikinci asrın iptidalarında ilmühzaır ve ssicillât (ilmi sâk) ve ilmüşşürut yani mukavele tanzim etmek ilmi vücuda geldi. Bu ilimde mukavelelerin nasıl yazılması lâzım geldiğinden bahsolunur. Fukaha tarafından bu ilim hakkında kıymetli bir çok eserler yazılmıştır. Elyevm bunların ekserisi mevcuttur. Memlektimizde ara sıra görmekte olduğumuz senetlerde (filân kemali akıl ve sıhhatinde) «Bittav'ı verrıza» "Şu rutu müfsideden arî" «Bey'i batı sahihi şera'î ile" gibi kayıtlar bu ilimden mülhem tâbirlerdir.

Yine bu ihtiyaçladır ki kaza vazifesinden hariç olduğu halde ta bidayetten itibaren kadılara hüccet ve vesika tanzimine izin verildi. ve kadıların nezareti altında yer yer âdiller tâyin olundu. Âdillerin erbabı vüsuk ve itimaddan ve hukuk ilmine vâkıf zevattan olmasına begayet itina olunurdu. Ancak tevsik başka, akitlerin sıhhat ve ademi sıhhatı başkadır. Akitlerde yazılı şekil garp hukukunun mevlüdidir. Belki bu da bir himaye meselesidir. Akit, tarafların rızalarının birbirine uygun olarak birleşmesi diye tarif edilmesine göre garp hukukuna göre de şekil, üzerinde durulmaya değer bir meseledir.

Arazii emiriyeye gelince: Arazii emiriye ve tâbiri diğerle *arzı memleket* rekabesi devlete ait olup ahaliye tefviz ve ihale edilmek suretiyle idare olunan arazidir. Anadolu ve Rumelindeki arazinin kısmı âzamı arazii emiriye idi. Ma lûm olduğu üzere Tanzimattan evvel memleketimizde *timar* ve *zeamet* teşkilâtı vardı. Sipahi ve zaimler ledeliktiza hizmeti askeriye ile mükellef olmakla beraber arazi memuru vazifesiyle de mükellef ediler. Sipahiler, timarı dairesindeki araziyi ihtiyaçlarına göre ahaliye tefviz eder ve yedlerine *temessük* verirlerdi; bu temessüklerle herkes arazisinde serbestçe tasarruf ederdi. Ferağ da bunların izniyle yapılırdı. İznin tahrirî olması da şart değildi; çünkü arazi tefvizi bilâmüddet icar demekti. Müstecirin tahtı tasarrufunda bulunan araziyi başkasına ferağı kendisine olan icareyi fesihle mefruğunlehi bütün hukuk ve vezaifiyle sahibi arzla karşı karşıya bırakmak demekti. Buna müstecirin hakkı yoktu. Bunun için izin ve muvafakat lâzımdı. İznin lüzumu bunun içindir.

Bu idare devam ettiği müddetçe haricî alım ve satım olmuyordu. Sipahilerin dairei memuriyetleri bir kaç köyden ibaret ve mahduttu. Daima timarları sahasında bulunmak mecburiyetinde idiler. Bunun için kendilerinden izin ve temessük almak bizim birliklerden ekmek

ve kahve vesikası almak kadar kolaydı. Bundan başka şimdi olduğu gibi gayri kabili tahammül külfet, resim ve kırtasiyecilik yoktur. Tefviz ve ferağ defteri mahsusuna kayt ve işaret edilerek birer ikişer satırlık temessük tahrir ve imza edilirdi.

1255 tarihinde timar ve zeamet lâğvedildi ve bir aralık arazi işleri mültezim ve muhassılar ve bir aralık mal memurları marifetiyle idare olundu ve sonra da tapu memurları tâyin ve Arazi kanunu neşrolundu ve arzettiğim sebepten dolayı bu kanunda da arazinin ferağında memurunun izni şartı ipka edildi.

Fakat memurların merkezlerde ve köylerden uzakta bulunması ve daima artan gayri kabili tahammül harç ve resim karşısında halk haricî taksime, mübadeleye, beyve ferağa baş vurmak ıztırarında kaldı. İşte derdin menşei budur. Git gide tapu defterleri kıymetsiz bir hale geldi. Matlup olan kıymeti iade için muhtelif tarihlerde tahrir yapılıdı. Denebilir ki bugün mevcut kayıtların esasını bu tarihlerle hakkı karardan yapılan tesciller teşkil der. Muahharan yine haricî alım ve satım yüzünden tapu sicillâtı bir şey ifade etmez oldu. Umumi bir tahrir yapılmak icabediyordu. Bu mümkün olmadığından veya zamana mütevakkıf olduğundan olacak ki bu muameleleri tasfiye etmek için 1515 numaralı kanun neşrolundu. Eğer seyyar veya nahiye tapu memurları tâyin olunmaz ve harç ve külfetler azaltılmazsa 15 — 20 sene sonra yine ya bir tahrir veya böyle bir kanun yapılmağa mecburiyet hasıl olacaktır.

Muhterem arkadaşlar, yirmi otuz liralık bir arsa için bir o kadar masraf yapılamaz. Alelhusus köylüler fakirdir. Bu kanun birinci maddedeki kayit ve şartlar dairesinde haricî iktisapları muteber addetmiştir. Birinci hukuk dairesi bu kanunu idarî addetmektedir. İktisap idarî olamaz. Hukukî bir mefhumdur. Bir gayrimenkulün mülkiyetini ihraz etmek demektir. Dairei müşarunileyha bu kanuna göre haricî bir akitle iktisabeden namına tescil yapılsa dahi kayıt sahibi mahkemeye müracaat ederde bu tescil meselâ memuru huzurunda olmıyan bey'e müstenid diye itiraz etse mahkeme tescilin ibtaline karar verir diyor. Bu nasıl olur? Araziye defterde bir sahip görülsün diye kanun yapılır mı? Böyle olsaydı kanunda alâkadarların birinci fıkradaki iktisap sebepleri aleyhine dâva açmağa salâhiyetleri vardır denmez, iktisap aleyhine denmek lâzımgelirdi. Kanunun sarahatına göre ancak ben veya murisim satmadık veyahut 15 veya 10 sene geçmemiştir diye itiraz olunabilir. Yoksa ben veya murisim 20 sene evvel mabeyin senediyle sattık, fakat bu satış muteber değildir diye itiraz olunamaz.

Mahkemeye müracaat olunmak meelesine gelince: kanunun üçüncü maddesinde ve nizamnamede alâkadarların tapuya müracaatla birinci madde mucibince iktisabolunan gayrimenkûllerin nasıl tescil ettirileceğinin gösterilmesi teshilât maksadına müstenittir. Mahkemeye müracaat edilemez demek değildir. Mademki bir hak mevzuubahistir, re'sen ve müdafaaten mahkemeye müracaat olunabilir. Buna hiç bir mâni yoktur. Şimdilik maruzatım bundan ibarettir.

F. Rulûsi Demirelli. — 1515 Numaralı kanunun birinci maddesi gayri resmî olmakla beraber hâdisenin vukuu zamanında mülkiyeti nakle esas ve mesnet olabilmek kabiliyetini haiz, yani o zamanda mer'î bulunan hükümler bakımından muteber olan akit ve tasarrufları kasdetmiştir. Yoksa kanunu medeninin sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki 744 numaralı kanunun birinci maddesini ilga ve müktesep hiç bir hakkı ihlâl etmemiştir.

Gayri resmî yani tapu harici olmakla beraber muteber olan akit ve tasarrufların misâli arazide meselâ iskân mevzuatı dairesinde metrûk malların tefvizi, eski mültezim ve sipahi senetlerile satışlar ve mülklerde 1318 senesinden önceki âdi beyiler ve sairedir. Yoksa gayri resmî demek hâdisenin zamanında gayri muteber demek değildir. Adliye encümeninin esbabı mucibe mazbatasından da bunun hilâfı istitlâl edilemez. Çünkü 1515 sayılı kanun henüz lâyiha halinde iken kaleme alınan bu mazbatada bile zaten mahkemeye müracaat halinde de tescile hüküm verilebileceği beyan ve bu kanun mevcut olmasa da mahkemelerce muteber sayılacak olan akitler üzerine 10 yahut 15 sene hüsnü niyetle zilyedlik halinde idarî tescilde yed sahipleri için kolaylık istihdaf edildiği tasrih edilmekle lâyihanın bugün kanunu medeniye göre iktisap ve mülkiyet sebebi değilken hâdise zamanında muteber birer sebep olan akit ve tasarrufları istihdaf ettiği gösterilmiş bulunmaktadır.

Bunu kanunu medeninin 638 inci maddesine benzetmek 1515 numaralı kanundan istifade edecek olan yed sahiplerinin lehine tapuda kayıt bulunmadığını, yani mühim ve esaslı bir farkı göz önünden kaçırmak olur.

1318 Tarihinden sonra da mülklerin haricen alım satımı muteber, fakat dâvası mesmu olmadığını kabul etmek muteber bir aktin himayesiz bırakılmış olduğuna zahip olmaktir ki âmme intizamı mülâhazası bile böyle bir garibeye cevaz veremez. Kaldı ki tapuya müstenit olmıyan gayrimenkule müteallik tasarruf dâvalarının mesmu olmadığı zamanlarda o gibi tasarruf ve akitler hiç bir tarafı ilzam edemiyeceği esasına müstenit ve meselâ semenin istirdadı

talebine dair olan dâvalar dinlenir ve müşterinin teferruğa ve bayi-in de ferağa icbar edilemiyeceği esasına müstenit hükümler verilirdi. Pek çok olan o gibi hükümler aktin tarafları bağlamadığından yani muteber sayılmadığından başka bir mânaya haml olunabilir mi?

Araziye gelnice: 1515 Numaralı kanun sahib-i arzın akde lâhık olan bir izin ve icazeti kabilinden sayılamaz. Çünkü izin ve icazet zamanında icazet verenin bu salâhiyetinin baki bulunması ve mes' elemizde arzın rekabesine mâlik olması şarttır. Halbuki 1515 numaralı kanunun tanzimi tarihinde her arzın rekabesi kanunu medeni hükmünce kayıt sahibinin mülkiyetine geçmek üzere devletin mülkünden çıkmış bulunuyordu.

Binaenaleyh mesele hiç bir tevile mütehammil değildir. Vukuu zamanında muteber olmıyan bir akit hiç bir zaman ve hiç bir surette muteber bir iktisap sebebi olamaz. Şu kadar var ki tapu idareleri kanunu yanlış tatbik etmiş de olsalar kayıt tarihinden itibaren üç sene içinde eski kayıt sahibinin mahkemeye muracaatla itirazda bulunmamış olması tescile zımnî rıza ve muvafakat hükmünde sayılmaktadır.

Birinci hukuk dairesinin ötedenberi kanunu anlayışı ve müstekar içtihadı bu merkezde olup fikrimce hem hukuk prensiplerine, hem de kanunların metin ve ruhuna uygundur .9/2/944

A. Himmet Berki; Daha evvelki celsede umumi surette mütalâamı arzettim. Muhterem Fuat ve Cevat Gücün bazı noktalara ilişti-ler, bunlara cevap vereceğim ve mühim gördüğüm bir iki cihetı izaha çalışacağım. Memurun izninin yazılı olması dahi şart olmadığını söylemiştim. Buna itiraz olundu, fakat iddiamı ispat için de eski hâdiseler tatbikına ait *Mecmuai cedide* namındeki eserin 654 üncü sahifesindeki üçüncü meseleyi hukukiyeyi okursam itirazın yerinde olmadığı anlaşılır. Bundan başka izinin ferağa mukarin olması lüzumu ileri sürüldü. Buna karşı *Abdurrahim Fetava mecmuasının* 2. cildinin 515 inci sahifesindeki son meseleyi arz ile iktifa ederim.

3?8 tarihli iradenin mülk gayrimenkul alım ve satımlarının in'i-kat ve sıhhatına açık bir delil olduğunu arzetmiştim. Muhterem arkadaşlarımız tamamen aksini iddia buyurdular. Gayri sahih bir akde müteallik dâvaları istima etmeyin diye hâkimleri menetmek abes olmazmı? Zaten gayri sahih bir akde müteallik dâva hukukan mesmu değildir. Bu kadar gayri münakit ve gayri sahih akitler var. Hâkimleri bunları istimaden menetmeyipte mülk gayrimenkul alım ve satımından mütevellit dâvaları istimadan menetmek bunlar ha-

ricen ve mabeyin senediyle münakit ve sahih olabileceği içindi. Kanunu Medeni kanunun mer'iyetinden evvelki hâdise ve muameleler hakkındadır. Medeni kanuna muhalefet asla bahis mevzuu değildir. Üçüncü hukuk dairesinin 1515 numaralı kanunu anlayışı nazariyata muhalif midir? Şimdi bunu tetkik edelim. Bu kanunla denmiş oluyordu ki evvelce himaye edilmiyen haricî gayrimenkul akitlerinden doğan haklar bu kanundaki kayıt ve şartlar dairesinde himaye edilecektir. ve memurunun izinsiz yapılan arazi ferağlarına izin verilmiştir. Bunda nazariyata muhalif olan cihet nedir? Her akit âkitlerin rızasiyle mün'akit ve tamam olur. Sıhhat ve tamamiyeti için üçüncü bir şahsın izin ve huzuruna ihtiyaç yoktur. ve sonra akit her yerde olabilir. Mekân asla bahis mevzuu olamaz. ve ferağa sonradan lâzım olan iznin ferağa mukarin izinden farkı yoktur.

Elli sene evvel haricen satın alınmış babadan evlâda evlattan ahfada intikal etmiş bir tarlayı geri almaga kalkışmak ne demektir? Zilyetler imar etmiş vergisini, öşürünü vermiş, memleketin iktisadiyatına hizmet eylemiş: reca ederim kim himaye edilmelidir. Mülga arazi kanunu üç sene bilâ özür terk ve tatil olunan arazi müstehikki tapu olur demiyormuydu. Ben daha ileri gideceğim: kayda karşı müruru zaman muteber değildir fikrini biz nereden çıkardık kanunlar muğlak idi. Mecellenin 1660 maddesinde deyin, vedia, mülk, akar ilâ dâvaları onbeş sene terk olundukdan sonra istima olunmaz ve arazi kanununun 20 inci maddesinde sigar ile cunun ve tegallüp ve müddeti sefer bait olan diyarda bulunmak gibi arazi şer'iyyei mutebereden biri şer'an tahakkuk etmedikçe 10 sene bilâ niza tasarruf olunan tapulu araziye müteallik dâvalar istima olunmaz ilâ denmişti.

Bu maddeler öyle bir kaydı tazammun ediliyor mu, ilâma karşı, vakfiyeye karşı fermana karşı müruru zaman olurda tapuda kayıtlı arazide niçin olmaz?

Muhterem Reis F. Hulûsi 1515 Numaralı kanunda zikrolunan haricî iktisaptan ve nizamnamedeki mabeyin senedinden maksat kanunen muteber ikisap ve vesika maksuttur buyurdular. Ve misâl olarak 318 Tarihinden evvelki mabeyin senedile mülk gayrimenkul temliklerini söylediler. Böyle olsaydı bu kununu neşre lüzum görülürmüydü? Maliye encümeni esbabı mucibe mazbatasından da vazıhan anlaşıldığı üzere bu kanunla muteber ve gayri muteber haricî iktisaplar kasdolunmuş ve hiç şüpheye mahal kalmamak için bir «Hüsnüniyet» kaydı ilâvesiyle gasıblar dahil olmadığı izah olunmuştur.

763

Şimdi tapu memurlarına müracaat edilmeden mahkemeye müracaat edilip edilemiyeceği meselesi kalıyor. Muhterem icra ve iflâs dairesi reisi bu noktayı pek güzel izah ettiler. Buna bir şey ilâvesine ihiyaç görmüvorum.

Şefkati Özkutlu; Konuşulanlardan, okunan tezkerelerden ve kararlardan dairelerin 1515 Numaralı kanunun şümulünde ve ibaresinin mânalarında ihtilâf etmekte olduklarını anlıyorum. Bunun için ben de mütalâamı bu noktaların aydınlatılmasına hasrediyorum.

1515 Numaralı kanunun bir *tasfiye* kanunu olduğu unvanında yazılıdır. Devlet bu kanunla hukukî kıymetlerini kaybetmiş olan tapu kayıtlarını temizlemek, tasfiye etmek istemektedir.

Kanunda hangi kayıtların hukukî kıymetini kaybetmiş kayıtlardan sayılacağına dair açık bir tarif yoktur. Bununla beraber kanunu koyanın hangi kayıtların hukukî kıymetini kaybetmiş kayıtlardan saydığı kanunun metninden kolaylıkla anlaşılmaktadır.Bu metne göre hukuki kıymetini kaybetmiş olan kayıtlar *gayri resmî* surette aharın mülkiyetine geçmiş olan gayrimenkullere ait kayıtlardır. Tapu memurunun huzurunda yapılmıyan temlikî tasarruflar gayri resmî tasarruflardır Eski hukukumuzun bazı ahvalde bu kabil tasarrufları muteber saydığı malûmdur. Kanun da bunları kastediyor. Bu kabil tasarruflarla aharın mülkiyetine geçmiş olan gayrimenkullerin tapudaki kayıtlarını tasfiye etmek istiyor Nizamnameden tescilin re'sen de, talep üzerine de yapılabileceği anlaşılıyor. Nizamnamenin bu hükmü kanuna aykırı değildir. Çünkü kanunda tescilin talep üzerine yapılacağına dair bir kayıt yoktur. Kanun mutlaktır, daha ziyade tapu dairesine mükellefiyet ve vazife vermektedir. Bu tescil ile hem gayrimenkulü gayri resmî surette mülkiyetine geçirmiş olan kimse mahkemelerde uğraşmaktan mümkün mertebe korunmuş, hem de tapudaki kayıtları hukuki kıymetini kaybetmiş olan bu kabil gayrimenkullerin yeniden sahih olarak tapuya tescilleri temin edilmiş oluyor. Buna mukabil gayrimenkul tapuda namına kayıtlı olan kimse de unutulumuş değildir. Şayet daha önce bir men'i müdahale, bir istihkak dâvası açmamış ise ona da tescilden sonra üç sene içinde namına yeniden tescil yapılmış olan kimsenin istinadettiği iktisap sebeplerinin yerinde olmadığını, kendi mülkiyet hakkının devam etmekte olduğuuu mahkemeye müracaatla iddia edebilmek hakkı tanınmıştır. Gayrimenkul tapuda namına kayıtlı olan kimsenin tescilden önce de zilyed aleyhine dâva açabil eceğine az evvel işaret etmiştim. Kanunda böyle bir dâvanın açılamıyacağına dair açık veya kapalı bir kayıt yoktur. Olamaz da; aksi takdirde tapu memuru

ve zilyed hareketsiz kalarak gayrimenkul üzerinde kayıtlı olan şahsı, hakkını kullanamaz bir duruma sokabilirlerdi ki hakları muhafazaya çalışan kanunun haksızlığını terviç edici böyle bir hüküm kabul edileceği tasavuvr olunamaz.

Dairelerin bu noktada ihtilâfa düşmüş olacaklarını zannetmiyorum. ihtilâf edilecek nokta, kayıt sahibinin açacağı dâvaya karşı zilyedin 1515 Numaralı kanuna istinat edebilip edemiyeceği noktası olacak gibi görünüyor. Bence zilyedin 1515 Numaralı kanuna istinat ederek defide bulunabilmesini kabul etmemek için hiç sebep yoktur. Vücut bulan bir hakkın zeval bulmuş olmadıkça herkese karşı ileri sürülebileceği tabiidir. 1515 Numaralı kanun zilyedin haiz olduğu hakkını elinden almak şöyle dursun bilâkis onun mevkiini daha kuvvetlendirmiştir. Gayri resmî surette gayrimenkulü mülkiyetine geçirmiş olan zilyed 1515 Numaralı kanunun mer'iyetinden önce bu hakkına istinat ederek müdahale ve tecavüzleri menedebildiği gibi tapu kaydile hakları himaye olunan kimseleri de ferağa icbar eyliyebiliyordu. Lâkin kayıt sahiplerinin takrirlerine muhtaç olmadan gayri menkulü tapuda kendi namına kayıt ettiremezdi. Ettirmiş olsa dahi kayıt sahibi her vakit bu yeni kaydın iptalini istiyebilirdi. Zilyed buna karşı müruru zaman def'inde bulunamazdı. 1515 Numaralı kanun zilyede gayrimenkulü tapuda kendi namına kaydettirebilmek ve kayıt sahibine karşı da müruru zaman def'inde bulunabilmek hakkını tanımıştır.

