ADLİYE DERGİSİ

YIL: 35 EYLÛL 1944 SAYI: 9

ADLİYE VEKİLLİĞİ TARAFINDAN
NEŞROLUNUR

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası

317

Adliye Dergisine abone olma ve kitap satın alma şartları

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

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

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

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

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

Dergiye bastırılmak istenen her yazı doğrudan doğruya Vekilliğe gönderilir. Neşredilenan 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 | Eylûl 1944 | Sayı: 9

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER — Sahife

ADLİ YILIMIZ AÇILIRKEN 717

NNURİ ÜLGENALP — NÜFUS KANUNUNUN TATBİKİNDEN DOĞAN BAZI MESELELER 725

DDOÇ. RAGIP SARICA — MEMURİYETTEN HAKSIZ UZAKLAŞTIRMA 737

HHAMDİ ÖNER — 17 ŞUBAT 1943 TARİHLİ TEVHİDİ İÇTİHAT KARARI MÜNASEBETİLE KAÇAKÇILIK SUÇLARI ÜZERİNDE BİR TETKİK 747

DDr. K. F. ARİK — MADEN KAZALARI VE MUTAZARRIRIN MÜTERAFİK KUSURU 756

ÇÇev. Dr. E. TÜZEMEN — MUKAVELE İLE ÖLÜME BAĞLI TASARRUF ARASINDAKİ HUDUDUN NAZARİ ARAŞTIRMASI... 764

ADLİYEDEN OLAYLAR 782

TEMYİZDEN AYRILANLAR .....

YENİ TEMYİZ ÂZALARI .....

ÇOCUK ISLAH EVİ GENİŞLETİLİYOR .....

BİBLİYOGRAFYA 789

HÂKİMLER TERFİ LİSTESİ 798

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME KARARLARI 801

TEMYİZ MAHKEMESİ KARARLARI (CEZA KISMI) 113-128

TEMYİZ MAHKEMESİ KARARLARI (HUKUK KISMI) 209-224

315

Adlî yılımız açılırken

Bir buçuk aylık bir tatilden sonra, adli yılımız ikinci defa olarak, bir çok bakımlardan adli tarihe geçecek kadar mânalı ve güzel bir törenle 6 Eylûl de açılmış bulunuyor.

Artık bir geleneğin bütün sıcaklık ve derinliğini havasında toplıyan bu Tören — Âdet, müstakil Türk adliyesinin temel taşını Lozan'da atan, mağrur Lord Curzun'a türk hâkiminin ve türk mahkemesinin asil mânasını unutulmaz bir vatani heyacanla müdafaa ve kabul ettiren, BÜYÜK MİLLÎ ŞEF'in huzurlarile büsbütün hususi bir yüksekliğe kavuştu.

Geçen yıl gibi Ankara Hukuk fakültesi konferans salonunda yapılan bu törende B M reis *A. Renda*; Adli inkilabın yüksek ve mümtaz yapıcılarından sayın Baş Vekilimiz *Ş. Saracoğlu*; bu tören—adeti ilk defa ihdas eden sayın Adliye Vekili *Ali Rıza Türel* dahiliye. sihhiye, iktisat, nafia, maarif, M. Müdafaa, vekilleri; C. H P. Genel sekreteri; C. H. P. umumi idare heyeti âzaları; Mebuslarımız; devlet şurası reisi ve âzaları, umumi hesap divanı reis ve âzaları;Askeri temyiz mahkemesi reis ve âzaları; İstanbul, İzmir ve Ankara barosu mümessilleri; başta resmî kisvelerile Temyiz mahkemesi reis âza ve raportörü olduğu halde Ankaradaki hâkimler; ve müddeiumumiler vekâletler erkânı; hukuk fakültesi ve siyasal Bilgiler okulu profesörleri hazır bulunmuşlardır.

Tören saat tam 10'30 da Temyiz mahkemesinin sayın Birinci reisi HALİL ÖZYÖRÜK'ün büyük bir ilgi ile takip edilen özlü nutuk—raporu ile başlamıştır. Sık sık alkışlarla kesilen ve ayrıca bastırılarak bütün mahkemelere tevzi edilecek olan bu değerli konuşmasına MİLLÎ ŞEFİM'izi ve misafirleri selâmlamakla başlıyan sayın Halil ÖZYÖRÜK,önce, Temyiz mahkemesinin çalışma devresine girdiği günde merasimli bir toplantı yapmasının mâna ve faydalarını şu suretle izah etmiştir:

«. . Bu toplantılar, bir taraftan, halk kitleleri ile yüksek kaza uzvu arasında bir münasebet yaşatmak, diğer taraftan da gecmiş adli yıl içindeki çalışmalara ait topluca malumatın bir arada gözden geçirilmesi bakımlarından önemli neticeler ortaya çıkarabilir. Gelenek, belli bir müesseseye şahsiyet verdikten başka o müessesenin büyüklüğünü ve millîliğini tebarüz ettiren mânevi unsurların başında gelmektedir. Binaenaleyh, onun meydana gelmesini, devamını ve ge işmesini temine çalışmak, ilgilendirdiği müessesenin bakası ve ilerisi için son derece lüzumludur. Adalet herşeyden ön-

ce bir duygu meselesidir. Geniş fert topluluklarında adaletin bir his olarak yaşamakta devamı sayesinde hukuka uygun bir devlet hayatı sağlanabilir ... Kaza organlarımızın en üstününü teşkil eden heyetinizin bu yıl, başgıcı toplantısıuda, geçen faaliyet yılı hakkında izahlarda bulunulması bazen rakamlar verilmesi, dilekler ifade edilmesi, halk kitlesinin adalet duygusu ile bir temasa geliş vesilesi oluyor. Bu itibarla toplantımızın ruhsal — toplumsal tesir ve öneminden söz açmak dahi mümkündür. Diğer taraftan her demokrası kurulunda olduğu gibi, kaza faaliyetini ifa eden cihazlarda da, bu cihazların, hizmetlerine tahsis edilmiş bulundukları vatandaşlara, bir nevi muhasebe arzetmeleri, hesap vermeleri, cumhuriyet zihniyeti bakımından, demokrası ülkücülüğü bakımından, bilhassa faideli görülebilir.»

Bundan sonra geçen adliy ılın çeşitli hatıralarını tazeleyen sayın konferanscı aziz millî Şefimizin..Temyiz mahkemesini ziyaratlerinin ehemmiyet ve mânasına şu suretle işaret etmiştir:«Bu mes'ut hâdiseyi Temyiz için ugurlu bir devir başlangıcı saymaktayız. Çünkü biz,herkesten fazla biliriz ki, adalet işi devletin hayati işlerinin başında gelmektedir. Ve çünkü biz biliriz ve takdir ederiz ki, bir devlet reisinin bu işe gösterdiği yakın ve sıcak ilgi, milletçe yükselme yolunda bulunduğumuzun müsbet ve münakaşa kabul etmez delili ve teminatıdır.»

Daha sonra yaş haddine dair kanun hükümleri gereğince Temyiz ailesinden ayrılan Nail Tarhan, Tevfik Edgü, Niyazi Kayalar, Ulvi Beydağ, Fevzi Onat, ve Hilmi Kışlalı'yı sevgi ile selâmlayan sayın Baş reis Merhum MAHMUT ESAT BOZKURT'un hatırasını ve hizmetlerini büyük bir kadirşinaslıkla anmış, onun Cumhuriyet adliyesine yaptığı hizmetleri veciz bir şekilde ifade eylemiştir.

Büyük bir alâka ile takip edilen sözlerini temyiz mahkemesinin bir yıllık faaliyetine intikal ettiren sayın Baş reis şu bilgileri vermiştir:«..1944 yılının ilk altında Temyiz mahkemesi kalemlerinde numara alan dâva dosyası sayısı 49114 ü bulmuştur. Bu tempoya göre bütün seneye ait toplamın yuz bine varacağı şüphe götürmez. İlk altı aya ait 49114 dâvanın 40794 ü karara vardırılmış ve neyazık ki 8320 tanesi devir adı verilen muameleye tâbi kılınmak gibi ağır bir mecburiyet hasıl olmuştur...»

Bundan sonra ikinci derece mahkemeleri kurulması meselesine temas eden sayın hatip sözlerine şu suretle devam etmiştir.: «.. Evet, adli teşkilâtımız içerisine ikinci bir kademe yerleştirmek fikri, Temyiz mahkemesinin içerisinde bualnmakta olduğu havayı ferahlandırmak çareleri araştırılırken zaruri ve tabii o[illegible]rak bütün zihinleri işgal ediyor. Her şeyden önce bu meselenin vaz'ı şeklinde anlaşmak icap eder... Büyük amaç, adaletin sağlanmasıdır. Adaletin [illegible]ması dediğim zaman, hem seri, hem de müm-

kün mertebe şaşmaz, kayani biti ve aenaleyh, âzamî derecede teminatlı bir adaletin sağlanmasını kasdediyorum. Adaletin tecellisinde süratle hareket etmek daha ziyade muhakeme usulleri kanunlarında şekillenen kaidelerin mahiyetine bağlıdır.Kat'i ve garantili bir adaletin sağlanmasına gelince bu neticenin elde edilmesi bir taraftan hâkimin kemal derecesine, diğer taraftan da dâvanın çeşitli derecelerde gözden geçirilmesine tâbidir. bu noktadan denebilir ki, bir memlekette birden ziyade mahkeme derecesinin varlığı o memleketin, adalet işlerinde teminat bahşedecek hir olgunlukta ve durumda bulunduğunu ispat eder.»

İstinaf mahkemelerinin rolü, tarihçesi ve büyük faydası üzerinde son derece açık ve cidden aydınlatıcı bilgiler veren sayın hatip sözlerine şu suretle devam etmişrir:«.. İstinaf ve Temyiz başka şeylerdir. Ve başka başka kaldıkları müddetce de birinin faaliyet hacmi diğerinin varlığına tâbi olamaz. Memleketimizde hali hazırda istinaf mahkemeleri mevcut olmadığı temyiz kadrolarının üslendiği vazifeleri başarmakta gösterdikleri gayret bu fikrimizi teyit edecek mahiyettedir. Demek isterim ki temyizin ve işleyişi bakımından düşünülecek ve akla gelecek tedbirler istinaf mahkemelerinin mevcudiyetinden müstakildir. İstinaf teşkilâtı mevc utolsa da olmasa da temyiz makanizmasının kendine mahsus fonksiyonları ve bu fonksiyonların icap ettireceği çeşitli meseleler ile halledici tedbirler bahis mevzuu olacaktır.... Şu halde Temyiz mahkemesini işlerinin çokluğundan, bu tahfifi veya izalesi çaresi olarak İstinafı ortaya atmak başka bir maksadın aleti olan şeyi alelâde bir tedavi vasıtası haline getirmek olur. İki şeyi birbirinden dikkatle ayırmalıdır:

Birincisi: istinaf teşkilâtı, Bu teşkilât faydalıdır.

İkincisi: Temyizin yükünü hafifletmek. Bu ise zaruridir.

Zaruridir, çünkü temyizin yükünü hafifletmeği temin edecek olan düşünmiyecek ve gerekli tedbirleri vaktinda almıyacak olursak muazzam bir kaza cihazını aslî vazifelerinden uzaklaştırmak gibi telâfisi mümkün olmıyacak bir zararla karşılaşmış olabiliriz. Temyiz mahkemesinin işi binlerce ve binlerce dosya devretmek ve muvaffakiyetini astronomik rakamlarla canlandırmak değildir Temyiz, bir prensip mahkemesidir. Temyiz mahkemesi sayıya tâbi bir kurul haline girdiği gün adalet de rakamla ifade edilir hale gelir ve bir hesabı cari zihniyetinin karanlık girdabı içerisinde boğulmak tehlikesi ile karşılaşır...»

Kanunlarımızın değiştirilmesi meselesine temas eden sayın hatip Adliye vekilliğinin ele alınması temennisinde bulunduğu hususları çok sıcak bir ilgi iletetkik ettirdiğini, bu mevzu üzerindeki çalışmaların meyvelerini vereceğinden şüphe etmediğini ifade ettikten sonra MEDENİ KANUNUN DEGİŞTİRİLMESİ KONUsuna ilişmiş, bu kanunun tadili tekliflerini et-

raflı bir şekilde tahlil ve tenkit ettikten sonra bir tapilin gangı şartlar altında makul ve zaruri olabileceğini araştırmış ve bu münasebetle inkilâpçı zihniyet hakkında çok değerli izahlarda bulunmuştur.

Sayın hatibe göre Medeni kanunda yapılması teklif olunan değişikliklerin daha ilrei bir medeniyet icabı olması takdirindedir ki inkilâpçı zihniyete sadık kalınmış olur. Çünkü inkilâpçılık öyle bir ülkesidir ki bu ülkeyi aydınlatan ışık medeniyet güneşinden gelir... Türk MEDENİ KANUNUN 'da bir değişiklik teklifi, ancak ve ancak değiştirilmesi istenen esasların yeni şekli, hakikaten inkilâpçı bir hamle doğuracak mahiyette ise üzerinde durulmağa değer bir teklif olabilir. Böyle değilse, ona iltifat etmeğe asla hakkımız yoktur. Kaldı ki; sayın hâkimler; bir kanun kendi başına bir şey ifade etmez. Onun mahkemelerce tatbiki, hükümlerinin mânalandırılması sayesindedir ki hukuk kaidesi hayatın yaşıyan uzviyetine girecek ve uyacaktır. Kabahati kanunlara yükletmek istemek neticede mahkemelerimize itimat etmemeğe varabilir. Yüzelli yıllık hayatı içerisinde büyük Fransız Cumhuriyetinin medeni kanunu sayılı değişikliklere uğradı. Fransada Code Civil Bonapare'ın değil, Fransız hâkiminin eseridir.

Büyük Biritanya devletinin ana vatan hukukunda o derece dikkate lâyık diğer müesseseler görmekteyiz ki on üçüncü yüz yıla ait bir prensip kararının medeniyetin 1944 üncü yılında hâlâ tatbik edilmekte oluşunun ancak yüksek bir adalet tekniğinin varlığına hamledebiliriz. Bu memleketler hâkimlerinin mümtaz muvaffakiyetlerini Türk hâkimine kendi millî hukuk kaidelerimiz için beklemek hakkımızdır. Ve Türk hâkiminin bize kendisinden beklediğimiz bu muvaffakiyeti sunmakta hiç gecikmiyeceği muhakkaktır.»

Bundan sonra adli hayatımızın İnkılâpçılıktan henüz huzur ile ve tam olarak faydalanmadığı bir sahaya, *adli ve hukukî* dil sahasına geçen sayın hatip şu dikkate değer ve gerçekten haklı mülâhazalarda bulundu: «..Gerçi, bir taraftan, adli işlerde kullanılan terimlerin aynı zamanda kanunlarda kullanılan terilmer oluşu, öte taraftan, mahkemelerin belli bir alışkanlıkla evrak ve kararlarda hiç değişmiyen şekillere bağlı bulunuşu adliye terimlerinin Türkçeleştirilmesi teşebbüslerini bu güne kadar ortaya çıkamamış olması neticesini doğurmuştur. Fakat, unutmamak lâzımdır ki bir işi başarmak için yapılacak ilk şey o işe koyulmaktır, ona başlamaktır.

Yasa koyan dilci değildir. Bu itibarla, adli terimleri meslek dili olarak kullananların ondan ders ve direktif beklemesi doğru olamaz. Kanunlarda öz Türkçe olmıyan terimler yaşamaktadır ve mevcuttur diye elimizi kolumuzu bağlayıp bekliyemeyiz. Elbet bizim de yapabileceğimiz bazı şeyler olsa gerektir. Burada biz derken kasdettiğimiz adliye işlerile uğraşanlarımız ve hukuk mensuplarımızdır.

Meseleyi açık olarak görebilmek için muhtelif faaliyet elemanları arasında adeta bir iş bölümü yaparcasına düşünülebilecek bir ödev paylaşması tasarlamak da mümkündür. Meselâ şu şekilde düşünülebilir: Adliye hayatına olanlar guruplanmak içap ederse üçe ayırabilirler:

1— Öğretmenler, noterler, avukatlar.

2 Devlet daireleri.

3— Mahkemeler.

İlk bölüktekilerden hocalar topluluğu, kendi ihtisas zümrelerinde bir çok yenileştirme tecrübeleri yapıyorlar. Hattâ avukatlar arasında da Türkçenin taze güzelliğini adli evrakın kuru maddesine aşılayanlara rastlanmıyor değil. Lâkin adli faaliyetlerle alâkalı diğer meslekler erbabı ve noterler için durum büsbütün başkadır. Bu ihtisas erbabının Türkçeleştirme yolunda aldıkları mesafe sade bazı farsca terkiplerin çözülmüş olmasından ibarettir.."

Dilin ayıklanması dâvasında noterlere ve devlet dairelerine düşen ödevleri pek veciz bir şekilde belirten sayın hatip, mahkemelerin adli lisan Türkçeleşmesi hususundaki durumunu şu suretle tasvir etmiştir.

«..Mahkemelerin, Türkçe olmak iddiası ile haykırabilecek tek bir formül kullanılmaktadır ki oda «gereği düşünüldü» formülüdür. Diğer bir kısım mahkemelerde «çoğunlukla» ve «oybirliği ile„ terimlere de rastlanır. Bunlar dışında mahkemelerin kararlarında kullandıkları dil, sakınmadan söylemek lâzımdır ki anlaşılması pek müşkül olan bir dildir. Buna sebep, bir taraftan, kullanılması zaruri olan kanuni tâbirler olmakla beraber, diğer taraftan da, kararların yazılışında alışılmış olan usuldür. Terimlerin Türkçe olmasından ziyade bu yazış şekli kararı anlaşılmaz bir şekle sokar.

Bu günkü yazış şekli de eski yazış şeklinin tercümesi olmaktan ileri gidemiyor. Bazı mahkemeler bunu oldukları içindirki kararlarının —kanuni terimlere ilişmemek suretile— yazılış tarzını değiştirmişlerdir. Fikirleri ayrı ayrı cümleler halinde anlatmaktadırlar. Kararın dayanmakta olduğu hukuk kurallarını açıkça belli etmektedirler. Bu mahkemelerin tuttukları yolu ancak takdir ile karşılıyabiliriz. Lâkin genel olarak, mahkeme eski (sakk)e bağlı kalmıştır. Bundan sıyrılmanın en kestirme çaresi, karar dilinde Türkçeleştirme tecrübeleri yapmaktır. Ancak bu sayededir ki, hak sahipleri, ellerine verilen ilamların değerini kendi kendilerine anlıyabileceklerdir.

Unutmamak icap eder ki bir fikri açıklandırmak için elimizdeki vasıtalar terimlerden ve kelimelerden ibarettir. Anlaşmamıza yarayabilecek kelimeleri kullandığımız takdirdedir ki, fikri aydınlatmak mümkün olacaktır. Böyle olmıyacak olursa, bugün olduğu gibi mahkeme kararında şekil, mânaya

galip gelebilir. Halbuki fikir açık olarak ortada olsa mahkeme kararı bilgi ve fikir bakımından tenkide müsait olur. Böyle olunca da, kararın değeri ve dayandığı fikirlerin kuvveti hemen kendini gösterir.

Lâkin yine göz önünde bulundurmak gerektir ki, adli dili düzeltelim derken sonradan içinden çıkılamıyacak bir karma karışıklığa boğulmamağa ince bir özen vermemiz de şarttır. Her türlü dil anarşisine uğramamak içinde üniversitelerimiz fakültelerinde tatbik edilmekte olan terim koordinasyonu usulünü kullanmak elverişli olabileceği gibi daha başka bir sistem de düşünmek kabildir. Yeter ki, karışıklığa maydan vermemek korkusu yüzünden dilde yenileşme hareketi aksamasın ve bugüne kadar olduğu gibi, aksamasın.»

Derin bir dikkatle dinlenen sayın hatip hâkimlerimizden beklenen vazife aşkı ve feragat üzerinde de çok realist ve düşündürücü izahlarda bulunmuştur:

«.. İlk iş adaletin dağıtılmasını ihtimamlarına bırakacağımız genç elemanları kendi millî dâvamızın isterlerine göre yetiştirmektir. Bu noktayı şu yolda mütalâa edebiliriz. kendisine kaza ödevi verilen vatandaş bu memleketin büyük dâvasına yürekten inanmış olmalıdır... Hâkim adını taşıyan ve bunun bütün vasıflarını haiz olan kimse, bulunduğu muhite tâbi olmaksızın, bu şartı yerine getirmekle mükelleftir. Netekim hakikat da bu yoldadır.

Bununla beraber gözden kaçırılmıyacak kadar meydanda olan bir başka olay da görmekteyiz ki, o da hâkimlerimizin daima büyük merkezlere doğru akın etmek istemeleridir. Hâkim taşrada kalmak istemiyor. Acaba niçin? Kendisini büyük şehire kaçıran sebepler nelerdir? Bu sebebler başlıca üç tanedir diyebilirim: Birincisi: ev, ikincisi: okul, üçüncüsü: hastanedir.»

Bu sebepleri birer birer ele alan sayın hatip sözlerine şu suretle devam etmiştir:«.. Hâkim evi meselesini idare âmirleri ve öğretmen evleri işini haletmek için alınan tedbirlere benzer tedbirlerle hal edebiliriz ve etmeliyiz.

Hâkimi büyük şehirlere doğru iten sebeplerden biri de okuldur. Çünki kendisinin okul çağında çocukları vardır. Kendisinin vazife gördüğü yer ise en yakın liseden veya orta okuldan günlerce uzaktır.... Şu halde hâkime ne diyelim? Hâkimin çocuğunun, gitmesi lâzım gelen okulda devletçe okutmak ve çok çocuklu hâkimler hakkında alınmış bulunan tedbirler nevinden isabetli bir takım tedbirlere baş vurmak gibi fikirler ilk hatıra gelen fikirlerdir.

... Hâkimdeki taşra korkusunun üçüncü sebebi hastane derdidir... Sağlık emniyeti Hâkim için olduğu kadar, ondan kaza işini görmesini bek-

liyen halk için de pek önemlidir. Zira sağlık emniyetine sahip olmıyan hâkimde fikir huzuru olmıyacağı tabiidir.»

Bundan sonra hâkimde bulunması icap eden dâva anlayışı ve inanışı, vazife fikri ve feragatı bahisine geçen sayın hatip değerli öğütlerine şu mânalı sözlerle devam etmiştir:

«... Vazife fikri ve mefhumu her türlü mülâhazayı ve hususi noktai nazarları uzaklaştırıcı bir fikir ve mefhumdur. Vazife yerine getirilecektir. ... Bu ruh haleti cumhuriyet hâkimine bütün diger düşünceleri ikinci pilanda bıraktıracak kudrette olmalıdır... ülküyü gerçekleştirmek azmi,mahrumiyetleri unutturacak bir ruh yüksekliğidir. Çalışma şartlarının fikir selâmeti üzerindeki tesirlerini silmek veya hiç değilse azaltmak için başta gelen çare ülküye bağlılıktır. Biz, teşekkül halinde, oluş halinde bir devletiz. Genç hâkimin bunu unutmaması lâzımdır. Unutmaması lâzımdır ki, memleketi, muhtaç olduğu ve hasret çektiği büyük medenilik seviyesine kavuşturmak için pek çok fedakârlıklarda bulunmalı ve feragat örnekleri göstermelidir. Türkiye, kolay ve bedava hayat yaşıyan bir memleket değildir. Türk vatandaşı gevşek bir hayat temposu ile hayat süremez. Bir büyük eser yaratıyoruz. Bu yaratmada hâkimin rolü büyük olacaktır. Hiç şüphe yoktur ki, imkân elverdiği anda, büyük merkezlerden uzak kıyılarda ve köşelerde müştak bulunduğu rahatlık vasıları kendisine temin edilecektir.»

Sayın baş reis, bütün genç hukukçuların doğrudan doğruya kalbine giden şu hitap ile özlü nutkuna son vermiştir:

«.. Sebepler ve neticeler malûm olunca onların yok edilmesi çarelerinin araştırılması da kolay ve çabuk olur. Yeterki, genç hâkim, Türk yurdunda adaleti daima muzaffer kılmak fikrini, taze dimağında bir meşale olarak yanık bulundursun. Gelecek 6 eylûllere ruhlarımız bu meşalelerin ışığı ile yıkanmış olarak erişeceğimize imanım tam ve katidir.»

323

Nüfus Kanununun tatbikinden doğan bazı meseleler

(Nüfus kanununun değişik 11 inci Maddesi ve bu madde ile ilgili hükümler)

Yazan:
Nuri Ülgenalp
Hukuk İşleri U. Müdür Muavini

Yaş, ad ve kaydın düzeltilmesi dâvalarına ait hususi hükümleri ihtiva eden nüfus kanununun değişik 11 ci maddesi 1331 tarihinden beri tatbik edilegelmektedir. Medeni Kanunla Ceza ve Hukuk Muhakemeleri Usulü ve Teşkili Mehakim Kanunlarında, bu madde ile ilgili hükümler olduğu gibi tatbikat bakımından uzunca bir ömrü olan bu maddeye ait teessüs etmiş bir çok içtihatlar da vardır. Konumuz, bunların hepsini birlikte incelemektir.

Hangi dâvalar bu hususi kanuna tâbidir? – Nüfus Kanununun değişik 11 ci maddesinde (tashihi sin ve kayıt ve isim dâvaları) denilmektedir. Nüfus kütüğünde yazılı doğum tarihinin, adın ve kütüğe geçirilmesi kanunla emredilmiş bir hususa ait kaydın, yanlışlığı iddia ederek, düzeltilmesine müteallik dâvalar bu kanuna göre görülecektir. *Kayıt* tâbiri üzerinde biraz duralım. Nüfus Kanununun 3 cü maddesi mucibince«sicilli nüfus; zükûr ve ünasın isim ve şöhretile müslümanların dinini ve gayrı müslim ahalinin din ve mezhebile hangi cemaate mensup olduğunu ve pederinin isim ve mahalli velâdetile validesinin ismini ve vilâyet ve kaza itibarile mahal ve tarihi velâdetini ve ikametgâhını ve sanat ve sıfatile okur yazar olup olmadığını ve intihap salâhiyetini ve mensup olduğu ahzı asker dairesini ve nüfusu zükûrun, boyu ile göz ve çehrenin, bıyık,sakal ve saçın levnini ve alâmeti farikayı sabitesini ve müteehhil ise zevcesi ve peder ve validesi hayatta olup olmadığını ve esnan ve edvarı askeriyesini ve kayıt tarihini havi olacaktır. »

Kayıt tâbirinin mâna ve şümulünü 3.cü madde tâyin etmektedir. Bu madde mucibince nüfus kütüğünde yazılı olanlar, *kaydı* teşkil eder. Ancak,nüfus kanununun 12.ci maddesinde(sanat ve sıfat ve mezhep ve eşkâl gibi kabili tağyir olan kayıtlar. . . mahâl ve deviri müteallikasından getirilecek ilmuhaber üzerine nüfus dairesince tashih olunur) denilmektedir. Şu hale göre 3 cü maddede yazılı olanları ikiye ayırmak lâzımdır:

Birincisi; sanat ve sıfat ve mezhep ve eşkâl gibi *kabili tağyir olan kayıtlar ki*, bunların düzeltilmesi için dâvaya lüzum yoktur. Nüfus daire-

leri bu gibi kayıtları düzeltebileceklerdir. Bu kayıtların düzeltilmesine ait dâvaları görmek mahkemelerin vazifesi dışındadır.

İkincisi ise; bunların dışında kalan yani, *kabili tağyir olmıyan kayıtlardır.* Bu kayıtların düzeltimesi dâvaları mahkemelerde görülür.

11 ci maddede (tashihi sin . . . dâvaları) deniliyor. 3 cü madde gereğince nüfus kütüğüne yazılması gerekli iken yazılmamış olan bir hususun kütüğe yazılmasına ait talepler 11 ci madde şümulüne giremez. 12 ci maddede (aile şöhreti ve mahlâs misillû hüviyet cüzdanına yazılmamış olan ahvalin mahal ve deviri müteallikasından getirilecek ilmühaber üzerine nüfus dairelerince kayıt ve tashih) olunacağı tasrih edilmiştir.

Medenî Kanunun 26 cı maddesinde yazılı«adın değiştirilmesi dâvası»da 11 ci madde şümulüne giremez. Ancak Medeni Kanunda da bu dâvanın hangi merci tarafından görüleceğine dair bir hüküm yoktur. Ad değiştirme dâvaları nüfus kayıtlarile ilgili bulunduğundan bu dâvalarda da nüfus Kanununun 11ci maddesi hükümlerinin tatbik edileceğine Temyiz Mahkemesince karar verilmiştir.

2525 sayılı soy adı Kanununun 10 cu maddesinde; bu kanunun tâyin ettiği müddet geçtikten sonra, soy adının Medeni Kanun Hükümlerine göre değiştirileceğine dair ayrıca hüküm vardır. Medeni Kanunda bu bapta başkaca hüküm olmayıp ad değiştirme dâvalarında olduğu gibi bu dâvalarda da kıyasen 11 ci madde hükümleri tatbik olunmaktadır.

Nüfus kütüğünde yazılı kayıtlardan bir kısmının düzeltimesi, üçüncü şahısların hak ve menfaatlarına da müessir olmaktadır. Meselâ: dede, ana ve babanın adlarının,ölüm tarihlerinin, evlilik kaydının düzeltilmesi dâvaları gibi. Bu gibi kayıtların düzeltilmesine ait dâvalar ekseriyetle mücerret bir yanlışlığın düzeltilmesi maksadına müpteni olmayıp nesebe, mala ve mirasa müteallik menfaatlar elde edilmek gayesile açılmaktadır.Bu maksatlarla açılan dâvaların, umumi hükümlere tevfikan görülmesi iktiza eder [1].Dâ-

[1]. Dedesinin ismi yanlış olarak sicilli nüfusta yazılı olduğundan bahsile tashihi hakkında açılan dâvanın,sübutu verasete taallûkuna binaen hasmı hakikî muvacehesinde ve ahkâmı umumiyeye tevfikan rüyeti icab eder. (T. H. U. H. kararlar mecmuası 930—934)

Dâva-babası ve anasının ölüm tarihlerinin düzeltilmesi.

Temyiz kararı — bu dâva ne gibi bir lüzum ve maksatla ikame edildiği dâvacıdan sorularak yalnız nüfus memuru huzurile bakılacak hususattan olduğu anlaşılmaksızın nüfus memuru muvacehesinde yazılı olduğu şekilde karar verilmesi yolsuzdur. (T. 2. H. 3/1/938 K 2552 — 160)

Dâva — karısı öldüğünden evlilik kaydının düzetilmesi.

Temyiz kararı — dâva neticeten mala ve mirasa taallûk etmesine ve bu hale nazaran nüfus memuruna husumet gayrı müvecceh bulunmasına ... (T. 2. H. 21-10- 938 K. 1632/3624)

vacının maksadının tahkiki iktiza edeceği Temyiz Mahkemesi kararında işaret olunmakta ise de, mala ve mirasa müteallik bir menfaat elde etmek maksadı olmaksızın da mahza bir yanlışlığı düzeltmek gayesile dâva açılabilir. Çünkü, 11 ci maddede yalnız tashihten bahsedilmektedir. Düzeltilmek için kaydın yanlış olduğunu iddia ve isbat etmek kâfidir. Binaenaleyh dâvacı, asıl maksadını gizliyerek mücerret kaydın yanlışlığını iddia ve bu yanlışlığı düzeltmek istediğini beyan edecek olursa, dâvası reddolunamaz.

Vazifeli mahkeme — 11 inci maddede; bu dâvaların, bidayet mahkemesi hukuk dairesinde görüleceği yazılıdır. Bidayet mahkemeleri, 8 Nisan 1340 tarih ve 469 sayılı kanunla kaldırılmıştır. 825 Sayılı kanunla sulh ve asliye mahkemeleri teşkil edilmiştir. Sulh mahkemelerinin vazifeleri, kanunu ile muayyendir. Asliye mahkemeleri ise; sulh mahkemelerinin salâhiyetleri haricinde kalan bilcümle hukuk, hukuku ceza, ticaret dâvalarını görürler. (Bak 825 sayılı kanunun madde 25.26).

Yaş, ad ve kayıt düzeltilmesi dâvalarını görmek vazifesi sulh mahkemelerine verilmemiş olduğundan bu dâvaları görmek, asliye hukuk mahkemelerine aittir.

20 Kânunuevvel941 tarih ve 3748 sayılı kanunla; asliye hukuk işlerini görmek salâhiyeti verilmiş olan sulh hâkimlerine, bu dâvaları görmek salâhiyeti de verilmiştir. Bu kanunda da vazifeli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olması prensibi muhafaza edilmiştir. Çünkü, asliye hukuk işlerini görmeğe salâhiyet verilmiş olan sulh hâkimleri bu dâvaları da görebilecektir.

Yaş, ad ve kayıt düzeltilmesi dâvalarını görmek vazifesinin asliye hukuk mahkemelerine ait bulunduğuna dair hükmün istisnası, ceza muhakemeleri usulü kanununun 255 inci maddesinde zikredilmektedir. Bu maddeye göre, zanlıların yaşlarında ceza hükümleri bakımından lüzum görülecek düzeltmelerin nüfus kanunundaki usule göre icrası ceza mahkemesine aittir. Maddedeki ceza mahkemesi kaydı, mutlak olduğundan ceza dâvasına elkoymuş olan ceza mahkemelerinin hepsi de vazifelidir. Yani ağır ceza, asliye ceza ve sulh ceza mahkemeleri bu salâhiyeti haizdirler.

Bu dâvaları görecek mahkeme ne suretle teşekkül eder:-11 inci maddede, (müddeiumumi hazır olduğu halde şahsı mezkûr ile nüfus memuru muvacehesinde) denilmektedir. Bu dâvalar görülürken asliye hukuk mahkemesinde müddeiumuminin huzuru şarttır. Mahkeme, hâkim ve müddeiumumiden teşekkül eder. Müddeiumumi hazır bulunmazsa mahkeme teşkil edilemez. Dâva eden veya olunan şahısla nüfus memuruna gelince: · bunlar, tamamen tarafları teşkil ederler. Nüfus memuru da ya dâvacı veya dâva olunan vaziyetindedir. Binaenaleyh umumi hükümler dairesinde bunlar da ta-

raf olarak mahkemede hazır bulunurlar. Ancak, evlilik kaydının düzeltilmesi dâvasında, bu kayıt karı ve kocanın her ikisine de taallûk ettiğinden birlikte mahkemeye gelmeleri iktiza eder. Yalnız birisinin muhakemeye gelmesile dâvaya devam olunamaz.

Mahkemenin hâkim ve müddeiumumiden terekküp etmesi hükmünün istisnasını, 3748 sayılı kanunda görüyoruz. Bu kanun mucibince asliye hukuk işlerini görmek salâhiyeti verilmiş olan sulh hâkimleri yaş, ad ve kayıt düzeltilmesi dâvalarını müddeiumuminin huzuru olmaksızın tetkik ve intaç ederler. Bu mahkemelerde de taraf olarak nüfus memurunun bulunacağı tabiidir.

Ceza muhakemeleri usulü kanununun 255 inci maddesi mucibince; ceza mahkemeleri, zanlıların yaşlarında ceza hükümleri bakımından lüzum görülecek düzeltmeleri nüfus kanunundaki usule göre yapacaklarından bu dâvalarda müddeiumuminin hazır bulunması lâzım geldiği gibi muhakemenin, nüfus memurunun da muvacehesinde görülmesi iktiza eder. Ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerinde, esasen müddeiumumi hazır bulunur. 255 inci mepepede nüfus kanununa atıf yapılarak mezkûr kanundaki usule göre muhakeme yapılacağı tasrih edilmiş olduğundan sulh ceza mahkemelerinde de, zanlının yaşının düzeltilmesi dâvası görülürken müddeiumumi de hazır bulunacaktır. Nitekim bu husus adliye encümeninin gerekçesinde de tebarüz ettirilmiştir.

Salâhiyet—11 inci maddede salâhiyete müteallik bir hüküm yoktur. Hususi kanunun tatbiki zaruri bulunduğundan hukuk muhakemeleri usulü kanununun salâhiyete müteallik hükümleri burada tatbik edilemez. Bu dâvalar her yerdeki asliye hukuk veya asliye hukuk işlerini görmeğe salâhiyetli sulh mahkemelerine açılabilir.

Bu, dâvacılar bakımından büyük bir kolaylıktır. Ancak tatbikatta bazı mahzurlar tevlit ettiği de görülmektedir.

Bir mahal mahkemesinde açılıp reddedilen dâvanın başka bir yer mahkemesinde açılarak karar alındığı görülmektedir. Bu ise, muhkem kaziye prensibine uygun düşmez. Reddolunan dâvaların alâkalının nüfus kütüğündeki kaydına işaret olunmasile bunu önlemek kabildir. Nüfus mevzuatında ise bunu temin edecek bir hüküm olmadığından dâvanın reddolunduğu kayda işaret edilememektedir. Tekrar açılması halinde, muhkem kaziye iddiası da ileri sürülememektedir. Bunu temin edecek bir hükmün, nüfus kanununa veya nizamnamesine konulması temenni olunur.

Bu dâvaları açmak salâhiyetini haiz olanlar, dâva müruru zamanı—11inci maddede «tashihi sin ve kayıt ve isim dâvaları gerek kendi sin ve kayıt ve ismini tashih ettirmek istiyen şahsın ve gerek devairi müteallikasınca

gösterilecek lüzuma binaen müddeiumumilerin müracaatı üzerine» denilmektedir.

Dâva salâhiyeti; yaşını, adını, kaydını düzelttirmek istiyen şahısla ilgili dairelerin göstereceği lüzum üzerine müddeiumumiye verilmiştir.

Bir kimse ancak kendi yaşını, adını, ve kaydını düzelttirmek için dâva açabilir. Başkasının adını, yaşını ve kaydını düzelttirmek için dâva açmağa salâhiyeti yoktur. Yalnız yukarda da izah ettiğimiz üzere nüfus kanununun 3 üncü maddesi gereğince sicilli nüfusa geçen hususlar bir şahsın kaydını teşkil eder. Binaenaleyh ana, babanın adları, ölüm tarihleri gibi kayıtların da düzeltilmesi, çocukları tarafından istenebilir. Fakat karı kocasının ve koca karısının yaşının düzeltilmesini istiyemez.

Şahısların dâva salâhiyetinde bir noktayı işaret edelim. Yaşı, adı veya kaydı düzeltilecek kimse temyiz kudretini haiz küçük veya mahcur ise; medeni kanunun 16 ıncı maddesi gereğince bunlar, şahsa merbut haklarını kullanmakta kanuni mümessillerinin rızalarına muhtaç bulunmadıklarından bizzat dâva açmak salâhiyetini haiz olup kanuni mümessillerinin dâva hakkı yoktur.

Müddeiumuminin dâva salâhiyetine gelince: 11 inci maddeye göre müddeiumumi doğrudan dâva açmak salâhiyetini haiz değildir. İlgili dairenin buna lüzum göstermesi lâzımdır. Şu hale göre asıl dâvayı açmak ilgili dairеye aittir. Ancak bu dairenin doğrudan dâva açması kabul edilmiyerek müddeiumumi tavsit edilmiştir.

Dâva açılması lüzumunu takdir, ilgili daireye mevdu bulunmasına göre ilgili daire talebedince, müddeiumumi dâvayı açmakla mükellefttir. Dâvanın kabule şayan olup olmamasını tetkika ve bu suretle dâva açmaktan imtinaa müddeiumuminin salâhiyeti yoktur.

3748 sayılı kanun mucibince asliye hukuk işlerini görmek salâhiyeti verilmiş sulh hâkimleri; yaş, isim ve kayıt tashihi dâvalarını müddeiumuminin huzuru olmaksızın tetkik ve intaç ederler. Mehakim teşkilâtına ait ahkâmı muaddel kanunun 5 inci maddesine göre, her asliye mahkemesi nezdinde bir müddeiumumi bulunur. Yalnız sulh mahkemesi olan yerlerde müddeiumumi bulunmaz. İlgili nüfus dairesi ise ancak müddeiumumi vasıtasile dâva açabilir. İşte; yalnız sulh mahkemesi bulunan kazalardaki nüfuz memurları, dâva açmağa lüzum görürlerse, dâvayı ancak sulh mahkemesinin merbut bulunduğu asliye mahkemesi nezdindeki müddeiumumi açacaktır.

Nüfus memuru dâvanın açılması lüzumunu natık yazısını asliye mahkemesi nezdindeki müddeiumumiye gönderecektir. Müddeiumumi de bunu, tatbikatta olduğu gibi, bir kenar yazı ile asliye işlerini görmeğe salâhiyet-

li sulh mahkemesine gönderecektir. Burada ilgili daireye, dâva açmak salâhiyeti de verilmek suretile temini düşünülen kolaylık daha şümullü olarak elde edilmiş olurdu.

Dâva açılmasına lüzum gösterecek ilgili dairelerin başında, tabiatile nüfus daireleri gelir. Askerlik kanununun 81 inci maddesi mucibince, son yoklama görmemiş olanlardan nüfus kütüğünde yazılı yaşları, şahıslarına uygun görülmiyenlerin yaşlarının tashihini, nüfus kanununa göre ait olduğu mahkemeden istemeğe askerlik meclisleri, askerlik daire, şube reisleri ve en büyük mülkiye memurları da salâhiyetlidirler.

Müddeiumumiye doğrudan dâva açmak salâhiyetinin verilmemesi de, kanunda bir boşluktur. Zira bazı hallerde müddeiumuminin bu dâvaları doğrudan açmak zarureti vardır. Hazırlık tahkikatı sırasında suçlunun, nüfus kaydına nazaran cezaî ehliyeti haiz bulunmaması ve zahir halin kaydı tekzip edecek mahiyette olması gibi.

Hazırlık tahkikatı safhasında ilgili yegâne daire, müddeiumumiliktir. Buna ise dâva açmak salâhiyeti verilmemiştir. Temyiz mahkemesi çok isabetli ve yerinde bir kararile kanunun bu eksikliğini tamamlamıştır. Bu gibi hallerde müddeiumuminin de dâva açabileceğine içtihat edilmiştir. [1]

Bu dâvaların açılması için, hüviyet cüzdanının itası tarihinden itibaren 6 aylık bir müruru zaman kabul edilmiştir. Hüviyet cüzdanının verildiği esnada kayıtlarına nazaran 18 yaşına dahil olmamış bulunanlar için dâva müruru zamanı, 18 yaşına girmelerinden başlar. Madde metninde müruru zamana başlangıç hüviyet cüzdanın verildiği tarih, gösterilmekte ise de müruru zamana esas olan cüzdanlar, âdiyen yapılan kayıtlar üzerine verilen cüzdanlar olmayıp umumi tahrir üzerine verilen cüzdanlardır. [2]

Muhakeme usulü: — 11 inci maddede «alelusul muhakeme ve rüyet ve ilâma raptolunur» deniliyor. Hususi kanun muhakeme usulü noktasında, umumi muhakeme usulü kanununa atıf yapmıştır. hukuk muhakemeleri usulü kanunumuzda asliye ve sulh mahkemelerinde tatbik edilen *tahrirî ve şifahi âdi usulü* muhakemeden başka, yedinci bapta «hususi usul muhakeme» başlığı altında bazı dâvalara tatbik olunacak hususi muhakeme usulleri de vardır. Gerek hususi kanunda ve gerekse hukuk muhakemeleri usulü kanunumuzda; yaş, ad ve kayıt düzeltilmesi dâvalarının hangi usulü muhakemeye tâbi bulunduğu hakkında bir hüküm mevcut olmadığından bu gibi dâva-

[1] Suçlunun nüfus kütüğündeki kaydı nasiyei halile mütenasip görülmediği takdirde, devairi müteallikasının bir talebi sepketmeksizin, müddeiumumi tarafından hukuku âmme namına yaşının düzeltilmesi hakkında dâva açılabilir. (T.M.H.U.H.K. Mecmuası sahife 137)

[2] "Nüfus kanununun 11 inci maddesinde yazılan müruru zamana esas olan cüzdanlar umumi tahrir üzerine verilen cüzdanlar olmasına, (H.U.H. 7-10-936 2-31-33)

ların asliye hukuk mahkemelerinde ceryan eden âdi usulü muhakemeye tâbi tutulması iktiza eder. Temyiz mahkemesi içtihadı da bu merkezdedir. [1]

Dâva nasıl açılır — Bu dâvalarda âdi muhakeme usulü hükümleri tatbik edildiğine göre dâvanın da, hukuk muhakemeleri usulü kanununun 178 ve müteakip maddelerinde yazılı olduğu şekilde tanzim edilecek arzuhal ile açılması ve mezkûr maddeler hükümlerinin bu dâvalarda da tatbiki gerekir. Tatbikatta; bu gibi dâvalar, şahıslar tarafından açıldığı takdirde, iki nüsha arzuhal verilmekte ve bir nüshası müddei aleyh mevkiinde olan nüfus dairelerine tebliğ edilmektedir.

İlgili daireler dâva açılmasına lüzum görürlerse, bu dairelerden gelen tezkereleri, müddeiumumiler, kenar yazı ile asliye hukuk mahkemelerine havale etmek suretile dâva açmaktadırlar.

Kanunun meriyetindenberi devam edegelen bu şekil muameleye temyiz mahkemesince de ilişilmemektedir. [2]

Bu şekil muamele; dâvanın mahiyetine göre iki nüsha arzuhal tanzimi gibi külfeti, bazı merasimi bertaraf ederek işi basitleştirmesi noktasından uygun görülebilirse de, hususi kanunda ayrıca bir hüküm olmadıkça dâvacının şahıs ve müddeiumumi olmasına göre ayrı merasime tâbi tutulmasının muvafık olmadığı kanatindeyiz.

Tarafların muhakemeye daveti: — Dâva, ya ilgili şahıs veyahutta ilgili dairenin göstereceği lüzum üzerine müddeiumumi tarafından veya doğrudan müddeiumumi tarafından açıldığına göre, nüfus memuru dâvacı veyahutta dâva olunan vaziyetindedir. Taraflardan bulunan nüfus memuruna da davetiye gönderilmesi ve gelmediği takdirde de âdi muhakeme usulüne ait hükümlerin tatbiki iktiza eder. Ancak tatbikatta, bu dâvaların görüleceği gün, nüfus memuruna davetiye tebliğ edilmeksizin haber verilmekte ve bunlar da vazifeleri iktizası daima mahkemede hazır bulunmaktadırlar. Şu cihetı tebarüz ettirelim ki, nüfus memuru taraflardan sayılmış olmakla beraber onunda cemiyeti temsil eden müddeiumumi kadar nüfus kayıtlarile ilgisi bakımından hususi bir vaziyeti vardır.Binaenaleyh nüfus memurunun da müddeiumumi gibi muhakemede hazır bulundurulmasına dair bir hükmün sevki, hukuki prensiplere aykırı olmıyacağı bilâkis; davetiye, gıyap vesaire gibi muamelelerin tatbikına meydan verilmiyerek işi basitleştireceği kanaatindeyiz.

Bu dâvalarda gıyap hükümleri tatbik olunur mu?:—Dâva, şahıs tarafından açılmışsa, gelmediği takdirde usulün 409 uncu maddesi hükmü tatbik edileceğinden gıyap hükümlerinin tatbiki, dâvanın müddeiumumi ta-

[1] 30-12-930 tarih ve 14505 sayılı tamim.

