ADLİYE
DERGİSİ

Devlet Nüshası

YIL: 36 Ocak 1945 SAYI: 1

ADLİYE BAKANLIĞI TARAFINDAN
NEŞROLUNUR

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası

Adliye Dergisine abone olma ve kitap satın alma şartları

I — Adliye Dergisine abone olmak veya Adliye Bakanlığı tarafından bastırılan kitaplardan satın almak istiyenler:

1) Ya Neşriyat Müdürlüğüne bir mektup yazarak adreslerini ve kitabın adını bildirecekler ve kitap veya abone bedelini dört kuruş damga pulu parasile birlikte posta ile Neşriyat Müdürlüğüne gönderecekler,

2) Veya kitap veya abone bedelini bulundukları yer malsandığına yatıracaklar ve karşılığında alacakları hasılatı müteferrika makbuzunu oturdukları yer C. Savcılığına teslim ile adreslerini ve istedikleri kitabın adını bildireceklerdir.
C. Savcılığı teslim aldığı makbuzu ve istenilen kitabın adı ile alıcının adresini Adliye Bakanlığına gönderecektir.

II — Kitaplar, ayrıca posta ücreti istenmeksizin Bakanlık Neşriyat Müdürlüğünden alıcının adresine gönderilecektir.

III — Adliye Dergisi kapağında muntazaman gösterilmekte olan neşriyattan başkasını satın almak istiyenlerin, mevcudu olup olmadığını daha evvel Neşriyat Müdürlüğünden sormaları ve ona göre ısmarlamaları lâzımdır.

Dergide neşredilmesi istenilen yazılar doğrudan doğruya Bakanlığa gönderilir. Yazıların neşredilip edilmiyeceği bildirilmez ve neşredilmiyen yazılar geri verilmez. Neşrolunan makalelerdeki fikir ve mütalâalar yazı sahiplerine aittir.

1956 5A 94
MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ADLİYE
DERGİSİ

Adliye Bakanlığı Tarafından Çıkarılır

Yıl: 36 | Ocak 1945 | Sayı: 1

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER — Sahife

Dr. NURULLAH KUNTER — TEKERRÜRDE CEZANIN ÇEKİLMİŞ OLMASI ŞART DEĞİLDİR. 1

Dr. EKREM TÜZEMEN — BORÇLAR KANUNUN 58. MADDESİ ÜZERİNDE BİR İNCELEME 18

NURİ ÜLGENALP — MİRASIN REDDİ VE DEFTER TUTMA TALEBİ. 31

ŞUAYIP KOR — MEŞHUT SUÇLAR KANUNUN TATBİKINA MÂNİ OLAN HUKUKİ SEBEPLER HAKKINDA BAZİ DÜŞÜNCELER 46

MÜFİT ERKUYUMCU — BORÇLAR KANUNUN ÂDİ İCARA MÜTEALLİK HÜKÜMLERİ ÜZERİNDE BİR İNCELEME..... 50

MEVZUAT ARASINDA 62

BİBLİYOGRAFYA 73

TERFİ LİSTESİ 83

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME KARARLARI 85

YARGITAY KARARLARI (CEZA KISMI) 1-16

YARGITAY KARARLARI (HUKUK KISMI) 1-16

Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart değildir.

Yazan:
Dr. Nurullah KUNTER

I — Giriş

II — Tekerrür müddetinin sonunu tâyin eden sabit ölçü müddetinin başlangıcı ile tekerrür müddetinin başlangıcının aynı olması lâzım değildir.

III — Kanunumuza göre tekerrür müddetinin başlangıcı, mahkûmiyetin katileştiği tarihtir.

IV — Tekerrürde cezanın çekilmiş olmasını şart koşan bugünkü içtihadın değiştirilmesi lâzımdır.

V — Bugünkü içtihadın değiştirilmesine hiç bir engel yoktur.

I

Giriş

Tekerrür hükümlerinin tatbiki için cezanın çekilmiş olması lâzım gelip gelmediği, son zamanlarda üzerinde bütün hukukçuların ilgiyle durdukları bir mesele halini almıştır. Doçent Faruk Erem'in Adliye Dergisi'nde çıkan ve Ceza Kanunumuzun kabulünden yani on sekiz, on dokuz seneden beri yerleşmiş olan içtihadı temelinden sarsan ve âdeta mütearefe sayıla gelmiş bir hususu ret ve inkâr eden yazısının [1] mukavemetle karşılaşmaması âdeta imkânsızdı. İnsanların ikinci bir tabiat haline gelen itiyatlarına bağlılıkları ve yaradılışta muhafazakâr oldukları gözönünde tutulursa bu mukavemeti tabiî görmek icap eder. Her ne kadar Ceza Kanunu Komisyonu ve Temyiz Mahkemesi 1. Ceza Dairesi âzalığını yapmış olan Sayın Mustafa Nazmi Aklan daha 1928 senesinde, tekerrür müddetinin mebdei hükmün katileştiği tarihten sonra başlar demiş ve Temyiz Mahkemesince, kanunun kabul ettiği sistemin hilâfına bir sistem yürütüldüğüne itiraz etmiş ise de [2] içtimaın bittiği yerde tekerrürün başlıyacağını ka-

[1] DOÇ. DR. FARUK EREM: *Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart değildir.* Adliye Dergisi 1944, X 815

[2] MUSTAFA NAZMİ AKLAN: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi,* Eskişehir, 1926—1928, S. 336

bul ettiği için 77. maddeyi bambaşka ve aslına uymıyan bir şekilde izah etmiştir. Yine Ceza Usulü Kanununu hazırlıyan komisyon âzasından olan Avukat Bahir Verdi'nin cezanın çekilmiş olması lâzım gelmediğine dair tezi de [3] her nedense kabul edilmemiştir. Bu itibarla kanunun yürürlüğe girdiği tarihlerde yükselmiş olan bu iki itirazı susturan ve unutturan on sekiz küsur yıllık bir içtihada rağmen Dr. Faruk Erem'in bugün bu tezi ortaya atması, bizler için âdeta bir keşif mahiyetini arzetmektedir. Bu satırları yazan da düne kadar, cezanın çekilmiş olmasını tekerrürün şartları arasında sanıyordu, Faruk Erem'in yazısı üzerine bu mevzuu biraz incelemek lüzumunu duydu ve o zaman, kanunun mânasını şimdiye kadar yanlış anlamış olduğunun farkına vardı.

Doçent Erem'in yazısının makale şeklindeki esaslı ilk aksülâmllerini değerli iki hâkimimizin kalemlerinden çıkan yazılarda buluyoruz. Filhakika Adliye Dergisi'nin geçen sayısında çıkan iki makalede Sayın Reşat Bayramoğlu [4] ve Çetin Ardalı [5] Doçent Erem'e cevap vermişler ve «cezanın çekilmiş olması tekerrürün şartıdır» şeklinde hulâsa edebileceğimiz ve âdeta klâsik ve ananevi diyebileceğimiz tezi müdafaa etmek istemişlerdir.

Aralanan münakaşa kapısı bu suretle ardına kadar açılmış bulunmaktadır. Biz de bu kapıdan girmek ve yaptığımız inceleme neticelerini arzederek cezasını henüz çekmemiş olan bir mahkûmun mükerrir sayılabilmesi meselesinin zihinlerde uyandırdığı tereddüdü, elimizden geldiği kadar, azaltmak, mümkünse yoketmek istedik. Bu satırlar bu dileği yerine getirmek üzere yazılmıştır.

II

Tekerrür müddetinin sonunu tâyin eden sabit ölçü müddetinin başlangıcı ile tekerrür müddetinin başlangıcın aynı olması lâzım değildir.

Tekerrür bahsinde kanun iki nevi müddet kabul etmiştir. kanaatımızca bu günkü içtihat bu iki nevi müddet arasında fark görmemekten doğmuştur.

Bu müddetlerden birincisi tekerrürün sahasını tâyin eden tekerrür müddetidir. Bu müddet içinde suç işlendiği takdirde tekerrür hükümleri tatbik edilir. Diğer müddet, tekerrürün nihayetini tâyin için kullanılan ölçü müddetidir.

---

[3] BAHİR VERDİ: *Tekerrürü cüram.* Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1928, sayı 39, S. 65, sayı 41, S. 209.

[4] REŞAT BAYRAMOĞLU: *Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şartmıdır değil midir?* Adliye Dergisi 1944 XII 1002

[5] ÇETİN ARDALI: *Tekerrürde cezanın çekilmiş olması şart değil mi?* Adliye Dergisi 1944 XII 1009

Malûmdur ki kanunumuz tekerrürü bir müddetle takyit etmiş ve müddetsiz tekerrür sistemini kabul etmemiştir. Ancak muayyen bir zamana kadar işlenen suçlar hakkında tekerrür hükümleri tatbik edelerek ceza artırılacaktır. İşte tekerrür müddeti dediğimiz bu müddetin başlangıcını kanun, ilerde göreceğimiz gibi, hükmün katileşmesi tarihi olarak kabul etmiştir. Bu müddetin sonu da cezanın çektirilmesinden veya düşmesinden itibaren geçecek beş veya on senelik«ölçü müddeti»nin sona erdiği tarihtir.

Burada, ölçü müddetinin ne için cezanın çekilmesinden veya düşmesinden başlatıldığı suali akla gelebilir. Tekerrürü zamanla takyit etmek sistemini kabul ettikten sonra tekerrür müddetinin nihayetini tesbit etmek icap edeceği tabiidir. Bu tesbit işi de müteaddit suretlerle halledilebilir. Bu müddet ya birinci suçun işlenmesinden yahut hükmün katileşmesinden veyahut cezanın çekilmesinden veya düşmesinden başlatılabilir.

Tekerrür müddetinin ilk suçun islendiği tarihten başlatılması mahzurludur. Çünkü tâyin edeceğimiz müddet 10 sene, 20 sene gibi sabit bir müddet olacaktır. Halbuki suçun işlenmesile suçlunun yakalanması ve cezaya çarptırılması arasında geçen zaman çok değişebilir. Bu müddet bir iki günden başlar, ceza müruruzamanı müddetinin sonuna kadar devam eder. Bu itibarla meselâ derhal yakalanıp mahkûm edilen kimse hakkında meselâ 10 sene müddetle tekerrür hükmünü tatbik edebiliriz. Fakat suçu işlediğinden ancak dokuz sene sonra belki yirmi seneye mahkûm olan suçlu hakkında tekerrür hükümlerini ancak mahkûmiyetten sonraki bir sene zarfında işlediği suçlar hakkında tatbik edebileceğiz. Suçlu henüz cezasını çekmekte iken ve belki de hatta hiç çekmemis iken müddet dolduğu için hakkında mükerrirlik muamlesi yapılamaz hale gelecektir.

Tekerrür müddetinin mahkûmiyetin katileştiği tarihten itibaren sabit bir müddet olarak tesbiti yani tekerrür müddeti ile ölçü müddeti arasında fark gözetilmemesi de keza mahzurludur. Suçun işlenmesi tarihinden müddeti başlatmaktaki mahzurlar hemen aynen burada da mevcuttur. Zira bir kere, mahkûmiyet katileştikten sonra bütün suçlular derhal yakalanıp cezaları infaz edilmez. Diğer taraftan, suçluların mahkûm oldukları müddetler aynı olmadıkları için aynı zamanda infaza başlansa dahi tekerrür müddeti olarak kabul edilecek on veya yirmi sene gibi sabit müddet, belki de mahkûm daha henüz cezaevinde iken bitecek ve onun hakkında, cezasını daha tamamlamadığı halde, artık tekerrür hükümlerini tatbik edemiyeceğiz. Halbuki diğer bir mahkûmun bir iki günlük cezasını çekmesinden uzun yıllar geçtiği halde tekerrür dolayısile cezasını artırmakta devem edeceğiz.

İşte bu mahzurlara meydan vermemek içindir ki tekerrür müddetinin nihayetini tâyin ve tesbit için cezanın tamamen çekildiği tarihten başlıyan bir

ölçü müddeti kabul edilmiştir . Burada mahkûmun suç işlemesile yakalanması ve mahkûm olması veya mahkûm olmasile cezanın çekilmeğe başlanılması veya bitirilmesi arasında geçen mütehavvil müddetler nazara alınmaktadır. Beş, on, yirmi sene gibi sabit olması zaruri olan ölçü müddeti, infazın bittiği yani mütehavvil durumun nihayet bulduğu bir anda başlatılmaktadır. Bu usulün de mahzuru yok değildir. 20 seneye mahkûm iki suçlu tasavvur edelim. Birisi derhal yakalanmış ve cezası infaz edilmiştir. Bunun hakkında tekerrür müddeti (20 + 10 = 30) otuz senedir. Diğeri 15 sene sonra yakalanmış ve cezası infaz edilmiştir. Bunun hakkında tekerrür müddeti (15 + 20 + 10 = 45) kırkbeş senedir. Fakat burada infazın geç başlaması ekser halde mahkûmun kaçması yüzünden olacağı için tekerrür müddetinin aleyhinde uzamasından şikâyete hakkı olmasa gerektir.

Hülâsa, tekerrür müddetinin sonunu tâyin için kabul edilen beş ve on senelik müddetlerin başlangıcı olarak infazın bittiği tarihi kabul etmek başkadır, tekerrür müddetinin başlangıcı olarak hükmün katileştiği tarihi kabul etmek yine başkadır [6]. Bu itibarla, beş ve on senelik müddetlerin başlangıcı olarak infazın bittiğini kabul etmekle tekerrürü hükmün katileştiği tarihten başlatmak arasında, iddia olunduğunun [7] hilâfınat olarak, hiç bir tenakuz mevcut değildir. Netekim Manzini de « tekerrürün nihayetini tâyin eden müddetin cezanın çekildiği günden başlaması, bu tarihten önce işlenen suclar hakkında da tekerrür hükümlerinin tatbikine mâni değildir» demektedir [8].

Görülüyor ki, umumi kanaat hilâfına olarak, tekerrür müddeti sabit değildir. Zira bu müddet iki mütahavvil ve bir sabit müddetten terekküp eder. Mütahavvil müddetlerin birincisi hükmün katileşmesinden infazın başlangıcına kakar geçen zamandır, ikincisi de suçlunun cezasına göre değişen infazın devam müddetidir. sabit olan müddet de infaz veya düşmeden itibaren geçen beş ve on senelik müddetlerdir.

III

Kanunumuza göre tekerrür müddetinin başlangıcı mahkûmiyetin katileştiği tarihtir.

İkinci bahiste tekerrür müddetinin sonunun ne suretle tâyin edildiğini gördük. Şimdi de tekerrür müddetinin başlangıcını araştıralım.

[6] Sayın Mustafa Nazmi Aklan da aynen şöyle demektedir: "Cezanın tamamen icra ve sukut tarihleri tekerrür ahkâmının cereyan edeceği devrenin mebdei değil,tekerrür devresinin hitam bulabilmesi için şart koşulan bir müddetin müntehasını tâyin için bir esastır„. *Adı geçen eser,* s. 340

[7] REŞAT BAYRAMOĞLU: *Adı geçen eser*, s. 1003

[8] MANZINI: *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1920, Cilt 2, s. 452

Kanaatımızca bu başlangıç, mahkûmiyetin katileştiği tarihtir. Bu kanaatımız şu sebeplere istinat etmektedir:

1 — 81. madde dikkatlice okunursa, ceza çekilmeden de tekerrür dolayısile cezanın artırılması mümkün olduğu ve tekerrür hükümlerinin tatbiki için hükmün katileşmesinin kâfi olduğu görülür. Filhakika maddede «bir kimse beş seneden ziyade müddetle mahkûmiyete uğradıktan s o n r a cezasını çektiği veya cezası düştüğü tarihten itibaren» denilmiştir. Cezanın çekildiği tarih, zaruri olarak, mahkûmiyet tarihinden sonra olacağı için, tekerrürü hükmün katileşmesinden değil de infazın bitmesinden başlatırsak, «mahkûmiyete uğradıktan sonra» kelimelerini haşiv saymamız lâzım gelecektir. Eğer iddia edidiği gibi [9] cezanın çekilmesi şart olsaydı, kanun vazıı birincisinden sonra olacağı muhakak olan ikinci bir hâdiseden itibaren başlatacağı müddeti izah için birinci hâdiseden bahse lüzum görmezdi.

2 — Malûmdur ki Ceza Kanunu hazırlanırken İtalyan Kanununun türkçe ve Fransızca tercümelerinden istifade edilmişti. 81. maddemizin mehaz kanunda mukabili olan 80. maddenin istifade edilen Fransızca tercümesi [10] bugünkü metin gibidir. Adliye Nezareti tarafından lâyiha şeklinde hazırlanan Türkçe tercümesinde de (Bir kimse beş seneden ziyade bir mahkûmiyet—i cezaiyeye duçar olduktan sonra cezanın icra kılındığı veya sakıt olduğu tarihten itibaren on sene ve ahval-i sairede beş sene zarfında diğer bir cürüm daha ika ederse...) denilmektedir ki [11] mevzuumuz bakımından bugünkü metinden farklı değildir.

Aslına daha uygun olmak üzere bu fıkradaki (mahkûmiyete uğradıktan sonra) kelimelerini müteakıp bir (ve) kelimesi ilâve edilse idi dahi, bu günkü metinden pek farklı bir netice hasıl olmıyacak ve bu günkü anlayışın meydana gelmesine mâni olmıyacaktı.

İtalyan kanununun bu hükmü karşısında ne nazariyat ve ne de mahkemeler tereddüde düşmemişler ve ceza çekilmese dahi katileşmiş bir hükmün mevcudiyetini tekerrür için kâfi görmüşlerdir[12] İtalyan Temyiz Mahkemesi bir kararında [13]« tekerrür için birinci suç hakkında verilen mah-

[9] VEHBİ YEKEBAŞ: *Suçun ve suçlunun vahdeti veya taaddüdü*. Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1927, sayı 29, s. 641; REŞAT BAYRAMOĞLU: *a. g. e.* S. 1003

[10] *Code pénal italien*, traduit et annoté par Edmond TURREL, Paris 1890.

[11] ADLİYE NEZARETİ: *Ceza kanunu lâyihası*. İstanbul,1325 (Madde 80)

[12] MANZINI: *Adı geçen eser*, S. 449; MAJNO: *Ceza Kanunu Şerhi* (Tercüme) Cilt I, s. 434; İTALYAN TEMYİZ MAHKEMESİ : 10 mart 1920 (Giurisprudenzia italiana, 1920 II 195).

[13] Yukarki notta sözü geçen karar.

kûmiyet hükmünün ikinci suç işlenmeden önce katileşmiş olması kâfidir. Birinci mahkûmiyet cezasının çekilmiş olması şart değildir» demiştir. Zaten mehaz kanunun mucip sebepler layihasında mesele bütün açıklığı ile anlatılmakta ve «tekerrürün vücuda gelmesi için önceki mahkûmiyetin tazammun eylediği cezanın çekilmiş olmasını istemeğe lüzum yoktur» denilmektedir [14].

Bizim kanun vazının mehaz kanun sisteminden ayrıldığını iddia etmek için elde hiç bir ciddi sebep yoktur. İlerde tafsilâtile arzedeceğimiz gibi, bilâkis kanunun umumi ahengi İtalyan sisteminin aynen alındığını göstermektedir. Maddenin yazılışı İtalyan sisteminden ayrılmadığımıza bir delil olarak ileri sürülemez. Yukarda göstermeğe çalıştığımız gibi, maddenin bu şekilde yazılmış olması ancak tercümenin zayıflığı ve telif zaafı ile izah edilebilir. Yazılıştaki müphemiyete rağmen ilk zamanlarda birinci mahkûmiyetin katileşmesini kâfi gören mahkemeler de olmuştur. Fakat Temyiz Mahkemesi bu yoldaki kararları bozduğu için bugünkü içtihat teessüs etmiştir [15].