Zilyed 1515 numaralı kanunun kendisine temin eylediği bu iktisap müruru zaman defini kayıt sahibinin tescilden önce veya sonra açacağı dâvalara karşı ileri sürebilir. Çünkü kanun koyduğu şartlar dairesinde ve tâyin ettiği müddet içerisinde bir gayrimenkulü tasarrufu altında bulundurmuş olan kimseyi o gayrimenkulü iktisap etmiş sayıyor. 1515 numaralı kanundaki müruru zaman Medeni kanunun 639 uncu maddesindeki müruru zamandan farklı olmakla beraber yine bir iktisap müruru zamanı olduğunda şüphe yoktur. Çünkü dâvâ hakkını düşürmek için değil, iktisap sebebi olmak üzere konulduğu kanunun metninden sarih olarak anlaşılıyor. Bununla beraber zilyedin gayrimenkulü namına tescil ettirmeden ve kayıt sahibinin dâva açmasını beklemeden dahi dâva açarak kayıt sahibini ferağa icbar etmeye hakkı vardır. Ancak kendisi için daha kolay yollar dururken zilyedin bu şekilde bir dâva yoluna müracaat ettiğine belki de tesadüf edilmiyecektir.

Bu mütalâalarımın hepsi gayrimenkulün gayri resmî surette mülkiyete geçmesine sebep olan hukuki muamelenin sahih olduğuna gö.

re idi. Bence hukukî muamele eski tâbiri veçhile fasid olsa dahi yine hüküm aynı olmak lâzımgelir. Hukuki muamele *sahih* veya *fasid* olmayup da *batıl* olacak olursa onunla gayrimenkul mülkiyete geçirmiyeceği cihetle zilyetliği böyle bir sebebe istinat eden kimsenin 1515 numaralı kanundan istifadesi bahis mevzuu olmamak icabeder. Hedef tapu kayıtlarının tasfiyesi olduğu için tapuda kayıtlı olmıyan gayri menkullere bu kanun hükümleri tatbik edilemiyeceği gibi zilyed için tanılan mürurı zamanların badlerine bakılarak da vakıf gayrimenkullerin rekabelerini alâkalandıran iddiaların da bu kanun hükmünden hariç tutulması iktiza eder.

Cevat Gücün; A — İlk içtimada mevzuumuzun çok ehmmiyetli olduğunu belirtmek istemiştim. Ve gayrimenkullerin temellük ve iktisabı ve bunların belgeleri hakkında hepinizce malûm bulunan bir tarihçeyi arzetmiştim. O maruzatımla mülkte ve mirî arazi ile ona benzer diğer arazideki kanunu medeninin meriyetine kadar tatbik edilmiş olan hükümleri telhis eylemiştim.

B— Müteakıben kanunu medeninin meriyetinden sonra bir gayri menkulün mülkiyetinin nasıl iktisap ve ne suretle izaa edilebileceğini ve sicillin mahiyeti ile tescil ve terkinin ne suretle vukua gelebileceği ve bir sicillin hukuki kıymetini ne şerait altında kaybedebileceğini icmalen söylemiştim.

C— Ondan sonra mülga 810 numaralı kanunun halen tapu idarelerince bu yolda tatbik edildiğini ve 1515 numaralı kanunun ne için vazolunduğunu ve ne suretle tatbik olunduğu ve ne netayiç verdiğini icmalen beyan etmiştim.

D — Bu öteden beri mevcut kanuni terhiplere rağmen halkımızın ve bilhassa köylülerimizin neden gayri muteber akit ve mülkiyetle gayrimenkul satışına inhimak ettiklerine ait mütalâalarımı bildirmiştim.

E— Andan sonra mevzuumuza geçerek 1515 numaralı kanunun mahkemelerce tatbik olunamıyacağı hakkındaki fikirlerimi ve dairenin içtihadını ve mucip sebeplerini izah etmiş ve hukuk heyeti umumiyesinin ekseriyetle aynı fikirde olduğunu ifade eylemiştim. Bu münasebetle senedi resmî hakkındaki eski tevhidi içtihatla tapu Kanun 26 ıncı maddesinde ve bey vadinden ve iktisabı mürurı zamanının âdisiyle fevkalâdesinden biraz bahsettikten sonra 1515 numaralı kanunda yazılı (iktisap sebebinin) ne olduğunu ve bu kanunun unvanının delâletiyle kime hitabettiğini ve sonundaki adliye vekilinin bu kanunun tatbikına memur olmasından ne kastolunduğu-

nu ve bu kanunun sureti tatbikından bâhis olan nizamnamesinin nele rifadeettiğini bir nebze arzetmiştim.

F — O celsede vakı zabtolunmıyan maruzatımın yanlış anlaşıldığını ve binenaleyh kâfi gelmediğini ikinci celsede bazı arkadaşlarımın beyanatından ve celse haricindeki konuşmalardan anladığım için bu celsede tekrar söz almağa mecbur oluyorum. Bu celsedeki beyanatım biraz uzun süreceksede, mevzuun ehemmiyeti nazara alınarak bu tasdiimden mafu tutulacağımı umuyorum.

G — İstitrarden şunu arzetmeği lüzumlu görüyorum. Bu mevzu üzerinde fazlaca hassasiyet gösterdiğime bakarak 1515 Numaralı kanunun mahkemelerce ne itirazen ve ne de re'sen tatbık edilmiyeceğine dair olan ictihadı birinci hukuk dairesine sunan ve yürüten ben olduğuma bir zehap hasıl olamsın. Bu daireye ben 935 de intisabettim. Bu kanun hakkındaki noktai nazarı daire, 930 tarihinde kararlaştırmış bulunuyordu. Beş sene sonra ben geldiğimde işi tamik etmedim; müteredditbir vaziyet aldım; fakat fikir ve mütalâalarında ekseriya isabet gördüğüm Reis merhum Bay Vehbinin mütalâalarını dinledikten ve kendime kanun ve nizamnamesi ile ahkâmı sabıka ve lâhikayı gözden geçirerek teemmül ettikten sonra dairenin müstekar ictihadını haklı bularak buna itminan ile iltihak ettim. Nitekim selefim Sayın Bay F. Hulûsi Demirelli de bu ictihadı kabul ve idame ettirdiler. Bu suretle temyiz birinci hukuk dairesinde 14 senedenberi müstekar bir ictihat vardır. Bu ictihadı müdafaa etmek benim için bir borçtur. Fazla gayret göstermeme bu âmil olmakla beraber en büyük saik bu değildir. Mülkiyet haklarının vüsukıyetini temin eden tapu sicillinin kıymet ve ehemmiyeti ötedenberi matlup olduğundan fazla tarsin edilmesi ve halen müterakki memleketlerde olduğu gibi gayet muntazam bir şekli resmiyi hâkim kılmak arzusudur.

İşte bu mebhasde duyduğum teheyyücü bu emellerim tevlit etmektedir.

H — Aynî haklar bahsinde menkul ve gayrimenkul mülkiyeti eski zamanlardanberi farklı hükümlere tâbi tutulmuş ve gayrimenkul mülkiyet hükümlerinde intizamı âmme kaideleri cari olarak her biri inzibatî hükümlere rabtolunmuştur. Hakikatta da öyle değilmidir? Bir kile buğday, bir inek ile bir tarla ve evin mülkiyeti ve temellük ve iktisap sebepleri ve belgeleri arasında elbette fark gözetmek lâzımdır. Vakıa bu arzettiğim üç nevi mebiin her birinde mülkiyet iki tarafın beyan rızalarını ifade eden icap ve kabul ile hasıl

967

olur. Fakat gayrimenkulde mülkiyetin bir elden diğerine geçmesi için yalnız icap ve kabul ile mülkiyetin husulüne kani olan ve bunu kâfi gören dünyada tek bir medeni devlet kalmamıştır. Öyle tahmin ederim ki Borneo, Hotanto gibi bedevi ülkelerde bile hükümet ve hatta kabile reisleri dahi gayrimenkul alım ve satımını bir nizama ve bazı merasime tâbi tutmuşlardır. Bizde hayvan hırsızlığına mani olmak için hayvan alım satımı bile resmî ilmühabere rabtedilmiştir. Akitlerde bir gaye olan liberalizm aynî haklarda tatbik olunursa mülkiyette bir anarşi olur.

İ — Halbuki gayrimenkulün mülkiyetine garpta olduğu gibi şarkta da ehemmiyeti mahsusa verilmiştir. Sadrı islâmda arazi, (yani gayri menkuller, çünkü ebniye arazinin cüz'ü mütemmimidir) memlûke ve gayrimemlûke olmak üzere iki kısma taksim olunurdu. Sahip ve maliki muayyen olan araziye *arazii memlûke* denirdi; dört kısma münkasım idi: *Öşriye, haraciye, mukataa* ve *tetümmei sükna olan yerlerdi.*

Arazii gayri memlûke ise: Efrattan sahip ve mâliki muayyeni olmayıp rekabesi beytülmale ait olduğu halde menafii umuma ait olan arazi idi. Bunlar da arazii emiriye, arazii haraciyenin gayri memlûk nev'i, arazii mevat ve arazii mahmiye (meydan ve harman yeri, yol ve mera gibi) olmak üzere dört kısımdan ibaret idi.

Arazii gayri memlûkede mülk ahkâmı cereyan etmezdi. Efrat hukuku tasarrufiye ve rüsum gibi bazı menafiine sahip olurdu.

J — Bu esaslardan mülhem olan *Osmanlılar'da* geçen celsede arzettiğim beş türlü araziden memlûk kısmını fıkıh hükümlerine tâbi tutmuşlar ve diğer nevi için arazi kanunu dediğimiz ahkâmı sultaniyeyi vazetmişlerdir. Fetholunan arazinin bir kısmı rekabesi beytülmale ait olmak ve bir miktar muayyen vergi tahsil etmek üzere (Arazii emiriye) namı tahtında müstehik olanlara verilirdi. Bu arazi ziraat erbabına doğrudan doğruya tarafı Hükümetten verilmeyüp (gaza hakkı) ve hizmet mukabilinde timar ve zeamet eshabına terk ve tahsis kılınırdı. ve onlar vasıtasiyle efrada ihale ve tefviz olunmakta ve ashabı timar ve zeamet sahibi arz hükmünde tutulmakta idi. Bunlar mirî araziyi parça parça erbabı ziraattan müstahik olanlara ihale ve tefvizde (ağalık hakkı) namile bir miktar vergi tahsil ederek mütefevvizlerin ellerine (sipahi senedi) (zâim senedi) veya (tapu temessükü) denilen tasarruf senetleri verirlerdi.

Bu usulün haricinde meselâ şimdiki gibi bir meyane senediyle mirî arazi o zamanda da alınıp satılamazdı. Ve bu misilli iddiaları

zikri geçen şekilde (temessüksüz olarak) tasarruf iddialarını kadı ve naipler reddederdi. Mütefevviz mutasarrıfın vefatı halinde o zaman mer'î ashabı intikal ve ashabı tapunun dereceleri hakkındaki müsaadesine göre intikal ashabına meccanen veya tapu hakkı ashabına bedeli mislile bunlar tarafından verilmekteydi.

Timar ve zeamet usulü sui istimâl edilmesi üzerine 1255 de ref ve ilga olunduktan sonra bir aralık bu vazife maliye, mültezimler ve muhassıllar ve müsellimler vasıtasiyle ifa edilmiştir. Mültezimler işi daha ziyade sui istimâle boğmuşlardı.

Muhassıl ve müsellim: Kaymakam, ve mutasarrıf makamına kaim idiler; sahibi arz addolunan timar ve zeamet ve sipahiler farzolunduğu gibi her köyde olmamakla beraber her kazada bir muhassıl ve her re'si livâda bir müsellim ve her eyalette bir vali bulunduğundan o vakit sahibi arz her yerde bulunurdu, halk oraya zahmetsiz müracaat ederdi mutalâası varit olmasa gerektir.

İşte bizde Devleti Osmaniyenin teessüsü ibtidasından tanzimatı Hayriyenin tarihi olan 1255 tarihine kadar geçen birbuçuk asırlık zaman arazi hükümleri hakkında birinci devre sayılırsa, tazminatın tarihinden kanunu medeninin neşir tarihine kadar olan zamanda ikinci devre sayılır.

Her iki devre de mülkte Mecellenin tedvinine kadar mutunü muteberei fıkhiyedeki ahkâm ve fetev ve Mecellenin neşrinden sonra onun hükümleri cari idi. Bu hükümlere göre gayrimenkulde mülkiyet beyanı rızadan ibaret olan icap ve kabul ile tehassül eder ve onunla akit tamam olursa da her kes kıymetli mülkleri hakkında mülkiyetin tevsiki lüzumundan tegafül etmediğinden mübayaalarını mehakimi şer'iye huccetleriyle tevsik ederlerdi. Ve kadıların bir vazifesi de noterlik idi.

Yukarda beyan ettiğimiz ikinci devre ibtidasında 1274 tarihli Arazi kanunu neşrolundu. Ve bu kanunun son maddesinde yazılı olduğu üzere bunun neşriyle evamiri atika ve fetava kanunu aziye karşı gayri muteberdir. Kanuni Sultan Süleyman zamanında da (bir kanunu arazi) çıkarımıştı. Bu kanunname intikal derecatı ve terk ve tatil ile mahlûlât hakkında bazı hükümleri havi idi.

Yukardanberi beyan ettiğimiz (Sahibi arz) mefhumu, arazinin zatiyet ve mülkiyetinin mâliki mânasına değildir. Belki rekabesi beytülmale ait olan arazii emiriyeyi kanun dairesinde talibine tefviz ve mukannen merasim ve muamelâtı ifaya nezaret ve vekâlet etmek üzere Patişah tarafından tevkil edilen vekil ve memur demektir.

769

Tapu senedatı hakkındaki talimatın 10 uncu maddesinde (63 tarihinden mukaddem sipahi ve mültezim ve muhassıl misillûlar) ibaresinden de anlaşıldığı üzere (sahibi arz) namı verilen vekil bida yeti teessüsü devletten 1255 tarihine kadar eshabı timar ve zeametten ve tarihi mezkûrdan 1263 tarihine kadar kısmen ashabı timar ve zeametle mültezim ve muhassıllardan ve 1263 tarihinden kanunu arazinin neşri tarihi olan 1274 tarihine kadar mültezim muhassıllardan ve 1272 tarihinden tapu usulünün tarihi te'sisine kadar mal memurlarından ve tapu usulünün teessüsünden sonra defteri hakani memurlariyle tapu kâtiplerinden ve tapu teşkilâtı olmıyan yerlerde kemakân mal memurlarından ibaret idi. Arazi K. nun 3 üncü maddesinde bu zikrettiğimiz sahibi arzların izin ve tefviziyle arazii miriye tasarruf ettirilir ve mutasarrıflarının ellerine (balâsı turalı tapu senetleri) verilir, diye yazılıdır.

Tapu senetleri hakkındaki talimatın birinci maddesinde (Tapu senedi olmaksızın arazi tasarrufu tahtı memnuiyete alındığından elyevm tapu senedi olmıyan arazii emiriye mutasarrıfları, turalı senet almağa ve bu senetlerin ihdasından mukaddem eshabı timar ve zeamet veya mültezim ve muhassıl tarafından verilmiş olan atik senedatı tebdil ettirmeğe mecburdur) diye yazılıdır.

Taşrada merkezden turalı tapu senedi gelinceye kadar arazi memuru ve takrir komisyonu heyetinin mühüriyle memhur matbu muvakkat ilmühaberler verilirdi.

Bu talimatnamenin birinci bendi hükmünce senetsiz arazii emiriye ve mevkufei gayri mahmiyenin tasarrufu memnu ve senedi olmıyanlar senet almağa mecbur olduğu cihetle arazii mezkûrenin teferruğ, mübadele, intikal, bedel misliyle tefevvüz cihetlerinden birine istinaden tahtı tasarrufda olduğu hakkındaki bir dâvanın indelinkâr şuhudu şahsiye ile ispatına mesağ yoktu. Behemehâl tapu senediyle ispat olunmak lâzımdı. Bu türlü tasarruf dâvalarının ispatına salih senetler şunlardı.

1 — Tura ile müveşşeh tapu senetleri,

2 — Turalı tapu senedi henüz defteri hakaniden vurut etmemiş ise matbu ilmühaberler,

3 — Tapu senetlerine tebdil edilen atik senedat: (Timar ve zeamet sahiplerinin verdiği),

4 — Mahalli tapu idarelerinde veya defterihakanideki kuyudu resmiye,

5 — Huceci hattiyye ve kuyudu hakaniye ve sicillâtı mehâkim.

Hakkı tasarrufun sübutuna gayri salih olan senedat ve evrak ise zirdekilerdi:

1 — Şüphei tezvir ve tasniden gayri salim olan senedatın kâffesi,

2 — Efrat beyninde teati olunan senetler, mukavelât muharrirliğinden musaddak olsun olmasın.

3 — Hey'eti ihtiyariye şahadetnameleri,

4 — Keşif raporları

5 — Mecalisi idare ve sa.re mazbataları,

Ancak fiili tasarrufu ispatta ve hudut münazaalarında şuhut istimaına mesağ vardı. Temyiz Birinci hukuk 10/Teşrınisani/99

J — Görülüyor ki kanunu Medeninin meriyetinden evvel arazii emiriyeye ait mevzuata göre arazii emiriyece haricen alım satımın muteber olması yalnız rekabe sahibi beytülmali temsilen sahibi arz sıfatiyle nakli tasarrufa izin vermemesinden değil, belki arazi K.nun 3 üncü maddesiyle tapu senedatı hakkındaki iradeli talimatın birinci bendi hükmünce tapu senetsiz tasarrufun memnuniyetinden ileri geliyordu. Çünkü öyle olsa hericen yapılan gayri muteber bir satış a üzerine muahhar bir tarihle sahibi arzın izin ve muvafakatini havi bir izinname ibraziyle ve icazeti lâhika o aktin müteberiyet iktisabetmesi mümkün olmak lâzımgelirdi. Halbuki haricî akitten muahhar müstahsal bir izin o haricî akti muteber kılmazdı.

Çünkü ferağda takrir şarttı. Ve ferağ takririni istimaa mezun nevabı şer'in riyaseti tahtında müftilerle defterihakani ve tahrirat müdür veya kâtipleri ve evkaf muhasebeci veya memuru ve meclisi idare âzasından mürekkep bir komisyon memur idi. Tapu memur ve ketebesi yoklama ile nevahiyi devirleri esnasında zuhur edecek ferağ takrirlerini veya mahallinden vukubulacak talep üzerine muayyen harcirah alarak mahalleri ihtiyar meclislerinde tanzim edecekleri takriri mutazammın varakayı komisyonu mahsusunca tasdik edilmek suretiyle bazı teşkilât kabul olunmuştu.

Yukarda zikrolunan ve arazi K. nun 36 ıncı maddesinde yazılı olan sahibi arzın (izni) şartı: Sahibi arz için intiyarî olmayıp mecburî idi. Ve arazi memuru ehliyetsizlik gibi bir güna sebebi kanunî olmaksızın ferağa izin vermekten hiç bir veçhile imtina edemeyip izin vermeğe mecburdu. *Himmet Berkinin* buyurdukları gibi eğer rekabenin mâliki sıfatiyle bareket maksut olasaydı feraga izin verip vermemekte muhtar olması lâzımgelirdi. Halbuki bu iznin meşruti-

271

yeti ferağa bir şekli resmî vermek, bundan resmi ferağı tahsil edebilmek ve haricî satışları muteber addetmemek için konulmuştur. (Nitekim tapu memurlarının arazi dâvaları muhakemelerinde hazır bulunburulması, bir şekil meselesi olup ne mütalâaları alınır, ne de kendilerine ilâm tebliğ edilirdi).

Arazi kanunundan sonra Tevsii intikal kanunu ve ondan sonra da rahmetli Mahmut Esad hocamızın kalemiyle çıkan gayrimekule müteallik muvakakt kanunlar arazi K. nun bir çok maddelerini tadil etmiştir. Kanunu medeni ise arazi K.nun kalan maddelerinin ekserisini zımnen ilga etmiştir. Bunu ötedenberi iddia ve ispat etmiş olmakliğım Kanunu arazinin kanunu medeninin mer'iyetine kadar olan zaman için mer'i addetmek lüzumuna münafi düşmez.