[2] Temyiz mahkemesi ikinci hukuk dairesi reisliğinin 6-12-936 tarihli ve 935-200 sayılı yazısı.

rafından açılması halinde bahis mevzuu olur. Aleyhine dâva açılan şahıs, yukardan beri izah ettiğimiz veçhile taraflardandır. Hususi kanunda da bunlara gıyap hükümlerinin tatbik edilemiyeceğine dair bir kayıt yoktur. Bu dâvalarda âdi muhakeme usulünün ceryanı kabul edildikten sonra gıyap hükümlerinin tatbiki de bunun tabii bir neticesidir. Ancak, hususi kanunda bu dâvaların ne gibi delillerle ispat olunabileceği zikredilirken (her surette zahiri halın dâvayı mükezzip olmaması şart) kılınmaktadır. O halde hâkimin, dâva olunanı, takdir hakkını kullanabilmek için, görmesi şarttır. Bunun içinde dâva olunanın muhakemeye gelmesi zaruridir.

Dâva olunan zorla getirilebilir mi? – Hususi kanunda gelmiyen dâva olunanın zorla getirilebileceğine dair bir hüküm yoktur. Hukuk dâvası, ancak tarafları alâkadar eder. Taraflardan biri gelmezse, diğeri, dâvayı takip etmek istediği takdirde gelmiyene gıyap kararı tebliğ ettirerek muhakemeye gıyaben devam olunur.

Hukuk Muhakemeleri Usulünde, yukarda izah edilen prensibe göre, gelmiyen dâva olunanın zorla getirilmene müteallik hükümlere yer verilmemiştir. Yaş tashihi dâvası da, bir hukuk dâvası olmakla beraber bu dâva, gerek ilgili dairenin gösterdiği lüzum üzerine ve gerekse doğrudan müddei umumi tarafından açılmışsa, bu takdirde cemiyetin menfaatı mevzuu bahistir.«Dâvanın âmme hukukuna taalluku itibarile gelmiyen dâva olunanın zorla getirilmesi iktiza eder.» [1]

Dâva olunan bir defa muhakemeye geldikten sonra bir daha gelmezse, gıyap hükümleri tatbik olunabilir mi? – Dâva olunanın, zahiri halinin dâvayı mükezzip olup olmadığını hâkimin takdir edebilmesi için, mahkemeye gelmesi zaruri olduğunu yukarda izah ettik. Dâvacı bir defa muhakemeye geldikten sonra bir daha gelemezse, gıyap hükümlerinin tatbikına mani olan hal zail olmuş bulunduğundan gıyap kararı tebliğ edilerek muhakeme gıyaben rüyet ve intaç olunur. Temyiz Mahkemesi de gelmiyen dâva olunana, gıyap kararı tebliğini, ancak bu kayıtla kabul etmektedir. Nitekim bir kararında şöyle denilmektedir: (yaş tashihi dâvalarında zahiri halin iddiayı tekzip etmemesi şart olup bunun takdiri hâkime ait bulunmasına göre müddeialeyh mahkemeye getirilerek zahiri halın iddiayı tekzip edip etmediği tâyin ve takdir olunmak lâzım gelirken, bundan zuhul ile, mahkemece *hiç görülmemiş olan* müddeialeyhin yaşının tashihine karar verilmesi kanuna muhaliftir.) [2].

Hukuku âmme namına açılan bu dâvalarda dâva olunanın, ikametgâh ve meskeni meçhul olursa:—hukuku âmme namına açılan yaş, ad ve ka-

[1] Ceza işleri U. M. 24-9-940 Sa, 351. Urfa. C. M. U. Tebliği.
[2]. T. 2. H. D. 2311/943 K/5145/4861

yıt düzeltilmesi dâvalarında, dâva olunanların mesken ve ikametgâhları bilinmemekte ve bu yüzden tebligat icrası mümkün olamamaktadır. Bu takdirde yapılacak muameleye dair hususi kanunda bir hüküm yoktur. Dâva olunanın yukarda izah ettiğimiz gibi zahiri halinin bilinmesine müteallik hükmün ihmalide tecviz edilmediğinden usulün, ikamethâhı meçhul olanlara ait tebligat hükümlerinin, bunlar hakkında da tatbikine tatbiatile imkân yoktur. Ancak; dâvanın, müddeialeyh bulununcaya kadar, senelerce elde tutulmasında da bir fayda melhuz değildir. Temyiz Mahkemesince bu gibi hallerde, usulün 409uncu maddesinin tatbik olunarak dosyanın muameleden kaldırılması iktiza ettiğine karar verilmiştir.

Mevzuattaki bu boşluk karşısında şüpesiz isabetli bir karar. Fakat hâdise mahiyetine uygun olan bu karar, tatbik edilen maddeye tamamen tevafuk etmez. Zira mezkûr maddede; (eelseye, çağırılmış olan tarafların hiç biri gelmezse, dâva yenilenninceye kadar dosya muameleden kaldırılır) denilmektedir. Hâdisede, dâvacı olan müddeiumumi muhakemede hazır, fakat dâva olunan ikametgâh ve meskeni mechul olduğu cihetle davet edilemiyor. Hâdiseye, 409uncu maddeden ziyade Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunun, gayip olan suçlular hakkındaki takibatın muvakkten tatil edileceğine müteallik hükmü daha uygun gibidir.

Dâvaya müdahale: — 11inci maddede, (tashihi sin ve kayıt ve isim dâvalarının hini rüyetinde kendisini mutazarrır addedenlerin şahsı salis sıfatile duhulü caiz olduğu) tasrih edilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 53 ve müteakip maddelerinde, müdahaleye müteallik hükümler vardır. Bu gibi dâvalara müdahale edildiği takdirde mezkûr hükümlerin tatbiki lâzım gelir.

Delîller: — 11inci maddede; yaş, ad ve kayıt düzeltilmesi dâvalarının ikame olunan şahitlerin yeminli şahadetleri veya ibraz olunacak kuyut ve vesaik münderecatile ispat olunacağı ve her surette zahirî halin dâvayı mükezzip olmaması şart olduğu tasrih edilmiştir.

Medeni Kanunun 7inci maddesine göre resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığını ispat, bir şekil mahsusa bağlı değildir. Hususi kanun, resmî sicillerden olan nüfus sicillindeki kayıtların Hilafının, ne suretle ispat edileceği hakkında ayrı bir hükmü muhtevi bulunduğundan bu hükmün nazara alınacağı tabiidir. Binaenaleyh dâvanın, şahit veya kuyut ve vesaik münderecatile ispatı lâzımgelir. Bunlar olmadığı takdirde başka her türlü delil ikame olunabilir. Tatbikatta, yaş düzeltme dâvalarında, ekseriyetle hukuku âmme namına açılan dâvalarda, başka delil elde edilemediği cihetle dâva olunan, doktora muayene ettirilerek yaşı tâyin ettirilmekte ve alınan raporlara müsteniden karar verilmektedir.

Her surette hâkimin, alâkalının görünüşünü nazara alması, ve buna göre takdir hakkını kullanması icap eder. Yaşı düzeltilecek şahsın görünüşü, iddiayı tekzip ettiği takdirde başkaca delil dahi aramağa mahal yoktur. Dâvanın reddi lâzımgelir. Hususi kanun, şahitlerin dinlenmesinde de, ayrı bir hükmü ihtiva etmektedir. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 261. inci maddesi mucibince,şahitlere yemin, şahadetten sonra eda ettirilir. Halbuki, burada, yemin verildikten sonra şahitlerin dinlenilmesi lâzımdır. Yeminin, şahadetten evvel verilmemesi nakız sebebi sayılmaktabır.

Gerek doktorların ve gerekse hâkimin yaşı tashih edilecek şahsın gökrünüşüne nazaran yaşını tâyin ve takdir etmeleri ayrıca incelemeğe değer bir bahs teşkil ettiğinden bunun üzerinde fazlaca durmıyacağım. Şu ciheti işaret edeyimki, Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi iki ve hattâ, otuz yaşından sonra büyüklerde, dört beş yaş gibi az bir farkın nasiyeyi hal ile tâyini mümkün olamıyacağından bahsile hâkimin takdir hakkına müdahale etmekte ve zahiri halin iddiayı ne suretle tekzip ettiğinin hüküm yerinde gösterilmemesini, aşağıda yazılı kararlarında olduğu gibi, nakız sebebi saymakta ve hukuk umumi heyeti ise, hâkimin takdir hakkına müdahaleyi tecviz etmemektedir. (İki yaş farkın nasiyei hal ile tâyini mümkün olamıyacağına göre [1].

(Delâil ve nasiyeyi halin takdiri hâkime ait bulunmuş olmasına) [2].

Bu dâvalara ait ilâmların tebliği ve hükümlerin temyiz olunması:—

11 inci maddede, ilâmların tebliği hakkında, kayıt ve sarahat yoktur. İlâmların, umumi hükümlere tevfikan yani Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 392 inci maddesi mucibince taraflara tebliği lâzımgelir. Bu dâvalar neticesinde verilen kararların, kabili temyiz olduğu da maddede tasrih edilmiştir. Temyiz hakkı, alâkalılarla müddeiumumilere tanınmıştır. Alâkalılar tabirine, dâva eden veya edilen şahıslarla nüfus memurları dahildir. Müddeiumumilere ise, mutlak bir temyiz hakkı tanınmıştır. Nüfus memuru ve müddeiumuminin temyiz haklarını kullanabilmeleri için ilâmların bunlara verilmesi lâzımgelir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 255 inci maddesi mucibince, zanlıların yaşlarının düzeltilmesine dair verilen kararlar esas ceza hükmü ile birlikte temyiz olunabilir. Bu kararları nüfus memurları temyiz edemezlar [3].

Burada bir noktayı işaret edelim: Yaş kaydının düzeltilmesi hakkında ceza mahkemelerile hukuk mahkemelerinden verilen kararların, alâkalının

[1]. T. 2. H. D. 23-11-937 karar. 4422-4172

[2]. T. H. U. H. 10-3-937 K: 2-54 — 15-14

[3]. Ceza Muhkemeleri Usulü Kanunu mucibince nüfus müdürlerinin hükmü temyize salâhiyeti olmadığından istidanın reddine. T.birinci ceza 16/10-940 K-3401.

nüfus kütüğünde değişikliği mucip olup olamıyacağı, noktasından, yekdiğerine mübayin iki içtihat teessüs etmiştir. Ceza mahkemeleri, ancak ceza hükümleri bakımından zanlının yaşını değiştirmekte olduğundan, bu kararın alâkalının sicilline müessir olmayacağı iddia edilmektedir. Bu takdirde nüfus sicillinde, faraza on yedi yaşında olarak kayıtlı bulunan bir kimsenin yaşı, ceza mahkemesince ceza hükümleri bakımından 21 olarak düzeltilip buna göre ceza tâyin edilecek fakat kaydın hilâfı mahkeme kararile taayyün etmesine rağmen sicilde düzeltme yapılmıyacak ve aynı şahıs medenî muamelâtında reşit sayılmıyacak.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, tamamen Nüfus Kanununa atıfta bulunmuş ve ceza dâvasına müteferri bir hukuk dâvasının, işin süratle intacı bakımından, rüyetini ceza mahkemesine vermiştir. Gerek hukuk ve gerekse ceza mahkemelerinin verdikleri yaş tashihine ait hükümlerin, hukukî neticeleri bakımından bir farkı olamıyacağı kanaatindeyiz. İş, tevhidi içtihat umumî heyetinde tetkik edilmektedir.

Harç ve damga resmi: — Yaş, ad ve kayıt düzeltilmesi dâvalarından harç alınmaz. Bu husus 11 inci maddede tasrih edilmiştir. Ancak, bu kanundan sonra Adliye harç tarifesi kanunu neşredilmiş olduğundan mezkûr kanunun, 11 inci madde hükmünü ilga ettiği hakkında bir içtihat tezahür etmişse de; Büyük Millet Meclisince, hususî kanundaki hükmün Adliye Harç tarifesi kanunile ilga edilmemiş olduğuna karar verilmiştir [1].

Hususî kanunda; yaş, ad ve kayıt dâvaları harçtan muaf tutulmuştur. Evvelce de izah edildiği üzere ad ve soy adı değiştirme dâvalarında, 11 inci madde hükmü kıyasen tatbik olunmaktadır. Bu dâvalar harçtan muaf değildir. Bunlardan kıymet takdiri mümkün olmıyan dâvalar gibi harç alınması lâzımgelir [2].

Şahıslar tarafından açılan bu dâvalarda, nüfus memurlarının verdikleri cevap lâyihaları ile, temyiz arzuhalleri; damga resmi kanununun 32 inci maddesi birinci bendi mucibince resmî daireler arasındaki muamelâtı havi resmî evrktan sayılarak damga resmine tâbi tutulmamaktadır [2].

İtirazülgayır dâvası — Bu hukuki müessese,usul kanunumuza alınmamıştır. Mülga usulü muhakematı hukukiye kanununun 161 ve müteakip maddelerinde, buna ait hükümler vardır. Bir dâvada; taraflardan olmıyan ve müdahale de etmemiş bulunan üçüncü bir şahsın gıyabında hukukuna dokunur bir hüküm verilirse, üçüncü şahıs, bu hüküm aleyhine itiraz edebilir.

[1]. 23-12-934 ve sayı 844 B.M.M. kararı.

[2]. 18-2-936 tarih ve 4 sayılı tamim.

[2]. 17-11-935 tarih ve 20-35 sayılı tamim.

Hususi kanunda yaş, ad ve kayıt tashihine dair ilâmlar aleyhine, gerek şahıslar ve gerekse, ilgili dairelerin müracaatı üzerine müddeiumumilerin itirazülgayir dâvası açabilecekleri tasrih edilmektedir.

Fayda müâlhaza edilmediği için Hukuk muhakemeleri usulüne alınmamış olan mezkûr hükümlerin, bu dâvalara tatbiki da bir fayda temin etmiyeceği cihetle bu hükmün hususî kanundan da çıkarılmasının muvafık olacağı kanaatindeyim.

Memuriyetten haksız uzaklaştırma

Memuriyetlerinden haksız olarak uzaklaştırıldıkları mahkeme kararile sabit olan memurlar yerine yeni memur tâyin edildiği hallerde mahkeme kararı nasıl yerine getirilebilir?

Yazan :
Ragıp SARICA
İstanbul Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Doçenti

Makalemiz için seçtiğimiz başlık sanırızki incelemek istediğimiz mes'eleyi en açık bir şekilde vaz etmiye yeter.

Gerçekten her hangi bir memurun, idare tarafından – vekâlet emrine alma, tekaüde sevk, memuritten ihraç — suretiyle memuriyetine nihayet verilmesi mümkündür. Bu memurun ise, mezkûr karar aleyhine idari mahkemede – yani Devlet Şurasında — bir iptal dâvası açması ihtimal dahilindedir. Mahkemenin de, kanuna — her hangi cihetten aykırılığı dolayısiyle — bu kararı iptal etmesi kabildir.

Bu takdirde idarenin, mahkeme hükmünü yerine getirmesi her ne kadar idare hukukunun esasat ve icabatından ise de; mezkûr kararı müteakip münhal kalan bu memuriyete idare tarafından başka bir memurun tâyin edilmiş olması halinde idareye terettüp eden vazife hayli nazik ve çetindir: İdare, bir taraftan hukukî esaslara göre mahkeme ilâmını tenfiz zorundadır. Binaenaleyh memuriyetinden yolsuz olarak uzaklaştırıldığı sabit olan memuru vazifesine iade etmek mecburiyetindedir. Diğer yandan da bu memuriyete naklen başkası tâyin edilmiş bulunduğuna nazaran bu kimsenin de vaziyetini düşünmekle mükelleftir.

Görülüyor ki bu fiilî vaziyet, hukuki esasların yerine getirilmesini müşkül kılmaktadır.

İşte idareye hukuki esaslarla fiiliyatı telif etmek; hem memuriyetinden yolsuz olarak uzaklaştırılan memurun uğradığı haksızlığı tamir etmek hemde onun yerine tâyin olunan ve bu hususta kendisinin hiç bir kusuru bulunmıyan memuru korumak düşer ki, bu müşkülü idare ancak hukuktan istiane suretiyle halledebilir.

Biz, nazari ve amelî cihetten pek önemli saydığımız bu meselenin haline yarayacak bir hal sureti ileri sürmek; idareye bu hususta hukuki bir yol göstermek istiyoruz.

Birkerre bu meselenin—Bildiğimize göre - ne Fransız ve nede Türk doktrininde genel ve kesin bir surette incelenmiş ve işlenmiş olmadığını kaydedelim. Yalnız bazı hukukçuların, bu meselenin bazı cephelerine istitraden temas ettiklerini ilâve edelim.

Filhakika Fransız müelliflerinden BONNARD bu meseleye sırf eski askerî şahıslara tahsis olunan memuriyetler münasebetiyle dokunduğu gibi; memleketimizde sayın hocamız *S.S. Onar* bununla, ancak tekaüde sevkedilen memurların durumu dolayısiyle meşgul olmaktadır.

Halbuki, fikrimizce, meseleyi daha umumi ve şümullü olarak vazetmek ve genel bir hal suretine bağlamak gerekir. Zira bu iki hukukçunun inceledikleri vaziyetler yalnız askerî şahıslara tahsis olunan memuriyetler ve sırf tekaüde sevk muameleleri münasebetiyle bahse mevzu olmayıp; her hangi bir memurun, memuriyetinden her hangi bir suretle uzaklaştırılması dolayısile ortaya çıkabilir. Binaenaleyh bu gibi vaziyetleri genel bir şekilde mütalâa etmek zarureti vardır. Bundan ötürüdür ki biz, meseleyi gayet umumi olarak vazetmek ve bunu yine genel bir surette halle çalışmak istiyoruz.

Meselenin İKİ HAL SURETİNE BAĞLANABİLECEĞİ AŞİKÂRDIR.

I — İlk bir hal sureti şu olabilir ve denebilir ki: «Mahkeme kararı tenfiz olunurken her şeyden evvel yeni memuru düşünmek muktezidir. Onu himaye etmek lâzımdır. Zira onun hiç bir kusuru yoktur. Velhasıl, yolsuz olarak memuriyetinden uzaklaştırılan memur yerine tâyin edildiği memurun vaziyeti—berikinin aleyhine olarak—ipka edilmek icap eyler.»

II — Bilâkis ikinci bir hal çaresine göre: evvelemirde yolsuz surette memuriyetine nihayet verilen memuru düşünmek iktiza eyler. Onu korumak lâzımgelir. Çünkü onun memuriyetinden haksız olarak uzaklaştırıldığı mahkemece sabit olmuştur. Hulâsa, haksız yere memuriyetinden uzaklaştırılan memurun vaziyetini—diğerlerinin aleyhine olarak—tashih etmek icap eder.

S.S. ONAR meseleyi umumi olarak mütalâa etmemekle beraber; birinci şıkka taraftar görünüyor. *BONNARD* ise—bu neticeye sırf incelediği mesele bakımından varmakla beraber—ikinci hal suretine meylediyor.

Gerçekten profesör *S.S. ONAR*, idari bir tasarruf olan tekaüt muamelesinin unsurlarını ve şartlarını ihtiva etmediği takdirde idare tarafından geri alınabileceği gibi mahkemece—Bir iptal dâvası üzerine—iptal edilebileceğini söyliyor. Sayın hukukçu ilâve ediyor: «Hatalı ve sakat bir tekaüt tasarrufunun geri alınmasının veya iptalinin hükmü nedir? Geri alınma ve iptal ile tekaüt tasarrufu ortadan kalkmış olacağından memurun eski vaziyeti, memurluk sıfat ve salâhiyetleri geri gelmiş olur ve memur vazifesine döner. Tekaüt muamelesi hiç vaki olmamış gibi maaşlarını alır.»

Ancak Sayın Profesöre nazaran şu varki: «Memur, tekaüde sevkedilmekle beraber yerine başkası tâyin edilmişse vaziyet böyle basit değildir. Bu gibi hallerde geri alınma veya iptalin tâyin tasarrufu üzerine ve diğer memurun vaziyetine tesir etmiyeceği kabul edilmektedir. Şu halde memur istifa etmiş veya vekâlet emrine alınmış, açıkta kalmış bir memur vaziyetine düşecektir. Bu gibi hallerde memurun mahrum kaldığı maaşları ve maaş farklarını faizleriyle birlikte idareye tazmin ettirmesinin hakkaniyete ve memur Statüsünün ruhuna uygun olacağı müelliflerce kabul edilmektedir.» [1]

Görüldüğü üzere muhterem Profesöre nazaran tekaüde sevkedilen memur yerine beşkasının tâyin edilmesi halinde mahkemeden sadır olan iptal hükmüne rağmen, memurun eski vaziyeti ve memurluk sıfat ve salâhiyetleri geri gelemez ve memur vazifesine dönemez. Hulâsa iptal kararı, yeni memurun vaziyetine tesir etmez.

Bir kerre, zannımızca, tekaüt muamelesi hususunda kabul olunan hal suretine ne olursa olsun; bunu, aynen memurun vekâlet emrine alınması ve memuriyetten ihraç edilmesi hallerine de teşmil ve tatbik etmek zaruridir. Zira netice itibariyle bütün bu idari tedbirler ve müeyyideler aynı yola çıkarlar. Memuru, memuriyetinden uzaklaştırmıya matufturlar.

Bu itibarla tekaüde sevk muamelesi için ayrı bir hal sureti; Vekâlet emrine alma, ihraç tedbirleri için ayrı bir hal sureti tatbik etmek ne mantıkan ne hukukan doğru olamaz. Hulâsa Profesörün vazettiği esası bu tedbirlerin kâffesine teşmil etmesi icap eyler.

Saniyen, fikrimizce, bu hal suret, imemuriyyetinden yolsuz olarak uzaklaştırıldığı mahkemece sabit olan memuru netice itibariyle korumadığı ve tatmin etmediği gibi; hakikatte mahkeme ilâmını da hükümsüz bırakmaktadır. Bu itibarla bu hal tarzı, bizce, tavsiyeye şayan değildir.

Evvelce kaydettiğimiz üzere Profesör BONNARD aksi teze meyletmektedir. Filhakika müellife nazaran [2] Fransada eski askerî şahıslara tahsis olunan memuriyetler ve makamlar vardır. İşte bugibi bir memuriyete, bir makama tâyin edilmek için gereken tekmil şartları haiz olan bir kimse her nasılsa «Liste de Classement» yani tasnif listesinde kayıtlı bulunmıyabilir. Listede mukayyet olmadığı halde de bu memuriyete tâyin edilmiş ve bu suretle listede kayıtlı olan ve benaberin—listenin başında bulunmak itibariyle—bu memuriyete tercihan tâyini icap eden başka bir kimse mutazarrır kılınmış olabilir.

[1] İdare Hukuku 1942. S.1008.
[2] Prècis de droit adm. 1940.P.278.

Listede kayıtlı bulunmadığı halde memuriyete tâyin edilen bu memurların tâyini kanuna aykırıdır. Binnetice aleyhine bir dâva açıldığında mezkûr karar, mahkemece iptal olunur. Ancak şu varki Fransız Devlet Şûrası, kararın iptaline hükmetmekle beraber bu iptal hükmüne sırf nisbi bir mahiyet tanımaktadır. Şöyleki: Bu gibi hallerde yüksek mahkeme tâyin kararını—kanuna aykırılığından ötürü—mutlak surette bozmakla iktifa edecek yerde; ancak «listede mukayyet bir kimsenin tercihan tâyin edilmek hakkını ihlâl etmesi hasebiyle iptal ettiğini» beyan etmektedir.

Binnetice kaideten iptal kararları mutlak bir hüküm ifade ettikleri; yani herkes, umum için cari oldukları halde hâdisede iptal kararı sadece nisbi, izafi bir kıymet ve mahiyeti haizdir. Yani iptal fiilen tâyin edilen memur için hiç bir hüküm ve kıymet ifade etmez. Ona asla tesir eylemez. Başka bir söyleyişle bu kimse memuriyetini muhafaza eder. Onun tâyin kararı bakidir ve muteber olmakta devam eder. İptal kararı ancak dâvacı yani tâyin edilmesi lâzımgelirken tâyin edilmiyen şahıs hakkında hüküm ifade eder.

İşte iptal kararı dâyacı yerine tâyin edilen memur için kıymet ifade etmeyip;yalnız dâvacı hakkında müessir olduğundan ötürüdür ki nisbi bir mahiyeti haizdir. Binnetice iptal kararı fiilen bu memuriyete tâyin edilmiş bulunan kimseye karşı dermeyan olunamaz. Ancak şu varki iptal kararı dâvacı hakkında hüküm ve kıymet ifade ettiğine nazaran da;diğer bir kimsenin, kendi yerine tâyin edilmiş olması keyfiyeti de dâvcıya karşı ileri sürülemez. Mezkür tâyin kararının her nekadar baki olduğu kabul edilmekte isede; dâvacı için sanki mevcut değilmiş farzolunur.

Benaberin bugibi bir tâyin kararı adeta mevcut değilmiş gibi dâvacının bu memuriyete tâyin edilmesi lâzımgelir. Tâyin edilmediği veya tâyini geciktiği takdirde de zararlarının idarece tazmini gerekir.

İşte fransız devlet şurası halen bugibi hâdiselere iptal kararının nisbi bir mahiyeti haiz olduğunu ve ancak dâvacıya izafeten kıymet ve hüküm ifade edebileceğini kabul eylemektedir.

BONNARD'a göre bu mahkeme içtihadı tatmin edici değildir. Zira,müellifin işaret ettiği veçhile« Bir tasarrufun—yani hâdisemizde tâyin kararının—bazıları için—başka bir ifade ile dâvacı için—mevcut değil iken; diğerleri için—yani hâdisede dâvacı yerine o memuriyete tâyin edilen kimse için—mevcut olmakta devam edegelmesini zihin neden tasavvur edebilir. Bu gibi bir vaziyet mantıki değeldir ve sırf bir faraziyeden ibarettir.»

müellif,başka bir hal suretine taraftardır. Filhakika BONNARD diyorki: „Nazari bakımdan daha ziyade kabule şayen başka bir noktai nazar bi-

zi aynı neticelere götürebilir. Yani hem vaki olan tâyini ipka etmek; hemde aynı zamanda tâyin edilmesi lâzımgeldiği halde tâyin edilmiyen kimsenin hakkını tanımak başka yoldan temin olunabilir. Filhakika saik unsurunun; kanunen mevcut olmaması dolayisiyle tâyin kararının gayri kanuniliği esasından hareket edilerk listede kayıtlı olan kimsenin tâyin edilmemesini gayri kanuni addetmek mümkündür. Yani idarenin, listede muhayyet olan memuru o makama tâyin etmekten imtina, eylemesi kanuna aykırıdır. Bugibi bir imtina, bugibi menfi bir karar gayri kanunidir.

Gerçekten listede mukayyet kimsenin tâyin edilmemesinin saiki şudurki daha evvel bu memuriyete başka bir memur tâyin edilmiştir. Halbuki listede kayıtlı olmıyan bir kimsenin tâyini kanuna muğayirdir. Bu tâyin kararı gayri kanunidir. Demekki idarenin, listede kayıtlı olan kimseyi tâyin etmekten imtinaı kanunen mevcut olmıyan bir saika dayanmaktadır. Gayri kanuni bir tâyin ise kanunen mevcut değildir.

Binaenaleyh bahse mevzu olan ihtilâf, tâyinden imtina kararının dayandığı saikın kanunen gayrı mevcut olmasından ötürü iptali suretiyle hal olunabilir. Zira burada saik hakikatte gayri kanuni olan bir tâyin kararının mevcudiyetinden ibarettir.

Tâyinden imtina kararının mahkemece iptali üzerine idare gereken tedbirleri ittihaza mecburdur. Binaenaleyh ya listede kayıtlı olan kimseyi ilk münhal vaki olduğunda tâyin etmek ve husule gelen teehhürden dolayı zarar ziyan tediye eylemek; veya dâvacıyı o memuriyete derhal tâyin edebilmek için evvelce yapılan tâyini geri almak lâzımdır.

Müellif, Mezkür tâyin kararının—yolsuz yani kanuna aykırı olması dolayısiyle—idare tarafından geri alınabileceğini ilâve ediyor.

Görülüyor ki Profesör BONNARD da nazaran hâdisede tercihan tâyini lâzımgelirken tâyin edilmiyen memur yerine tâyin edilen memurun tâyin kararı geri alınmak suretiyle dâvacı o memuriyete getirilebilir.

İşte biz,müellifin mahdut ve istisnai bir hâdise hakkında ileri sürdüğü bu hal tarzını umumileştirerek yalnız bir memuriyete tâyini lâzımgelirken tâyin edilmiyen memurlara değil; fakat tâyin edildikleri memuriyetlerden her ne suretle olursa olsun yolsuz bir surette uzaklaştırılan memurların—velevki yerlerine başkası tâyin edilmiş olsa—eski memuriyetlerine iadeleri hususunda da tatbik etmek lâzımgeldiğine kani bulunuyoruz.

Tezimizi aşağıdaki temellere istinat ettiriyoruz.

341

1—bir kerre, bilindiği üzere, idare hukuku prensipleri mucibince idare, makkeme kararlarını yerine getirmek mecburiyetindedir. Mahkeme kararlarına uymak zorundadır.

2—İptal dâvalarında kabul olunan esaslara göre her hangi idari bir kararın mahkemece iptali üzerine idare, alınması gereken bütün tedbirleri ittihaz etmekle mükelleftir. [1]

3—Şu noktayıda gözönünde bulundurmak lâzımgelir ki ipta 1 kararı makable şamildir. Yani mahkeme kararı iptal ettiği takdirde iptal keyfiyeti geçmişe şamil olur. İptal kararının hükümleri maziye sirayet eder. Binnetice iptal olunan bir karar, mahkeme ilâmı tarihinden itibaren—yani iptal anından itibaren—değil;ta ittihaz edildiği dakikadan itibaren iptal edilmiş, bozulmuş, ortadan kalkmış farzolunur.

Bu itibarle idarenin, idari mahkeme tarafından iptal edilen bir kararın ta ittihazı anından itibaren iptal edilmiş olduğunu farz ve kabul eylemesi icap eder. Başka bir söyleyişle idarenin. meskür kararın ta ittihazı anından itibaren iptal edilmiş olduğunu nazara alması lâzımdır. Bir kelime ile idare, mahkeme ilâmının dâva mevzuunu teşkil eden ve mahkemece iptal edilen kararın idare tarafından ittihazı anından beri hüküm ifade ettiğini düşünmek mecburiyetindedir.

Alacağı tedbirleri ta o tarihe kadar teşmil etmesi muktazidir. Tedbirlerini o tarihten itibaren başlatması zaruridir.[2] Bu nokta doktrin ve mahkeme içtihatlarınca müsellem bir hakikattır.

Nitekim Devlet şuramızın da içtihadı bu merkezdedir. Gerçekten yüksek mahkeme, bir kararında şöyle diyor:« İdari bir kararın kanun veya nizamnameye esas, salâhiyet şekil ve maksat noktalarından muhalifetinden dolayı ortadan kaldırılması için şurayı devlet nezdinde açılan ve idare hukukunda (İptal Dâvaları) diye ayrı bir tabakada toplanan dâvalarıda verilecek iptal hükümlerinin, dâvanın tevcih edildiği idari kararın ittihaz edildiği tarihe kadar tesirde bulunması yine idare hukukunun maruf bir kaidesidir.» [3].

İdare hukukunun bu şaşmaz kaidesine tevfikan devlet şurasının, iptal hükmünün hüküm tarihinden itibaren değil; iptal olunan kararın ittihazından itibaren neticelerini husule getirmesi lâzım geldiğini belirten bir çok kararları mevcuttur.[4].

[1] Bu hususta gereken izahat için" İdari Kaza„ 1942 adlı kitabımızın 178—185-inci sayfalarına bakılmasını rica.

[2]—Bu nokta hakkında tafsilât için ismi yukarda geçen kitabımızın 172—178. sayfalarına bakılması.

[3]—D.Ş. Kararlar mecmuası Sa:3 Sf:46—48.

[4]—Meselâ Devlet Şûrası kararlar mecmuasının 16. Sayısının 14—15. sayfalarında naklolunan karar bu cümledendir.

Yukarda tesbit ettiğimiz bu esaslardan hareket edince şu neticeye varırız ki: İdare her hangi bir memurun, her hanki bir sebeple—Vekâlet emrine alma, tekaüde sevk, ihraç suretiyle—memuriyetten uzaklaştırılması hususunda bir karar ittihaz edip; mezkür karar memurun müracaatı üzerine mahkemece—kanuna her hangi cihetten aykırılığından ötürü—iptal edildiğinde idareye düşen vazife bu hükmü yerine getirmektir. Ayni idarenin bu memuru memuriye tinden sanki hiç uzaklaşmamış teleki eylemesi lâzımdır. Başka bir söyleyişle idare, iptal edilen kararın—memurun vekâlet emrine alınması, tekaüde sevki, memuriyetten ihracı hususunda müttehaz kararın—ittihazı anından bugüne kadar memurun memur sıfatını hep muhafaza eylediğini farz ve kabul etme ye mechurdur. Hulasa, idare, memurun vaziyetini —mahkeme ilâmına tevfi- kan - tashih ederken mahkeme kararının kaleme alındığı tarihi değil; bozulan kararın idarece ittihaz edildiği tarihi mebde olarak kabul etmek zorun- dadır. Bir kelime ile idarenin, memuru memuriyetinden hiç çıkmamış, ayrılmamış, uzaklaşmamış farz eylemesi gerekir. Binnetice memurun bu zemana ait birikmiş maaşlarını vermesi lâzımgeldiği gibi; memurun bu müddet zarfında terfi imkânlarını da hesaba katması iktiza eyler.

Fakat idarenin, sadece maziye ait bir takım pürüzlü vaziyetleri tashih ve tasfiye etmesi kâfi değildir. Memurun, memuriyetinden uzaklaştırıldığı andan ilâmın mahkemeden sadır olduğu tarihe kadar geçen müddet zarfındaki maaşlarını vermekle iş bitmez. İdarenin, ilâmın sadır olduğu dakikadan itibaren derhal memuru eski memuriyetine iade etmesi lâzımdır. İşte hüküm, mahkemeden çıkar çıkmaz idare bunu yerine getirecektir. Memuru eski memuriyetine iade edecektir.

Halbuki mahkeme henüz kararını vermeden önce idare boş kalan bu memuriyete başkasını tâyin etmiş bulunabilir. Şimdi ise bu makama, bu mevkie eski memurun getirilmesi lâzımgelmektedir.

Görülüyorki idarenin, bu memuru eski memuriyete iade edebilmesi için bazı tedbirler alması zaruridir. Şöyleki idarenin, herşeyden evvel bu memuriyete tâyin ettiği ikinci memuru buradan uzaklaştırması muktazidir. [1]

İşte idareye, bu memuru buradan uzaklşatırmak imkânını bahşetmek, bu hususta idareye yol göstermek de hukuhçulara terettüp eder ki; biz, 1942 neşrettiğimiz «idari kaza» kitabımızda ibtal dâvasının hükümlerini, neticelerini tesbit ederken istidraden bir not ile bu mesele üzerinde durmuştuk. [2]

[1] Mesele, bilhassa eski memur yerine yeni memurun muadili olmıyan veya mua mem uriyeti dahi münhal bulunmıyan bir memuriyete tâyini halinde daha fazla bir em kazanır.

[2] Ragıp Sarıca, İdari Kaza. 1942. Sayfa: 185 Not 1.

343

Bugün aynı noktai nazarı burada daha etraflı bir surette müdafaa etmek istiyoruz.

Kanaatımızca, idarenin mahkeme kararını yerine getirmesini mümkün kılacak bir tek çaresi vardır. o da şudur:

İdare, bu memuriyete tâyin ettiği yeni memurun tâyin kararını saikte, sebepte [1] hata, sakatlık dolayısiyle — geri almak zarurundadır. Filhakika yeni memurun tâyini bir idari kararla olmuştur. Bu kararın dayandığı bir saik veya sebep vardır. Bu saik veya sebep: eski memurun, memuriyetinden uzaklaştırılmış olması keyfiyetidir. Yani bu memur, memuriyetinden uzalaştırıldığı içindir ki aynı makama ikinci bir memur tâyin edilebilmiştir.

Halbuki hâdisede ilk memurun memuriyetinden uzaklaştırılması hususundaki karar mahkemece iptal edilmiştir. Bu suretle ikinci memurun tâyin kararı — Mahkeme hükmünün makable şümulü dolayısiyle — ta ilk andan saiksiz, sebepsiz kalmış demektir. Daha doğrusu vaktile gösterlen saikın, sebebin hatalı, bozuk olduğu tebeyyuün etmiştir. Saikın, sebebin hakikatte tahakkuk etmediği meydana çıkmıştır. Bu itibarla ikinci memurun tâyini, saik cihetinden kanuna aykırıdır.

Filhakika her hangi bir memurun, her hangi bir memuriyete tâyin edilebilmesinin ilk ve zaruri şartı şudurki: Bu memuriyet münhal bulunmak lâzımgelir. Yani bu memuriyetin başka bir memur tarafından işgal edilmemekte olması zaruridir. Bu, müttefikan müsellem bir keyfiyettir.

Halbuki — Evvelce arzettiğimiz veçhile — mahkeme hükmünü, makable teşmil etmek lâzımdır. Yani memurun, memuriyetinden uzaklaştırılması hususunda idarece müttehaz karar — memurun vekâlet emrine alınmasına, tekaüde sevkine, memuriyetten ihracına mütedair olan — ta ittihazı ânından itibaren sakattır, batıldır. Bu karar ilk günden, ilk dakikadan itibaren iptal edilmiş, bozulmuş, ortadan kalkmış farzolunur.

[1] İdare hukukunda "Saik„ veya 'Sebep" tesmiye olunan unsurun, her hangi idari bir kararın ittihaz edilebilmesi için Kanunun evvelemirde tahakkukunu aradığı fiili veya hukuki objektif bir vaziyetten ibaret olduğunu hatırlatalım. Bilfarz memurin kanununun 32. maddesine göre kumar oynamak Sınıf tenzili tasarrufunun bir saiki veya sebebidir. Zira kumar oynamak, fiili ve objektif bir vaziyettir. Ve kanunen sınıf tenziline sebebiyet verir.

Bunun gibi Belediye kanununun 27. maddesine nazaran birinci derecede hısımlık Belediye meclisi azasının azalık sıfatının nez'i tasarrufunun bir saik veya sebebidir. Çünkü birinci derecede hısımlık, hukuki ve objektif bir vaziyettir ve kanunen azalık sıfatının sukutuna sebep olur. "Saik„ veya "Sebep„ dediğimiz un sur hakkında fazla malûmat için "İdari tasarrufların unsurlarıyle yokluk halleri arasındaki ilgi„anlı yazımıza müracaat olunabilir.

İstanbul Barosu Mecmuası Sayı.7. 1943. Bilhassa Sf. 391—395

Binnetice memur — kendisinin memuriyetinden uzaklaştırılması hakkındaki karara rağmen — memuriyetinden hiç ayrılmamış, uzaklamamış sayılır. Bir kelime ile, ikinci memur tâyin edildiği sırada selefi aynı mevkii işgal etmekte idi. Bu memur, memuriyetinden hiç bir zaman ayrılmamıştır. Memuriyetten hiç bir zeman ayrılmadığına naza-ran da bu memuriyet, bu makam hiçbir zeman münhal, boş kalmış değildir Binaenaleyh ikinci memur münhal olmıyan, bilâkis başka bir memur tarafından işgal edilmekte bulunan bir makama tâyin edilmiştir.

Bu cihetle tâyin kararının saiki, sebebi tahakkuk etmemiş demektir. Bu bakımdan tâyin kararı sakattır, bozuktur. Bir kelime ile karar batıldır. İşbu karar, mahkeme tarafından iptal edilebileceği gibi; idare tarafından da resen geri alınabilir.

Zannımızca idare, ancak bu suretle mahkeme hükmünü yerine getirebilir. Yeni memuru bu memuriyetten uzaklaştırabilir ve eski memuru aynı memuriyete iade edebilir.

Bu hal tarzı — bildiğimize göre — bugüne kadar bu mucip sebep ve mantıka istinaden ne Fransız ne de Türk doktrininde müdafaa edilmiş değildir. [1]

Esasen, evvelce söylediğimiz veçhile, bu mesele umumi olarak vazedilmiş ve incelenmiş değildir.

Ancak hukukçuların, muhtelif ihtimalleri derpiş etmeleri ve bunları, kendi kanaetlarine göre bir hal suretine bağlamaları da lâzım geldiğinden bu noktayı kesin bir surette halletmek iddiasından ziyade üzerine hukukçularımızın dikkatini çekmek gayesini güttüğümüzü kaydeyleriz.

Tetkikimizi, sadece şahsi bir mütalâa ve kanaata dayandırmış olmak mahzurunu bazı mahkeme içtihatlarını zikretmekle telâfi etmek istediğimizi de ilâve edelim.

Cerçekten yukarda tesbit ettiğimiz iki hal tarzının da Fransada mahkemelerce kabul edildiğini gösteren kararlar mevcuttur.

S. S Onar'ın tekaüde sevk muamelesi hususunda taraftar göründüğü hal suretini benimseyen Fransız Devlet Şûrası kararları vardır.

Lâkin şunu ilâve etmek lâzımgelir ki bunlar, diğer hal tarzını kabul eden mahekme kararlarına nazaran daha eskidir.

Meselâ 6 kânunieani 1912 tarihli PASSET [2] ve 3/Kânunusani/942 tarihli Fontan [3] kararlarını nazara alırsak görürüz ki Fransız Devlet Şûsaı hakikaten S.S. Onar gibi düşünmektedir. Yani memuriyetinden haksız

[1] Ağlebi ihtimal SPACK ın STRASBCURG de 1936 senesinde "LES SUİTES de l'annulaction d'une nomination promotion revacation ou misè a la re traite" ismi altında müdafaa ve neşrettiğini duyduğumuz doktora tezinde bu nokta hakkında gereken etraflı izahatı bulmak mümkündür. Ancak, biz kendi hesabımıza bu eseri tedarik etmek ve okumak fırsatını elde edemediğimizi kaydederiz.

[2] ROC . SEBON 1912 P. 1152

[3] „ „ 1924 P. 961

745

olarak uzaklaştırılan memur yerine tâyin edilen yeni memurun vaziyeti, mahkemece müktesep bir hak telekki olunuyor.

Bu mahkeme kararlarına göre şayet sabıkı iade için yeni memurun bu müktesep hakkına dokunmak, tecavüz etmek icabederse; memuriyetinden ihraç edilen memurun, eski memuriyetine iade edilecek yerde, başka suretle — meselâ kendisine bir tazminat verilmek suretiyle — tatmini lâzımgelir. Hulâsa bugibi hallerde idarenin, ihraç kararının iptaline müteallik olan mahkeme hükmün harfi harfine tatbik etmesine, yerine getirmesine artık ne lüzum ve ne de imkân vardır.

Bizim ileri sürdüğümüz ve müdafaa ettiğimiz hal suretini benimseyen mahkeme kararları da mevcuttur. Şu varki bu kararlarda Fransız Devlet Şûrası bizim meşgul olduğumuz meseleye doğrudan doğruya temas etmemekte ve binnetice serdettiğimiz mucip sebeplere dayanmamaktadır.

Yüksek Mahkeme, sadece birçok vaziyetlerde eski memuru yeni memura tercih hususunda bizim gibi düşünmektedir. Yani bu kararlardan, Fransız Devlet Şûrasının bizim yürüttüğümüz muhakemeyi ve mantığı kabul edip etmediğini anlamak mümkün olmamakla beraber; sırf vardığımız neticede bizimle birleştiğini istidlâl etmekteyiz.

Meselâ 6/Nisan/1935 tarihli ESCAFFERE [1] ;4/Haziran/1935 tarihli BARRİOL [2]; 19/Mayıs 1936 tarihli GARÇON [3] kararlarında Fransız Devlet Şûrası şu esası kabul ediyor ki: Bir memurun, memuriyetinden ihracı hususunda idarece müttehaz bir kararın mahkemece iptali üzerine idare, tekmil diğer memurların — yani bu memurun ihracı dolayısiyle onun yerine (tâyin veya nakil suretiyle) getirilen, terfi eden, İlâh... memurların — durumunu tekrardan gözden geçirmek mecburiyetindedir.

Şûrayı Devlete nazaran her hangi bir kararın iptali üzerine idare — velevki bu kararlar müddeti içinde hiç bir dâvaya vesile teşkil etmiş olmasalar dahi — aynı kadroya dahil olan bütün memurlara müteallik olup mezkûr mukaddem kararın iptalini intaç eyliyen aynı iptal sebebiyle malûl bulunan tekmil diğer kararları, tasarrufları da tashih etmekle mükelleftir.

Görülüyorki Yüksek Fransız Mahkemesine nazaran eski memurun vaziyeti, diğer memurların vaziyetine galebe çalmaktadır. Zannımızca, bu esastan hareket edilince, yani haksız olarak memuriyetinden uzaklaştırılan memurun vaziyeti diğer memurlara tercihan nazara alınınca evleviyetle bu memuru, onun yerine tâyin edilen memura tercihan himaye etmek iktiza eyler. Binnetice yeni memur bu memuriyette alıkonulmayıp; buraya tekrardan eski memurun getirilmesi zaruridir ki; bu neticeye fikrimizce, hukukan ancak bizim ileri sürdüğümüzden ve müdafaa ettiğimiz mucip sebepler kabul edildiği takdirde varmak mümkün olabilir.

[1] „ „ 1935 P. 450
[2] „ „ 1935 P. 645
[3] „ „ 1936 P. 572

17 şubat 1943 tarihli tevhidi içdihat kararı münasebetile kaçakçılık suçları üzerinde bir tetkik.

Yazanı
Hamdi ÖNER
Ankara Hâkimi

I — Kaçakçılık ve Cezayı artırıcı sebepler.
II — Kaçakçılığın men ve takibile mükellef kimseler.
III — Teşekkül halinde kaçakçılık.
IV — Toplu halde kaçakçılık.
V — 17 Şubat 1943 tarih ve 3 — 10 sayılı tevhidi içtihat kararı.
VI — İstihlâk ve istimal maksadile kaçakçılık.
VII — Tazminî mahiyetteki para cezalarının hususiyetleri.

1918 Sayılı kanunun 27 inci maddesi son fıkrasında mevzuubahis toplu halde kaçakçılığın unsurlarını belirten 943/10 sayılı tevhidi içtihat kararının tatbikatta bazı tereddütlere sebebiyet verdiği yazılı emir tetkikatında ve vekâletten yapılan istizanlardan anlaşılmaktadır. Bu münasebetle kaçakçılık kanununun tereddüde mahal veren hükümleri üzerinde tetkikat yapmayı münasip buldum.

I

Kaçakçılık ve cezayı artırıcı sebepler

Kaçakcılığın en mühim kısmını Gümrük ve İnhisar nizamına karşı işlenen suçlar teşkil eder. Bu fiiller Devlet varidat menbaları aleyhine servet elde etmeyi istihdaf eder. Fakat bu suçlarda gaye mal edinme olmakla beraber kaçakçılık mahiyeti itibarile hırsızlık gibi mal aleyhine işlenen suçlar katagorisine girmez. Bunlar daha fazla zimmet gibi Devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar meyanında sayılır. Umumiyetle kaçakçılığın mümeyyiz vasfı, suçlunun malî bir gaye istihdaf etmiş almasıdır. Fakat fail bu gayeyi ancak devlet nizamını ihlâl etmek suretiyle elde edebilir.