Eski Ceza Kanunumuzda da hükmün katileşmesi kâfi görülmüştü. Tekerrürü bu şekilde anlamağa ve tatbik etmeğe alışmış olan hâkimlerimizin ne için ceza infazının şart olduğu mânasını çıkardıklarını, kanaatımızca ancak şu şekilde izah kabildir: Eski Kanun«... sureti katiyede mahkûm olan kimse gerek cezanın infazından evvel ve gerek esnayı müddeti cezaiyede veya müddeti cezaiyesini ikmal ettikten veya ceza esbabı kanuniyeden birile sakıt olduktan sonra..» demek suretile gayet açık ve tereddüde mahal vermiyen bir ifade tarzı kullandığı halde, aynı fikri ifade etmek istemesine rağmen yeni Kanun, eskisi gibi, ne zamanlarda işlenecek suçlarda tekerrür hükümlerinin tatbik edileceğini birer birer göstermemiştir. Bu yüzden iki kanunun mukayesesi yapılınca «gerek cezanın infazından evvel» ve« gerek esnayı müddeti cezaiyede» işlenen suçlar hakkında sarih bir kayıt bulunmadığı görülerek yalnız «infazdan veya sukuttan sonra» işlenen suçlar hakkında tekerrür hükümlerinin tatbik edileceği zehabı hasıl olmuştur.

Buna bir de içtima ile tekerrürün tedahül edemiyeceği kanaatı inzimam etmiş ve infazın hitamına kadar içtima kaidesinin tatbik edilmesi, tekerrürün infazdan önce tatbikine mani sanılmıştır. Daha ilerde bu meseleyi incelemek fırsatını bulacağız.

3 — Türk vazı kanununun İtalyan sisteminden ayrılmadığının bir diğer delili de kanunu hazırlıyanların kendi ifadeleridir.

[14] MAJNO: *Adı geçen eser* S. 434

[15] TM. 1. CD: 2/2/1927,1093 Temyiz kararları 1927, cilt 4, s. 25

Tecil edilmiş olan cezanın tekerrürde esas sayılması lâzımgeldiği hakkındaki noktai nazarını müdafaa ederken 13/5/1942 tarihli Tevhidi İçtihat Umumi Heyeti toplantısında, Ceza Kanununu hazırlıyan komisyonun da reisi olan ve o zaman Temyiz Mahkemesi Başreisi bulunan Sayın İhsan Ezgü, kanunun müzakeresini yapan komisyonca tekerrür için infazın şart koşulmamış olduğunu açıkça söylemiştir [16]. Filhakika komisyonun hazırladığı metinde eski kanunda olduğu gibi infazdan evvel, infaz esnasında ve infazdan sonra denilmekte idi. Fakat Meclise sevkedilen ve aynen kabul edilen metin İtalyan kanunundan aynen alınmıştır. Bu itibarla yazılış farkına rağmen komisyon projesi ile kanun arasında esasta bir fark mevcut bulunmamaktadır. Netekim ceza kanununu hazırlıyan komisyonun âzasından olan Sayın Mustafa Nazmi Aklan da «Türk ceza kanunu Şerhi» adlı eserinde, tatbikatın kanunun kabul ettiği sisteme muhalif olduğunu söylemekte ve «mahkûmiyeti mücerredenin tekerrüre esas tutulmamasına dair sistemin ceza meslekleri̇nde muhterem bir mevkii haiz ve Türk Ceza Kanununa lâyık bir adalet olduğu teemmül edilmiş ise de cari münakaşa İtalya kanununun 80. maddesindeki bu sistem kayıtlarının tebdiline müsait olmamış ve Büyük Millet Meclisinde de sistemi değiştirecek tashihat yapılmamıştır» dedikten sonra, kendisi tekerrürü infazdan sonra başlatmak taraftarı olduğu için «bu şiddetli tekerrür sistemi kanunumuzda mahtacı tadil bir yer tutmuştur» sözlerini ilâve etmiştir [17].

4 — Tekerrür müddetinin başlangıcını mahkûmiyetin katileştiği tarih olarak kabul eden kanun, yalnız mehaz kanuna sadık olarak kalmamış, ekser memleket [18] vazıı kanunlarının yürüdüğü yoldan yürümüştür.

Eğer tekerrür müessesesinin kabulünü haklı gösteren sebep olarak yalnız cezanın kifayetsizliği gösterilirse, bu takdirde tekerrürü cezanın çekilmesinden başlatmak makul olabilir. Netekim bu sistemi, infaz kısmi de olsa, kabul eden kanunlar yok değildir. Polonya (Madde 60) ve İsviçre (Madde 67 ve 108) gibi. Fakat bu sistemin bir mahzuru vardır. Mahkûmiyeti katileşen mahkûm adaletin elinden kaçtığı ve cezası infaz edilmediği müddetçe mükerrir sayılmamakta ve bu suretle kabahatli olduğu halde kendi lehine bir vaziyet yaratmaktadır [19]. Haydi hapis cezasını çektiği halde cezası kâfi gelmedi, ıslah olmadı diye tekerrürle cezasını artırmağı kabul edelim. Fakat hapis cezasını çektikten sonra on sene içinde meselâ bir li-

[16] 20 Mayıs 1942 tarih ve 31—14 sayılı tevhidi içtihat kararı müzakere zabıtları. s. 3

[17] MUSTAFA NAZMİ AKLAN: *adı geçen eser*, s. 342.

[18] PROF. ALFRED LEGAL: *Les conditions et les effets de la récidive*. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1937 IV 602.

[19] VIDAL et MAGNOL: *Cours de droit criminel*. Paris, 1935, s. 389.

ra para cezası tahsil edilmemiş diye niçin tekerrür hükümlerini tatbik etmiyelim? Bu bahse ilerde tekrar döneceğiz.

Hemen bütün kanunlar, bu sebepledir ki mahkûmun katileşen hükmü hiçe sayarak yeniden suç işlemesini tekerrürün esası olarak kabul ederek tekerrürü hükmün katileştiği tarihten başlatırlar. Fransız (Madde 56—58), Belçika (54, 55) kanunları gibi. 1938 tarihli Fransız projesi de bu yolda bir hüküm ihtiva etmektedir.

Yeni İtalyan Kanunu daha ileri gitmiş ve iki sistemi mezcetmiştir. Bu kanun tekerrürü hükmün katileşmesinden başlattığı halde cezasını çekmiş olan bir suçlunun ikinci bir suç işlemesini daha ağır görmüş ve bu halde tekerrür dolayısile cezanın artma nisbetini daha ağırlaştırmıştır(Madde 99).

Bizim kanunumuz da hemen ekser kanunlar gibi tekerrür hükümlerinin tatbiki için cezanın çekilmesini şart koşmamış ve mehaz vazıı kanun gibi, «firar eden veya mahkûmiyetin infazından başka suretle kurtulan kimse hakkında, akıl ve mantık hilâfına olarak, daha müsait bir vaziyet ihdas» [20] etmekten çekinmiştir.

5 — Tekerrür için katileşmiş mahkûmiyetin lâzım ve kâfi olduğunun bir delilini 85. maddemizde buluyoruz.

Bu maddede yalnız mahkûmiyetten bahsedilmiştir. Mahkûmiyet tâbirile katileşmiş mahkûmiyetin kastedildiği ve bu mahkûmiyetin infaz edilmiş olup olmamasının araştırılmadığı açık bir hakikat olduğu halde tekerrürde infaz şartı aranması yüzünden buradaki mahkûmiyet tâbirile infaz edilmiş mahkûmiyetin ifade edildiği yolunda bir karar vermek zarureti duyulmuştur [21]. Halbuki kanun vazıı, 81. maddede olduğu gibi, burada da yalnız katileşmiş mahkûmiyeti kastetmiştir [22].

6 — İddia olduğunun [23] hilâfına olarak, içtima ve tekerrür biri tatbik edildiği zaman diğeri tatbik edilemiyen iki müessese değildir.

İçtimaın bittiği yerde tekerrürün başlaması da şart değildir. Tekerrür suçlunun fazla tehlikeliliğini gösteren ve muayyen şartları tahakkuk ettiği zaman suçlunun mesuliyetini ve binnetice cezasını artıran bir haldir. İçtima ise suçlunun mesuliyetine değil, ancak cezanın tâyinine tesir eder. İçtimada kanunumuzun kabul ettiği hukukî içtimaın suçlunun mesuliyetine tesir ettiğini iddia etmek yani içtimaı cezayı hafifletici sebep olarak telâkki et

[20] MAJNO: *adı geçen eser*, s. 434.

[21] TM.Tİ.UH: 36—91 (RG·4755 11/3/1941)

[22] MANZINI: *adı geçen eser*. s. 491

[23] BAYRAMOĞLU: *a.g.e.*, s. 1004; ARDALI: *a.g.e.*, s. 1012; AKLAN: *a.g.e.*, s. 338

mek yanlıştır. Bir suçlunun ikinci defa suç işlemesini hafifletici bir sebep olarak nasıl düşünebiliriz? Hukuki içtima suçlunun ruhi haletini nazara alan ve cezaların asgari kifayeti esasına dayanan ve bu itibarla verilen cezaların tamamen çekilmesinden Devletin vazgeçmesile izah edilebilen bir müessesedir[24].

Hulasa; tekerrür, suçun silâhla işlenmesi gibi, ana veya baba aleyhine işlenmesi gibi ağırlatıcı bir sebeptir ve verilecek cezanın artırılmasını istilzam eder. Eğer suçlunun henüz infaz edilmemiş bir başka cezası da varsa o zaman ayrıca 77. maddenin ikinci fıkrasını da tatbik ederiz. Meselâ silâhla işlendiği için cezanın artırılması içtima hükümlerinin tatbikine mâni olmıyor da diğer bir ağırlatıcı sebep olan tekerrürle ceza artırıldı diye ne için 77. madde tatbik olunamasın?

7 — Bizim 77. maddeye aslı olan 76. maddedeki (evvel emirde ve lâzım geldiği takdirde yeni fiil için tekerrürden münbais teşdit sebebi nazarı itibara alınır) fıkrasının alınmaması kanun vazıının mehaz kanundaki sistemden ayrıldığını göstermez. 77. madde içtima faslındadır ve hüküm katileştikten sonra fakat infaz bitmeden önca işlenen suçların cezalarının eski ceza ile içtima ettirilmesini emreder. İçtimaa ait bir maddeye istinaden tekerrürün tatbik sahasını tâyin etmeğe imkân yoktur [25]. Tekerrürün tatbik sahasını tekerrür faslındaki hükümlerle yani 81. madde ile tâyin etmek lâzımdır. Bu madde ile aslı arasında da bir değişiklik mevcut değildir. Bu itibarla77. maddenin tatbik edileceği hallerde, eğer şartları mevcutsa, tekerrür hükümlerinin tatbikine kanuni hiç bir mâni yoktur. Kanun vazıının bu fıkrayı almaması, olsa olsa, onu haşiv telkki etmesinden ileri gelse gerektir. Yoksa iddia edildiği [26] gibi, «kanunun bir yerinde kabul ettiği bir kaideyi diğer bir yerinde bozmamak ve kanunu muayyen bir prensip dahilinde insicamlı ve yekdiğerini teyit ve takviye eder şekil de hazırlamak» için değildir.

Tekerrürle içtimaın aynı husus hakkında birlikte tatbikına, değil kanunun ve hattâ bu müesseselerin mahiyetinin bile mâni olmadığının en büyük delili mehaz kanunun tatbikatı ve ve bu hususta İtalyan müellif ve şarihlerinin yazılarıdır [27]. Bakınız Vincenzo Manzini ne diyor:

«76. maddenin (bizim 77. madde) ikinci fıkrasının hikmeti şudur: burada tasavvur olunan halde filhakika suçların hakiki bir içtimaı mevcut değildir, fakat cezaların fiilî bir içtimaı vardır. 67 (bizde 68) ve sonraki maddelerdeki hükümlerin esaslı mevzuu da zaten budur. Kanun hazırlanırken fiilde tekerrür dolayısiyle failin mesuliyet yükü muhafaza edilmekle

[24] MANZINI: *adı geçen eser*.S. 379
[25] FARUK EREM: *adı geçen eser*. S. 807
[26] BAYRAMOGLU: *adı geçen eser*. S. 1003
[27] MAJNO: *adı geçen eser*. S. 392

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

beraber, suçluya hem eski cezayı hem de tekerrürle arttırılan yeni cezayı, cezaların cemi sistemine göre çektirmenin âdil olmıyacağı düşünülmüştür» [28], «Hâkim her şeyden önce yeni suçun cezasını müstakillen tesbit eyliyecek ve 80 (bizde 81) ve sonraki maddeler hükümleri dairesinde tekerrür hükümlerini de muhtemelen tatbik edecektir.» [29]

8 — Kanunumuzun tekerrür müddetini hükmün katileşmesinden başlattığının bir diğer delili de müebbet ağırhapse mahkûm olan ve cezasını tamamen çekmesi bahis mevzuu olmıyan suçlular hakkında tekerrür hükümlerinin ne suretle tatbik edileceğini gösteren 82. maddemizdir.

Bu maddenin bir taraftan tekerrürle alâkası olmadığı iddia olunuyor, diğer taraftan da tekerrür kaidesinin bir istisnası olduğu ileri sürülüyor [30]. Bu iki fikir arasında tenakuz olduğuna işaret ettikten sonra 82. maddenin bir tekerrür maddesi olduğunu izaha çalışalım.

81. maddede cezanın arttırılması hakkında kaideler konulmuştur. Müebbet ağır hapiste cezanın müddet bakımından arttırılmasına imkân olmadığı için hücre müddetinin arttırılmasiyle iktifa olunmak zarureti hâsıl olmuştur. Eğer sonraki cürmün cezası muvakkat ağırhapis ise bu cezanın sekizde birine, hapis cesası ise onda birine müsavi müddetle hücre müddeti uzatılacaktır.

Müebbet ağırhapse mahkûm kimsenin işlediği suçun cezasının arttırılması hakkındaki bu hükmü bir içtima hükmü telâkki etmeğe, tekerrürle alâkalı diyerek yanlışlıkla tekerrür bahsine konulmuş olduğunu sanmağa mahal yoktur [31]. Çünkü,müebbet ağırhapse mahkûm kimsenin içtimaa tâbi başka cezaları da olduğu takdirde içtimaın ne şekilde yapılacağını gösteren içtima faslında başka bir maddemiz vardır. Bu 68. maddede de müebbet cezanın müddet bakımından uzatılması imkânsızlığı karşısında hücre müddeti uzatılmıştır. Fakat içtima ile tekerrür arasındaki farkı belirtmek istiyen kanun vazıı hücre müddetini içtimada, tekerrüre nazaran daha az uzatmıştır.Tekerrürde sekizde bir olan nisbet içtimada onda bir, tekerrürde onda bir olan nisbet te on ikide bir olarak kabul edilmiştir.

Müebbet ağırhapiste tekerrür hükümlerinin ne şekilde tatbik edileceğini gösteren 82. maddenin,tekerrüre tâbi ikinci cezanın müebbet ağırhapis olması haline inhisar ettiği de iddia olunamaz. Zira kanunda «müebbet ağırhapse mahkûm olan kimse bir diğer suç işlediği takdirde» denilerek birinci suçun cezasının müebbet ağırhapis olduğu açıkça gösterilmiştir.Ke-

[28] MANZINI: *adı geçen eser*. s. 390
[29] MANZINI: *adı geçen eser*. s. 391
[30] BAYRAMOĞLU: *adı geçen eser*. s. 1007
[31] BAYRAMOĞLU: *adı geçen eser*. s. 1007

za «sonraki cürüm veya cürümleri muvakkat ağırhapis cezasını müstelzim ise..»kelimelerinden de sonraki cürüm cezasının müebbet ağırhapis olmadığı anlaşılmaktadır.

9 — Türk kanun vazının, tekerrür müddetini hükmün katileşmesinden itibaren başlatan İtalyan kanununun sisteminden ayrılmadığının bir diğer delili de mehaz kanunda olmıyan tecil müddetlerini yazarken de aynı sistemi muhafaza etmesi ve 94. maddede tecil müddeti içinde işlenilen suçun cezasının tekerrür dolayısile attırılabileceğini kabul eylemesidir. Tekerrürü cezanın çekilmesinden başlatanların 94.maddedeki hükmü bir istisna şeklinde kabul etmelerini [32] tabii görmek kabildir. Fakat tekerrür hükmünün maddede lüzumsuz olarak yer aldığını [33] ve tatbik kabiliyeti olmadığını [34] ileri sürmek suretiyle kanun vazının hataya düştüğünü iddia edebilmek için meselenin çok esaslı bir surette tetkik edilmiş olması lâzım gelirdi diye düşünüyoruz.

Hulâsa, 81. madde ile 94. madde arasında hiç bir tezat yoktur ve bu itibarla kanunun 94.maddede kabul ettiği tekerrür hükmünün 95.maddede tatbik edilmesine imkân vermiyen ve tekerrürde infazın şart olduğu mucip sebebine dayanan 20/5/1942 tarih ve 31/14 sayılı tevhidi içtihat kararını [35], biz de, kanuna uygun bulmamaktayız.

IV

Tekerrürde cezanın çekilmiş olmasını şart koşan bugünkü içtihadın değiştirilmesi lâzımdır.

Bugünkü içtihat, yukarda göstermeğe çalıştığımız gibi, kanunun gerek metnine ve gerek bilhassa ruhuna mugayir olduğu için derhal değiştirilmelidir. Bu içtihadın muhafazasındaki mahzurları ve dolayısile değiştirilmesindeki faydaları belirtmeğe çalışacağız.

1 — İki şerikin aynı cezaya mahkûm edildiğini tasavvur edelim.

Bunlardan birisi kaçmış, diğeri çağırıldığında gelerek cezasını çekmiştir. Bundan sonra yine her ikisi birer suç işlemişlerdir. Cezasını çeken mükerrir sayılacak, diğeri mükerrir addolunmıyacak, bu suretle adaletin elinden kaçan ve cezasını çekmemiş olan kimse lehine imtiyazla bir vaziyet yaratılmış bulunacaktır.

[32] TAHİR TANER: *Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu şerhi*, İstanbul, 1937, s. 444; ARDALI: *Müebbet cezalarda içtima ve tekerrür*, Adliye Dergisi 1944 VI 508

[33] BAYRAMOĞLU: *adı geçen eser*. s. 1005

[34] HAKKI HAKER: *Cürümde tekerrür*. Adliye Ceridesi 1938 X 1592

[35] TM. Tİ.UH: 20/5/1942, 31/14 (RG 5231 8/10/1942)

Keza cezaevinde suç işleyenler de bugün imtiyazlı bir mevkidedir. Bunların mükerrir sayılarak cezalarının arttırılması cezaevlerinde disiplin temini bakımından çok faydalı olacaktır kanaatındayız.

Şurasını da bilhassa belirtmek lâzımdır ki, mehaz kanunda eski cezanın yalnız infaz edilmemiş kısmı ile yeni ceza yani birlikte infaz edilecek cezalar içtima ettirilirken, bizde bu tefrik yapılmamakta ve infaz edilmiş kısım dahi içtimada nazara alınmaktadır. Mehaz kanundaki sisteme göre meselâ 15 seneye mahkûm bir suçlu mahkûmiyetin 12. yılında 12 sene hapsi icap ettiren bir suç işlerse 12 sene hapis ile eski cezanın mütebaki 3 senesi içtima attirilir ($12 \times 3X\frac{2}{3}=14$) on dört seneye mahkûm edilirken bizde, her halde işi basitleştirmek için kabul edilmiş olan sisteme göre ($15 + 12 \times \frac{2}{3}= 23$)yirmi üç seneye mahkûm olur ve bunun 12 senesini çekdiği için geriye 11 senesi kalmış olur. Görülüyor ki mahkûm bu sistem sayesinde 3 sene kazanmış olmaktadır.

Kanaatımızca içtimada infaz edilecek mütebaki cezayı nazara almak sisteminden ayrılmamalı idik, şimdi bir de tekerrür hükümlerini tatbik etmemek suretile cezasını çekerken suç işleyen mükerrirlere çifte imtiyazlı bir muamele yaparsak, yangına körükle gitmiş olmaz mıyız?