Tapuya ait bazı mevzuatı gözden geçirelim.

K — Defterihakani idarelerinin tensikat ve teşkilâtı ve memurlarının vezaifine dair olan 17/Temmuz 323 tarihli Nizamnamesinin 13 üncü maddesinde (Bilcümle emlâk ve arazi ve musakkafat ve müstegâllatı vakfiye ile gedikler defteri makanice emlâk ve emvali gayrimenkule namile maruftur. Bunların intikal ve bey ve ferağı muamelâtının (dersaadette) senedat idaresince ve vilâyatı şahanede defteri hakani idarelerince icrası kavanin ve nizamatı mahsusa icabından olmakla ve meskûr idareler haricinde senedi adî ile alım satım icrası olbaptaki iradei seniyye mantukunca katiyen memnu bulunmakla o yolda senedi adî ile alınan maldan dolayı tehaddüs edecek deavi mahakimce ve devairi resmiyece gayri mesmudur. Binaenaleyh bu veçhile alım satım senedini tasdık eden hey'eti ruhaniye veya ihtiyariye vesair efrat ve eşhas kanunen mesul tutulacaktır).

Madde: 14 — Senede merbut ve müstenit olmıyan emlâk ve emvali garimenkule hakkında Hükümeti seniye devairi resmiyesince bir gûna muamele icra edilmiyecektir Hilâfı harekette bulunan memurlar mesul tutulacaktır.

Madde: 19 — Hakkı karardan senet talebinde bulunanlar senet itasından evvel müddeâbiha olan arazinin vergi veya tapu kuyudunca kimin namına mukayyet olduğu ve esasen ne mekule araziden bulunduğu ve tarihi ziraat ve tasarruftan bir verği aşarının her sene verilmiş olduğuna dair elde evrakı resmiye bulunup bulunmadığı tahkik ve mahalleri mecalisi idaresince tetkik edilmiyerek müddeabiha arazi mukaddemce kısmen veya tamamen kimin namına mukayyet ise kaydı atika dahi şerh ve işaret olunacaktır.

Muaddel Madde: 22 — 17/Mayıs/332 Takrir komisyonları mülgadır.

Bu nizamnamenin üçüncü kısmı (yoklama muamelâtına) dair (Bu nizamnamenin 36 ıncı maddesi İmam, Muhtar ve hey'eti ihtiyariyelerle ruhanî memurların ihbar mecburiyeti hakkındadır) yoklama kayıtları musaddak defterde ise mehakim muteber addetmekte ve defter gayri musaddak ise hükümsüz addetmektedir.

L — 8/cemaziyelevvel/1275 Tarihli tapu nizamnamesi madde 3 ve 4: ferağ muamelelerinin sureti icrasını tarif eder. ve istanbuldaki defteri hakani idaresinde taşrada gayrimenkulün ferağ takririnin kabul olunacağını yazmaktadır. 18 inci maddei muaddilesi de mahlûlatın müzayede ile sureti ihalesini bildirmektedir.

M — Tapu senedatı hakkındaki 1276 tarihli iradeli talimatın 1-inci maddesinde: (Bundan böyle her ne suretle olursa olsun asla kimseye senetsiz arazii emiriye tasarruf ettirilmiyecektir. Ve bu cihetle senedi olmıyanlar senet almağa ve balâsı turalı tapu senedatından mada atik ssnetleri olanlar dahi senetlerini tebdil ettirmeğe mecbur olacaktır. Ve bu bapta velât,izan ve mutasarrıfını kiram ile kaymakamlar ve meclis âzaları ve mal memurları ve kaza müdürleri ve tapu kâtipleri tahkikat ve takzidatı lâzime icrasına memur oldukların-dan bir gûna kusur ve tekâsül vukuunda cümlesi mes'ul olacaklardır;) deye yazılıdır. Demek ki 94 sene evvel dahi bu tapulama hareketi başlamıştdı.

N — Emlâki sırfa ve mevkufe senedatı hakkında 28/Ağustos/1290 tarihli nizamnamenin birinci maddesinde: şehir ve kasabatta ve kura ve navahide bulunan bilûmum emlâke balâsı turalı matbu senedatı cedide ita kılınacak ve bundan böyle senetsiz emlâk tasarrufu memnu olacaktır.) denmiş ve emlâke verilecek yeni senetlerin nasıl verileceğine dair olan hü ümler birinci fasılda izah edilmiştir.

Bu nizamnamenin 17 inci maddesinde (Hibe veya vasiyet tarikiyle terkolunacak emlâk için ilâmı şer'î olmadıkça muamelâtı nizamiye icra olunmıyacaktır.

19 uncu maddesinde de : (Senette münderiç olmıyan rehin ve şart ve vefa ve istiklât dâvası istima olunmaz) denilmiştir.

O — Emvali gayri menkulenin tasarrufu hakkındaki 30/Mart/329 tarihli kanunun 1 inci maddesinde : (Arazii emiriye ve mevkufenin tasarrufuna dair bilcümle muamelât münhasıran defteri hakani idarelerince icra ve mutasarrıflarına senedi hakani ita olunur. Senetsiz tasarruf memnu olduğu gibi kanunu cedit mucibince tahrir ve tahdit icra olunan mahallerde senedi hakani ibraz edilmiyen yerler için mehakimi şer'iye ve nizamiyede dâva istimaı ve devairi Hükü

mette bir gûna muamele icrası dahi memnudur. Ve bu hüküm her türlü emlâk ile evkafta da caridir. denilmiştir.

Bu maddenin birinci fıkrasındaki (Senetsiz tasarruf memnudur) ibaresi mutlaktır.

Bu kanunun üçüncü maddesinde (Senedatı hakaniye mamulünbih ve muteberdir. Bunların ve kayıtlarının mazmunlariyle mehakimi şer'iye ve nizamiyede bilâ beyyine hüküm ve amel olunur. Ve bir sebebi kanuni ile mazmunu hilâfına bir mahkemeden hüküm lâhık olmadıkça bir senedi hakani iptal edilemez) denilmiştir.

P — İ.tilâs üzerine tapu teşkilâtı olmamasından Elviyei Selâse hakkında 10/Nisan/340 Tarihli ve 474 Numaralı bir kanun çıkmıştır. Bu kanuna göre esas 1330 Tarihinde araziye vaziulyed ve zari'bulunmaktır. Eski kayda itibar olunmaz. Bu müstesna bir hükümdür.

R — Beslemek şartiyle ferağ, borçlar K.nun neşrinden mukaddem mülkte ve arazi ile musakkafat ve müstegallâtı mevkufede hüküm başka başka idi. Akaratı mevkufe hakkında 8/Recep/1296 Tarihli bir irade vardı ve bu iradeye göre besleme şartının ferağ senedinde derci şarttı. İcareteynli musakkafat ve müstegallâtı mevkufede beslemek şartiyle ferağ hakkında 12/Teşrinievvel/304 Tarihli kanun vardı Bu kanuna göre (Badema şartı mezkûr ile vukubulacak ferağlar kabul ve şartı mezkûr senedata derc olunacaktır. Ve senette münderiç olmıyan şart dâvasını hükkâm istimadan memnudur) denilmiştir.

Arazii emiriyenin beslemek şartiyle ferağı hakkında arazi K. nun 114 üncü maddesi 12/Teşrinievvel/304 te tâdil edilmiş ve nihayetinde (Tapu senedinde münderiç olmıyan şart dâvasını hükkâm istimaından memnudur) denilmiştir.

S — Mülkte 318 eylülünden sonra ve mirî arazide cemi zamanda haricî bey, ve şiranın hüküm ifade etmiyeceği ve bu kabil dâvaların istimaa şayan olmadığı izah ettiğim mevzuatı kanuniye ile pek sarih iken ve bu haricî senetleri verenler hükümsüz olduğunu bilerek di ğerine vermiş iken ve böyle bir mukavelenin muteber olmadığı (..... ve emveli gayrimenkulenin tasarrufuna müteallik kavait ve ahkâma muhalif bulunmıyan mukavelât ve teahhüdat ahkâmı âkitler hak kında mer'i ve muteberdir)diye muharrer olan mülga usulü muhakemei hukukiyenin muaddel 64 üncü maddesi hükmü pek sarih iken mahkemei asliye kanunu medeninin tatbikına dair olan kanunun birinci maddesi hükmü hilâfına olarak zamanı tanziminde mer'î kanun hü kümlerine tâbi olan bir akdin hüküm hilâfına 1515 Numaralı kanun hükmünü tatbikle bunu makabline nasıl teşmil edebilir? Bu suretle

tefsir ve tatbik etmek tatbik kanununa ve hukukun maruf nazariyelerine aykırı düşmezmi?

Ş — Bir akdin hüküm ifade edebilmesi için kanunen muayyen bir şekli mahsusta olması meşrut olan yerlerde bu akitten mütevellit âkitlerin ihtilâfı üzerine iş mahkemeye intikal ettikte eski itiyat veçhile. (Bu akitten mütevellit dâvanın istimaından hükkâm memnudur) denilsin veyahut şimdiki tarzda olduğu gibi şekli resmî de vaki olmıyan bir gayrimenkulün satışı hüküm ifade etmez) denilmiş olsun arada ne fark vardır.

Bir akdin himaye edilmemesi başka ve bir akdin muteber olmaması başkamıdır? kanunun himaye etmediği bir akit, bir hak tevlit edebilirmi? edebilir denilirse bu hakkı kabul etmiyen hâkim huzurunda kabili serd olmazsa bu hakkın müeyyidesi kalırmı? ve bahis ve kumar akdinden mütevellit haktan bunun ne farkı kalır? Meşhur (Yeri g) kanunen musaraaya yani hâkim huzurunda murafaaya mütehammil olmıyan bir hakka, hak demiyor.

Eğer satış şekli mahsusa riayet edilmeksizin izharı rıza ile hüküm ifade edecekse bu hükmü velâyeti âmmeyi haiz devlet himaye etmez onu mer'î kılmaz ihtilâf halinde mülkiyet hakkını teslim ettirmezse bu akit nakşi berâb kabilinden olmazmı?

Canım: Resmî şekil nihayet bir şekildir. Mülkiyet hükmüne nasıl mani olur. Şekillere kapılmamalı diyorlar. O halde vasiyetnamelerin pek sıkı olan şekillerine hattâ (Şarih Kürtinin mutalâası hilâfına) neden bu kadar fazla sıkı tutuyorlar. Öyle bir şekle ki değil köylü ben bile bu şekli tamamen hatırlıyamıyarak mutlaka şahitlerden birinin el yazısını ihmal eder ve kastı hakikim olan (İsa) hakkı meşruundan ve mabadelmevte muzaf bir tasarrufta bulunmakdan mahrum kalırım. Bu ifrat ile tefrit neden? istitrat: Trablusu garpta: adül hikâyesi).

T — Emlâki sırfe nizamnamesi ve meşihatin ve mecelle cemiyetinin noktai nazarı : Yukarda zikrolunduğu veçhile emlâki sırfe için defteri haneden verilecek senedata dair olan nizamnamenin (üçüncü cilt düstur sahife : 441) 1 inci ve 11 inci maddelerine istinaden emlâki sırfe hakkındaki bey've şira dâvaları — takriri resmî ita edilmiş olmadıkça — istima edilmemekte ve esbabı mucibe sırasında bu maddelerden başka 17/Temmuz/95 Tarihli meşihat emirnamesiyle 15/Ağustos/95 Tarihli vergi emanetinin tahriratı umumiyesi ileri sürülmekte idi. Fakat o tarihlerde gerek bu iki madde ve gerekse meşihat ile vergi emanetinin salifülbeyan tahriratı umumi-

yeleri, emlâki sırfe bey've şirasına dair olan muamelelerin tezvirden salim olması esasına müstenit olup yoksa mecellenin 169,262,292 ve 369 uncu maddeleri hükmünü ihlâl edemiyeceği şeklinde tefsir edilmiş ve hükmü kat'ileri akamete uğratılmıştır.

Hattâ noktai nazarı muhavvel bir istida ile sorulan mecelle cemiyetinin Cemaziyelevvel 305 tarihli derkenarı şöyledir. «İşbu arzıhal mutalâa olundu. Derununda muharrer hususa dair mukaddema Denizli niyabeti şeriyesinden makamı samii fetva penahilerine vukubulan iş'ar üzerine bil'havale emlâkin bey'i arazii emiriyenin feragı gibi sahibi arzın iznine tevekkuf etmeyip bayi ve müşterinin icap ve kabuliyle münakit olduğu cihetle senedi resmî olmaksızın dahi müşterinin tasarrufu sahîh olup, fakat bu makule emlâk muamelâtının senedatı resmiyeye raptı, tasarrufu emlâk hususunda tezvire meydan bırakmamak maksadına mebni ittihaz olunmuş bir nizam olduğunun niyabeti mumaileyhaya emir ve iş'ar buyurulması cemiyeti acizanemizden arz ve beyan kılınmıştır» denilmiştir.

Emlâki sırfe nizamnamesinin 1, 11 inci maddesini ve sebebi vaz'ını ve istihdaf eylediği gaye itibarile memlekete ta o zaman getireceği müstahsen neticeleri bir de bu nizamname hükmü sarih ve kat'isini mensuhul'amel kılan cemiyeti mecellenin şu mukni olmıyan mütalâasına dikkat buyurun.

Arkadaşlar! Bizde ilmiye mesleki yani meşihat böyle zihniyetleriyle kendi kendine kıymıştır. Şunu da arzetmeliyim ki; bu mukteza nın yazıldığı tarihte Cevdet paşa merhum bu cemiyete riyaset etmiyordu. Bu acip mutalâasından tam 13 sene sonra içinde şeyhül 'islâm dahi dahil olduğu halde meclisi has vükelânın esbabı mucibeli inhası üzerine Eylul/318 Tarihinde emlâki sırfede meyane senediyle bey've şira dâvalarının istimaından hükkâmın memnuniyetine dair bir irade sadır olmuştur. Demek o yanlış mütalâanın hükmü ancak 11 sene mer'i olabilmiştir.

U — Müruru zaman: Arazi K. nun 20 inci maddesinde (Sığar ile cenün ve tegallüp ve müddeti seferi baid olan diyarda bulunmak gibi azarı şer'iyei mutebereden biri şer'an tahakkuk etmedikçe 10 sene bilâ niza tasarruf olunan tapulu araziye müteallik dâvalar istima olunmaz. Ve o azarı mutebarinin zeval ve indifaı tarihinden itibaren 10 seneye kadar araziye mütealik deavi istima olunup müddeti mezkûr mürurunda istima olunmaz. Fakat müddeaaleyh yedinde bulunan araziyi füzulen zapt ve ziraat etmiş olduğunu ikrar ve itiraf ederse bu surette müruru zamana ve tasarrufa itibar olunmayıp o arazi sahibine alıverilir) denilmiştir. Bu hüküm arazii mev-

kufei gayri sahihada da böyle idi. Arazii haliye ve mahlûleden muhacirine tefviz olunan arazi hakkında bilâ özür müruru zaman müddeti iki sene idi. Yine arazi K. nun 78 inci maddesi de hakkı karardan bâhis idi.

Bu müruru zaman, tasarruf dâvaları hakkında olup arazinin rekabesine ve zatiyet ve mülkiyetine dair olan deavide müruru zaman 36 sene idi .Arazii memlûke dâvalarında müruru zaman müddeti mecellenin 1660 ıncı maddesi mucibince 15 seneden ibarettir. Arazideki hakkı karar müddetleri, şimdi bildiğimiz iktisap müruru zamanlarına mümasil idi. Bir fikre göre sureti mutlakada ve fikri ekseriyete göre esbabı selâseden birine istinat şartiyle hakkı kararla iktisap olması bir hucceti müsbite idi.

Fakat mülkte dâva müruru zamanı iktisabî ve sebebi mülk ve tasarruf olan müruru zaman müddeti olmayıp buna istinaden bir dâva ikame olunamaz. Ancak (Hücceti dafia) olarak müddeaaleyh tarafından ileri sürülüpte sübutunda yalnız dâvacının dâvası mündefi olurdu. Aradaki fark ise pek zahirdir.

Temyizin hali hazırdaki müstekar ictihadına göre tapulu gayrimenkule ait dâva hakkında borçlar K. nun adî dâva müruru tatbik olunmaz. Çünkü tapu ile temellük fiilî tasarrufa mütevakkıf değildir. Çünkü terki tasarrufla müstehıkkı tapu olamaz. ve tapulu gayrimenkul hakkında sadır olacak bir hüküm de halen müruru zamana uğramaz. Hakkı kararı ihraz için ise 10 sene müddetle tasarruf etmek şarttır. İşte şu izahata göre mirî ve o hükümde bulunan arazide hakkı karar sabit olur fakat emlâkte olmazdı. Emlâkte yalnız (Hücceti dafia) mahiyetinde ve yalnız müddeaaleyhin istimal edebileceği bir dâva müruru zamanı cereyan ederdi.

Hedmen ve binaen vaki tasarrufata karşı sükûtlar bazı kimseler hakkında istimaı dâvaya mani olunması hakkınada mecellenin ortaya sürülen 1659 uncu maddesi müruru zaman bahsinde dahil olmayıp mecellenin (Tenakuz) faslında yeralmıştır. Ve mevzuumuza ilgisi yokur. İşte şimdiye kadar vaki maruzatımla kanunu medeninin meriyetine kadar ğayrimenkulün harici alım satımının memnuiyetlerini ve müruru zaman hükümlerini gözden geçirmiş olduk.

Ü — Kanunu medeninin gayrimenkul mülkiyetinin iktisap ve ihraz ile bunun izaası ve gayrimenkul mülkiyetin karinesi olan sicil hükümleriyle tescil ve terkine müteallik ahkâmını daha evvelki ictinada arzetmiştim. Bu memnuiyetler hilâfına 1515 Numaralı kanunun vaz'ı sebebi nedir? Vukuu zamanında muteber olmıyan bazı

akitlere, 929 tarihinde neşrolunan 1515 numaralı kanunla ve onun makabline teşmili suretile muteberiyet ve meşruiyet vermek mi arzu olunmuş? Hayır! intizamı âmmeye talluku itibarile makabline teşmili temyizin ictihadı cümlesinden olan kanunu medeninin ayni haklara müteallik hükümlerinin nazara alınmasımı kastedil iştir? Hayır! çünkü her ikisi de hukuk nazariyesince merduttur. O halde 1515 numaralı kanunu sahai tatbika kanulamamak içinmi yaptılar? O da hayır! Tapu sicillinde mukayyet olupta mutasarrıflardan başka tûlû müddettenberi başka ellerde bulunan emvali gayrimenkulenin vaziyeti hakıkıyelerini tesbit ve idareten mümkün olduğu kadar tasfiye etmeği murat ettiler. Ve bu tasfiye için alâkalıların talebini bile şart koymadılar. Tapu memurları bunu re'sen tatbik edecekler. Tapu kayıtlarını kim tasfiye eder. Tabii o kayıtları tutanlar. İdari bir dairenin defterlerini mahkeme tasfiye etmez ya. İşte kanunun unvanı da gösterir ki bu kanun tapu idarelerine hitabeder. Kanunun ve nizamnamesinin maddelerini kaç defa okuduk yine okuyalım. (Tapu idarelerince) (Tupu memurlarınca) deyip duruyor. Tasfiyeyi yapacak olan onlardır. Ve nasıl yapacaklarını nizamname izah etmiştir.

Tasfiye edilecek, tashih edilecek kaydın alâkalısı buna sarahaten razı olursa ne alâ: Sükût ederse bu da zımnî bir rızadır. Kanun bunlara emsali itiraz müddetlerinde vermediği üç sene gibi uzun bir itiraz müddeti vermiştir. Bu üç sene zarfında tapu idaresinin muamelesi gayri katidir. Üç sene geçerse kat'î olur. Ve bu katiyet mehakimce de muteberdir. Üç sene içinde mahkemeye müracaatla itiraz ederse ahkâmı umumiye tatbik olunur. Niçin: Çünkü;

Evvelâ: Bu kanun birinci maddedeki iktisap sebeplerine itiraz eder diyor. İktisap delillerine itiraz eder demiyor. İkt sap sebebiyle iktisap dalili arasında çok fark vardır.

İktisap, temellük demektir. Temellük'ün sebepleri ise mecellenin 1248 inci maddesinde yazılı olduğu üzere;

Birincisi: Bey ve hibe gibi mülkü bir malikten diğer malike nakildir.

İkincisi: İrs gibi bir kimsenin diğere halef olmasıdır.