Kaçakçılık teşkil eden fiilleri 1918 sayılı kanun tasrih etmiştir. Bu kanuna göre ezcümle Gümrük muamelesinden kaçırmak suretile eşya ithal veya ihraç etmek, memlekete ithal veya ihracı memnu eşyayı ithal veya ihraç etmek, bu eşyaları bir yerden diğer yere nakletmek ve inhisar ka-

nunlarına muhalefet etmek fiilleri kaçakçılıktır. Gümrük ve inhisar muamelelerinin tedviri bu hususiaki kanunlarla tanzim olunmuştur. Bu kanunlar umumi surette herkesin riayet edeceği nizamı ve memnu fiilleri tâyin etmiştir. Suç bu kanunlara muhalefet suretile teşekkül eder. Bu kanunlar memnu fiillere muhalefetin cezai müeyyidelerini de ihtiva ederler.Meselâ 25/6/938 gün ve 3437 sayılı Tütün İnhisarı kanunu 14/1/943 gün ve 4371 sayılı Barut ve patlayıcı maddeler ve silâh inhisarı kanunu 8/6/942 gün ve 4250 sayılı İspirtolu içkiler kanunu 25/6 942 gün ve 4223 sayılı çay ve kahve inhisarı kanunu, Kibrit ve 3078 sayılı Tuz inhisarı kanunu ve 2253 sayılı Uyuşturucu maddeler inhisarı kanununun vazettiği hükümlere muhalefetin aynı zamanda cezai müeyyidelerini tâyin etmişlerdir. Fakat bu kanunlarda münferit surette mevzuubahis olup cezaları tâvin olunan fiillerin heyeti umumiyesi hakkında kabili tatbik müşterek kaideler 1918 sayılı kanunun 25 ve mütaakip maddelerinde mevzudur. Memnu fiillerin 1918 sayılı kanunda muayyen vasıflara tetabuku halinde hususi kanunların hükmünden çıkıp bu kanunun cezai müeyyidelerine tâbi olur. Binaenaleyh bu meyanda İnhisar kanunları ile Gümrük kanunlarında ve 1918 sayılı kanuna bağlı sair hususi kanunlarda yazılı suçların cezalarını artırıcı müşterek sebepler de yine 1918 sayılı kanunda yazılıdır. Bu kanuna göre kaçakçılığın müşterek artırıcı sebepleri şunlardır:

1 — Kaçakçılığın, kaçakçılığı men, takip ve tahkik ile mükellef şahıslar tarafından işlenmesi,

2 — Teşekkül halinde kaçakçılık yapılması,

3 — Toplu halde kaçakçılık yapılması,

4 — Silâhlı şahıslar tarafından kaçakçılık yapılması,

5 — Ceza ehliyetini haiz olmıyanlar vasıtasile kaçakçılık yapılması, cezayı artırıcı sebeplerdendir.

Bütün bu haller kaçakçılığın daha kolay yapılmasını temin eden sebeplerdir. Bu bakımdan kaçakçılık kanunu şiddet sebebini tâyin ederken ana kanununa ve dolayısile ceza esaslarından ayrılmamıştır. Bu sebepler umumiyetle ana kanunda da şiddet sebebi sayılmıştır. Ezcümle suçun silâhla işlenmesi, memur tarafından işlenmesi, hırsızlıkta olduğu gibi bir kaç kişi tarafından birlikte işlenmesi bu kabildendir.

II

Kaçakçılığı men, takip ve tahkik ile mükellef memurlar

Kaçakçılık kanunu memurların kaçakçılık ile iştgiallarini önlemeye ehemmiyet vermiş ve bunları nisbeten şiddetli müeyyidelerle karşılamıştır. Kanun memurları iki kısma ayırmıştır:

1 — Kaçakçılığı men, takip ve tahkik ile mükellef memurlar,

2 — Bu vazife ile tavzif edilmemiş alelâde memurlar.

Bu hususiaki şiddet sebepleri 1918 sayılı kanunun 25 inci maddesi son fıkrasında yazılıdır. Bu kanunun 3 üncü maddesi kaçakçılığı men, takip ve tahkik ile mükellef memurları tâyin etmiştir. mahallin en büyük mülkiye memuru, Gümrük ve İnhisar memurları, bilumum zabıta âmir ve memurları, Hudut ve sahil muhafaza memur ve kıtaları bu sıfatı haizdirler. 3777 sayılı kanunla muaddel 25 inci maddenin son fıkrasına göre bunlara ceza iki kat olarak hükümolunur. Kanun meskût bırakmış olmasına rağmen kanaatımıza göre C. M. U. leri dahi kaçakçılığı men, takip ve tahkikle mükellef memurlardan sayılırlar. Bu vazife ceza muhakemeleri usulü kanunu ile kendilerine verilmiştir. Ancak Hâkimler yalnız tahkik ile mükellef men ve takip vazifeleri bulunmadığı cihetle bu sıfatı haiz değildirler. Kanunun ikinci maddesine göre Belediye, Mahalli idare, köy ihtiyar heyeti ve bekçileri kaçakçılığı men ve takiple mükelleftirler. Ancak bunlarda tahkik salâhiyeti bulunmadığı cihetle cezaları sadece sair Devlet memurları gibi yarı miktarında artırılır. Ve bunlar 36 ıncı maddenin şümulünden hariçtirler. [1]

Birinci halde yani kaçakçılığı men, takip ve tahkikle mükellef memurların kaçakçılığı iki cürümden terekküp eder. Vazifeyi suiistimal ve kaçakçılık. Kanun bu iki fiili mezcederek bir suç addetmiş ve kaçakçılığa ait cezayı iki misli olarak tatbik suretile tecziye etmiştir. Kanun kaçakçılığı men, takip ve tahkikle bazı memurları tavzif etmiş olmakla ceza muhakemeleri usulü kanununun 151 inci maddesini de tadil etmiştir. Zira bu madde umumi surette bu vazife ile yalnız müddeiumumi ve zabıta memurlarını tavzif etmiştir.

1918 sayılı kanun hükmüne göre Askerî efrat suçu ihbarla mükellef olduklarından ve ceza kanununun 279 uncu maddesi hükmüne göre devlet memuru sayılmadıklarından bahisle kaçakçılık fiillerinden 55 inci maddenin son fıkrasının tatbik edilmemesi yolsuzdur. Binaenaleyh askerî sıfatlarından dolayı cezanın artırılması lâzımdır. [2]

III

Teşekkül halinde kaçakçılık

Teşekkül halinde kaçakçılık, suç ikaı maksadile iki veya daha fazla kimselerin anlaşmasıdır. Suç ikaı gayesile teşekkül eden şirkete intisap da başlı başına bir suç teşkil eder.

[1] C. U. H. 12-6-43 gün Temyiz kararları. 482

[2] C. U. H. 19-6-33; 9 karar Temyiz kararları 568

1918 Sayılı kanunun 26 ve 27 inci maddeleri bu hususta muhtelif halleri suç saymıştır.

1 — Mücerret olarak kaçakçılık gayesile teşekkül vücuda getirmek.

2 — Teşekkülü vücuda getirmiş olmayıp yalnız intisap etmek.

3 — Bu suretle vücuda getirilen teşekkül halinde kaçakçılık yapmak halleri suçtur.

Kanunun kaçakçılık gayesile teşekkül vücuda getirmeyi ve mücerret bu teşekküle intisap etmeyi kaçakçılığa teşebbüs saymamış bu hali müstakil bir suç addetmiştir. Bu nevi suçlar ana kanunda da mevcuttur. Türk Ceza kanununun 171 inci maddesi bazı cürümleri işlemek maksadile teşekkül vücuda getirmeyi aynı suretle cezalandırmıştır. Keza mezkûr kanunun 113 üncü madddesinde de Adliye kuvveti veya âmmenin emniyeti veya selâmeti ve adabı umumiye aleyhine cürüm işlemek maksadile cemiyet teşkilini cezalandırmıştır.

Teşekkülün en karekteristik unsuru kaçakçılık yapmak gayesile ittifak ederek birleşmektir. Binaenaleyh bu suç bir anlaşmayı ve hukuki mânada bir iştiraki tazammun eder. Böyle bir ittifak ve anlaşmanın münferit teşebbüslere nisbetle devlet nizamı aleyhinde arzettiği tehlikeli hali nazara alan kanun ağır müeyyidelerle karşı koymuştur. Anlaşma bir gayeye müteveccih olmalıdır. Teşekkül için iki kişinin vücudu şarttır. Ancak kaçak maddeyi satmak ve satın almak üzere iki kimsenin anlaşması teşekkül sayılmaz. [3]

Zira burada teşekkül yani anlaşma müştereken kaçakçılık yapmıya matuf olmayıp bulundurulması suç teşkil eden bir maddenin alım ve satımında yani pazarlığında anlaşma vardır. Bu itibarla 26 ıncı maddenin şümulü haricindedir. Anlaşma kaçakçılık yapmağa matuf olmalıdır.

Keza Mustafanın diğer iki suçlu ile anlaşarak ve gelen kaçak maddeleri saklamayı kararlaştırarak teşekküle dahil bulunmadığı kabul olunduğuna göre onun teşekküle mahsus ceza ile cezalandırılması yolsuzdur. [4]

Teşekkül içinde memur varsa bu memur birinci fıkradaki cezanın iki misli ile cezalandırılır. Buradaki memur tabirinin kaçakçılık kanununun 2 ve 3 üncü maddelerindeki vazife ve salâhiyetle mücehhez memur mânasına alınmamalıdır.

Kaçakçılık kanununun 28 inci maddesi ifadesi iltibasa mahal verecek mahiyettedir. Madde şu şekildedir: (İçlerinde velev birisi olsun memnu silâhlı olarak kaçakçılık yapan şahısların her biri hakkında yukarı maddede yazılı cezaların iki misli hüküm olunur).

[3] C. U. H. 3-7-933 gün ve 59 karar temyiz kararları 485
[4] C. U. H. 16-12-935 gün ve 78 karar

Kanun teşekkül veya toplu halde kaçakçılık hallerini kastederek bunların içinde silâhlı bulunmasını cezanın iki katlı olarak hüküm olunmasını iltizam etmiştir. 28 inci maddenin teşekkül ve topluluk hallerine olduğu atıf ettiği maddelerden de anlaşılır. Bu hususta eski bir ceza umumi heyeti kararı da mevcuttur.

(Teşekkül vücuda getirerek ve toplu olarak kaçakçılık yapmayıp silâhla tek başına kaçakçılık yapıldığına göre 25/2 inci madde ile ceza tâyini ve tâyin olunan cezanın ayrıca 28 inci madde ile artırılması yolsuzdur. [5]

Teşekkülün içinde birisinin silâhlı bulunması hali şiddet sebebi teşkil eder. Mesuliyeti ağırlaştıran bu ferdî sebep diğer şeriklerine de sirayet eder. Bunun böyle olması tabiidir. Zira teşekkül ve topluluk ceza müeyyideleri muvacehesinde bir kül teşkil eder. Çünkü, bütün ferdî kabiliyet ve vasıtalar müşterek gayeye tevcih edilmiş bulunuyor. 28 inci maddedeki ağırlaştırıcı sebep hususi kanunlardaki para cezasına da şamildir. [6]

Ancak 27 inci maddedeki para cezalarının beş misline iblâğı inhisar mevaddından gayri maddelere maksurdur. [7]

IV

Toplu halde kaçakçılık

Toplu halde kaçakçılık da cezayı artırıcı bir sebeptir. Teşekkül ile topluluk arasındaki fark tatbikatta tereddütlere ve görüş ayrılıklarına sebebiyet vermiştir. Toplu kaçakçılığın vasıf ve unsurlarını belirten 943/10 sayılı tevhidi içtihat kararından aşağıda bahsedeceğiz.

Umumiyetle teşekkül halinde kaçakçılıkta kaçakçılık gayesile müteaddit şahısların birleşerek anlaşmaya müsteniden bir suç ikaı şirketini vücuda getirmek gayesi vardır. Toplu kaçakçılıkta böyle bir gaye mevcut değildir. Her iki hal arasındaki farkları izah edelim:

1— Teşekkülde fikren bir anlaşma mevcuttur. Toplulukta ise birlikte bulunma, müşterek bir gayeyi istihdaf eden bir anlaşmaya müstenit değildir. Bir arada bulunma tamamen fiilî ve tesadüfidir.

2— Bunun neticesi olarak teşekkülde, cürmün tekevvünü için kaçakçılık yapılması şart değildir. Mücerret olarak kaçakçılık gayesile teşekkül vücuda getirmek suçtur. Aynı zamanda kaçakçılık yapılmışsa bu şiddet sebebi teşkil eder.

[5] C.U.H. 10-7-933 gün ve karar 170 temyiz kararları 588

[6] C.U.H. 1-5-933 gün ve karar 35 temyiz kararları 481

[7] 3.C. D. H. 31-3-936 gün ve karar 1935

3— Toplulukta ise muayyen bir suç yani kaçakçılık teşkil eden bir fiil işlenmemişse topluluktan bahsolunamaz. Yani mücerret teşekkül suç olduğu halde mücerret topluluk suç sayılmamıştır.

4— Teşekkülde iki veya daha fazla kimsenin vücudu şart olduğu halde toplulukta ikiden ziyade kimselerin birlikte hareketleri lâzımdır. Yalnız şurasını tebarüz ettirelim ki kanaatımıza göre topluluk mücerret ve fiilî bir hal de değildir. Vakıa anlaşma şart değildir Fakat ferdî gayeye müteveccih olmakla beraber birlikte bir hareket mevcuttur. Fikrimizi şu misalle tavzih edelim: Halepten mütaaddit kaçakçılar hududu geçmek üzere hareket etmişlerdir. Bunlarda herkes kendi hesabına kaçakçılık yapıyor. Fakat hududu müştereken geçmeyi kararlaştırmışlardır. Birlikte hareket ettikleri için topluluk mevcuttur. Hududu geçmek üzere gözcülük ve saire gibi aralarında vazife taksimi yapabilirler, bu şekilde birlikte hareket topluluk yani cezayı artırıcı bir sebep sayılmıştır. Burada topluluk tamamen fiilîdir. Gayede iştirak bulunmadığı için bu birlik teşekkül sayılmaz, halbuki hududa giren bir trenin bir kompartımanında bulunan mütaaddit şahısların üzerinde kaçak eşya bulunması halinde topluluk mevcut değildir. Bunlarda gaye birliği olmadığı gibi fiilî bir birlik te yoktur. Kompartımanda bulunmaları tamamen bir tesadüf eseridir. Bu son halde Devlet nizamı aleyhine müşterek bir gaye mevcut olmadığı gibi fiilî bir birlik te mevcut değildir. Bundan dolayı bu hal mevsuf kaçakçılık teşkil etmez kanaatındayız.

Ancak burada teşekkül ve topluluk hallerinin müşterek bir vasfını tebarüz ettirelim: Gerek topluluk ve gerek teşekkül kaçakçılığa matuf olmalıdır. Gümrük ve İnhisar kanunlarına muhalefetlerin hattâ 1918 sayılı kanuna aykırı hareketlerin hepsi kaçakçılık mahiyetinde değildir. Kaçakçılık fiillerinde inhisar resimleri aleyhine yahut ithali memnu eşyanın kara borsada satışı ile bir servet elde etmeyi istihdaf eden bir unsur mevcuttur. Bu mahiyette olmıyan fiiller kaçakçılık teşkil etmez, meselâ içmek maksadile kaçak rakı aldırılması kaçakçılık teşkil etmeyip bu hal 25 inci maddenin 1 inci fıkrasına temas eder. [8]

Binaenaleyh dört beş kişi eğlenmek maksadile ve içmek üzere kaçak rakı elde etmeleri halinde teşekkül veya topluluk mevzubahis olmaz, keza beyie tezkeresi almaksızın tütün ve içki satmak kaçakçılık değildir. [9]

Bu hal 3437 sayılı kanunun 98 inci maddesine mümas âdi bir suç teşkil eder.

[8] 3.C.D. 20-7-935 gün ve 5040 karar temyiz kararları 455

[9] 3.C.D.31-10-935 gün ve 4742 karar.

V

17/2/943 gün ve 3/10 sayılı tevhidi içtihat kararı

Teşekkül ve toplu halde kaçakçılığın nelerden ibaret bulunduğu hakkında tatbikatta hasıl olan ihtilâf ve görüş aykırılıklarını telif etmeyi istihdaf eden 943/10 sayılı tevhidi içtihat bu suçların hususiyetlerini belirtmiş olmakla beraber yine bazı tereddütlere mahal vermektedir. Kararın hulâsasını yazalım:

.....« Kanun vazıı kaçakçılık fiili meydana gelmese bile kaçakçılıkla iştigal etmek üzere iki veya daha ziyade şahısların birleşerek teşekkül vücuda getirmesini ve onu idare eylemesini mücerret bu teşekküle intisap etmesini müstakil suç addetmiş, iki ve daha fazla kimselerin aralarında evvelce böyle bir teşekkül olmaksızın birlikte kaçakçılık müşeddit ahvalden saymış olmasına göre iki veya daha fazla kimselerin aralarında bu suretle teşekkül ve irtibat olmaksızın toplu olarak yaptıkları kaçakçılık suçundan dolayı kaçırılan malların kaçakçılar arasında müşterek olup olmadığına bakılmaksızın 1918 sayılı kanunun 27 inci maddesi son fıkrasının tatbiki lâzımgeleceğine ekseriyetle karar verildi.....»

Tevhidi içtihadın belirttiğine göre:

1— Kaçakçılıkla iştigal gayesile teşekkül vücuda getirmek müstakil bir suç sayılmıştır. Kaçakçılık aynı zamanda yapılması şart değildir.

2— Teşekkülü idare gibi teşekküle intisap da müstakil suçtur.

3— Toplu kaçakçılıkta da bir anlaşma mevcuttur. Ancak bu anlaşmada gaye ve hareket ferdidir.

4— Toplu halde kaçakçılıkta kaçak malların birlikte hareket edenler arasında müşterek olması şart değildir. Fakat tevhidi içtihat meseleyi tamamen hal etmemiştir. Kararın tereddüde mahal veren cihetlerini işaret edelim:

1— Kararınson kısmında toplu halde kaçakçılık için de iki veya daha ziyade kimsenin vücudundan bahsedilmiştir. 27 inci maddenin son fıkrası sarahati karşısında bu kaydın zühulen yazıldığını zannediyoruz. Esasen Tevhidi içtihadın telif ettiği ihtilâf topluluk halinde kaçak malın müşterek olması şart olup olmadığı meselesidir. Bu itibarla topluluk için bulunması lâzımgelen şahısların adedi tevhidi içtihadın konusu haricindedir.

2— Tevhidi içtihat kararında toplu halde kaçakçılığın karakteristik vasıfları tebarüz ettirilememiştir. Ancak malın müşterek olması şart bulunmadığı izah olunmuştur. Kaçakçılıkta malın müşterek olması hali de ekse-

riya teşekkülün vücuduna delâlet eder. Zira bu takdirde birlikte hareket müşterek gayeye müteveccih olduğundan teşekkülü vücuda getirir.

VI

İstimal ve istihlâk kaçakçılığı

25 inci maddenin ilk fıkrasında yazılı fiillerin kaçakçılık olmadığı hakkındaki temyiz içtihadına yukarda işaret etmiştik, fail gümrük tarifesinden istifade yahut inhisar kanunlarında mevzu bulunan resimden şahsen istifade temini gayesile hareket ederek mal nakil eder, kaçırır, alır satarsa fiil kaçakçılık olur. Ancak sırf içmek maksadile bir miktar tütün veya rakı tedarik eder veya kaçak kumaş alırsa bu hareketi istihlâk maksadına matuf bulunduğundan fiili kaçakçılık sayılmaz. Vaka 3777 sayılı kanunun 25/2 fıkrası bu hareketleri istihlâk kaçakçılığı olarak tavsif etmiştir. Fakat mahiyetleri itibarile bu fiiller kaçakçılık cürmünden ayrıdırlar. Devlet resmi yirmi lirayı tecavüz etmeyen eşyalarda kaçakçılık halinde kanun tenkili bir gaye takip etmiş ancak bu resim ve verginin tazmini mahiyette bir para cezasile tahsilini istihdaf etmiştir. Yirmi lirayı tecavüz ediyorsa hafif para cezsı kadar hafif hapis te hükmolunur ve her iki halde mal müsadere olunur. Bu hareketlerin kaçakçılıktan farklarını işaret edelim:

1— Umumiyetle kaçakçılık cürüm teşkil ettiği halde bu haller kabahat teşkil eder. Bu fiillere hususi kanunlarda ağır para cezası verilmiş olsa dahi istihlâk maksadile hareket sabit olduğu takdirde para cezası hafif olarak hüküm olunur.

2— Kaçakçılık mahiyetinde bulunmadığı cihetle bu nevi kabahatlerde teşekkül ve topluluk mevzuubahis olmaz. Ancak hariçten ithal olunan eşya istimal ve istihlâk maksadına da matuf olursa mücerret olarak kaçakçılık sayılır.[10]

3— İstihlâk maksadile kaçak eşya bulundurulması fiillerine tertip olunan müeyyide malî mahiyettedir. Ve Devlete ika olunan zararın tazminini istihdaf eder. Muhtelif kanunlara veyahut aynı kanunun muhtelif maddelerine tevfikan hükmedilmiş para cezalarının mecmuu yani içtima neticesi esas tutulmaz. Müteaddit fiillerin ayrı ayrı istilzam ettikleri para cezaları yirmi liradan aşağı ise bütün bu fiiller 25 inci maddenin birinci fıkrasına temas eder [11]

[10] 3 üncü ceza D. 2-11-948 karar 8357 neşredilmemiştir.
[11] C.U. H.11-2-935 gün 65 karar. Temyiz kararı 304.

VII

Tazminî mahiyetteki para cezalarının hususiyetleri

Kaçakçılık suçu devlet idaresi aleyhine işlenmiş olmakla beraber devletin varidat menbaı aleyhine servet elde etmek gayesini istihdaf eder. Bu suçlarda devlet malen zarar görmüştür. Halbuki diğer cürümlerde meselâ şahıs ve aile nizamı aleyhine işlenen cürümlerde devlet ancak tesis etmiş olduğu nizamın ihlâl edilmesile mutazarrır olmuştur.

Tâyin olunan ceza bu zararın tazminini istihdaf etmesi itibarile tazminî mahiyettedir. Halbuki âmme para cezası yalnız tenkilî bir gaye istihdaf eder. Tazminî mahiyette para cezalarının tarifini temyiz mahkemesi tevhidi içtihat umumi heyeti yapmıştır (hususi kanunlarda tazminî para cezalarının mahiyetini tâyinde vazıı kanunun bu cezaları koymaktaki gayesi nazara alınır. Devlet hazinesinin uğrıyacağı zararları ödetmek ve malî menfaatını korumak maksadına dayandığı cihetle 1918 sayılı kanunda yazılı para cezaları tazminî mahiyettedir.[12]

Türk ceza kanunun 203 üncü maddesinde mevzu ve ihtilâs olunan para miktarınca para cezasının alınmasını âmir bulunan hükümden başka tazminî gaye isdihdaf eden para cezasını hatırlıyamıyoruz. Fakat hususi kanunlarda hangi para cezalarının tazminî mahiyette olduğunu tâyin müşküldür. Her kanun hakkında bu husus temyiz içtihadı ile tekarrur etmiştir. Tazminî mahiyette olan para cezalarının hususiyetlerine işaet edelim:

1— İnfazı hususi hükümlere tâbidir.

2— Nisbî barca tâbidirler.

3— Tecil edilemezler.

4— Tekerrüre esas teşkil etmezler.[13]

5— Yaştan dolayı tenzilâta tâbi tutulamazlar.

Tazminî olan para cezalarının mahiyetleri icabı olarak bazı hallerde şerikler arasında müştereken ve müteselsilen hüküm olunmak kabildir. Kaçakçılık kanununun 46 ıncı maddesine göre müşterek kaçakçılık edenler veya kaçakçılğa yardım edenlerden alınacak para cezaları bunların her biri müteselsilen kefildir. Para cezasının tahsilini temin gayesile hukuku medeniyeye ait bir teminat olan müteselsil kefalet müessesesinden istifade edilmesi bu cezaların daha fazla hukuki mahiyette olmalarile izah olunabilir. Zira müteselsilen mesuliyet esası ve kefalet teminatı hukuku âmme para cezasının mahiyetile kabili telif değildir. Zira cezada asıl olan mesuliyetin ferdî ve şahsi olmasıdır. Fakat 46 ıncı madde hükmü paranın tahsilini temine matuftur. hapse çevrilmesi halinde herkes hakkında ancak hissesine düşen para infaz edilir.

[12] Tevhidi içtihat umumi heyeti kararı 13-2-935 gün ve 5 sayı temyiz kararları 209.

[13] C.U.H. 2-1-939 gün ve 23 sayılı karar.

Maden kazaları ve mutazarrırın müterafik kusuru

(Son bir umumi heyet kararı münasebetile)

Yazan:
Dr. K.F. ARIK

Maden kazalarında, daha geniş bir tâbirle, kusursuz(objektif, ihdas edilen tehlikeye müstenit) mesuliyet hallerinde tazminatın şumulünü tâyin bakımından mutazarrırın kusuru nazarı itibara alınır mı? Maden kazalarında mânevi tazminata hükmolunabilir mi? Hâkim, bir kanunun tefsirinde teşrii malzemeden ne dereceye kadar faydalanır? Temyiz Mahkemesi hukuk umumi heyeti 25/5/944 tarihinde verdiği bir kararda bu suallerin karşılığını teşkil eden bazı mühim esaslar tesbit etmiş bulunuyor. Bu karar, sosyal karakter taşıyan kanunların tatbikinde yüksek mahkememizin liberal tefsir tarzını göstermesi itibarile de dikkate lâyıktır.

Fakat hâdise nedir? Dâvacı, dâva olunan şirkete ait maden tünelinde çalışmakta iken, şirketin alınması lâzım gelen tedbirleri ihmal etmesi yüzünden büyük bir maden kütlesi altında kalarak beli kırılmış ve vücudunun mühim kısımları ezilerek ağır surette yaralanmıştır. Uğradığı zarara mukabil 10000 lira maddî, 3000 lira mânevi tazminatla birlikte faiz, muhakeme masrafı ve ücreti vekâletin birlikte tahsilini istemiştir. Mahlli mahkeme, şirketin mesuliyetini kabul etmiş; ancak vukuf ehlince takdir olunan maddi tazminatın dâva olunanın hal ve mevkiini ağırlaştıracağını nazarı itibara alarak Borçlar Kanununun M. 44 mucibince tazminatı tenkis etmiş, ayrıca mânevi zarara da hükmetmiştir. [1]

Temyiz Mahkemesi 4üncü hukuk dairesi ise,25/5/944 tarihli umumi heyet kararile teyit edilen ilâmında dikkati celbeden iki mühim esas koymuştur [2]:

---

[1]"Dâvacıya vaki olan arızanın maden ocağında işlerken bir inhidam neticesinden ileri geldiği şahadet ve adli tıp işlerinden alınan cevapla anlaşılmış ve dâvacının mâruz kaldığı işbu kazadan dolayı müddealeyhin tazminatla mükellefiyeti bedihi bulunmuş ve her nekadar ehli vukuf tarafından 3150 lira maddi zarar tesbit edilmişse de;bu paranın resülmale kalbi halinde 2218 liraya tenezzül edeceğine ve bu müddealeyhin hal ve mevkiini ağırlaştıracağına göre BK. m. 44 mucibince işbu tazminatın 1500 liraya tenkisi muvafıkı hakkaniyet görülmüş olduğundan meblâğı mezkurla, mezkûr kanunun m.47 mucibince cismani zarara düçar olan dâvacıya 750 lira da mânavi zarar takdirile ceman ....."İstanbul asliye 4. hukuk mahkemesi No. 44—10
69

[2]."....Maden nizamnamesinin 78inci maddesinde (bir madende imalâttan dolayı kazazede olanlara ve ailelerine verilmek üzere mahkemece hükmolunacak taz-

I—Maden kazalarında BK.nun m.44 de yazılı *tenkis sebepleri* nazarı itibara alınmaz,

II—Maden kazalarında maddî tazminattan başka *mânevi tazminata* da hükmolunabilir.

Bu meseleleri birer birer ele alalım.

***

I - Objektif mesuliyet ve tazminatın tenkisi sebepleri:

Temyiz Mahkememize göre maden kazalarında tezminat BK.44 de yazılı sebeplerle tenkis edilemez.Bu kanaatın dayandığı mucip sebepler şunlardır:

a) Hususi bir kanun olan maadin nizamnamesinin 78 inci maddesinde bu hususta bir sarahat yoktur.

b) Bundan başka, mâna ve medlûlü itibarile bu maddenin aynı olan 4268 sayılı kanunun 11 inci maddesinin Büyük Millet Meclisince müzakeresi esnasında bir mebus tarafından sorulan suale cevaben mazbata muharriri tarafından verilen ve Meclis Umumi heyetince tasvip olunan izahatta madende çalışan kimselerin şahsile müterafik kusur ve hatalarının aranmıyacağı tasrih edilmiştir.

c) Nihayet, hâdisede kazaya uğrıyan tarafından tazminatın indirilmesine sebep olacak ve şirketin hal ve vaziyetini ağırlaştıracak bir hal sadır olmamıştır.

---

minatı, mültezimler ifaya mecbur olacaklardır. Bu kazanın vukuu madenin suiidaresinden ve fennen lâzım olan şeylerin noksanından neşet etmişse, elli altından yüz altına kadar başkaca cezai nakdi alınacaktır) diye yazılı bulunmasına ve mâna ve medlûlü itibarile bu maddenin aynı olan 4268 sayılı kanunun Büyük Millet Meclisince müzakeresi esnasında bir mebus tarafından sorulan suale cevaben mazbata muharriri tarafından verilip meclis heyeti umumiyesince tasvip olunan izahatta madende çalışan kimselerin şahsi ve müterafık kusur ve hatalarının aranmıyacağı tasrih edilmiş olduğuna binaen maden kazalarında kusur nazariyesine göre değil, haksız fiilin badi olduğu zararın ehemmiyeti derecesine göre tâyini icabeden nakdi tazminat miktarı BK.m.44 deki hallerden dolayı tenkis ve ıskat edilemez.Kaldıki hadisede kazaya uğrıyan taraftan tazminatın indirilmesini badi olacak ve şirketin hal ve mevkiini ağırlaştıracak bir harekette sadır olmamıştır. Maden nizamnamesinde mânavi tazminat hakkında bir hüküm bulunmaması bu gibi kazalarda mânevi tazminata hükmedilmesine mâni olamaz. Çünkü maden nizamnamesi maddi tazminatın takdirinde münhasıran madende çalışanları himaye maksadile umumi esaslardan olan kusur nazariyesinden ayrılarak bu bapta hususi bir hüküm koymuştur. Hususi mevzuatta sarahat olmıyan hallerde umumi hükümlere müracaat tabiidir. Binaenaleyh BK. nunun mânevi tazminat gibi madende çalışan kimselerin lehine olan hüküm ve adalete tevfikan bir mânevi tazminat verilmesine de karar verilebilir.

757

Bu delillerin münakaşasına girmeden önce bir noktaya işaret edelim. Maadin nizmnamesinin 78 inci maddesi madende çalışan kimselein uğradığı kazalardan dolayı maden sahibinin velev kusuru olmasa bile mesul olacağını tasrih etmekte ve bu suretle bir nevi kusurdan müntakil, yahut başka tâbirle *illî, objektif, ihdas edilen tehlikeye müstenit mesuliyet* esası vazetmektedir. Bu itibarla bu nevi mesuliyet hakkında bazı izahlarda bulunmak faydalı olur:

İnsanın her hareketi zahiren en masum olanı bile, başkasına zararlı neticeler verebilir. Bu neticeler az veya çok, doğrudan doğruya veya dolayısile olabilir. Bir hareketin failini, bu hareketin sebep olduğu veya sebeplerinden birini teşkil ettiği bütün zararlardan mesul tutmak içtimai hayatı felce uğratırdı. İşte bunun için mesuliyeti bazı sınır ve şartlara tâbi tutmak icabetmiştir. *Klâsik nazariye*, mesuliyeti; zararı veren kimsenin kusurlu olması şartına bağlamaktadır. Kusur mefhumu tam bir tarife sığmıyan, ifade edilmesi güç mefhumlardan birisidir. Fransız hukukunda kusur iki unsurdan müteşekkildir: Objektif unsur yani hukuka tecavüz keyfiyeti, subjektif unsur: başkasının hakkına tecavüz edildiğini bilmek veya bilebilecek durumda olmak. İsviçre hukukunda kusur mefhumu daha dar bir mâna almaktadır.

BK. nun 41 inci maddesi mesuliyetin bir şartı olan hukuka tecavüz keyfiyeti ile bir kast ihmal veya tedbirsizlikten ibaret olan kusuru bir birinden ayırmaktadır. Kusur, sübjektif mahiyeti haizdir. Kast, hukuka aykırı hareket etmek veya hukuka aykırı bir netice elde etmek arzu ve iradesidir [1]. Kasıtla hareket eden bir kimse, hukuka aykırı ve zarar verici neticeyi bilmiyor, lâkin bilmesi icap ediyor veya bilmesi imkân dahilinde bulunuyordu ise, ortada tedbirsizlik veya ihmal vardır [2].

Makineleşmenin alıp yürümesi bu yüzden vukua gelen kaza sayısının gittikçe artması, bu kazaların çok kerre karışık ve girift olan sebeplerini ortaya çıkarmak ve bunları bir kusura istinat etmek hususunda uğranılan güçlükler, *kusur* kıstasının yetmezliğini ortaya koydu. Kusur kıstası yerine başka bir kıstasın, hasar, tehlike, (risége) kıstasının konulması hususunda bazı teklifler yapıldı. Lâkin yeni nazariye tamamen muzaffer olamadı [3].

[1]. *V. Tuhr* S. 339, *Oser*, S. 293.

[2]. *V. Tuhr* S. 341, *Oser*, S. 295

[3]. *Rümelin*, Kulpahaftung, u. Kausalhaftung. *Tessieire*, Essai d'une theorie générale sur le fondement de la responsabilité civile, 1901; *Ripert:* lareglemorale... S. 196 (Paris 1925).—*Max Petitpierre:* La responsabliite Causale 1930. — *Homberger:* Haftpflicht ohne Verschulden 1930

Bununla beraber modern hukuk; hukuki mesuliyetin esas itibarile kusura dayandığı fikrini terk etmeksizin, her türlü kusurdan müstakil yahut hiç olmazsa kusur fikrine birinci safta yer vermiyen hukuki mesuliyet zümreleri ihdas etmiştir. Bu mesuliyet zümreleri kendilerine has kaidelere tâbi olmayıp tek bir sistem de teşkil etmezler. Bunlar, sübjektif mesuliyetten objektif mesuliyete doğru gittikçe ağırlaşan mesuliyet dereceleri manzarasını gösterirler. Bunlara, demin söylediğimiz gibi objektif kusurdan müstakil illî mesuliyet denir.

Mesuliyetin bu suretle teşmili şu fikre dayanır: Bir şey veya bir faaliyetten bir menfaat bir fayda elde eden bir tüccar bu şey veya faaliyetin tazazzum ettiği hasarları üstüne almalı ve bundan doğan zararları tazmin eylemelidir [1].

Kusurdan müstakil mesuliyet esasına tevcih edilen mühim itirazı kaydetmeden geçmiyeceğim: Münhasıran ihdas edilen tehlikeye dayanan, yani her türlü kusurdan müstakil mesuliyet esası, hukuki mesuliyete kuvvet ve nüfuz bahşeden ve bu mesuliyetin tahdidini istilzam eyliyen mânevi unsuru ortadan kaldırmaktadır. İnsan, ancak bir kusur işliyerek sebep olduğu zarardan kendisini mesul hisseder; yoksa, kendi fiilinin neticesi olmakla beraber önceden göremediği veya görüpte önliyemediği bir zarardan dolayı kendini mesul saymaz. Ripertin haklı olarak dediği gibi insan bu kabil bir zarara *sebep* olmamıştır. Eğer bir kimse, kusuru olsun olmasın, muayyen hallerde mesul tutulursa, o kimsede mesuliyet duygusu zayıflar. Kusuru olsun olmasın bir zarara sebep olan kimse hep aynı mesuliyete çarpılırsa, bu kimse zararı önliyebilecek dikkat ve ihtiyatı göstermez, kendi kendisini iyice kontrol etmez, böyle bir kimse şahsi hareketlerine pek ehemmiyet vermez ve yarattığı tehlikeden doğabilecek neticelere karşı başkalarını korumak vazifesini daha ziyade tesadüfe bırakır. Böyle bir kimsenin kusuru sabit olduğu takdirde cezai müeyyidelere mâruz kalması ve mânevi tazminata da mahkûm edilmesi mümkündür. Fakat ne olursa olsun, bu kimsede, hat ve hareketi üzerine müessir olacak surette, mesuliyet hissi zayıflıyacak-

[1] — Borçlar kanunumuzda objektif mesuliyete dair bazı örneklere rastlarız: İstihdam edenin (m.55), hayvanı idare edenin (m.56), gayrımenkul malikinin veya buna benzer bir imalât sahibinin (Medeni kanun 660, Bk. 58) ağırlaştırılmış mesuliyeti bu esasa dayanır. Çünkü bu hallerde mesuliyetin ağırlaştırılması mesuliyeti yüklenen kimsenin elde ettiği menfaatin mukabilidir. Bundan belki de yalnız hayvan idare eden müstesnadır. Haksız ihtiyati haciz (264) dan mütevellit mesuliyet münhasıran alacaklının hacizden estihsal ettiği menfaatla izah edilir. Medeni kanunda aile reisinin mesuliyeti daha ziyade ihtimam ve nezaret vazifesine riayet edilmemesinden mütevellittir. Keza, Bk. nunun 54 üncü maddeye de bakınız.

tır. Diğer taraftan, kazaya uğraması ihtimali olan kimseler de, bu kazadan adeta otomatik surette mesul olacak bir kimsenin mevcut olduğunu bildikleri için kendilerini muhafaza için icap eden tedbiri almakta belki ihmal göstereceklerdir.

Mutazarrırın kusuru objektif mesuliyet halinde zarar ve ziyan üzerine ne dereceye kadar müessir olur? Münhasıran zarar gören kimsenin kusuruna izafe edilebilen bir zarar yalnız o kimsenin tahammül eylemesi icap ettiğine mütedair kaide, objektif mesuliyet halinde de tatbik olunur. Çünkü bu takdirde zarar mutazarrırın kusuru mahsulüdür.Lâkin mutazarrır fiili ile zararın doğumuna veya onu ağırlaştırmağa yardım etmişse mesele nezaket kesbeder. Mutazarrır, düşüncesiz veya makul bir kimsenin yapmaması kendi menfaati icabı olan bir hareket yaptığı takdirde zararın doğum veya ağırlaşmasına yardım etmiş olur.[1] Bu takdirde zararla mutazarrırın hareketi arasındaki illiyet münasebeti tetkik edilmek icap eder [2]. Her münferit ve muayyen hâdisede zararın ne nisbette müddeialeyh ve mutazarrıra isnat edilebileceğini BK.m. 44 den ilham alarak tâyin eylemesi icap eder[3]. Diğer taraftan, objektif yani kusura istinat etmiyen mesuliyet ihdas edilen tehlike esasına dayandığı takdirde mutazarrırın bu tehlike ve hasarı kabul eylemiş olması mesuliyetin tevziinde mühim bir rol oynar[4]. Meselâ yarışa iştirak edecek bir otomobilde yer alan bir makinist veya meccanen bir otomobilde nakledilen bir şahıs gibi. Mutazarrırın mutlaka bir kusur işlemiş olması şart değildir. Lâkin neticelerini tahammül etmesi icap eden bir harekette bulunması kâfidir. Ortaya çıkan riskin (tehlikenin) mutazarrır tarafından kabulü ekseriya bir kusur vasfını taşır. Meselâ bir kimsenin bir mecburiyet olmadığı halde harap, çok harap olduğunu bildiği bir binaya girmesi, yahut bir hayvanı okşamak için bir ahıra girmesi, veya

[1] Mutazarrırın kusurundan bahsedebilmek için onun temyiz kudretine sahip olması lâzımdır : V TUHR s. 91. FMK. 31 II s. 34, 32 II s. 258 vd., 463, Bununla beraber hakkaniyet iktiza ederse BK 54 kıyas suretile tatbik edilerek gayrı mümeyyiz mutazarrırın hareketi tazminatın tenkisine sebep olabilir.

[2] Federal mahkemenin de kabul ettiği *tam illiyet nazariyesine* göre, bir fiil, zararı mucip hâdisenin vukuu için vücudu icap eden şartlarda ise ve bu fiilin bu vasfı alması münhasıran tercübeyle temin edilemeyecek bazı hal ve şartların birleşmesinden ileri gelmişse, zararla bu fiil arasında bir illiyet bağı vardır. Alâkalılardan birisine atfedilebilen sebep, hadisatın mutat seyrine ve mutavassıt insan tercübelerine göre umumiyetle, muayyen hâdisede görülen neticeye benziyen bir netice tevlit edebilmelidir : FMK. 41 II s. 94, 49 X II s. 254, 51 II s. 511 55 II, 55 II s. 84, JdT 1928 s. 279, 1929 s. 356

[3] *Petitpierre s.* 111

[4] Kabul edilen risk nazariyesi hakkında bak: *Lalou*: responsabilité civile, Paris 1929.

960

mukabil cihetten bir otomobil gelip gelmediğini tahkik etmeden tramvaydan atlayıp hatların üzerinden geçmesi gibi. Çünkü tedbirli bir hareketle zarar getirmesi kuvvetle muhtemel bir durumu önlemek her insanın vazifesidir. Sonra, bazı riskler hiçte fevkalâde bir mahiyeti haiz olmayıp azıcık dikkatle bertaraf edilebilirler. Velhasıl, tehlikenin mutazarrır tarafından kasden veya ihmal ile kabulü halinde ihdas edilen teklikeye istinat eden objektif mesuliyet bertaraf edilmelidir.[1]

Kusura dayanmıyan bir mesuliyet tesis eden Maden nizamnamesinin iyice anlaşılması için bu mütekaddim izahatı verdikten sonra Temyiz mahkemesinin maden kazalarında mutazarrırın müterafik kusurunun, daha doğrusu, BK. 44 de yazılı tenkis sebeplerinin tatbik edilemiyeceği hakkında ileri sürdüğü delillerin münakaşasına geçebiliriz:

BK.44 e göre: «Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis veya zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir. Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmal veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya mâruz bıraktığı takdirde hâkim,hakkaniyyete tevfikan zarar ve ziyanı tenkis edebilir.»

Acaba bu madde maden kazalarına tatbik edilemez mi? Heyeti umumiye kararı bu suale *mutlak surette* menfi cevap vermektedir. Çünkü hususi bir kanun olan ve ameleyi himaye için konmuş bulunan Maden nizamnamesinin 78. m. si bu himayeyi temin için umumi hükümlere nazaran mühim bir istisna vazetmiştir: mültezimler kusurları olmasa dahi kazaya uğrayanlara veya ailelerine tazminat vermekle mükelleftirler. Bu suretle kazaya uğrayan amele maden sahibinin kusurunu isbat hususunda beyyine külfetinden kurtarıyor. Amele zararı ve zararla kaza arasındaki illiyet rabıtasını isbat etmekle vazifesini yapmış olur. Fakat hepsi bu kadar. Yoksa, tazminatın tenkisine ait umumi esaslardan ayrılmak için hiç bir sebep yoktur. Çünkü Maden nizamnamesinin 78. m. si tazminatın tenkisi bakımından her hangi bir serahatı ihtiva etmemektedir. Halbuki hususi kanunda sarahat veya delâlet olmıyan hallerde umumi hükümlerin tatbiki umumi

[1] Fakat, mutazarrırı zararı kabule sevkeden âmilleri de nazarı itibara almalıdır. Bir başkasının hayatını kurtarmak için kendisini bir tehlikeye atan kimse tehlikeyi ihdas eden kimseye karşı dâva hakkına maliktir.

tefsir metotlarının tabiî bir neticesidir. Bu fikri teyit etmek üzere, fakat maden kazalarında mânevi tazminat münasebetile Temyiz mahkemesi aynen şöyle diyor: «Maden nizamnamesi maddi tazminatın takdirinde münhasıran madende çalışan ameleyi himaye maksadile umumi esaslardan olan kusur nazariyesinden ayrılarak bu bapta hususi bir hüküm vazetmiştir. Hususi mevzuatta sarahat olmıyan bir halde umumi hükümlere müracaat tabiidir.»

Şu halde BK. 44 de yazılı şartlar tahakkuk ettiği takdirde hâkim tazminatı tenkis edebilecektir. Bu netice adalet duygusuna da uygundur. Çünkü kazaya bizzat sebep olan bir kimsenin, meselâ geçenleri ikaz için konmuş bulunan bir çok levha, mânialara rağmen geçilmemesi icap eden bir yoldan geçen, kolunu kasden makineye kaptıran bir amelenin tazminat alabilmesi doğru olmazdı. Burada yapılabilecek şey şudur: kazaya ait bütün şartlar iyice tetkik edildikten sonra tazminatın tenkisinde mutazarrırın yalnız ağır kusurunu, mâzur görülemiyen kusurunu tenkis sebebi olarak kabul eylemek [1].

Maden kazasında tazminatın tenkis edilemiyeceğine dair ikinci delil, 4268 sayılı kanunun müzakeresi sırasında mazbata muharriri tarafından verilen izahlardır. Bu delile karşılık olarak denebilir ki, medlûlü itibarile aynı da olsa *başka* bir kanun münasebetile vaki beyanat Maden nizamnamesinin tefsirinde mutlak bir kıymeti haiz olamaz. Tefsirde hâkimin nazara alacağı ilk şey kanunun metnidir. (MK. 1) Halbuki Maden niz. 78de amelenin kusurunun nazara alınmıyacağına dair hiç bir sarahat yoktur. Umumiyetle mutazarrırın kusurunun araştırılması dâvanın uzamasına ve zarara uğrayan amelenin durumunu güçleştirdiği için bu kabil kazalarda ne maden sahibi, ne de amele bakımından kusurun nazara alınmıyacağı açıkça beyan edilmek lâzımdır. Netekim 4268 sayılı kanunun 11. maddesinde bu babta bir sarahat vardır. [2]

Kararın mucip sebeplerinden sonuncusu şudur: BK. 44 tatbik edilemez, çünkü hâdisede bu maddenin tatbiki için gerekli şartlar yoktur. Fakat bu, BK. 44 ün esas itibarile tatbiki icap ettiği halde şartları olmadığı için tatbik edilemez, demektir ve münakaşa edilemiyecek kadar açıktır ve kararın yalnız bu noktadan bozulması lâzım ve kâfi idi.

[1] Esasen en yeni *içtimaî sigorta kanunlarında* da mutazarrırın mâzur görülemiyen, kasdî kusurlarını tazminatın tenkisi, hatta refi sebebi sayılmıştır.