2 — Ceza çekilmiş olmadıkça suçlunun uslanmasını, ıslâhıhal etmesini istemek doğru olmadığı fikrile, kâfi gelmediğini anlamak için cezanın çekilmiş olmasını tekerrür şartı olarak kabul etsek bile, suçlu üzerinde müessir bir tretman tatbiki ancak teşkilâtlı, seçkin personelli nadir müesseselerde çekilen uzunca müddetli hürriyeti kaldırıcı cezalarda kabil olabileceğine[36], mahkûmu iyi etmekten ziyade kötü ettiği herkesçe kabul edilen eski cezaevlerinde çekilen uzun cezalar için, mahkûm üzerinde hiç bir iyi tesir yapmağa müsait bulunmıyan kısa cezalar [37] için ve hele para cezaları için aynı tezi yürütmeğe asaten imkân yoktur.

Hele hürriyeti bağlayıcı cezasını çektiği için uslanmış olmasını istemeğe kendimizde hak gördüğümüz bir kimse maliye idaresinin ihmali yüzünden para cezasının henüz tahsil edilmediği bir zamanda ikinci bir suç işliyerek cezanın kâfi gelmediğini gösterirse, tekerrür hükümlerinin tatbik edilmemesini nasıl izah edebiliriz?

Cezanın çekilmesini yani uslanmayı, tekerrüre esas kabul edersek, uslandı diye şartla salıverilen mahkûmun salıverme müddeti içinde işlediği suçtan dolayı mükerrir sayılmamasını nasıl haklı gösterebiliriz?

[36] NURULLAH KUNTER: *Suçluların terbiye ve ıslahı.* Adliye Ceridesi 1943 VIII 661

[37] NURULLAH KUNTER: *İçtimai bir yara: kısa cezalar.* Siyasi İlimler Mecmuası, Birincikânun 1943, Sayı 153.

Diğer taraftan cezanın çekilmiş olmasına muvazi olarak cezanın düşmüş olması da şart koşulmaktadır. Cezası meselâ müruruzamanla düşmüş olan bir kimseye cezasının kâfi gelmediği nasıl ve nereden anlaşılmıştır da bu adam düşme tarihinden itibaren işliyeceği suçlar için mükerrir sayılmaktadır. Yoksa müruru zaman müddeti içinde kendiliğinden ıslah olunduğunu mu sanıyoruz?

3 — Bilindiği gibi, para cezalarının tahsili vazifesi 3038 sayılı kanunla 1 İlkteşrin 1936 dan itibaren maliye dairelerine verilmiştir. Bütün adliyecilerimizin malûmudur ki, para cezalarının tahsili uzun müddet sürmektedir. Bu yüzden kanundaki tekerrür hükümleri nadir hallerde tatbik edilen istisnai bir müessese mahiyetini almıştır. Bunun içindir ki bugünkü içtihadın zararlarını kısmen önliyebilmek üzere tekerrür ahkâmının tatbikinde para cezalarının infazının nazara alınmaması dahi temenni edilmiştir. [38] Kanunumuzda suçu itiyat ve meslek haline getiren kimseler hakkında hususi tedbirler olınmış olmadığı için tekerrür makinesinin gerektiği gibi işlememesinin mahzurları bir kat daha artmaktadır.

4 — Katileşmiş mahkûmiyeti tekerrür için kâfi görmekle hem kanunun ruhuna sadık kalmış ve hem de diğer hükümlerile ahengini temin etmiş olacağız. Haydi, 94. maddenin istisna olduğu kabul edilsin. Fakat 82. maddenin de istisna olduğu nasıl iddia edilebilir? Eğer hakikaten bir istisnaya lüzum olsaydı, 77. maddenin ikinci fıkrasında zikredilen nisbetler arasında müebbet ağırhapisteki hücre müddetlerini gösteren nisbetler de ilâve edilemez miydi?

5 — Tekerrür hakkındaki içtihadın değiştirilmesi tecil hakkındaki içtihadın da değiştirilmesini icap edecektir ki bu suretle kanunun hayatiyeti izale edilen bir maddesi tekrar canlanacak ve tatbik sahası bulmağa başlıyacaktır.

V

Bugünkü içtihadın değiştirilmesine hiç bir engel yoktur.

Denilemezmi ki, kanunun hakiki mânasına göre hükmün katileşmesi tekerrür için lâzım ve kâfi olsa bile, bunun hilâfına bir tevhidi içtihat kararı vardır, ve tevhidi içtihat kararı kanun mahiyetinde olduğundan bugünkü içtihadın değişmesi için yeni bir kanuna ihtiyaç vardır?

Akla gelmesi muhtemel olan bu iki suali de cevaplamağa çalışalım:

I — Bahis mevzuu olan tevhidi içtihat kararı 20/5/1942 tarih ve 31/14 sayılıdır. 8/10/1942 tarih ve 5231 sayılı Resmî Gazetede neşredilmiştir. Dik-

[38] ŞUAYYIP KOR: *3005 sayılı kanunun tatbikına mâni olan hukuki sebepler hakkında bazı düşünceler.* Adliye Dergisi 1945 I 46

katlı okunursa görülür ki, bu karar 95. maddedeki «ayrı ayrı infaz olunur» kelimelerinin tefsirini yapmak ve tecil edilmiş cezaların tekerrüre esas olup olamıyacağı meselesini halletmek üzere verilmiştir [39]. Tekerrürde infazın şart olduğu noktası ise kararın mevzuunu değil, mucip sebebini teşkil eder. Bu itibarla denilebilir ki, ancak müeccel cezaların tekerrüre esas olmaması hakkında bir tevhidi içtihat kararı vardır, yoksa tekerrürde infazın şart olduğu hakkında 81. maddeye taallûk eden bir tevhidi içtihat kararı mevcut değildir.

Bir tevhidi içtihat kararını mevzuunun ve mucip sebebinin başka başka şeyler olduğunun bir misalini göstermek te kabildir:

Temyiz Mahkemesi 10/12/1941 tarih ve 34/30 sayılı tevhidi içtihat kararile [40] Ceza Kanununun 251,271,273 ve 281. maddelerinin tatbikını icap ettiren dâvaların asliye mahkemelerince görüleceğine karar vermiştir. Bu kararın mucip sebebi olarak da bu maddelerdeki suçların müstakil bir mahiyeti bulunduğu, kanunda müstakillen ceza tâyin edilmemesinin tekrara ve kanun hacmini artırmağa meydan vermemek maksadına mâtuf olduğu ileri sürülmüştür, Fakat bu tevhidi içtihat kararı yalnız vazife meselesini halletmekle kalmış, yazılı maddelerdeki suçların müstakil mahiyeti olduğu mucip sebep olarak ileri sürülmesine rağmen, Temyiz daireleri kendilerini bu mucip sebeble bağlı tutmamışlar ve meselâ memurun bir kimseyi döğmesi halinde takibatın şikâyete bağlı olduğuna ve ferağatla dâvanın düşeceğine karar vermekte devam etmişlerdir.

II — Tekerrürde infazın şart olduğu hakkında bir tevhidi içtihat kararının mevcut olduğu kabul edilse bile, içtihadın değiştirilmesi için bir kanuna lüzum olmadığı ve yine bir tevhidi içtihat kararile değiştirilebileceği kanaatındayiz.

A. Tevhidi içtihat kararı kanun mahiyetinde değildir:

a) Kanun ve nizamnamelerin sureti neşir ve ilânı ve meriyet tarihi hakkındaki 1322 sayılı kanuna göre tevhidi içtihat kararlarının Resmi Gazete ile neşredilmesi ve Düstur'a geçirilmesi bunlara kanun mahiyeti vermeğe kâfi değildir. Bununla temin olunmak istenilen gaye öyle bir karar verildiğini bütün ilgili kimselerin en mevsuk bir vasıta ile görüp anlamasını ve bu sayede bütün makkemeler için benzer işlerde bir mesnet olabilmesini temindir[41].

[39] Temyiz Mahkemesinin mevcut hükümlere mâna vermek vazifesi karşısında mevcut bir hükmün mânası olmadığına karar vermesi haklı olarak tenkit edilmiştir. Bakınız DOÇ. SULHİ DÖNMEZER: *Mahkeme İçtihatları*. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1944, cilt IX, sayı 3—4, s. 805

[40] RG 5050 (6/3/1942); KÖSEOĞLU: *Tevhidi İçtihat kararları*. 1942, s.101.

[41] FAHREDDİN KARAOĞLAN: *İçtihat yolunda durak yerleri: I içtihadın tesis ve tebdili*. Adliye Ceridesi 1937 II 125, 126.

b) Temyiz Mahkemesi teşkilâtına dair 11 Nisan 1928 tarih ve 1221 sayılı kanunun 8. maddesinde tevhidi içtihat kararlarının Temyiz Dairelerince mümasil işlerde mabihülimtisal olduğu yazılıdır. Fakat kanun vazıının «mahkemelerce» demeyip te «Temyiz Dairelerince» demesinin bir hikmeti lâzım geleceğini düşünüyoruz. Bu sebeple sayın Üstadımız Fahrettin Karaoğlan'la birlikte biz de,«Temyiz Dairelerince mabihülimtisaldir demek, Temyiz Daireleri haricinde kalan mahkemelerce mecburiyülimtisal değildir demektir», «mahkemeler tevhidi içtihat ile teessüs etmiş bir tatbik şekline karşı dahi katî kanaatlere müstenit olacak kuvvetli sebepler ve deliller göstererek muhalefet ve başka bir tetbik şekline istinat edebilirler„[42] diyeceğiz. Bu takdirde karar ya dairaye veya umumi heyete gelir. Daire veya umumi heyet istinat olunan mucip sebeplerin kuvvetli olup olmadığını bizzat tâyine salâhiyetli olmadığından mesele Başreis delâletile tevhidi içtihat müessesesine arzedilecektir. Tevhidi içtihat umumi heyeti mahallî mahkemenin ortaya atıp istinat ettiği sebepleri varit görürse içtihadını değiştirir, görmezse o sebepleri gösterecek sebepleri göstererek içtinadı tebdile mahal olmadığını kararında tesbit eder. Bu tesbit ait olduğu kısım umumi heyetini veya hususi daireyi takyit edeceği için umumi heyet veya daire, hâkimin kararını bozar, bu bozma, hükmü bozulan mahkeme için ancak bu takdirde ittibaı mecburi bir mahiyet alır [43]

B. Tevhidi içtihat kararına kanuni bir mahiyet atfedilse dahi bir kanun yine bir kanunla değiştirilebileceğine ve bir kanunu yapanların onu değiştirmeğe de salâhiyeti olacağına göre yine aynı tevhidi içtihat umumi heyetinin kanuni mahiyette bir tevhidi içtihat kararını yine kanuni mahiyette bir tevhidi içtihat kararile değiştirmesi de pekâlâ mümkündür. Zaten Temyiz Mahkemesi teşkilâtına dair 1221 sayılı kanunun 8. maddesinde «takarrür etmiş içtihadın tebdiline ihtiyaç hasıl olması» hali de nazara alınmış ve bu takdirde meselenin tevhidi içtihat umumi heyetine sevkedileceği yazılmıştır.

Görülüyorki tekerrür için cezanın çekilmiş olması lâzımdır şeklinde ne bir tevhidi içtihat kararı mevcuttur ve ne de tevhidi içtihat kararı olduğu kabule dilse bile, bunu değiştirmek için kanuna ihtiyaç vardır.

---

[42] FAHRETTİN KARAOĞLAN: *adı geçen eser*, *S*. 124, 125; Adliye Ceridesi 1937 VI 401

[43] FAHRETTİN KAROĞLAN: *adı geçen eser*. S. 125

Borçlar Kanununun 58. maddesi üzerinde bir inceleme

Yazan:
Dr. Ekrem TÜZEMEN

I

Giriş

1. — Borçlar Kanunumuzun kabul ettiği ana kaideye göre bir kimsenin haksız bir fiil ile başkasına zarar iras ettiğinden bahisle tazminatla mükellef tutulabilmesi için, diğer bir kısım şartlarla beraber, o kimseye isnadı kabil bir kusurunda mevcudiyeti lâzımdır. Yani, esas itibariyle, ortada bir fiilin failine isnadı kabil bir kusur yoksa hukukî mesuliyet te yoktur.

Hatta kanun bazı ahvalde, ezcümle 49 uncu maddede, mânevi tazminat talebi için, alelâde bir kusurun bulunmasını da kâfi görmemiş, bu kusurun hassatan ağır olmasını da şart koşmuştur.

Yine umumî prensibe göre, üçüncü bir şahsın haksız fiilini ileri sürerek uğradığı zararın tazminini isteyen kimse haksız fiil failinin kusurunu ispatla mükelleftir. Aksi takdirde lehine tazminata hükmedilemez.

2.—Borçlar kanunu 55 ve 56 ıncı maddelerinde, istihdam edenlerin mesuliyeti ile hayvanlar tarafından yapılan zarardan mesuliyet mevzularında, bu ana kaidelerden kısmen ayrılmıştır. Şöyle ki: zarar gören kimsenin bu zararının tazminini talep edebilmesi için istihdam edenin veya hayvanı idaresinde bulunduranın kusurunu isbat etmesi lâzım gelmez. Ancak bu kimseler «zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduklarını, yahut ta dikkat ve itinada bulunmuş olsalar bile zararın vukuuna mani olamıyacaklarını» isbat etmek suretiyle kendilerini mesuliyetten kurtarabilirler (Medeni Kanunun 320 inci maddesine de bak.). Görülüyor ki burada kanun ana prensip hilâfına olarak zarar göreni karşı tarafın kusurunu isbattan muaf tutarak kusursuzluklarını isbat külfetini istihdam edene, hayvanı idaresinde bulundurana yüklemiştir.

3. — Borçlar Kanunun 58 inci maddesi bu mevzuda daha ileri gitmiş, bir bina veya imâl olunan her hangi bir şey malikini bina veya o şeyin fena yapılmasından, yahut muhafazadaki kusurundan doğacak zarardan *mutlak* surette mesul tutmuştur. Yani bu takdirde zarar gören şah-

sın mal sahibinden tazminat istiyebilmesi için onun kusurunu isbat etmesi lâzım gelmediği gibi mal sahibi de, 55 ve 56 ıncı maddelerdeki hallerde olduğu gibi, kendisine isnadı kabil her hangi bir kusurun mevcut olmadığını iddia ve isbat ile mesuliyetten kurtulamaz.

Şu halde demek oluyar ki, kanun burada kusurdan mütevellit mesuliyet (responsabilité fautive) yerine ihdas edilen tehlikeden mütevellit mesuliyet (responsabilité dérivant du risque créé) esasını kabul etmiştir. Yalnız bu münasebetle şuna işaret edelim ki, Borçlar Kanunu burada da *kusur* esasından tamamiyle ayrılmıştır denilemez. Zira mal sahibi sırf malının *fena yapılmasından* yahut *muhafazasındaki kusurundan* dolayı mesuldür. Ancak şu varki inşadaki fenalığın, muhafazadaki kusurun mal sahibine atfı mümkün olup olmamasının ehemmiyeti yoktur. Yani imaldeki fenalık, muhafazadaki kusur başkasına ait olsa da malik yine mesuldür.

Bu esası kabul etmekle kanun vazıı her bina veya imal olunan şey sahibini malının başkasına iras edebilmesi mümkün tehlike ve zararların mühim bir kısmından mesul tutmuş oluyor. Bu mes'uliyet malikin malından yaptığı istifadenin bir karşılığından, bir külfetinden başka bir şey değildir. Kusuru olmadığı halde zarara uğrıyan kimsenin himaye edilmesi lâzımdır. Bu günkü hukukî vicdan bunu icap ettirmektedir.

II

Bina veya imal olunan şeylerin verdiği zararlardan kim mesuldür?

1. — Borçlar kanununun 58 inci maddesi mutlak olarak binanın veya imal olunan şeyin fena yapılmasından veya muhafazasındaki kusurdan doğacak zarardan o binanın veya şeyin *malikini* mesul tutmaktadır. Halbuki 56 ıncı maddede, hayvanlar tarafından yapılan zarardan dolayı, hayvanın sahibine değil, onu idaresinde bulunduran kimseye (détenteur) mesuliyet tevcih olunmuştur.

Fransız Medeni Kanunu da 1386 ıncı maddesinde muhafazasındaki kusurdan, yahut inşasındaki hatadan dolayı yıkılan binanın doğuracağı zarardan o binanın *malikini* mes'ul kılmaktadır. (İtalyan Medeni Kanununun 1155 inci maddesine de bak.).

Alman Medeni Kanununun 836 ıncı maddesi ise bir binanın veya yerle birleşmiş her hangi bir şeyin yıkılmasından veya bu bina veya şeyden bazı kısımların düşmesinden mütevellit zararlardan o bina veya şeyin (malik gibi zilyedini), yani o bina veya şeye malik imiş gibi zilyed olan kimseyi (Eigenbesitzer) mesul addetmektedir. Bu sebeple gayrimenkul

sahibi malik sıfatı ile değil, lâkin aynı zamanda zilyed olduğu takdirde mesuldür; aksi takdirde mesul değildir. Meselâ: mirasçı sıfatiyle kendisinin gayrimenkul maliki olduğunu bilmiyen, veya haksız yere zilyed kılınmamış olan malik için vaziyet böyledir."Kendisine ait imiş gibi» den maksat zilyedin malı kendi malı olarak telakki etmesi (opinio dominii) demek değildir;zilyedinn mala karşı bir malik vaziyetinde bulunmak iradesi (animus dominus) kâfidir (Staudinger, Alman Medeni Kanunu Şerhi, Borçler Hukuku, Cilt III, 9 uncu basılış, 1929, m. 836, 3,a). Malik gibi zilyedin vasıtalı veya vasıtasız, hüsnü niyet veya sui niyet sahibi zilyed olması haizi ehemmiyet değildir.

Fikrimizce Alman Medeni kanununun 836 ıncı maddsinin bu hal şekli menfaatlar ihtilâfına ve mesuliyete esas olarak kabul olunan kusur prensibine uyğun bulunması sebebi ile daha doğru ve adalete muvafıktır. Zira malı elinde bulunmıyan mal sahibi her vakit malının ne halde bulunduğunu lâyiki ile bilemez ki zamanında tedbir alsın. Yukarda da işaret olunduğu gibi miras yolu ile malik sıfatını kazanan ve fakat bundan haberi olmıyan kimse ile başkası tarafından haksız yere zilyedlikten menedilen kimsenin ve malın kendisine teslimi için uzun süren bir dâva açan şahsın durumu budur (B. Mugdan, Alman Medeni Kannnuna ait bütün müstenidat, Cilt II, Borçlar Hukuku, Berlin 1899, S. 1150).

Demekki Borçlar Kanunnmuzun 58 inci maddesine göre mesul olan mutlak surette *maliktir*. Binanın onun tarafından işgal edilip edilmemesinin, imâl olunan şeyin de yine onun tarafından kullanılıp kullanılmamasının ehemmiyeti yoktur. Hattâ, meselâ: bir gayrimenkulün kiracısı, vakit ve zamanında, mecurun âcil bir tamire olan ihtiyacından malsahibini haberdar etmez ve bu yüzden üçüncü şahıslar bir zarar görürlerse 58 inci maddeye höre bundan mesul olacak olan kiracı değil, maliktir. Kiracı, kiraladığı şeyin tamirini mal sahibine karşı tekeffül etmiş olsa bile keyfiyet aynıdır (A. Von Tuhr, Borçlar kanununun umumi hükümleri, § 50, S. 361). Hiç şüphe yok ki bu gibi ahvalde zarar gören şahsın borçlar Kanununun 41 inci maddesine istinaden kiracıyı dâva ederek uğradığı zararın tazminini istemesi her zaman mümkündür.