Üçüncüsü; Mübah bir şeyi ihrazdır.

Medeni kanunumuza göer gayrimenkulün iktisabı 633 üncü maddede yazılıdır.Bunlardan mevzuumuza yarıyan (Nakil-i mülkiyet) olan akittir. Kanunu medeni hükmünce bunun resmî bir şekilde olması

şarttır. İktisabın delilleri ise: temliknamelerdir. Hâdisemiz ise meyane senetleridir. Eğer itiraz yalnız o belgelere maksur olsaydı ibare öyle sevkedilmez, temellük ve iktisap delillerine veya belgelerine itiraz eder derdi.

Halbuki mutlak surette (iktisap sebeplerine) ibaresiyle onun ademi muteberiyetinden bahsile itiraz eder, demek istemiştir. Bundan da mahkemelerin ahkâmı umumiyeye tevfikan itirazı tetkik eder manası çıkar. Bunun emsali pek çoktur. Yani komisyonlar ahkâmı umumiyeye muvafık, gayri muvafık bir takım mukarrerat ittihaz ederler. Eğer bunlar aleyhine itiraz kapusu mahkemelere müteveccihen açılırsa onda mahkemelerin mecburi tatbik ittihaz edeceği ahkâmı umumiyedir. Meğer ki hilâfı hakkında kanunda sarahat ola,yani 1515 Numaralı kanun ve nizamnamesinin mahkemece nazara alınarak itirazın onlara göre varit olup olmadığına karar verir gibi bir sarahat olsaydı, o zaman mahkemede nazara almakla mükellef olurdu. Böyle bir sarahat yoksa ve burada olduğu gibi (Mutlak surette iktisap sebebine) itiraz olunacağı bildirilmiş ise ahkâmı umumiyeden başka bir şey tatbik olunamaz. Eğer Böyle olması kastedilmemiş olsaydı bunun hilâfı ya tasrih olunurdu yahut komisyonun mafevkı komisyona müracaat gibi idari mercie itirazdan başka kazai bir merci gösterilmezdi. Bunun bizde emsali pek çoktur. Fakat en yakışıklısını size arzedeyim:

Kadastro kanunu hükümlerince tahrir komisyonları gayrimenkulün tahrir ve tesbitinde her türlü tahkikata tevessül ve her nevi belgelere istinatla tahrir varakalarını tanzim ve kararlarını ita ederler. Fakat alâkalı olanlar 15 gün zarfında itirazen kadastro mahkemesine müracaat ettiklerinde kadastro hâkimi yalnız ahkâmı umumiyeyi tatbik ederek komisyonun tesbitini ya tashih ve tadil eder, yahut tasdik eder.Çünkü o kanun 1515 Numaralı kanun gibi iki kısmı muhtevidir. Tesbitte komisyon serbesttir. Fakat itiraz olunursa kadastro harici şiralar nazara alınmış ve tespit ona istinat etmiş ise hâkim onu iptal ve tashih eder.

Tapuya ait yukarda bir çok mevzuatı telhisen arzettim. Bunlar ve hatırıma gelmiyenlerin bir kısmı yalnız tapu idarelerince mecburi tatbik olur. Sicil nizamnamesi gibi bazısı yalnız mahakemece ve bir kısmı da hem tapu idarelerince hem mahkemece tatbik olunur. Tapu kanunu gibi Mecelle cemiyeti de emlâki sırfa nizamnamesinin 1-inci maddesini yalnız manii tezvir olmak üzere tapu idarelerince tat-

bik edileceğini, mehakimce ise hiç tatbik edimiyeceğini kabul etmemişmiydi.

A. Himmet Berkinin iradettikleri bu delili bende bu mevzuda kendi tezime bir misâl olarak aldım. Yani kanun olur ki yalnız tapu idaresi tatbik eder, fakat mahkeme tatbik etmez.

Keza yoklamaya müstenit (Muhtıranın 7 inci sahifesine bak) tahrirde eskiden tapu idarelerince mer'i bir nizam vardı. Fakat her zaman bu yoklamadan verilme senetler mahkemelerce muteber addolunmazdı. İdari komisyonun muamelâtını boşanma dâvalarında sulh teşebbüsünde ve idari ref'i yeden sonra esas hakkında mahkemeye gidilmesi gibi merasimi mütekaddime, 1515 Numarlı kanunda bir istisna kabul edilmemiştir, dediler.Onlarla mevzuumuz arasında ben bir münasebet görmüyorum.

Çünkü; Mahkemeler ahkâmı umumiyeden başka idari hükümleri nazara alabilmeleri için ahkâmı umumiyenin o mevzilerde tadil edildiği veya o yerlerde istisnai hükümlerin tatbikı lâzımgeleceği hakkında mutlakâ sarhaat ister. Buyurdukları bazı istidlâlât ile ahkâmı umumiye amelden ıskat edilemez.

(İktisap sebeplerine itiraz) ibaresi ise ahkâmı umumiyenin tatbik edileceğine daha müraccah bir delildir.

V — Gelelim: 1515 Numaralı kanunun doğrudan doğruya mahkemeler tarafından, yani her gangi bir men'i müdahale dâvasına karşı müddeaaleyhin bu kanuna istinaden serdedeceği müdafaa üzerine mahkemeler gayri muteber meyane senetleriyle harici şirayi meşru addederek dâvacının senedinin kıymetini gaybettiğinden bahsile tasfiyesine ve haricî müşterisi olan müddeaaleyh namına tesciline karar vermekle mükellefmidir?

İktirazen tatbika mesağ olmiyan bu idarî ve istisnaî hükümleri makheme doğrudan nasıl tatbik edebilir? Ne için tatbik etmesin.

Rica ederim, tatbik lüzumunu gösteren kanunda hiç bir delil varmıdır. Nizamnamenin bütün maddeleri de bu kanunu tapu idarelerince tatbik edilmek için çıkarılmış bir kanun olduğunu ap açık görterir. Mahkemeye ne vakit müracaat olunacağı nizamnamenin muaddel 11 inci maddesiyle kayıtlardan yanlışlarla mükerrirlerin tashihi hakkındaki 13, 14, 15 inci maddelerinde sarahaten yazılıdır.

İyi amma: Bu kanunun altında adliye vekilinin tatbikına memur olduğu yazılıdır. Ve bu yazıldığı zaman tapu idareleri vekâlete bağlanmış değildi. Bu ibare ve işaret bu kanunun mahkemelerce doğru-

dan doğruya tatbik edileceğini ifham etmez. Mademki; 3 sene içinde mahkemelere müracaatla bir itiraz hakkı verilmiştir. Mahkemenin mercii itiraz olarak kabulü alâkasiyle adliye vekili tatbikına yalnız bu noktadan memur edilmiş mânasından başka bir mânaya hamledilemez.

X — 1515 Numaralı kanunun nefi ve zararı:

Filhakika haricî şiraya olan müessif rağbet sebebiyle mal sahiplerinin değişmesi yüzünden hasıl olan gerek idari ve gerekse vergi bakımından malî teşettütü izale maksadiyle bir tedbiri idari olarak bu kanun çıkarılmış alâkalıların ve sarih veya zımnî muvafakatlariyle veyahut 3 senelik itiraz müddetini geçirmek suretiyle adedi mühim bir yekûn tutan bir tasfiye yapılmıştır. Ve bundan beş, on bini de itiraza uğrıyarak ahkâmı umumiyeye tevfikan mahkemelerce iptal edilse de bir kısmı mühimminin katileşmiş olması tapu idareleri için bir kârdır. Bunun fevkına çıkarak itiraz vukuunda 20 lira maaş alan bir tapu kâtibinin köyleri dolaşarak yaptığı tahkikata istinaden ve şeklen adalet teminatını haiz olmıyan idarî komisyonun kararları mahkemeye geldiğinde anüle (annuler) edileceği tabiidir. Bu kanun tapu memurlarını dile getirmiş ve töhmet mevzilerini tehiye etmiştir. Bundan bir çok tapu memurları tahtı muhakemeye alınmış veya inzibati cezaya çarptırılmıştır. Son zamanlarda tapu müdüriyeti umumiyesi bunun faidesinden ziyade zararı dokunduğunu teferrüs ederek gerek Toprak kanunu ile gerekse Tapulama kanuniyle bu kanunun mülga olduğuna dair maddeler teklif etmiş ve esbabı mücibelerinde bu maruzatımı ileri sürmüştür. Bu her iki kanun bugün Büyük Millet Meclisince mevkii müzakerededir.

Y — Bu kanunun müdafaaten talep halinde mahkemelerce tatbik edilemiyeceğine ve iktisap sebeplerine itiraz suretiyle müddeti zarfında geldiğinde ahkâmı umumiyenin tatbik edileceğine ve fakat üç senenin müruru halinde tasfiye ve tescilin katiyet kesbedeceğinin mahkemelerce kabul edileceğine ait Temyiz birinci hukuk dairesinin tam 14 senelik müstekar içtihadını değiştirtmek için muarızlarımızın iradettikleri deliller kıvamı mülk olan tapu sicillâtının resanetini müemmen ve kâfil olan Birinci hukuk dairesinin içtihadını sarsacak bir mahiyette bulamıyorum.

(Romanyada karıya ve Türkiyede toprağa tasarruf olunmaz) darbı meselinin bize ait olan kısmını ortadan kaldırmak istemezmisiniz? O halde tapu senetlerine ehemmiyet veriniz. Ve bir tapu senedinin kıymeti parmaklı veya mühürlü, herhangi bir meyane senediyle ihlâl edilmesine müsaade etmeyiniz. Tapu senedine kıymet vermiyen

bir memlekette efradın hukuku tasarrufiyesi anarşiye uğrar. Hakkı tasarruftaki anarşileri ise 1515 Numaralı kanun gibi muvakkat tedbirlerle düzelmez. Ve bir kerre bu yol tutulursa halk ve bilhassa köylü gayri menkulde hakkı tasarrufunu tevsik hakkında kanunun gösterdiği himayekâr yoldan tamamiyle sapar.

Filvaki köylülerin bu sekim itiyadının bazı idari ve malî takyitlerden ve takatfersa muamelelerden neşet ettiğini bilmez değiliz. Fakat bu âmilleri bertaraf etmek kuvvei kazaiyeye ait değildir. Meyane senedini hükümsüz addetmekle hâkim belki saf bir köylüyü ağlatabilir. Fakat bundan ne çıkar; o hâkim müddeabihi beş bin kuruştan yukarı dâvalarda köylünün şahidini kabul etmediği zamanda köylüyü ağlatmıyormu? Müruru zamanla bir hakkın sukutuna karar vermekte azabı vicdanî duyulmuyorsa bir akdin şekli resmisine riayet etmiyenler hakkında da acınmaz. Eğer bu cehilden neşet ediyorsa büyük Türk hukuk âlimi Ebüssüudün dediği gibi cehil azardan sayılmaz.

Z — Velev Mümill olsa bile yine tekrar ederek derim ki, tarihi hukukta gayrimenkulün temellük ve temlikini mileli salife tedricen evvelâ iptidai olmak üzere bir takım kaidelere raptetmişlerdir.

Roma hukukunda da gayrimenkuller devletçe müttehaz mutena kaidelere ve merasime tâbi tutulmuş idi. Modern hukukta gayri menkul mülkiyeti bir devlet intizamı işidir. Bey'i teatî ile temellük olunamıyan mülk gayrimenkulün mülkiyeti fıkhı islâmda her ne kadar icap ve kabul ile tehassül ederse de şeride müfzii niza olan her sebebin izhak ve izalesi muktazi olduğundan ihtilâfı ref'edecek surette akitleri tahrirî vesikalara raptetmek memurunbihtir. Hele rekabesi memlekete ait olan arazide temlikî akitler eskidenberi şekli mahsusa tâbi idi.

Osmanlıların tarihi hukukunda bu cihet Avrupalılara karşı öne sürülecek mefahirdendir. Fransa ancak 1791 senesinde Code rural namiyle bir ziraat kanunu neşrile Fransız arazisinin hürriyetlerini ilân ve derebeylerin angaryesini kaldırdığı tarihten asırlarca evvel Müslümanlar ve Türkler buna mazhar idiler. Gayri menkullerin tahrir ve tescilinde ise adedi 975 e baliğ olan (defatiri cedide) tâbir edilen kuyudu mutena biha 955 Tarihinde eshabı fadl ve kemâlden ve ehliyet ve istikametten müntehap, mutemet ve mevsuk muharrirler marifetiyle şüphei tezvir ve tasniden sâlim olabilecek bir sureti muntazamada tanzimine başlanarak 1010 tarihinde ikmal edilmiş ve o tarihten bugüne kadar rasin bir mahzende fartı itina ile muhafaza

olagelen sicillât ile iftihar eden biz onların halefleri nasıl olur da hali iptidaiye rücu ile ve kanunu medeninin vazedip makabline teşmil ettiği kaideleri iğmaz ve ihmal ederek meyane senetlerini esbabı hükümden addedebiliriz.

W — Nekir ve kıtmirî ihtiva eden sözlerime hitam verirken yalnız bugünün ihtiyacına değil istikbalde de Türk'ün ebede kadar bağlı kalacağı bu sevimli mübarek toprakların mülkiyetini evvelkinden daha mazbut kaidelere hem ananevi hem asri usullere merbut görmek istiyen ve bunun üzerinde titreyen birinci hukuk dairesinin titiz ve hassasiyetli bir takip ile bugüne kadar tatbik eden ve hukuk heyeti umumiyesinin yüzlerce kararıyle teyit eylediği bu içtihat 14 sene sonra bugün pişigâhınıza arzedilmiştir. Bunu reylerinizle tasvip ederseniz memleketimizin hem tarih hukukuna hem de mülk ve milletin hayrına hizmet etmiş olursunuz.

Atıf Onan; Muhterem üstat F. Hulûsi ve Cevat Gücü'ün tasarruf vesikalarının kıymet ve ehemmiyeti ve tarihçesi hakkındaki çok değerli bilgilerini ve mütalâalarını kemali hürmetle dinledim. Fakat bunlardan 1515 sayılı kanunun mahkemelerde neden dolayı tatbik edilemiyeceğini bir türlü anlıyamadım.Acaba kanunda bir sarahat mı vardır. Yoksa bu kanunun diğer bazı kanunlarla taarruz halinde bulunduğu mu zannediliyor.

F. Hulûsi Demirelli medenî kanunun tatbikına ait kanunun 1 inci maddesini noktai nazarlarına medar olacak diye okudular ve izah buyurdular bu madde herkesçe malûmdur. Bu maddeden böyle bir netice çıkarılamaz. Binunla beraber bu kanunun diğer kanunlar hükümlerine karşı az çok aykırılık göstermesi de tabiidir. Çünkü kanun zaten o hükümlerin muayyen bazı ahvalde tatbik edilmemesi için konulmuştur. Biryandan kanunlara muhalefetten de bahsediliyor. Diğer taraftan kanunun tatbikı halinde zuhur edecek mahzurlar dermeyan edildi. Yüksek temyiz heyeti kanunları tatbik eder, yoksa tenkit değil. Tenkit sahası başkadır. Bunun için bu nokta üzerinde durmağa mahal görmüyorum. Bilmemki, şayanı tenkit olduğu mütalâasiyle bir kanunun tatbik sahasından kaldırılmasına imkân varmıdır.

Muhterem A. Himmet Berkinin mülkiyet ve tasarruf esasatını izah eden çok kıymetli mütalâalarından sonra bendenizin söz almama lüzum olmadığını takdir ederim. Yalnız muhterem üstat F. Hulûsi ve Cevat Gücü'ün kanunun tatbikı halinde bazı mahzurların zuhur edeceğine ait mütalâalarını acizane tetkik ve bunlara karşı kanunun

teklif ve kabul esbabı mucibelerini yüksek huzurunuzda okumak istiyorum.

Sayılan mahzurlardan birincisi :

Tapu kayıtlarının kıymetlerinin ve ona itimadın kalmadığı noktasıdır. Geçen celsede Sayın Cevat Gücün tapu dairelerinde eskiden muamele yapmanın meşakkatlerine ve bilhassa köylünün bu gibi işlerde duçar olduğu zahmetlere ve masraflara, haftalarca işlerinden kaldıklarına ve saireye dair bazı mütalâalarda bulundular. Zannıma kalırsa kanunun tetvininde bu mütalâalar mühim bir yer tutmuştur. Ayrıca eski kanunlardan bazılarında mevcut müsaadeler ve tapu kayıtlarının intizamsızlığı gibi âmiller de kanunun teklifine sebep olmuştur. Kanun bu sebeplerle hakiki sahipleri namına yapılacak kayıt ve tescillerle bu tapu kayıtlarını sahih ve salim ve itimada şayan bir hale ifrağ etmeği ve bir gayrımenkulün kaydının başka ve hakiki sahibinden başka olması gibi ahvalin önüne geçmeği istihdaf etmiş ve tapu kayıtlarının kıymetsizlenmesini değil bilâkis itimada şayan bir hale getirilmesini istemiştir. Bu kanunun tatbiki ile tapu kayıtlarına karşı itimatsızlık husule geleceği hakkındaki şüphenin nereden ve ne suretle istidlâl edildiğini anlıyamadım. Ve bunun anlaşılmasına imkân tasavvur edemiyorum. Kanunun teklifine ait yüksek Başvekâletin 261 Numaralı tezkeresinin bir kısmını okuyorum:

Esbabı mucibe mazbatası

Tapu defterlerinde mukayyet gayrımenkul mallardan takriben % 30 u gayrı resmî satış, hibe, taksim gibi sebeplerle elden ele geçerek hukuki kıymetlerini zayi etmişlerdir.

Tapu teşkilâtının bidayetindenberi geçen yarım asrı mütecaviz bir müddet zarfında devletçe umumi bir tapu tahriri icra edilmemiş ve gerçi Cumhuriyet Hükümetince bu lüzum takdir edilerek beş senedenberi memleketin bazı taraflarında plânsız ve bazı taraflarda da plânlı kadastro yapılmakta ve gayrımenkul mallar hakiki sahipleri namına kayıt ve tescil olunmakta ise de, bu amaliyelerle sicillin tesisi zamana mütevakkıf olması hasebiyle kadastro sahaları haricinde bulunan mahallerdeki gayrımenkul malların da münferiden vukubulacak müracaatlar üzerine hakiki sahipleri namına kaydını teshil ve medeni kanunun gayrımenkul mallara müteallik ahkâmının tatbikını temin için bazı ahkâm vaz ve tedvinine ihtiyaç messedilmiş ve kanun bu sebeple kaleme alınmıştır. İşte bu esbabı mucibe ile kanun bize gayrı resmî satış, hibe ve taksim gibi sebeplerle mal iktisabedenlerin o malın hakiki sahibi olduğunu ve onun namına kaydı lâ-

zımgeleceğini ve tapu kayıtlarının bu gibi ahvalde kıymetlerinin kalmadığını bildiriyor. Ve ayrıca bu kanunun medeni kanunun tatbikını temin için tedvin edildiği kaydını da ilâve ediyor. Bu hususta adliye encümeni mazbatası da arza şayandır. Bunu da aynen okuyorum.

Adliye encümeninin 30/4/921 tarihli mazbatasının birinci fıkrasında aynen «tapu defterlerinde mukayyet olan bir takım musakkafat ve arazinin kanunen muteber olmıyan satış ve sair sebeplerle kayıt sahiblerinden başkalarının vazıyed ve tasarrufu altında bulundukları ve bunların ellerinde senet bulunmadığından fiilî tasarruflarının tanınması imkânı olmadığı (ve kanunu medeni hükmüne) tevfikan mahkemelere müracaat etmeğe alâkadarların salâhiyeti varsa da bunun müşkülât ve külfeti mucip olmasına binaen asıl hak sahibi olan zilyetlere karşı kolaylık temin eden bu lâyiha encümenimizce şayanı kabul görülmüştür» deniliyor.

Yine adliye mazbatasında: Kanunun unvanının da maksada göre tadil edildiği gösterilmiştir. Hükümetin teklifinde «tapu kayıtlarından kanuni sebeplerle kıymetlerini kaybetmiş olanlar» deniliyordu.