[2] Madenlerin aranma ve işletilmesi hakkında kanun m. 11: "Madenlerin içinde ve dışında istihdam edilenlerin işletmeden dolayı uğrayacakları kazalarda yaralananların veya ölenlerin mirasçılarına hata ve kusur aranmaksızın aşağıdaki esaslara göre tazminat verilir...„

***

II — Maden kazasında mânevi tazminat meselesi:

Haksız bir zarara uğrayan bir kimse, maddi zarar ve ziyandan başka, BK. 47 ve 49 da derpiş edilen hallarde mânevi zarar namile hakkaniyete uygun bir tazminat verilmesini istiyebilir. Fiilî bir zarara tekabül etmiyen bu tazminat mutazarrıra, ölümü halinde ailesine, çektikleri cismani veya mânevi ıstraplar için verilen nir tavizdir [2]. 47 m. ye göre mânevi tazminata hükmolunabilmek için iki şart vardır: a) zarara sebep olan kimsenin kusurunun bilhassa ağır olması, bu şart objektif mesuliyet bahsinde nazarı itibara alınmaz, b) mutazarrırın veya ailesinin ıstırabının bilhassa ağır olması. Bu sonuncu şart tahakkuk ettiği zaman zarara sebep olan kimsenin kusuru olmasa bile mânevi zarara hüküm olunmasına hiç bir mâni yoktur. [3]

Tetkik ettiğimiz kararda da gerek mahallî mahkeme, gerek temyiz mahkemesi haklı olarak, maden kazasında mânevi tazminata hükmolunabileceğini kabul etmişlerdir. Filhakika, yüksek mahkememize göre maden nizamnamesinde mânevi tazminat hakkında bir hüküm bulunmaması bu gibi kazalardan mânevi tazminat namile bir zarar ve ziyan hüküm olunmasına mâni olmaz. Çünkü maden nizamnamesi maddi tazminatın takdirinde münhasıran madende çalışanları himaye maksadile umumi esaslardan olan kusur nazariyesinden ayrılarak bu babta sarih bir hüküm vazetmiştir. Hususi mevzuatta sarahat olmıyan hallerde umumi hükümlere müracaat tabiidir.

---

[2] *V. Tuhr:* s. 105.

[3] JdT 1929 s. 627. Bununla beraber bazı hususi kanunlar mânevi tazminata hükmedilebilmesi için ayrıca faillin kusurlu olmasını şart koşabilirler. : İsviçrede şimendifer şirketlerinin mesuliyetine ait kanun gibi.

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

Yazan :
Prof. Dr. GUİSAN

Çeviren:
Dr. Ekrem TÜZEMEN

II

GAİUS VE JUSTİNİEN

§3. Metinler

Gaius'ün birazdan zikredeceğimiz yazısı eski Roma hukukunda akdin (stipulation) mutlak şekli karakteri dolayısiyle esas meseleyi iyi bir açıklıkla izaha yarıyacaktır. Hatırlardadır ki şifahi akit (stipulation) tarafların müşterek arzularının veya akdin illetinin (cause) ne olduğunu sormağa lüzum kalmadan sadece teati edilen sözlerle [1] vadedeni (promettant) vadolunana (stipulant) bağlıyordu. Söylenilen söze ehemmiyet veriliyor,sadece bu çerçeve içinde borçlanılıyordu; daha fazlası için değil.Fena veya zımni bir şekilde beyan edilmiş olan bir arzuyu kelimelerin altında arıyan bir tefsire yer verilmemiştir. O halde eğer « mirasçım için » vadetti isem belki sadece o borçlu olabilmiştir; herhalde ben değil. «Eğer mirasçım için» bana vaitte bulunuldu ise belki yalnız o alacaklı olmuştur; herhalde ben değil; mademki benim şahsıma birşey vadedilmemiştir.— Mutlak surette şekle tâbi bu akit içinde — Gaius'ün «incipere» tabirinden daha doğru bir şey olamaz: Borç ve alacak mirasçının şahsında *başlıyormuş*. Sözü Gaius'e verelim:

Gaius İnst: Livre III, § 100. [2]

«Nihayet: ÖLÜMÜMDEN SONRA VERMEĞİ TAAHHÜT EDİYORMUSUNUZ? yahut: ÖLÜMÜNÜZDEN SONRA VERMEĞİ TAAHHÜT EDİYORMUSUNUZ? tarzındaki bir şifahi akit faidesizdir. Fakat; ÖLÜ-

[*] Baş tarafı geçen sayıdadır.

[1] COSTA: Storia del Diritto romano, 2 e edit, s.336.

[2] "Denique inutilis est talis stipulatio,si quis ita dari stipuletetur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? vel ita: (post mortem tuam dari spondes? valet autem, si quis ita dari stipuletur: cum moriar, dari spondes? vel ita:) CUM MORİERIS, DARİ SPONDES? id est,ut in novissimum vitae tempus stiplatoris obligatio conferatur. Nam inelegans esse visum est,eX heredis persona incipere obligationem.Rursus ita stipulari non possumus: PRIDIE QUAM MORIAR, aut: PRIDIE qUAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intelliği pridie quam aliquis morietur, quom si mors secuta sit; rursus, morte secuta, in praeteritum reducitur stipulatio, et quadammodo tali est: HEREDI MEO DARI SPONDES?quae sane inutilis est.„

MÜM ANINDA VERMEĞİ TAAHHÜT EDİYORMUSUNUZ? yahut: ÖLDÜĞÜNÜZ ESNADA VERMEĞİ VADEDİYORMUSUNUZ? şeklindeki şifahi bir akit mutebeirdir. Bu demektir ki şifahi akit (stipulation) ancak vadedenin veya kendiisine vadolunanın hayatlarının son dakikasına tehir olunabilir; Zira borcu mirasçının şahsında başlatmak münasip görülmemiştir. Şu şekilde bir akit yapmamız da mümkün değildir: ÖLÜMÜMÜN VEYA ÖLÜMÜNÜZÜN ARİFSİNDE VERMEĞİ TAAHHÜT EDİYOR musunuz? Zira ölümün arifesi ancak ölümden sonra belli olabilir. Fazla olarak şifahi akit makabliine şâmil oluyor ve MİRASÇILARIMA VERMEĞİ TAAHHÜT EDİYORMUSUNUZ? Şeklini alıyorki böyle bir akitte muhakkak ki faidesizdir.»

Gaius bu prensibi § 117 de ve bir defa da § 158 de şu tabirlerle tekrar ediyor: [1]

«Aynile eğer bir kimse bana ölümümden sonra bir şey yapmak için vekâlet verirse böyle bir vekâlet faidesizdir. Zira umumiyetle bir borcun mirasçının şahsında başlıyamıyacağı kabul olunmaktadır.»

Ne alacak ne de borç mirasçının şahsında *başlıyamazlar.*

Zannediyorum ki Roma hukuku ile uğraşanlar (romanistes) Gaius tarafından açık bir surette ifade edilen bu kaideyi klasik devirde umumiyetle kabul edilen bir kaide olarak kabul ediyorlar. Bu mânada Julien'in bir yazısıda zikredilebirlir: [2]

«Sizin ve mirasçınız Titusun on vereceğinizi vadediyor musunuz? Titusun şahsı fayidesiz olarak karışmış oluyor. . .» . Bu mânada diyorum, zira Titus sadece benim mirasçım olarak borçlanmış oluyordu; esasen onun ismi vadimde zikredilmemiş ve böylece bu isim lüzumsuz yere akde dahil edilmiş olsa da böyle olacaktı.

Mamafih zıd bir hal şeklini icabettirir görünen bazı metinler de gösterilmektedir. Bu Gaius kaidesinin şekli bir mukavele olan (stipulation) un mukadderatına tâbi olması mı demektir? Şifahi akit (stipulation) tarafların sarfettiği sözlerin değil arzularının borcu doğurduğu ve muhtevasını çizdiği daha modern rızaî akit şekline inkilâp ettikçe ortadan kalkmağa mahkûm şifahi şekilciliğin bir neticesi mi idi? Bu *Cornil*'in yeni bir eserinde

[1] "Item si euis quid post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est,quia genaraliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.„

[2] " Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii Persona supervacua comprehensa est ..... ; Dig.loi 56, § 1 de verb. obl. XLV,Titre 1; bana öyle geliyor ki windecheid bunu yanlış olarak Justinien tarafından isdar olunan aksi kanuna mesnet olarak zikrediyor. windscheid — Kipp. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8. inci tabı, cilt II, § 317, not 1.

[1] serdettiği noktai nazardır. Üniversitemizin âlim Roma hukukçusu Prof. Meylan ile beraber bu görüşün yanlış olduğunu kabule meyyalim. Kaide şekle (forme) değil esasa (fond) mütaallik sebeplere dayanıyordu. Şekil sadece onu tebarüz ettiriyordu. Ne olursa olsun imperator *Justinien* 531 senesinde bir kararla (« constitution) bunun aksini emretti.

Const. un. Code IV, titre xi, (Anno 531):

«. . . Eskiler mirasçılara veya mirasçılar aleyhine ölümden sonra, şifahi bir akde veya başka bir sebebe müstenit bir borç için dâva hakkı tanımıyorlardı. Bunun mahzurlarını bertaraf etmek, bizatihi kaideyi ortadan kaldırmak lâzımdır; ta ki mirasçılar tarafından veya mirasçılar aleyhine açılacak dâvalar kabul edilsin ve ehemmiyetsiz kelime incelikleri yüzünden akitlerin iradelerinin serbestisi takyit edilmiş olmasın.»[2]

İmparatorun nihayet vermek istediği bu incelikler (subtilités) nelerdi? Gaius' un metninin yaptığı tefrikler bu hususta bize bir fikir veriyor, belki şifahi akdin (stipulation) şekilciliği sebebi ile belki de hakiki muhtevası sezilmediğinden dolayı veya derin sebebine nüfuz edilmediğinden kaide bazı kere sıkıcı olarak gözükmiye mecbur kaldı. [3]

İşte bizi burada tam bu sonuncu nokta alâkadar ediyor. Salâhiyetimiz olmadığı için Roma hukuku tarihçisi rolünü yapmak istemiyoruz. Medeni hukuk mütalâaları bakımından imparator ile hukukçu (Jurisconsulte) arasındaki zıddiyeti tebarüz ettiriyoruz. Kim haklıdır? İyi bir doktrinde *doğru* kaide hangisidir?

Böyle bir suali ortaya atmanın mümkün olup olmıyacağına karşı şu ilk itirazi kaydı koyuyorum: Hukuki sahada hakikat kanun vazıının arzusudur denilecektir; imparatorun bademe borçlar ve alacaklar mirasçının şahsında başlıyabilecektir diye emrettiği andan itibaren bu kaide caridir ve bunun doğru olup olmadığını sormıya müsaade edilemez. Cevap veriyorum: burada hâkimin kanun kuvvetinde olan bir kaideyi tatbik etmek mecburiyetini münakaşa mevzuubahis değildir; sadece müstakbel kanun vazıları kanunun meskût kaldığı yerde bunun kabul edilip edilmemesi icap edip etmediğini

[1] Georges Cornil, Bruxelles de Prof.:*EXplication historique de la règle Alteri stipulari nemo potest*, dans les " Studi in onore di Salvatore Riccobono,, cilt IV, s. 241 ve devamı.

[2] "... ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteresnon concedebant contemplationesipulationm ceterarumque causarum post mortem concepta-. Sed nobis necesse est,ne prioris vtii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.„

[3] Bakınız: Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2e éd., Livre III, 4e partie, obligations, Titre 1, chap. 2, s. 438— 439

766

bilsinler (bunu bilmeği arzu ettikleri farzolunarak) ve bu sükûtta zıt iki prensipten birini seçmekte serbest olan hâkimler bu intihaplarında yol çizsinler diye bu kaidenin doktrin önünde tecrübesi bahse mevzudur. Bu yönden bir kaidenin doğruluğundan behsedilebilir ve bundan — içtimai bir ilim mevzuubahis olduğu takdirde— bu kaidenin mantıkan, zıt noktai nazarın delilleri ile kontrol edilebilen kendilerinden vazgeçilemez bedihi prensiplerle mütabakatını anlamalıdır Hakikat bağlılık, hata ise bağsızlık, irtibatsızlık demektir.

Bu iptidai prensipler cümlesinden olarak zannediyorum ki bizim miras hukukunun, Roma hukukunun olduğu gibi, mirasçı müteveffanın kabili nakil hak ve borçlarının heyeti umumiyesine tevarüs eder kaidesi üzerine kurulmuş olmasına kimse itiraz edemez(İsv.M.K.m.560,T.M.K.m.539).

Her alacağın bir *illeti* (cause) olduğunu kabulde de müşkülât çıkarılamıyacaktır. Bunun gibi âkit ancak akit taraflara borç tahmil eder, üçüncü şahıslar ona istinaden kendilerinden bir şey talep edildiği vakit «res inter alios acta aliis non nocet» diye cevap verebilirler.

İki âkit taraf arasındaki bir mukaveleye istinaden bir hak iddia eden üçüncü bir şahsın her vakit aynı «res inter alios acta» cevabı ile reddedilebileceği daha şüpheli görülecektir Bu günkü *başkası lehine şart* doktrini iki akit tarafın sadece kendi arzuları ile üçüncü bir şahıs için, *onun haberi olmaksızın* bir hak doğurabileceklerini ifade ediyor. Bu doktrinin bundan daha ileri gitmekle yanlış yola saptığını göstermeği istiyorum; [1] ve akitler hukukunun ana prensibi olarak «res inter alios acta» nın «neeque prodest aliis» ini muhafaza edeceğim. Gaius teoreminin mütalâası için halen muvafık bulduğumuz bu hareket mebdeini okuyucu muvakkatan kabul lûtfunda bulunsun.

§ 4. Gaius teoreminin isbatı

Zamanımızda iki âkit tarafın, yaptıkları mukavelenin ancak kendilerinden birinin mirasçısı üzerinde tesiri olacağını, kararlaştırdıklarını farzedelim ve böyle bir anlaşmanın yukarda vazolunan miras veya borçlar hukuku ana prensiplerinden biriyle tezat teşkil edip etmiyeceğini kendimize soralım. Eğer evet dersek Gaius haklıdır, yok hayır diyecek olursak Bizans imparatoru eski kaideyi devirmekle iyi yapmış demektir. Hiç şüphe yok ki meselenin bütün çıplaklığı ile tebarüz edebilmesi için tarafların hakiki niyetleri üzerindeki bütün şüphelerin bertaraf edilmesi ve (okuyucunun buna razı olması) lâzımgelir; meselenin, alacakların ve borçların mirasçının şahsında başlatılmak arzu edildiğine mütedair olan, mutasını (donnée) kabul etmek icabeder.

[1] İleride Fasıl IV,§ 8, b.ye bakınız.

A. ve B. beraberce bir notere gidiyorlar ve ondan aşağıdaki mukavelenin tanzimini istiyorlar:

«A., mirasçı B. yi Lausanne daki gayrimenkulünü (kadastro kaydı) 80000 franka B. ye satmağa mecbur tutuyor; B. de bu gayrimenkulü A. nın mirasçısı C. den satın almağı taahhüt ediyor. Burada bu mukavelenin A. nın ölümünden evvel hiç bir hükmü haiz olmıyacağı tasrih edilmiştir. A. şahsan hiç bir şeyle bağlanmamış ve bu mukavele ile hiç bir hak iktisap etmemiş olduğundan mezkûr mukavele ancak onun mirasçısını borçlu kılacak, bu sonuncunun istifadesini mucip olacak ve A. hayatta olduğu müddetçe bu anlaşma tapu sicilline tescil edilmiyecektir »

Bu satışın ne gibi hükümleri olabileceği soruluyor.

Muhakkak olan bir şey varsa A. hayatta olduğu müddetçe hiç bir; zira A. nın şahsan ne hak ne de borcu vardır. Paraya ihtiyacı var diye B. den bey akdinin icrasını talep edemez. Diğer taraftan A. korkmaksızın bu gayrimenkulü satabilir, hibe edebilir; ve eğer iflâs ederse iflâs masası, mukavele müflisi borçlandırmadığı cihetle, gayrimenkulü A. nın menfaatına, B. nin her hangi bir müdahelesine meydan kalmadan paraya çevirebilir.

Şimdi farzedelim ki A. nın ölümünden sonra mirasçısı C., evi muhafaza etmek istediğinden, bu mukaveleyi icraya mecbur olup olmadığını danışıyor ve soruyor. Hiç şüphesiz buna mecbur değildir denilecektir, zira mirasçı müteveffanın borçlarından mesuldür; halbuki burada müteveffa borçlanmış değildi; bundan dolayı C. mirasçı olması sebebiyle ve miras hukukuna istinaden borçlanmış olmaz. Borçlar hukuku bakımından da mecbur değildir; çünkü A. ve B. arasındaki bir mukavele üçüncü bir şahıs aleyhine borç doğurmaz. [1] Görülüyor ki: menşei mukaveleye müstenit olan ve mirasçının şahsında doğan bir borç hiç bir suretle mümkün değildir. Keza böylece A. ve B. arasında yapılan mukavelenin hakikî mahiyeti görülüyor: Müteveffa B. ye bir gayrimenkulü, 80000 frank mukabilinde, terekesinden almak hakkını vermek istedi; bu şarta muallâk muayyen bir mal da ölüme bağlı tasarruftur; miras mukavelesi şeklinde yapılması lâzım gelirdi — eğer kanun mukaveleye müstenit ve feshedilmez ölüme bağlı tasarrufları menetmiyorsa — (İsv. M. K. S. 494 ve 512, T.M. K. m. 474 ve 492).

Aksine olarak mirasçı C. hukukçuya soruyor : Bu gayrimenkulü başımdan defetmek suretiyle 80000 frank elde edersem çok memnun olacağım;

[1] Müteveffanın borcun mirasçı tarafından edasını taahhüdü de (bakınız; PLANOIL — RIPERT—ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français* cilt VI, no. 49, s. 63 — 64) bir şeye yaramaz, zira *mesuliyetin* kendisi de başkasının filini taahhüt neticesi husule geldiğinden ancak müteveffanın ölümünden sonra (mademki ancak bu zamanda yerine getirilmemekten bahsedilecektir) doğabilir; böylece bu mesuliyet te mirasçının şahsında başlıyor ve Gaius kaidesinin hükmü altına giriyor.

müteveffa ile yapılan mukaveleyi ifadan içtinap eden B. yi bunun hükümlerini yerine getirmeğe icbar edebilir miyim? Bu sefer de hayır diye cevap vermek lâzımdır: A. nın bizzat kendisi mukaveleye istinaden her hangi bir hak elde edemiyeceği cihetle sizin de onun mirasçısı sıfatiyle ve miras hukukuna istinaden B. ye karşı müteveffadan daha fazla bir hakkınız olamaz. Akitler hukukuna istinaden de bir şey yapamazsınız; zira biraz evvel gördük ki A. borçlanmamıştır ve gayrimenkulü teslim etmek borcu sizin şahsınızda doğmamıştır; bu sebepledir ki eğer B. size karşı borçlanmış olsa idi onun bu borcu karşılıksız olarak doğmuş olacağından size karşı ***sebepsiz*** olarak borç altına girmiş bulunacaktı. Filvaki B. gayrimenkulü 80000 frankı ödemeden alamaz; fakat isterse ne birini ne diğerini yapar; bir defa daha: hakikatta A. nın bu tasarrufu 80000 frank ödemek *mükellefiyetiyle* muayyen bir *gayrimenkulde ölüme bağlı bir tasarruftur* (legs); [1] ve hiç kimse arzusu hilâfına mirasçı olamaz. O suretle ki C. bizzat siz, bu muayyem bir maldaki tasarrufun şekil noksanını (çünkü miras mukavelesi şeklinde yapılmak lâzım gelirdi) ileri sürmekten sarfı nazar etseniz bile lehine bu malda tasarruf yapılan kimseyi bu tasarrufu kabule ve borcunu yerine getirmeğe zorlıyamazsınız. *Borçlara müteallik bir mukavele* farz olunduğu takdirde de noter tarafından tanzim olunan bu mukavelemiz *mirasçının şahsında* bir borcu olmadığı gibi bir *alacağı da* (actio ex contractu) başlatamamıştır.

Belki burada iki taraflı bir mukavele misali (contrat *synallagmatique)* kâfi derecede isbat edici değildir, B. nin A. nın mirasçısına karşı tek taraflı bir borç tekeffül ettiği farzolunarak Gaius teoreminin isbatı lâzımdır diye itirazda bulunabilir. olsun.

B. noter huzurunda A. nın mirasçısına karşılıksız olarak 80000 frankı ödemeği kabul ediyor; fakat — ihtimamla meselenin mutası içinde kalalım — bu alacak sadece mirasçının şahsında doğacak ve A bu mukaveleye istinaden B. ye karşı hiç bir dâva hakkına sahip olmıyacak.

Bu sonuncu nokta üzerinde israr edelim. Filkahika eğer A. hayattakiler arasındaki veya ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçısını mükâfatlandırmak gayesini güderek bu vadi kendi şahsî menfaati için yaptırmış olsa idi hiç bir müşkülât olmıyacaktı: A. başkası lehine bir alacak şart etmiş olacak ve *şahsan* B. den üçüncü bir şahsa tediyede bulunmasını talep edebilecekti. Bu suretle *alacak* bizzat kendi şahsında başlamış olacak ve mirasçı bu hakkı müteveffanın mamelekinde bulacaktı. Yalnız, faraziyemizin dışına

[1] Bu şekilde muayyen bir malda ölüme bağlı tasarrufa bir misal: Bir *vasiyetnamede* "gayrimenkullerimi seneliği ... franktan sekiz sene için x e kiraya veriyorum" diye okunuyor. *Douai* İstinaf Mahkemesi bu muayyen bir malda ölüme bağlı tasarruftur dedi. Revue trim. 1929, S. 141.

çıkmış olacaktık. Okuyucudan buraya girmesi için gayret göstermesini istiyorun. Yapılan mukavele A. nın şahsan B. aleyhine hiç bir talep hakkı olmadığını kabul ediyor.

Bu takdirde mirasçı C., A. nın ölümünde böyle bir hakka sahip olamaz. Mirasçı sıfatiyle A. nın malik olmadığı bir haktan istifadeye kalkışamaz. Bir akit alacaklı ile borçlunun arzularının mutabakatını farzettiğinden C. kendiliğinden borçlu B. nin kendisine vadetmediği bir alacağa sahip olamaz. Eğer meselenin esasına gidilecek olursa görülüyor ki hakikatta borç *batıldır.* [1] Bir dâva noksanı sebebiyle A. ile B. arasında batıldır, zira dâva hakkı vermeden borçlanılamaz (bu bakımdan mutanın«donnèe» içinde bile bir tezat var). Aynı zamanda dâvasızlık ve mukavelesizlik dolayısiyle B. ile C. arasında da batıldır. O halde üçüncü bir şahsın, bana borçlanmaksızın, mirasçım lehine bir tasarrufta bulunmasını temin edemem: bir defa daha dâva mirasçımın şahsında başlıyamaz.

Bana öyle geliyor ki isbat yapılmıştır. Problemin mutaları, Roma şifahi akdinin (stipulation) Gaius için tebarüz ettirdiği tarzda, vazedilecek olursa eski hukukçunun iddiasının doğruluğuna şüphe kalmaz: «Ab heredibus incpere actiones vel contra heredes non posse.» Bu hakikat, hiç olmazsa, miras ve akitler hukukunun temelleri devrilmedikçe bütün devirlerin hakikatıdır; ve eğer justinien bunun aksini emretti ise bununla zamanın, hukuk ilmine olan nüfuzunun noksanlığını isbat etti. [2]

Diğer taraftan yenilerin Gaius ün esaslı bir şekilde red ve cerhine teşebbüs etmiş olduklarını bilmiyorum [3]. Bunlar, halli lâzımgelen suali de-

[1] Kendisine vaidde bulunulan kimsenin (stipulant) şahsında vadedenin bir alacaklısı sıfatını görmeğe o kadar alışmışız ki, şifahî şekilciliğin onu Gaius 'e gösterdiği gibi, mirasçı için vadi (stipulation) tasavvur etmek bize çok müşkül geliyor.

Bununla beraber şu misal üzerinde teemmül edelim: Arkadaşım x den *Kızıma* cihaz vermesi için vaid alıyorum; bu anlaşmanın (sipulation) muteber olduğunu kabulde tereddüt edilmiyecektir. Arkadaşım x den ne hukukan ne de mânen borçlu olmadığım *kendi kızına* cihaz vereceğine dair vaid alıyorum. Burada x in bu vaidle hukukan bağlandığını kabul etmek ve bunda basit bir niyetin izharından fazla bir şey görmek çok müşkül olacak, hakikaten benim bu işte hiç bir menfaatim olmadığı görülüyor; menfaatsiz de dâva (action) olmaz.

[2] Âlim meslektaşım Prof. Meylan, BONFANTE nin fikrini kabul ederek, bana Justinien devrinde mirasçı müteveffanın o derece halefi idi ki her ikisi bir tek şahısmış gibi telâkki olunuyordu. Bu Justinien kaidesini izah edebilir, fakat onu haklı gösteremez; zira tamamiyle farazî bir fikirden bu kabil neticeler çıkarmak suretiyle Bizans imparatoru kendisini zevahire ehemmiyet veren hukukçuluğun (Begriffsjurisprudenz) mübeşşiri yapmış olacaktı.

[3] BONFANTE ona aşağıdaki mükemmel şekilde hak veriyor:

"Dal latopoi del rapporto obligatorioil,principio classico romano,che l'oligazione non si pq formare in tedta all'erede, é una esigenza logica del concetto,intuita dalla

ğiştirerek, Justinien'i takip ediyorlar. Oyez, daha iyisi Gény, SIREY, 1930 II,s.58, sütun 3 deki – çok alâka bahş— notunda:

«Binaenaleyh, hükmü ölümden sonraya muallâk (*Post mortem*) akit (stipulation) ve vaidler meselesinin vaktile eski Roma hukukçularında yarattığı inceliklerin izah edebildiği bazı formül tezatlarına rağmen (Gaius III § 100) modern Fransız doktrini bir âkidin taahhüdünün yerine getirilmesini, fiilen mirasçılarını borçlandırmak suretiyle, ölümünden sonraya tehir etmesine hiç bir şeyin mâni teşkil etmiyeceğinde hemfikirdir; şu şartla ki borçlunun kendisi başlangıçta bizzat borçlanmış olsun ve bu borç, kanuni tahsis şeklini vasiyetname ile değiştirebileceği mirasında dahil bulunsun. Zaten roma hukukunun şarihler, müfessirleri de Justinien'in emirnamesini böyle anlıyorlar...»

Bu Gaius teoreminden bambaşka bir şey. Buradaki faraziye borcun *müteveffanın şahsında* başlamış olmasıdır. Bu takdirde mezkûr borcun mirasçıya intikal edeceği tabiidir; zannediyorum ki bunda kimsenin şüphesi yoktur. Gény nin muarızı Prof. Capitant netice itibariyle doktrinin bu noktasında hasmı ile hemfikirdir:

«Hükmü ölümden sonra cari olacak (post mortem) bir mukaveleyi tefrik eden şey bununla alacaklı lehine derhal bir hak doğması ve fakat bu hakkın talebinin borçlunun ölümüne tehir edilmiş bulunmasıdır. Buna mukabil miras mukavelesini vasıflandıran şey hakkın doğumunun mirasın açıldığı güne tehir edilmiş olmasıdır; bu sebepledir ki miras mukavelesi denilmektedir..»

Yüksek müellif bu tefrikı bey ile bey'in vadi üzerinde ileri sürdüğü delillerle izaha çalışıyor: Müşterinin teslimini ancak ölümümden sonra istiyebileceği bir malı şimdi satıyorum; bu *post mortem* bir akittir. Bayi mirasçılarını bu malı karşı tarafa satmağa mecbur tutuyor: bu memnu bir mukavele (pacte) dir. Müellif biraz sonra bu iki akdin farklı olan neticelerine işaret ediyorr: eğer alacaklının alacağı ben hayatta iken doğmuşsa, ona sattığım şeyi başkasına satarsam akdi ihlâl etmiş ve bu suretle kendimi zarar ve ziyan ödemeğe mâruz bırakmış olacağım; eğer *ben kendim şahsan* vadimle borçlanmadı isem sattığım şeyi ikinci bir defa başkasına

giurisprudenza romano,e se Giustiniano é andato contro a puestopridcipio, egli non ha fatto che sancire una irregolarita legale,una norma di diritto singolare,come ve n'ha tante nella sua legislazione, che noi non possiamo riconscere in difetto di una espressa sanzione legislativa.„ PIETRO BONFANTE: *Scritti giuridici varii.* Torino 1926,cilt III, s.279.

AUBRY ve RAU ya da bakınız: *Cours de droit civil français*,5 e éd.,cilt IV, § 346,s.566: "Bir kimse aynı zamanda kendisi alacaklılanıp borçlanmadıkça mirasçılarını alacaklı veya borçlu kılamaz.

verirsem vadimden istifade edene zarar ve ziyan ödemekle mükellef tutulurum. Bu vait hükümsüz olur, işte bu kadar [1].

Binaenaleyh Gaius ün haklı olduğunu herkes müttefikan teslim ediyor. Justinien metinleri ile bir daha rahatsız edilmemek için bunun, her şeyden evvel, metanetle ortaya konulması icabediyordu. Ancak, şu büyük müşkülât henüz baki: ne vakit, borç mirasçının şahsında başlamıştır? denilebilir. İşte buna verilecek cevap üzerindedir ki tereddüt edilmekte ve fikirler ayrılmaktadır.

III

Hak ve borç ne vakit müteveffanın şahsında başlamışlardır?

§ 5. Bir kriter peşinde.

Evlenme mukavelelerindeki «ticarî» denilen kayıt ve daha bir çok mukavelelerin sıhhat derecesi üzerinde Gény,Capitant ve daha bir çok maruf hukukçular arasındaki görüş farkının da anlattığı gibi sualimize cevap vermek hiçte kolay değil. Bizim tefriklerimize (distingos) pek az alışkın olan lâikler için: bir kimsenin bir borcun tediye edilebilmesini (exigilité) ölümünden sonraya bırakması ile mirasçısını borçlandırması aynı neticeye müncer olur. Yaşadığımız müddetçe alacaklımız bizden her hangi bir talepte bulunamazsa borçluyuz diyebilir miyiz? Capitant ın zarif kaleminde nazarî olarak gayet basit görünen bu tefrikı *pratik olarak* yapabilmekte hemen ümitsizliğe mi düşmek icap eder. ?[2]

Hayır. Fakat, onu derinleştirmek, ne üzerine istinat ettiğini araştırıp bulmak lâzımdır. İşte şunun üzerine istinat ediyor: vukuu ile ödemin (prestation) veya ödemlerden birinin muacceliyet kesbedeceği bu ölüm, tarafların arzularına nazaran, borcun *vadesi* midir, *illeti* midir? Bu iki tâbiri açık olarak anlamak mecburî oluyor: *vade* (terme) ve *illet* (cause).

Bir borcun *icrasının vadesi*, tediyesi için tâyin olunan zamandır; bu vade borcun derhal doğmasına mâni olmaz, sadece onun icrasını geciktirir [3]. Borçlu mukavelenin akdi ile bağlanmış ve borçlanmış olsun, bu muhtelif

[1] *Crémieuw* kararına dair DALLOZ daki not: 1931,II,s.1—3.SIREY de *viall-eton* a de bakınız: 1929,I,s.137: Miras mukavelesi hali hazırda mevcut ve fakat icrası tehir edilmiş bir borçtan (*obligatio praesens, solutio dilata*) farklı bir şeydir, hatta tediyenin vadesi borçlunun ölümü olsa bile. Son olarak CAPITANT ın *la Revue critipue de la lègislation*, 1933,s 86 ve müteakipteki makalesine bakınız.

[2] Bu mevzu üzerine STAUDINGER de çok şey bulabilirsiniz: *Kommentar, Erbrecht*, 9 e éd. s. 63—66.

[3] PLANIOL—RIPERT—ESMAIN, cilt VII,no. 1004—1017.

ENNECCERUS, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*,7. Bearbeitung, cilt,I,§ 184, I: "praesens obligatio, in diem autem dilata solutio,,. Zannetmiyorum ki vadenin bu hükmüne modern hukukta itiraz edilsin.

372

şekillerde kendini gösterir;eğer rızası ile borcunu öderse sebepsiz bir tediyede bulunmuş olmaz ve ödediğini geri istiyemez; şu halde vadeli borcunu alacaklısından olan muaccel alacağı ile takas ederek itfa edebilir. Vadeden istifadeyi de kaybedebilir; mesela iflâs ederse.

Vade taraflarca serbestçe tâyin olunabilir; muayyen bir gün olabileceği gibi, bu gün borçlunun ölümü gibi «certus an incertus puando» de olabilir. Böyle bir vadenin intihabı hiç bir suretle mirasçıyı ızrar etmez; zira o müteveffanın, ölümü dolayısiyle yerine getiremediği, bütün borçlarını ifaya mecburdur. Müteveffanın borcunu yerine getirememesi ister ölümün kendisini tâyin olunan vadeden evvel yakalamasından, ister ölümün vade olarak tesbit edilmiş olmasından ileri gelsin bunun mirasçı için hiç bir ehemmiyeti yoktur, yeter ki müteveffa hayatta iken borcunun karşılığını alarak borçlanmış olsun O halde bir muamelenin ölüme bağlı bir tasarruf olması için borcun borçlunun ölümünden sonra müeccel olması kâfi değildir.

Şu halde «ölüme bağlı» dan ne anlamak lâzımdır? İllet (cause) umumiyetle her sübjektif hakkın iktisabında bir muteberiyet unsuru, bu iktisabın mevcudiyetinin bağlı olduğu kendisinden sarfı nazar edilemez bir şarttır. İlmimiz için mutlak surette lâzım olan bu mefhum aynı zamanda tarifi de gayet güç olanlardan biridir. O kadar müşkül ki yeni bir noktai nazar hususi hukuka müteallik muamelelerde (actes civils) sarfı nazar edilmesini düşünür [1]

Benim için bu tezada şöyle bir dokunmak bile mümkün değil;— klâsik ananeye uygun olarak—kendimi inanmış bir «illiyetçi» olarak ilân etmekliğim kâfi gelecek. İllet bana hususiyle arzuya müstenit akdi hukukan izah eden, onu bir adalet prensibine bağlıyan ve bu sebeple hukukun ve hâkimin himayesine lâyık bir hale koyan bir unsur olarak görünüyor. Eğer bir irade beyanı gayrıkabili izah ise onun mânevi bakımdan da bir mânası yoktur; ona doğru demek ve hukuki bir netice terettüp ettirmek imkânsız olur. A B ye 1000 frank vadetmiş olsun, eğer A. ile B. nin bu 1000 frankın vadinde her hangi bir hukuki sebep üzerinde anlaşmadıkları tahakkuk ederse: Tediye edilmesi lâzımgelen bedel, karz, tazminat, hibe ve saire, A. nın tediyesinin doğru olacağını nasıl bilmeli ve bu sebeple onu bağlanmış kabul etmeli? Borçların *illeti* denilen şey hakkında kâfi derecede bilgimiz var. [2]

[1] ENNECCERUS, cilt, I, § 139, not 5.ESMEIN, cilt, VI, no 249 ve müteakip bilhassa no. 260.

[2] ESMEIN, yukardaki nota bak, *v. Tuhr, Partie générale du Code fédéral des obligations* (traduction de Torrentéet Thilo) Lausanne:§ 26, II ve diğer bir çok, eserler.

Lâkin *ölüm sebebi* (cause de mort) nedir? Bana öyle geliyor ki tasarruf edenin rızai tasarrufunu ve binnetice mirasçının iddiasını hukukan izah eden, haklı gösteren şey müteveffanın içinde bulunduğu, mallarını bırakıp göçmek mecburiyetidir. Ölüme bağlı teberrülerle hayattakiler arasındaki hibeler birbirlerinden umumiyetle söylendiğinden çok farklıdırlar: Hibedeki niyet bir cömertliktir, mevhup mevhubunlehi kendisi fakirleşmek suretiyle zenginleştiriyor; halbuki ölüme bağlı teberrüde bunu yapan her şeyini terk zorundadır: Vasiyetçi ve serveti için *invitus invitam dimisit* denilebilir mi? Burada terk etmek arzusu serbest değildir, ölümle cebren kabul ettirilmiştir; sadece tâyin olunan kimsenin intihabı serbestir; burada da ancak intihabı idare eden *âmillerden* (motifs) bahsedilebilir illetten değil (hiç olmazsa kelimenin borçlar mânasında), zira vasiyetçi mirasçıya bir şey borçlu değildir ve bizatihi bu tasarrufun illeti *ölümdür*. ölüm aynı zamanda —o âna kadar sadece bir ümidi olan ve fakat hakkı olmıyan — mirasçının iktisabının da illetidir, zira yalnız o tâyin olunan halefin müteveffadan sonra sahipsiz kalacak mallar üzerindeki hali hazır tasarrufunu hukukan meşrulaştırıyor. [1]

Eğer şimdi her iddianın bir *illeti* olması lâzımgeleceğini, aksi takdirde bu iddianın hukuk tarafından hiç bir suretle himaye edilmiyeceğini ve bu illetin: Tasarrufu yapanın ölümü dahi olabileceğimizi hatırımızda tutarsak bana öyle geliyor ki mukavele ile miras mukavelesi arasındaki farkın ortaya çıktığını göreceğiz. Bir şahıs diğer bir şahsın ölümünü müteakip müteveffanın, kendisine bir şey verilmesini âmir, bir vesikasını ibraz etsin; kendisinden müteveffanın bu arzusuna istinat ettirdiği hakkın *illeti* nedir? diye sorulacaktır. Eğer mukaveleye müstenit bir hakka istinat ediyorum diyorsanız müteveffaya ölümünden evvel, sizin tarafınızdan birşey verilmiş (causa daha) olması lâzımdır; zira o size karşı sebepsiz borçlanmış olamaz. Binaenaleyh müteveffaya, istediginiz şeyin *karşılığı* ve illeti olarak bir şey arz, takdim veya vadettiniz mi? [2] Bu takdirde talebiniz kabule şayan olacaktır, zira mütekabil adalet prensibi ile meşrutiyet kesbetmektedir; ölüm sadece mukavelenizin icrasının vadesidir, yok eğer böyle her hangi bir sebep yoksa bu takdirde müteveffa ölümün mamelekinden bir şey almanız arzusunu izhar etmekle ancak öldüğü vakit terke mecbur kalacağı yer yüzündeki mallarına sizi halef seçmeki stemiş olabilir. Ölüm burada bir borcun *vadesi* değildir, zira müteveffanın mallarını terk edeceğine dair hiç bir borcu olmamıştır, ölüm tasarrufun doğrudan doğruya *illetidir*. Mirasçı ü-

Mücerret denilen borçlar «sebepsiz» (sans cause) değillerdir.; mukavelenin metninde zikredilmese bile sebebin mevcudiyeti farzolunur. Borçlu bu farziyeyi devirmek suretiyle kendisini borçtan kurtarabilir. (İsv. B,K.m.17,62,T.B.K.m.17,61)

[1] Josserand ın çok enteresan mülâhazalarına bakınız: *Cour de droit civil positif français*,cilt III, no.1252-1263.S adece akdin *illetinin* kriter olabileceğini gösteriyor.

[2] *causa donandi* ile ileride bir tarafli vaidlerden bahsederken meşgul olacağım.

çüncü bir şahsa karşı müddei mevkiinde bulunsun, sual berakis olacak fakat aynı tarzda vazolunacak: müteveffa, mirasında bulduğunuzu iddia ettiğiniz ve üçüncü şahıstan istediğiniz alacağa mukabil bir şey vermiş midir? Eğer böyle bir şey yoksa üçüncü şahıs müteveffaya ve binnetice onun mirasçısına *borçlu* olamaz. Bu bakımdan böyle bir tasarruf hatta ölüm sebebi ile (mortis causa) yapılmış olarak ta muteber değildir, zira—ölüme bağlı bir tasarrufla—mirasçının nef'ine *üçüncü bir şahsa borç tahmil edilemez:* Benim ölmekliğim diğer bir kimsenin malı üzerinde tasarruf etmem için bana haklı bir sıfat bahşetmez. [1]

Belki bana bu sefer de kolay olan iki taraflı ivazlı mukavele misali üzerine fikir yürürttüğüm söylenecektir: İllet mefhumundan istihraç ettiğiniz kriter eğer borç *bir taraflı* olursa gayrı kabili tatbik olacaktır denilecektir. Bunu zannetmiyorum. Bir taraflı borç karşılığı (cause) daha evvel verilmiş olduğu içindir ki bir taraflıdır; yoksa sebepiz değildir: Size (solvendicausa) ciro ettiğim bir kambiyo senedi ile tediyede bulunuyorum. Karşılıksız olursa benim bu bir taraflı taahhüdüm ancak (donandi causa) ile izah olunabilir. Lâkin sebep (cause) hayatta iken vermek arzusu ise bu takdirde kendimizi zor bir sual karşısında buluruz: *vadesi vahibin ölümü olmak üzere* vadeli bir hibe vadinde bulunulabilir mi? Bu hal tasarrufta bulunan kimsenin ölümünün teberrüün sebebi olarak kabul edilen vaziyetten farklımıdır? Evet. Hatta karşılıksız da olsa ânında iktisabedilmiş ve fakat istenilebilmesi tehir olunmuş bir alacak hakkı hali hazırda hiç bir hak bahşetmiyen bir ümitten (espérance) farklıdır, hatta bu ümit geri alınamaz bile olsa. Demek oluyor ki, tatbikatta ayırt edilmesi güç olmakla beraber, bu iki vaziyet birbirinden farklıdır; kanunlar hususi hükümler koymak suretiyle du müşkülâtı gözönünde tutmuşlardır (İsv. B.K.m.245,T.B.K.m.240,Alman M.K.m.2301). Bu noktaya tekrar geleceğiz. Şimdilik akdin sebebinde, illetinde bulunan kriterin, müteveffanın vadi tek taraflı da olsa, cari olduğunu göstermiş olmamız kifayet eder.

Bu kritere karşı ve aksine olarak denilecektir ki; bir miras mukavelesi ile bir kimseye bir karşılık mukabilinde (meselâ bir kaydı hayatla irat) mirasçı yahut lehine muayyen bir malda tasarruf olunan kimse (légataire) sıfatını verebilirim, bu da gösteriyor ki bir mukavelede olduğu gibi karşılığı müteveffa hayatta iken verilmiş mirasa müteallik tasarruflar da (ikame yahut şarta muallâk muayyen bir malda tasarruf) vardır. Dolayısı ile bana da: «Causa data» bir akde borçlar hukukuna aittir diye damga vurmağa kâfi değildir söylenecektir. Burada miras mukaveleleri faslının hususiyle müşkül bir noktasına temas ettiğimizi itiraf ederim. Bununla beraber itiraz cevapsız değildir. Filhakika umumiyetle miras mukaveleleri, hatta ivazlı olanları,

[1] Bakınız: STAUDINGFR, *Kommentar, Erbrecht*,9e éd.,s.65.

iki taraflı mukaveleler (contrats synallagmatiques) değillerdir diye öğretilmektedir: müteveffaya, hayatta iken, müstakbel mirasçı veya lehine muayyen bir malda tasarruf olunan tarafından vadolunan ödem sadece bu kimselerin intihabının bir *âmilidir* (kelimenin borçlar mânasında) yoksa *nasıplarının illeti* değildir, zira burada ö üme bağlı *tasarrufu yapan hiç bir borç tekabbül etmiş değildir* [1] Mukavele ile beraber nasıp bütün hükmünü göstermiştir, yani geri alınamaz bir mirasa ehliyet doğurmuştur. Demek ki *ölüm* basit bir icranın vadesi olamaz (mademki bu anda yerine getirilecek bir borç yoktur); mnayyen malda tasarrufun *illetidir*. Birazdan bunu bir misalle aydınlatmağa çalışacağım.[2]

O halde yukarda izah etmeğe çalıştığım ve aşağıdaki tarzda hulâsa edeceğim *tefrik kriterini* muhafaza edebileceğimi zannediyorum:

İki şahıs arasında yapılan bir anlaşma bir ödemin yerine getirilmesini ikisinden birinin ölümüne tehir ediyorsa hak ve borç müteveffanın şahsında başlamıştır, eğer müteveffa hayatta iken kendi nefi ve zararına bu ödemin bir illeti (Borçlar hukukundaki mânasında) oldu ise; bu takdirde ölüm sadece bir *icra vadesidir; mukavele* bahsindeyizdir.

Aksine olarak, eğer ölümden evvel böyle bir illet, sebep mevcut olmadı ise ödemi emreden tasarrufun illeti ancak bizatihi ölümün kendisidir (meğerki hiç bir illeti olmasın ve bu sebeple batıl bulunmasın). İşte bu sefer de *Miras hukuku* yönünden bu tasarrufun mahiyeti itibarile meşru ve şekil bakımından uygun olup olmadığını aramak icabeder.

§ 6 Kriterin tatbiki. Misaller.

Yukarda izah olunan fikirlerin doğruluğunu bazı hâdiseleri münakaşa ederek tahkik edeceğiz.

Ölümden sonra yerine getirilecek bir *bey akdi* ile başlıyalım ve onu *mukaveleye müstenit mükellefiyetli ölüme bağlı muayyen bir malda tasarrufla* mukayese edelim. Fakat her şeyden evvel bir hatayı önliyelim: Ölümün düşünülmesi, hukukî bir *illeti* olmaksızın, bir muamelenin katî âmillerinden biri olabilir. [3] Meselâ: Beş çocuğu olan bir baba 5,10,15,20

[1] Hayattakiler arasındaki ödem nasbın illeti olmasın, şununla da görülüyor ki esaslı bir unsur değildir, umumiyetle ivazsız olan miras mukavelelerinin bir çoğunda hiç bulunmamaktadır, halbuki sebepsiz borç yoktur.

[2] *ESCHER: Commentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch*, Erbrecht, 2 inci tabı, not 15, s. 286,7,s 282,13,s.285,laat m.514. Bu hususta daha az vazıh TUOR,not 11,s.271 ve 2,s.514.HENRICI: Zeitsch. für schw. Recht. 1914, s.159 ve devamı.

KIPP: Erbrecht,§ 30,VII, ve § 37, not 3. BINDER (Erbrecht, Kohlrausch Ansiklopedisinde) § 14,s.40—41,§40,s.125.

[3] Hakiki kriter tasarrufun *gayesi* değildir; bunun içindirki STAUDINGER "Das Unterscheidungsmerkmal liegt im Zwecke des Geschäfts„ diye yazdığı vakit aldanıyor. *Kommentar*, 9 uncu tabı, cilt 1, not 6,D,s.411. Gaye, illet aynı şeyler değildir.

Nestlé aksiyonu satın alıyor, 5 veya 5 in misli miktarında senet tedarik etmek suretile mirasının taksimini kolaylaştırıyor. Aşikârdır ki hiç kimse bu *satın almada ölüme bağlı* bir tasarruf görmiyecektir.