2. — 58 inci madde şüphesiz hükmî şahıslar hakkında da kabili tatbiktir. İsviçre Federal Mahkemesi bir çok kararlarında bu maddenin âmme hukuku hükmi şahısları hakkında dahi hüküm ifade ettiğini beyan etmiştir. Mezkûr mahkeme daha ileri giderek bu kabil hükmi şahısları, umumun istifadesine terk edilmiş şeylerin tevlit ettiği zararlarden dolayı 58 inci maddeye tevfikan mesul etmiştir; ezcümle bir kararında bu görüşünü haklı göstermek için şöyle demektedir:" Âmme teşekkülü, 58 inci madde mucibince, âmmenin istifadesine tahsis olunan şeyleri tahsis edildikleri gaye-

ye elverişli bir halde bulundurmağa veya hususî seyri seferin emniyetinin icap ettirdiği bütün tedbirleri almağa mecburdurlar. Bu mecburiyet bir şeyi umumun istifadesine arzeden kimsenin bu şeyi gayesine uygun bir şekilde inşa ve muhafaza etmesi mükellefiyeti prensibinden çıkmaktadır. İmal olunan şeyin âmme hukuku sahasına giren teşriî bir tasarrufla yapılmış olması ve kanton makamlarının âmme hukuku kaidelerine tevfikan bunları inşa ve muhafaza ile mükellef bulunmaları haizi ehmmiyet değildir. Zira, bu vazifenin ihlâline, medeni hukukun aradığı, istediği bir dikkatin gösterilmemesi inzimam ederse bundan doğacak mesuliyet hususi hukuku alâkadar eder ve aynı zamanda bir hususi hukuk şahsı olan âmme teşekkülü hususi ve imtiyazlı bir vaziyetten isiifade edemez. İmâl olunan şey âmmenindir; ve bunun muhafazası devlete âmme hukukunu ilgilendiren bir borca müsteniden tahmil edilmiştir diye devleti 58 inci maddenin koyduğu mesuliyetten muaf kılmak için hiç bir sebep yoktur. İmaldeki bozukluk, muhafazadaki kusur yüzünden imal olunan şey hususi bir şahsa ait aynı neviden bir şeyin arzettiği tehlikeleri arzeder; bundan dolayıdır ki aynı hukuki himaye zarar görene bahşedilmek lâzımdır. İmal olunan şeyin âmmenin emniyetini tehlikeye koyacak şekilde kalmasına müsamaha eden âmme teşekkülü, hususiyle Devlet bundan doğacak zarardan hususi şahıs gibi mesul olur. Çünkü: artık burada âmme hukuku münasebetleri mevzuu bahis değildir;bilâkis âmme teşekkülü vatandaşa karşı hususi bir şahıs gibi basit bir hak sahibi vaziyetindedir; ve halk imal olunan şeyin imal ve muhafazasının,ahval ve şeraitin icabettirdiği şekilde,mutat ihtimama mevzu olmasını istemek hakkına sahiptir (O. Daeppen, Federal Mahkeme içtihatlarına göre Borçlar Kanunu, m. 58, S. 141, not 1.; Journal des Tribunaux, 1937, 1, S. 523).

Her ne kadar Medeni Kanunun 52 inci maddesi «Hukuku âmme müesseseleri hukuku âmme kanunlarına tâbidir» demekte isede bu maddenin hükmü âmme teşekkülünün fiil ve hareketi âmme hukuku sahasına girdiği takdirde caridir. Eğer âmme teşekkülü ile fertler arasındaki münabetler hususi hukuku alâkadar ediyorsa, yani bu teşekkül fertlerle alelâde bir şahıs gibi münasebette bulunuyorsa bittabii herkes gibi hususi hukuk kaidelerine tâbi olacaktır.

3. — Eğer bina veya imal olunan şey üzerinde muhtelif kimseler müştereken tasarruf ediyorlarsa bunların 58 inci madde mucibince mesuliyetlerinin nevi ve derecesi ne olacaktır?

Borçlar Kanununun 50 ve 51 inci maddeleri şüphesiz burada kabili tatbik değildir. Vazıı kanunun «haksız fiil» den anladığı mâna bir kimsenin şahsi kusuru ile bir zarar iras etmesidir. Bu sebeple Borçlar kanununun birinci babının ikinci faslında gösterilen ve şahsi bir kusuru icap ettimiyen

mesuliyet halleri bu mefhumdan hariç kalırlar. Bu sebepledir ki 58 inci maddenin koyduğu mesuliyet haksız fiilden mütevellit mesuliyet değildir.

Şu hale göre müşterek malikleri hisseleri nisbetinde mesul tutmak gerekmektedir. (A. von Tuhr, zikri geçen eser, § 50, s. 361; Sabri Şakir, Fuat Hulusi, Borçlar kanunu şerhi, 1926, m. 58, s. 169). Borçlar kanununun 141 inci maddesine göre de teselsül ancak kanunun tâyin ettiği hallerde mevcuttur.

İştirak halinde mülkiyet vaziyetinde Medeni kanunun 630 uncu maddesinin nazara alınması lâzımdır. Yani şeriklerin mesuliyetlerinin derecesini iştiraki tevlit eden kanun veya mukavele hükümlerine göre tâyin etmek icap eder. Bu sebepledir ki taksim edilmemiş bir terekenin mirasçıları bu terekeye dahil bir binanın üçüncü şahıslara ika edeceği zararın tamamından müteselsilen mesuldürler.

Zarar iras eden şeyin mülkiyeti iki kişi arasında ihtilâflı ise vaziyet ne olacaktır?

Eğer bahse mevzu olan şey tapuda müseccel bir gayrimenkul ise bittabi 58 inci madde mucibince mesul olacak şahıs tapu sicillinde malik diye görünen kimsedir. Fikrimizce, tapuda kayıtlı olmıyan bir gayrimenkulün fiili zilyedini 58 inci maddeye göre mesul tutmağa imkân yoktur.

Yok eğer mülkiyeti münazaalı şey menkul bir şey ise, bu takdirde bu şeye filen zilyedi bulunan müddei veya müddeaaleyhi 58 inci maddeye göre mesul addetmek hem kanuni esaslara hem de adalete uygun olur kanaatindeyiz.

4. — 58 inci maddenin mutlak ifade tarzına nazazan malikin mesuliyeti mutlaktır. Malikin o şeyin sadece kuru mülkiyet hakkına sahip ve intifa hakkının başkasına ait bulunmasının ehemmiyeti yoktur. İntifa hakkı sahibi intifaına terk edilmiş olan şeyin fena imalinden veya muhafazasındaki kusurundan doğacak zararlardan dolayı bu maddeye göre mesul değildir. Çıplak mülkiyet sahibi bu vaziyeti ileri sürerek kendisini mesuliyetten kurtaramaz. Buna mukabil, mal sahibinin 58 inci maddenin ikinci fıkrası ile Medeni kanunun 736 ıncı maddesine müsteniden intifa hakkı sahibine rücu etmesi hiç şüphe götürmez ki daima mümkündür.

Fransız Medeni Kanununun yukarda zikri geçen 1386 ıncı maddesinde de malik tâbiri kullanıldığı halde bazı Frnasız müellifleri burada bir tefrik yapmakta ve binanın inhidamı inşasındaki hatadan ve gerekli büyük tamiratın zamanında yapılmamasından neşet ediyorsa husule gelen zarardan mal sahibini mesul tutmakta, yok eğer harabiyet intifa hakkı sahibine terettüp eden bakım ve tamiratın icra edilmemesinden ileri geliyorsa

bundan da intifa hakkı sahibini mesul tanımaktadırlar. (H. Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 1943, Paris, No. 1139-1149). Demelombe aksi noktai nazardadır; yani böyle bir tefrika taraftar değildir.

III

Hangi şeylerin malikleri 58. maddeye göre mesuldürler?

1. — 58 inci madde bir *bina* veya *imal olunan her hangi bir şey*. in malikini o şeyin fena yapılmasından, yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mesul tutuyor.

a)Bina mefhumu tarif edilmesi güç, ve fakat herkesin az çok muhayyelesinde canlandırdığı mefhumlardan biridir. Bundan yerin altında veya üstünde insanların oturmaları veya iktisadî ihtiyaçları için inşa olunan her şeyi anlamak lâzımdır (A. Schneider, H. Fick, Borçlar kanunu şerhi, m. 58. No. 19; A. Martin, Boçlar kanunu şerhi, § 16; A von Tuhr, Zikri geçen eser, § 50, s. 360, No. 5).

b)İmal olunan şey tâbirinden ne anlamak lâzımdır? Umumiyetle kabul olunduğuna göre bundan maksat insan emeği ile meydana getirilen ve bir bina ile, uzak ta olsa, oldukça müşabehet arzeden ve imalindaki fenalık ve muhafazasındaki kusur dolayısiyle insanlar için tehlike teşkil edebilen şeyleri anlamak gerektir. Federal Mahkeme bu mefhumu (ouvrage) bu şekilde tefsir ederek imal olunan her hangi bir şey kelimesine insanın yaratıcı çalışmasının neticesinde meydana gelen her şey mânasını vermekten çekinmiştir (O. Daeppen, Zikri geçen eser, m. 58, s. 143; imal olunan şey hakkında bak : A. Martin, Zikri geçen eser, § 16; A. Schneider, H. Fick, Zikri geçen eser, m. 58, No. 22; A. Von Tuhr, zikri geçen eser, § 50, I, 1).

c. — Umumiyetle şunlar 58 inci maddenin aradığı mânada imal olunmuş şey kabul olunmaktadır:

Bir hafriyat, bir tuğla fabrikasının toprak çıkarmak için kazdığı çukurlar, bir binanın inşa veya tamiri için kurulan iskele, bir istinat duvarı, bir asansör, bir plaj, bir motor, bir havaî hat, bir yol, bir kaldırım, bir tren veya tramvay hattı, bir kanal, bir gübre yığını, bir kulübe, bir baraka, bir elektirik tesisatı, bir taş veya toprak yığını, bir telefon direği, bir mahzen veya kanalizasyon kapağı, bir sokaktaki elektrik muhavvile merkezi, bir otelin yüzme havuzu.. vesaire, vesaire.

İsviçre Federal Mahkemesi, adedi pek çok olan bir çok kararlarında, muhtelif fırsatlarda, nelerin imal olunan şey telâkki edilip edilmiyeceğini

söylemiştir. Mezkûr Mahkemeye göre, bir nakil vasıtası hareket halinde iken başkasına bir zarar iras eder ve bu zarar da bu nakil vasıtasının imalindeki hatadan mütevellit ise hâdisede 58 inci maddenin tatbik kabiliyeti yoktur; çünkü imaldeki hatanın neticeleri vasıtanın hareket halinde bulunması neticesi husule gelmiştir (O. Daeppen, Zikri geçen eser, m. 58, II, b, s. 143). Yüksek Temyiz Mahkemesi IV-üncü Hukuk Dairesi ise 18/12/-1938 tarih ve Esasa: 3537, Karar: 2618 sayılı ilâmında yürüyen tranvayın fena yapılmasından dolayı husule gelen zarardan tramvay şirketinin mutlak surette mesul olduğunu kabul etmiştir (Temyiz Kararları, Hukuk Kısmı, 1938, s. 397 — 505, bilhassa s. 404).

Keza tabiatan yere bağlı olan şeyler, meselâ: ağaçlar imal olunan şey değillerdir (A. von Tuhr, zikri geçen eser, § 50, s. 361).

Menkul bir şey bir gayri menkulle birleştirilmiş ise ve bu birleşme neticesi bir tehlike arzedebiliyorsa imal olunan şey telâkki olunur (O. Daeppen, zikri geçen eser, m. 58, s. 143, c.) .Aksi halde bunlar asıl şeyden ayrıldıktan sonra bir tehlike arzetmiyeceklerinden 58 inci maddenin aradığı mânada imal edilmiş şey olmaktan çıkarlar. meselâ: bir gayrimenkule konulan hava gazı boruları imal olunan şeylerden maduttur. Bu boruların fena yapılmasından veya bakımlarındaki kusurdan bir zarar doğarsa mal sahibi mesul olur (H. Lalou, zikri geçen eser,No. 1144) .Halbuki binadan ayrılan bu borular üçüncü şahıslar için bir tehlike teşkil etmiyeceklerinden imal olunan şey olmaktan çıkarlar.

IV

Bina veya imal olunan şey maliki ne zaman mesul olur?

1. — 58 inci maddeye göre mal sahibinin mesul olması için zararın bina veya imal olunan şeyin *imâlindeki fenalıktan* veya *muhafazasındaki kusurdan* tevellüt etmiş olması lâzımdır.

a)Fennî, teknik esaslara, tahsis olunacağı cihetin gaye ve icaplarına uygun olarak yapılmıyan bina veya diğer şey fena olarak imal edilmiş demektir. Ezcümle bir bina veya şeyin imalinde fena malzeme kullanılması bir hata teşkil edeceği gibi bunların başkalarına zarar vermiyecek tarzda emniyetli olarak yapılmış olmaları da fena imal edilmiş kabul olunmalarını gerektirir. Bunun muhalif mefhumundan şu anlaşılıyor ki; bir bina veya imal olunan şeyin fena yapılmamış addedilmesi için,o bina veya şeyin tahsis gayesine göre sağlam ve mukavim ve başkalarına zarar ika etmiyecek tarzda imal edilmiş olması lüzumlu ve kâfidir. Mal sahibinden her vakit inşa ve

imalde âzami bir mükemmeliyete riayet etmesini istemek doğru olmaz; onu malını tahsis ettiği gaye ile alâkadar olmıyan fevkalâde masraflar ihtiyarına mecbur etmek caiz değildir.

Yukarda da işaret olunduğu gibi, imalde kusur bulunup bulunmadığını ararken dikkat edilecek nokta teknik mükemmeliyet değil, emniyet derecesidir (O. Daeppen, m. 58, s. 145, 2; A. von Tuhr, § 50,I,1,s. 361).

Kaideten imaldeki fenalık sebebi ile vukua gelen bir zararın tazminine mevzuubahis olması için bina veya imal olunan şeyin ikmal edilmiş olması gerektir. Tamir veya inşa esnasında husule gelecek zarardan mal sahibi mesul değildir. Üçüncü şahısların inşa veya tamir edilmekte olan bir şeyin tehlike arzedeceğini düşünerek dikkatli olmaları icabeder. Bununla beraber inşa halinde bulunan şey nihaî şeklini almadan önce bilâhara tahsis olunacağı gayeye uygun tarzda istimale başlanmış ise bu takdirde doğacak zarardan malik mesul olur (O. Daeppen, m. 58, s. 144, III, 1; A. von Tuhr, § 50, s. 361; Journal des Tribunaux, 1937, I, s. 523)

b. — İnşadaki fenalık hakkında söylediklerimiz muhafazadaki kusur için de doğrudur. Mal sahibi her zaman malını başkalarına zarar vermiyecek tarzda muhafaza ve idameye ve bu maksatla lüzumlu tamirat, tadilât ve ilâveleri yapmağa mecburdur. Malikin muhafazadaki kusur sebebi ile mesuliyetini ararken üzerinde durulacak nokta, yukardaki gibi, teknik mükemmeliyet değil, normal emniyet meselesidir. Mal sahibinden malının iktisadî gayelerinin fevkinde bir tamirat veya tadilât istenemez. Bundan başka malikten çok ufak noksanların giderilmesi de talep olunamaz. Her hangi bir şeyi istimal edenlerin de zarar hudusuna meydan vermemek için en ufak bir dikkati göstermeleri icab eder (Journal des Tribunaux, 1940, I, s. 367).

Bir malikin, binasının muhafazasındaki vazifesi derecesi o binanın tahsis edildiği maksada göre değişir. Herkese açık umumi bir bina hususi bir evden daha iyi muhafaza edilmelidir (Journal des TribunauX, 1940, I, s. 367)

2. — Önceden tasavvuru mümkün olmıyan tabiî bir hâdise neticesi husule gelecek zarardan bittabi malik mesul tutulamaz (O. Daeppen, m. 58, s. 142, 2).

Daimî zelzele veya heyelan mıntakası sayılan yerlerde zelzele ve heyelan hâdiselerini önceden tasavvuru mümkün tabiî bir hâdise kabul etmek icap eder mi? Fikrimizce ufak tefek zelzele ve heyelanları değil amma bunların büyük olanlarını her vakit, her yerde mesuliyeti bertaraf eden tabiî hâdiselerden addetmek adalet icaplarına, menfaatlar vaziyetine uygun düşer.

3. — Mal sahibinin mesul olması için husule gelen zararla muhafazadaki kusur veya inşadaki fenalık arasında illiyet rabıtası bulunması, yani başka bir tâbirle, zararın bu iki sebepten biri yüzünden tevellüt etmesi lâzımdır.

Muayyen bir vakıa ile her hangi bir netice arasında illiyet rabıtası bulunup bulunmadığı, yani bir vakıanın her hangi bir neticenin husulüne sebep teşkil edip etmediği en son olarak *tam illiyet* (causalitê adéquat) nazariyesi yardımı ile tâyin olunmaktadır. Alman menşeli olan bu izah tarzı ötedenberi İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenilerek tatbik edilegelmektedir. Federal Mahkeme bu nazariyeyi şu şekilde ifade etmektedir: «Bir vakıanın her hangi bir neticenin illeti diye kabul edilebilmesi için o vakıanın işlerin mutat cereyanına, hayattan edinilen tecrübelere göre tahakkuk etmiş olan mahiyyette bir netice doğuracak mahiyette olması lâzımdır». Eğer husule gelen netice insan tecrübelerinin dışında kalan bir takım fevkalâde ve istisnai hâdiselerin inzimamı yüzünden meydana gelmişse, mesuliyete esas teşkil edecek vakıa ile bu netice arasında artık illiyet rabıtası yoktur (O. Daeppen, m. 41, III, s. 82; E. Arsebük, Borçlar Hukuku, Umum esaslar, § 21, s. 70, IX).

Bunu bir misal ile şu şekilde canlandırmak mümkündür: Farzedelim ki A. bir vapur seyahatına çıkmağı ve muayyen günde kalkacak muayyen bir vapura binmeği kararlaştırarak biletini de almış bulunsun; vapurun hareketinden bir gün evvel de A.nın oturduğu evde soba bacasının inşasındaki hatadan dolayı yangın çıkarak eşyaları tamamen yansın; ve bu yüzden de mukarrer seyahat tehir edilsin; A.nın bilâhara bindiği vapur da sefer esnasında kazaya uğrıyarak batsın; ve A. da bir kısım yolcularla birlikte boğulsun. Hiç şüphesiz A.nın mirasçıları murislerine ait olup yangında ziyaa uğrıyan eşyaların tazminini ev sahibinden 58 inci maddeye istinaden talep edebilirler. Fakat müteveffanın ölümünü ileri sürerek meselâ Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre yardımcıdan mahrumiyet sebebile tazminat istiyemezler. Zira yangın ile eşyaların yanması arasında tam bir illiyet rabıtası bulunduğu halde, yangın ile ölüm arasında böyle bir rabıta mevcut değildir. Yani bacanın inşasındaki hata neticesi çıkan yangının neticelerini bu kadar uzaklara götürmeğe imkân yoktur. Buna benzer misalleri zikretmekte büyük bir faide görmiyoruz. Şunu itiraf etmek mecburiyetindeyiz ki ilmimizin bir çok prensipleri gibi tam illiyet kaidesi de her vakit,her yerde müşkülü kolayca halledecek kıymet ve kuvvette değildir. Tazminatın mitarını tâyin edecek olan hâkime rehberlik edeceği de şüphesizdir.

Yüksek Temyiz Mahkememiz de son bir kararında maddi vakıa ile husule gelen netice arasında tam bir illiyet bağı aranmak gerektiğini açıkça göstermiştir (Adliye Dergisi, 1944, sayı 8, Temyiz Kararları, Hukuk kısmı, S. 205).

V

58. maddeden mütevellit mesuliyet ile diğer sebeplere dayanan mesuliyet arasındaki münasebet.