Adliye ve aynen kabul eden maliye encümenleri ise bunu (tapu kayıtlarından hukuki kıymetlerini kaybetmiş olanlar) diye yazmış ve (kanuni sebeplerle) fıkrasını tayyetmiştir. Filhakika haricî satış, hibe, taksim gibi sebepler kanuni birer sebebi mülkiyet değildir. Amma zilyetlik ve müruru zaman evvel ve ahir kanunen mülkiyet ve tasarruf sebebi teşkil etmektedir. Arazi kanunundaki hakkı karar ve mecelledeki müruru zaman hükümleri bu kabildendir. bu itibarla kanunun esas itibariyle de ahkâmı saireye muhalefeti yoktur. Yalnız kanun mülke ait mecelledeki müruru zamanı da iktisap müruru zamanı haline kalbetmiştir.

İşte bu esbabı mucibe de bize asıl hak sahibi olan zilyetlere karşı kolaylık temini kastedildiğini ve asıl tescil vazifesinin medeni kanun hükmüne tevfikan mahkemelere ait bulunduğunu ve hak sahiplerinin müşkülâta uğramamaları için tapu dairelerine de tescil salâhiyetinin verildiğini bariz bir şekilde gösteriyor. Kanunun yukarda arzettiğim unvanı da bilhassa ehemmiyetlidir.

Tapu kayıtlarından hukuki kıymetlerini kaybetmiş olanlar deniliyor. Bu gibi hallerde mahkemelerce zilyetler namına tescil kararı verilmesi kanuni bir vazife olmakla beraber diğer tarafın tapusunun kıymetsiz kalması da eski tapu sahiplerinin artık bu kıymetsiz kayda istinaden bir hak talebedemiyeceklerini kanunun metni ve unvanı bize pek açık bir surette göstermektedir. İşte aynı esbabı mucibeyi kabul ve tamamiyle teyit eden maliye encümeni mazbatası.

Maliye encümeni mazbatası 2/6/929

Medeni kanunun neşrinden evvel cari olup hakkı karar ismi verilen veraset, hibe, alım gibi tarıklerle geçen hakkın mezkûr kanunun sicil hususunda koyduğu hükümler dolayısiyle müteessir olduğu anlaşılmıştır. Bunlardan başka tapu defterlerinde mukayyet bulunan maliklerden bir çoğu değişmiş ve bu kayıtlardan sonraki mutasarrıflar zilyet olarak tasarruf edebilmişlerken kanunu medeni hükmüne göre bunların mahkemelere müracaatla haklarını talebetmeleri bir çok müşkülâtı bâdi olacağı hususunda adliye encümeninin mütalâasına iştirak edilerek lâyiha esas itibariyle kabul olunmuştur.

Maliye encümeni bilhassa medeni kanunun sicil hususunda koyduğu hükümlerin eski hükümlere göre zilyetlerin müşkülâta uğramamalarını teminen 1515 Numaralı kanunun şayanı kabul olduğunu beyan ile beraber asıl vazifenin yine mahkemelere ait olduğunu esas itibariyle kabul etmiştir.

Kanun muayyen sebeplerle başka ellere geçirilen gayrımenkullere ait eski kayıtların kıymetlerinin kalmadığını söylüyor. Yoksa böyle başka ellere geçirilmiyen tapu kayıtlarının kıymetlerini muhafaza eyledikleri aşikârdır. Kanunun tatbiki halinde bu gibi başka ellere geçirilmiyen ve kanunun hakiki sahip diye tavsif ettiği zilyetleri ellerinde bulunan gayrımenkul kayıtları üzerindeki itimadın ve kıymetin zail olmasını kanun hiç bir zaman kastetmemiştir.

Kanunun bahsedilen ikinci mahzuru da gûya parmak işaretli bir senet ve para ne idüğü belirsiz şahitlerin şahadetinin başkalarının yüzbinlerce liralık mallarının elden gitmesine sebebiyet vereceği korkusudur.

Bu korkuya ne dereceye kadar mahal olacağı yüksek heyetinizin takdirine arzederim. Bu kanunun tatbikını düşünen dairemize öyle yüzbin liralık işler gelmemekle beraber sübut noktasında hâkimlerimizin ve temyizin pek hassas davranmaları lüzumu yerinde olarak takdir edilmekte ve emsalinde sübut cihetine ve delillere ve usuli hükümlerimizin ihlâl edilmemesine lâzımgelen dikkat ve itina gösterilmektedir. Dairemizce tetkik edilen bir çok hâdiseler çok kuvvtli delillere dayanmaktadır. Ezcümle; bir dâvacı mahkeye gelerek babam Ahmet tarlasını Mehmede haric-n 20 liraya sattı ve teslim etti 40 senedir onun elindedir amma şimdi babam ölünce tarla bana kaldı ben bu satışa razı değilim parasını vereceğim tarlamı iade etsin Dive dâva eder. Zilyet olan da bu tapunun kıymeti kalmadığını müdafaaten dermiyan eylerse bunda zilyede hak verilmemelimidir. Bunun

sübutunda şüpheye yer varmıdır. Kanunun muayyen müddetinde hüsnü niyetle zilyet olanlara hakiki sahip dediğine göre mahkeme bu müdafaayı mesbuk ikrar karşısında neden dolayı kabul etmiyecektir. Dâvacının tapusunun kıymetinin kalmadığ kanunun metni ve esbabı mucibesi ve ikrarla tahakkuk etmiş iken bu kıymetsiz tapuya kıymet vererek müddeaaleyhin men'i müdahalesine mi karar verilmelidir. Bu hal kanunun ruhuna ve maksadına ve zilyetlerin hukukunun muhafazasına mâtuf esbabı mucibeye muvafık olurmu?

Dairemize gelen işlerde satış ikrarları usulen şayanı kabul vesaik ve saire mevcu'tur. Mahkemeler bu gibi ahvalde biz sizin bu hakkınızı tanımıyacağız. Siz tapuya gidip orada tescil muamelesini yaptırmalıydınız. Diye kıymetini kaybeden tapuya dayanarak yüksek birinci hukuk dairesinin mütalâası veçhile men'i müdahale hükmü mü vermelidir.

Ya bu hak sahibi bize kanun tasfiye için bir müddet koymamıştır. Henüz hakkımız var diye tapuya müracaatında kıymetsiz tapuya dayanan men'i müdahale hükmiyle karşılaşırsa ne olacak. Bu şahsın işbu kanun ile taayyün etmiş olan hakkını nasıl ihkak edebileceğiz. Bunu yüksek heyetin takdirine arzederim. Bu münasebetle bir nokta arzetmek isterim.

Tapu dairesinde mevcut kayıtlar bir çok sebeplerle kıymetlerini kaybetmiş olabilir. Meselâ: bir kayıt tedarik etmiş ve başkasının tasarrufuna geçen bir gayri menkulü yine eski sahibi uhdesinde kalmış bulunur. Eski kayda istinat eden bir dâva veya bir müdafaa münasebetiyle tapu dairesi bize bu kayt başkasına intikal etmiş ve kıymeti kalmamıştır. amma nasılsa biz bu kayda icabeden işareti vermemişiz dese biz hâlâ mademki dâvadan önce bu eski kayıt terkin edilmemiştir Kıymetlidir ve ona istinat edin dâva yerindedir mi diyeceğiz şüphesiz ki hayır. Bilâkis yeni sahibine hak vererek yeni sahibinin mülkiyetini tanıyacağız. O halde mukayese edelim.

Bu şekil ile 1515 numaralı kanunun kaybettirdiği kıymetler arasında ne fark var. Birinci şekilde mal sahibinin iradesi ve rızası tapu dairesinde izhar edilmiyen ve eski kaydı terkin edilmemiş olan gayrimenkul başkasına intikal ettirilmiştir. Ve hakiki sahibi de o şahıstır ikincisi de bu irade ve ikrar hariçte vukubulmuş olmakla beraber kanun bunu da memur huzurunda vakı olanlar bir kıymette ve intikali makbul tumtmuş ve hakiki sahibin müşteri olduğunu tasrih etmiştir. O halde iki şık arasında bir fark yoktur. Yüksek birinci hukuk dairesinin noktai nazarını bendeniz yalnız bu kanunun

iddia ve müdafaa sadedinde mahkemelerce nazara alınamıyacağı merkezinde zannediyordum. Bu müzakere sırasında öğrendim ki meğer birinci hukuk dairesi bu kanuna tevfikan tapu dairesince uygun bir şekilde yapılan tescilleri de eski tapu kayıtlarına ve medeni kanun hükümlerine muhalif olduğundan dolayı kabul etmiyormuş. Tapu dairesinin yaptığını mahkeme bozacak olduktan sonra o halde yüksek daire bu kanunun tedvini sebeplerini nasıl izah buyururlar bilemem. Herkes, aleyhinde verilen tapu komisyon kararına hemen itiraz eder. Ve bozdurursa tapu dairesi de beyhuda yorulmuş olmazmı? Burada muhterem Aziz Yeger'in mütalâalarını incelemek istiyorum.

Aziz Yeger; – Tapu dairelerince harıcî satışlara istinadeden yapılan tescilleri muteber saymakta ve birinci hukuk dairesi noktai nazarına yalnız bu noktada iştirak etmemektedir. Kanunun tatbıkı lüzumunu kabul buyurduklarına göre mahkemelerde tatbik edilmemesine neden dolayı taraftar olduklarını anlıyamadım. Kanuna istinat eden haklar mahkemelerde her halde diğer dairelerden fazla cayi kabul görmeli değilmidir.

Esbabı mucibede asıl vazifenin mahkemelere ait olduğu sarahaten gösterilmiş olmakla beraber umumi hükümlerimiz dahi bunu âmirdir. O halde hariceu satılan ve kanun mucibince tapu dairesince kıymetsiz olduğu kabul edilen bir kayda mahkemeler kıymet mi verecektir. Bu kıyme sizliği hakıki sahipleri mahkemelerde neden dolayı iddia ve müdafaa sadedinde dermeyan edemesinler. Medeni kanun hükümlerinin ve bilhassa 638,639 uncu maddeleri hükümlerinin ilga edilmiş sayılacağı mahzuru ise hiç varit değildir. Çünkü; Bu kanunun metninden de sarahaten anlaşılacağı veçhile hükmü, medeni kanunun mer'iyetine tekaddüm eden asgarî 10–15 sene gibi uzun zaman evvel başlamış zilyedliklere maksurdur. Medeni kanun ise ancak meriyetinden sonraki hâdislere kabili tatbiktir. Binaenaleyh hiç kimse 1515 Numaralı kanunun medeni kanun hükümlerini tadil ettiğini iddia etmez ve etmiş de değildir.

Medeni kanunun meriyetinden sonra tedvin edilen kanunun tatbıkı lüzumu hiç bir suretle ihmal edilemez.Çünkü; Bu kanun bir çok hak sahiplerinin kanuna müstenit haklarının teminine matuf ve ciddeu halkın ihtiyacına muvafık hühümleri havidir. Kanun tatbık edilse de harıcî alım satımın önüne geçilemiyeceği de bir mahzur olarak dermeyan buyuruldu. Kanun tatbık edildikten sonra atiyen bu gibi muamelelerin tevali edip etmiyeceği şimdiden bilinemez. Yeni tahrirler yapılmakta ve emvali gayrimenkule hakiki sahipleri namla-

988

rına kaydedilmekte ve tapu muamelelerinin basit bir hale getirilmekte olması hasebiyle badema halkımızın bu gibi müşkilâta maruz kalmıyacağı ümit edilir. Maamafih haricî alım ve satımların atiyen de önüne geçilemiyeceği zehabiyle kanunun tatbik edilmemesi hiç bir zaman varit olamaz. Bu düşunce kanunların tatbikına memur bir hey'etçe ise katiyyen mevzuubahis bile olmamalıdır. Cezada çıkan af kanunları da (ne çare bunlar atiyen suç ikaına mani olmıyacak) diye tatbik edilmemelimidir. 1515 Numaralı kanunda tapu kanunlarına muhalif hareketlerin cezalarının affı demek değilmidir.

Bir de tapu dairelerince işbu kanunun tatbikı için bir nizamname yapıldığı halde mahkemelerce tatbik suretini gösterir bir nizamname yapılmamasında da bu kanunun idari olduğuna ve ancak tapuca tatbik edilec-ğine bir sebep olarak gösteriyorlar. Mahkemeler bir çok kanunları tatbik ediyorlar. Ve yalnız bir usulleri var kanunların mahkemelerce tatbikı suretini o usul gösteriyor. Başka talimata ve nizamnameye lüzum yoktur ki bu nokta kanunun ademi tatbikına bir sebep olabilsin.

Abdullah Aytemiz; – Tapu kayıtlarından hukuki kıymetlerini kaybetmiş olanların tasfiyesine dair 1515 sayılı kanunun mahkemelerde tatbiki lâzım gelip gelmiyeceği hususunda geçen iki ictimada mütehassıs zevatın ilmî ve tarihî beyanatını dinledim. Verilen malûmat ve izahattan ve hâdiseye taallûk eden kanun ve nizamnamenin ibarelerinden anladığımı ve edindiğim kanaatı müsaadenizle arzedeyim:

Gayrimenkule müteallik kanuni mevzuatla men've zecredilmesine rağmen senelerdenberi haricî gayrimenkul satışları devam ve elden ele tedavül etmektedir. Bir kimsenin uhdesinde tapuca kayıdlı iken aharın gayri resmî surette eline geçen gayrimenkullerden kayıt sahipleri elden çıkarttığı ve tesahüp etmediği için bunlardan istifade edemiyor. Satın alan kimse de mal sahibinin günün birinde mahkemeye müracaatla elinden alacağını düşünerek böyle daimi bir tehdit karşısında lâyıkiyle ve serbestçe tasarruf edemediğinden imarını ihmal ediyor bundan başka mülkiyetin zaruriyatından olan temlikî tasarruflarda da bulunmuyor Çünkü kanunen maliki kendisi değil başkasıdır. Her ne kadar malikinden haricen satın almış ise de, kanunen böyle bir akdin hükmü yoktur. Hulâsa mülkiyetin hukuki mânasiyle faiz ve semeresinden iki taraf da lâyıkiyle faydalanemiyor. Bundan serveti umumiye müteessir olduğu gibi toprak üzerinde hâkimiyet hakkını haiz devlet de kontrol ve mürakabe salâhiyetini kulanamıyor. Her hangi bir mülkün sahibi kimdir. Bu hükümetçe daima maçhul kalıyor. İşte mukaddes tanılan hukuku tasarrufiyenin

bu yüzden uğradığı tezebzüp ve teşevvüşü ortadan kaldırıp umuru tasarrufiyeyi mazbut bir hale getirmek için kanunu medeninin meriyete girdiği tarihe kadar gayri resmî iktisapları tasarrufları bazı kayit ve şartlarla tanımağa ve bunları tasfiye etmeğe zaruret hasıl olmuş ve böyle bir zaruryet saikasiyle de 1515 sayılı kanun tedvin olunmuştur.

Müracaat yoluna gelince: Uhdesinde kayıt bulunan kimsenin müracaat edeceği yer münhasıran mahkemedir. Çünkü açacağı dâva tapu kaydiyle mütasarrıf olduğu bir gayrimenkule vuku bulan müdahalenin menini talepten ibarettir. Tapu dairesine müracaat vukuunda bittabi yapılacak hiç bir şey yoktur. Bu kanundan nasren müstefit olan zilyedlerdir. Şu halde gayri resmî iktisapta bulunan kimseler muhayyerdir. Dilerse doğrudan doğruya mahkemeye, isterse bu kanun hükümleri dairesinde tapu dairesine müracaat edebilir. Tapu idaresine müracaatı halinde neticede üç sene içinde mahkemeye gelebilir. Doğrudan doğruya mahkemeye müracaata mâni bir kayıt ve nehi yoktur. Bunun celi misâlide. İlâmsız takiblere karşı vaki itirazı reddolunan borçlu bir sene içinde mahkemeye müracaatla istirdat dâvasını açabilir aynı zamanda alacağını tahsil için icraya müracaat edebilen alacaklı mahkemeye de gidebilir. Şu halde gayri resmî müktesiplerin tapu idaresine müracaat etmeksizin mahkemede dâva açmasına kanuni bir engel mevcut değildir. Mücerret teshil için bu idari yol açılmıştır.

Bu kanunun birinci maddesinin (gayri resmî surette aharın mülkiyetine geçen) ibaresiyle haricî satım, bağışlama; taksim, mübadele gibi sebeplerle bir gayrimenkul mülkiyetinin ahara intikal edeceği esası kabul olunmuştur. Halbuki mevzuatımız tapu memuru huzurunda vaki olmıyan haricî gayri menkul alım ve satımı ve saireyi muteber addetmemiştir. Bu kanun ise sarih ve katî bir beyanla kanunu medeninin meriyetine kadar emlâkte 15, arazide 10 sene hüsnü niyetle ve malik sıfatiyle zilyed olanların gayri resmî iktisaplarını makbul saymıştır. Binaenaleyh bu 1515 sayılı kanunla tapu nizamnamesi ve kanunu medeninin gayri menkul mülkiyetinin nakline müteallik bazı hükümleri muvakkaten atıl bir hale gelmiştir. Biz hâkimler bir kanunu tenkit etmekle beraber aynı zamanda mucibince amel etmeğe de mecburuz. Bununla muvakkat bir zaman için kanunu medeninin bazı hükümleri muattal bir hale konulmuş ve bu da tasfiye mülâhazasından ileri gelmiştir.

Hulâsa: Tapu dairelerinde 1515 sayılı kanunun mahkemelerde de medeni kanunla tapu nizamnamesinin tatbiki cihetine gidilecek olur-

sa bir meselenin halinde iki mütearız kanun hükümleri tatbik edilmiş olur ki böyle müsbet ve menfi iki hükmün içtimaına maddeten ve hukukan imkân yoktur. Yerine getirilmesi matlup bir hak ya müsbet veya menfi hükümlerin tatbikiyle tezahür eder. Bir hâdise hakkında tekevvün eden tek bir ihtilâf ve nizaın halli faslında hükümleri birbirine mübayin iki kanunun ayrı ayrı tatbiki ancak idari, adli unvanlı iki heyeti teşriiyesi olan memleketlerde mümkün olabilir. Dünyada böyle bir hükümetin bulunup bulunmadığını da bilmiyorum maruzatım bundan ibarettir.

Şemseddin Temizer; - Geçen celsedeki maruzatıma sayın Bay Cevad Gücün bu celsede Sayın Bay F. Hulûsi Demirelli muhalefetleri sebebini izah buyurarak cevap verdiler. Uzun mukaddemelerd-n ve ihtilâfın mevzuuna temas etmiyen hususlardan bahis buyurdular. Bu uzun beyanat arasında halledeceğimiz mesele gaip olur gibi oldu. İmdi ihtilâfımızın ne olduğunu açık ve sarih olarak bir kerre daha arz ve meseleyi besatete icra etmek lâzımgeliyor:

Biz diyoruz ki, 1515 Numaralı kanunun tapu memurları tarafından nasıl tatbiki mecburi ise mahkemelerde de aynı şiddet ve kuvvetle tatbik edilmesi zaruridir. Yani medeni kanunun neşrinden evvel araziyi 10 sene ve musakkaf ve bu hükümde olanları da 15 sene gayri resmî bir surette mülküne geçirip de fasılasız ve nizasız ve hüsnü niyetle tasarruf edenler o gayri menkul başkasının namına tapuda mukayyet olsa bile o gayri menkulü iktisabetmiş olurlar. Yani onun maliki ve sahibi olurlar. Tapu idaresine doğrudan doğruya müracaatla namlarına da tescil ettirebilir. Tapuda namlarına kayıtlı olan kimse bu tapuya istinatla mahkemeye gelipte diğer tarafın müdahalesinin menini dâva ederse gayri resmî iktisabedenler bu kanunun himayesine sığınarak dâvayı def'edebilirler. Hiç tapuya müracaat etmeksizin bu gibi müktesipler mahkemeden diğer tarafın elinde bulunan ve hukukî kıymetini kaybetmiş olan tapu seendinin iptalini ve kendi namlarına tescil edilmesini dâva eyliyebilirler Dairemizin içtihadı budur. Muhterem muarızlarım ise bu kanun ancak tapu dairelerinde tatbik olunur, bu kanunun birinci maddesindeki şartları haiz olan kimseler tapuya müracaatla namlarına tescil ettirseler bile gayrimenkule eski tapu ile mutasarrıf olan kimse mahkemede bu tescilin iptalini dâva ettiği takddirde 1515 numaralı kanunun iktisap için koyduğu şartların tahakkukuna hâkim hiç iltifat etmez; tapunun yaptığı ikinci tescili iptal ve yeni tescil sahibinin gayrimenkule müdahalesinin men'ine karar verir buyuruyorlar. İşte dairemizle birinci hukuk dairesi arasında çıkan ihtilâf bundan ibarettir. Bu kanun me-

deni kanunun meriyetinden evvelki zamana ait gayrimenkul tasarrufundan çıkan ihtilâfların tasfiyesine talalûk etmesi hasebile bu kanunun medeni kanunla tearuz etmekte olduğu hakkındaki uzun uzadiye ileri sürülen itirazların hukuki hiç bir nesnedi yoktur. Tearuz ettiğini farzetsek ne çıkar. Kanunu medeninin neşrinden sonraki zamana ait hâdiseler hakkında medeni kanunun hükümlerinden bazılarını tadil eden bir kanun intişar etse bu kanun medeni kanuna mugayirdir diye amelden ve tatbikten ıskat etmeğe hangi hâkim selahiyettardır. Netekim Millî korunma K. nun 30 uncu maddesi borçlar K.nun bazı hükümlerini muvakkat olsa dahi tadil etmiş değilmidir. Bu 30 uncu madde borçlar K nun gayrimenkul icarına dair hükümlerini ihlâl ediyor ve mucirlerin tahliyeye ve serbestii akde ait hak ve salâhiyetlerine halel veriyor diye tatbik etmemezlik ediyormu. yuz. Elbet edemiyoruz ve edemeyiz. O bahisteki tevhidi içtihat müzakeresinde de saygı değer Cevat Gücün yine muarız mevkiinde kaldılardı.