Çocuklarından hiç birinin ziraatçı olarak kendisine halef olamıyacağını veya olmak istemediğini anlıyan ve bir arazi, bir çok çocuk babası bir müteveffa kârlı bir satın alma teklifi karşısında kalıyor. Şu mülâhaza ile hareket ederek satıyor: Mirasımı kabili taksim bir hale koymak. Hattâ bu kimse gayrimenkulün kendisinin ölümünden sonra devredileceğini ve o zamana kadar onun sahibi kalacağını ve önceden tapu sicilline hiç bir şerh verilmiyeceğini, bedelin ölümünden sonra (binaenaleyh terekesine) ödeneceğini şart etse bile ben bunu müteveffanın şahsında *başlıyan* bir *satın alma akdi* telâkki ederim; yoksa ölüme bağlı bir tasarruf değil. Ve hattâ akit iktisabedenin müteveffanın ölümünde hayatta olmasına bağlı olsa bile yine mukavele olarak kalacağını ve *ölüme bağlı bir tasarruf* olmıyacağını kabul edeceğim; zira bana katî olarak görünen şey tarafların *derhal* biri diğerinin *illeti* olan mütekabil iki borç yaratmak istemeleridir; ölüm bu borçların icrasının sadece bir vadesi, müteveffadan sonra hayatta kalmak kaydı ise bir şarttır. [1] Borç ve alacak müteveffanın şahsında *doğmuşlardır.*

Eğer muris gayrimenkulünü ölümünden evvel satışın yerine getirilmemesi şartı ile satar ve satış bedeli derhal müşterinin zararına ve bayiin nef'ine olmak üzere bu sonuncunun hayatı müddetince devam edecek bir kaydı hayatla irat tesisi ile ödenecek olursa cevap daha müşkül olacaktır. Böyle bir muamele ile üzerinde tesis olunan bir kaydı hayat şartı ile irat mukavelesinin borçlusunu gayrimenkulüm için mirasçı nasbetmekliğim arasında ne fark var? § 5.in sonunda gösterdiğimiz fark var. İtiraf edeyim ki bunu görmek için ince bir göz ister. Maamafih: Birinci halde taraflar akabinde mütekabilen biri diğerini davet eden iki borç (bunlardan birisi vadeli olmakla beraber) yaratmak için mutabık kalmışlardır, halbuki ikinci halde alacaklı gayrimenkulünü muayyen bir vade sonunda devretmeği borçlanmamış bilâkis onu, serbestçe tasarruf için, muhafaza etmek istemiştir (İsv.M. K.m.494,T.M K.m.474); fakat ânında geri dönülemez bir *muayyen malda mirasçılık ehliyeti* doğurmuştur. Hiç şüphesiz muris başka birini değilde kaydı hayatla iradın borçlusunu muayyen bir malda mirasçı olarak seçmeği münasip görmüştür, lâkin bu irat tesisi intihabın *âmili* olmuştur yoksa *tasarrufun illeti* yani bunu haklı gösteren izah değil. Bir gün ölümle tahakkuk edecek kaçınılmaz mameleki terk mecburiyeti bir izah, dolayısile kâfi bir illet idi. Fark pratik olarak—Alman M. K. nun keskin mantığın-

[1] Bir taraflı beyi vadi meselâ bir iştira hakkının terki meselesine ilerde dönceğiz.

da—kendisini şununla gösteriyor: Tasarrufta bulunan irat ödenmediği takdirde anlaşmayı icra edilmiyen bir mukavele imiş gibi feshedemez; fakat bunu vasiyetnamede olduğu gibi *saikler* üzerindeki hataya istinaden yapabilir, zira miras mukavelesi ivazlı da olsa iki taraflı bir mukavele değildir. [1] Şüphe yokki bir köylüye: gayrimenkulünüzü, ölümünüzde teslim edilmek üzere, bir *kaydı hayatla irat mukabilinde* mi *satmak* istersiniz yoksa bu gayrimenkulü size bir iradın tediyesini *taahhüt* eden X e *ölüme bağlı muayyen bir malda tasarruflarını* devretmek arzu edersiniz? Diye sorulduğu vakit bir şey anlamıyacaktır. Bununla beraber Alman ve İsviçre kanunları bu iki tip mukaveleyi kabul ve tefrik ediyorlar; noterl rden bu suali müşterilerine sormalarını ve alâkadarlar arzularını açıkça belirttikten sonra hususi hale uygun şekli intihap etmelerini istemek icabeder.

Eğer kaydı hayatla irat yerine ölünceye kadar bakma akdi yapılmış olursa kanun bu mukaveleyi miras mukavelesinin şekline tâbi kıldığı cihetle hiç olmazsa şekle ait müşküller bertaraf edilmiştir: B. K. m. 522 (T. B. K. 512). Bu kaide esas bakımından da bir müşabeheti icabettirmekte midir? Tefsiri lâzımgelen bu nokta üzerinde durmadan bunu zannetmiyorum diyeceğim.

Bir *şirket mukavelesinde* şirketin şerikin mirasçıları ile devam edeceği kararlaştırılmış olursa burada ölüme bağlı bir tasarruf varmıdır? (İsv. B. K. m. 545, no. 2, T. B. K. m. 535, no. 2.). Zannetmiyorum, sadece ahkâmı âmireden olmıyan 542 (T. B. K. m. 532) inci maddeye aykırı bir hüküm var: *şeriklik sıfatının* ölüm sebebi ile nakli kabil olduğu kararlaştırılıyor. Bu kaydı koyaraktan, kanunun gayrı kabili devir farzettiği,mamelekimin bir *unsurunu hukukan devredilebilir* diye *vasıflandırıyorum*, lâkin onda ölüme bağlı bir *tasarrufta* bulunmuyorum [2]. Aksine olarak şirket mukavelesi ile mirasçımı şahsi bazı hizmetleri icabettiren bir şahıs şirketine ölümümde benim yerime girmeği icabettiren bir borç yaratabileceğim çok daha şüphelidir. Böyle bir halde borç mirasçının şahsında başlar gibi görünmektedir, çünkü mirasçının şahsi ödemeleri müteveffa tarafından

[1] KIPP: *Erbrecht*. § 37,1,1 b. ". . . mit dem Rücktritt von Schuldvertragen (346) hat er nichts als den Namen gemein„ diyor SIBER: *Erbrecht* (Grundriss 1928), s.39. Daha az vazıh: BINDER, Erbrecht, 1930, s.45. *İsviçre hukukunda* miras mukavelesinin iki taraflı bir mukavele olmadığı kabul edilmekle beraber "basitleştirmek için„ borçlar hukukuna atıf yapılıyor! TUOR 2/514, ESCHER, 2 inci tabı 1/514.

[2] Ekseriya bunda *başkası lehine bir şart* görülüyor,bana öyle geliyorki bu,mukaveledeki kaydin hukukan yanlış bir tavsifidir, aksi halde bir hakkın mirasçılara devir ve nakil edilebileceğini beyan eden her anlaşmayı *başkası lehine şarttır* diye adlandırmak icabederdi. Federal Mahkeme: *Meyer—sibler* ve arkadaşları,R. off. 1897, I, s. 659. — *Merke — Jenny* nin mirasçıları. R. off. 1903, II, s. 95. — *Alman içtihadı*: STAUDINGER, 9 uncu tabı cilt II, s. 539 un sonu fıkra 2. İleride §. 9. da söylediklerimize de bakınız.

şahsan taahhüt olunan borcun basit bir yerine getirilmesinden başka bir şeydir. O halde mirasçıya şirkete girmek borcu ancak vasiyetname ile ve mirasçı olarak nasbının mükellefiyet veya şartı olarak tahmil edilebilir. [1]

Müşterek mülkiyet sahiplerinin, birinin ölümünde sağ kalanının müşterek mülk üzerinde hak sahibi olacağını (artma kaydı), kararlaştırdıkları mukavelelere gelince burada umumiyetle *ölüme bağlı bir tasarruf* görmek lâzımdır. İstisnaen kanun bunları miras mukavelesinin şeklinden muaf tutabilir; Federal Mahkemenin bu M. K. nun 214 ve 226 ıncı (T. M. K. m. 210, 222) maddelerindeki karı koca arasındaki haldir diye hükmettiği gibi. [2]

Ölümden sonra yerine getirilecek olan bir taraflı tediye ve bağışlama vaidelerine geçelim. Tek taraflı ve mücerret olarak yapılmış olmasına rağmen bu vait ekseriya daha önce alınmış bir ödemin karşılığından ibarettir: Şu halde ölüm sadece bir vadedir, vait ölüme bağlı değildir, zira vadeden *solvendi causa* borçlanmıştır. Burada misal olarak yukardaki *Barilliet* (No. 14) ve bilhassa *Zimmerli* (No. 15) dâvaları ile Federal Mahkemeye arzolunan vakaları zikredebiliriz. Bunlar illetten istihraç ettiğimiz kriteri teyit etmektedirler. Bu ikinci hadisede ölümden sonra tediye vadinin yarısı *donandi causa* yapılmıştı, böylece ölüm tasarrufun illeti kabul edildiğinden bu tasarruf B. K. nun 245 inci (T. B. K. m. 240) maddesi mucibince batıldı; halbuki diğer yarısı için bu vait müteveffanın sağlığında ona yapılan hizmetler dolayısiyle haklı bir sebebe malik olmuştu, bu muris tarafından muteber bir şekilde ikrar edilmiş bir borçtu, ölüm sadece bir *vade* idi. Buna binaen Federal Mahkemenin Zimmerli kararındaki âdil hükmü.

Öyle tahmin ediyorum ki, *bir gayrımenkulü, vadedenin ölümünde, satmak bir taraflı vadi* için de vaziyet böyle olacaktır. Eğer bu «hıyar», bu iştira hakkı tarafların mütekabil bir çok ödemlerini icabettiren bir mukavelenin bir kaydı gibi murisin yaşadığı zamanki şahsında doğmuş bir sebep dolayısiyle bahşedilmişse [3] bu takdirde gayrı menkulü iştira hakkının istifade edicisine devretmek borcu o vakittenberi müteveffanın üzerinde doğmuş demektir ve ölüm sadece bu borcun icrasının vadesinden ibarettir. Bunun içindirki bence Federal Mahkeme Bucher — Kretz (No. 16) ve Henz — Gautschi (No. 17) işlerinde iyi karar vermiştir. Yok eğer vadedenin ölümüne tehir olunan iştira hakkı tek başına, münferiden ve karşı-

[1] WİELAND: Handelsrcht, I, § 61, s. 685.

[2] *Mannhart* kararı, R. off. 1932, II, s.1, J. Trib. 1932, s.631.

[3] Tabiatiyle "hıyar" sahibi tarafından, bunu kullandığı takdirde, gayri menkulün karşılığı olarak ödenecek bedel bu hakkın illeti değil sadece mükellefiyetidir. — Yukarda § 4. e bakınız.

lıksız olarak bahşedildi ise bu takdirde mukavele şeklinde sadece batıl olabilir, çünkü ya sebepsiz olarak bahşedilmişti veyahut bu sebep ölümdü ve tasarrufun vasiyetname ile yapılması veya miras mukavelesi şeklini alması lâzımdı. Bu mükellefiyetli *ölüme bağlı bir gayrı menkul teberrüdür.* Bu hakkın terki hali hazırda yapılmış ve lâkin icrası ölüme tehir edilmiş bir hibe olarak ta kararlaştırılmış olsaydı (B. K. nın 245 inci maddesi mucibince) vaziyet aynı olacaktı. [1] Şimdi ölüme bağlı hibeden bahsedeceğiz.

Müstakrizin istikraz olunan parayı ancak mukrizin ölümünde talep edebileceğini kararlaştıran kredi açılmasını mutazammın bir mukavele için de aynı şeyi söyliyeceğim. Zira burada müteveffanın vücudu farzolunan borcunun (müstakriz kendisine açılan krediyi istimale mecbur olmadığı için, *Oser — Schönenberger* 22/312) kendi şahsında tahakkuk etmiş bir karşılığı yoktur: filhakika biliniyor ki iade etmek borcu karzın illeti değil sadece bir mükellefiyetidir (B K. nun 312 inci maddesinin «T. B.K. m. 306» çok doğru olarak ifade ettiği gibi.) [2]

O halde demek oluyor ki borç mirasçının şahsında *başlıyor.* İşte bunun için Courvoisier işinde (No. 13) Neuchâtel Kanton Mahkemesinin Federal Mahkemeden daha doğru gördüğünü zannediyornm.

Tenfizi vahibin ölümüne bağlı hibe vadi hakkında, bu mesele doktirinimizde kâfi derecede incelenmiş olduğu cihetle,bir tek kelime söyliyeceğiz. Ölüm vadin *illeti* midir, *vadesi* midir? Bunun, B. K. nun 245 inci maddesinin 2 inci fıkrası (T. B. K. m. 240) nın koyduğu kaide dolayısiyle, tasarrufun şeklinin intihabı bakımından ehemmiyeti yoktur. Fakat acaba 245 inci madde yalnız şekilden mi bahsetmek istiyor? Bazıları (Escher ve v. Tuhr) kanunun ölüme bağlı hibeleri *tamamiyle miras mukavelelerine* benzettiğini söylüyorlar, diğerleri ise (Tuor, Oser —Schönenberger) bu teşhibi kısmen kabul ediyorlar ve bu iki müesseseyi birbirinden ayrı tutuyorlar. [3] Bu ihtilâfın pratik bakımdan büyük bir şümulü yok; meselâ hibeyi vadeden kimse iflâs ederse mevhunbuleh B. K. nın 250 inci maddesinin (T. B. K. m. 245) sonundaki kaide sebebiyle hiç bir vakit alacaklı olarak müdahalede bulunamaz. Bununla beraber şu sorulabilir: vadi yapan vahip hayattakiler arasındaki ivazlı bir tasarrufla hibe olunan şeyde tasarruf edebilir mi (İsv. M. K. m. 494, II, III; T. M. K. m. 474), yoksa hayatta bulunduğu müddetçe onu mevhubunlehe saklamağa mecbur mudur;

[1] ESCHER, 2. inci tabı, not 7 nin sonu s. 85, aynı kitabın not 8, s. 86.

[2] Von TUHR, §. 20, V, 2 bs. 127. Oser — Schoenberger, not 14/312.

[3] İhtilâfın vaz'ı ve tavsiyeler hakkında OSER — SCHOENENBERGER e bakınız, B. K. m. 245, not 13—20. Federal Mahkeme *LützelschWab* kararında ikinci fikre meyyal görünüyor. R, off. 1919. II. s. 124, mucip sebep I; J, Trip. 1919, s. 393.

— ve nihayet şu da sorulabilir: mevhubunleh basit bir ümit mi almıştır yoksa mirasçılarına geçebilir bir hak mı kazanmıştır, diğer bir tâbirle akdin sukutu halinde M. K. nın 515 inci maddesinin 1 inci fıkrası (T. M. K. m. 495) icrası vahibin ölümüne tehir edilmiş bütün hibelere kabili tatbik midir. Bu tefriki yapmağa muvaffak olunabilir mi? Evet, çok iyi bilenmiş bir teşrih bıçağı ile bu mümkündür. Tenfizi ölüme muallâk hibeye *sebep* olarak, tarafların hali hazırda mevcut bir alacak yaratmak suretiyle mevhubunlehin vahip zararına *hemen* zenginleşmesini temin müşterek arzusunu bulabildiğim vakit ölüm sadece bir *vadedir*; bilâkis tasarrufta bulunan kimse mevhubunlehin mamelekinde halen kendi aleyhine bir alacak ihdas etmek arzu etmeyip yalnız *rücu edilemez lehine muayyen bir malda tasarrufta bulunulan kimse* ehliyeti yaratmak istedi ise ölüm tasarrufun *illetidir*. [1] İtiraf etmek lâzımdır ki bu kabil incelikler fanilerin hepsi için kabili nüfuz değildir; bu sebepledir ki B. K. nın 245 inci maddesinin 2 inci fıkrası tarafından yapılan kısmı teşbihten ilham alarak bu kanunda bir faraziye görmek ve, ânında bir alacak vermek arzusu açıkça izhar edilmemişse, *tenfizi ölüme talik edilen bütün teberrülleri mirasa müteallik bir tasarruf* kabul etmek niyetindeyim. Eğer teberrü sarahatan mevhubunlehin vahibin ölümünde hayatta bulunması şartına muallâk ise muhakkak ki bir miras mukavelesi mevzuubahis olacaktır (Alman M. K.-nın 2301 inci maddesine bakınız). Aksine olarak daha vahip hayatta iken bir icra başlangıcı düşünülmüşse *hibe* var demektir. Meselâ: bir evlenme mukavelesinde bir babanın müstakbel geline, kızına, «münasip gürdüğü zaman tamamen veya kısmen tevdi etmek salâhiyetini muhafaza ederek» bir miktar para verdiğini ve bu zamana kadar senevî % 4 faiz ödemeği taahhüt ettiğini okuyorum. Babanın bu paranın verilmesini ölümüne kadar geciktirebilmesi imkânına rağmen, mademki faizlerin tediyesi hemen başlamaktadır, muhakkak ki burada ölüme bağlı bir tasarruf ve hattâ B. K.-nun 245 inci maddesinin 2 inci fakrasına tâbi bir hibe yoktur.

İşte bundan dolayıdır ki Federal Mahkeme haklı olarak *Hez — Gautschi* işinde (No. 17) iştira hakkının tapu sicilline kaydedilmesini hayattakiler arasındaki tasarrufun alâmeti olarak kabul etti; hakkın müessisi bu infaz başlangıcı ile gayrı menkulünde tasarruf serbestisini bertaraf etmişti.

Bu misaller, teklif ettiğimiz, tasarrufun *illetinden* istihraç olunan, kriteri haklı göstermeğe kâfi geleceklerdir. Birazdan göreceğiz ki bu kriter ölüme bağlı başkası lehine şart meselesini de aydınlatmaktadır. Bu adla bir borçluya alacaklının ölümünde mirasçı olmıyan muayyen üçüncü bir şahsa tediyede bulunacağını vadettiren mukaveleyi isimlendiriyorum.(sonu var)

[1] Fransız içtihadı tefriki yapıyor: CAPITANT, *Revue critique*, 1933, s. 106, no. 16. — PLANIOL — RIPERT — TRASBOT, *Traité Pratique*, cilt V, no. 442.

Adliyede Olaylar

Temyiz Mahkemesinden Ayrılanlar

Bu yıl temyiz mahkememizin altı sayın âzası kanunî tekaüt yaş haddini doldurmak suretile faal kaza vazifesinden ayrılmış bulunuyor. Uzun yıllar devlet ve millet haytında Adaletin gerçekleşmesi uğrunda en yüksek kaza vazifelerinde başarı ile çalışmış olan bu yüksek hâkimlerimizi Adliye Dergisi derin şükran ve saygı ile selâmlarken bütün meslekdaşlarımızın duygularına tercüman olduğuna inanır ve bu münasebetle, pek kısa da olsa haltercemelerini hatırlatmağı zevkli bir vazife sayar:

Nail Tarhan

1294 de Osmaniye'de doğmuştur. 22 Kânunuevvel 1320 de Mekteb-i Hukuk'tan mezun olmuştur. 23 ağustos 1321 de Kozan bidayet mahkemesi mustantıklığına, 12 Kânunusani 1323 de Midilli mustantıklığına tâyin ve memleketin muhtelif yerlerinde hâkim ve müddeiumumilik vazifelerini muvaffakiyetle başardıktan sonra 13 temmuz 1339 da Ankara istinaf müddeiumumiliğine, 1 mayıs 1340 da Ankara cinayet M. umumiliğine, 7 Kânunuevvel 1926 da Ankara ceza dairesi reisliğine ve 12 ağustos 1928 de temyiz mahkemesi âzalığına tâyin olunarak 1/8/1944 tarihine kadar bu vazifeyi ifa eylemiştir.

Abdürrahim Ülvi Baydağ

1292 tarihinde Malatyada doğmuştur. 3 mayıs 1320 de Mekteb-i Hukuk'tan mezun olmuştur. 2 ağustos 1320 de İstanbul beşinci sınıf zabıt kâtipliğine, 5 ağustos 1326 da Berat bidayet ceza reisliğine tâyin olunmuş, daha sonra bir çok yerlerde hâkim ve müddeiumumilik vazifelerini muvaffakiyetle ifa ettikten sonra 11 mart 1340 tarihinde temyiz mahkemesi baş müddeiumumilik 2 inci sınıf muavinliğine, 27 temmuz 1341 de baş müddeiumumilik muavinliğine, 30 eylûl 928 de baş muavinliğe ve 22/8/1932 tarihinde temyiz mahkemesi azalığına tâyin ve intihap olunarak 1/8/1944 tarihine kadar bu vazifeyi ifa eylemiştir.

Hasan Hilmi Kışlaoğlu

1295 tarihinde Elbistan'da doğmuştur. Mektebi kuzzat'dan pekeyi derece ile mezun olmuştur. 18 ağustos 1328 de Bergama kazası niyabetine, 3 haziran 1340 da Istanbul birinci sınıf sulh hâkimliğine tâyin edilmiş, memleketin muhtelif yerlerinde hâkim ve müddeiumumilik vazifelerini muvaffakiyetle ifa eyledikten sonra, 8/4/936 da Bursa Hukuk hâkimliğine, 1/9/1939 da Istanbul asliye hukuk hâkimliğine ve 29/3 942 tarihinde temyiz mahkemesi âzalığına tâyin ve intihap olunarak 1/8/1944 tarihine kadar bu vazifeyi ifa eylemiştir.

Mehmed Tevfik Edgü

1295 yılında İbrada'da doğmuştur. 21 teşrinisani 1317 de Mekteb-i Hukuk' tan iyi derece ile mezun olmuştur. 8 şubat 1318 de Yanya vilayeti İstinaf mahkemesi azalığına, 23 kânunuevvel 1323 de Hakkâri bidayet mahkemesi m. umumi muavinliğine tâyin edilmiş ve memleketin muhtelif yerlerinde hâkim ve müddeiumumilik vazifelerini başarı ile ifa ettikten sonra, 28 eylul 1338 de Adana istinaf m. umumiliğine, 24 mayıs 1341 de Antep mustakil cinayet mahkemesi m. umumiliğine, 21 temmuz 1926 de Adana ağır ceza redisliğine tâyin ve 2/1/1930 tarihinde temyiz mahkemesine âza tâyin olunarak 1/8/1944 tarihine kadar bu vazifeyi ifa eylemiştir.

Hüseyin Fevzi Onat

1295 de Hemşin de doğmuştur. 22 ağustos 1322 de Mekteb-i Hukuk' tan pek iyi derece ile mezun olmuştur. 23 ağustos 1325 de Delvine bidayet mahkemesi ceza dairesi reisliğine, 22 kânunusani 1317 de Görüce bidayet mahkemesi m. umumi muavinliğine tâyin ve memleketin bir çok yerlerinde hâkim ve müddeiumumilik vazifelerini muvaffakiyetle ifa eyledikten sonra 13 nisan 1929 da Samsun ağır ceza reisliğine, 1/2/932 de Istanbul Adlî ihtisas mahkemesi reisliğine, 5/1/1933 tarihinde temyiz mahkemesi âzalığına tâyin ve 1/8/1944 tarihine kadar bu vazifeyi ifa eylemiştir.

Rüstem Niyazi Kayalar

1295 de Serfice de doğmuştur. 322-323 senesinde Mekteb-i hukukun doktora sınıfından iyi derecede mezun olmuştur. 27 Mart 1327 de adliye nezareti memurin müdüriyeti kalemi mülâzımlığına, 3 Mart 1338 de Üsküdar bidayet mahkemesi müddeiumumi muavinliğine tâyin edilmiş, memleketin bir çok yerinde muvaffakiyetle hâkimlik ve müddeiumumilik vazifelerini ifa ettikten sonra 11 Haziran 1926 da İstanbul müddeiumumilik muavinliğine, 24-2-1932 de temyiz mahkemesi başmüddeiumumilik I inci sınıf muavinliğine, 20-11-938 de Edirne hâkimliğine, 11-9-1941 tarihinde Trabzon ağır ceza reisliğine, 29 3-1942 de temyiz mahkemesi âzalığına intihap ve tâyin ve 1 8-1944 tarihine kadar bu vazifeyi ifa eylemiştır.

Temyiz Mahkememizin Yeni Âzaları

Temyiz mahkememize kanuni şartları haiz birinci sınıf hâkimlerimizden beş âza iltihak etmiş bulunuyor. Adliye dergisi, kazaî teşkilâtımızın en yüksek makanizmasına katılan güzide adliyecilerimizi kutlar ve bu münasebetle, pek kısa da olsa, hal tercümelerini hatırlatmağı zevkli bir vazife bilir.

Fazıl Soruşbay

1300 tarihinde Romanya'da Miskaliye de doğmuştur. İstanbul 6 Mart

1325 tarihinde âlâ derecede mezun olmuştur. 29 Mayıs 1323 tarihinde İstanbul Heyeti ittihamiye kalemi mülâzımlığına, 25 Kânunuevvel 1325 tarihinde Geyve bidayet mahkemesi müddeiumumiliğine tâyin edilmiştir. Bundan sonra memleketin muhtelif yerlerinde hâkim ve müddeiumumilik vazifesini ifa eylemiş, 2 6 1931 tarihinde İstanbul hukuk mahkemesi âzalığına, 29 12 1936 tarihinde İstanbul asliye hukuk reisliğine, 1 9 1939 da İstanbul dördüncü ticaret mahkemesi reisliğine tâyin edilmiş ve 29 7-1944 tarihinde temyiz mahkemesi âzalığına tâyin ve intihap edilmiştir.

Cemil Altay

1306 yılında İstanbul'da doğmuştur. İstanbul hukukundan 31 Kânunuevvel 1334 tarihinde iyi derece ile mezun olmuştur. 3 Teşrinisani 1335 de Balya bidayet mahkemesi hâkim muavinliğine tâyin edilmiş, memleketin muhtelif yerlerinde muvaffakiyetle hâkim ve müddiumumilik vazifelerini ifa ettikten sonra 12-10 1933 tarihinde Bursa müddeiumumiliğine, 7 12 1934 tarihinde Trabzon adlî ihtisas mahkemesi müddeiumumiliğine, 22.6-1936 tarihinde Bolu, 10-1-1938 tarihinde Balıkesir, 29-11 1940 tarihinde Ankara cumhuriyet müddeiumumiliğine ve 29 7 1944 tarihinde temyiz mahkemesi âzalığına intihap ve tâyin edilmiştir.

Talât Tokuz

1312 yılında Kilis'de doğmuştur. 28 Ağustos 1339 tarihinde mektebi mülkiyeden ve 15 Teşrinievvel 1339 tarihinde hukuk fakültesinden pek iyi derece ile mezun olmuştur. 11 Teşrinisani 1339 tarihinde Garbî Karaağaç müddeiumumiliğine tâyin edilmiş, memleketin muhtelif yerlerinde hâkimlik ve müddeiumumilik vazifelerini muvaffakiyetle ifa ettikten sonra 27 Şubat 1929 da Kilis müddeiumumiliğine, 22-2 1930 tarihinde Adana icra reisliğine, 3 3-1932 tarihinde Ankara hâkimliğine, 29 12 1936 tarihinde Ankara icra hâkimliğine ve 28-7 1944 tarihinde temyiz mahkemesi âzalığına intihap ve tâyin edilmiştir.

Mehmet Muhittin Yüm

1303 tarihinde İstanbul da doğmuştur. 1 Eylûl 1325 tarihinde Muhallefatı umumiye kassamlığı birinci sınıf kâtipliğine, 8 Ağustos 1338 de İstanbul ve mülhakatı sulh hâkim muavinliğine tâyin edilmiş, memleketin muhtelif yerlerinde hâkim ve müddeiumumilik vazifelerini muvaffakiyetle ifa ettikten sonra 23 8 1932 tarihinde Eskişehir hukuk hâkimliğine, daha sonra Ankara hukuk hâkimliğine ve 29-7-1944 tarihinde temyiz mahkemesi âzalığına intihap ve tâyin edilmiştir.

Mehmet Ali Yeğit

1307 de İstanbul'da doğmuştur. Darülfünun hukuk fakültesinden 4 Kânu-

nusani 1336 tarihinde iyi derece ile mezun olmuştur. 3 Kânunuevvel 1338 tarihinde Karaman müddeiumumiliğine tâyin edilmiş, memleketin muhtelif yerlerinde hâkim ve müddeiumumilik vazifelerini muvaffakiyetle ifa ettikten sonra 23-8-1932 tarihinde Ankara âzalığına, 11-7-1937 de temyiz mahkemesi raportörlüğüne, 17-4-1939 da Ankara ticaret mahkemesi reisliğine ve 29-7-1944 tarihinde temyiz mahkemesi âzalığına intihap ve tâyin edilmiştir.

Ali Rıza Yardım

1304 tarihinde Dinar'ın Poatlı nahiyesinde doğmuştur. 19 mart 1330 tarihinde mekteb-i hukuktan karib i âlâ derece ile mezun olmuştur. 10 kânunsani 1337 de Alâiye bidayet mahkemesi müddeiumumiliğine tâyin edilmiş, muhtelif yerlerde hâkim ve müddeiumumilik vazifelerini muvaffakiyetle ifa ettikten sonra Mersin hukuk hakimliğine, temyiz mahkemesi raportörlüğüne, Ankara ve İzmir hukuk hakimliğinde bulunmuş ve 29 7-1944 tarihinde temyiz mahkemesi âzalığınana intihap ve tâyin edilmiştir.

Çocuk Islah Evi Genişletiliyor

Türk ceza kanununun 54. m. sine göre mahkûm edilmiş olan çocukların, cezaları katileşir katileşmez kanunun derpiş ettiği müesseseye nakillerini temin için vekâletçe Ankarada Kalabadaki ıslah evinin tevsiine karar verilmiş ve yeni binanın temelleri 2/9/1944 Cumartesi günü bizzat sayın adliye vekili ALİ RIZA TÜREL tarafından atılmıştır.

Mahkûm çocukların içtimai bedenî ve ahlâki terbiyesini, umumi ve teknik manada yetişmesini gaye edinen ve tam mânasile bir okul mahiyetini arzeden çocuk ıslah evi'ine ilâve edilen yeni binalar, mahkûm çocuklar için yatakhane, yemekhane, çamaşırlık ve saireyi ihtiva etmekte ve cem'an 250 mahkûm çocuğu alabilecek vüsattedir. Yeni yapıların tamamen ve yalnız inşaat ceza evi mahkûmları tarafından yapılması da bu teşebbüse hususi ve sembolik bir mâna vermektedir.

Bu suretle, temeli atılmış bulunan yeni yapılar, ıslah evine alınma vasıflarını haiz bütün mahkûm çocukların ıslah ve terbiye esaslarına göre yetiştirilmesini mümkün kılmaktadır.

Mevzuat arasında

Her şeyden önce adliyecilerimizin ihtiyaçlarını karşılamağı amaç bilen Adliye Dergisi, bundan böyle, adliyeyi ilgilendiren kanun, nizamname ve tamimlerin özünü nakledecek,bu suretle kendilerini alâkadar eden mevzuattan yakından haberdar etmek suretile okuyucularına daha faydalı olmağa çalışacaktir.

KANUNLAR ARAASINDA

Millî Korunma Kanununda Değişiklikler

İkinci cihan harbinin ortaya attığı olağan üstü durum ve ihtiyaçları karşılamak üzere tanzim edilmiş bulunan Millî K. K. 11/8/1944 tarihinde neşredilen 4648 sayılı kanunla oldukça mühim bir tadile uğramıştır. Değiştirilen maddeler şunlardır: 6,7,8,9,11,12,13,14,20,21,22,23,26,27,28,29, 30,31,32,33,34,35,36,37,38,39,42,53,54,55,56,57,58,59,62,63,64,65,66,67,68,69, uncu maddeler. Yeni kanunun 67. maddesine göre adliye vekâleti lüzum görülen yerlerde, bu kanununla 1609 ve 4237 sayılı kanunların hükümlerine giren suçlara, bu kanun hükmünce resmî evrak ve vesikalardan sayılan evrak ve vesikalar üzerinde işlenen suçlara M. K.K. 64. maddesinde yazılı memurların işledikleri suçlara taallûk eden dâvaları ve bu dâvaların görüldükleri sırada işlenen yalan yere şahadet suçlarına müteallik dâvaları görmek üzere hâkimler kanununun her sınıf veya derecesindeki hâkimlerden müteşekkil olarak toplu veya tek hâkimli Millî korunma mahkemeleri kurabilir. Adliye vekâleti bu mahkemelere ikinci sınıfta bulunan ve mümeyyize namzet gösterilmiş olan hâkimleri terfian ve birinci sınıfta bulunan hâkimleri naklen tâyin edebileceği gibi kadrodaki her dereceden maaşlar karşılık tutulmak suretile daha aşağı derecelerdeki hâkimleri de tâyin edebilir. Bu mahkemelerin lâğvı halinde Temyize namzet hâkimlerden bu mahkemelere terfian tâyin olunanlardan açıkta kalanlar müktesep hakları mahfuz kalmak şartile ve kendi muvafakatlarile dördüncü derecedeki bir hâkimliğe de tâyin olunabilirler. Bu mahkemelerde vazife alan hâkimlerin, müddeiumumilerin ve kâtiplerin maaşları bu kanunun 43 üncü maddesindeki sermayeden ödenir ve bu vazifelerin devamı müddetince de kendilerine yine bu sermayeden maaşlarından gayrı adliye vekâletince tensip ve baş vekilce tasvip olunacak aylık maktu tazminat verebilir. Bu mahkemelerin ilgası halinde 2556 sayılı kanunun 79 ve 80 inci maddeleri mucibince alâkalılara tediye olunacak maaşlar bu kanunun 43. maddesindeki sermayeden ödenir. Adliye vekâleti Millî Korunma Mahkemelerinden ve bu mahkemelerin kurulmadığı mahallerde bu işlere bakmak üzere salâhiyetli kılınan mahkemelerden verilen hükümleri tetkik etmek üzere temyiz mahkemesinde hususi bir daire teşkiline ve bu daireye lüzumu kadar raportör tâyinine de salâhiyetlidir. Bunların maaşları 43. maddedeki sermayeden ödenir.

TAMİMLER ARASINDA :

Avukatlık kanununun 104 M.

Avukatlık K. m. 104 e göre haklarında meslekten çıkarma cezası veya rüşvet, sahtekârlık, sirkat, dolandırıcılık, emniyeti suiistimâl ve yalan yere şahitlik cürümlerinden dolayı son tahkikatın açılması kararı verilenlerin işten men edilmeleri mecburidir. Bu bir disiplin cezası değildir. Gerek dâva vekillerine, gerek mahallî müddeiumumilere itiraz hakkı verilmemiştir. Ağır ceza mahkemesi de bu kabil itirazları tetkika ve kararı değiştirmeğe salâhiyetli değildir. (HU. İŞ. U.M. 26/7/944).

Avukatlık kanununun 90.m. e

Avukatlık K. m. 90 e göre, vekâlet baro idare meclisleri üzerin deki mürakabe hakkını en yüksek dereceli hâkim marifetile kullanır. Bunun için idare meclislerince disiplin tahkikatına mahal olmadığı hakkında verilecek kararların, C.M.U. liğine tebliğinde iyice tetkik edilerek uygun görülmediği takdirde itiraz haklarının kullunılması ve itiraz etmedikleri takdirde sebebinin vekâlete bildirilmesi, bu kabil kararların barolarca C.M.U. si ile şikâyetçiye tebliğine itina olunması, itiraz yapılmadıkca evrakın yüksek dereceli hâkime tevdi edilmemesi, disiplin takibatının açılmasına mahal olmadığına dair kararlar katileştikten sonra neticenin vekâlete bildirilmesi icap eder. (Hu. İŞ.U.M, 26/7/944).

İcra ve İflâs Kanununu — Posta Masrafı (M. 58)

İcra ve iflâs kanununun 58 inci maddesine göre alacaklı yapılmasını istediği muamelenin masrafını peşin vermelidir. Şu halde, haciz isteyen alacaklının, haczin ifasına müteallik masrafları ve bu arada istinabe müzekkeresile cevap yazısının ve posta ile muhabere yapılan yerlerde istinabe edilen icra dairesinin ait olduğu dairelere yazacağı haciz yazılarının tâbi olduğu posta masrafını peşin vermesi iktiza eder. Posta idaresinde vukuu muhtemel ziyaa meydan verilmemek için bu gibi evrakın posta ücretinin iadeli ve taahhütlü olarak tesviyesi alâkalıların menfaatları icabındandır. Binaenaleyh keyfiyetin talepte bulunan ve masrafı ödemesi lâzım gelen alâkalıya anlatılarak taahhütlü göndermeğe razı olanlardan taahhüt ücreti ve bu ücreti vermiyenlerden âdi posta ücreti alınmak lâzımdır (HU. İŞ. U. M.— 14/7/1944).

İcra ve Mahkeme Harçları. (Tarım kredi kooperatifleri)

Tarım kredi kooperatiflerinin kanunen icra ve mahkeme harçlarından muaf tutulmuş olduklarını kabule imkân yoktur (3/5/944 tarihli tevhidi içtihat kararına atfen : Hu. İş. U. M. : 29/6/944).

Harç Tarifesi Kanunu —

İcra takiplerinde tahsil olunan paranın alacaklıya tediyesi sırasında takip masraflarının çıkarılarak geri kalan miktarın tahsil harcına esas tutulması icap eder (Hu. İş. U. M. : 12/7/944).

Damga Resmi Kanunu

Keşif kararlarından Damga K. nun değiştirilen m. bend 45 mucibince damga resmi alınması icap eder (Hu. İş. U. M. : 29/6/944).

Soy Adı Kanunu

Adliyeye intikal eden işlerde dâvacı, maznun, maktul, şahit ve ehli hibre gibi dâvada ilgili bulunan kimselerin soy adları behemahal yazılmak suretile 2525 sayılı soy adı kanununun tamamen tatbiki icap eder (C. İş. U. M. 14/8/1944).

Temyize Gönderilecek Ceza Dosyaları

Aleyhine temyiz yoluna müracaat olunan ceza hükümlerine ait dosyaların, tebliğnameleri yazılarak ait olduğu dairelere tevdi edilmek üzere C. Baş müddeiumumiliğine gönderilmesi lâzımdır (C. İş. U. M. 28/11/941 tarihli tamime atfen 16/8/1944).

Askerlerin Fakirlik İlmühaberleri

Hazarda veya seferde silah altına çağrılan muvazzaf veya ihtiyat eratın hukuk usulü muhakemeleri kanunile ceza muhakemeleri usulü kanunundaki muameleler sebebile ibraz edecekleri fakirlik ilmühaberleri bölük komutanları veya bulundukları müessese âmirleri tarafından da verilebilir (C. İş. U. M. 24/7/1944).

Bibliyografya

ORD. PROF. BAHA KANTAR: *Ceza Muhakemeleri Usulü. Birinci kitap: Umumi hükümler.* İstanbul, 1944, 262 sahife, 375 kuruş (Akay kitapevi, Ankara).

Hukuk kütüphanemiz bugünlerde yayınlanan çok değerli bir kitapla zenginlemiş bulunmaktadır. Ankara Hukuk Fakültesinin Ceza hukuku ordinarsyus profesörü Baha Kantar «Ceza Muhakemeleri Usulü» adlı eserinin umumi hükümlerden bahseden birinci kitabının ikinci tabını neşretmiştir.

Bilindiği gibi bu eser ilk defa 1935 senesinde basılmıştı. Fakat gerek kitap mevcudunun az zamanda tükenmiş ve gerek Ceza muhakemeleri Usulü Kanunumuzun bu tarihten sonra müteaddit tadiller geçirmiş olması, kitabın ikinci tabının yapılmasını adeta zaruri kılmıştı. Bunun içindir ki sayın Profesör kanunlarımızdaki en son değişiklikleri nazara almış ve 1935 den bugüne kadar geçen zamandaki Türk ve Alman mahkeme içtihatlarının seyrini ve Adliye Vekâleti Ceza İşleri Umum Müdürlüğünün mütalâalarını takibederek bir çok ilâvelerle adeta yeni baştan bir kitap yazmıştır.

Türk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hakkında neşredilmiş olan bu yegâne şerhin nekadar büyük bir ihtiyaca cevap verdigini kitapsızlıktan çırpınan meslektaşlarımıza hatırlatmağı zait buluyoruz. Filhakika, sayın Müellif büyük bir tevazu ile "bu eser tam manasile kanunun bir şerhi değil, belki bir kılavuzdur" diyor. Fakat kitapta kanunun hiç bir maddesi, hatta hiç bir fıkrası ihmal edilmemiştir. Mümkün olduğu kadar açık ve herkesin anlıyabileceği surette yazılmış ve hemen hemen her mesele hakkında bir veya bir kaç misal gösterilmiştir. Her bahis tasnif metoduna tâbi tutulmak suretile tatbikatçılara büyük bir kolaylık gösterilmiştir.

Kitap bir başlangıç ve on bir fasıldan mürekkeptir. Başlangıç vazifeye tahsis edilmiş, bu kısımda umumi ve hususi mahkemelerden bahsedilmiştir. Fasılların sırasile başlıkları şunlardır: 1) Umumi mahkemelerin vazife sahaları, 2) salâhiyet mefhumu, 3) Hâkimin dâvaya bakamaması ve reddi, 4) Adli kararlar, tefhim ve tebliğ, 5) Mehil ve eski hale getirme, 6) şahitler, 7) Ehli hibre ve keşif, 8) Zabıt ve arama, 9) Tevkif, muvakkat yakalama, salıverme, 10) Maznunun sorgusu, 11) Müdafaa.

361

Salâhiyetli bir kalemin veciz bir üslupla yazdığı bu faydalı kitabı bütün hukukçulara samimiyetle tavsiye ederiz.

Dr. Nurullah KUNTER

MUHSİN TUNÇER (Hatay Cumhuriyet Müddeiumumi Muavini): ***En son tadillerine göre gümrük ve inhisar kaçakçılık kanunları.*** İstanbul, 1944, 166 sahife, 3 lira.

Kaçakçılık kanunlarının ne kadar mütenevvi oldukları ve ne kadar tadil geçirdikleri malûmdur. Bunların tatbikile iştigal edenleri aramak külfetinden kurtarmak ve maddeler altına Temyiz Mahkemesi içtihatlarını ve Adliye Vekâleti mütalâalarını koymak suretile bu kanunların tatbikatını kolaylaştırmak gayesile Hatay Cumhuriyet Müddeiumumi Muavini Muhsin Tunçer gümrük ve inhisarlara ait kaçakçılık kanunlarile inhisar kanunlarını, Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki kanun ve kararnamelerin en son tadillerini bir kitap halinde neşretmiş bulunmaktadır. Eser çok itina ile ve temiz basılmıştır. Bu kitabın her hukukçuya, fakat bilhassa bu kanunların tatbikile iştigal eden hâkim ve müddeiumumilerle, gümrük ve inhisar mensuplarına çok faydalı olacağına emin bulunuyoruz.

N. KUNTER

Prof. KEMAL ARAR —*İcra ve İflâs Hükümleri. Cilt 1: İcra.* Ankara ideal basım ve. cilt evi· 1944, 385 sahife, 6 lira

Büyük hukuk inkılâbından sonra kabul edilen ana kanunlarımız içinde, daha neşrinden itibaren şikâyetlere yol açan, bir çok tadillere uğrayan ve hâlâ da zaman zaman tadili bahis mevzuu olan bir kanunumuz vardır: İcra ve İflâs kanunu. Bu kanun münasebetile yapılan tenkitler çok ve çeşitlidir. Bunların içinde doğru olan bir hususun bulunduğu muhakkak: Kanun oldukça müphem ve hayli eksiktir. Takip hukuku sahasında nazarî ve amelî eserlerin nisbeten az oluşu bu kanunun iyice anlaşılmasını ve hakkile tatbik edilmesini zorlaştıran, kanunun talihsizliğini artıran sebeplerin başında gelen âmillerdendir.

Bu itibarla Devlet Şûrası dördüncü daire reisi ve Siysal Bilgiler Okulu Ticaret ve takip hukuku profesörü sayın Kemal Arar tarafından bir müddet önce neşredilen (İCRA ve İFLÂS HÜKÜMLERİ) nin icra hukukuna ayrılan ilk cildi her şeyden önce, tam zamanında gelen bir eser vasfını taşıyor. Diğer taraftan kanunumuzun mehazı olan İsviçre de geçirdiği tahsil hayatı, daha sonra yaptığı tetkik seyahati ve İs-

tanbul icra reisliği vazifesi, bir müddetten beri Siyasal Bilgiler okulunda takip hukuku tedris eylemesi, müellife bu sahada tam bir ihtisas temin etmiş bulunuyordu.

Eserde dikkati çeken ilk husus, bütün meselelerin gayet açık bir şekilde izah edilmiş olmasıdır. Müphem ve haddi zatinde oldukça güç hususlar bile zihinde hiç bir tereddüde mahal bırakmıyan bir vüzuha kavuşmuştur. Misal olmak üzere haciz, haczi caiz olmıyan şeyler (s. 211 vd.), iştirak hissesinin haciz ve satışı (s.273), gayri menkullerin satışı (s.273) bahislerini zikredelim. Bu itibarla okuyucu bu eserde, artık hakkile bizar olduğu mefhum hazımsızlıkları, tercüme kokusu ve dil mantıksızlıklarından eser bulmamakla derin bir nefes alacaktır.

Diğer taraftan, bu eser yalnız müesseseleri izah etmekle kalmıyor, onların bizde nasıl tatbik edildiğini ve Temyiz mahkemesince nasıl anlaşıldığını da gösteriyor. Bu tatbikatı tasvip, veya tenkit ediyor. Misal olmak üzere, borçlu tarafından vaki teslimat üzerine bankaya yatırılan mevduatı alacaklı hesabına değilse de, devlet hesabına faiz işlemesine ait tenkidi, red kararına müteallik 10 uncu madde hükmünün tetkik mercii vazifesini gören hâkimlere de sari olmasına müteallik düşünceyi ve bilhassa iştirak halindeki hissenin haciz ve satışını, nihayet ilâmlı icrada vekâlet ücreti meselesine ait mütalâaları zikredebiliriz (Bu hususta diğer misaller için bak: s. 139, 144, s. 161, s. 151 (İsviçre doktrininde hâkim kanaatin bizde tatbik edilemiyeceği izah edilmiştir). s. 224.

Diğer bir nokta: Bir çok hallerde İsviçre icra ve iflâs tatbikatından alınan misallerin faydalı bir örnek olarak kitapta yer aldığını görüyoruz. Gecikmiş itiraza ait bir Nöşatel dosyası (s. 134), ödeme yerine alacağın devri için kullanılan formül (s. 266), gayrimenkullerin satışı (s. 280) gibi ...

Nihayet bu eser, İsviçre icra ve iflâs kanununun anlaşılması ve iyi tatbik edilmesi için elzem olan Federal mahkeme nizamname ve tamimlerinin mutlaka dilimize çevrilerek kanun veya nizamname şeklinde mevzuatımız arasında yer almasındaki fayda hatta zarureti açıkça ortaya koyuyor. Filhakika müellif bir çok meselelerin izahında bu nizamnamelere dayanmış ve bunların tercümesindeki faydaya işaret etmiştir. Eserin münderecatına gelince: *Birinci bap*: Teşkilât ve muhtelif hükümlere ayrılmıştır. Burada teşkilât ve işleyişi, icra ve iflâs dairelerinin işleyişi, memur ve müstahdemlerinin mesuliyeti, icra dairelerinde takip olunacak usul kaideleri, icra işleri ile alâkalı hâkim ve mahkemeler, muhakeme usulü, şikâyet, *İkinci bapta:* İlâmların icrası ve gayrimenkul tahliye ve

teslimi müşterek hükümler, *Üçüncü bapta:* İlâmsız takip ve bu münasebetle takibin muhtelif tarzları, icra talikleri. Ödeme emri ve itiraz, itirazın hükmü, iptali, borçlunun diğer müdafaa vasıtaları, *Dördüncü bapta:* Haciz yolu ile takip, *Beşinci bapta:* rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip, *Altıncı bapta:* Âdi kira ve hasılat kiraları hakkında hususi hükümler, *Yedinci bapta:* İhtiyati haciz, tetkik edilmiştir.