1. — Bazı ahvalde bina veya imal olunan şey sahibi, malının başkalarına iras ettiği zararlardan yalnız 58 inci maddeye göre değil, başka hukuki sebeplere tevfikan da mes'ul olur. Ezcümle:

a) Eğer zararın husulünde bizzat malike isnadı kabil bir kusur mevcut ise, bu takdirde, onun hakkında Borçlar Kanununun 41 ve müteakip maddelerine dayanarak ta dâva açmak mümkündür.

b) Eğer zarar doğuran şeyin sahibi ile zarar gören kimse arasında akdî bir münasebet, bağ varsa buna istineden de, Borçlar kanununun 96 ve onu takip eden maddeleri hükümlerine tevfikan malikin mesuliyeti cihetine gitmek imkânı vardır (O. Daeppen, m. 58, s. 140, 4, a; F. Fuuk, Borçlar kanunu şerhi, m. 58, No. 3). Meselâ: bir gayrimenkulün kiracısı o gayri menkulün fena inşa edilmesi veya muhafazasındaki kusur sebebi ile uğrıyacağı zararın tazminini, 58 inci maddeye dayanarak, burasını kendisine kiralıyan mal sahibinden istiyebileceği gibi, aradaki kira mukavelesine istinaden de, aynı mal sahibinden Borçlar Kanunun 249 uncu maddesine binaen de istiyebilir (O. Daeppen, m. 58, s. 150, b; A. von Tuhr, 50, s. 361 — 362).

Acaba kiracı kira akdinin tanzimi sırasında 58 inci maddenin kendisine bahşettiği haktan feragat edebilir mi? A. von Tuhr bunun mümkün olduğunu söylüyor (A. von Tuhr, § 50, s. 362); Oser ise sadece maddi bir zararın tazmini mevzuu obahis olduğu vakit bunu tecviz etmekte, cismanî zarar ve ölüm vukuu halinde bunun mümkün olmıyacağını ileri sürmektedir (A. von Tuhr, § 50, s. 362, not 25; Journal des Tribunaux, 1935, I, s. 238, 3). Hilâfını düşünmek Medeni kanunun 23 üncü maddesine aykırı hareket etmek telâkki edilmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi «Journal des Tribunaux» isimli mecmuada hulâsa edilen ve «Semaine judiciaire» adlı dergide de tamamı neşrolunan bir kararında kaideten 58 inci maddenin bahşettiği haklardan feragatın caiz olduğunu kabul etmiştir. Mezkûr Mahkemeye göre bu kabil bir fera-

gat Borçlar Kanununun 44 üncü maddesinde yazılı mutazarrırın zarara razı olması hali gibi addolunmak gerektir (Journal des Tribunaux, 1935, I, s. 238, No. 3 e de bak.).

Federal Mahkemenin 44 üncü maddeye müstenit bu görüş tarzı bize de muvafık görünüyor. Yani esas itibariyle kiracının peşinen 58 inci meddenin kendisine bahşettiği haktan feragat etmesi mümkün ve caizdir. Yalnız hemen şurasını ilâve edelimki kiralıyan malikin hile veya ağır kusuru halinde Borçlar kanununun 99 uncu maddesi hükmüde hiç şüphesiz mahfuzdur.

2. — Bu şekilde dâva haklarının telâhuku halinde şüphesiz zarar gören şahıs kendisine en uygun olanını seçecektir. Umumiyetle 58 inci maddeye müsteniden dâva açmak daha elverişli olacaktır. Zira, bu takdirde müddei hasmının her hangi bir kusurunu ispatla mükellef olmıyacaktır. İntihap olunacak yola nazaran müruru zaman müddeti, salâhiyattar veya vazifedar mahkeme, beyyine külfeti başka olacaktır.

VI

Mesuliyetin derecesi

Borçlar kanununun 41 — 47 inci maddeleri ile, hususiyle 43 üncü maddesi ve 44 üncü maddesinin son fıkrası burada da kabili tatbiktir (O. Daeppen, m 58, s. 151, V; A. Schneider, H. Fick, m. 58, No. 79 — 83). Hâkim, hal ve vaziyetin icaplarına göre tazminatın miktarını tâyin eder. Hattâ lüzum görürse mânevi tazminata dahi hükmeder. Zarar gören şahsın her hangi bir kusuru zararın husulüne kısmen sebep olmuşsa tazminat miktarını tenkis edebilir. Hattâ eğer zarar tamamen mutazarrırın kusurundan doğmuşsa hâkimin tazminattan tamamen sarfı nazar etmesi mümkündür. Meselâ; bariz bir şekilde tehlike işareti konulan bir yere bir kimsenin girerek yaralanması veya ölmesi takdirinde vaziyet böyle olacaktır.

Fakat, üçüncü bir şahsın kusuru hâkimin tazminatı tenkisine sebep teşkil edemez Şu varki, bu halde malik bu üçüncü şahsa rücu edebilir.

Zarar küçük yaşta bir çocuğun fiilinden doğmuşsa ve buna da ebeveynin nezaretteki kusuru sebep olmuşsa vaziyet ne olacaktır? Yani bu halde hâkim tazminatı tenkis veya bundan tamamen sarfı nazar edebilecek midir? Fedaral Mahkeme burada şöyle bir tefrik yapmaktadır: Eğer ebeveyn, maliki, çocuklarının uğradığı cismanî zarardan, veya çocuklarının ölümünden dolayı takip ediyorlarsa bu takdirde hâkim tazminatı tenkis veya bundan sarfı nazar edebilir. Yok eğer, ana, baba, çocuk namına, yani onun

kanuni mümessili sıfatile mal sahibinden bir talepte bulunuyorlarsa bu se fer hâkim onların nezaretteki kusurlarını gözönünde bulundurarak tazminatı tenkis veya bundan sarfı nazar edemez (Journal des Tribunaux, 1935, s. 43,2). A. von Tuhr aksi noktai nazardadır. Ona nazaran, bu sonuncu halde dahi ebeveynin kusuru tazminatın takdirinde nazara alınmak lâzımdır (A. von TUHR, § 14, s. 91 — 92). Bize göre de Federal Mahkemenin yaptığı şekilde bir tefrik yapmak doğru değildir. Her iki halde de hâkim hal ve vaziyetin icaplarını gözönünde bulundurarak icabı halinde tazminatın miktarını tenkis veya bundan tamamen sarfı nazar edebilmelidir. Çarpışan zıt menfaatlar ihtilâfına en uygun hal şekli budur.

VII

Malikin rücu hakkı

Malikin bu ağır mesuliyeti 58 inci maddenin ikinci fıkrası ile kendisine tanınılan rücu hakkı ile kısmen olsun tahfif edilmiştir. Kısmen diyoruz; çünkü, bir çok hallerde bu hak fiilî bir netice temin etmiyecektir.

Zikri geçen kanun fıkrasına göre, malik, birinci fıkra mucibince ödemeğe mecbur kalacağı tazminatı kendisine karşı mesul olanlardan talep edebilir. Şüphe yok ki malikin bu rücu hakkı ya kendisine karşı mesul olan şahsın bir haksız fiiline veya aralarında mevcut akdî münasebete dayanacaktır.

Eğer zarar inşadaki fenalıktan ileri gelmişse malikin rücuu mimara, mühendise, mütaahhide, bayie teveccüh edecektir. Muhafazadaki kusur vaziyetinde ise, kiracıya, ariyet alana, intifa hakkı sahibine müracaat olunacaktır.

Eğer zararın hudasında üçüncü bir şahsın haksız fiili rol oynamışsa malik bu şahsa rücu edecektir (Journal des Tribunaux, 1935, I. s. 432).

Unutmamalıdır ki malikin bu rücu hakkı muayyen bir müruru zaman müddeti ile mukayyettir. Ezcümle mimar, muhendis veya mütaahhide karşı olan rücu hakkı gayri menkullerde teselümden itibaren beş sene (B.K. M. 362, f. 2), menkullerde bir sene (B. K M. 207, 363 f. 1) sonra müruru zamana uğrar. Her iki halde de iğfal, hile mevcut ise bu müddet on senedir (B K.M 207,f 3). Bayie karşı olan rücu hakkı da gayri menkullerde beş, menkullerde bir hil, iğfal halinde on senelik müruru zamana tabidir; bu müddetler mülki yetin iktisabından itibaren cereyana başlar (B.K. M. 215, f. 3, M. 207, M. 208, f 3). Haksız fiil failine karşı olan rücu hakkı da

zarara ve failine ittıladan itibaren bir sene sonra müruru zamana maruz kalır (B. K. M. 60).

Müracaat olunan başlıca eser:

ARSEBÜK, Esat, Borçlar Hukuku, Umumi Esaslar, Ankara, 1937.

DAEPPEN, Oscar, Le Code Fédéral des obligations, Fransızcaya tercüme eden REYMOND, Ch, Zürich.

FUAT HULÛSİ, — SABRİ ŞAKİR. Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul, 1926.

HACI ADİL, Borçlar Kanunu Şerhi.

FUNK. Fritz. Commentaire du Code Fédéral des obligations, Neuchatel, 1930.

LALOU, Henri. Traité pratique de la Responsabilité Civile, üçüncü tabı, Paris, 1943.

MARTIN, Alfred, Borçlar Kanunu Şerhi, Adliye Vekâleti tercümesi, Ankara, 1936.

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, Traité Elémentaire de Droit Civil. Paris, 1939.

ROSSEL, Virgile, Borçlar Kanunu Şerki ve Nazariyeleri, Adliye Vekâleti tercümesi, İstanbul, 1928.

SCHNEİDER. A., FICK, H., Commentaire du Code Fédèral des Obligitions, Neuchatel, 1935.

STAUDİNGER, Alman Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, cilt III, 9 uncu basılış, 1929 (Almanca).

MUGDAN, B., Alman Medeni Kanununa ait bütün müstenida cilt II, Borçlar Hukuku, Berlin, 1899 (Almanca).

TUHR, A. von, Partie générale du Code fédéral des Obligations, ikinci basılış, Lausanne, 1933.

ADLİYE DERGİSİ, Ankara.

JOURNAL DES TRİBUNAUX, Lausanne.

TEMYİZ KARARLARI, Hukuk Kısmı, Ankara.

Mirasın reddi ve defter tutma talebi

Yazan:
Nuri ÜLGENALP

Miras açılınca; mirasçılar, onu hükmen iktisap etmiş sayılırlar. Müteveffanın bütün hakları, alacakları ve borçları, zilyedi bulunduğu malları mirasçılara intikal eder. Bunlar, müteveffanın borçlarından şahsi mallarile de mesuldurlar. (KM 539)

Fakat bu intikal mutlak değildir. Zira, mirasın mutlak olarak veya defter mucibince kabulü ile ret veya tasfiye talebinde bulunulması hallerinde, mirasçıların mesuliyetlerine terettüp eden hükümler değişiktir.

Miras, mutlak olarak kabul edilecek olursa; mirasçılar, müteveffanın borçlarından yalnız kendilerine intikal eden miras nisbetinde değil şahsi mallarile dahi mesuldurlar. Kanuni mirasçılardan olan hazinenin mesuliyeti ise, istisnaen, kendisine intikal eden mal nisbetindedir. (KM 571)

Miras, defter mucibince kabul edilirse; vârisler ancak defterde yazılı borçlardan mesuldurlar. Fakat bu borçları şahsi mallarile de ödemeğe mecburdurlar. (KM 561) Alacaklarını vaktile deftere kayıt ettirmemiş olan alacaklılar, mirasçıları ne şahsen ve ne de terekeye izafetle takip edemezler. Makbul bir mazeret sebebile alacağını deftere kayıt ettirmemiş veya müracaatına rağmen her nasılsa alacağı deftere kayıt olunamamış olan alacaklıya karşı mirasçı, şahsi mallarile değil mirastan aldığı hisse nisbetinde mesuldur. (KM 569)

Miras reddolunursa; mirasçılar, terekenin borçlarından mesul olmazlar. Ancak terekenin mevcudu borcuna yetmiyorsa alacaklılar; mirası reddeden kanuni mirasçılar aleyhine, müteveffadan ölümünden evvelki beş sene zarfında aldığı mirasın taksiminde iadeye tâbi mallardan dolayı istirdat dâvası açabilirler. (KM 588)

Terekenin resmen tasfiyesi istenilmesi halinde de mirasçılar, müteveffanın borçlarından mesul olmazlar. Tasfiye neticesinde artan, bunlara hisseleri nisbetinde taksim olunur.

İşte mirasın mutlak olarak veya defter mucibince kabulü ve resmî tasfiye istenilmesi veya reddolunması hallerinde, mirasçıların mesuliyetlerinin değişik olmasından ötürü miras; açılmasile mirasçılara hükmen intikal etmiş sayılmakla beraber vârisler, kanunun tâyin ettiği müddet içinde bu hallerden birini seçmekte serbest bırakılmışlardır.

Hâkimin ihtiyati tedbir olarak terekeye el koymasını gerektiren sebeplerin mevcut olmadığını farz ve itibar ederek açılmasile mirasçılara hükmen intikal etmiş olan mirasın; reddedilinceye veya defter tutma ve resmî tasfiye istenilinceye kadar tâbi bulunduğu hükümler ile redde ve defter tutma talebine müteallik hükümleri, sulh hâkimini doğrudan ilgilendirenleri ve tatbikatta tereddüdü mucip olanları üzerinde durmak suretile, incelemeğe çalışacağım.

Miras kabul veya reddedilinceye veyahut defter tutma ve resmî tasfiye istenilinceye kadar terekenin idaresi bakımından mirasçıların vaziyeti — : Miras, vârislere infisahi bir şartla intikal eder. Kanunla muayyen müddetler içinde reddolunur veya resmî tasfiyesi istenilirse bu intikal, hükümsüz kalır. Ret veya resmî tasfiye talebi için muayyen müddetler içinde miras katî surette iktisap edilmemiş olduğuna göre bu müddet zarfında mirasçıların vaziyeti de şüphesiz bir malikten farklıdır. Miras, reddedilir veya resmî tasfiyesi istenilirse terekenin aynen iadesi gerekir. Defter tutma esnasında mirasçıların vaziyetinin ne olduğu kanunu medeninin 564 ve 565 inci maddelerindeki hükümlerle tâyin edilmiştir. Fakat defter tutma talebinde bulunuluncıya kadar; defter tutma istenilmediği takdirde, ret ve resmî tasfiye talebi için muayyen müddet zarfında; mirasçıların terekeyi ne suretle idare edecekleri ve ne gibi muameleleri yapmağa salâhiyetli bulundukları hakkında kanunda ayrı bir hüküm yoktur. 550 inci madde de; müddetin hitamından evvel alelâde idarenin ve mirasa ait işleri idamenin istilzam etmediği bir muameleyi yapmak, ret hakkından mahrumiyeti mucip sebepler arasında sayılmaktadır Bu hükmün muhalif mefhumu, mirasçıların tereke ile münasebetlerini tâyin etmektedir. Mirasçılar, ancak alelâde idarenin ve mirasa ait işleri idamenin istilzam ettiği muameleleri yapabileceklerdir. Çünkü bu muameleler terekenin muhafazasını temin eden işlerdendir. Bu suretle tereke olduğu gibi muhafaza edilmiş ve zarardan korunmuş olur. Bunun haricindeki muameleler ise ancak bir malikin yapabileceği muamelelerdir. Ret ve resmî tasfiye için muayyen müddet geçmedikçe ve kabul edilmedikçe miras, katî surette iktisap edilmemiş olduğu cihetle mirasçılara ancak yukarda yazılı muamelelerin yapılması salâhiyeti verilmiştir.

İdari muameleleri katî surette tesbite imkân yoktur. Bir muamelenin idari olup olmadığı, yapanın maksadına, hal ve şartlara, örf ve âdete göre tâyin olunur. Terekenin muhafazası için gerekli tedbirlerin alınması, kiraları toplamak, müstacel ve zaruri tamiratı yapmak, tahakkuk etmiş vergileri vermek, mürurı zamana mâni olmak için dâva açmak, açılmış dâvaları takip etmek, kemale gelmiş mahsulü toplatmak vesaire idari muamele-

lerden sayılır. Mirasa ait işleri idamenin istilzam ettiği muameleler; müteveffaya ait ticarethane, eczahane, otel vesaire gibi şeylerin işletilmesi ve bu işletmenin gerektirdiği idari tasarrufları yapmaktır. Bir dâvadan feragat veya sulh olmak, terekeye dahil bir malı satmak, bir gayrımenkul üzerinde irtifak hakkı tesisi, gayrimenkulün uzun müddetle kiraya verilmesi, alacakları şüpheli kimselere tediyede bulunmak gibi muameleler ise, bir malikin yapabileceği tasarruflardır. Bu sebepledir ki bu gibi muameleleri yapmak, mirasın kabulüne bir karine ve bunun neticesi olarak ret hakkından mahrumiyeti mucip sebeplerden sayılmıştır.

İcra takibatı, müruru zaman ve dâva — : Bu müddet içinde tereke hükmen kendilerine intikal etmiş mirasçılar aleyhinde, terekenin borçlarından dolayı icra takibatı yapılabilir. Takip müteveffa aleyhinde devam ediyorsa ölüm günü ile beraber üç gün için geri bırakılır.

Mirasçıların,terekenin borçlarından dolayı şahsen takibi için mirasın kabul edilmiş olması lâzımdır. Mirasçılar aleyhinde terekenin borcundan dolayı şahsen takip yapılırsa bu takip, mirasın kabul veya reddi için medeni kanunda muayyen müddetler geçinceye kadar geri kalır. (İ İf K 53)

Bu müddet zarfında, defter tutma muamelesinin devamı müddetince olduğu gibi, mümruru zamanın işlemiyeceğine dair kanunda açık bir hüküm yoktur. Binaenaleyh gerek terekenin alacakları ve gerekse borçları hakkında müruru zaman işler.

Müteveffa aleyhine açılmış olan dâvalarda mirasçılar hasım olabilecekleri gibi bunlar, yukarda izah edildiği üzere müruru zamanı kesmek için terekeye izafeten dâva da açabilirler. Müteveffa aleyhine açılmış olan dâvalarda kendilerine hasım sıfatile tebligat yapılmış olan mirasçılar, mirasın reddi için muayyen müddetin geçmediğini ve mirasın ret veya kabulü hakkında henüz bir karar vermediklerini defan dermeyan ederlerse dâvanın ret müddeti geçinceye kadar taliki icap eder. Diğer tarafın talebile dâvanın takibi için hâkim bir kayyum tâyin edebilir (HUMK 41)

Mirasın reddi, ret hakkını haiz olanlar — : Ret hakkından mahrum bulunmıyan kanuni (K M 439 – 448) mirasçılarla vasiyet tarikile veya miras mukavelesile mirasçı nasbedilmiş olan mansup mirasçılar; mirası, kanunla muayyen müddet için reddedebilirler. (KM 455)

Devlet de ;kanuni mirasçılardan olup diğer mirasçılar gibi mirastan mütevellit hakları haiz ve kendisine intikal eden mal nisbetinde borçlardan mesul olduğu cihetle mirası, reddetmek hakkını haizdir. (K M 448, 571)

Kendisine muayyen şey vasiyet edilen kimse de bunu, reddedebilir. (K M 556)

Mirası ret selâhiyetini haiz olanlar — : Mirasın reddi de hukuki bir tasarruftur. Her tasarrufta olduğu gibi bunu yapmak için de ehliyeti haiz olmak lâzımdır. Mirasçılar, mirası bizzat reddedebilecekleri gibi bunun için bir vekil de tâyin edebilirler. Velâyet altında bulunan çocuklara düşen mirası, velâyet altında bulunan ana ve baba reddedebilirler. Ancak reddolunan miras veliye gelecekse, bu takdirde küçüğün menfaatile kanuni mümessilin menfaatı birbirine zıt olacağından çocuğa kayyım tâyin edilmesi iktiza eder . (K M 376/2) Vesayet altında bulunanlara düşen miras; sulh mahkemesinin izni, asliye mahkemesinin müsaadesile vasi tarafından reddolunur. (K M 406. : 5) Kayyım, bir vasinin vesaseyet dairesinden izin almaksızın yapamıyacağı tasarrufları yapamıyacağı cihetle gaip mirasçının hissesinin idaresi için tâyin edilmiş olan kayyım da, sulh mahkemesinin izni ve asliye mahkemesinin müsaadesile gaip mirasçıya ait mirası reddedebilir.

Karı koca mallarının idaresi mal birliği usulüne tâbi ise; kadın, mirası ancak kocasının rızasile reddedebilir. Koca, razı olmazsa karı sulh mahkemesine müracaat edebilir. (K M 200) Mal ortaklığında ise karı ve koca, yekdiğerinin rızası olmadıkça mirası reddedemezler. (K M 214)

Ret müddeti, başlangıcı — : Miras, üç ay içinde reddolunabilir. Ret müddetinin başlangıcı; terekenin ihtiyati tedbir olarak deftere geçirilmiş olup olmamasına, kanuni ve mansup mirasçılara göre değişir.