Diğer bir misâl: 933 tarihinde 2330 numaralı bir af kanunu çıktı. Onun 16 ıncı maddesi (sicilli kavanin 10. cilt sahife 5) kanunu medeninin meriyetinden bu kanunun neşri tarihine kadar evlendirme memuru huzurunda yapılmış akde müstenit olmıyarak birleşip karı koca halinde yaşayanlardan çocuk olduğu takdirde bu yaşayış evlenme akdi sayılarak bu birleşmelerin evlenme suretiyle ve bunlardan doğan çocukların da nesebi sahih olarak kadın ve erkeke izafesiyle tescili yapılır. (Bu tescillerin kaymakam ve valiye vaki müracaat halinde idare meslisince karar verileceği yazıldıkdan sonra 6. fıkrasında ise ihtilâf ve itiraz vukuunda keyfiyet mahkemece hal olunur. İşte size medeni kanunun meriyeti zamanında medeni kanun hükümlerine taban tabana zıt iki kanun arzettim. Bu kanunları da medeni kanun hükümlerine muhalif ve mübayindir, diye iş ve ihtilâf mahkemeye intikal edince tatbik etmiyecekmiyiz. Şimdi arzettiğim kanun, medeni kanunun veledi gayri meşru addettiğini meşru kılıyor.

1515 Numaralı kanun ise farzedelim ki eski ve yeni bütün Türk mevzuatının veledi gayrı kanunisi olan haricî alım ve satımı muteber addediyor ve her iki kanunda ihtilâfların halini yani karı koca gibi yaşadılar mı, haricî alım,satım varmı ve bunun üzerinden 10 sene, 15 sene geçtimi geçmedi mi diye çıkacak nizaların hallini de mahkemeye bırakmıyormu? Sayın Cevad Gücün bu 1515 numaralı kanun gibi bilâhara bir kanun daha çıkmıyacağını bilsem bütün itirazlarımdan ve muhalefetimden vaz geçerim buyurdular. Hakkın intakı olan bu beyana ve insaflarına sığınarak arzederim ki; henüz

böyle bir kanun çıkmamıştır. Çıkıp çıkmıyacağı da meçhulümüzdür. Birazdan arzedeceğim resmî istiatistiğe göre 1515 numaralı kanun çok iyi semereler verdiği ve vermekte olduğu da sabittir. Şu halde medeni kanuna muhaliftir diye bu kanuna karşı bu kadar izharı husumet buyurmaları muvafıkı hak ve insaf olmaz; çünkü bu zavallı 1515 numaralı kanun medenî kanunun meriyetinden evvel arazii emiriye,icareteynli ve mukataalı vakıflar ve mülkler ve saire gibi türlü türlü tasarruf şekillerine tâbi ve sayısı pek çok kanun nizam ve iradeli talimatname ve iradelerin hükümleri cari olduğu zamana ait gayri menkullerin gayri resmî satışından çıkan ihtilâfların kökünden tasfiyesini üzerine almış ve medeni kanunun zamanına ait işlere hiç de elini uzatmamakta bulunmuştur. Lâf lâfı açmakta ve muhterem muarızlarım ise meselenin ihtilâf noktasını bırakıp hâdiseyi dallandırmakta olduklarından bugün ben ne o eski hükümlerden ve ne de medeni kanundan artık bahsetmiyeceğim. Çünkü ne o ve ne de bu ihtilâfımızı halle yaramaz.Bilâkis efkârda teşevvüş husule getirir.

Bizim dâva ve ihtilâfımızın hallini 1515 numaralı kanun ile bu kanunun nizamnamesinde bulmak icabeder. Nitekim Himmet Berki, Şefkati Özkutlu ve Aziz Yeğer de böyle yapmışlardır. Mevzuu bahsimiz bu kanundur ve bu kanunu müfessir nizamnamedir. Biz bunların sarih metinlerine sarih mâna ve hükümlerine bakıp pek basit olan ihtilâfımızı helletmek zaruretindeyiz. Nitekim F. Hulûsi Demirelli de sözlerine başlarken bu kanun ve nizamnameyi kendi nazarlarına göre izah buyurdular. Af buyursunlar: ne kanunun ne de nizamnamenin metinleri bu tefsirlerine müsait değildir. Bu izaha göre bu kanun ancak tapu dairelerinde tatbik edilecek, iş mahkemeye intikal ettimi bu kanunu kaldırıp bir tarafa bırakacağız. Mahkemede bu kanunu ele aldıkmı asrî bir küfür işlemis olacağız. Hayır hayır, böyle değil, sayın üstatl kanunun birinci maddesiyle nizamnamede sayılan iktisap sebeplerini birer birer okuyarak bunların eski ahkâma göre de mülkiyete sebep teşkil edemiyeceğini ve binaenaleyh nizamnamenin kanuna mugayir olduğunu ihticaca salih olamıyacağı tezini ileri sürdükleri için burada kanunun birinci maddesini tekrar da olsa bir daha okumak ve üzerinde durmak lâzımgeliyor. Ve tapu defterlerinde mukayyet olup da gayri resmî surette aharın mülkiyetine geçen ve kanunu medeninin meriyeti tarihine kadar musakkaf ve bu hüküm de bulunan bağ ve bahçe veyahut arsaların 15, diğer arazinin 10 sene malik sıfatiyle nizasız ve hüsnü niyetle tasarrufu altında bulunduranları zilyetleri namına tapu dairesince tescil ile

tapu senetleri verilir. Şu kadar ki kayıt tarihinden itibaren üç sene zarfında alâkadarların mahkemeye müracaatla birinci fıkradaki ve iktisap sebepleri aleyhine dâva açmağa salâhiyetleri vardır bu madde pek sarih olarak diyor ki: Şu şartları haiz olanlar gayri menkulün maliki olurlar. Ve ellerine de malik olduklarına dair tapu senedi verilir. İşte hüküm bu kavgamızı halledecek sarahat da budur. Muarızlarımızın neticei iddiaları ise bu kanuna ve nizamnamesine göre tapu memurları komisyonları uzun uzadiye tetkikat, tahkikat yapacaklar. Ve gayri resmî surette tâlibin üzerine geçmiş ve kanunun aradığı şartlar da hasıl olmuş olduğunu anlıyarak ve eski malikin itirazını da reddederek yeni malikin eline sen maliksin diye de tapu senedi verecekler, amma eski tapuyu hamil olan ve gayri resmî surette satan kimse mahkemeye gelip de «benim tarafımdan veya murisim tarafından bu gayrimenkul haricen bu adama satılmış veya onun tarlasiyle bu tarla trampa edilmiş ve aradan da bu kadar sene geçmiş amma ben şimdi buna razı değilim. Haricen gayrimenkul alım satımı da müteber değildir. Tapusunu ibtal ediniz» diye dâva açdımı 1515 numaralı kanun«bu tasarrufu sebebi mülk ittihaz ettim»demesine rağmen hâkim«bu sebebi mülk olamaz. Tapu dairesinin muamelesini ve bu muameleye müsteniden verdiği tasarruf vesikasını keenlemyekûn addettim» diyecektir. İşte birinci hukuk dairesinin ictihadı bundan ibaret olduğu gibi muhterem muarızların iddiaları da budur! Böyle şey olurmu?

Gelelim nizamname kanuna muhalif mi? Hayır tamamı tamamına mutabık, kanun diyor ki bir nizamname yapılacaktır. Bu kanuna göre de nizamname yapılmış, şu halde nizamname kanunun mütemmimi kuvvetini de kanundan alıyor. Ve bununla da amel vacip oluyor. Nizamnamenin birinci maddesinde tadat olunan sebepler kanunun birinci maddesindeki (gayri resmî surette aharın mülkiyetine geçen) ibaresini tavzih ediyor. Nizamnamede bunlar tadat edilmeseydi bu kanunun sırf bu ibaresinden haricî olarak satış, trampa, hibe ve saire maksut olduğunu anlamıyacakmıydık. Elbette, maksut bu. Nitekim temin okuduğum af K. nun 16 ıncı maddesinde bahsolunan resmî olmıyan bir evlenmenin hükümlerini nasıl bahşetmiş ise 1515 numaralı kanun da (Gayri resmî aharın mülkiyetine geçmiş olan gayrimenkulleri) resmî bir şekilde icra edilmiş gibi telâkki ve kabul eyliyor. Bu kadar sarih ve vazıh bir hüküm karşısında nasıl ve neden oluyorda üç celsedir bu ihtilâfı halledemediğimize akıl erdiremiyorum. Himmet Berki, Şefakati Özkutlu nun mütalâalarına tamamen, Aziz Yeger'in mütalâalarına da kısmen iştirak ediyorum.

Aziz Yeger bu 1515 Numaralı kanunun mahkemelerde tatbik edilemez demesinin kanuna taarruz olduğunu ve binaenaleyh elbet bu kanun mahkemelerde tatbik edileceğini buyurdular. Gayet tabiî bir neticedir. Burada birleşmekteyiz. Yalnız buyurdular ki böyle gayri resmî surette gayrimenkulü mülkiyetine geçirmiş olanlar evvelâ tapu dairelerine müracaat ederler. Onlar da nizamname mucibince tetkiklerini yaparlar. Bu iktisaba eski malikler tarafından itiraz olursa onları da dinlerler neticei tahkikata göre yedlerine tapu senedi verilir. İşte bu muamele yapılmadan mahkemeye gidilemez. İşte kendileriyle burada ayrılıyoruz. Tescil için bakkal dükkânına gidilmez ya, evvelde sonrada tapu senedi almak için elbet tapu idaresine müracaat olunur. Yani bu kanun halka bir sühulet olmak üzere elinde bir ilâm olmadığı halde kanunun aradığı şartlar dairesinde gayri menkulü iktisabetmiş olanlara müracaatları halinde şu yolda tahkikat yapıp yedlerine tapu senedi verilsin diye tapu memurlarına da bir salâhiyet veriyor. Asıl kanundan ve nizamnamesinden tapuya uğramadan hak sahiplerinin mahkemeye gidemiceklerine dair bir sarahat ve bir nehi varmı? Varsa göstersinler esas kaidemize göre ayni hakka mütedair ihtilâfların hal ve fasıl mercileri mahkemeler değilmidir.

Aziz Yeger'in bu kanunun tapu dairelerince nasıl muamele yapılacağı hakkındaki izahını dâva açılmanın merasimi mütekaddimesi zan buyuruyorlar. Bilâkis bu merasime riayet ve tapuya müracaat olunmadan dahi gayrimenkulü gayri resmî surette iktisadetmiş olan kimselerin aleyhine men'i müdehale dâvasını açan eski malikine karşı mahkemede bu kanunun birinci maddesinde yazılı iktisap sebeplerine dayanarak gayrimenkulün kanunen maliki olduğunu ileri sürerek defide bulunabileceği gibi eski malikini hasım ittihaz ederek de doğrudan doğruya dâva açmak hakkına malik ve salâhiyettardır. Çünkü bu kanunun hedefi malûm: şartlar hasıl olarak tasarrufu altında bulundurmak suretiyle bir gayrimenkulü iktisabetmiş olanların iktisabını tanımaktır. Ve kanun böylelerini malik addetmiştir. İmdi bu hakka malik olan kimse muhayyerdir ve yedine tapu idarelerince ihticaca salih bir vesika varsa tapu idaresine müracaat eder namına tapusunu alır. Yok yedindeki haricî satış vesikasi âdi mühürlü dir senet olup hasmı da bunu inkâr ediyorsa bu vaziyette tapuya müracaat kendisine bir faide tem'in etmiyeceğinden ve çünkü tapu memuru bu senetteki mühürün sahibine ait o

745

lup olmadığını tahkika salâhiyettar bulunmadığından tapu idaresine müracaat etse bile neticede müracaatı reddedilecek ve nizamnamenin 12 inci maddesi mucibince mahkemeye müracaata mecbur kalacağından beyhude vakit ziyaından ve bîsut muamelâattan kaçınarak doğrudan doğruya mahkemeye müracaat eder ve hâdise medeni kanunun meriyetinden evvel olması hasebiyle mühür hakkında o zamanda cari usul dairesinde tahkikat yaptırır ve nihayet hasmına da yemin verdirir. Neticei muhakemeye göre malik olduğuna dair de ilâmını alır. Şu tafsilâttan anlaşılıyor ki hak iddia eden kimse behemehal evvelâ tapu idaresine müracaat etmek mecburiyetinde değildir. Bu hususta muhayyerdir. Hakkını daha sağlam ve daha kolay tapuda temin edecekse oraya, mahkemede edecekse mahkemeye gider. Hem adliye mahkemelerinin görmekle mükellef oldukları işler hakkında kanunda bazı merasimi mutekaddimenin icrası şart konulmuş olmadıkça doğrudan doğruya mahkemeye müracaata hiç bir engel tasavvur olunamaz. Meselâ: Boşanma dâvası acaçak kimsenin sulh teşebbüsünde bulunması ve çiftci mallarının korunması hakkındaki kanunda olduğu gibi muayyen bir miktara kadar husule gelen zararların tazmini için evvelâ ihtiyar hey'etine veya birliğe müracaat mecburiyeti gibi hallerde sulh mahkemesine veya bu mercilere müracaat etmiyenlerin doğrudan doğruya mahkemeye müracaat edemiyecekleri gibi.

Amma kanun hak sahibine suhulet olmak üzere muhtelif şekil ve suretlerle müracaat edilecek yerleri göstermiş ise hak sahibi bu mercilere müracaatta muhtardır. Daha kolay şu tarikı müracaat vardı oraya müracaat etmedin diye mahkeme kapısından hiç kimse kovulamaz. Sizlere kanuni bir çok misal: Senetsiz icra takibi diye alacaklılara bu kapı açılmıştır. Bu kapıyı çalmadan mahkemeye gelemezsin, dâva açamazsın. Evvelâ git icrada takip yap hasmın inkâr etsin ondan sonra mahkemeye gel denirmi? Gayrimenkuldeki yedi tecavüze uğrıyan kimse ayrı bir kanun ile nahiye müdürüne, Kaymakama ve Valiye müracaatla yedlerinin iadesini isteyebilecekleri kabul edilmiştir. Buna rağmen böyle kimseler medeni kanunun zilyedlik hakkındaki hükümlerine tevfikan ve tedbir olarak dâva açmak veya mülkiyet sebeplerine ve sair haklara dayanılarak müdahalenin men'ini iddia eylemekte muhtar olduğundan bu tariklerden hangisi hakkına vusulü daha kolay temin edeceğini anlarsa ona müracaat edebilir. Sen kaymakama müracaat etmedin diye dâvası reddedilemez. İşte 1515 Numaralı kanunda hak sahibine muhayyerlik vermektedir. Yoksa evvelâ tapuya müracaat etmek mecburiyetini tahmil etmiş değildir.

Maruzatım çok uzadı bu tafsilâtımla dairemizin tutduğu yolun, tesis eylediği ictihadın hakka ve kanunun sarahatına ve hattâ adalet mefhumuna uygun olduğunu tebaruz ettirdim sanıyorum. Sözüme nihayet vermezden evvel bu kanunun tatbikına ait tapu müdüriyeti umumiyesinden aldığım dir istatistiği arzedeceğim. Kanunun neşri tarihi olan Haziran 929 Tarihinden 937 senesi nihayetine kadar.

533,742 senetsiz tasarrufdan gayrimenkul tescil edilmiştir.

47,436 da 1515 Numaralı kanun hükmüne göre tescil olunmuştur.

Bu her iki rakamın mecmuundan gene bu tarihler içinde 131 adedinin mahkeme kararıyle tescilleri iptal edilmiştir. Demek ki sekiz sene zarfında 47 bin küsur gayrimenkul sahiplerine 1515 Numaralı kanun mucibince senet verilmiş ve 938 den 943 nihayetine kadar beş sene zarfında da bu rakama yakınlaşan miktar tescil vaki olmuştur. Aşağı yukarı bu kanun hükümlerine göre yüzbine yakın bir muamele yapılmış oluyor. Yüksek heyetiniz dairemizin ictihadını kabul buyurursa bu azîm miktarda ki tasarufatı muteber ve birinci hukuk dairei aliyesinin içtihadını terviç buyurursa bu muamalâtı batıl kılmış olacaktır. Bundan ötürüdür ki malûmu ilâm kabilinden olan bu tafsilâtı arza mecbur oldum.

Cevat Gücün; Reisi evvel geçen celsede reye muracaattan evvel hazırlayıp okudukları telhislerinde dediler ki (iradei milliyenin tezahürü olan bir kanunu yani 1515 Numaralı kanunu Temyiz birinci hukuk dairesi 14 senedenberi tatbik etmiyerek meflûç bir hale koymuştur) Hâdise aceba böylemidir? Hakikaten birinci hukuk dairesi kuvvei teşriiyenin mahsulü teşriini tanımamış ve isyankâr bir tavır takınarak hükümleri muta olan bir kanunu tatbiketemmek kastile mi hareket etmiştir. Böyle olsaydı Temyiz birinci hukuk dairesinin 14 senedenberi uzuvlarını teşkil eden sabık ve lâhik unsurları bir küstahlıkta mı bulunmuşlardır. Bu nasıl tasavvur olunabilir. Mahkemece tatbikı maksut ise bir kanunu tatbikten mahkeme nasıl imtina eder. Ve Temyiz dairesi imtinaa doğru nasıl sevkedebilir.

Bir kanun ve iradeyi 14 sene felce uğrattı demenin mânası budur. Halbuki meselenin bir kanunu felce uğratmakla alâkası yoktur. Bu kanunun mahalli tatbikı tapu idareleridir. Bu hususi kanunun ibarelerinde sarih olduğuna dayanarak bir mütalâa ve içtihat eseridir. Yoksa kanunu felce uğratmak gayesi değildir. Kaldı ki bu kanunun sureti tatbikıyesini gösteren nizamnamenin 13, 14, 15-inci maddlerinde gösterilen ahvalde mahkemelik işler vardır ve onlar

tatbik edilegelmektedir. Eğer Reisi evvelin dediği gibi olsaydı Temyiz birinci hukuk dairesi bu kanunu bir müruru zaman müddetince mefkûciyete uğratmasına haberdar olan hükümet buna meydan vermez. Ve mahkemelerin dolayısiyle ve bilâ vasıta mahkemelerce tatbik edilmesi lüzumu hakkında ictihat ve ihtilâfına mahal bırakmıyacak surette Büyük Millet Meclisinden bir tefsir kararı alırdı. ve Hükümet mahkemelerce ve Temyiz birinci hukuk ictihadınca bu kanunun idari bir kanun olarak mahkemelere müracaat halinde ahkâmı umumiyenin tatbik edilegeldiğini biliyordu. Hükümetin buna muttali olduğuna dair işte size bir delili kat'i elimdeki tapulama kanunu matbu lâyihası: Başında Başvekil merhum Refik Saydam'ın tahriratiyle ve hey'eti vekile karariyle Büyük Millet Meclisine gönderilen bu kanunun esbabı mucibe lâyihasının içinde 1515 Numaralı kanunun mahkemece tatbik edilmediğinden ve zararları faidesinden büyük olduğundan bahisle ilgası tavsiye olunmaktadır.