F. A.

PROF. ROGER BONNARD (Çeviren: **ZİYA YÖRÜK**) *İDARİ KAZA* Ankara 1944 192 Sahife, 3 lira.

Profesör ROGER BONNARD önce, bu asrın başında Fransız idare ve âmme hukukunda bir nevi ihtilâl yaratan DUGUİT'nin tesiri altında kalmış ve onun fikirlerini inkişaf ettirmişti. Fakat daha sonra, hakikî şahsiyetine kavuştu ve bir çok hususlarda üstadının ana telâkkilerini dikkatle tahlil ve tenkit ederek değerli eserler meydana getirdi.

Ankara mebusu *Ziya Yörük* tarafından büyük bir başarı ile dilimize çevrilaen İdarî Kaza adlı eser profesörün artık klasik olmuş idare hukuku ünvanlı eserinin 1940 da Pariste yapılan üçüncü basımının bir kısmıdır.

Kazai hayatımızda gittikçe daha mühim bir yer işgal eden idari kaza esaslarının daha iyi anlaşılmasına hizmet edeceği muhakkak bulunan bu eser bir başlangıç ile beş kısımdan müteşekkildir. Birinci kısımda: idari kaza teşkilatına ait prensipler (idari kaza veya idari yol, kazai yolun teşkilâtı, fransız idare kazasının umumî vasıfları), ikinci kısımda: idare mahkemelerinin menşei (kuvvetlerin tefrikına ait telâkki ve tefsirler, bu telâkki ve tefsirlerin sebepleri), üçüncü kısımda idare mahkemelerinin teşkilâtı (teşkilât prensipleri, devlet şûrası, vilâyet idare heyetleri, müstemlekelerin idari kaza selâhiyetini haiz heyetleri), dördüncü kısımda: idare heyetlerinin salâhiyetleri (tâyin usulleri, idari dâva hakkında selâhiyete ait umumi kaideler, içtihat tarafından yapılan istisnalar, salahiyet ihtilafları ve ihtilaf mahkemesi, idarenin hukuki mesuliyetleri hakkında salâhiyet), beşinci kısımda: devlet şûrasında tam kaza dâvasile salâhiyet tecavüzü davası (bu iki dâva arasındaki farklar, tam kaza dâvası; salâhiyet tecavüzü dâvası) bahisleri tetkik edilmiştir. F.A.

İMRAN ÖKTEM: *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İçtihatlar*(yeni ilâvelerle ikinci basılış). Cumhuriyet matbaası İstanbul 1944, 451 sahife, 4 lira.

Ankara asliye 3. Hukuk hâkimi İmran Öktemin kitabı kendisinden vaz geçilmiyen bir çalışma aleti hüviyet ve değeri almış bulunuyor. Bunun sebebi muhtelıftir. Esas itibarile, 1925 tarihli Nöşatel kanunundan iktibas edilen hukuk usulü muhakemeleri kanunu neşrinden sonra muhtelif ve oldukça ehemmiyetli *tadillere* uğramıştır. Bu tadilleri içine alan bir metne ihtiyaç hukukçu ordusunun her gün biraz daha çoğalması yüzünden şiddetle kendini hissettirmeğe başlamıştır. Diğer taraftan, kanunun 18 yılı bulan tatbikat yıllarında yüksek *Temyiz mahkemesi* bir çok maddelerin bulanık ve şümul sahası iyice anlşılamıyan hükümlerinin asıl mâna ve değerini, artık az çok sabit bir hal alan içtihatlarile tesis ve tesbit etmiş bulunuyor. Oradaki bu içtihatları bilmeden kanunun anlaşılması ve tetbikı şimdiden çok zorlaşmıştır. Bütün bu içtihatları emek sarfederek toplamak, incelemek tammen veya kısmen değişmiş kararları bir tarafa attıktan sonra içtihadi değer taşıyanları kısa ve açık bir ifade ile tesbit etmek bir zaruret halini almıştır.

Fakat, hukuk usulü muhakemeleri kanununu tatbik eden yalnız adliye mahkemelelri değildir: *Devlet şûrası* kanunu adı geçen kanuna bir çok atıflar yapmış ve devlet şûrasınca da kısmen tatbik edileceğini göstermiştir. Bu itibarla büyük idari mahkememizin içtihat ve tefsirlerinin bu kanunla ilgili olanları da çok alâka bahşolurdu.

Nihayet, mahkemelerin tatbikatında *adliye vekâleti tarafından yapılan tamimlerin de*, bir nevi tavsiye ve yardım mahiytinde olsa da, büyük tesiri olduğu muhakkaktır.

İşte İ.Öktemin ilâvelerle ikinci basımını yaptığı kitabı, bu sayılan ihtiyaçları göz önünde bulunduran ve «hukukun canlı sesi» olan mahkeme içtihatlarile temas imkânını veren gerçekten faydlı bir eser mahiyetini haiz bulnuyor. **F.A.**

İZZET GÖZÜBÜYÜK— *Umumi ve hususi istimlâk hükümleri, şerh ve izahı* - Ankara 1944 İdaal matbaa 206 sahife, 2 lira.

Âmme hizmetlerinin lâyıkile yürütülebilmesi, umumi menfaatın icabında hususi menfaata üstün tutulabilmesi gayesini gerçekleştiren istimlâk müessesesinin devlet hayatında arzettiği ehemmiyet izahtan müstağni bırakacak kadar büyüktür. Fakat bukadar ehemmiyetli bir müessese, aralarında ahenk ve irtibat bulunmıyan muhtelif sebep ve zaruretler ilcasile neşredilen kırk kadar kanunla ayrı ayrı tanzim edilmiş bulunmakta ve bundan da tatbikatta sonsuz güçlükler doğmaktadır.

İZZET GÖZÜBÜYÜK'ÜN kitabı bu zorlukları kısmen olsun önlemek ve hiç olmazsa dağınık ve insicamsız istimlâk mevzuatını bir arada tetkik ve mukayese imkânını vermektedir.

793

Eserin birinci kısmında istimlâkin mâna ve ehemmiyeti, lüzum ve gayesi, mevzuu, istimlâkin idari safhası, itiraz ve temyiz yolları (istimlâk kararnamesine, belediye, Erzincan istimlâk kanununda, D.D.Y. Millî müdafaa, köy okulları istimlâk kanunlarına ve köy kanununa göre itiraz ve temyiz), istimlâk bedelinin tâyini usulleri (sübjektif ve objektif usuller, D.D.Y. ve M.M. ,Erzincan, orman kanunun muvakkat 1.m. göre yapılacak istimlâke esas olan kıymet) bina ve arazi vergisine matrah olan irat ve kıymetlere toplu bir bakış, istimlâkten vaz geçme halleri muhtasar, fakat müfit bir şekilde anlatılmıştır. Eserin ikinci kısmı, başta 1295 tarihli istimlâk kararnamesi olmak üzere istimlâkle ilgili bütün kanun, karar, tefsir, temyiz mahkemesi ve devlet şûrası kararlarını toplu bir halde ihtiva etmektedir. F.A.

DR. FERİT AYITER — *Yabancı kanunların alınması ve Millî hukuk.* (Medeni kanunun onbeşinci yıldönümünden ayrı bası). Kenan matbaası 170 215 sahifeler.

Müellif alâka veren incelemesinde, başta Medeni kanun ve borçlar kanunu olduğu halde başlıca kanunlarımızın yabancı devletler hukuki mevzuatından alınması münasebetile, resepsiyon (yabancı kanunların alınması) hâdisesinin mahiyetini izah eylemektedir. Bu izahın ilmî veya tarihî olmaktan ziyade hukuk filozofisine dahil bulunduğuna işaret eden Dr. AYITER'e göre asıl mesele, nasıl olupta «bir milletin kendi hukukî mevzuatının başka bir milletin kendi hukukî mevzuatına kaynak teşkil eylediği meselesidir. Müellife göre muhtelif hukukî kaynaklara dayanan yeni hukukumuzu müttehit bir sistem haline getirebilmek için ana bir fikre bağlılık lâzımdır. Bu ana fikir Kemalizmdir. Bundan sonra resepsiyon hakkındaki muhtelif görüşleri gözden geçiren müellif, islâm hukukunun ve Roma hukukunun resepsiyonu üzerinde duruyor ve«bir millet hukuk sahasında kendi millî varlığını sarsmıyacak surette istianede bulunabilir. Bu da ya millî hususiyetleri olmıyan umumî hukuk kaidelerinin veya hukukun inkişafında faydalı bir unsur olmak üzere başka milletlere ait kanunların alınmasile vukua gelir» neticesine varıyor. Holdack'ın hukuk ile hukukî şe'niyet arasında fark gözeten görüşünü tenkit ettikten sonra hukukî şeniyet meselesi üzerinde duran ve dikkate değer tahliller yapan müellif «hukukî inkılâbımızın gayesi, inkılâpçı ana umdelere göre hukukumuzu geliştirmektir. Bu gelişecek ve yüksek olan hukuk, millî hukukumuzdur. Bize bu hususta kuvvet veren kaynak, Türk milletinin ruhunda yaşıyan hukuk fikri ve kanaatidir.» neticesine varıyor. F. A.

Siyasi İlimler Mecmuası (Haziran 1944, sayı 159).

Ciddî ve değerli mecmuanın son sayısında ***Muslih Ferin*** Milletler Arası iş teşkilâtı ve Filadelfiya konferansı, N. Z. ARAL'ın Hazine, HA. Kuyucak Dünya teşkilâtı karşısında Britanya imparatorluğu , H. Reşit Öymen'in İngiltere'nin yeni maarif kanunu münasebetile, Dr. C. Eruğ'un mekteplerimizde ve hayatımızda hijyen fikri, H. Ş. Adal'ın siyasi ilimlerde terimler: kabine hükümeti. Teşriî çalışmalar: Barem kanununda tadilât, Burhan Belge: H.A Kuyucak: Barem kanununda tadilât— Burhan Belge: Avrupanın istilâsı — Dr. H. Belbez: Türk hukuk kurumunda bir konferans — H. Ş. A. :Radyo saati konuşmaları. F. A.

Son İçtihatlar (Neşredenler: Fevzi Muhip Alperen, Necati Volkan, Y. Şekip Musluoğlu) — Sayı: 4. 50 kuruş.

Temyiz mahkemesinin son içtihatlarını takdire lâyık bir şekilde tasnif ve telhis eden bu dergi, kararın temas ettiği meseleleri tebarüz ettiriş tarzı ile temayüz eden faydalı faaliyetine muntazaman devam etmektedir. F. A.

Hukuk Dergisi (Temmuz 1944, sayı 4). —Neşriyatına muntazaman devam eden Ankara'lı mecmuanın son sayısında ***Çetin Ardalı***'ın Millî korunma kanununda fatura meselesi; ***Vahap Bucak***'ın evlenmek istiyen subaylardan kimler izne tâbidir?; Dr. Z. ***Çandarlı***, borçlar hukukundaki akitlerde müruru zaman bahsi; ***Kemal Demiroğlu'nun*** temyiz mahkememizin tahliye salâhiyeti yazılarile bibliyografya, son aylarda çıkan kanunlar ve kararlar, 1515 sayılı kanuna ait tevhidi içtihat zabıfları, temyiz mahkemesinin kararları, idarî kararlarını buluyoruz. Derginin fiyatı 50 kuruş, abonesi 5 lira, Posta kutusu 463, Ankara. F. A.

ÂKİL ÖNDER— *Vasiyet Hukuku* (Ankara 1944, Sahife 192, Kr. 250 (Akba kitapevi, Ankara)

Vasiyet, insanların asil ve temiz duygularına dayanan bir tasarruftur. Kaynağı minnettarlık, şefkat ve teavün gibi necip duygulardır.

Medeni kanunumuzun hiç işlenmemiş olan bu kısmını ele alan Ankara sulh hâkimlerinden Âkil Önder nazariyat ve tatbikatı mezcederek «Vasiyet hukuku»nu müstakil bir eser olarak yayınlamıştır.

Eserin baş tarafı vasiyet müessesesinin tarihçesine hasredilmiş fakat Roma ve İslâm hukukundaki vasiyet müessesesi ayrı ayrı bahislere bölünerek izah olunmuştur.

Müellifin önsözünde beyan eylediği veçhile bugün hâlâ tatbik mevkiinden tamamen kalkmamış bulunan vasiyete müteallik eski hükümleri ihtiva eden ve genç hukukçularımız tarafından okunup kavranması kolay olan bir eser mevcut olmadığından bu eser tatbikatta bu yönden duyulan ihtiyacı tamamile karşılamaktadır. Bundan başka vasiyet müessesesi hakkında müstakil bir eser bulunmadığından ve medeni kanunda vasiyete mütedair hükümler mirasçı nasbına müteallik hükümlerle terekeye ait maddeler arasına karışmış olduğundan bunların tatbikatta kolayca bulunması ve anlaşılması güçtür. Bunu önlemek için medeni kanunun vasiyete müteallik hükümleri diğer hükümler arasından ayrılarak müstakil bir şekilde izah edilmesi tatbikat bakımından hukukçular için büyük faideyi haizdir.

Eserde vasiyetin şekilleri ve nevileri de etraflıca izah edilmiş ve temyiz kararları ilâve olunmak suretile mevzuun daha iyi kavranmasına çalışılmıştır.

Değerli eser başlıca şu bahisleri ihtiva etmektedir: Vasiyetin tarihçesi, Roma ve İslâm hukukuna göre vasiyet, Medeni kanuna göre vasiyet, ehliyet ve temyiz kudreti, idare muhtariyeti, bittemsil veya bilvekâle vasiyetin caiz olup olmadığı, millî menfaatları tehdit eden vasiyetnamelerin muteber bulunup bulunmadığı, vasiyetin eşkâl ve nevileri, takrir, yabancı dille vasiyetname tanzim olunup olunamıyacağı, Noter veya sulh hâkiminin vasiyetçiyi irşat ve tenvir edip edemiyeceği, vasiyetnameyi tanzim edecek kimselerin vazifeleri, müşterek vasiyetname tanzimi, vasiyet aktine mevzu olabilecek şeyler, ikame, muahhar tarihli vasiyetnameler, vasiyetnamelerin tefsiri ve ziyaı, vasiyet olunan malın reddi, vasiyetnamenin iptali, müruru zaman, tenfiz memuru, devletler hukuku muvacehesinde vasiyet müessesesi, kanunlar ihtilâfında salâhiyettar mahkeme, tenkis, tasarruf nisabı, tenkis dâvasını açmağa salâhiyetli kimseler, bu dâvayı görmeğe salâhiyetli mahkeme, ve müruru zamandır.

Eserde ayrıca hükümetimizin yabancı devletlerle yaptığı mukavelelerde yer almış olan vasiyete dair hükümler de mevcuttur. Bundan başka tasarruf nisabının nasıl ve ne suretle hesap edileceği ve tenkis dâvası üzerine vasiyetçinin tasarruf nisabını tecavüz eden tasarruflarının ne suretle azaltmağa tâbi tutulacağı meseleler verilmek ve bunlar izah olunmak suretile gösterilmiştir.

Müellifin önsözünde yazdığı veçhile mevcut eserlerde vasiyet müessesesi miras hukuku içinde mütalâa olunmakla beraber bunların nihayet talebeye mahsus ders kitapları olmaları hasebile haklı olarak daha ziyade

nazari kalmışlar ve tatbikatta duyulan ihtiyaçları karşılıyamamışlardır. Bu sebeple vasiyet yoluyla yapılan bir çok tasarruflar şekil noksanlığı bakımından mahkemelerce iptal edilmekte ve bu suretle vasiyet edenin son arzusu yerine getirilmemekle beraber musaleh olan hayır müesseseleri veya memleket müdafaa kuvvetleri bu kabil yardımlardan mahrum kalmaktadır.

Ayrıca eserde kanun maddelerine ayrı ayrı bağlı kalınarak bunlar hakkında münferit izahat verilmemiş, bilâkis bu hukuk müessesesi ilmî bir tasnife tâbi tutulmuş ve her bir kısımda alâkalı maddeler toplu olarak incelenmeğe ve en ufak teferruat bile ihmal olunmaksızın etraflıca izahat verilmeğe çalışılmıştır.

Her şahısta hayır müesseselerine memleketinin millî kuvvetlerine, mirasçısı olmıyacak fakir ve düşkün akrabasına yardım duygusu vardır. Fakat bu duygu daha ziyade ölüm endişesinin belirdiği anlarda şiddet kesbeder. Bundan başka herkesin öldükten sonra dahi mallarının hiç olmazsa bir kısmı hakkında sağlığında tatbik ettiği idare rejiminin devam arzusu yaşar. Buna binaen imkân bulabilen herkes vasiyet yapmaktadır. Fakat vasiyet aktinin tâbi bulunduğu eşkâl ve merasim halkın bir çoğu için meçhul bulunduğundan bu tasarrufları ekseriyetle şekil noksanlığı bakımından mahkmelerce iptal edilmektedir. Bu itibarla eserin, halkın bu ihtiyacını karşılaması bakımından da faideli bulunduğu aşikârdır.

Türk camiasını teşkil eden fertlerin mümeyyiz vasıflarından biri de başkalarına yardım ve şefkattir. Memleketimizde hergün bir çok kimselerin uzak yakın akrabalarına, hayır müesseselerine ve memleketimizin müdafaa kuvvetlerine vasiyet yuluyla bağışlarda bulunduklarına şahit oluyoruz. Fakat vasiyet tusarrufunun tâbi olduğu eşkâl ve merasim tamamile ifa olunamadığı için bu tasarrufları mahkemelerce iptal edilmekte ve bu suretle hem vasiyetçinin son arzuları ifa edilememekte ve hem de bir çok hayır müesseseleri, memleket müdafaa kudretleri bu yardımlardan mahrum kalmaktadırlar. Bu itibarla herkesin böyle bir esere ihtiyacı olacağı gibi mahkemelerde bu kabil niza ve ihtilâfları takip eden avukatlarla bu ihtilâfları halle memur hâkimler ve kanunen vasiyetnameleri tanzime salâhiyetli noterler için de faideli olacağı izahtan müstağnidir.

Medeni hukukun hiç işlenmiyen vasiyet mevzuunu güzel bir tetkik ve tasnife tâbi tutan, anlayışlı, katî bir üslûp ve açık Türkçe kelimelerle izah eden bu eserinden dolayı değerli hukukçumuzu tebrik ederiz.

K. D.

347

Terfilerine halen kazai ve inzibati engel olmıyan muavin, hâkim ve müddeiumumilerle hâkim sınıfından sayılanlarla, 4379 sayılı kanunun muvakkat maddesinin ikinci fıkrası gereğince askerlikleri kıdemlerine eklenmek suretile Birincikânun/944 sonuna kadar terfi müddetlerini bitirenlerin sicil sıra numarası itibarile isimlerini gösterir liste Hâkimler Kanununun 29 uncu maddesi gereğince her meslek sınıfları için ayrı ayrı hazırlanarak aşağıda gösterilmiştir.

Kendilerini terfia lâyık gördükleri halde bu listede isimini bulamıyanlar mezkûr maddenin ikinci fıkrası gereğince neşir tarihinden itibaren bir ay içinde İki No.lı ayırma meclisine yazılı olarak itiraz edebilirler.

Hâkimlik Sınıfı

4 üncü Derece

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	102	Arif Cankaya	Bandırma hâkimi
2	407	Nazif Çağlayan	Ankara hâkimi
3	508	Nail Töre	Kocaeli hâkimi
4	969	Nuri Özkök	Ankara hâkimi
5	1166	Naci Uras	Antakya hâkimi
6	1852	Hayrettin Vardar	Eskişehir hukuk hâkimi
7	1479	Edip Bayazıtoğlu	Antalya ceza hâkimi
8	1682	Mithat Şahingil	Konya asliye ceza hâkimi
9	1773	S.Yahya Güvendi	Trabzon asliye hukuk hâkimi
10	2939	Emin Aygen	Gümüşhane hâkimi
11	4015	Sait Özdem	Birinci sınıf adliye müfettişi

Beşinci Derece

1	2605	İsmail Öztürk	Maraş hukuk hâkimi
2	3969	Selâhaddin Ersin	İsparta hukuk hâkimi
	4045	Senai Meriç	Üsküdar Millî Korunma hâkimi

Altıncı Derece

1	1792	Haydar Onat	Çankırı hukuk hâkimi
2	4263	Kâzım Göğenç	Muş ceza hâkimi

Yedinci Derece

1	2110	Muhittin Kartav	Hozat hâkimi

Sekizinci Derece

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	6452	Hamit Köseahmetoğlu	Ceza ve Tevkif evleri Umum Müdürlüğü muavini ve İkinci şube Müdürü
2	6460	Necati Suner	Afyon sulh hâkimi

Dokuzuncu Derece

1	5608	Rasim Baykan	Boğazlıyan sorgu hâkimi
2	8210	Naci Uğuzer	Siirt hâkim muavini
3	8229	Mehmet Taylan	Pınarbaşı hâkimi
4	8265	Kemalettin Bulut	Ilıç hâkim muavini
5	8292	Hasan Tahsin Sarıgiloğlu	Bor sorgu hâkimi
6	8297	Muzaffer İnal	Kırıkhan hâkim muavini
7	8322	Haydar Gür	Sındırgı hâkim muavini

Onuncu Derece

1	6123	Halil Kalyoncu	Şavşat hâkim muavini
2	6804	Kemalettin Erk	Kızılcahamam hâkim muavini
3	6828	Rasim Teomanuz	Malatya hâkim muavini
4	6875	Hüseyin İyigün	Erciş hâkim muavini
5	7465	Ali Şarlıoğlu	Antakya hâkim muavini
6	7881	Ahmet Oskay	Cizre hâkim muavini
7	8172	Şinasi İdemen	Van hâkim muavini
8	8232	Besalet Demirsel	Hilvan sulh hâkimi
9	8443	Ahmet Karan	Feke sulh hâkim muavini
10	8460	Şakir Doğan	Boyabat hâkim muavini
11	8461	Hızır Cengiz	Tercan hâkim muavini
12	8463	Celâl Dinç	Urfa âza muavini
13	8464	Kemal Onsun	Gürpınar sulh hâkim muavini
14	8471	Selâhattin Zeybekoğlu	Kiği hâkim muavini
15	8475	Fuat Fırat	Ağrı hâkim muavini
16	8480	Samih Sarpkaya	Yalova sorgu hâkimi
17	8548	Kâmil Tamuca	Hadim hâkim muavini

Müddeiumumilik Sınıfı

Dokuzuncu Derece

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	6874	Muammer Çakaloz	Aksaray C. Müddeiumumi muavini
2	8181	Lütfi Baysal	Adıyaman C. Müddeiumumi muavini
3	8211	Şemsettin Güney	Acıpayam C. Müddeiumumi muavini
4	8227	Abdullah Ekmen	Akçakoca C. Müddeiumumi muavini
5	8228	İzzettin Arıkan	Ayancık C. Müddeiumumi muavini
6	8252	Hilmi Kandilci	Daday C. Müddeiumumi muavini
7	8309	Hurşit Saydam	İsparta C. Müddeiumumi muavini
8	8324	Esat Yunatçı	Keşan C. Müddeiumumi muavini
9	8325	Rıza Sönmez	Beyşehir C. Müddeiumumi muavini

Onuncu Derece

1	8356	Ertuğrul Tozman	Gümüşhacıköy C. Müddeiumumi muavini
2	8419	Gafur Sungur	Çapakçur C. Müddeiumumi muavini
3	8457	Naci Toros	Yusufeli C. Müddeiumumi muavini
4	8509	Naim Gilisıralıoğlu	Çumra C. Müddeiumumi muavini
5	8521	Mehmet Suphi Cebe	Boyabat C. Müddeiumumi muavini
6	8735	Necdet Haker	İncesu C. Müddeiumumi muavini

İsviçre Federal Mahkemesi Kararları

MÜLKİYETİN MUHAFAZASI. TAKSİTLE SATIŞ.— Eşyanın satıcı tarafından geri alınması halinde hesapların tanzimi.— İBK. 716 (TMK. 689); İBK. 227 (TBK. 223)

Satılan şeyin mülkiyetini mahfuz tutan satıcı, taksitlerin ödenmemesi sebebile o şeyi geri aldığı takdirde, hesapların ne suretle görüleceğini kanun âmir ve tam bir surette tanzim etmiştir. Eşyanın iade zamanındaki kıymeti ancak fevkalâde bir eskimenin emmaresi olarak nazara alınabilir (İçtihat değişmesi).

Dâvacı: S. ve E. Levy, Gruyeria fabrikası;
Dâvalı: Emile Straumann iflâs masası.
8/ I. Kânun/ 1942; RO 68 II (JdT 1943 I 150)

Mucip sebeplerden hulâsa

Taraflarca 1932 ve 1933 senelerinde aktedilen mukaveleler, Medeni Kanunun 715, 716 (688, 689) Borçlar Kanununun 226(222) ve müteakıp maddelerinin tatbik edildiği, mülkiyeti muhafaza şartile yapılan taksitli satışları teşkil ederler. Alıcının 1939 da dahi borçlu bulunduğu taksitleri ödemekteki temerrüdü, satıcıları satılan mobilyaların mülkiyetini iddiaya ve onları geri almıya mezun kıldı. Bu hakkın itirazsız kullanılışı, makable şâmil bir şekilde mukavelelerden rücu ile neticelendi. Bu rücu neticesi alıcı ve satıcılar biribirlerine yapmış oldukları edaları iadeye mecburdurlar; fakat bu, saf ve sade bir iade olamaz. Alıcı mobilyaları müteaddit seneler kullandı ve bu sebeple satıcılara bir tazminat vermeğe borçludur. Bu maksatla, Kanun da hesapların ne suretle görüleceği hakkında MK.nun 716 (689) ve BK.nun 227 (223) üncü maddelerinde hükümler sevketmiştir. Alınan taksitlerin satıcılar tarafından iadesi, ancak alıcı tarafından mobilyaların kullanılmış olmasından dolayı hakkaniyete muvafık bir icar bedeli ve normal kullanma hududunu aşan bozulmadan mütevellit bir tazminat tenzil edilmek şartile mecburidir. (ATF 60 II 414 ve müteakıp; Becker Mad. 228 No. 8). Kanun böylece bir taraftan alışverişin feshinin neticelerini, diğer taraftan teslim edilen ve geri alınan eşyanın kullanılmasından doğan neticeleri tam ve âmir bir surette tanzim etmektedir. Mal sahibi, eşyanın kullanılışından elde edi-

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

len iktisadî faydaya muadil olan bir karşılığı kullanandan alır. Burada, bir menkul eşya kirasında kiracının kiraya verene karşı yaptığı edaya kıyas edilebilecek bir nevi eda vardır. Borçlanılan para, eşyanın ve ondan edilen istimâlin mahiyetine tekabül eden itfa bedeli ile oraya tahsis edilmiş olan sermayenin münasip bir faizini ihtiva eder. Bundan başka, âdi icarda kiralanan eşya, mukavele şartlarına yahut normal ve mutat istimal tarzına muhalif olarak kullanılmakla bozulduğu takdirde, kiraya verenin tazminat istemek hakkı olduğu gibi, mülkiyeti muhafaza şartile yapılan satışta da eşyanın fazlaca eskimesinden doğan zararı satıcının tazmin ettirmeye hakkı vardır.

4 Şubat 1936 da Motorwagenfabrik Bern A.G.—Eschman dâvasında verilip davalı ve kanton mahkemeleri tarafından dermeyan edilen Federal Mahkeme kararı (ATF 62 II 30) bu kanuni tanzim şeklini nazara almamıştı. Federal Mahkeme MK.nun 716 (689) ve BK.nun 227 (223) üncü maddelerinin âmir karekterini olduğu kadar, vaz edilen mahsup hükmünün iktisadi foksiyonunu ve hukuki mahiyetini gözden kaçırarak, mukavele muntazam bir surette ifa edilseydi satıcının satış fiatı olarak alacağından fazlasına hakkı olmadığı kaidesini prensip olarak koymakta ve bundan: İstirdat zamanındaki eşyanın değeri ile kira ve eskime tazminatı yekûnunun satış fiyatını geçmiyeceği ve kira, tazminat ve eşya değeri mecmuu satış fiyatından daha yüksek bir meblağ tuttuğu nisbette, satıcının kira ve tazminat yekûnundan eşyanın o zamanki değerini tenzil ettirmesi lâzım geleceği neticesini çıkarmaktadır. Karar, bu suretle, hesapların tanzimi işine kanunun derpiş etmediği bir unsuru ithal etmektedir: Mukavelenin ifasından satıcının beklediği menfaat (Erfüllungsinteresse = İnterêt â l' exécution). Halbuki kanuni sistem bu hesap unsurunu ihtiva etmemektedir. Derpiş edilen takas mütekabil edaların iktisadi muadeletini kabul etmektedir: Satıcı tarafından alıcıya eşyanın istimalinin temini, alıcının da bu kullanma için ödediği kira. Bu edaların tâyini meselesi satış mukavelesinin şartlarından müstakildir. Alıcı satıcıya karşı iktisadi bakımdan kullanmıya ve eskimiye tekabül eden tazminatı borçludur. Bu tanzim şeklinde mukavelenin ifasından satıcının beklediği menfaatın yeri yoktur. Biribirinden farklı ve müstakil iki hukuki münasebet bahse mevzudur: birisi satıştan, diğeri — yeni — eşyanın kullanılmasından doğmaktadır. Kullananın edasını satıcının ifadan beklediği menfaatı nazara alarak tahdit etmek, kanun tarafından emredilmiş olan hesap tanziminde kabul edilen karşılıklı edaların muadeletini

inkâr etmek demektir. Esasen eşyayı geri aldığı takdirde iktisaden kiraya verene kabili kıyas olan satıcıyı bir eşyayı sadece ödünç verenden daha kötü muameleye tâbi tutmak için hiç bir sebep yoktur. Kanunen tâyin edilmiş olan tazminattan yapılacak her tenzil bu müsavatsızlığa sevkedecektir. Çünkü, alıcı eşyayı kullanabildiği müddetin bir kısmı için karşılık eda temin etmekten muaf tutulmuş olacaktır.

Bundan başka, bu hal tarzı kanunun katî olan hükümlerine aykırı olmakla kalmıyacak (MK. 716 «689», BK. 227 «223»), fakat ictimaî bakımdan hiç meşru olmıyacaktır. Eğer taksitle satış yapan müesseselere, iktisaden bir esasa dayanmıyan bu tenziller zorla kabul ettirilecek olursa, pazarların artan tehlikelerini kapatmak için bu müesseselerin fiyatlarını yükseltmiye mecbur olacakları meydandadır. Geri alınan eşyanın değeri, görüldüğü gibi, kanun tarafından tesis edilmiş olan hesap tanziminde bir amil beğildir; bu değer olsa olsa, eşyanın kullanılmasından mütevellit eskimenin bir emmaresini teşkil edebilir.

Taraflar arasında ki hesap unsurlarını tam bir surette işaret eden MK. nun 716 (689) ve BK.nun 227 (223) üncü maddeleri; ne ödenmemiş olan taksitler ve nede vadesi gelen kiralar için faiz derpiş etmemektedir. (Bak . Oser—Schönenberger, OR. Mad.227 No. 7; Becker, OR. Mad. 227 No. 1—ve 7; von May, Das Abzahlungsgeschaft 68 ve müteakip).

(I . Hukuk Dairesi) *Tercüme eden: Dr. N. B.*

HAKSIZ FİİL SEBEBİLE MESULİYET. YOLLARDA SEYRÜSEFER. TAM İLLİYET. Biribiri arkasına iki motosikletin bir otomobil ile çarpışması. — iki motosikletçinin ölümü.— Motosikletçilerden birisinin dul karısının diğerinin veresesine karşı tazminat dâvası. — Birinci motosikletçinin kendi kusuru neticesinde otomobil ile çarpışmış olduğunun ve bu çarpışmanın otomobili yolun diğer tarafına ikinci motosikletçinin yürüyüş istikametine atmış bulunduğunun dermeyanı.—Talebin kabulü.

BK. 41 ve Müteakip

1 — Bir zarar dolayısile mesuliyeti tesis eden fiilin bu zararın tek sebebi olması zarurî değildir; bu fiilin, dolayısi ile olsa bile, sebeplerden birisi olması, sebepler zincirinin bir halkasını teşkil etmesi kâfidir. (Mucip sebepler 1),

2 — Bir fiil, ancak hâdiselerin tabiî cereyanına ve hayat tecrübelerine göre, hasıl olan netice cinsinden bir neticeyi husule getirmiye salih olduğu takdirdedir ki, bir zararın—doğrudan doğruya veya dolayısile — sebebi sayılabilir. (Mucip sebepler 1).

3— Yardımcıdan mahrumiyet dolayısile bir dula tazminat tahsis eden mahkeme, dul kadının tekrar evlenmesi ihtimaline binaen tazminatı indirebilir.

Dul kadın 26 yaşında olduğu takdirde onun tekrar evlenmesi çok muhtemeldir ve % 30 bir tenzilât mübalâğalı değildir. (Mucip sebepler 3).

Dâvacı: Madam Frey-Gloor — Dâvalı: Frey-wildi eşler.

13 II Teşrin—1934; RO 60 II 416 (JdT 1935 I 331).

A. 23/I.Teşrin/1932 Pazar günü Ernest ve Gottlieb Frey kardeşler ve İngiliz tebalı Michael d'Oyly Carte (.) ile (...) arasındaki yol üzerinde ölümle neticelenen bir kazaya uğradılar.

Evvelce bir çok otellerde kalmış olan iki Frey kardeşler (..)den (..)e doğru yol üzerinde Motosikletle en aşağı 60 kilometre süratle seyrediyorlardı. Ernest Frey önde gidiyordu, halbuki kardaşı Gottlieb, arka oturakta Karl Wildi olduğu halde 30 - 40 metre mesafeden takip ediyordu. Yolun sağa kıvrıldığı (...) denilen mahalde Ernest çok fazla olan süratı sebebile, yolun sağındaki tarlaya girdi ve orada bir miktar ilerledi; sonra yoldaki mevkiini almak için sağa meyletti ve muvakkat bir müddet için yolun solunu takip etti; sağa geçmek istediği zamanda karşı taraftan gelen D'Oyly Carte'nin otomobili ile karşılaştı. İki nakil vasıtası çarpıştılar. Şahitlere göre Ernest Frey o zaman en aşağı 70 kilometre süratle ilerliyordu. Otomobil yolun sol kenarına fırladı. O esnada, muntazaman yolun sağını takip ederek gelen Gottlieb Frey otomobile çarptı, sonra yoluna devam ederek ancak 20 metre kadar ileride durdu ve oraya yuvarlandı. Otomobilci ve iki motosikletçi o kadar ağır surette yaralandılarki, birincisi derhal öldü, Ernest müteakip gecede ve Gottlieb de iki gün sonra öldüler. Nakil vasıtaları ağır hasara uğradılar.

B. 15/Mayıs/1933 de Gottlieb Frey'in dul karısı Madam Hedwige Frey-Gloor bu dâvayı açtı ve Ernest Frey'in kanunî mirasçıları olmak

sıfatile Frey'in ebeveyninden, 23/I.Teşrin/1932 den itibaren % 5 faizile beraber 32000 frankın ödenmesini talep etti.

Talebini ispat için kocasının ölümünün sadece, talimata muhalif ve ihtiyatsız bir surette yolun solunda seyreden Ernest'in kusurundan doğma olduğunu dermeyan etmektedir. Binaenaleyh, mirasçıları bu kusurun neticelerinden mesuldurlar. Gottlieb (...) yanında makinist olarak çalışıyor ve senede 5000 frank kazanıyordu; bu paranın % de 40 nı, yani senede 2000 frankını karısına tahsis ediyordu. Gottlieb 1905 de (dâvacı 1908 de) doğmuş olmasına ve sermayeye kalpravici % 4 olduğuna göre dâvacının yardımcıdan mahrumiyet neticesi uğradığı zarar 37420 franka yükselmektedir. Bu yekûna hastahane masrafı 113,40 ve doktor masrafı 48 frankı ve motosikletin tamir masrafı 1800 frankı ilâve etmek lâzımdır. Bundan başka Frey-Gloor eşlerin 3/II. Teşrin/1932 de, yani kazadan bir kaç gün evvel evlenmiş olduklarını ve bu suretle kocasının ölümünün dâvacıyı tam saadet zamanında yakaladığını tebarüz ettirmek icabeder. 5000 frank olarak tesbit ettiği manevi tazminata hakkı vardır. Böylece top yekûn talebi 44381 frank 40 santime yükselmekte isede, prensip itibariyle umumu için taleplerinin herbirisini muhafaza etmekle beraber, bu miktarı 32000 franka indirmektedir.

Dâvalılar talebin reddini istemektedirler. Ölümünden, Gottliebin bizzat kendisinin mesul olduğunu iddia etmektedirler, zira körü körüne ve fazla bir süratle kendisini otomobilin üzerine atmıştır. Otomobil ile kardeşinin motosikleti arasındaki çarpışmanın vukuu esnasında, o, 20 metrelik bir mesafede bulunuyordu ve zamanında durabilmesi lâzımdı. Halbuki, fiilen çarpışma yerinden 20 metre ötede durdu. Talep edilen meblâğ tamamile mübalâğalıdır.

C. Lenzburg bidayet mahkemesi 8/Mart/1934 tarihli kararında Gottlieb'in ölümüne sebep olan kazanın % 60 nisbetinde Ernest'in kusuruna (ve % 20 şer de otomobilci ve Gottlieb'in kendisine) kabili isnat olduğunu kabul etmektedir. Yardımcıdan mahrumiyet dolayısile dâvacının uğradığı zarar 37420 franka yükselmektedir; dâvalılara tahmil edilen % 60 hisse 22452 frank tutmaktadır ki bunun % 20 sini tekrar evlenme ihtimaline binaen indirmek lâzımdır; bu suretle geriye 17961 frank 60 santim bakiye kalır.

Hastahane ve doktor masraflarının % 60 ının tutarı olan 95,85 frankı, keza motosikletin bozulmasından mütevellit 1600 frankı ilâve etmek lâzımdır. Mânevi zarar olarak da 1000 frank tazminat muhiktir. Binaenaleyh, talep 20658,45 frank miktarında kabul ve fazlası için reddedildi.

İki taraf bu hüküm aleyhine Argovie kantonu yüksek mahkemesine müracaat ettiler; dâvacının tekrar ettiği bütün taleplerin reddini dâvalılar istediler; bu olmadığı takdirde, yardımcıdan mahrumiyet tazminatının 10900 franka, hastahane ve doktor masraflarının 80 franka, motor tazminatının 800 franka indirilmesini ve mânevi tazminat olarak tâyin edilen meblâğın tamamile kaldırılmasını veya hiç olmazsa tenzilini talep ettiler.

Yüksek mahkeme 25/Haziran/1934 tarihli kararı ile dâvacıya, 23/II Teşrin/1932 den itibaren % 5 faizile beraber 11780 frank ödenmesini kabul ve talebin fazlasını reddetti. Mahkeme bu neticeye, ilk hâkimlerin takdiri hilâfına Ernest'in kusurunu % 60 değil % 40 olarak takdir etmek suretile vardı; dâvacının tekrar evlenmesi ihtimalinden dolayı % 30 tenzilât neticesi yardımcıdan mahrumiyet tazminatını 10477 frank 60 santime indirdi. Fakat dâva olunanlar, talebin prensip itibarile kabul edilmesi halinde, 10900 frank borçlu olduklarını tanıdıkları için bu meblâğ tahsis edilmek lâzımdır. Keza dâva olunanlar hastahane ve doktor masrafı olarak 80 frank, moto sikletin bozulmasından dolayı 800 frank ödemeyi kabul etmişlerdir. Mânevi tazminat talebi esassız olduğundan dolayı reddedilmiştir.

D. İki taraf bu hüküm aleyhine Federal mahkemeye müracaat ettiler. Dâvacı bütün taleplerini tekrar etti ve dâvalılar hepsinin reddini istediler.

Federal mahkeme iki talebi de reddetti ve Argovie kantonu yüksek mahkemesinin 25/Haziran/1934 tarihli kararını tasdik etti.

Mucip sebepler

1—Gottlieb Frey'in ölümü ile neticelenen kaza ile, kardaşı Ernest Frey'in hareketleri arasındaki illiyet münasebeti açıktır: Ernest, tarlayı terkettikten sonra, evvelâ yolun sol tarafında karşıdan gelen otomobilin yürüyüş istikameti üzerinde bulundu; son dakikada otomobilin önünden sağa geçmek istediği zamandadır ki, onunla çarpıştı; bu birinci çarpışma otomobilin, yolun diğer tarafında durmasına ve bu sırada gelen Gottlieb ile otomobil arasında husule gelen çarpışmıya sebep oldu. Ernest'in fazla sürati (en aşağı 60 Kilm.) bunda katî bir rol oynadı; bu sürat otomobili yana fırlatan darbenin şiddetini şüphesiz artırdı.

Fakat, Ernest'in yolun sol tarafında ve fazla bir süratle ilerlemesi kazanın tek sebebi değildir. Otomobilci, ve keza Gottlieb büyük bir süratle seyrediyorlardı; birincisi en az 70 kilometre ile, ikincisi de 60 kilometre ile ilerliyorlardı. Bundan şu netice çıkıyor ki,

bir taraftan otomobilci, aksi istikametten Ernest'in geldiğini görerek zamanında duramadı ve diğer taraftan Gottlieb dahi yol üzerinde yanlamasına bir vaziyette durmuş olan otomobilin önünde zamanında tevakkuf edemedi; bu sebepten darbenin şiddeti fazlalaştı. Gottlieb bakımından şunu ilâve etmek lâzımdır ki, kardaşı ile kendisi arasında kâfi bir aralık muhafaza etmedi, bu da zamanında durmak imkânını daha fazla zorlaştırdı.

Bununla beraber, bu vaziyet Ernest'in, yani mirasçılarının mesuliyeti prensibinden hiç bir şey değiştirmez. Müstekar içtihada göre, bir zarar dolayısile mesuliyeti tesis eden fiilin bu zararın tek sebebi olması zaruri değildir. (RO 57 II 41, JdT 1931 I 328). Keza kardaşının başına gelen kazaya, solda ve fazla bir süratle ilerliyerek Ernest'in dolayısile, yani otomobil ile bizzat kendisinin çarpışması neticesi, sebep olması ehemmiyeti haiz değildir; mesuliyetin teessüsü için sadece dolayısile olan bir sebep, sebepler zincirinin bir önceki halkası kâfidir. Fakat doğrudan doğruya olan mesuliyet gibi, dolayısile olan mesuliyet için de hâdiselerin tabii cereyanına ve hayat tecrübelerine göre hasıl olan netice cinsinden bir netice husule getirmiye fiilin salih olması lâzımdır (Tam illiyet nazariyesi hakkında bak. RO 57 II 37 ve müteakip, bilhassa 39, 41 ve zikredilen kararlar; JdT 1931 I 326 ve 328). Hâdisede bu şart tahakkuk etmiştir. Solda ve fazla bir süratle ilerliyerek otomobil ile çarpışmasına Ernest'in bizzat kendisinin sebep olduğunda şüphe yoktur. Bununla beraber, Gottlieb ile otomobil arasında husule gelen çarpışmada dahi Ernest'in tam mesuliyeti olup olmadığı sorulabilir. Bu mesele dahi müsbet şekilde halledilmek iktiza eder. Uğursuz hal ve vaziyetlerin bu ikinci çarpışmada dahili olabilir, fakat Ernest'in fiilleri bakımından bu çarpışma sadece bir tesadüf eseri değildir. Başlıca neticesi birinci çarpışma olan bu fiiller ikinciyi husule getiren tehlikeli unsurları esasen ihtiva ediyorlardı. Filhakika, tecrübe ile bilinmektedir ki, bir çarpışmada, bilhassa iki nakil vasıtası büyük bir süratle ilerler ve karşılaşma da şiddetli olursa, nakil vasıtalarından birisi yolun bir tarafından diğer tarafına fırlar; bu sebeple üçüncü bir nakil vasıtası aynı zamanda ve keza büyük bir süratle gelirse—hâdisedeki vaziyet böyle idi- hadiselerin tabii cereyanına göre, yeni bir çarpışma imkânını hesaba katmak lâzımdır.

2 — Kardaşının ölümündeki mesuliyette, üçü arasındaki en büyük hisseyi Ernest'in taşıdığı hal icabından doğmaktadır. Çok fazla bir süratle, fakat bilhassa tehlikeli bir tarzda ve talimata muhalif olarak solda seyretmek suretile birinci ve dolayısı ile de ikinci çar-

pışmanın asıl sebebi o olmuştur. Bununla beraber, Ernest'in fiilleri ile ikinci çarpışma arasındaki illiyet rabıtasının daha gevşek olduğunu ve bu ikinci çarpışma imkânının diğeri derecesinde katiyetle derpiş edilemiyeceğini nazara almak icabeder.

Diğer taraftan, otomobilci ve Gottlieb aleyhlerine fazla sürati ve bilhassa Gottleb aleyhine de kardaşı ile kendisi arasında kâfi bir mesafe muhafaza etmemiş olmasını kusur olarak telâkki etmek lâzımdır. Bu vaziyetler kazaların vukuunu kolaylaştırmıştır.

Kusurların takdirine gelince: Konton mahkemeleri muhtelif neticelere varmışlardır. Bidayet mahkemesi, mesuliyetin % 60 ını Ernest'e yüklediği ve % 20 şer de Gottlieb ve otomobilciye bıraktığı halde, yüksek mahkeme Ernest'in kusurunu % 40 ve diğer ikisinin kusurunu, aralarında taksim etmeden, % 60 takdir etmektedir.

Federal mahkeme, ikinci derece mahkemesinin takdirinin doğru olduğu fikrindedir. Bu takdir, yalnız Gottlieb ve otomobilciye ait kusurları değil, fakat hâdiselerin uğursuz şekilde zincirlenmesini de makul bir surette nazara almaktadır.

3 — Ernest Frey'in kusurunu % 40 tahmin, Gottlieb'in senelik kârını 5000 frank ve dâvacıya tahsis ettiği kısmı 2000 frank tesbit ederek, kanton mahkemesi, % 4 ile sermayeye kalp ve tekrar evlenme imkânından dolayı da % 30 tenzil ettikten sonra, yardımcıdan mahrumiyet dolayısile dâvacıya ait olan tazminat alacağını 10477 frank 60 santim olarak tâyin etmiştir. Bu sebeple, talebin prensip olarak kabul edilmesi halinde dâvalıların borçlu olduklarını tanıdıkları 10900 frankı ona tahsis etmiştir. Dâvalılar tanımış oldukları için, tenzil sadedinde bu karardan hiç bir şey değiştirilemez.

Artırma cihetine gelince, dul kalan kadının tekrar evlenme imkânını hesaba katmak için ilk hâkimler tarafından % 30 tenzilât yapılması hâlâ münazaalı olan tek noktadır. İçtihada göre bu tenzilât prensip itibarile doğrudur. (Bak. Bilhassa RO 54 II 297 mucip sebepler 3, JdT 1929 I 312); miktarına gelince kanton mahkemesi kendisine ait olan takdir hakkına istinaden onu tâyin etmiştir ve bu hususta Federal mahkemenin hiç bir kontrol salâhiyeti yoktur. Dâvacı 26 yaşında olduğuna göre, tekrar evlenmesinin çok muhtemel olduğunu nazara alarak % 30 tenzilât yapan mahkeme herhalde salâhiyetinin hudutlarını aşmamıştır.