Tereke ihtiyati tedbir olarak deftere geçirilmemişse ret müddeti, kanuni miraıçının müteveffanın vefatından haberdar olduğu tarihten başlar. Kanuni mirasçı, mirasçılığına sonradan muttali olmuşsa bu müddet; mirasçılığa ittilâ tarihinden başlar .

Ana baba veyahut kardeşler gibi ikinci ve üçüncü derecede mirasçı olanlar, vefattan haberdar olmakla beraber evvelki derecede mirasçı olanların mevcudiyeti dolayısile mirasın kendilerine intikal ettiğini bilmiyorlarsa ve evvelki derecedeki mirasçıların ölümü veya saire dolayısile mirasçı olduklarını bilâhara öğrenirlerse ret müddeti, bu tarihten cereyan eder.

Mansup mirasçılara gelince; Medeni kanunun 535 ve mütaakip maddeleri gereğince vasiyetnamelerin sulh hâkimine tevdii ve sulh hâkimi tarafından açılarak alâkalılara, kendilerine taallûk eden kısmı örneğinin tebliği gerektiğinden vasiyet suretile mirasçı nasbedilmiş olanlar bu suretle lehlerine yapılmış olan tasarruftan haberdar olacakları cihetle ret müddeti de, lehlerindeki tasarruftan resmen haberdar edildikleri günden başlar. (K M 546)

Kanunda mansup mirasçı tâbiri mutlak olarak kullanıldığından bu hükmün, miras mukavelesiyle mirasçı nasbedilmiş olanlara da şâmil olduğu ta

biidir. Ancak vasiyet suretile mirasçı nasbedilenlere, yukarda izah ettiğimiz üzere, vasiyetnamenin tebliği mecburi olduğu halde miras mukavelesile mirasçı nasbedilmiş olanlara, resmen tebliğat yapılacağına dair medeni kanunda bir hüküm yoktur. Halbuki Noter kanununun 45 inci maddesine göre noterler; ölümün ihbarı veya ölüme ittıla halinde, dairelerinde mahfuz bulunan vasiyetnameleri ve noterlikçe tanzim edilmiş sair ölüme bağlı tasarruf senetlerinin tasdikli ve pulsuz örneklerini, salâhiyetli sulh hâkimine verilmek üzere C. M. U. liğine tevdi ederler.

Miras mukavelesi de ölüme bağlı tasarruflardan olduğuna göre sulh hâkiminin, noter tarafından kendisine tevdi edilen miras mukavelesile mirasçı olanlara intikal eden mirasın da muhafazası için gerekli tedbirleri alması ve 532, 533 üncü maddelere tevfikan mirasa el koyması ve 534 üncü madde gereğince bunlara tebligat yapması iktiza eder. Ancak miras mukavelesile mirasçı nasbedilmiş olan mansup mirasçılar, mirasçı olduklarından mukavelenin yapılmasile haberdar oldukları cihetle bunlar hakkında da, kanuni mirasçılar gibi vefata ittıla tarihinin ret müddetine başlangıç olması gerektir.

Mirasın reddi için bir vekil tâyin edilmiş ise müddet, vekilin vefata ittıla tarihinden başlar. Mirasçının, vekilinden daha evvel vefata ittılaı halinde bunu, nazara almak hüsnüniyet kaidelerine uygun olur.

Ret müddetinin mahiyeti — :Mirası ret için konulmuş olan müddet, hakkı düşüren müddetlerdendir. Bu müddet katidir. Hiç bir suretle azaltılamaz. Müruru zamanı kesen sebepler, bu müddeti kesemez. Mütevefa bu müddetten daha az bir müddet içinde mirasın kabulü için mirasçı nasbedebilir. Sulh mahkemesi de, kanunda yazılı sebeplere binaen bu müddetin uzatılmasına karar verebilir. (K. M. M. 555)

Ret hakkından mahrumiyet — .Miras, müddeti içinde reddedilmezse kayıtsız ve şartsız iktisap edilmiş olur. (K. M. 550/1) Müddetin geçmesile ret hakkı sakıt olduğu gibi mirasçının bazı muameleleri yapması da, ret hakkından mahrumiyeti mucip olur. Kanun bu muameleleri, alelâde idarenin ve mirasa ait işleri idamenin istilzam etmediği bir muamele diye vasıflandırmaktadır. Bunlar hakkında yukarda izahat verdiğim için burada tekrar etmiyeceğim. Yalnız şunu işaret edeyim ki, alelâde idarenin gerektirmediği bir muameleyi yapmak ret hakkından mahrumiyeti mucip olduğu gibi mirasa ait işleri idamenin icap ettirmediği bir işi yapmak ta, ret hakkından mahrumiyeti mucip olur.

Terekeden bir malı zimmetine geçiren veya saklıyan varis de ret hakkından mahrum olur. (K M 550/2)

Reddin şekli — :Mirasın reddedildiğinin, yazılı veya şifahi olarak sulh mahkemesine bildirilmesi lâzımdır. Sulh mahkemesi, reddi tescil eder.

(K. M. M. 548) Nizamnamede ve talimatnamede reddin ne suretle tescil edileceğine dair hususi bir hüküm yoktur. Tescil; bir dosya açılarak ret talebi zapta geçiri mek suretile yapılır.

Mirasçıların bu suretle mirası reddettiklerini tescil ettirmelerine (hakiki ret) denilir.

Müteveffanın, mâruf tâbirile, boğazına kadar borca batmış olduğunun şayi veya sabit olması hali, bu takdirde borçlardan şahsen de mesul olacak mirasçıların mirası kabul etmiyecekleri muhakkak addedilerek, mirasın reddine karine sayılmıştır. Müteveffanın vefatı anında terekenin borca müstağrak olduğu şayi ve sabit olursa miras reddedilmiş olur. (K. M. M. 545) Buna da (Hükmi ret) denilmektedir.

«Medeni kanunun 545 inci maddesinde kanuni ve mansup mirasçıların mirası reddedebilecekleri ve müteveffanın vefatı anında terekenin borca müstağrak olduğu şayi ve sabit olursa mirasın reddedilmiş olacağı beyan olunduktan sonra 546 ıncı maddede, reddin müddeti ve 549 uncu maddede şekli gosterilerek bir dâva ve defi mevzuu olan Hükmi ret meskût bırakılmıştır. Filhakika hükmi redden mütevellit dâva ve ihtilâflar, defter tutma ve tasfiye müddetleri geçtikten sonra ya icrada bir takip veya mahkemede bir dâva üzerine tahaddüs etmekte ve mirasçılar tereke borca müstağrak olduğunu ileri sürerek kendilerine mesuliyet terettüp etmiyeceğini iddia etmektedirler.» [1]

Bu halde miras, hükmen reddedilmiş olduğundan ayrıca tescil ettirmeğe lüzum ve ihtiyaç yoktur. Ancak ret müddeti içinde, terekenin borca müstağrak olması sebebile reddolunduğu beyan edilerek tescil talebinde bulunulursa, bu talebin kabulüne mâni bir hüküm de yoktur. Binaenaleyh talep tescil olunur. Alacaklılar terekenin borca müstağrak olmadığını ispat edebilirler. Bu takdirde, müddeti içinde mirası reddetmiş olan mirasçıya yine mesuliyet teveccüh etmez. Aksi halde, terekenin borca müstağrak olmadığı ispat edilince müddeti içerisinde mirası reddetmemiş olan vâris ler terekeyi kabul etmiş sayılarak müteveffanın borçlarından şahsen de mesul olurlar. İşte bu mülâhaza ile borca müstağrak olan bir terekenin mirasçısı da, müddeti içerisinde reddi tescil ettirmekle hukuki durumunu katiyetle tesbit etmiş olur.

Ret talebi tescil edilirken hâkimin re'sen nazara alacağı hususlar – : Ret müddetinin hakkı düşüren müddetlerden olduğunu yukarda izah ettik. Hakkı düşüren müddetleri, hâkim, re'sen nazara almakla mükelleftir. Binaenaleyh reddin müddeti içinde yapılıp yapılmadığını hâkim tetkik eder. Müddet geçmişse tescil talebini reddeder. Miras

[1] Tevhidi içtihat kararı: 23/12/942 gün ve 24/29 sayı.

ihtiyati tedbir olarak deftere geçirilmiş ise, defter tutma muamelesinin bittiğinden mirasçılar haberdar edilecektir.Ret müddeti de,bu bildirme tarihinden başlıyacağı cihetle bu halde reddin, müddeti içinde yapılıp yapılmadığı resmî tebligata göre kolayca tesbit olunur. İleride izah edileceği üzere defter tutma talebinde bulunulmuşsa, defter tutma muamelesine nihayet verildikten sonra mirasçılar, bir ay içinde mirası kabul veya ret hususunda bir karar ittihazına davet edileceklerdir. Bu halde de, müddetin hesabı, resmî tebligata istinat edecektir. Bu haller haricinde ise mirasçıların vefattan haberdar veya mirasçılığa muttali oldukları tarihi, resmî şekilde tesbit mümkün değildir. Reddeden mirasçıdan, reddin müddeti içinde olduğuna dair deliller istenilecek midir.? Mirasçı bu iddiasını ispat edemezse tescil talebi ret mi edilecektir?

Ret taleplerinin tescili işi, ihtilâfsız kazaya taallûk eden işlerdendir. Reddin müddeti içinde yapılmadığı gerek resmî kayıtlardan ve gerek reddeden mirasçının beyanından anlaşılıyorsa, hâkim, bunu nazara alarak talebi reddeder. Mirasçı reddin müddeti için yapıldığına dair delil göstermese dahi talebin tescil edilmesi iktiza eder. Alakâlıları reddin müddeti içinde yapılmadığını ispat ederek tescili iptal ettirebilirler. Bu suretle üçüncü şahısların menfaatları da korunmuştur. Redde itiraz salâhiyeti, alacaklılara tanınmıştır. (K M 557)

Hâkim, ret hakkından mahrumiyeti mucip sebeplere de resmî surette muttali olursa ret talebini tescil etmemelidir.

Reddin neticeleri –: Ret talebi tescil edildikten sonra reddeden mirasçı, bundan rücu edemez. Ret ile mirasçılık hakları sakıt olur. Reddeden mirasçının hisessi, kendisi mütevefanın ölümünde sağ değilmiş gibi, diğer mirasçılara intikal eder. Bu suretle reddedilen mirasa diğerlerinin hakları taallûk ettiği cihetle redden rücu için,diğer mirasçıların muvafakatı lâzımdır. Reddeden mirasçı; reddin hata, hile ikrah gibi akitlerin butlanını mucip olan bir sebeple de iptalini istiyebilir.

Borçlu mirasçı, alacaklılarını ızrar maksadile mirası reddetmiş ise alacaklılar da, reddin iptalini istemek hakkını haizdirler.

Reddin mahkemece tescilinden sonra yapılacak işler–:

Reddeden mirasçıdan başka mirasçı yoksa tereke,resmen tasfiye olunur.

Mirasçılar birden fazla olupta bunlardan biri veya bir kaçı mirası reddettiği takdirde:

I - Mirasçıların hepsi kanuni mirasçı ise reddeden mirarsçının hissesi, murisin vefatında sağ değilmiş gibi diğer mirasçılara intikal eder.

II – Müteveffa vasiyet suretile veya miras mukavelesile terekesinin bir kısmı için mirasçı nasbedipte kanunî ve mansup mirasçılar birleşirse:

A–Reddeden mirasçı kanuni mirasçı ise hissesi, müteveffanın vefatında sağ değilmiş gibi diğer kanuni mirasçılara intikal eder.

B – Mansup mirasçı mirası reddetmiş ise, hilâfı müteveffa tarafından kastedilmiş olmadıkça reddedilen miras, en yakın kanuni mirasçıya intikal eder. (KM. 551)

Bu hallerde; reddedilen miras hissesi kendilerine intikal eden mirasçıların vaziyetleri itibarile ihtiyati tedbir olarak terekeye el konulmasını gerektirecek bir sebep varsa, ihtiyati tedbirler faslındaki hükümlere göre muamele yapılır.

Mirasın, en yakın kanuni mirasçıların hepsi tarafından reddi — : Kanuni mirasçılardan biri mirası reddederse hissesi; reddeden mirasçı müteveffanın vefatında sağ değilmiş gibi diğer kanuni mirasçılara intikal ettiği halde, en yakın kanuni miraçıların hepsi birlikte mirası reddederlerse hisseleri; bunlar mütevefanın vefatında sağ değillermiş gibi kendilerinden sanraki mirasçılara intikal etmez. Tereke, resmen tasfiye olunur. Tasfiyeden artan, mirasçılara verilir.

Mirası reddeden en yakın kanuni mirasçılar furuğ ise; sulh mahkemesi, reddi, sağ olan karı veya kocaya bildirir. Bunlar, bir ay içinde mirası kabul ettiklerini mahkemeye haber verirlerse reddolunan bütünmiras kendilerine kalır. Karı veya koca bu bir ay içinde misası kabul ettiklerini mahkemeye bildirmezlerse, reddetmiş sayılarak tereke resmen tasfiye olunur. Artan, mirasçılara hisseleri nisbetinde verilir. (KM. 552, 553)

Burada bir noktayı işaret edelim. Medeni Kanuuumuzun 552 inci maddesi, İsviçre Medeni Kanununun buna tekabül eden 573 üncü maddesinin aynı değildir. İsviçre Medeni kanununun 573 üncü maddesine göre (Müteveffaya en yakın bütün mirasçılar tarafından reddedilen miras iflâs dairesi tarafından tasfiye edilir. Borçlar ödendikten sonra tasfiyeden mütebaki kalan kısım, reddedilmemiş gibi sahibi hak olanlara iade edilir.)[1] İsviçre Medeni kanununun 573 üncü maddesinin son kısmı Medeni kanunumuzun 552 inci daddesine alınmamış ve 553 üncü maddenin son kısmı bu maddede tekrar edilmişdir. Bunun, bir tertip hatası olduğu aşıkâr olduğundan bu iki maddeyi, aslında olduğu gibi anlamak ve karı ve kocaya tebliğatı, mirasın furuğların cümlesi tarafından reddedilmesi haline hasretmek uygun olur. Bu iki maddenin tatbikına ait Temyiz mahkemesi içtihadını, elde edemedim. Yüksek Temyiz mahkemesince de, kanunun aslına nazaran yapılan tercüme ve tertip hatalarında kanunun aslındaki hükümler nazara alınmaktadır.

[1] *Curti ve Forrer*: Kanunu medeni şerhi tercümesi Cilt 2 sahife 203.

Mirası reddeden en yakın kanuni mirasçılar, kendilerinden sonraki derecede mirasçı olanların tasfiyeden evvel mirası kabul veya reddetmeğe davet olunmalarını sulh hâkiminden istiyebilirler. Sulh hâkimi reddi, o mirasçılara resmen tebliğ eder. Bunlar bir ay zarfında kabul ettiklerini sulh mahkemesine bildirmezlerse miras, bunlar tarafından da reddedilmiş sayılır ve resmen tasfiye olunur.

Bunların hepsi veya biri mirası kabul ettiklerini beyan ederlerse resmî tasfiye yapılmaz.

İhtiyatı tedbir olarak terekeye el konulmasını gerektiren sebepler haricinde miras; en yakın kanunî mirasçıların tamamı tarafından ve mirasçılar furuğlar ise, keza bunların hepsi ve sağ kalan karı ve koca tarafından reddolununcaya kadar sulh hâkimi, terekeye el koyamaz.

Defter tutma telebi — .Mirasçılar, mirası kayıtsız ve şartsız kabul veya reddedebilecekleri gibi defterinin yapılmasını da istiye bilirler.Mirasın defterinin yapılmasındaki faide,terekenin mevcudu ile borçlarının tesbit edilmiş olmasıdir. Mirasçi, buna göre kendisine terettüp edecek mesuliyetleri göz önünde tutarak kararını kolayca vermiş olur.

Defter tutma talebinde kimler bulunabilir? — Mirası reddetmek hakkını haiz olan kanuni ve mansup mirasçılar, defter tutma talebinde bulunabilirler. Ancak mirası kabul etmiş veyahutta alelâde idarenin ve mirasa ait işleri idamenin istilzam etmediği bir muameleyi yapmış veyahutta terekeden bir malı saklamak veya zimmetine geçirmek suretile ret hakkından mahrum bulunan mirasçı, defter tutulmasını istiyemez.

Defter tutma talebinin mahiyeti, diğer mirasçılara Sirayeti—:Defter tutma talebinde bulunmak için mirasçıların ittifakına lüzum yoktur. Mirasçılardan birinin talebi kâfidir.(KM. 559).

Defter tutulmasından maksat terekenin aktif ve pasifini tesbit etmektir. Bunun için de terekenin heyeti umumiyesinin yazılması icabeder. Mirasın reddi, tamamen şahsi olduğu halde defter tutma talebi diğer mirasçılara da sirayet eder. Yani bundan diğer mirasçılarda istifade ederler. İsviçre medeni kanununun bu maddeye tekabül eden 580 inci mabdesinde (Mirasçılardan birinin talebinden diğerlerinin de istifade edeceklerine) dair hüküm vardır. [1]

Bu fıkra kanunumuza alınmamıştır. İsviçre medeni K. nun 580 inci maddesinde, mirasçılardan birinin defter tutma talebinden diğerlerinin de istifade edeceği açıkça yazılı olduğu halde Rossele göre; bu fıkra hük-

[1] *Curti ve Forrer.* Kanunu medeni şerhi tercümesi,cilt 2 sahife 212.

münden ancak mirası ret hakkını kaybetmemiş olan vârisler istifade edebilir. Ret hakkından mahrum bulunan vârisler, defter tutma talebinin menafiinden istifade edemezler. Hober ve Echere göre ise; mirası kabul etmiş gibi tasarrufta bulunan mirasçılar da, defter tutma talebinden istifade edebilirler. [1]

Curti ise; 3 üncü fıkranın, yalnız mirası açıkça ne kabul ve ne de ret eden mirasçılar hakkında kabili tatbik olduğu reyindedir.[2]

İsviçre medeni K. nun 583 üncü maddesinin son fıkrası kanunumuza alınmamış olduğuna göre, 559 uncu maddedeki (defter tutma için mirasçılardan yalnız birinin talebi kâfidir) hükmünü; miraçılardan biri de istese defterin tutulabileceği ve bu talepten ancak defter tutma talebinde bulunabilmek salâhiyetini haiz olupta defter tutulmasını istememiş bulunan mirasçıların talepde bulunmuş gibi istifade edeceği mânasında anlamak, kanaatıma göre, kanunumuza uygun olur.

Defter tutma talebinde müddet — :Defter tutma talebinin, mirası ret için muayyen olan müddetin cereyanından itibaren bir ay içinde yapılması lâzımdır (K. M. 559) Mirası ret müddetinin başlangıcı ve sureti cereyanı hakkında yukarıda izahat vermiştik. Ancak şunu kaydedeli mki; defter tutma talebi için muayyen olan müddet te, hakkı düşüren müddetlerdendir.

Defter tutma talebinin şekli — :Defter tutma talebi de, ret hakkındaki hükümlere göre yapılır. (K M. 559) Defter tutma talebi, ölenin son ikametgâhindaki sulh hâkimine yazılı veya şifahi beyan ile olur. Şifahi beyan, zabta derç olunarak beyanda bulunana imza ettirilir. (Nizammane M. 43) Hâkim, gerek müddet ve gerekse talepte bulunanların hak ve salâhiyeti noktasından gerekli tetkikatı yaparak defter tutma talebini, kabul veya reddeder. Bu hususta ittihaz edilecek kararlar, nihai kararlardan olduğu cihetle temyiz olunabilir.