Arkadaşlar! Bir kanunun bir kısmının idareten tatbik olunup diğer kısımlarının mahkemelerce tatbik edilmiyerek itiraz halinde ahkâmı umumiyenin tatbik edileceğine dair geçen celsede verdiğim misallere bugün bir yenisini ilâve ederek arzedeyim.

3116 Numaralı orman kanunu, bu kanuna göre teşkil edilecek tahrir ve tahdit komisyonlarının herkesin orman civarındaki tapulu yerlerini de tefrik ve iptal ile Devlet ormanı meyanına ithal etmeğe salâhiyetleri vardır. Bu komisyon mazbatalarına karşı muayyen müddet zarfında arazi sahipleri umumi mahkemelere müracaatla itirazda bulunurlar.Ve mahkemeler ahkâmı umumiye dairesinde muhakeme yaparak ya dâvayı ret veyahut tahdit mazbatasını iptal ile orman idaresinin müdahale ve muarazalarının men'ine karar verirler. Bu günlerde Temyiz birinci hukuk mahkemesinin meşrutle meşgul olduğu bu 3116 Numaralı kanunun tatbikında görülüyor ki mahkeme tahrir, tahdit komsiyonlarının mukarreratiyle mukayyet değildir.

Mülkte 318 senedenberi ve mirî arazide tarihi fetihten yani beşyüz senedenberi haricî satış muteber değil iken muahharan bir kanun ile ve şeraiti izin ve icazet mevcut değilken 1515 Numaralı kanunu nasıl umumi bir izin farzolunabilir. Onun için 1515 Numaralı kanunun sarih veya zımni muvafakatlara ifrağı halinde hüküm ve faide ifade eder. Ve bu şekilde tefsir eski ve yeni hukuku ayniye umdelerile kabili telif bir tefsiriahsen olur.

Birinci Reis; —Tevhidi içtihat müessesesinin şimdiye kadar eşine az tesadüf ettiği hummalı bir müzakere faaliyetinin dört celsemizi

işgal eden mahiyet ve hedefini hepimiz lâyıkıyle ve kemaliyle kavramış bulunuyoruz.

İhtilâfın mevzuunu teşkil eden 1515 Numaralı kanunun vazolunmasını icabettiren sebepeler ve âmiller izah edildi. Ve hattâ bu hususta o kadar kandırıcı tafsilât verildi ki: Medeni kanunun meriyet mevkiine konulmasına tekaddümeden uzun seneler içinde gayrimenkul tasarrufunda meşhut olan tezebzüp ve teşevvüşün her hal ve kârda tasfiye edilmesi lüzumuna kanı olmıyan içimizde kimse kalmamıştır.

Bu lüzumu zamanında takdir eden Devlet, memleketin intizam ve asayişine müessir bir mahiyet alan kargaşalığı ortadan kaldırmak ve Medeni kanun hükülerini pürüzsüz tatbik edebilmek için bir taraftan kadastro işlerine germi vermekle beraber diğer taraftan da heran vatandaşların huzur ve rahatını selbeden ve daimî bir nıza ve ihtilâf menbaı olan sebepleri kökünden kazımak için bu kanunu koydu.

Fakat ne yazık ki: aynı kanunu tatbik etmek mevkiinde bulunan iki daire, bir biriyle telifi mümkün olmıyan iki hattı hareket takip eyledi. Kanuna karşı şimdiye kadar ittihaz eylediği kararlarla menfi vaziyet almış olan yüksek birinci hukuk dairesi, kanunu medeniye tekaddüm eden zamanlarda gayrimenkul tasarufuna ait hükümlerle Medeni Kanunun ihtiva eylediği sarahat müvacehesinde haricî iktisap sebeplerine dayanılarak bir gayrimenkule tasarruf imkânı olmadığını ve 1515 numaralı kanun hükümlerinden ancak idareten istifade mümkün olacağını içtihat eyledi.

Üçüncü hukuk dairei aliyesi ise: bu içtihadın tamamen nakızi bir hareket hattı takibeyledi. Bu veçhile 14 sene gibi uzun bir zaman temyiz müessesesinin iki dairesi, hiç şüphe yoktur ki: vatandaşların hukuku ve memleketin adaleti üzerinde icrayı tesir eden görüşlerinde sebat eylediler. Elân da görülüyor ki her iki taraf bunda musırdırlar.

Acaba vazı kanun, mevzuatın taşıdığı müsbet hükümler karşısında niçin bu kanunu tevdin etmek mecburiyetinde kaldı?

Bu her birimizin müfekkiresini işğal eden ve kur calıyan bir sual mevzuu olabilir. Ve tabii buna cevp aramakda yine hepimize düşen bir vecibedir. Her iki noktai nazarı müdafaa edenlerin uzun ve tafsilli sözlerinden çıkan bir hakikat vardırki: o da gayrimenkul tasarufunda mutlaka bir mazbutiyet temin edilmesi ve Hükümetin bunun için kurduğu müessesenin bilgisi lâhik olmadan ve usulen tapu sicilline kaydı yapılmadan iktisabın mümkün olamıyacağıdır.

Ancak muayyen kanun hükümlerine rağmen, halkın muhtelif sebeplerin tesiri altında resmî şekle riayet etmeden bugüne kadar haricî alım, satımda devam eylemeleri keyfiyeti de yine bir vakıa olarak ortada bulunmaktadır.

Elbette, Hükümet bu gayri kanuni tarzda vücut bulan emri vakıler muvacehesinde alâkasız kalamazdı.

Nitekim buna mümasil diğer hâdiselerde de bir hal çaresi bulmağa çalışılmış ve tatbik edilmiştir.

Meselâ: 2330 numaralı af kanunu ile nesebi gayri sahih çocukların nufus kütüğüne kaydedilmeleri ve iskân kanunu ile tefviz edilmiş bulunan bir gayri menkul hakkında ikame edilecek istihkak dâvalarının bir sene gibi kısa bir müddetle takyit edilerek ondan sonraki iddiaların yalnız bedele taallûk edip hazinenin hasım olabileceği hakkındaki mevzuat bu cümledendir.

Demekki, hukuk sahasında âmme menfaatlarını alâkalandıran katî hükümler mevcut bulunduğu halde ara sıra istisnai kanunlar tedvinine lüzum hasıl olmaktadır. Bunu nefi ve selbetmeğe bugünkü vakıalar mevcut iken imkân mütesavvermidir? İşte 1515 numaralı kanun da böyle bir ihtiyacın mevlûdidir.

Medeni kanundan evvel gayrimenkul tasarrufuna ait kanun ve 1318 senesinde neşredilmiş bir irade vardır. ve bunların hüküm ve şümulüne göre hükkâm tapusuz olan gayrimenkul iktisabı dâvalarını istimadan memnudur. Âmme hukuku cümlesinden sayılan Medeni kanun da bunu teyit etmiştir. Bu böyle olmakla baraber muhterem arkadaşların verdikleri ihsaî malûmata göre Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği güne kadar haricî iktisap ssbeplerine müsteniden tasarruf edilmekte olan gayrimenkullerin miktarı küçüksenmiyecek bir yekûne baliğ olmaktadır. Devlet haiz olduğu hakka dayanarak bu şekilde vücut bulmuş olan emri vakileri resmileştirmek istemiş ve (hukuki kıymetlerini kaybeden tapu kayıtlarının tasfiyesi) adını verdiği kanunu yürürlüğe koymuştur.

Bu kanun hükümlerine ve tatbik şeklini gösteren nizamnameye göre tapu memurları ya iddia ve ihbar veya re'sen vakı olacak istidlâat üzerine yapacakları tahkikat sonunda: elde edecekleri malûmat ve vesaiki tapu komsiyonlarına tevdi edecekler ve onların gerek resen ve gerek itirazen verecekleri karara binaen gayrimenkul muayyen müddet içinde nizasız ve hüsnü niyetle zilyedi bulunan kimseler namına tapuya kayıt ve tescil edileceklerdir. Yalnız katî olduğu nizamnamede tasrih edilmiş bulunmasına rağmen bu kararlar

aleyhnie alâkadarların üç sene içinde mahkemeye müracata hakkı olduğu da tesbit edilmiştir.

Kayıt sahibinin kanunun verdiği cevaza binaen mahkemeye müracaattan gayesi ne olabilir? Elbette tapu komisyonlarınca verilmiş olan kararın ortadan kaldırılması ve gayrimenkulün kemakân uhdesinde ipkası değilmidir?

Yapılacak muhakemede hâkim şüphesiz iktisap sebeplerini ve bunları teyit eden delilleri tetkik edecek ve hasıl olacak neticeye göre kararını verecektir. Eğer tapuda evvelce mevcut olan kayda rağmen her hangi bir iktisap sebebiyle bir gayrimenkulün haricen iktisabı mümkün olamazsa 1515 Numaralı kanundan ne faide hasıl olur?

Birinci hukuk dairei aliyesi müstemiren ittihaz eylediği kararlarla haricen alım ve satımla gayri menkul iktisabındaki memnuiyeti kanuniye muvacehesinde 1515 Numaralı kanun hükümlerinin tatbiki mümkün olamıyacağını beyan ve hattâ kayıt sahibinin üç sene gibi bir müddetle itiraz edebileceği hakkındaki kanunun sarih hükmünü de müddet bakımından kabule şayan görmemektedir.

Geçen celsede ihtilâfın besatetinden bahsedişime muhterem bir arkadaşım itiraz ederek bunu kasdedilmiyen ahar bir şekilde tefsir eyledi; halbuki sözlerim çok sarih idi. Diğer muhterem bir arkadaşım da 1515 Numaralı kanunla onun tatbik şeklini gösteren nizamname hükümleri arasında aykırılık bulunduğundan bahseyledi. Bugün hallini istihdaf ettiğimiz ihtilâfın mevzuuna dahil olmadığı için bunları ayrıca zikre ve cevaplamağa mahal görmüyorum.

Muhterem arkadaşlar; halledeceğimiz ihtilâf açıktır. Müphemiyet ve muğlâkıyetten âzadedir:

Birinci hukuk dairei aliyesi diyorki: Gayrimenkulün iktisabı gerek eski mevzuata göre ve gerek kanunu medeni hükümlerine göre ancak muayyen şekle riayetle ve tescil ile mümkün olabilir. Bunun haricindeki iktisap muteber değildir.

Üçüncü hukuk dairei aliyesi ise: 1515 Numaralı kanunda sayılan şartlar ve sebepler tahakkuk ederse tapudaki kaydın düzeltilmesi icabeder. Ve bu kanun hükümlerine istinaden alâkadarlar mahkemeye müracaatla dâva ikame edebilirler.

Bu telâkkiler biraz daha tel- his edilirse netice şuna müncer olur: 1515 numaralı kanun mahkemelerce mabihüttatbiktır, veya değildir.

İhtilâfı bundan başka şekilde hulasa etmek kabilmidir? İş buna dayanınca ortaya şu sual kendiliğinden çıkıyor. Biz, yani şu tevhidi

içtihat müessesesi Türk Milletinin teşri salâhiyetini kullanan bir millet meclisimidir? Yoksa tedvin edilen kanunları tatbikle mükellef ve milletin kaza hakkını istimal eden bir teşekkülmüdür?

Eğer biz vazıı kanun isek veyahut Amerikada olduğu gibi bir kanuni teşkilâtı esasiye kanununa veya diğer esaslı kanunlara muhalif gördüğümüz zaman meriyet mevkiinden kaldırmağa salâhiyetli isek. bunu yapabiliriz. Aksi halde iradei milliyenin bir tezahürü olan kanun mutlaka cayi tatbik bulmalıdır. Bir kanun her hangi sebep ve mülâhaza ile meflûç bir hale getirilemez.

İşte şimdi vereceğiniz reyler bu noktanın halline yarıyacak ve bu vaziyeti tâyin ve tesbit edecektir.

Kanaatımca leh ve aleyhte söylenen sözler ve celselerce devam eden mütalâalarla mesele tamamen tenevvür ve tavazzuh etmiştir. Evvel emirde müzakerenin kâfi olup olmadığını reye koyuyorum: Müzakereyi devam ettirmek istiyen varsa lütfen söylesinler.—Demeleri üzerine başka söz istiyen bulunmamış ve müzakerenin kifayeti kabul edildikten sonra reye vazedilerek:

Neticede;

Medenî kanunun meriyetinden evvel bey, ferağ ve taksim gibi gayri menkule müteallik tasarruflar bazı kuyut ve merasim tâbi idi. Şöyleki 318 tarihli bir irade ile âdi senetlerle vukubulan bey ve şiradan mütevellit dâvaları muhakemeler istimadan men'olunmuş ve mülga arazi kanunu mucibince arazinin ferağ ve taksimi de memuru iznine mütevakkıf bulunmuştu. Ancak bazı zorluklar altında gerek mülki gayri menkülde ve gerek arazide ef at arasında haricî temlik ve ferağlar müsamaha edilemiyecek miktarda çoğalmış ve zilyetler tarafından nizasız ve fasılasız kayıt sahipleri veya halefleri muvacehesinde müruru zaman haddini mütecaviz ve hattâ kırk, elli sene gibi uzun müddet tasarruf olunarak ve elden ele geçerek yarım asra yakın bir zaman zarfında devletçe umumî bir tapu tahriri icra edilmemiş olmasından dolayı tapu kayıtlarının takriben % de otuzu hakikat ve vakıa mutabakatını ve binnetice vusuk ve kıymetlerini zayi etmiştir. Gerçi ahiren Hükümetçe umumi bir tahririn lüzumu takdir olunarak kadastro yapılmağa başlanmış ise de, bu işin ikmali uzun zamana mütevakkıf olup halbuki bir taraftan Medeni kanunun gayrimenkullere ait hükümlerinin hüsnü tatbiki ve diger taraftan kıymetini kaybeden tapu kayıtlarının vüsuk ve itibarının iadesi âcil bir zaruret halinde bulunduğundan 1515 Numaralı kanunun neşrine mecburiyet hasıl olmuştur.

Esbabı mucibe mazbatalariyle kanunun unvan ve birinci maddesinin mutlak ibaresinden müsteban olduğu üzere bu kanunla eski hükümlere göre muteber veya gayrı muteber iktisapların bazı kayıt ve şartlarla tanınması istihdaf olunmuş ve mahkemeye müracaat hakları derkâr olan hak sahipleri zilyedlere mahza bir sühulet olmak üzere doğrudan doğruya tapu dairelerine müracaatla bu ikdisaplarını tescil ve tapuya raptettirebilmeleri esası kabul ve kanunun üçüncü maddesinde gösterilip muahharan tanzim olunan 14/Mayıs/1930 Tarihli nizaname ile tapu dairelerince yapılacak tetkikat ve tatbikatın şekil ve suretı tâyin ve izah olunmuştur.

Biraz evvel işaret olunduğu üzere kanunun «tapu defterlerinde mukayyed olupda gayrı resmî surette aharın mülkiyetine geçen ve kanunu medeninin meriyeti tarihine kadar musakkaf ve bu hükümde bulunan bağ ve bahçe veyahut arsaların onbeş ve diğer arazinin on sene malik sıfatiyle nizasız ve fasılsız hüsnü niyetle tasarruf altında bulunduran zilyedleri namına tapu dairesince tescil ile tapu senetleri verilir. Şu kadar ki: kayıt tarihinden itibaren üç sene zarfında alâkadarların mahkemeye müracaatla birinci fıkradaki iktisap sebepleri aleyhine dâva açmağa salâhiyetleri vardır.» diye yazılı olana birinci maddesiyle vaz olunan ve gayrımenkul mülkiyetine ve hukuki iktisaba taallûk eden hüküm; Bu kanunun yalnız tapu dairelerince muteber ve idari bir kanun olarak telâkkisine ve bu telâkki neticesi zikri geçen üç sene zarfında alâkadarların mahkemeye müracaat ve haricî iktisap muteber olmadığı iddiasiyle bu tescili iptal ettirebilmeleri mümkün olacağı yolunda bir içtihada müsait olmadığı gibi mesele hukuki bir mahiyet taşımak ve kanun tapu dairelerine müracaat edilmeksizin mahkemede dâva ikame edilemiyeceği hakkında bir kayıt ve sarahatı da ihtiva etmek itibariyle zikri geçen iktisapların dâva ve defi dâva zımnında dermeyan olunamayacağı suretinde bir içdihada dahi müsait bulunmamaktadır.

Kaldıki bir taraftan bir gayrimenkulün tapuya tesciline ve diğer taraftan mahkemece bu tescilin iptaline cevaz vermek ve bir gûna men ve takyit olmadığı halde sırf medenî ve hükuki bir mahiyette olan bir hak için sahibini mahkemeye müracaattan mahrum bırakmak ne usulü teşri ile ne de hakların himayesi için mevzu asıl ve esaslarla kabili tevfik değildir.

Nitekim kanunun lâyihasiyle Büyük Millet Meclisi, adliye ve maliye encümenlerinin esbabı mucibe mazbataları bu cihetleri açıkça irae ve teyit etmektedir. Binaenaleyh birinci celsede sülüsan ekseriyet hasıla olmadığından müteakıp 9/2/944 Tarihli celsede 19 muhalif

MİLLİ KÜTÜPHANE ANKARA

reye karşı 34 rey ile ve mutlak ekseriyet iie üçüncü hukuk dairesinin 1515 Numaralı kanunun muhtevi olduğu hükmün hukuki olduğu ve doğrudan doğruya mahkemelere müracaatla dâva veya defi zımnında dermeyan olunabileceği merkezinde olan içtihadının muvafık ve musip olduğuna karar verildi.

Kefalet—Muayyen bir miktar iraesi

Kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktar gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olmıyacağı hususu hâkim tarafından resen nazara alınmalıdır.

(BK. 484)

Temyiz Mahkemesi tevhidi içtihat heyeti umumiyesi
Esas 14 — Karar 13

Kefalet senetlerinde kefilin mesul olacağı miktarın gösterilmemiş olduğu hallerde borçlu tarafından defi yolunda bir iddia ileri sürülmemiş olsabile kefalet akdinin sıhhat şartlarından olan bu nokta re'sen nazara alınarak mekfulünbihin tahsiline dair verilmiş olan hükümler muttarit surette bozulagelmekte olduğu halde bu kerre aynı sebebten dolayi bozulmuş olan bir kararın tashihi hakkındaki talebin tetkiki sırasında; Kefalet edilen miktarın akit sırasında tâyin edilmemiş olması hususunun hefil tarafından defi suretiyle ileri sürülmedikçe re'sen nazara alınamıyacağına dair eski içtihada muhalif olarak yeni bir ekseriyet teşekkül etmiş olduğundan bahsile keyfiyetin tevhidi içtihat yoliyle halli Temyiz ticaret dairesi Reisliğinin 13/5/943 Tarih ve 534 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni taplanan tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek:

Neticede;

Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tâyin olunmamış ise akdin bu şekle riayet olunmadıkça sahih olamıyacağına dair Borçlar K.nun 11 inci maddesinde konulmuş bulunan umumi hükmün mahsus şekle tâbi bulunan kefalet akdine de şamil olduğu şüphesizdir.

Sureti umumiyede rızaların serbestçe telâhuku ile vücut bulan akitlerde bir tarafı ilzam edici vecibenin doğması için hiç bir şekil aranmadığı halde kefalet akdinde yazılı şekle riayetin mecburi tutulması, borçlunun himayesi maksat ve gayesine dayandığına göre kefilden sadır olan irade beyanını izhar zımnında kullanılan bir vasıta olarak telâkkisi icabeyleyen şekil vücut bulmadıkça kefa-

let akdinin sahih ve ilzam edici bir mahiyet taşıması mümkün olamıyacağı gibi mekfulünbihin miktarı muayyen olmadığı takdirde de kefalet akdi muteber olamaz.

Mahkemelerden ancak mevcut ve bir kanun hükmü ile himaye edilen haklar için karar istenebileceği cihetle dâvanın esaslı şartlarından olan hak vücut bulmamış ve kanun tarafından himaye edilmemiş ise diğer tarafın talebini beklemeksizin hâkimin bu dâvayı dinlememesi ve reddetmesi icabeder. Aksi takdirde hâkimin dâva edileni borçlu olmadığı ve dâvacının tâlebe hakkı bulunmadığı bir şeyle mahkûm etmesi gibi batıl bir netice husule gelir.

Bu itibarla kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olamıyacağı hususunun hâkim tarafından re'sen nazara alınması lâzımgeldiğine 12/4/944 Tarihinde Çoğunlukla karar verildi.