4 — Doktor ve hastahane masrafları beraberce 161 Frank 40 santime yükselmekte ve motosikletin hasarı kanton mahkemesinin fiilî müşahedelerine göre 1600 frankı bulmaktadır. Dâvalılar, Ernest'in

kusuru ile mütenasip olarak bu paraların % 40 ını (mahalli mahkemenin, motorsiklet için muhtemel olarak sehven kabul ettiği şekilde, tamamını değil) ödemeğe mecbur olacaklardır. Fakat burada da dâvalılar, talebin prensip itibarile kabul edilmesi halinde 80 ve 800 frankı borçlu olacaklarını tanıdıkları için, kanton mahkemesi onları haklı olarak bu paraları ödemeğe mahkûm etmiştir.

5 — Mânevi tazminat talebini isbat için dâvacı, kazanın vukuu zamanında ancak üç haftalık evli olduklarını ileri sürmüştür Bu vaziyet ozamanda, yeis ve elemini artırmış olabilir; fakata zaman geçtikçe, kocasının zıyaı, uzun ve mesut bir evlilik nayatı mevcut olması halinde duyacağından daha az şiddetli olarak kendisini hissettirecektir.

Ernest Frey'in ikinci kazaya daha az sıkı bir illiyet rabıtası ile bağlı olan kusurunun, mânevi tatmin mahiyetinde bir tazminatın tahsisini haklı gösterecek kadar ağır olmadığını ilâve etmek lâzımdır. En nihayet, talep, iki oğlunun ölümü ile esasen kâfi derecede müteessir olan Ebeveyne karşı yapıldığı için bu tazminat daha az haklı gözükmektedir; dâvacı, dâvalının gelini olduğu için, evlâdın göstereceği merhamet hissile (par pitié filiale) bu tblebi dermeyan etmekten sarfı nazar edebilirdi.

(1. Hukuk Dairesi) *Tercüme eden: Dr. N. Bilge*

MİRAS. TAKSİM. ZİRAİ İŞLETME. [1] **—Murisin bir oğlu ve iki kızı tarafından talep edilen işletme. — Oğlun kâfi derecede muktedir olmaması. — Malikânenin kızlara verilmesi.**

İMK 620 (TMK 597)

Bir taraftan 59 yaşında, boşanmış, çocuksuz, 25 sene araziden uzakta kalmış ve ziraat hususunda bilgisini tamamlamıya mecbur olan bir oğul, diğer taraftan araziyi işletmiye her bakımdan muktedir olan iki kız hahis mevzuu olduğuna göre, kızlar tercih edilmelidir.

Dâvacı: Equey; Dâvalılar: Equey ve arkadaşları

9 Mart 1944, RO 70 II 145 (JdT 1944 I 365)

Jean Equey, mirasçı olarak karısı Menoud doğumlu Madam Mary Equey'den başka, birinci karısından doğma bir oğlu Jules ve ikinci

[1] MK.numuz "Exploitation agricole„ Karşılığı olarak "zirai işler„ tâbirini kullanmakta ise de, bizce "zirai işletme„ tâbiri daha doğru olur.

evlilikten doğma iki kızı jeanne ve Henri Chassot'nun karısı Esther Equey'i bırakarak 25 Haziran 1932 de Villariaz'da öldü. Miras 30 Pozluk [1] bir ziraî işletmeyi ihtiya ediyordu.

13 Şutbat 1939 tarihli taleple, Jules Equey baba cihetinden kalan arazinin irat değerile kendisine tahsisi zımnında, analığını ve iki övey kız kardaşını Romond mıntakası sulh mahkemesine celp ettirdi.

Dâvalılar talebin reddini ve mütekabilen arazinin kendilerine tahsis edilmesini istediler.

23 Şubat 1940 tarihli hükümle, sulh mahkemesi talebi red ve malikâneyi 58000 frank mukabilinde kızlara tahsis ederek dâvalıların mukabil dâvasını kabul etti.

Glâne hukuk mahkemesi bu hükmü tasdik etti. 1885 de doğan Jules Equey'in gençliğindenberi ziraat işleri için pek az hevesi olduğunu tesbit etmektedir. Makinistlik ona daha cazibeli göründüğü için babasından Bienne Mühendis Mektebinde tahsil müsaadesi istedi. Talep reddedildi. 15 yaşında öğretmenlik tahsiline başladı, fakat bir sene sonra tahsili terketti. Eve döndükten pek az sonra o mıntakada bir çiftçi hizmetine girmek üzere baba evini terketti. Ertesi sene,muhtemel olarak kır işleri hizmetçisi olarak İsviçre Almanyasına gitti. Fakat bu hususta hiç bir delil ikame edilmedi.1906 da askerliğini yapmak üzere baba ikametgâhına geri döndü, sonra, sığırtmaç olarak çalıştığını iddia ettiği Almanyaya gitti. 1914 de askerî mecburiyetleri onu tekrar yurda getirdi ve Cenverede yerleşerek kenisini makinistliğe ve taksi şöförlüğüne verdi. Dâvanın açıldığı zamana kadar ziraatla artık hiç meşgul olmadı.Ozaman malikâneyi işletmek iktidarını isabat için hizmetçi olarak üç ay kaldığı Billensli bir çiftçi yanına girdi, sonra amcazadelerinden birisi hesabına çalışmakla onbeş gün geçirdi.

Mahkeme hukuki bakımdan, hulâsa olarak, dâvacının şehir hayatı itiyadlarının ve meslekinin onu bir zıraî malikâne işletmesini ele almaya hazırlamadığını kabul etti. Mahkeme, onun aile yurdunu, çiftçiliğin esas bilgilerini elde edemiyecek ve bir zirai işletmenin yürüyüşünden haberdar olamıyacak kadar çok genç terkettiğini söylemek-

[1] "Pose—Poz„ İsviçre Kantonlarından bazılarında bir arazi mesaha ölçüsü olarak kullanılır. Littré lugatine göre bir "Pose„ 90 evleke — her evlek 50 metre murabbaı — tekabül etmektedir. O halde 30 Poz 30X90=2700 evlek eder.

tedir. Bu hususta vukuf ehlinin dermeyan ettiği şüpheler ve aşılmasının hemen imkânsız olduğunu sezdiği alışma zorlukları yerindedir.Vukuf ehli ile beraber kabul etmek lâzımdır ki, dâvacı yalnız (boşanmış ve çocuksuzdur)olduğuna göre mecburen ücretli bir işçinin yardımına koşması icabedeceğinden malikânenin kendisi tarafından işletilmesi "anormal bir surette zaif» olacaktır. Buna mukabil Jean Equey' in kızlarının ehliyetine gelince, mahkeme bunda hiç bir şüphe olmadığını kabul etmektedir. Şahitler kızların ciddi, çalışkan, bittabi zirai işlerde olmak üzere mutasarrıf kimseler olduğunu ve her ikisinin malikâneyi muvaffakiyetle işletebilecek kabiliyette olduklarını beyanda müttefiktirler. Babalarının hayatında işletmiye faal olarak iştirak ediyorlardı. Madam Chassot evlendiğindenberi Chassot terekesinin malikânesini işletmekte kocasına yardım etmektedir, fakat Anne Madam Equey'in ölümü ile, dâvalıları müstecirlerine bağlıyan kira akdinin sona ereceği ve Henri Chassot'nun ailesile beraber malikâneye yerleşeceği ve karısile baldızına işletmede yardım edeceği daha şimdiden derpişedilimiştir. Bunlar bu işletme işini muvafık bir surette yapacak kabiliyettedirler.

Federal mahkeme dâvacı tarafından Glâne mahkemesinin hükmüne karşı yapılan temyiz talebini reddetti.

Mucip sebepler

Taraflar mirası teşkil eden gayri menkullerin MK.nun 620(597) inci maddesi mefhumuna göre iktisadi bir birlik teşkil ettiği ve vukuf ehli tarafından tesbit edilen 58000 frankın malikâne irat kıymetini ifade ettiği hususunda mutabıktırlar. Bu takdirin taksim hakkındada cari olacağını keza kabul etmektedirler. Bu suretle ihtilâf, malikânenin temyiz den veya aleyhine temyiz olunanlardan hangisine tahsis edileceği meselesine müncer olmaktadır. Temyiz eden münasip bir surette işletmiye ehil olarak kabul edilseydi, mütevaffanın oğlu sıfatile onu tercih etmek lâzımgeleceği kabili itiraz deyildir (bak. RO 69 II 391,JdT 1944 I 361). Fakat zaten mesele, onun zirai bir işletmenin idaresini deruhte edecek kadar kabiliyet ve mânevi vasıfları haiz olup olmadığını bilmektir. Kendisinin de kabul ettiği şekilde bu, maddi bir hâdise meselesidir.

Temyiz edenin zirai işlerde ve hayvan yetiştirmekte bazı kabiliyetlerini tanımakla beraber, Glâne mahkemesi, onun zirai işletmeyi deruhte etmek için aranan şartları haiz olmadığı fikrinde bulunmaktadır. Mahkeme, vukuf ehline göre malûmatını tamamlamak ve teşebbüs direktörü vazifesine alışmak için daha bir senelik bir sta-

ja ihtiyacı olduğunu, bu hazırlığın çok mühim fizikî ve mânevi cehdi icabettirdiğini, yaşı ve hayat itiyatları itibarile bu hazırlığı muvaffakiyete eriştirmesinin çok zor olacağını ve nihayet muvaffak olsa bile, malikâneyi işletme şartlarının bu işletmeyi «anormal bir suretle zaif» düşüreceğini tebarüz ettirmektedir.

İtiraz edilen hükmün tesbit ettiği müşahadeler karşısında, federal mahkeme meseleyi başka şekilde karara bağlamak için sebep görmemektedir. Temyiz edenin malûmatının ne olduğunu araştırmak zorunda değildir.Bu, ilk hâkimler tarafından katî olarak halledilmiş teknik bir meseledir. Bundan başka Glâne mahkemesinin temyiz eden tarafından dermeyan edilen şehadetlerle iktifa etmemesinin haklı olup olmadığını düşünmeye de mecbur değildir. Bittabi dosya muhteviyatını göz önüne alarak, bu şahadetlerin değerini tam bir surette takdir etmek kanton mahkemesine aitti. Binaenaleyh, daha teknik bakımdan bile, bazı hususlarda temyiz edenin herhalde malumatını tekemmül ettirmiye,artık çocukluğu zamanındakinin aynı olmıyan halihazır işletme şekillerile ülfet etmiye ve bilhassa malikânenin idaresine hazırlanmıya mecbur olduğunu muhakkak telâkki etmek lâzımdır. Medeni Kanunun 620(597) inci maddesi gereğince malikânenin tahsisi için bunun mutlak bir mâni olmadığını itiraf etmek iktiza eder, zira, namzetlerin teşebbüs şefi olarak tamamile hazır olmaları her zaman istenemez; bu, muayyen bir yaşa gelmemiş olanların hepsini mutalebeye iştirak etmekten istisna etmek olurdu. Fakat bu tekemmülün sadece bir zaman işi olduğunu kabul edebilecek ve halli bundan başka, muayyen bir derecede hususi vaziyet ve icaplara tabi bir mesele olan az veya çok yakın bir müddet zarfında teşebbüs mesuliyetini deruhte edebilecek kabiliyet ve vasıfları göstermeleri de icabeder. Hâdisede, Glâne mahkemesi temyiz edenin tekmmülünü tamamlamak için icabeden gayreti gösterebileceğini şüpheli telâkki etmektedir. Bu hususta ileri sürdüğü sebepler tamamile makuldür. Bir çıraklığın icabettirdiği tahammül ve yumuşaklığa, 59 yaşında, sahip olunmadığı muhakkaktır. Hayat itiyatları kökleşmiştir ve onları değiştirmek çok zordur. Temyiz edenin köyde yetiştiği şüphesizdir, fakat köyden hiç olmazsa, yaşının icabı olan kudrete malik olduğu yirmi beş sene,yani 1914/1915 senesinden en geç 1939 senesine kadar uzak kalmıştır ve meşguyetlerinin çiftçi hayatile hiç bir alâkası olmamıştır. Ancak 54 yaşında ve o da toprağa bağlılık veya hevesle olmaktan ziyade, daha emin bir medarı maişet elde etmek fikrile tekrar toprakla münasebet peydah etmiştir. O halde mazisinin kendisini bir köylü hayatına hakikaten hazırladığı söylenemez. Fakat dahası var. Temyiz eden

yalnızdır, çocuğu yoktur ve dâvayı kazanırsa, akrabalarile münasebeti fena olduğu için, mecburen yabancı sayine müracaat edecek, yani onların yardımlarını ödiyecektir. Yalnız başına bu sebep dahi bir malikânenin tahsisini reddiçin kâfi bir sebep olmıyacaktır, fakat dâvacının ehliyeti esasen şüpheli iken, işletmeyi—hadisedeki gibi—deruhte etmeğe onun kadar hazır, hiç olmazsa onun kadar evsafı haiz ve fazla olarak daha müsait şartlar altında işi yapacak vaziyette olan diğer çocuklar mevcut olduğu vakit, bu mülâhaza hesaba katılmak lâzımdır.Filhakika,620 (597) inci maddenin gayesi yalnız arazinin parçalanmasını önlemek değil, ayni zamanda, zaruretten uzak, vasatî şeraiti haiz bir köylü sınıfının muhafazasını temin etmektir ve tecrübe göstermektedir ki, bu maksat için en iyi işletme şekli, teşebbüs şefinin lüzumlu yardımları bizzat kendi ailesi içinde bulduğu şekildir. Hususile temyiz edenin zaten yabancı şahısları tutmak mecburiyetinde olması sebebiledir ki, vukuf ehli malikânenin onun tarafından işletilmesinin «anormal bir surette zaif» olacağını teberüz ettirmiştir. Temyiz edenin hakiki malî vaziyetinin ne olduğu ve icabında işin yürüyüşünü temîn etmek için hiç olmzsa başlangıçta kendisine lüzumlu olan sermayeyi nasıl temin edeceğinin meçhul bulunduğu bir vakıadır. Bu şartlar altında Glâne mahkemesinin malikâneyi temyiz edenin iki kız kardaşına tahsis etmeğe karar vermesi tamamile anlaşabilecek mahiyettedir. Bu karar Federal kanunun hiç bir hükmünü ihlâl etmemektedir ve temyiz talebi reddedilmek lâzımdır.

(II. Hukuk dairesi) *Tercüme eden: Dr. N. Bilge*

Temyiz Kararları

DAİRE KARARLARI

Ceza Kararnamesi

Ceza kararnamesile beraet kararı verilemez.

(CMUK 386)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi
Esas 2829 — Karar 3351

Meskûn mahalde zaruret olmaksızın silâh atmaktan suçlu Müslim Erçet'in hakkında açılan âmme dâvası üzerine; evrak üzerine yapılan tetkikat neticesinde atılan silâhın suçlu tarafından endaht edildiğine dair delil ve şehadet elde edilmediği gibi bu mahallin meskûn bulunmadığı da anlaşıldığından bahsile beraetine dair Birecik sulh ceza hâkimliğinden verilen 11/9/943 tarihli ceza kararnamesini havi evrakın temyizen bittetkik:

Yapılan hazırlık tahkikatı neticesinde C.M.U. liğince âmme dâvasının açılması için kâfi delil görülerek suçlu hakkında kasabanın meskûn Urfa kapısı civarında mazeret olmaksızın silâh atmaktan dolayı dâva açılmış olmasına göre mahkemece mevcut deliller usulün 386. maddesi mucibince tetkikat yapılarak suçlunun tecziyesini kâfi görülmediği takdirde duruşma yapılarak şahitler dinlendikten sonra ve muktazi tahkikat icra edildikten sonra neticesine göre bir karar verilmesi iktiza edeceğine ve aksi hal ise âmme dâvasının açılması için C.M.U. liğince kâfi görülen bir delil mahkemece kâfi görülmemek ve C.M.U. sinin bu yoldaki takdir hakkını hükümsüz bırakmak gibi bir netice tevlit etmesine ve isminden de anlaşılacağı üzere ceza kararnamesi ceza hükmünü ihtiva eden bir kararname olup bununla beraet kararı da verilebileceğine dair kanunda bir kayıt mevcut olmamasına ve bilâkis usulün 388 inci maddesinde ceza kararnamesinin tertip edilmiş olan cezayı ihtiva edeceğinin yazılı olması da kanun vazının bu kararname ile beraet kararı verilemiyeceğini iltizam etmiş olmasından ileri gelmesine ve bundan başka yalnız meskûn mahalde değil meskûn mahal civarında veya umuma mahsus yol üzerinde veya bu yola doğru zaruret olmaksızın silâh atmak fiilleri suç teşkil etmesine göre suçlunun hareketinin bu hallerden bi-

risine tevafuk edip etmediğinin tâyini de tahkikat ve duruşma icrasına mütevakkıf bulunmasına nazaran bu cihetler nazara alınmıyarak yazılı şekilde atılan silâhın suçlu tarafından endaht edildiğine dair delil olmadığından ve silâh atılan mahallin meskûn bulunmadığından bahisle hazırlık evrakına müsteniden ceza kararnamesince beraet kararı verilmesi yolsuz bulunduğundan mezkûr kararın C.M.U.K. nun 343 üncü maddesine tevfikan bozulması lüzumu yüksek Adliye Vekilliğinin 30/3/944 gün ve 414/410 sayılı yazılı emrine müsteniden C. Baş. M.U. liğinin ihbar ve dâva evrakı daireye gönderilmekle icab: düşünüldü:

Yapılan hazırlık tahkikatı neticesinde C.M.U. liğince âmme dâvasının açılması için kâfi delil görülerek suçlu hakkında kasabanın meskûn Urfa kapısı civarında zaruret olmaksızın silâh atmaktan dolayı dâva açılmış olmasına göre mahkemece mevcut deliller usulün 386 ıncı maddesi mucibince tetkikat yapılarak suçlunun tecziyesine kâfi görülmediği takdirde duruşma yapılarak şahitler dinlendikten ve muktazi tahkikat icra edildikten sonra neticesine göre bir karar verilmesi iktiza edeceğine ve aksi hal âmme dâvasının açılması için C.M.U. liğince kâfi görülen bir delil, mahkemece kâfi görülmemek ve C.M.U. sinin bu yoldaki takdir hakkını hükümsüz bırakmak gibi bir netice tevlit etmesine ve isminden de anlaşılacağı üzere ceza kararnamesi ceza hükmünü ihtiva eden bir kararname olup bununla beraet kararı da verilebileceğine dair kanunda bir kayıt mevcut olmamasına ve bilâkis usulün 388 inci maddesinde ceza kararnamesinin tertip edilmiş olan cezayı ihtiva edeceğini yazılı olması da kanun vazıının bu kararname ile beraet kararı verilemiyeceğine iltizam etmiş olmasından ileri gelmesine ve bundan başka yalnız meskûn mahalde değil meskûn mahal civarında veya umuma mahsus yol üzerinde veya bu yola doğru zaruret olmaksızın silâh atmak fiilleri suç teşkil etmesine göre suçlunun hareketinin bu hallerden birisine tevafuk edip etmediğinin tâyini de tahkikat ve duruşma icrasına mütevakkıf bulunmasına nazaran bu cihetler nazara alınmıyarak yazılı şekilde atılan silâhın suçlu tarafından endaht edildiğine dair delil olmadığından ve silâh atılan mahallin meskûn bulunmadığından bahsile hazırlık evrakına müsteniden ceza kararnamesile beraet kararı verilmesi yolsuz ve yazılı emre dayanan ihbarnamedeki mütalâa varit olduğundan C.M.U.K. nun 343. maddesi mucibince aleyhe tesir etmemek üzere mezkûr kararın bozulmasına 11/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Hırsızlık — Sırrın masuniyeti aleyhinde suçlar

1 — Posta memurunun içindeki parayı almak için bir mektubu açması halinde hırsızlık suçu teşekkül eder.

2 — Posta memurunun mektup açması suçu mektubun ancak sırrın masuniyetini ihlâl maksadiyle açılması halinde meydana gelir.

(CK 200, 491)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi
Esas 2235 — Karar 3972

Muallâ namına gelen taahhütlü mektup içindeki beş lirayı almak için açmaktan suçlu posta müvezzii namzedi Yusufun bilmuhakeme Türk Ceza Kanununun 200 – son uncu maddesine tevfikan dört ay hapsine ve o kadar müddetle memuriyetten mahrumiyetine dair Ankara asliye birinci ceza mahkemesinden verilen 16/12/943 tarihli hükmün temyizen tetkiki ..... istida .....edilerek .....icabı düşünüldü.

.....1 — Mektubun sırrın masuniyetini ihlâl için değil içindeki parayı çalmak için açılmış olmasına göre hırsızlık teşkil eden fiilden dolayı yazılı maddenin tatbiki,

2 — .....

Bozmayı mucip ve C. M. U. liğinin temyiz itirazları ve tebliğname bu itibarla varit olduğundan hükmün bozulmasına 11/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Millî korunma suçları – Takdire bağlı hafifletici sebepler

Fazlaya kiraya verildiği iddia edilen kısım için isabet eden miktarın tâyininde ehli hibre sıfatile alâkalı dairenin mütalâasının alınmasına lüzum yoktur,

(CK 59, MKK 30, 58)

Temyiz Mahkemesi 3. Ceza Dairesi
Esas 2375—Karar 3399

Millî korunma kanununa muhalif hareketten maznun Nimet Seriven hakkında 3005 sayılı kanuna göre yapılan duruşma sonunda: Evinin 939 senesi kira mukavelesi bulunmıyan evinin 96 lira iradı

gayri safi tefrik olunan kısmını aylığı 15 lira üzerinden kiraya verdiği sabit olduğundan adı geçen kanunun 30 ve 58 inci maddeleri mucibince bir senelik kira tutarı olan 180 lira ağır para cezasile mahkûmiyetine ve fakrü hali tahfif sebebi olarak kabulile cezasının 120 liraya indirilmesine, hükmün neşrine ve 600 kuruş harç alınmasına dair Üsküdar millî korunma mahkemesinden verilen 24/2/944 günlü hüküm mahkûm tarafından temyiz olunmasından dolayı mahallinden gönderilen evrak C. B. M. U. liğinin 10/3/944 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü.

Fazla fiatla kiraya verildiği iddia edilen kısma iradı safiden isabet eden miktar mütehassıs belediye mühendisine tâyin ettirilmiş olmasına ve bu tefrik işinde alâkadar dairenin ehli hibre sıfatile mütalâasının alınmasının mecburiyeti hakkında 98 sayılı koordinasyon heyeti kararında bir sarahat mevcut olmamasına ve zabıtname münderecatına göre maznunun temyiz itirazları ve tebliğname yerinde görülmediğinden reddile hükmün tasdikına ve mahalli mahkemesince alınan harç kadar temyiz harcının maznundan alınmasına 25/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Hırsızlık — Izrar

1— Meyvesiz ağacın kesilmesi yabani ağaçların aşılanması kanununa giren bir suç değildir.

2— Ağacın intifa maksadile kesilmesi hırsızlık suçunu teşkil eder.

(CK 491, 516, Yabani ağaçların aşılanması K 23)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi

Esas 3987—Karar 4537

1528 sayılı kanuna muhalefet etmek suretiyle kavak ağacı kesmekten suçlu Ali Kuşan hakkında Plumer asliye ceza mahkemesinde yapılan duruşma sonunda fiili sabit görülmekle 1528 sayılı kanunun 23 cü maddesi delâletile T. C. K. nun 516/6 ıncı maddesine tevfikan ve 522 ci maddenin tatbikiyle bir ay hapse ve 31 kuruş ağır para cezasına mahkûmiyetine dair verilip katileşen 3/2/944 tarihli karar aleyhine Yüksek Adliye Vekâletinden verilen 18/4/944 gün ve 500/471 sayılı yazılı emre binaen bu babtaki dâva evrakı C. Baş M U. liğinden 20/4/944 tarih ve 384 numaralı ihbarname ile daireye tevdi edilmekle tetkik ve mütalâa olundu.

Mezkûr ihbarnamede:

Kesilen ağacın meyveli olmadığına göre 1528 sayılı Kanunun 23. maddesinin tatbikında isabet görülmediği gibi kesilen ağaçların garba nakledilerek iskân edilen Hasan Şahine ait olduğu zabıt varakası ve tahkikat evrakından anlaşıldığına göre 2510 sayılı Kanunun 26. maddesine tevfikan devlete intikal etmiş olan ağaçların intifa maksadile kesildiğine göre fiilin hırsızlık teşkil edip etmediğinin araştırılmaması da yolsuz görülmüş olduğundan mezkûr hükmün C. M. U. K. nun 343. maddesine tavfikan bozulması lüzumu yüksek Adliye vekilliğinin yazılı emirlerine atfen ihbar olunmuştur.

İcabı müzakere olundu.

Adliye Vekâletinin yazılı emirlerine mâtuf ihbarname varit olduğundan kavakların şahsı ahara ve halefiyet tarikiyle devlete ait olduğu etrafile tesbit edilmemiş olması itibariyle aleyhe müessir olmamak üzere hükmün usulün 343 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası ve birinci bendi uyarınca bozulmasına ve cezasının infaz ve harcın tahsil edilmemesine 25/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Sahtekârlık

Hakikat hilâfına karne listesi tanzim eden halk dağıtma birliği reisinin hareketi sahtekârlık suçunu teşkil eder.

[CK339]

Temyiz Mahkemesi 3. Ceza Dairesi
Esas 3790—Karar 3543

Millî korunma kanununa göre kendisine verilen memuriyet vazifesini suiistimal etmekten maznun ve mevkuf halk dağıtma birliği reisi İbrahim Yılmaz hakkında 3005 sayılı kanuna göre yapılan duruşma sonunda: suçlunun istihkak sahiplerinin adedini fazla göstermek suretile hakikata muhalif karne tevzi cetveli tanzim eylediği sabit olduğundan hareketine uyan T.C.K.nun 240/2. 20 inci maddelerine tevfikan bir ay müddetle hapis ve 30 lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine ve üç ay müddetle hidematı âmmeden memnuiyetine ve millî Ko. K.nun 64 üncü maddesine tevfikan cezasının bir misli artırılarak binnetice iki ay hapsine ve 60 lira ağır para cezasiyle tecziyesine ve 6 ay müddetle de hidematı âmmeden memnuiyetine ve mevkuf kaldığı günlerin mahkûmiyet müddetinden mahsubuna ve hü-

küm katileştiğinde masrafı suçluya ait olmak üzere hulâsasının neşrine ve 700 kuruş harç alınmasına dair İstanbul ikinci millî korunma mahkemesinden verilen 4/4/944 günlü hüküm: o yer C.M.U.liği tarafından temyiz olunmasından dolayı mahallinden gönderilen evrak C.Baş M. U.liğin 20/4/944 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü:

Bir kastı cürmi altında icraî fiillerin taadüt etmiş olmasına göre T.ceza kanun 80 inci maddesinin tatbik olunmaması ve maznunun taayyün eden hareketi istihkak sahiplerinin adedini fazla göstermek suretile hakikata muhalif karne tevzi cetveli tanzim etmekten ibaret olmasına nazaran fiilinin sahtekârlık suçunu teşkil ettiği teemmül oluumaksızın vazifeyi suiistimal suretinde tavsifi ve kabul suretine göre memuriyetten mahrumiyet yerine âmme hizmetlerinden memnuiyete karar verilmesi yolsuz ve C.M.U. sinin temyiz itirazı bu itibarla varit bulunmuş olduğundan tebliğnamedeki tasdik talebinin reddile hükmün mezkûr sebeplerden dolayı bozulmasına 28/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Millî korunma suçları — Belediye suçları

1 — Belediye encümenlerinin yalnız havayici zaruriye hakkında tâyin edecekleri âzami satış fiyatlarına muhalefet millî korunma suçudur.

2 — Belediyenin tasdik ettiği tarifeye muhalefet ile lokantada fazla fiyatla yiyecek ve içecek satmak belediye suçutur.

(MKK3/59,3, Belediye K 15, 3,43)

Temyiz Mahkemesi 3. Ceza Dairesi

Esas 274 — Karar 3546

Millî korunma kanununa muhalif hareketten maznun lokantacı Ziya Çakıdağ hakkında yapılan duruşma sonunda: kadınbudu yemeğinden 15 kuruş ve birada 20 kuruş belediye ve inhisarca konulmuş fiatlardan fazla satmak suretiyle ihtikâr yapıldığı anlaşıldığından adı geçen kanunun 31,59/3,61,63 üncü maddeleri gereğince ihtikâr pek hafif görüldüğünden fakat evvelce ihtikârdan dolayı katileşmiş para cezasile mahkûm bulunduğu anlaşıldığından takdiren 25 lira ağır para cezasile mahkûmiyetine ve 25 gün dükkânın kapatılmasına bu müddet içinde ticaretten menine ve katî hükmün neşrine ve dükkânına asılmasına dair Salihli As. C. M.sinden verilen 4/12/943 günlü hüküm bu yer C. M. U. liği ile mahkûm tarafından temyiz

olunmasından dolayı mahallinden gönderilen evrak C. B. M. U. liğin 3/1/944 günlü tebliğnamesile daireye verilmekle okunarak gereği düşünülüp görüşüldü.

Belediye encümenlerinin yalnız belediye kanununun 15 inci maddesinin 43 üncü bendi hükmünce havayici zaruriye hakkında tâyin edecekleri âzami satış fiatına muhalefet suçunun millî korunma K. nun şümulüne girmesine ve mezkûr belediye K. nun 15 inci maddesinin 3 üncü bendi hükmünce tasdik olunan tarifeye suçunun belediye suçlarından bulunmasına ve maznun hakkındaki dâvadan yalnız gazinosunda tarifeden fazlaya yemek vermekten açılmış olmasına göre suçun belediye suçlarından olduğu nazara alınmaksızın vazife ciheti düşünülmeksizin ve fazla fiatla bira satmaktan dâva açılmadığı gözönünde tutulmaksızın yazılı olduğu üzere karar verilmesi ve kabul suretine göre biranın gazinoda satılmış olması hasebile bu hususta bir tarife konulup konulmadığı tahkik ve tarife konulduğu takdirde bira satışı fiilinde belediye suçlarından olacağının teemmül olunmaması ve tarife konulmadığı takdirde bira satışının gazinoda yapılmış olmasından dolayı biranın muayyen fiatına ne miktar kâr konması lâzımgeldiğinin salâhiyattar merciden tahkik edilmemesi yolsuz ve C. M. U. liğinin ve maznunun temyiz itirazları ve tebliğname münderecatı bu itibarla varit bulunmuş olduğundan hükmün mezkûr sebeplerden dolayı bozulmasına ve depo parasının geri verilmesine ve 500 kuruş temyiz harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 28/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Zina

Evliliğin boşanma ile nihayet bulmasından sonra zina dâvası açılamaz.

(CK 443)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi

Esas 3281 — Karar 4849

Hatice ile evli olduğu halde Elife ile karı koca gibi yaşamaktan suçlu Hasan ve suç ortağı Mezbure Elifenin bozmaya uyularak bilmuhakeme T. C. K. nun 442 inci maddesi mucibince üçer gün hapislerine dair Çorum As. C. M. den verilen 27/1/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûmlar tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

1 — 18 11/941 tarihli boşanma hükmü müddei tarafından yalnız şahsi hak (tazminat ve eşya) noktasından temyiz edilmiş ve esas boşanma kararı /29/3/943 tarihinde tebliğ edilerek temyiz edilmemesi üzerine 13/4/943 de katileşmiş ve uyulan bozma ilâmına göre katileşmeyi hüküm tarihinden itibaren kabul zaruri bulunmuş iken evliliğin hükmen mürtefi bulunduğu 4/4/943 tarihinde açılan dâva üzerine mahkûmiyet kararı verilmesi;

Bozmayı mucip ve temyiz itirazları ve tebliğname bu itibarla varit olduğundan hükmün bozulmasına ve depo parasının geri verilmesine ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 2/5/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Tecil — Şahitlik

1—Maznun vekilinin şahadetten çekinebilmesi ancak bu sıfatla öğrendiği sırlar hakkında olup maznunun muvafakat etmemesine bağlıdır.

2—Cezası tecil edilmiş ve muayyen müddet zarfında suç işlememiş olan kimsenin sonradan işlediği suç dolayısile verilen cezanın yeniden tecil edilmesi mümkündür.

(CK 89, 95, CMUK 48)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi

Esas 3226 — Karar 5012

Doktor Turgut Onayı dövmek ve tahkir etmekten maznun Doktor İhsan Balatürk hakkında yapılan duruşma sonunda : Her ne kadar dâvacı suçlunun kendisine attığı kadehle yüzünün yaralandığını iddia etmekte ise de hâdisede yaralama suçunun unsuru bulunmayıp yalnız hakaret fiili sabit olmakla T.C.K. nın 482 inci maddesinin birinci fıkrasına tevfikan ve takdiren on gün hapis ve on lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine ve 89 uncu madde mucibince cezasının teciline ve takdir olunan 1000 lira mânevi tazminatın suçludan alınarak müştekiye verilmesine ve 200 kr. duruşma harcı ile (2000)kr. nisbi harcın suçludan tahsiline dair Ceyhan S.C. Mahkemesinden verilen 18/2/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki dâvacı ve mahkûm vekilleri tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı C. Baş. M.U. liğinin 10-4-944 tarihli tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Suçlunun her ne kadar evvelce mahkûmiyeti bulunduğu anlaşılmakta ise de bu mahkûmiyet tecil edilmiş ve suçlu hüküm tarihinden itibaren beş sene içerisinde tecilin ref'ini icabedecek her hangi

bir suç işlememiş ve bu itibarla bu mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayılması kanunen muktezi bulunmuş olmasına göre suçlunun cezasının tecil edilmesinin yolsuzluğuna mütedair tebliğnamede yazılı mütalâa varit değilse de amme şahitleri suçlunun müştekinin yüzüne dolu bir kadeh fırlattığını söylemelerine ve hekim raporunda dahi müştekinin atılan bu kadehle dirseğinden yaralanmış bulunduğu yazılı bulunmasına göre bazı mütalâa serdile fiili müessirden dolayı ceza hükmolunmaması ve suçlu tarafından müdafaa şahidi olarak gösterilmiş Avni Canın mücerret suçlunun müdafaa vekili bulunması şahadetten çekinme sebebi teşkil etmiyeceğine ve C.M U. K. nın 48 inci maddesinde müdafilerin ancak bu sıfatları sebebiyle vakıf oldukları sır hakkında şahitlikten çekilebilecekleri yazılı bulumasına göre mücerret vekil olduğunu söyliyen mumaileyh için şahadetten çekinme hakkı tanınmış olması ve harcın da noksan hükmolunması yolsuz ve dâvacı ve suçlunun temyiz itirazları ile tebliğname muhteviyatı bu itibarla varit olduğundan hükmün bozulmasına ve depo paralarının sahiplerine geri verilmesine ve 500 kr. bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/5 944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Yalan yere yemin

Hukuk Mahkemesinde edilen ve hükme müessir olmıyan yalan yere yeminden dolayı ceza verilemez.

(CK 287)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi

Esas 3118 -- Karar 4878

Hukuk mahkemesinde Hanife aleyhine yalan yere yemin etmekten maznun Tevfik Karanın bilmuhakeme: T.C.K.nun 287 inci maddesine tevfikan altı ay hapsine ve 30 lira ağır para cezası alınmasına dair Tire As. C. Mahkemesinden verilen 25/11/943 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûm tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Fer'i ceza tâyin edilmemesi aleyhe bozma sebebi sayılmamıştır, ancak:

I—Maznun Tevfiğe müddeaaleyh sıfatiyle yemin teveccüh etmiyeceği temyiz hukuk ilâmından anlaşılmasına göre zati hükme müessir olmıyan yeminden dolayı maznunun mesuliyeti cihetine gidilmesi.

Yolsuz ve itirazlarla tebliğname bu itibarla varit olduğundan hükmün bozulmasına ve depo parasının geri verilmesine ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 4/5/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Müessir fiil — Şahsi hürriyetin tahdidi

Döğülen bir kimsenin ağaca bağlanması halinde ağaca bağlamanın şahsi hürriyeti tahdit maksadile yapıldığının kabulü sebepleri gösterilmeden bu suç dolayısile ayrıca ceza verilmesi yolsuzdur.

(CK 78, 79, 179, 456)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi

Esas 2970 — Karar 4979

Ayşeyi âdiyen dövmek ve ağaca bağlamak suretiyle şahsi hürriyetinden mahrum etmekten suçlu Hüseyin Yılmaz ve karısı Gülüzar ın yapılan duruşmaları sonunda T. C. K. nun 456/ son, 179, 69 ve 76 ıncı maddeleri mucibince birer ay ikişer gün hapis ve birer lira ağır para cezalariyle mahkûmiyetlerine dair Akseki Asliye Ceza mahkemesinden verilen 12/1/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûmlar tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Sübuta ait itirazlar varit değilsede,

1 — İhtilâfa sebep olan ekin tarlasında tarafların hissedar oldukları anlaşılmasına ve mahkemece de bu suretle kabul edilmesine göre bu cihetin maznunlar lehine cezayı hafifletici sebep teşkil edip etmiyeceğinin düşünülmemesi.

2 — Ağaca bağlamanın fiili müessir olmayıpta şahsi hürriyeti tahdit maksadiyle yapıldığını kabule saik olan sebepler gösterilmeden ondan da ayrıca ceza verilmesi.

Yolsuz ve temyiz itirazları ve tebliğname bu itiberla varit olduğundan hükmün bozulmasına ve depo paralarının geri verilmesine ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/5/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İçtima — Sürgünden kaçma

Şahsi hürriyeti kaldırıcı bir ceza ile içtima ettiğinde bu cezaya tahvil edilen

sürgün cezası. hapis cezasına feri olmıyan sürgündür. Hapse feri olan sürgün cezasının ayrıca infazı lâzımdır.

(CK 71, 30 4)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi
Esas 2897 — Karar 4949

Esrar kaçakçılığından mahkûm bulundğu hapis ve para ve sürgün cezasından hapis cezası infaz olunarak çekmekte bulunduğu sürgün cezasından kaçmaktan suçlu Mehmet Ertkin'in yapılan duruşması sonunda T. C. K. nun 304, 69, 71, 77/2 ve 76 ıncı maddeleri mucibince ve neticeten altı ay on gün hapsine ve infaz edilmemiş olan 200 lira ağır para cezasının aynen ipkasına dair Kangal asliye ceza mahkemesinden verilen 22/12/943 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûm tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

İçtimaın 77/2 inci madde yerine 60 ıncı madde ile yapılması aleyhe bozma sebebi sayılmamıştır, Ancak:

1 — Hapisle içtimaa tâbi olan yalnız hapis cezasına feri olmıyan sürgün cezası olmakla hapse feri olan sürgünün ayrıca infazı lâzım gelirken içtimaan hapse tahvil edilmesi.

2 — Kabul bakımından 71 inci maddedeki nisbetin aleyhe ihlâli.

3 — Harcın bu defa zammedilen miktara göre tâyini icabederken sürgünden muhavvel hapsinde harç tâyininde nazara alınmaması.

Bozmayı mucip ve temyiz itirazları ve tebliğname bu itibarla varit olduğundan hükmün bozulmasına ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/5/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Millî korunma suçları–Tekerrür–İçtima–Fer'î cezalar

1 — Dükkân kapatma ve ticaretten men, fer'î cezaları içtima edemez.

2 — Millî korunma kanununun 59. maddesinin 3. fıkrasile mahkûm edilmiş olan bir kimsenin aynı maddenin aynı fıkrasile yeniden mahkûmiyeti halinde o fıkrada yazılı hususi tekerrür hükümleri tatbik edilir.

3 — Millî korunma kanununun 59. maddesinin 3. fıkrasile mahkûm edilmiş olan bir kimsenin aynı maddenin 2. fıkrasile yeniden mahkûmiyeti halinde ceza kanununda yazılı mukayyet tekerrür hükümleri tatbik edilir.

(CK 81/2, MKK 59/2,3)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi
Esas 915 — Karar 966

Tesbit edilen fiyattan fazlaya boya ve gaz satmak suretyile millî korunma kanununa muhalif hareketten maznun ve mevkuf Rasim Önen hakkında yapılan duruşma sonunda: Millî korunma kanununun 32, 59/2—3 ve ceza kanununun 81/2 inci maddeleri mucibince ve her iki ceza birleştirilerek neticeten üç ay sekiz gün hapis ve 122 lira 40 kuruş ağır para cezasiyle mahkûmiyetine ve gazların müsaderesine ve 63 üncü madde veçhile hüküm katileştiğinde masrafı suçluya ait olmak üzerie keyfiyetin neşir ve ilânına ve bir ay yedi gün dükkânının kapatılmasına ve bu müddet içinde ticaretten menine dair Ayancık asliye ceza mahkemesinden verilen 15/4/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki Sinop C. müddeiumumiliği ve suçlu taraflarından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı 21/3/942 tarih ve 568/133 sayılı vekâlet emir ve tasvibiyle verilen salâhiyete binaen C. baş müddeiumumiliğinin 17/5/944 tarihli tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle icabı düşünüldü:

Dükkân kapatılmasına ve ticaretten memnuiyete dair olan fer'î cezaların içtimaı hakkında hususi hüküm bulunmadığı gibi umumi hükümler dahi bu kabil fer'î cezaların içtimaına müsait bulunmadığına ve maznunun Millî korunma kanununun 59 uncu maddesinin 2 inci bendini istilzam eden suçunda tekerrüre esas ittihaz olunan eski mahkûmiyeti mezkûr 59 uncu maddenin ikinci fıkrasına değil; üçüncü fıkrasına müstenit bulunması itibariyle ikinci fıkra ile verilen cezanın 81 inci madde ile arttırılması icap ettiğine göre tebliğnamenin bu noktalara matuf mütalâaları varit görülmemiş ise de: maznunun Millî korunma kanununun 59 uncu maddesinin 3 üncü bendi mucibince mahkûm olduğu diğer cezanın eski mahkûmiyetle aynı mahiyette bulunması itibariyle mezkûr fıkrada bahsedilen hususi tekerrür hükümlerinin tatbikile arttırılması icap ederken ceza kanununun 81 inci maddesinin tatbik edilmesi ve bedeli müşteri tarafından ödenmiş olan bir teneke gaz hakkında ek 5 inci maddeye mugayir olarak müsadere kararı verilmesi ve ticaretten men cezasının dükkânın kapatıldığı müddete maksur olduğunun düşünülmemesi yolsuz ve temyiz itirazları ile tebliğnamenin diğer fıkraları bu itibarla varit olduğundan hükmün bozulmasına ve depo parasının geri verilmesine ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 27/5/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Ruhsatsız silâh taşımak

Büyük bıçak, taşınması mutat olan bıçaklardan zahiren tefriki kabil olabilecek derecede büyük olan bıçaktır.

(CK 549)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi

Esas 492 — Karar 4950

Kasaba dahilinde ruhsatsız bıçak taşımaktan suçlu Mehmet Urucun bilmuhakeme beraetine ve bıçağın sahibine iadesine dair Orhaneli S. C. Mahkemesinden verilen 18/4/944 T. kararın temyizen tetkiki mahalli C. M. U. liği tarafından müddetinde istida edilerek dâva evrakı C. Baş M. U. liğinin 23/5/944 T. tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle icabı düşünüldü. suçluda bulunan bıçağın herkes tarafından taşınması mutat bıçaklardan olduğu ehli vukuf tarafından beyan edilmesine ve kanunen taşınması memnu olan bıçakların vasfı santimetre ile tâyin ve tahdit edilmemiş ve bu itibarla büyük bıçak tâbirinin taşınması mutat olan bıçaklardan zahiren tefriki kabil olabilecek derecede büyük olan bıçaklara masruf olması iktiza etmiş bulunmasına göre varit görülmeyen temyiz itirazlariye tebliğnamedeki mütalâanın reddine 31/5/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İçtima—Ağır para cezası—Kaçakçılık suçları

Kaçakçılık suçlarından dolayı verilen ve içtima ettirilen para cezalarının çevrileceği hapis cezası en çok dört senedir.

(CK 76, Kaçakçılık K 56)

Temyiz Mahkemesi 3. Ceza Dairesi

Esas 5266 — Karar 4796

Sükrü Arbaşın gümrük kaçakçılığından dolayı Hatay asliye ceza mahkemesinin 17/11/939 ve 20/4/942 tarihli ilâmlarile ayrı ayrı mahkûm olduğu ceman 1640 lira 22 kuruş ağır para cezasının kaçakçılık kanununun 56 ıncı maddesine tevfikan 3 sene hapse çevrilmesine dair usulün 402 inci maddesine tevfikan bu yer asliye ceza mahkemesinden verilen 3/5/944 günlü hükme karşı Adliye Vekilliğinin 29/5/944 gün ve 718/598 sayılı yazılı emir üzerine C. B. M. U. liğin 31/5/944 gün ve 483 sayılı tebliğnamesile daireye verilmekle okundu.

Yazılı emre dayanan tebliğname münderacatı.

Suçlunun Gümrük kaçakçılığından dolayı 17/11/939 tarihli kararla 738 lira 94 kuruş ve 20/4/942 tarihli kararla da 901 lira 28 kuruş ki ceman 1640 lira 22 kuruş ağır para cezasına mahkûm olmuş ve 1918 sayılı kanunun 56 ıncı maddesinde içtima eden para cezalarının hapse tahvilinde tatbik olunacak hapsin âzami haddi gösterilmediğinden bu hususta T. C. K. nun 76 ıncı maddesi nazara alınarak birleşen ağır para cezalarının 4 sene olarak hapse tahvili muktazi bulunmuş olduğunun düşünülmemesi yolsuz görüldüğünden mezkûr kararın C. M. U. K. 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına dairdir

Gereği düşünülüp görüşüldü.

Yazılı emre atfen tebliğnamede gösterilen bozma sebebi dosya münderecatına nazaran yerinde görüldüğünden 3/5/944 tarihli kararın C. M. U. K. 343 üncü maddesinin son fıkrasına tevfikan bozulmasına 8/6/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Emniyeti suiistimal

Ölmez ana suretile verilen hayvanın satılması hukuki bir mesele olup emniyeti suiistimal suçunu teşkil etmez.

(CK 508)

Temyiz Mahkemesi 4. Ceza Dairesi

Esas 5556 — Karar 6564

Yavrusundan ortaklama intifa etmek üzere Ömerden aldığı ineği satmak suretiyle emniyeti suiistimal etmekten suçlu Abdurrahmanın bil. muhakeme: T.C.K.nun 508 inci maddesine tevfikan iki ay hapis ve elli lira ağır para cezasiyle mahkûmiyetine dair Seyhan Birinci Asliye Ceza mahkemesinden verilen 3/4/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûm ve C.M.U.liği taraflarından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

1 — Hukukta mevcut olduğu anlaşılan dâva dosyasının tetkikiyle bu dâvanın 108 inci maddedeki mehil içinde açılıp açılmadığının ona göre tesbiti lüzumundan zuhul olunması.

2 — (Ölmez ana) suretiyle hayvan vermek bir taraftan hayvan vermek ve diğer taraftan bakmak ve dölü aralarında bölünmek üzere hayvan yetiştirme ortaklığı yapmaktan ibaret olmasına göre hâdisenin münhasıran hukuki mahiyette olduğunun gözetilmemesi.

3 — Kabul bakımından satış zamanındaki kıymetin takdir ettirilmesi ve buna göre 522 inci maddenin tatbiki gerekip gerekmediğinin teemmülü lüzumunun düşünülmemesi.