Defter tutma talebi kabul edilince sulh hâkiminin doğrudan doğruya yapacağı işler ve defter tutma esnasında mirasçıların vaziyeti – :Mirasçıların, hakkı hıyarlarını kullanmaları için muayyen olan müddetler içindeki tereke ile münasebetlerini ve yapabilecekleri muameleleri yukarda izah ettik. Mirasçıların bu müddet içinde yapabilecekleri idari muameleler *Alelâde idaremin ve mirasa ait işleri idamenin istilzamettiği muamelelerden ibaretti*. Bunun haricindeki temliki tasarruflar mirasın kabulünü tazammun edip ret hakkından mahrumiyeti mucip olur. (KM. 550)

[1] *Roessel* şerhi tercümesi cilt: 2 Sa 460 ve haşiye.
[2] *Curti* ve *Forrer* şerhi. Tercümesi cilt: 2 Sa. 213.

Defter tutma talebinde bulunulduktan sonra, bu muamelenin devami esnasında mirasçıların yapabilecekleri idari muameleler, defter tutma işlerinin karışmamasını sağlamak maksadile, *ancak terahisi tereke hakkında zararı mucip olacak* tasarruflara hasredilmiştir. Mirasçılar defter tutma muamelesinin devamı müddetince tehiri, tereke hakkında zararı mucip olacak «müstacel tamirat, müruru zamanı kesmek için derhal dâva açmak, iflâs masasına müteveffanın alacağını kaydettirmek, tarlada kemale gelmiş mahsuller biçilmek, çapa mevsimi ise çapalamak ve ekilen şeylerin muhafazası temin olunmak gibi» idari tasarrufları yapabilirler. Hâkim, mirasçılardan birisine, bu gibi tasarrufları yapmağa müsaade edebilir. Bu *takdirde mirasçı teminat vermez.* (Nizamname M. 48)

Ölenin ticaret, sanat ve ziraatının davamına lüzum görülürse hâkim, bu işleri yapmak üzere bir kayyım tâyin eder. (Nizamname M. 44 son fıkra)

Müteveffaya ait işlerin görülmesi, ticaret,ziraat ve sanatının devam ettirilmesi, mirasçılardan birine de verilebilir. Bu takdirde diğer mirasçılar teminat istiyebilirler.(K. M 564 son fıkra)

Bu mirasçının salâhiyeti, işleri idamenin istilzam ettiği bütün muamelelere şâmildir. Salâhiyatini tecavüz ederek temliki tasarruflarda bulunursa bundan dolayı mirası ret hakkından mahrum sayılamaz. Bu mirasçının vaziyeti, vekilin aynıdır. Tereke meyanında muhafazası masraflı veya bozulması mühtemel olan emval ve eşya, açık arttırma veya hâkimin esbabı mucibeli kararile pazarlıkla satılır.

Defterin yapılması —: Sulh hâkimi, hukuk usulü muhakemeleri K. nun 553 - 560 ıncı maddelerle velâyet vesayet miras hükümlerinin tatbik suretine dair nizamnamenin 36 ıncı maddesinde tarif edilen şekilde, ölenin menkul ve gayrimenkul mallarının vaziyet ve müfredatını, alacak ve borçlarının miktarını gösterir bir defter yapar.

Müteveffanın mirası hakıknda malûmatı olan ilgililer, sulh mahkemesince talep vukuunda bilgi vermeğe mecburdurlar. Makbul bir sebep olmaksızın bilgi vermekten kaçınanlar, bu yüzden doğacak zararı tazmin ile mükellef tirler. (K M 560. N. 44. T. 16)

Alacaklı ve borçlulara tebligat - : Defter yapılmaya başlanınca hâkim, ölenin işlerinin mahiyet ve genişliğine göre, bir aydan aşağı olmamak üzere müddet tâyin ederek ölenin, kefalet sepebile alacaklılarda dahil olduğu halde tekmil alacaklılarile borçlularının tâyin olunan müddet içinde alacak ve borçlarını varsa vesikalarile birlikte kaydettirmeleri için, alacaklarını vaktile yazdırmıyanların mirasçıyı ne şahsen ve nede terkeye

izafetle takip edemiyeceklerini ihtar ederek, ilânla tebliğat yapar. (K. M. M. 561 N. 45.T.17) İlân üzerine müracaat eden alacaklı ve borçluların alacak ve borçları, bir deftere kayıt olunarak gösterdikleri vesikalar mahkemenin kıymetli evrakının mahfuz bulunduğu mahalde saklanır. ve kendilerine teslimi natık bir makbuz verilir.

Ölenin mevduatı esham ve tahvitâtı, hususi kasası olup olmadığı mahkemece doğrudan doğruya bankalardan tahkik olunur.

Bilhassa mirasçılar, terekenin kendilerince bilinen borcunu haber vermeğe mecburdurlar. Bunu yapmıyan vârisler zarar ve ziyanla mesul olurlar. (K M 560 son fıkra)

Bütün alacakların kaydı mecburiyeti —: Alacakların kaydında, varsa alacaklılardan vesikalarıda istenilir. Vesika ibraz edemiyen alacaklıların talepleri ce, rededilmiyerek deftere geçirilmelidir. Alacak ve borçların kaydı için muayyen müddetin bitiminde, defter ilgililerin tetkikine arz edilecektir. Gerek bu müddet içinde ve gerekse, aşağıda izah edilece ği üzere, mirasçılar karar ittihazına davet edildiklerinde defterdeki alacaklar ve boçlar bunlar tarafından müstenidatlarile birlikte tetkik edilecektir. Mirasçılar, vesikaya müstenit olmıyan alacakları kabul etmezlerse itiraz ederler Bu takdirde alacaklı mahkemeye müracat eder. Esasen deftere kayıt mnuamelesi mirasçıların leh ve al yhinde bir delil teşkil etmez. Bundan başka ibraz edilen vesi kaların mahiyeti de münakaşa edlimemelidir. Âdi bir senetteki imzayı mirasçlar kabul edebilirler. İhtilâflı olan bir alacağın tahsili için açılacak dâva, mirasçıların terekeyi ret ve kabul hususundaki kararına müsesir olacak mahiyette ise karar ittihazı için tâyin olunan muddetin dâva neticesine kadar uzatılması kabildir. (K M 566)

Deftere doğrudan doğruya geçirilecek şeyler —: Resmî kayıtlardan yahut ölenin terekesi arasındaki çıkan evraktan anlaşılacak alacak ve borçlar, doğrudan doğruya deftere geçirilir. Alacaklılara ve borçlulara bildirilir. Tapu sicilleri, icra daireleri ve vergi kayıtları, mahkeme ilâmları resmî kayıtlardandır. Tereke meyanında bulunan alacak ve borcu mutazammın müteveffaya ait diğer evrakta yazılı alacaklar ve borçlarla, ticaret defterlerinde yazılı alacak ve borçlar da doğrudan deftere geçirilir. (K M 562, talimat M 18)

Defterin alâkadarlara açık bulundurulması —: Alacak ve borçların kaydı için tâyin olunan müddetin bitiminde, kayıt işine son verilir. Alacak ve borçların kaydına mahsus defter, alacak ve borçların mevcudiyetinde maddi bir menfaatı olan vârislerin, alacaklıların, lehine vasiyet yapılmış olan kimseler gibi ilgililerin tetkik etmeleri için en aşağı bir ay açık bulundurulur. (K M 563, Nizamname 47)

Alacakların kaydı için tâyin edilmiş olan müddetin bitmesinden ronra, mirasçıların muvafakatı olmadan,sulh hâkimi hiçbir alacağı yeniden deftere kayde demez.Zira muayyen müddetin mürurundan sonra alacaklılar mirasçıları ne şahsen ve nede terekeye izafetle takip edemezler.

Gerek kanunda ve gerekse nizamname ve talimatnamede; ilgililere defterin tetkik edilebileceğinin ne suretle tebliğ edileceğine dair bir hüküm yoktur. Esasen alacak ve borçların kaydı .çin tâyin edilen müddet daha evvel ilân edilmiş olduğuna göre bu müddetin bitiminde ilgililerin defteri tetkik için sulh hâkimine müracaat etmeleri gerekir. Aşağıda izah edeceğimiz üzere terekenin defterinin yapılması işleri de, alacak ve borçların kaydı için muayyen müddet içinde sona ermişse defterin tetkiki müddeti, mirasçıların karar ittihazı için tâyin edilen müddetle de birleşebilir.

Defter tutma muamelesinin devamı müddetince icra takibatı, müruru zaman, dâva—:Defter tutma muamelesinin devamı müddetince tereke borçları hakkında, icra takibatı yapılamaz. Tereke borçlarından dolayı takibat yapılamamasına mukabil, alacaklılarda himaye edilmiştir. Tereke alacaklılarına karşı müruru zaman cereyan etmez. Defter tutma talebi de müruru zamanı kesen sebeplerdendir. Ancak terekeye borçlu olanlar hakkındaki müruru zaman işler. Terekenin leh ve aleyhinde açılmış olan hukuk ve ticaret dâvaları da talik olunur. Yeniden dâva açılamaz. Fakat müstacel olan dâvalara devam olunur ve müruru zamanı kesmek için terekenin alacaklarından dolayı dâva açılabilir. (K M 565)

Defter tutma masrafı— :Defter tutma masrafı terekeden ödenir. Yetişmezse defter tutmayı talep eden mirasçı tarafından verilir. (K M 563) Nizamnamede defter tutma masrafının terekenin (Mevcut Parasından) sarfolunacağı, terekenin mevcut parası defter tutma masrafını temin edecek derecede değilse bu masrafın bilahara mahsubu yapılmak üzeredefter tutma talep eden mirascıdan avans olarak alınacağı yazılıdır (Nizamname 9) Nizamnamedeki *mevcut para* kaydı 563 üncü maddedeki *tereke* hükmüne nazaran takyidi bir manayı tazammun eder görünmektedir. Nizamnamedeki bu kayıttan, terekede mevcut para yoksa tereke mallarından bir kısmının masraf için paraya çevrilemiyeceği mânası çıkarılmamalıdır. Çünkü 563 üncü maddeki hüküm mutlaktır. Terekedeki nakit ve mallar masraf için kâfi gelmez se, masraf defter tutma talep edenden istenir. Veremediği takdirde ne olacak? hem tereke mevcudunun masrafa kifayet etmemesi hemde, defter tutma talep edenin bu masrafı vermekten imtina etmesi, kanaatımızca, terekenin pasifinin aktifinden fazla olması ve mirasın neticeten ret veya resmî tasfiyesinin istenilmesi hallerine münhasır kalır. Miras reddedilip ha-

zineye intikal ederse defterinindoğrudan doğruya tutulması zaruridir. (KM. 571) Bu takdirdemasrafın bütçe kanununun 525 inci maddesindeki tahsisattan ödenilmesi lâzım geleceği kanaatındayım.

Mirasçıları karar ittihazına davet – :Defter tutma işi bitince, mirasçılardan her birine, bir ay zarfında mirası ret veya kabul hususundaki kararlarını bildirmeleri için ayrı ayrı tebliğat yapılır. Mirasçılardan her biri muayyen müddet içinde mirası ret veya tutulan defter mucibince kabul veyahut mutlak surette kabul eder veyahutta resmi tasfiye istiyebilir. Muayyen müddet içinde sükût edilmesi tutulan defter mücibince kabul sayılır. (KM. 566, 567, talimatname19)

Karar ittihazına davet edilen mirasçı bir tane olduğu takdirde, müşkilât yoktur. Bu mirasçı, yukarda yazılı hallerden birini ihtiyar eder ve ona göre muamele yapılır. Mirasçıların birden fazla olması ve her birinin bu şıklardan birini ihtiyar etmesi haline gelince; farz edelim ki beş mirasçı vardır. Birisi, ret ediyor, ikincisi mutlak surette ve üçüncüsü de defter mucibince kabul ediyor. Dördüncüsü, resmî tasfiye istiyor. Beşincisi de sükût ediyor. Ret eden mirasçının hissesi, müteveffanın ölümünde sağ değilmiş gibi diğerlerine intikal edeceğinden ve sükûtta defter mucibince kabul sayıldığndan netice olarak bu beş mirasçının talepleri üçe irca edilmiş olur. I — Mutlak surette kabul II — defter mucibince kabul. III — resmî tesfiye

Mirasçılardan biri mirası, mutlak surette kabul ederse resmî tasfiye talebi mesmu olamaz. (KM. 572) O halde ortada iki talep kalıyor demektir. I — Defter mucibice kabul II — Resmî tesfiye.

Kanunda, mirasçılardan birisi miarası defter mucibince kabul edip diğerri resmî tasfiye talebinde bulunursa ne suretle muamele yapılacağına dair ayrı bir hüküm yoktur. Medeni kanunun 572 inci maddesine göre, resmî tasfiye talebinin mesmu olmaması için mirasın *(mutlak surette)* kabulü lâzımdır. Medeni kanunun bu maddesinin tekabül ettiği İsviçre medeni K. nun 593 üncü maddesinin ikinci fıkrasının fransızca metninde *(Mutlak olarak kabul)* tâbiri kullanıldığı halde, Almanca ve İtalyanca metinlerde *(diğer bir mirasçı kabul ederse)* tabiri kullanılmıştır. İsviçre şarihlerinden Tuor ve Echer. Alman ve İtalyanca metinlerdeki *(Diğer bir mirasçı kabul ederse)* hükmüne dayanarak bu maddedeki (mirasçının kabulü tâbirile mirasın, her nevi kabul yani yalnız kayıtsız ve şartsız kabul değil defter tutma mucibince kabul, keza ret müddetinin geçirilmiş olması, muayyen müddet zarfında sükût, yahut tereke işlerine müdahale neticesi ret hakkı·

nın ziyaı suretile kabul, anlaşılmak lâzımdır. Fransızca metin hataya sevk edebilir.) demekte dirler. [1]

Rossel'e göre de defter mucibince kabul eden mirasçı, mirası makablinе şâmil bir şekilde iktisap ettiği için resmî tasfiyeyi kabule icbar edilemez. Binaenaleyh resmî tasfiye talebi nazara alınmaz. [2]

Curtiye göre ise, terekenin resmî tasfiyeye tâbi tutulması lâzımdır. Aksi halde bunu talep eden mirasçı, hakkını istimalden menedilmiş olur. [3]

Bu hususiaki İsviçre mahkemeleri kararını elde edemedim. Ancak Federal mahkemenin bir kararında temyiz talebi reddedilmekle beraber (Medeni K. nun 593 üncü maddesinin ikinci fıkrası mucibince resmî tasfiye talebinin reddedilmesi neticesini hasıl edecek olan) denilmektedir ki bundan da, Federal mahkemenin, mirasın defter mucibince kabulü halinde resmî tasfiye talebinin reddolunması içtihadında bulunduğu istidlâl olunabilir. [4]

Yüksek Temyiz Mahkemesinin bu hususa ait bir kararını elde edemedim. Bilindiği gibi İsviçre Medeni K. nun, Almanca, Fransızca, İtalyanca metinleri aynı derecede muteberdir. Ancak Fransızca metinde, diğer metinlere nazaran bir hata yapıldığı anlaşılmakta olduğundan şarihlerin ekserisinin diğer iki metne dayandıkları görülmekte ve yukarda bahis mevzuu ettiğim Federal mahkeme kararından da bu netice istidlâl edilmektedir. Fakat kanunumuzun 572 inci maddesi İsviçre Medeni K. nun buna tekabül eden 593 üncü maddesinin Fransızca metnine uygun olarak alınmıştır. Bu itibarla burada, diğer metinler kadar muteber olan Fransızca metne nazaran, kanunumuzda bir tercüme hatası olduğu iddia edilemez. *Kanunumuzun 572 inci maddesindeki (Mirası mutlak olarak kabul) ibaresini başka türlü tefsire imkân bulunmadığından, defter mucibince kabul resmî tasfiye talebini düşüremez. Binenaleyh mirasçılardan biri defter mucibince kabul eder diğeri de resmî tafiye talebinde bulunursa terekenin, resmen tasfiyesi lâzımgelir.*

---

[1] *Tuor*. Madde 593 No. 1. *Echer* madde 593 No. 8.

[2] *Rossel* şerhi tercümesi Cilt 2 sah. 790.

[3] *Curti* ve *Forrer* şerhi tercümesi Cilt 1 sah. 225.

[4] J. d. T. 1913 sahife 540 (gerek bu kararı gerekse *Tuor* ve *Echer*'den bu kısımları tercüme etmek lûtfunda bulunan sayın doktor *Necip Bilge*'ye teşekkür ederim.

Meşhut suçlar kanununun tatbikına mâni olan hukuki sebepler hakkında bazı düşünceler

Yazan:
Şuayyip KOR
İstanbul C. Müddeiumumi Muavini

Ceza kanununun suç unvanını verdiği cemiyet nizamlarını derece derece bozmağa mâtuf hareketleri, cezanın en başta gelen gayesi olan önleyici ve ibret verici tesirini bazı şartların mevcudiyeti halinde mümkün mertebe süratle tahakkuk ettirmek maksadı ile tatbik mevkiine konulmuş bulunan 3005 sayılı meşhut suçlar kanununun bu maksadına ne nisbette hizmet edebildiğini ve karşılaştığı müşkülleri araştırmak her halde faideli bir hareket olacaktır.

Esasa geçmeden evvel yine aynı mevzula alâkalı diğer bir hususu ele alalım. Âmme hukukunu alâkadar eden fiiller meyanında C. M. U. K. numuzun 344 üncü maddesinde musarrah şahsi dâva yolu ile takibi mümkün fiilleri de 3005 sayılı kanunun çerçevesi içine almakla ne gibi bir faide temin edilmektedir? Bilhassa anî bir hiddet saikasıla meydana gelen hakaret ve dövmek suçlarında meşhut suçlar kanunu kanaliyle âmme hukukunu kolaylıkla tahrik imkânının taraflara verilmesi kanaatımızca mezkûr kanunun maksat ve gayesine uygun değildir. Hırsızlık, mesken masuniyetini ihâl, rezalet çıkaracak derecede sarhoşluk, kumar vesaire gibi doğrudan doğruya cemiyet nizamlarını alâkader eden fiiller hakkında bu kanun hükmünün tatbiki ne derece müsbet tesir husule getiriyorsa, bahsedilen dövmek ve hakaret suçlarında da âmme hukuku cihzını israftan ve aradan az bir zaman geçtiği takdirde muhatabının affıyle veya karşı tarafın içtimai terbiyesine ve nezaketsizliğine veya suçun vukuu anındaki ruhi haletine bağışlanarak kapatabilecek izzetinefis meslelerinin mahkeme salonu gibi daha geniş bir saha dahilinde teşhirinden başka hiç bir netice vermiyor. İşin mahkemeye intikalinden sonra ilk hiddet alevi söndüğünden alelekser feragat dolayısile sukut kararıyle neticelenen bu gibi dâvaların, diğer esaslı işleri için tasarruf edebileceği zamanı mahkemeye kazandırmak bakımından da meşhut suçlar kanununun şümulü harici çıkarılması bir zaruret halini alıyor.

Zabıta memuruna bir beyandan başka alâkadara hiç bir külfet yüklemiyen ve böylelikle kolay bir hiddet teskini usulü haline gelen müracaat yolu, usulün 344 üncü maddesi hükmü dairesinde muayyen bir formaliteye

terkedildiği takdirde taraflara soğuk kanlılıkla ve aklı selimle hareket için zaman bırakılması temin edildiği gibi sonunda feragat dolayısile sukutla neticelenen bir şahsi dâva meşhut suçunda tesadüfen hazır bulunmuş iş güç sahibi bir şahsı da şahit sıfatı ile bir kaç saat işinden alıkonulmak külfetinden kurtaracaktır. Nufus kesafetinin fazla olduğu büyük şehirlerimizde bu lüzum kendini daha ziyade hissettirmektedir.

Şimdi esas mevzuumuza girebiliriz:

3005 sayılı kanunun tatbikında karşılaşılan güçlükleri suçlunun şahsına bağlı hukuki mâniler, doğrudan doğruya kanuna merbut hukuki mâniler diye ikiye ayırabilirler.

I — Suçlunun şahsına bağlı bulunan hukuki mâniler:

1 — Suçu işlediği sırada veya pek az sonra suçlunun elde edilememesi. Burada izaha muhtaç bir cihet yoktur.