DAİRE KARARLARI

Nafaka

Takibe esas tutulan nafaka ilâlmının Temyiz Mahkemesince bozluması halinde, borçlunun maaşından daha evvel haciz yolile kesilmiş olan para, neticeye kadar icra veznesinde mevkuf tutulmalıdır.

(İİK 40)

İcra ve İflâs Dairesi Esas 702 — 1095

Temyiz edilen karar: 13/12/943 tarihli istida ile müracaat eden borçlu Kenan Nemli ve Refhan Nemli taraflarından, icraya mevzu nafaka ilâmının temyiz mahkemesince bozulmuş olduğundan bahsile İcra ve İflâs kanununun 40 ıncı maddesi mucibince icranın durdurulması ve maaşlarından kesilmiş olan paranın alacaklıya verilmemesi ve haczin fekki istenmiş olmakla, bu bapta yapılan tetkikat neticesinde: Takibe esas tutulan nafaka ilâmının temyizen nakzedilmiş olması, İcra ve İflâs kanununun 40 ıncı maddesi mucibince icra muamelesinin olduğu yerde durmasını istilzam edip borçluların nakzdan evvel maaşlarına konulan haczin fekkini icap ettirmiyeceğine göre bu cihete, yani haczin kaldırılmasına mütedair olan talep varit olmadığından reddine' ancak tevkifatın alacaklıya verilmiyerek veznede mevkuf tutulması iki tarafın hak ve menfaatlarına uygun düşüneceğinden icra dairesince bu yolda muamele yapılmasına karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Borçlulardan Kenan Nemli.

Temyiz kararı: Takibin istinadettiği nafaka ilâmı temyiz mahke-

mesince nakzedildiğinden icra muamelesi olduğu yerde duracağına göre hâdisede haczolunan maaşın kesilerek alacaklıya verilmesi İcra ve İflâs kanununun 40 ıncı maddesi mantukuna ve haciz baki olduğu halde kesilmiyerek borçluya bırakılması mezkûr madde mefhumuna muhalif ve haczolunan paranın vezrede emaneten mevkuf tutulması iki tarafın hak ve menfaatlarına ve yukarda yazılı maddenin ruh ve mânasına muvafık olmasına binaen yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddile kanun hükümlerine uygun görülen mümeyyezünbih kararın İcra ve İflâs kanununun 366 ve H. U M. Kanununn 438 inci maddeleri gereğince (Tasdikına) ve aşağıda yazılı masrafın temyiz istiyenden alınmasına 3/4/944 tarihinde ekseriyetle karar verildi

Usulsüz vedia

Usulsüz tevdi netice itibarile hükmen karzdan hemen farksız olup tevdii yapan âdi mukrez gibi konk şartlarına ve nisbetine tâbidir.

(BK 482)

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi
Esas 43/2027 — Karar 896

Dâva : Dâvacı vekili, Bursa kaplıcaları Türk anonim şirketi teşekkül halinde iken İktisat vekâletinin emriyle imtiyaz şartlarından 15000 lirayı dâvalı bankaya İktisat vekâleti emrine tevdi etmiş ve bu vaziyet bankanın vekâlete yazdığı 21/11/928 tarihli makbuz mahiyetinde mektupta yazılı bulunmuş ve yine İktisat vekâletinin 12/-10/932 tarihli mektubiyle müddeabih 15000 liranın yerine şirkete diğer teminat irae edilmekle ıtlak edildiği bildirilerek makbuz iade edilmiş ve devletin fertlere karşı teminatına mukabil şirketin üçüncü şahısların zarar ve ziyanlarına karşı Devlete verdiği bu teminatı bankanın konkordato ve sairesinden bahsile, âdi bir alacak gibi grameye ithal ve ilhak eylemeleri kanunsuz bulunmuş olduğundan bu paranın grameye ithaline ve sair suretle tenkisine ait her hangi bir karar istihsal edilmişse iptaline ve müddeabihin vekâlet ücretiyle birlikte tahsilini istemiştir.

Hüküm : İktisat vekâletinin emri mucibince dâvacı tarafından bankaya 15000 lira teminat parası yatırıldığı ve dâvacının hakikaten bankada cari hesabı bulunduğu anlaşılmakta ise de mezkûr 15000 liranın vekâletin emri üzerine işbu cari hesaptan tefrik edilerek teminat olarak alıkonulduğu zikri geçen tezkereler münderecatından anlaşılmasına ve emaneten tevdi edilen para sahibinin diğer mevduat sahipleri gibi grameye ithal edilmesi caiz olamıyacağından vâki

müdafaatın reddiyle, müddeabih 15000 liranın takdir olunan 466 lira vekâlet ücretiyle birlikte dâva olunandan alınmasına karar verildiğini natıktır.

Temyiz kararı: Dâvalı bankanın İktisat vekâletine hitaben yazılmış 21/11/928 tarihli mektubu ile dâvacı şirketin hali tasfiyeye girmeden evvel bankaya yazmış olduğu 19/11/928 tarihli mektup ve 30-11-943 tarihli İktisat vekâletinin bankaya göndermiş olduğu mektup ve dosyada bulunan diğer muhabere ve dâva evrakı münderecatına göre, hâdise borçlar kanununun 482 inci maddesinde bahsolunan usulsüz tevdi mahiyetini göstermektedir. Çünkü dâva olunan 15000 lira her ne kadar şirketin bankadaki mebaliğinden tefrik ve tevkif edilmiş ise de bu paralar bir zarf içine vaz olunmuş ve mühürlenmiş ve bu suretle bankanın kasasındaki diğer paralardan maddeten ayrılmış olmamasına ve başka bir suretle de bunlar üzerinde aynı bir hak muhafaza edilmemiş bulunmasından dolayı kanunen muntazam vedia telâkki olunamaz. Dâvacının bu meblâğ üzerinde aynî bir hakkı kalmayıp banka, nefi ve nasarı kendisine ait olmak üzere bunu dilediği gibi kullanabilir. Mudiin müstevidi bankaya karşı ancak bu paraların misline taallûk eden şahsi bir alacak hakkı mevcuttur. Şuhalde usulsüz tevdi netice itibariyle hükmen karzdan hemen hemeu fark sız olmasına göre bankaya bu usulsüz tevdii yapmış olan müddeinin âdi mukrizler gibi konkordato şartlarına ve nisbetine tâbi tutulması icabeylemektedir. Binaenaleyh hükümde yazılı olduğu üzere mütalâa beyaniyle dâvanın reddine karar verilmesinde isabet görülemediği gibi dâvalı banka konkordato mucibince borcunu tediyeye hazır olduğuna mübrez 11/11/942 tarihli mektubunda dâvacıya bildirmiş olduğu anlaşılmasına ve cevap lâyihasında dâvalı vekili de bundan bahsetmiş olmasına göre muhakeme masraflariyle vekâlet ücretinin 15000 lira üzerinden hesabedilerek dâvalıya tahmili de yolsuz bulunmuş ve temyiz itirazları bu sebeplerden dolayı yerinde görülmüşnolduğundan mezkûr hükmün, hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesi gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı 470 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 7/4/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Haksız fiil—İlliyet

Köy muhtarı garaz ve husumet sebebile askerlik şübesine sevk ettiği kimseye karşı ancak bu sebepten mesul olabilip askerlik sebebile üç ay iş ve kücünden mahrum kalan kimsenin bundan doğan zararından mesul tutulamaz.

(BK 41 vd.)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi

Esas 1146–Karar 4141

Dâva: Kendisinin 314 doğumlu olduğunu bildiği halde müddeaaleyh şahsi garazına binaen 312 doğumlu imiş gibi şübeye sevk ve bu hususta vesika tanzim ederek hasat zamanında kendisinin haber alma postalarında üç ay askerlik yapmasına sebebiyet vermiş ve bu sebeple müddeaaleyhin haksız fiili neticesi üç ay iş ve gücünden mahrum kalara 6000 lira zarar görmüş olduğundan bahsile meblâğı mezkûrun müddeaaleyden maamasarifi muhakeme tahsili talebinden ibarettir.

Karar: Tarafların iddia ve müdafaalarına ve nüfus kaydına nazaran 314 doğumlu bulunan müddeinin ihtiyatlık hizmetine şubece çağrılmadığı ve doğumuna nazaran dahi sevke tâbi olmadığı halde müddeaaleyhin muhtarlığı zamanında ve muhtarın sevk etmesi ve 312 doğumlu olarak göstermesi sebebile Çorlu haber verme gurup komutanlığı kadrosuna sevk edilerek üç ay hizmetten sonra terhis edildiği ve bu hale müddeaaleyhin haksız fiili sebebiyet verdiği askerlik şubesinin yazılarından ve müddeinin bu müddet zarfında altı yüz liralık zarara duçar olduğu ehli vukufun beyanatından anlaşılmış olduğundan meblâğı mezkûr altı yüz liranın müddeaalyhden tahsilile müddeiye verilmesine karar verildiğini mutazammındır.

Temyiz eden: müddeaaleyh vekili Şakir Öntufun.

Temyiz Kararı

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup esasa girişildi.

1–Müddeaaleyh muhtar Mustafanın garaz ve husumet saikasile henüz askerlik sırası gelmiyen dâvacı Hüseyini askerlik şubesine sevk ederek üç ay hizmet etmesine sebebiyet verdiğinden dolayı tazminat talep ve dâva edildiği halde zararı müstelzim garaz ve husumetin neden ibaret olduğu tahkik ve tesbit olunmaksızın ve ceza dâvası neticesi de sorulmaksızın müddeaaleyhin tazminatla mahkûm edilmesi.

2—Garaz ve husumetin sübutu halinde de; askerlik şubesi cevabına göre dâvcının 314 doğumlu olduğu ve henüz askerlik sırasının gelmediği askerlik şubesince de malûm bir keyfiyet olduğundan şubenin dâvacıyı hizmet ettirmeyip köyüne iade etmesi icabederdi. Binaenaleyh dâvacının üç ay askerlik yapması, askerlik şubesinin fiil ve muamelesinden neşet edip doğrdan doğruya müddeaaleyhin fiilinden ileri gelmemesine yani müddeaaleyhin fiili ile zarar arasında illiyet irtibatı mevcut bulunmadığına binaen müddeaaleyh ancak dâvacıyı askerlik şubesine sevk etmiş olduğundan dolayı mesul olabilip üç ay hizmet ederek iş ve gücünden kalması dolayisiyle doğan zararlar-

204

dan mesul bulunmamış iken kanuni bu noktanın da nazara alınmaması yolsuz olmakla hükmün bu sebeplerden (Bozulmasın) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak tarafdan alınmasına 10/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İcra muamelelerinden şikâyet

İcra memurluğuna hitaben verilen istidada şikâyet mevzuunu teşkil eden hususattan tetkik mercinin salâhiyeti dahilinde olanlar hakkında bir karar verilmek üzere dosyanın İcra hâkimliğine sevk ve takdimi lâzımgelir. Böyle bir halde mercie ayrıca istida vermeğe lüzum yoktur.

(İİK 340)

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi

Esas 214 — Karar 1214

Temyiz edilen karar: Takipte bulunan Ahmet Karaarslanın matlûbundan dolayı haczedilerek paraya çevrilmek üzere artırmaya çıkarılan borçlulardan İsmail Seçkine ait dörtte bir tarla hissesine ait ihalenin feshi talebile adı geçen borçlu tarafından serdedilen şikâyetin reddine dair evvelce verilen 3/10/940 tarihli ve 28/23 numaralı karar temyizen; İhale muamelesine karşı şikâyette bulunan borçlu İsmail kendisine icra emrinin tebliği üzerine murisinin terekesi borca müstağrak olduğunu iddia etmiş olduğu halde mirası ret hükmile merdut olduğu hakkında ait olduğu mahkemede bir vesika istihsal ve ibrazı için münasib bir mehil verilmeksizin muameleye devam olunması kanuna muhalif olduğundan dolayı bozulmuş olmakla bozma kararına uyularak tekrar yapılan tetkikat neticesinde: Borçlunun bu kabil iddialarını icra emrinin tebliği üzerine derhal ait olduğu mahkemeye dermeyan ederek icranın tehiri hakkında tedbir kararı istihsal ve beş gün içinde icraya ibraz etmesi, aksi takdirde cebrî icraya devam olunacağı İcra ve İflâs kanununun 32 inci maddesinin sarih hükümlerinden olmakla beraber usule müteallik olan bu kanunda borçluya ayrıca mehil verilebileceği hakkında bir kayıt ve sarahat olmaması sebebile icra dairesince borçluya bir mehil verilmesine mecburiyet olmamakla beraber haciz ve satışa ait muameleler sırasında da bu hususta şikâyette bulunulmamasına ve ihale aleyhine yapılan şikâyet üzerine merci yalnız satışın tarzı ifasını tefrika mecbur olup kesbi katiyet eden takibi tetkika mahal olmamasına göre bozma sebebi varit görülememiş ise de mezkûr kanunun 366 ıncı maddesindeki mecburiyete istinaden bozma ilâmı dairesinde verilen mehil üzerine borçlunun mirasın reddi hakkında ikame eylediği dâvanın reddedildiği ve bu baptaki hükmünde temyiz mahkemesi üçüncü hukuk dairesince tasdik olunduğu anlaşılmasına ve borçlunun

itirazı bu sebeple varit olmayıp satışın mesnedi olan takip katileeş-tileş-miş bulunmasına ve ihalenin tarzı icrasında da kanuna muhalif bbirf bir cihet görülememesine mebni adı geçen borçlunun ihalenin feshi tta-i talebini mutazammın şikâyetinin reddine karar verildiği beyanındaanından ibarettir.

Temyiz eden : Borçlu mirasçılarından İsmail Seçkin.

Temyiz Kararı

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabuilübulü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonraonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Borçlu verdiği şikâyetnamede terekenin deyne müstağrak yaniyani ret hükmü ile merdut olduğun ve bunu ispat için kendisine mehilhehil verilmesini istemiş ve icra daireleri icra tetkik hâkimlerinin nezaretaret ve murakabesi altında bir teşekkül olup itiraz istidası icra daire-sime-sine verildiği halde refi itiraz talebinin tetkiki icra memurluğuna değilleğil tetkik hâkimine ait bulunmuş ve İcra ve İflâs kanununun 340 ıncı ıncı maddesi mucebince icra tatkik hâkimi huzurundaki taahhütlerinin-erin de icra dairelerinde kararlaştırılmış sayılacağı temyiz un-um heye-eyetince de kabul olunmuş ve icra memurluğunun ihalenin fesih veya-eya ademi feshine müteallik kararlarına karşı verilen temyiz istidalarınıları tetkik hâkimliğine verilmiş bir şikâyetname mahiyetinde sayılmış weş ve terekenin hakiki veya hükmi bir surette reddedildiğini ispat için için borçlulara müsaade olunması (buna alelekser sonradan muttali olma-maları hasebile) maslahat icaplarına uygun olarak dairece müstakarkar ve mütevali iç ihatlar cümlesinden olup ilâmlı takiplere karşı vu-vukubulan şikâyetler de müddete tâbi bulunmamış olduğundan icra icra memurluğuna hitaben verilen istida ile vaki şikâyetlerden tetkiki-kiki memurluğun salâhiyeti haricinde bulunar terekenin deyne müstağ-tağrak yani ret hükmü ile merdudiyeti, itfa, imhal ve müruru zaman-nan gibi hususlar hakkında bir karar verilmek üzere dosyanın icra tet-tetkik meciine sevk ve takdimi lâzımgelip bu kabil şikâyetler için-için tetkik hâkimliğine ayrıca istida ile muracaat mecburiyeti bulunma-namasına binaen merci kararında dairece müttehaz nakız kararının-nın varit olmadığı yolundaki beyan yersiz ve gayri varit bulunmuştur. tur. Ancak borçlunun şayi hissesi haczolunup satıldığına göre bu ortak-aklığın müşterek veya iştirak halinde olup olmadığı hususu tahkik ve ve tesbit olunarak iştirak halinde bir ortaklık olduğu anlaşıldığı suret-rette 14/4/943 tarih ve 48/15 sayılı tevhidi içtihat kararı veçhile mu-nuamele ifa olunmak ve ihalenin feshi cihetine gidilmek üzere mümey-eyyezünbih kararın yalnız bu noktadan İcra ve İflâs kanununun 366 366 ve H. U. M. kanununun 428 inci maddeleri gereğince (Bozulmasına)na) ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına ına 14/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

—Adliyeden Olaylar—

İstanbulda ikinci cezaevleri sergisi

5/Ağustos/1944 tarihinde Adliye Vekâleti Ceza ve Tevkif evleri Umum Müdürlüğü tarafından tertip edilen ikinci cezaevleri sergisi İstanbulda istiklâl caddesinde İstanbul gazinosunda İstanbul Valisi ve Müddeiumumisi ve kalabalık bir davetli kitlesi huzurunda açılmıştır.

Sergi, memleketimizde ceza ve tevkif evlerinin, daha umumî ve daha doğru bir tâbirle, bütün *infaz* anlayış ve tatbikatının cümhuriyetten itibaren ve bilhassa Sayın *Saracoğlunun* Adliye Vekiliğine gelişinden itibaren geçirdiği daimî ve süratli tekâmülü göstermesi itibariyle çok mes'ut ve mânalı bir hâdise değerini taşımaktadır.

Bütün teferruatına varıncaya kadar *yalnız mahkûmların eseri* bulunan bu sergiye on dört infaz müessesesi: Ankara yeni ve eski cezaevi, İsparta, Rize, Sinop, İstanbul, Toptaşı, Bursa, Edirne, İmralı ceza evlerile Ankara mahkûm çocuklar Islah evi iştirak etmiştir.

On beş gün müddetle açık kalacak sergide teşhir edilen ve bizzat mahkûmlar tarafından satışa arz edilmiş eşya; ucuzluk, sağlamlık, zevk ve işçilik bakımından halkın büyük rağbetine mazhar olmuş ve sergi ilk günlerden itibaren on binlerce kimse tarafından büyük bir takdirle ziyaret edilmiştir. Bilhassa İspartada yapılan halılar, Bursada yapılan kumaşlar ve hamam takımları, Sinop cezaevinin ceviz mamulâtı, Ankara ceza evinin kunduraları, İmralı dokumaları, İstanbul ceza evinin kadınlar kısmının yaptığı yün işleri, serginin en MUVAFFAK eserleri arasındadır.

«Rengi, ışığı, fikri ve eşyası... Her şeyi tekrar hürriyete kavuşmak ve cemiyete yararlı olmak istiyenlerin eseri» olan bu sergi, mahkûmu çalıştırarak ıslah etmek ve millet için kazanmak düşüncesinin doğruluğuna yeni ve başarılı bir delil olmuştur.

Adliyede Son Terfiler

1944-1945 Mali yılı bütçesile alınan kadrolar ve bilhassa 4598 sayılı kanununun verdiği imkândan faydalanılarak 5/7/944 tarihli kararname 767, 7/8/1944 tarihinde yüksek tasdika iktiran eden son kararname ile de 376, yani cem'an yekûn 1143 hâkim ve müddeiumumi terfi ettirilmiştir.

Bu suretle 30 Ağustos 1944 tarihine kadar kanuni terfi müddetini doldurmuş ve ayırma meclisi tarafından dereceleri tesbit edilerek terfia lâyık görülmüş bulunan hâkim ve müddeiumumi listelerinden bilfiil terfi etmemiş hiç bir hâkim ve müddeiumumi kalmamıştır.

Memnuniyetle haber verelim ki terfi eden 1143 meslekdaşın 96 sı mümtaziyet derecesile terfi eylemiştir.

Zürich şerhi tercümesi

Yürürlükte bulunan Medenî kanun ve borçlar kanununun kendisinden beklenen büyük içtimaî rolü oynayabilmesi için bu kanunları tatbik etmek durumunda bulunan adliyecilerimiz ve bütün hukukçularımızın bu kanunların hem ana prensipleri, hem de bütün tefeiruatı hakkında tam ve doğru bir bilgi sahibi olması ile mümkün olacağını takdir buyuran vekâlet İsviçrede en tanınmış profesörler tarafından kaleme alınan Zürich şerhini tercüme ettirmeğe karar vermiş ve tercüme bir mütehassıslar komisyonuna havale edilmişti.

Türk hususî hukuk kültürü için eşsiz bir önemi olan bu büyük teşebbüs süratle ilerlemekte, şimdiden 1500 sahife çevrilmiş bulunmakta ve tercümeye esas teşkil edecek terimlerin tesbiti faaliyetine de devam olunmaktadır.