4 — İneği satın alanın celp ve istima edilmemesi.

5 — Tebligat üzerine iki celseye gelmeyip ancak istizah için getirtilen müdahil lehine tazminat hükmüne mesağ olup olmadığının teemmül ve münakaşa edilmemesi.

Bozmayı mucip ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundnn hükmün bozulmasına ve depo parasının geri verilmsine ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 9/6/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Hırsızlık

İnhisar mevzuatına göre kıymeti olmadığı için imhasına karar verilen tütünlerin imha edilmemesi hırsızlık suçunu teşkil etmez.

(CK 491)

Temyiz Mahkemesi 2. Ceza Dairesi

Esas 4905 — Karar 5163

Erbaa İnhisarlar İdaresine ait olup imha için Kelkit nehrine götürmekte iken dört denk 112 kilo tütünü çaldıkları iddiasiyle maznun Arabacı Şükrü Saçlı ve İnhisarlar muvakkat bekçisi Salim Dağ haklarında 3005 S.lı kanuna tevfikan yapılan duruşma sonunda: Ceza K.nun 491/3, 522, 525 inci maddeleri mucibince tenzilen üçer ay müddetlerle hapislerine ve bu kadar müddetle de emniyeti umumiye nezareti altın a bulundurulmalarına ve tütünlerin Erbaa inhisarlar idaresine teslimine ve suçluların tevkiflerine dair Erbaa S. C. Mahkemesinden verilen 20/5/944 T. hükmün temyizen tetkiki mahkûmlar tarafından müddetinde istida ve şartı fakirlik ilmühaberile ifa edilerek davâ evrakı C. Baş M. U. liğinin 9/6/944 T. tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

İdarece inhisar mevzuatı itibariyle bir kıymeti haiz olmadığı için imhasına karar verilen ve bu suretle mülkiyeti kendiliğinden müntezi bulunan tütünlerin bekçi tarafından imha edilmemesi vazife noktasından takibi icap eden bir suç teşkil edip etmediği tetkik ve münakaşa edilmeksizin hâdisenin hırsızlık olarak kubuliyle yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları ve tebliğname

münderecatı bu itibarla varit olduğundan hükmün bozulmasına ve 500 kr. bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına ve başka sebeplerden mevkuf veya mahpus olmadıkları takdirde salıverilmeleri için Baş M.U lik makamına müzekkere yazılmasına 10/6/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Ehlihibre

Ebelerin verdiği şahadetnamelerin resmî hekimlere tasdik ettirilmesi lâzımdır.

(CMUK 66)

Temyiz Mahkemesi 4 Ceza Dairesi

Esas 5579 — Karar 6831

Reşit olmıyan Fatmayı rizasiyle yanında alıkoymaktan maznun Osmanın bilmuhakeme: T. C. K. nun 430/2 ve 55 inci maddelerine tevfikan üç ay hapsine ve 600 kuruş yarım harcın maznundan alınmasına dair Çal Asliye ceza makemesinden verilen 8/3/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki maznun tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Harcın eksik tâyini yolsuzluğu aleyhe bozma sebebi sayılmamışlır: ancak:

1 — Mağdur ve suçlu evleneceklerini ve muamelelerinin derdest olduğunu söylemişlerken mehil verilmemesi.

2 — Ebenin verdiği şahadetnamenin resmî doktora tasdik ettirilmemesi.

Yolsuz ve itirazlar bu itibarla varit olduğundan hükmün tebliğname veçhile bozulmasına ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 15/6/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Temyiz Kararları

TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARI

Vazife — Şufa dâvası

Sulh mahkemesinin vazifesine dahil bir şufa dâvasının muhakemesi esnasında 300 liradan fazlaya satılmış meşfu hissenin ikinci müşteri aleyhine takip ve icrası da yine o sulh mahkemesine aittir.

(HMUK 186, MK 659)

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumi Heyeti
Esas 14 — Karar 18

Medeni kanunun 659 uncu maddesine müsteniden açılan şufa dâvasının muhakemesi cereyan ederken müşteri meşfu hisseyi başkasına üçyüz lirayı geçen bir bedel mukabilinde ferağ ettiği ve şefi de bu son müşteri aleyhine dâvasını tevcih eylediği takdirde ikinci ferağ bedelinin üçyüz liradan fazla olmasına rağmen dâvanın rüyetine sulh mahkemesinin vazifeli olduğu ötedenberi kabul edilmiş iken ahiren Hukuk U. M. K.nun 186 ıncı maddesinin; Dâva ikame edildikten sonra iki taraftan biri müddeabihi ahara temlik ederse diğer tarafın muhayyer olup asıl müddeaaleyhe karşı dâvasından sarfınazar ederek müddeabihi temellük eden kimseden dâva eder. Tarzındaki hüküm ve sarahatına istinadla yeni ve müşteriye karşı şefi'in şufa hakkından dolayı açacağı dâvanın yeni müstakil bir dâva olması ve ferağ bedelinin de üçyüz lirayı geçmesi hasebiyle sulh mahkemesinin vazifesinden hariç olduğu hakkında içtihat takarrur etmiş ve son içtihat ile evvelki içtihat arasında mübayenet hasıl olmuş bulunduğundan bahsile keyfiyetin tevhidi içtihat yoliyle halli Temyiz üçüncü hukuk dairesi Reisliğinin 24/4/944 Tarih ve 277 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni keyfiyet tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde müzakere edilerek:

Neticede;

Yeni usulü muhakeme kanunumuzun 186 ıncı madde sü[illegible]me esnasında dâva olunan yerin ahara temlikinde iki tarafı muhayyer kılmış; ya temlik eden tarafa olan dâvadan sarfınazar ederek müddeabihi temellük eden kimseye karşı dâva etmek veya dâvasını

müddeabihi başkasına temlik eden taraf hakkına zarar ve ziyan dâvasına çevirmek şıklarından birini ihtiyar edebilmesini kabul etmiştir.

Bir ayin dâvasının asliye veya sulh mahkemelerinden hangisinde bakılması lâzımgeleceğinin tâyininde usulün ikinci maddesi hükümlerince o aynin dâva tarihindeki hakiki kıymeti esas olur. Mahkeme bu kıymetin tâyini için lüzum görürse ehli hibreden de istiane eder.

Dâva olunan aynin kıymeti 300 liradan aşağı olmasından sulh mahkemesinin vazifesi dahilinde görülerek dâvaya bakılırken malik ve zilyedi onu ahara sattıkda diğer taraf ayin dâvasında ısrar edipte yeni malik ve zilyede hüsumeti tevcih edince o aynin kaça satıldığına bakılmıyarak aynı kıymeti muhafaza etmesi itibariyle malikdeki değişikliğin vazife meselesine tesiri olmamak icabedeceği gibi bir şufa dâvasının rüyeti, meşfu hissenin kıymetine göre sulh mahkemesinin vazifesi dahiline girdikten sonra meşfu hissenin evvelkinden daha fazlaya satılmış olması, semeni mebi hakiki kıymeti telâkki olamıyacağından şufa dâvasının vazifeten asliye mahkemesine intikal etmesini evleviyetle istilzam etmez. Çünkü asıl şufa dâvası, kanuni müddet içinde ikame olunduktan sonra dâva esnasında bşkasına satıldığını istihbar eden şefi, zikri geçen usulün 186 ıncı maddesine tevfikan muhayyerliğini, meşfu'un aynini talebde istimal sadedinde verdiği istida ikinci satışa ittılaından bir ay geçtikten sonra da verilmiş olsa reddolunamayıp ilk arzuhal ile asıl şufa dâvasının müddei muhafaza edilmiş olacağından ikinci müşteriye karşı tevcih edilen hüsumeti mutazammın dâvayı, birinci dâvanın devamı olarak kabul etmek iktiza eder. Böyle kabul edilmediği takdirde mütemadiyen yedlerin tebeddülü karşısında bir şufa dâvasını intacetmeğe imkân kalmaz.

Müddeabihin muhakeme sırasında ahara temlikinde o ayni hükmen elde etmek istiyen dâvacıyı bir takım masraf ve külfetler ihtiyariyle başka mahkemelere göndermeği istihdaf etmemiş olan vazıı kanun, dâvanın kazanıldığında mahkûmunaleyhin, müddeabihi kendisine temlik ettiği kimse ile beraber muhakeme masrafını müteselsil kefaletle ödemeğe mahkûm olacağına dair maddeye bir fıkra ilâve etmekle temlik eden aleyhine olan dâvadan sarfınazar edilmenin bir feragat ve ibra mahiyetinde olmadığını göstermekle kalmıyarak onu, muhakeme masrafiyle mahkûm edecek olan mahkemenin başka bir mahkeme olamıyacağını: Çünkü; diğer bir mahkemenin onu gıyaben masrafla mahkûm etmeğe imkân ve salâhiyeti mefkut olduğunu ihsas etmiş bulunmaktadır.

Binaealeyh, rüyeti bir sulh mahkemesinin vazifesi cümlesinden olan bir şufa dâvasının muhakemesi sırasında üçyüz liradan fazlaya satılmış olan meşfu hissenin ikinci müşteri aleyhine takip ve intacının da yine o sulh mahkemesine ait olacağına reylerin üçte iki çoğunluğiyle 10/5/944 Tarihinde karar verildi.

Talik—Mehilin son günü

Son günü 2739 sayılı kanunda yazılı tâtillere rastlıyan müddetler tatili takip eden günde biter; son günü icra takibinin talikı zamanlarına tesadüf eden müddetler talikın hitamından itibaren üç gün daha uzatılır.

(İİK 19,56)

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumi Heyeti
Esas 38—Karar 20

Gün olarak tâyin edilen müddetlerde sonuncu gün bir tatile tesadüf ederse müddetin tatili takibeden günde biteceği ötedenberi kabul edilmiş ve bu hususta icra ve iflâs K.nun 19 uncu maddesi mesnet tutulmuş iken ahiren bu kabil müdddetlerin hesabında mezkûr kanunun 56 ıncı maddesi hükmünün esas ittinaziyle son günü tatile rastlıyan müddetin tatilin hitamından sonra üç gün uzatılması lâzımgeleceği yolunda yeni bir ekseriyet hasıl olmuş olduğundan bahsile husule gelen işbu mubayenet ve ihtilâfın tevhidi içtihat yoliyle halli lüzumu Temyiz icra ve iflâs dairesi Reisliğinin 10/10/942 tarih ve 738 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni toplanan tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek:

Neticede;

İcra ve iflâs kanununda müddetlerin başlama ve bitme zamanlarını tâyin eden 19 uncu maddede müddetin(Sonuncu günü bir tatile tesadüf ederse tatili takibeden günde biter) diye yazılı olan fıkra ile, talikın müddetlere göre neticelerini bildiren 56 ıncı maddede (Müddetin nihayeti bir tatil veya talik gününe tesadüf ederse müddet tatil veya talikın hitamından sonra üç gün daha uzatılır) suretinde olan fıkradaki tatil kelimeleri gerçi söz itibarile bir birinin aynı iseler de, kullanıldıkları yerlere göre ayrı ayrı mefhumlara delâlet etmektedirler. Bu kelimenin her iki maddede aynı mâna ve mefhumda kullanılmış olduğunu kabul etmek, kanuna aynı konu etrafında bir birine zıt iki kaide ve hükmün konulabileceği neticesini

verir ki böyle bir ihtimalin kanun vazıınca asla düşünülemiyeceği teredddüt olunmaz bir keyfiyettir. Sonra 56 ıncı maddenin 19 uncu madde hükmünü iptal için konulmuş olmasını farzetmek de kanun vazıından beklenilmiyen bir mantıksızlık olur.

2739 sayılı kanun ile bayram ve bütün tatil günleri tâyin ve tâdat olunmuştur.

Hukuk usulü muhakemeleri ka. nun 162 inci ve ceza muhakemeleri usulü K.nun 40 ıncı maddelerinde müddet ve mehillerin hesabında müddetin veya mehilin son günü pazara veya her hangi bir tatile rastlarsa tatilin ertesi günü biteceği yazılı bulunmuştur.

Usul kanunlarımızda umumi kaide olarak yer almış olan bu hüküm ve mevzua muvazi olmak üzere icra K. nun 19 uncu maddesinin kabul olunduğunda ve bu suretle icra kanununun tatbikatına giren her türlü müddetlerin son günü 2739 sayılı kanun ile belli tatil günlerine rastlarsa tatili takibeden günde bitmesinin istendiğinde hiç şüphe edilmez. İcra kanununda yazılı bütün müddetler icra işlerinde çabukluk temini için asıllarına göre oldukça kısaltılarak tâyin edilmiş iken usul kanunlarının kabul ettiği kaidelere aykırı olarak son günü bir pazara rastlıyan müddetin üç gün daha uzaltılması ciddi bir lüzum ve zarurete istinat etmiyeceği gibi bu yolda bir tefsir de kanunun maksadına uymaz.

Sözü geçen icra kanunu maddelerinin İsviçre icra ve iflâs kanunundaki asıllariyle yapılan mukayeselerinde dahi, 19 uncu maddedeki tatil kelimesiyle pazar gününün ve kanun ile tâyin olunmuş diğer bayram günlerinin ifade ve kastedildiği ve 56 ıncı maddemizin aslı olan İsviçre icra K.nun 63 üncü maddesindeki (Takip tatilleri) kelimesinin de kanuni bayram günlerinden başka ve ayrı olan diğer dinî bayram günlerini müfit olduğu görülmüş ve aslına göre dinî bayram günlerini kasteden takip tatilleri kelimesinin kanunumuza sadece tatil kelimesiyle tercüme ve nakledildiği anlaşılmıştır.

56 ıncı maddedeki tatil kelimesinin delâlet ettiği hakiki mefhum bu suretle belli olunca, 19 uncu maddenin yukarda beyan olunan hükmü de kendiliğinden anlaşılır bir hal alır.

Beyan olunan bu mütalâa ve mülâhazalara mebni, son günü 2739 sayılı kanunda bildirilen tatillere rastlıyan müddetlerin icra K.nun 19 uncu maddesi mucibince tatili takibeden günde biteceğine ve kanuni olmıyan bir tatil düşünülmemiş ve bu kabil günler için ayrıca hüküm konmamış olduğu cihetle son günü icra takibinin ta-

lıkı zamanlarına tesadüf eden müddetlerin de 56 ıncı madde hükmünce talikın hitamından sonra üç gün daha uzaltılması icabedeceğine 24/Mayıs/944 Tarihinde reylerin üçte ikisini geçen Çoğunluğiyle karar verildi.

Vekâlet ücreti

İlâmların icrasında mahkemece takdir edilen vekâlet ücretinden başka icra muameleleri için de icra memuru tarafından ayrıca vekâlet ücreti takdir olunur.

(İİK 138 3)

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Umumi Heyeti

Esas 34 — Karar 21

İcra ve iflâs K. nun 138 inci maddesinin 3 üncü fıkrası hükmünün ilâmsız takiplere munhasır olduğu ve ilâmların icrası talebinde ayrıca icra muameleleri için vekâlet ücreti istenmiş olsabile ilâmsız takibe mahsus olan mazkûr fıkra hükmünün tatbik edilerek icra memurluğunca ayrıca bir vekâlet ücreti takdir olunamıyacağı ve ilâmların icrasında yalnız mahkemece takdir edilen vekâlet ücretinin tahsili lâzımgeleceği takarrur emiş içtihat cümlesinden iken ahiren mümasil bir hâdise hakkında yapılan tetkikat sırasında; ilâmların icrasında mahkemece takdir edilen vekâlet ücretinden başka icra muameleleri için de zikredilen fıkraya müsteniden icra memuru tarafından ayrıca vekâlet ücreti takdir edilebileceğine dair yeni bir ekseriyet hasıl olmuş olduğundan bu suretle meydana gelen içtihat ihtilâfının halli temyiz icra ve iflâs dairesi Reisliğinin 8/9/ 942 tarihli ve 556 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni toplanan tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek:

Neticede;

İcra ve iflâs dairesi Reisliğinin 8/9/942 Tarihli tezkeresiyle ona merbut 1/7/935 Tarihli ilâm suretine nazaran; icra ve iflâs dairesinin ötedenberi içtihadı: ilâmların icrasında yalnız ilâmda yazılı vekâlet ücreti tahsil olunup yoksa ilâmın icrası için ayrıca icra memurluğunca vekâlet ücreti takdir olunamıyacağı ve icra ve iflâs K. nun 138 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün yalnız ilâmsız takipler hakkında tatbik olunacağı merkezinde iken ahiren ilâmların icrasında dahi mahkemece takdir edilen vekâlet ücretinden başka avukatın icradaki mesaisinden dolayı icra memuru tarafından ayrıca vekâlet ücreti takdir edilebileceğine dair yeni bir ekseriyet husule

geldiği ve bu itibarla eski ve müstekar içtihadın hilâfına yeni bir içtihat hasıl olduğu anlaşılmıştır.

Eski içtihadın 942 senesine kadar devam edip 942 senesi içinde bunun hilâfına olan içtihadın takarrur eylediği bu daire Reisliğinin 8/9/942 Tarihli yazısından istidlâl olunmaktadır. Şu halde avukatlık kanunu ile bu kanuna tevfikan tanzim ve tasdik olunan avukatlık ücret tarifesi ve izahnamesinin meriyet mevkiine konmasından sonra bu tebdili içtihat vaki olmuş demektir. Bu itibarla ihtilâfın son kanuni vaziyet ve hükümlerile halli lüzumu hasıl olmaktadır.

Avukatlık K. nun altıncı babının dâva ve takip ücretleri unvanlı ikinci faslında vekil ile müvekkil arasındaki vekâlet ücretleriyle diğer tarafa tahmil olunacak ücretlerden bahsedilmektedir. Bu faslda münderiç olan 130 uncu maddede ise kaza mercilerindeki muamelelerle diğer işlerden alınacak vekâlet ücretinin asgarî haddini gösteren tarifenin nasıl yapılacağı tâyin kılındıktan sonra 131 inci maddesinde de ücret mukavelenamesi yapılmamış olan hallerde asgarî tarifenin tatbik olunacağı ve mahkûmunaleyhe de tahmil olunacak ücretin tarifede yazılı hadden aşağı ve üç mislinden yukarı olamıyacağı tasrih kılınmıştır.

İmdi gerek mahkemelerde ve gerekse icrada avukatla takip olunup da yazılı mukavele bulunmıyan işlerde vekil ile müvekkil arasında takarrur etmiş ücretle hasma tahmili lâzımgelen vekâlet ücretlerini bu kanun tâyin etmiş olduğuna ve bu kanun mucebince hazırlanarak Adliye vekâletince tasdik edilen ve 15/9/941 Tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesiyle izah ve tatbik tarzına dair umumi hükümlerin 10 uncu maddesinde mahkemede (dâvanın müdafasını) deruhde etmeksizin icra takip yollariyle boçlu aleyhine takip icrasını deruhte eden avukatla evvelce mahkemede dâvayı intacetmiş olan avukata icra takibi için de ayrıca nisbî bir ücret verileceği tasrih kılınmış ve icra takiplerinde maktu vekâlet ücretine tâbi olan işlerin nelerden ibaret olduğu ve alınacak ücretlerin miktarları da maktu ücret tarifesinin altıncı bendinde hars ve tâdat edilmiş bulunmasına göre gerek ilâmlı ve gerek ilâmsız icra ve takiplerinde diğer tarafa vekâlet ücreti tahmil edilmesi zarurî bulunmaktadır.

Bu itibarla ilâmda vekil için ücret tâyin ve hükmedilmiş olsa dahi vekil marifetiyle takibedilen ilâmın icrasından dolayı da ayrıca ücret takdir edilmesi lâzımgeleceğine dair icra ve iflâs dairesinin ikinci içtihadının doğru olduğuna 31/5/944 Tarihinde ittifakla karar verildi.

DAİRE KARARLARI

Hacir—Yeminden imtina—Haricen satış

1 — Mahkeme hükmile hacir kararı kaldırılan mahcurun medeni haklarını kullanmak salâhiyyeti avdet eder.

2 — Yemin için davet olunan kimsenin gelmemesi halinde yeminden kaçınmış ve yemin edeceği vakıaların sabit olmuş sayılmasına karar verilerek kendisine tebliğ olunmak lâzımdır.

3 — Gayrimenkulün haricen satışı muteber değildir; buna mülhak cezai şartın dahi ifası lâzım gelmez.

(MK 416,417; HMUK 3387, BK 160)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi

Esas 1265 Karar 1187

DÂVA: 2300 lira bedel mukabilinde müddeaaleyhten haricen satın aldığı hane bedeline mahsuben 450 lirasını peşinen ve 84 lira da bilâhara vermiş olduğu halde müddeaaleyh takririni vermekten imtina ve icraen de inkâr etmiş olduğundan bahsile meblâğı mezkûrun yüz lira zamanı rücu ve icra tazminatile birlikte müddeaaleyhten tahsilini dâvacı vekili istemiş, müddeaaleyh dahi: akit tarihinde müvekkilinin mahcur ve vekâlet altında bulunduğu cihetle müvekkilinin ilzam edilemiyeceğini def'an dermeyan eylemiştir.

KARAR: Dâvacının ibraz ettiği borç senetlerinin tarihleri 8/9/942 ve 18/9/942 olup müddeaaleyh Eminin hacri 26/8/942 tarihinde ref' edilerek vesayetinde bu tarihten itibaren kaldırıldığı ve bu hususa dair olan asliye mahkemesi kararının da bilâhara katileştiği evrak arasında bulunan ilâm münderecatından anlaşılmış olmasına ve ancak dâvacının istinat ettiği Emin Berent mührünü taşıyan senetler müddeaaleyh vekili tarafından inkâr edilmiş ve işbu senetlerin tanziminde H. U. M. K. nun 297 inci maddesi de kanuni tarifeye uygun görülmemiş ve müddeaaleyhe yemin davetiyesi tebliğ edilmiş ise de; müddeaaleyh daveti vakıaya icabet etmemiş olmakla yeminden nükûl etmiş sayılacağına ve icraen de borcu inkâr etmiş olduğu icra vesikasından anlaşılmış olmasına binaen müddeabih altı yüz otuz beş liranın yüzde on icra tazminatile birlikte müddeaaleyhten alınarak dâvacıya verilmesine karar verildiğini mutazammındır.

TEMYİZ EDEN: Müddeaaleyh vekili Veli Dayı.

Temyiz Kararı

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

Hacir kararı asliye mahkemesi hükmile kaldırıldıktan sonra müddeaaleyhin gayrimenkulünü dâvacıya haricen satıp bedelini aldığına dair imzasile verdiği senetle ilzamı lâzımgelir. Her ne kadar taraflar arasındaki muamele; hacrin kaldırılması hakkında ki asliye hükmü katiyet kesbetmeden evvel yapılmış ise de; medeni kanunun 416 ve 417 inci maddelerinde «asliye hâkimi hacir sebebi zail olunca hacri refetmekle mükellef olduğu ve hacrin ref'i tarihinden itibaren mahcurun medeni haklarını kullanmak salâhiyeti avdet edeceği» yazılı bulunmasına ve hacrin kaldırılması hakkındaki hükmün de ahiren katileşmiş olduğuna binaen müddeaaleyhin hacir kararı kaldırıldıktan sonra yaptığı akit ve muamelesi kanunen muteber bulunmuş olduğu gibi dâvada haksız çıkmış olmasına mebni icra tazminatile de mesul bulunmuş olduğundan bu hususlara ait temyiz itirazları varit değilse de; usulün 337 inci maddesi mucibince yemin için davet olunup makbul bir sebep olmaksızın tâyin olunan günde gelmiyen müddeaaleyhin yeminden kaçınmış ve yemin edeceği vakıaların da sabit olmuş sayılmasına karar verilmek ve bu kararın kendisine tebliğinden itibaren sekiz gün içinde yine gelmediği halde esas hakkında hüküm verilmek lâzımgelirken müddeaaleyhin gıyabında verilen kararın kendisine tebliğ ve sekiz günlük bir mühlet verilerek yemin için davet olunmaması ve gayrimenkulün âdi senetle satışı kanunen muteber olmadığı ve muteber olmıyan bir akde mülkak olan cezai şartın ifası lâzımgelmediği halde yüz lira cezai şartın da müddeaaleyhten tahsiline karar verilmesi yolsuz olmakla hükmün bu sebeplerden (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 15/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Vazife

Tütün ekicisi ile alıcısı arasında alım satım mukavelesinden doğan ihtilâflar hakem marifetile hallolunur.

(Tütün İnhisarı Kanunu 15)

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi
Esas 943/1997—Karar 975

Dâva: Dâvacı vekili, müekkilinin malik olduğu 1080 kilo yaprak tütünü 12/5/942 tarihinde dâva olunanlara peşin para ile kilosu 148

kuruştan satarak teslim ve transfer muamelesi yapıldığı halde bedelini ödemeksizin bu tütünleri başkasına satmış ve protestoya rağmen müekkilinin tütünlerinin parasını vermemiş olduklarından ve 5/6/942 tarihinde tütünlerin kilosu 248 kuruşa satılmış olduğu cihetle beher kiloda birer lira hesabiyle 1080 lira zararı olduğundan icra vasıtasiyle alınan 1363 lira 48 kuruştan eski satış hesabına nazaran bakiye alacakları kalan 229 lira 56 kuruşla 1080 lira tazminatın ayrıca icra tazminatiyle beraber tahsilini istemiştir.

HÜKÜM: Muddeabih tütünün dâva olunanlar tarafından peşin para ile satın alındığı inhisar idaresinin tezkeresinden anlaşılmış ve tütün bedelinin tamamen tediye olunduğu hakkında dâva olunan vekili tarafından ibraz olunan senet kanunen ihticaca salih bulunmamış ve dâvacı icraen tahsil olunan 1369 lira 4 kuruştan fazla almadığı hakkında verilen yemini kabul ve eda etmiş olmasına mebni müddeabihten 226 lira 40 kuruşun % 10 icra tazmintiyle beraber dâva olunanlardan tahsiline ve varit görülmiyen tazminat talebinin reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden: Halil ve Enver vekili avukat Numan Akşit

Temyiz Kararı

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

3437 numaralı İnhisar kanununun 51 inci maddesinde tütün ekicisi ile alıcısı arasında alım, satım mukavelenamesinin bu kanuna göre tatbik ve icrasından doğacak bütün ihtilâfların hakemler marifetiyle hal olunacağı yazılı olmasına ve taraflar arasındaki ihtilâfın satış mukavelesinin tatbikından ileri geldiği dâva arzuhali münderecatından anlaşılmakta bulunmasına göre dâvaya bakılmamak ve vazife noktasından dâva arzuhalinin reddine karar verilmek iktiza ederken kanunun açık olan bu hükmünün göz önüne alınmamış ve dâvanın tetkikına girişilerek yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması yolsuz ve temyiz talebi ancak bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 850 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 17/4/944 tarihinde Oybirliğiyle karar verildi.

Vekâlet – Veli tarafından tâyin edilen vekil

Velinin bilvelâyet, tevkil ettiği kimse, küçük reşit olduktan sonra onun namına mürafaada bulunamıyacağı gibi bilvekâle dâva da açamaz.

Temyiz Mahkemesi İcra ve İflâs Dairesi

Esas 1524—Karar 1395

Temyiz edilen karar: Ölü Hamdi mirasçılarına izafeten icraî takipte bulunan vekilleri mirasçılardan Şahap Güllenin borçlu Bekir zimmetindeki alacağın istifasını temin maksadile buna ait olduğu beyanile haczettirdiği emval ve hayvanat hakkında müddei Yusuf Abay tarafından istihkak iddiasile ve alacaklı mirasçılar vekili canibinden de adı geçen dâvacının bu baptaki iddiasının reddile muarazasının men'i ve icranın devamı talebile ikame olunan dâvaların tevhiden icra kılınan muhakemesi neticesinde: İstihkak iddia eden Yusufun borçlu ile ortak olduğu anlaşıldığından 2/3/944 tarihli zabıt varakasında yazılı (4900) lira değerindeki mahcuz emvalden İcra ve İflâs kanununun 82 inci maddesi mucibince borçlu için muktazi olanlar tefrik ve tarh edildikten sonra geri kalanın yarısı hakkında istihkak iddiasının kabulüne ve diğer yarısı hakkında da takibin devamına karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz kararı:... Sonradan reşit olan veresenin evvelce velileri tarafından verilmiş olan vekâlete istinat ile temsilleri caiz olmıyacağından dâvacı Yusufun açtığı istihkak dâvasının usulü dairesinde temsil olunmıyan vereseye tebligat icrası ile taraflar teşkil olunarak görülmesi icabettiği ve alacaklı murisin ölümile iştirak halinde mülkiyet suretile tasarruf olunan mal ve haklardan dolayı İcra kanununun 99 uncu maddesine istinat olunarak açılan muarazanın men'i dâvasının bütün verese tarafından açılması ve yukarda yazılı sebep ile bir kısım veresenin dâvaya iştirak etmemeleri halinde dâvanın reddi muktazi bulunduğu halde kanuni bu lüzum ve icaba riayet olunmıyarak her iki dâvanın yazılı olduğu üzere görülüp neticelendirilmesi yolsuz ve bozma dileği varit olduğundan temyiz olunan kararın bu sebepten dolayı İcra ve İflâs kanununun 366 ve H.U.M. Kanununun 428 inci maddeleri gereğince (Bozulmasına) ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 21/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Zilyetlik—Tecavüzün men'i

Bir gayrimenkulün maliki veya onun adamları mülküne karşı vukubulan her türlü tecavüz ve müdahaleyi menetmek icabında ve ahvalin haklı gösterdiği hallerde cebir ve şiddet göstermek hak ve salâhiyetini haizdirler.

(MK 894, BK 57)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 858—Karar 1254

Dâva: Müddeaaleyh Ziyaeddin Baysal küçük oğlu Mustafayı teşvik ve tahrik ederek 350 lira kıymetinde bir adet Mandasını kasten suya sevketmek suretiyle ölümüne sebebiyet vermiş olduğundan bahsile bedeli olan 350 liranın müddeaaleyten tazminen tahsili talebinden ibarettir.

Karar: Müddei telef olan hayvanın 350 lira kıymetinde olduğunu iddia etmekle beraber tazmini için 90 liraya sulh olmak istediğini ve bunun yarısını çoban Müyesserden ve yarısı olan 45 lirayı da müddeaaleyhten talep eylediğini huzuru mahkemede beyan ve ifade eylemiş ve hâdisenin müddeaaleyhin küçük oğlu Mustafa Baysalın tedbirsizlik ve teseyyübü neticesi olarak vukua geldiği ve çobanlar Leylâ ve Müyesserin de bu zararın husulünde ihmal ve kasıtları bulunduğu anlaşılmış ve dâvacının bu zarar için müddeaaleyhten haricen 45 lira talebettiği kendi ikrarile tahakkuk eylemiş olmakla müddeaaleyhin oğlunun fiilile dâvacının bir camusunun telef olmasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı Mustafanın kusurunun derecesine göre tâyin ve takdir edilen kırk beş liranın Mustafanın babası müddeaaleyh Ziyaeddin Baysaldan tazminen alınarak dâvacı İsmail Gülene verilmesine karar verildiğini mutazammındır.

Temyiz eden: Müddeaaleyh Ziyaeddin Baysal.

Temyiz Kararı

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

Asliye mahkemesince de kabul edildiği üzere hâdise; müddeaaleyhin mâlik olduğu çayırlığa girmiş olan camusları müddeaaleyhin oğlu küçük Mustafanın deynekle kovalıyarak çayırdan çıkardığı sırada camusların biribirini itelemesile dâvacının bir camusunun suya düşerek boğulması keyfiyetinden ibarettir. Bir gayrimenkulün maliki veya onun adamları mülküne karşı vukubulan her türlü te-

cavüz ve müdahaleyi menetmek ve borçlar kanununun 57 inci ve medeni kanunun 894 üncü maddeleri hükümlerine göre icabında ve ahvalin haklı gösterdiği hallerde cebrüşiddet göstermek hak ve salâhiyetini de haizdirler. Malik yahut adamları kanuni bu salâhiyetlerini kullandıkları sırada vukubulan zarar ve ziyanın tazmini ile mesul değildirler. Asliye mahkemesince zikrolunan kanun hükümleri nazara alınmıyarak ve küçük Mustafanın haksızlığı ve tedbirsizliği sebepleri izah olunmıyarak müddeaaleyhin tazminatla mesul edilmesi yolsuz olmakla hükmün (Bozulmasına) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 22/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Vazife

İktisadi olmaktan ziyade hayrî bir maksatla tesis edilmiş olan vakıf müessesesi umumi ve hususi bankalardan madut değildir. Vakıf paralar idaresince yapılan ikraz muamelesi ticari muamelelerden sayılamaz.

(TK 1)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi

Esas 40 — Karar 10—4

Ömer Faik Akbay ile İstanbul Vakıf paralar müdürlüğü aralarındaki dâvanın İstanbul asliye yedinci hukuk ve asliye ikinci ticaret mahkemelerince vazife noktasından reddedildiği beyanile bu suretle her iki mahkeme arasında tekevvün eden selbî ihtilâfın tâyini merci yolu ile halli dâvacı Ömer Faik Akbay vekili avukat Bahri Altunbay tarafından istenilmekle bu hususiaki evrak okunup icabı müzakere olundu.

Vakıf paralar idaresi; bağlı bulunduğu vakıf müessesesi nam ve hesabına vakıf paraları idare ve ikraz eder. İktisadi olmaktan ziyade hayrî bir maksatla tesis edilmiş olan vakıf müessesesi umumi ve hususi bankalardan madut olmadığı gibi ona bağlı vakıf paralar idaresince yapılan ikraz muamelesi mutlak surette ticari muamelelerden sayılamıyacağına binaen dâvanın rüyeti hukuk mahkemesine ait olmakla İstanbul asliye yedinci hukuk mahkemesi kararı kaldırılarak bu mahkemenin (Merci Tâyinine) ve iki yüz kuruş damga resminin ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 29/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Âsarı atika satışı

1 — Hükümetin müsaadesi olmaksızın âsarı atika satışı memnu olup âsarıatikayı satmağa resmen mezun olmıyan bir kimseden satın alanlar hüsnüniyete istinat edemezler.

2 — Halli, fen erbabının malûmatına tevakkuf eden bir hususun hilâfı şahitle ispat olunamaz.

(MK 697; 322 tarihli Âsarı atika nizamnamesi 4,5,11,26,)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 1568—Karar 1352

Dâva: Vaki ihbar üzerine yedinde yakalanarak istihsal edilen tedbiri ihtiyati kararına rağmen halen müddeaaleyh elinde bulunan tarihî ve kıymetli Vazo âsarı atikadan olduğu ve müddeaaleyh tarafından haksız bir surette iktisab edildiği cihetle vaki müdahalenin menine ve vazonun istirdadı ile aynen hazineye teslimine karar verilmesi talebinden ibarettir.

Karar: Tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere; nakız kararına uyularak evvelce verilen karar dahi temyizen nakzedilmiş olmakla son nakız kararına da uyularak yapılan muhakeme sonunda: Avukat Hamit Şevket İnce tarafından müddeabih vazonun nısfını müvekkili Behire İncenin noter senedile temellük ettiği beyanile müdahale talebinde bulunulmuş: Ve Huriye Melâhat vekili tarafından dahi mezkûr vazonun müddeaaleyh ile müvekkiline murislerinden müntekil bulunduğu iddiasile dâvaya müdahale edilmiş olmakla mumaileyhlerin müddeaaleyhe iltihakı karargir olmuş ve müddeabih vazonun Kablelmilâd Helenistik devrine ait olduğu ehli vukuf tarafından bildirilmiş ve 1934 senesinde Bigadiç civarında taş çıkardığı sırada Mehmet Kocakuş nam kimse tarafından çıkarılarak müddeaaleyh Şükrüye 7 lira bedel mukabilinde satıldığı dinlenen şahitlerin beyanatı ile tebeyyün ettiği gibi bu babta ehli vukuf tarafından yapılan tetkikatı havi tanzim olunan rapor mündericatı ile de 10—12 sene mukaddem topraktan çıkarıldığı tesbit edilmiş ve ehli vukuf raporu muhteviyatının hilâfını şahit ikamesi suretiyle isbata cevazı kanuni bulunmamış ve müddaaleyhlerin mezkûr vazonun 30 sene evvel vefat eden murislerinden irsen müntakil bulunduğunun isbatı zımmında şahit istimaı gayri caiz bulunmuş ve bu suretle müddeaaleyhin mezkûr vazoyu iktisabı haksız olduğu sübut bulmuş olmakla 5/3/522 tarihli âsarı atika nizamnamesinin 4 ve 5 inci maddeleri mucibince hükümet malı olan müddeabih vazoya karşı müddeaaleyhlerin vaki muarazasının men'ine karar verildiğini mutazammındır.

TEMYİZ EDEN: Müddeaaleyh Şükrü Antikacı ve müdahili dâva Behire İnce vekilleri avukat Hamit Şevket İnce ve diğer müdahili dâva Huriye Melâhat vekili avukat A. M. Mardin taraflarından duruşma yapılmak suretiyle hükmün temyizen tetkiki istenilmiştir.

Temyiz Kararı

Hâdisenin duruşmaya tâbi mevaddan olduğu anlaşılarak bu babtaki talep kabul edilmiş ve gün tâyin olunarak taraflara davetiye gönderilmişti. Muayyen günde ifa kılınan tebligata rağmen mümeyyizlerden Huriye Melâhat vekilinin gelmediği anlaşılmakla onun gıyabında duruşma icrası karargir olarak hazır bulunan diğer mümeyyizler vekili avukat Hamit Şevket İnce ve mümeyyezünaleyh hazine vekili avukat Tevfik Sonocağın şifahi izahatı dinlendikten ve temyiz taleplerinin müddeti içinde olduğu anlaşıldıktan sonra karar ittihazı zımmında tâyin olunan günde dosyadaki bütün kağıtlar okunup esasa girişildi:

10 Nisan 322 tarihli nizamnamesinin 4 üncü maddesi mucibince hükümete ait bulunan arazi ve emlâk ile efrat ve cemaatı muhtelifenin uhdelerindeki emlâk ve arazide mevcudiyeti bilinen veyahut atiyen keşfedilecek olan her nevi abidat ve âsarı atika menkule ve gayrı menkulenin cümlesi hükûmetin malı olduğu ve bunları toplamak ve müzelere koymak hakkı hükümete ait bulunduğu gibi medeni kanunun *697 inci* maddesi hükümlerine göre de kimsenin mülkü olmayıp da mühim ve ilmî kıymeti haiz bulunan tabiî eşyayı nadire ile antikalar hazinenin mülkü olur. İddia olunan vazonun Helenistik devrine ait tunçtan bir eser olduğu ve on, on iki sene evvel topraktan çıkarıldığı mütehassıs fen erbabı tarafından verilen raporla sabit olduğu gibi on, on iki sene evvel Mehmet adında bir kimse tarafından taş çıkarılırken keşfedilerek keşif esnasında orada bulunan müddeaaleyhlerden Şükrüye satıldığı da hâkim tarafından takdir ve kabul olunan şahadetten anlaşılmasına mebni mezkûr vazonun hükümete teslimi lâzımgelir. Adı geçen nizamnamenin 10 uncu maddesi mucibince hafriyat icrası hükümete ait bulunmuş olmakla 11 inci maddede ruhsat istihsal etmeksizin yahut gizlice hafriyat yapanlar hakkında ceza tertip olunup satın alanlar hakkında ceza tâyin olunmamıştır. Bununla beraber *11 inci* maddede keşif olunmuş olan âsarı atika mevcut ise zaptedilerek müzeye konulacağı musarrah olmasına göre bu gibi âsarı atikanın her kimin elinde bulunursa bulunsun zapt ve müsaderesi icabeder. Nizamnamenin *26 ıncı* maddesi mucibince hükümetin müsaadesi olmaksızın âsarı atika satışı memnu olduğundan muddeabih vazoyu âsarı atikayı satmağa resmen mezun olmıyan bir kimseden satın alan müddeaaleyh Şükrünün hüsnüniyete de istinat edemiyeceği tabiidir.

Her ne kadar müddeaaleyhlerin mezkûr vazoyu otuz sene evvel vefat eden babalarından tevarüs ettikleri ve bu hususun şahitle isbat edileceği iddia edilmiş ise de, vazonun on, on iki sene evvel topraktan çıkarıldığı fennî raporla sabit olmasına ve halli, fen erbabının malûmatına tevekkuf eden bir hususun hilâfını isbat için şahit istimaı caiz bulunmamasına göre mahkemece müddeaaleyhlerin bu hususu isbat için ikame etmek istedikleri şahitlerin dinlenmemesi, bu itibarla kanun hükümlerine uygun bulunmuştur.

Âsarı atikanın halen alınıp satılmakta ve hususi kimseler tarafından da kullanılmakta olmasına gelince; âsarı atika 322 tarihli nizamname ile Hükümetin mülkü addedilmiş olup *290 tarihli* âsarı atika *nizamnamesinin üçüncü* maddesinde, Hükümetten mezuniyet alarak hafriyat yapan kimseye keşfettiği âsarı atikanın bir kısmının verileceği yazılı olmasına mebni 322 tarihinden evvel keşif ve iktisap olunan âsarı atikanın hususi kimseler tarafından kullanılması ve hükümetçe ruhsat verilen kimseler tarafından da satılması caiz bulunmuştur. Bu hususun 322 tarihinden sonra çıkarılan asarı atika hakkında hazinenin mülkiyet iddia etmesine mâni teşkil etmiyeceği aşikâr bulunmasına göre mümeyyizlerin gerek temyiz lâyihalarında gerek şifahi izahat sırasında serdettikleri itirazlar varit olmadığından reddile neticesi usul ve kanuna uygun olan hükmün (TASDİKINA) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının temyiz edenlerden alınmasına 29/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Gayrımenkul rehni

Medeni kanunun meriyyetinden evvel tanzim olunan gayrımenkule müteallik müdayene ve rehin senetlerinin Tapu idarelerince tanzim ve tasdik edileceği 25 şubat 328 tarihli kanun icabındandır. Bundan evvel Noterlikçe tanzim ve tasdik adilmiş olan gayrımenkul rehini mezkûr kanunun meriyetinden sonra da mürurü zamanın cereyanına mâni olamaz.

(Meriyet K 41; 25 Şubat 1328 tarihli kanun 4)

Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi
Esas 1016—Karar 1337

Müvekkilinin müddeaaleyhin murisi anası Refia zimmetinde 17/8/340 Tarihli senetle alacağı olan beşyüz liradan borçlunun vefatı tarihinde meri ahkâma göre mirasın üçte ikisi müddeaaleyhe isabet etmekte olduğundan bahs ile müddeaaleyhin hissesine isabet eden 334 Madeni liranın mumaileyhten tahsiline ve senet mucibince faiz yürütülmesine karar verilmesi talebinden ibarettir.

Karar: Tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere; Dâvanın istinat ettiği 17,8/340 tarihli ve mamuretül'aziz Noterliğince tasdıkli senede istinaden Dâvacının 18/8/926 tarihinde İstanbul Ticaret mahkemesinden ihtiyati haciz kararı aldığı ve Tapuya tescil ettirildiği ve bundan sonra 942 senesine kadar başkaca bir muamele yapılmadığı anlaşılmış ve senet ve hululü vade Tarihlerinde meri olan mecelle ahkâmına göre dâva on beş senelik müruru zaman müddetine tâbi olup meriyet kanununun 41 inci maddesi mucibince müruru zamanın bilcülme ahkâmı Medeni kanunun meriyetinden itibaren bu kanuna tâbi bulunmuş ve Medeni kanunun beş sene ve daha ziyade müruru zaman müddeti kabul ettiği hususlarda meriyyetten mukaddem geçen müddetlerin de müruru zaman hesabına dahil olacağı ahkâmı kanuniyeden bulunmuş ve Borçlar kanunu mucibince bu kabil hâdiseler on senelik müruru zamana tâbi olup Meriyet kanununun 41 inci maddesinin mahfuz tuttuğu iki senelik müddet dahi geçmiş ve İstanbul Ticaret mahkemesine 18/8/926 tarihinde müracaatla haczi ihtiyati kararı alındığı ve senette yazılı gayrı menkule haciz işareti vaz ettirildiği tarafların tahtı tesadukunda olup bu tarihten sonra müruru zamanı kesecek başkaca bir muamele yapılmadığı dâvacı tarafından beyan edilmiş ve zikrolunan tarih ile işbu dâvanın ikame edildiği tarih arasında müruru zaman haddine baliğ on seneden fazla bir müddet geçmiş olmasına mebni dâvanın müruru zaman noktasından reddine karar verildiğini mutazammındır.

Temyiz eden: Dâvacı vekili avukat Emin Hüseyin Ağar.

Temyiz Kararı

Temyiz talebinin müddeti içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup esasa girişildi.

Medeni kanunun meriyetinden evvel tanzim olunan gayrı menkule müteallik müdayene ve rehin senetlerinin Tapu idarelerince tanzim ve tasdik edlleceği 25 şubat 328 *Tarihli kanunun 4 üncü* Maddesi icabından bulunmasına mebni bundan evvel Noterlikçe tanzim ve tasdik edilmiş olan Gayrı menkul rehini, mezkûr kanunun meriyetinden sonra da müruru zamanın cereyanına mâni olamıyacağına ve *tatbik kanunu mucibince müruru zamanın bilcümle hükümleri medeni kanunun meriyetinden itibaren bu kanun* ahkâmına tâbi olduğuna binaen gayrı menkul rehini ile temin edilen alacaklarda müruru zaman cereyan etmiyeceğine ve müruru zamanın on beş sene olduğuna dair ileri sürülen itirazlar varit olmadığından reddile mucip sebeplere müstenit ve usul ve kanuna muvafık olan hükmün (TASDİKINA) ve aşağıda yazılı temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 29/4/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Adliye Dergisi

Perakende satışı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur.

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

Eserin ismi	Bedeli Kr.
Avukatlık kanunu	50
Alman Ceza muhakemeleri usulü kanunu	175
Bağlamlar kanununu şerhi (H. Oser)	150
Borçlar kanunu şerhi (Fritz Gunk'jun)	350
Bürüksel Konferansı ve zabıtları	75
Ceza kanunu (Haşiyeli: Kemal Bora)	200
Ceza kanunu üzerinde bir inceleme	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden mercîler üzerinde mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri kanununun esbabı mucibesi	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu alfabetik fihristi	75
C. Müddeiumumilikleri kalem talimatı	50
Cinaî ilmihaber	40
Deniz ticareti kanunu	50
Hâkimler kanunu	50
Hukuku esasiyede yeni temayüller	75

Eserin ismi	Bedeli Kr.
Ceza Bakımından Avrupa Adliyesine dair notlar	100
Cezanın infazı	150
Fransız Adli sicil teşkilâtı	150
Hukuk mahkemesinde hak nasıl müdafaa edilir?	60
İngiliz ceza usulü	75
Meşhut suçlar kanunu	15
» » » talimatı	15
Orman işleri (Hususi kanunlar ve cezaları)	75
Şahitlik ve şahidin psikolojisi	30
Velâyet vesayet talimatı	50
Varşova konferansı	75
Tamimler mec. (1928-1937)	175
» » (1938)	100
» » (1939-1940)	100
Tevhidi içtihat kararları	250
Temyiz Mahkemesi kararları (1930-1934 yılları T. H. U.)	150
» » (1938 Hukuk)	200
» » (1938 Ceza)	175
» » (1939-1940 Ceza)	125
Noter Kanunu	50
Devletler umumi hukuku	300

447