2 — Suçlunun yaşının tashihini icabettirecek derecede nüfus kaydı ile nasiyei hali arasında mübayenet bulunması.

Suçlu nüfus kaydına göre 16 yaşındadır. Nasiyei hali ise kendisini 25 yaşında göstermektedir. Muayene naticesinde bu cihet raporla da tesbit edilmiştir. Filhakika C. M. U. K. nun 255 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında «suçtan zarar görenlerle maznunların yaşlarının ceza hükümleri bakımından lüzum görülecek tashihleri nüfus kanunundaki usule göre ceza mahkemesine aittir» denimekte ise de suçlunun, ahar mahalden bulunması hasebile mufassal doğum kayıt suretinin ve bu hususlaki şahitlerinn temini o zaman için mümkün olnmıyacağından bizzarur suçlu kakkında meşhut suçlar kanununun tatbikına imkân görülememektedir.

Arzedilen bu engel 3005 sayılı kanunun bünyesinden tevellüt etmeyip alelekser nüfus kayıtlarının temsil ettiği şahsın hakiki yaş durumuna tevafuk etmemesinden ileri geldiği için üzerinde fazla durmuyorum.

3 — Suçlunun akli haletinden şüpheye düşürecek vaziyette gayrı tabiî haller göstermesi.

Faraza bir hırsızlık suçundan dolayı hakkında tanzim edilen meşhut suç zabıt varakası ve diğer alâkadarlarla birlikte adliyeye tevdi edilen suçlu M. U. likçe sorgusu yapıldığı sırada birbirini tutmıyan beyanlarda bulunmakla beraber bir takım gayrı tabiî haller gösteriyor. Bu bakımdan yaptırılan muayenesi neticesinde adli tabiplikçe verilen raporda merkumun müşahade altına alınmasına lüzum görülmüştür. Şu halde adli tabibin raporuna istinaden ve usulün 74 üncü maddesine tevfikan suçlu hakkında sorgu hâkimliğinden istihsal edilen müşahede kararı üzerine suçlunun bir müddet müşahedehanede kalması ve sonunda ehliyet vaziyetini tesbit edecek rapo-

run verilmesine intizar icabettiğinden suçlunun şahsına bağlı bu hukuki mâni dolayısı ile de meşhut suçlar kanununun tatbikına imkân yoktur.

II — Doğrudan doğruya kanuna bağlı hukuki mâniler:

Aşağıda bahsedeceğim iki sebep tatbikatta en fazla karşılaşılan ve izalesi, suçlunun şahsına bağlı hukuki sebeplerin aksine olarak imkân dahilinde bulunan sebeplerdir ve meşhut suçlar kanunundan beklenilen gayenin bihakkın tahakkukuna büyük bir engel teşkil etmektedirler.

1 — Geçmiş mahkûmiyeti bulunduğu anlaşılan suçlu hakkında T C.K. nun (81) inci madddesinin tatbiki bakımından hapis cezai ile birlikte mahkûm edildiği para cezasının da infaz edilip edilmediğinin tesbiti keyfiyeti.

Nüfus kesafeti fazla olan şehirlerimizde miktarlarına daha ziyade tesadüf edilen on, onbeş sabıkalı şahıslardan biri yeni bir suçundan dolayı hakkında tanzim edilen meşhut suç zabıt varakası, şahitlerle birlikte M.U. liğe tevdi ediliyor. Suç mevsuf hırsızlıktır, mahallinde icabeden keşif yapılmış, görgü zaptı tanzim edilmiş, şahadet görgüye müstenit ve mesruk malda suçlu yedinde elde edilmiştir. Şu vaziyete göre suçlunun 3005 sayılı kanuna tevfikan sorgusu yapılarak derhal mahkemeye tevdiine hiç bir mâni yoktur. Fakat sabıka kaydı tetkik edildiği zaman bir kaç sabıkasından bilfarz sonuncusu beş sene içinde ika edilmiş bir dolandırıcılık suçudur. Mahkûm edildiği üç ay hapis cezası infaz edilmiş ve fakat elli lira ağır para cezasının infaz edildiğine dair bir kayıt mevcut değil. Yalnız mezkûr para cezasına ait ilâmın berayı infaz alâkalı maliye dairesine gönderildiği tarih ve numara var. Filhakika hapse müteallik sabıka kayıtlarını gerek M. U. lik ilâmat fişlerinden ve gerekse cezaevi kayıtlarından kolaylıkla celbetmek mümkün oluyorsa da ayrı bir teşkilât tarafından infaz edilen para cezalarına ait kayıtların celbi tatbikatta müşkülât arzetmektedir. İşte tekemmül etmiş bir vaziyette gelen ve fakat bu neviden bir noksanı havi meşhut suç evrakı kanunen tâyin edilen müddet zarfında bu noksanın ikmali kabil olamadığından bizzarur umumi hükümler dairesinde muameleye tâbi tutuluyor. Binaenaleyh yüksek temyiz mahkemesi ceza umumi heyetinin 1/10/943 gün ve 58 sayılı kararının, tatbikatta karşılaşılan bu müşkülât dolayısile meşhut suçlar kanunundan beklenilen gayenin husulünü kolaylaştırılacak şekilde,tekerrür ahkâmının tatbikında para cezalarının infaz keyfiyetinin nazara alınmaması yolunda tadilini beklemek yerinde bir dilek olur.

2 — Suçlunun bidayette bahsetmediği halde bilâhara mahkemede yeni müdafaa şahitleri göstermesi,

Filhakika müdafaa hakkı kanunun suçluya en geniş ölçüde tanıdığı bir haktır. Esas müdafaasından sonra suçun hukuki mahiyetinin değişmesi ha-

linde usulün 258 inci maddesine tevfikan suçluya yine müdafaasını hazırlamak üzere mehil verilmesi buna bir delildir. Fakat cemiyet hayatını göz önüne aldığımız takdirde en tabiî hakların bile umumun nefi bakımından bazı tahditlere tâbi tutlduğunu görürüz. M. U. likte ifadesine müracaat olunduğu zaman başkaca müdafaa şahidi bulunmadığını beyan eden ve bu cihet zapta da dercedildiği halde iş mahkemeye intikal ettikten sonra sırf duruşmayı tâlike uğratmak mülâhazasile mahkemede yeni müdafaa şahitleri gösteren suçlunun; suiniyete dayanan bu dileğini nazara alıp almamak hususunda muayyen şartlar dahilinde hâkime bir takdir hakkı verilmesi 3005 sayılı kanundan istihdaf edilen neticeyi daha müsmir bir hale koyacaktır.

51

Borçlar kanununun âdi icara müteallik hükümleri üzerinde bir inceleme

Yazan:
Müfit ERKUYUMCU

1 — âdi icar akdinin Tarifi ve şekli.
2 — Tevhdi içtihat kararı.
3 — âdi icara müteallik ehemmiyetli maddeler hakkında tahlil ve izahlar.

Borçlar kanununun(248)inci maddesi âdi icar akdini şöyle tarif etmektedir: (Âdi icar bir akittir ki mucir onunla müstecire ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını, terk etmeği iltizam eder.)

Maddenin açık hükmünden anlaşılacağı veçhile kira akdi karşılıklı borç tevlit eden akitlerdendir. Bu akit gerek mucir ve gerekse müstecire riayetle mükellef oldukları mütekabil vecibeler tahmil eder. Sözü geçen akit mucire muayyen bir ivaza mukabil mecuru teslim etmek mükellefiyetini yüklediği gibi müstecire de verdiği bedel mukabilinde mecuru kullanmak hakkını verir. Akit aşağıdaki üç esaslı unsuru ihtiva eder:

1 — Kira akdinin tekemmülü için evvelemirde kullanılmağa elverişli bir mecurun mevcudiyeti lâzımdır. Maddede kullanılan (şey) tâbiri umumidir. Bu tâbir ev, arazi, gemi, otomobil, hayvanat ve sair bilcümle menkul ve gayrimenkul şeyleri ihtiva eder. Yalnız icareyi amel yeni hizmet ve istisna akitleri bu tabirin şumulü haricinde kalır. Bu akitler kanunumuzun 10 ve 11 ci baplarında ayrı hükümler vaz olunarak müstakil kaidelere tabi tutulmuştur.

2 — Akitte tarafların bir bedel kararlaştırmaları lâzımdır. âkitler tatbikatta bedeli umumiyetle para olarak kararlaştırmakta iseler de maddenin açık hükmüne göre ivazın para olması şart değildir. Kiralıyanın bedeli icar olarak vermeğe mecbur olduğu ivaz paradan başkak bir şey faraza hububat, zeytin yağı ve emsali gibi gıda maddeleri de olabilir.

3 — Akdin tamamiyeti ancak âkitlerin yani mucire müstecirin rızalarının birleşmesile kabildir. Fakat akdin sıhhatı için mucirle müstecirin ri-

zalarının birleşmesi kâfi değildir. Aynı zamanda tarafların o akdin icrasına kanunen ehil olmaları lâzımdır.âkitlerden birisinde kanuni ehliyet mevcut olmazsa o akit kanunen muteber olmaz. Meselâ bir evi mahcur olan sahibinden kiralayan müstecirin akdettiği kira mukavelesi kanunen muteber addedilmiyeceği gibi şayi hissenin icra ve isticarının kanunen muteber bulunmaması dolayısiyle ekseriyet hisseyi temsil etmiyen bir hissedarın müstecirle yapmış olduğu icar akdi de hükümsüzdür. Kira akdi karşılıklı taahhütleri ihtiva eden bir akittir. Bu akitle mucir müstecire ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını terk ve müstecir de o şeyi kararlaştırılan ücret mukabilinde kullanmağı taahhüt eder.

Sözü geçen 248 ci maddede vazıı kanun akdin muteber sayılması için tarafların rızalarını bir şekli mahsusa tâbi tutmamış olduğudan kira akdi şekli tahririye bağlı akitlerden değildir Bu itibarla akit şifahî ve tahrirî yapılaleceği gibi zımnî de olabilir. Tatbikatta evvelce temyiz mahkemesi bu noktai nazara muhalif olarak İcar Akar nizamnamesinin halen mer'i olan hükümlerine istinaden icar akdinin şekli tahririye bağlı akitlerden olduğunu kabul ve içtihat etmekte idi. Filhakika mezkûr nizamnamenin birinci maddesinde (gerek Derseadette ve gerekse taşralarda her kim olursa olsun hane, dükkân, çiftlik gibi bir akarı icar edecek oldukta müstecir ile beyinerinde bir mukavele tanzimine mecburdur) denilmiştı. Yüksek mahkememiz bu hükme dayanarak borçlar kanununda şekli mahsusa tâbi olduğu tasrih edilmiyen kira akdinin tahrirî bir şekilde yapılması lâzım geleceğini kabul etmekte idi. Mafevk mahkemenin bu yoldaki içtihadatlarına bir iki misal verelim:

Dâvacı (A) tarafından icar müddeti temdit edilen dükkânı haksız tahliye ettirdiği iddia olunan (B) aleyhine Ankara ticaret mahkemesine (1000) lira zararın tahsili hakkında dâva açılmıştır. Mahkeme dâvayı şahadetle sabit addederek dâvacının zararının tutarı olan(450)liranın (B) den tahsiline karar vermiştir. Hüküm temyiz ticaret dairesince tetkik ve (Hâdisede şahit istimaına mesağ olmadığı halde kira akdinin şekli tahririye tâbi olmadığından bahsile karar verilmiş olmasının yolsuz bulunduğu) noktasından nakzedilmiştir.Mahkeme eski hükümde ısrar etmişse de ısrar kararı da hukuk heyeti umumiyesince (İcarenin senede raptı, icar akar nizamnamesi ve senede karşı her nevi müddeiyatı senetle ispatı mecburiyeti H. U. M. K. nun ahkâmı iktizasından bulunduğu ve hususi kanundaki sarahat ile amel zaruri olup umumi kanundan istinbatı ahkâma lüzum ve sebep olmadığı halde bu sarahate muhalif olarak hâdiseye teallûku olmıyan ticaret kanunundan bahsile ısrar kararı verilmesinin kanuna muhalif olduğu) esbabı mucibesiyle tekrar bozulmuştur. (Hukuk heyeti umumiyesinin 13/12/933 tarih ve 49/56 No.lu kararı, 1933 senesi temyiz kararları sahife 42)

57

Bu misale mafevk mahkememizin üçüncü hukuk dairesinin 24/9/930 tarih ve 11131 ve 857 No.lu ve ticaret dairesinin 13/1/940 tarih ve 101 sayılı kararları da ilâve edilebilir. Bu kararlarda da hulâsaten (gayrimenkul icarı ve bedeli icarın miktarı hakkındaki iddiaların şahitle ispatına mesağî kanuni yoktur.) Deniliyor.

Verilen örneklerden anlaşılacağı veçhile temyiz mahkemesi eski içtihatlarında sarahaten kira akdinin şekli tahririye bağlı akitlerden olduğunu kabul ediyordu. Tatbikat bu merkezde iken bilahara yüksek mahkemenin içtihadında tebeddül vukubulmuş ve icar akdinin şekli tahririye bağlı akitlerden olmadığı kabul olunmuştur. Temyizin bu yoldaki son içtihatlarına bir çok misaller vermek kabil olmakla beraber değişen içtihatlara en açık örneği millî korunma kanununun 30 uncu maddesi mucibince kira akdinin yenilendiğini ileri süren müstecirlere icra takiplerinde mehil verilmesi hakkında ittihaz ettiği 18/Mart/942 tarih ve 37/6 No.lu tevhidi içtihat kararının kuvvetli esbabı mucibesi teşkil ettiğinden mezkûr kararı yazıya aynen alacağız:

Tevhidi İçtihat Karar:

Mucirlerin mukavelename müddetinin hitamına istinat ederek yaptıkları icra takiplerine karşı müstecirlerin millî korunma kanununun 28/12/1940 tarihinde mer'iyete giren 3954 sayılı kanunla tadil olunan 30 uncu maddesi hükümleri dairesinde icar müddetinin bitmesinden on beş gün evvel mukaveleyi yenilediklerı hususunda dermeyan eyledikleri iddianın tahriri beyyine ile ispat ve tevsikı müstekar içtihat icabından bulunmuş iken bu kere mümasil hâdiselerin tetkik ve müzakeresinde: böyle bir iddianın mucir tarafından ademi kabulü takdirinde yazılı beyyinesi bulunmadığı surette ait olduğu mahkemeye müracaat için kendillerine mehil verilerek bu müddet içinde dâva açtıklarında neticesine kadar icranın tehiri lâzım geleceği şeklinde yeni bir ekseriyet tahassül etmiş ve şu suretle iki içtihat arasında muhalefet ve mübayenet husule gelmiş olduğundan işbu mübeyenetin tevhidi içtihat suretile halli temyiz mahkemesi icra iflâs dairesi resiliğinin 16/12/941 tarih ve 1111 sayılı yazısı ile istenilmesine mebni toplanan tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerk NETİCEDE:

İcar ve istiçar akdinin sıhhat ve inikadı kanunda bir şekli mahsusa tâbi tutulmmaasına ve borçlar kanununun hükümlerine göre şifahî surette ve hattâ delâleten icar akdi vücut bulacağına ve icar akar nizamamesinde mukavelenin tahriri olması lüzumuna dair kayitlar, resim ve saire mülâhazasına müstenit olup akdin tamamiyeti ile alâkalı bulunmamasına ve mezkûr 3954 No. lu kanunun 30 uncu maddesinde mukavelenin bilcümle hükümlerine riayet şartı ile müstecirlerin icar müddetinin bitmesinden on beş gün evvel

akdi yenilemek hakkını haiz bulundukları yazılı olmasına nazaran şifahen beyan suretiyle de kiracıların bu akdi tecdit salâhiyetini kullanabilecekleri aşikârdır. Bu tarzı ihtiyar eden kiracıların icra takibatında bu yenileme iddiasını öne sürmeleri keyfiyetinin eski akdin hitamı hesebiyle ona karşı bir defi sayılamıyacağından kanunen ayrı bir dâva mevzuu teşkil ettiği ve muhtacı muhakeme bulunduğu görülmüştür. Çünkü: İcra tetkik mercilerinin vazifeleri icra ve iflâs kanunu ile tâyin ve tahdit edilmiş olduğundan bu iddiayı görmek mezkür mercilerin tetkik sahası haricinde kalmaktadır. Bu itibarla müstecirlerin bu mahiyetteki iddiaları ait olduğu mahkemede dâva ve ispat hakları mevcut olmasına ve bu dâvanın neticesine kadar icranın tehiri lâzımgeleceğine binaen bu yolda da bir iddia dermiyan eden kiracıların ait olduğu mahkemeye müracaatı için kendilerine mehil itası ve bu dâva neticesine değil icranın tehiri lüzumuna mevcut âranın sülüsan ekseriyetile karar verildi»

Görülüyor ki mafevk mahkeme tevhidi içtihat kararında kira akdinin tahriri şekle tâbi akitlerden olmadığını sarahaten kabul etmiştir. Yüksek mahkememizin son kararlarının kanunumuzun ruhuna tamamen ile uygun olduğunu söylemeğe hacet yoktur. Zira icar akar nizamanmesinin mukavele tanzimine mütaallik olan hükümlerinin harç ve rüsumun alınması gayesine matuf bulunduğu ve akdin tamamiyeti ile alâkalı bulunmadığı aşikârdır. İcar akdine ait ana hükümleri tedvin eden borçlar kanununda mahsus bir şekile tâbi tutulmıyan akit kanuni harçların alınmasından sonra mahkemede H. U. M. K. nun vazettiği esaslar dairesinde her türlü delillerle ispat edilebilir.

Kira akdinin şekli hakkındaki bu kısa izahattan sonra ehemmiyetli maddelerin tetkik ve mütalâasına geçebiliriz. Burada icara müteallik mühim maddeleri uzun boylu şerh edecek değiliz. Yalnız meslekdaşlarımıza tatbikat sahasında faydalı olabilecek bazı malûmat vereceğiz.

Bu maddeler hakkındaki tatbikatta çok ehemmiyetli olan temyiz içtihaklarını tebarüz ettireceğiz. Aynı zamanda kanunumuzun millî korunma kanununun 30 uncu maddesinin takyit ettiği hükümlerini işaret edeceğiz.

Maksadımız mevzuat ve içtihadatı topluca hukukçu arkadaşlarımızın nazarı tetkiklerine arzetmektir. Şimdi mühim maddeleri sırası ile gözden geçirelim.

Madde:249—mucir mecuru akitten maksut olan kullanmağa salih bir halde müstecire teslim etmek ve icar müddeti zarfında bu halde bulundurmak ile mükelleftir.

Mecur akitten maksut olan kullanmak mümkün olamıyacak yahut intifa ehemmiyetli surette azalacak bir halde teslm oliunursa müstecir akdi feshe yahut ücretten bir miktarının tenzilini istemeğe salâhiyettardır.

Eğer ayıp müstecirin yahut kendisi ile birlikte yaşıyan kimselerin yahut işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil etmekte ise mucir bu tehlikeye akdi yaparken vakıf olmuş veya fesh hakkında feragat etmiş olsa bile yine icarı fesh edebilir.

Kanunumuzun bu maddesi mucire icar akdini tahmil ettiği ehemmiyetli vazifeleri tesbit etmektedir. Madde hükümlerine göre mucir mecuru kullanılmağa elverişli bir surette müstecire teslim etmek ve kira akdinin devamı müddetince aynı halde bulundurmakla mükelleftir. Kiralanan şeyin kusur ve ayıbından dolayı kullanılması imkânı olmazsa veya icar müddeti zarfında kabili istimâl bir halde bulunması mucir tarafından temin olunmazsa mucir akdin kendisine tahmil ettiği başlıca vecibeyi yapmamış olur.

Maddenin ikinci fıkrası kiralıyanın kanunun kendisine yüklediği vecibeleri yapmaması halinde müstecire mukaveleyi fesh etmek veya bedeli icardan münasip miktarda tenzilât icra eylemek hakkını tanımıştır. Müstecir bu kanuni haklarını istimal etmiyerek mecurdaki ayıbın izalesini mucirden istiyebilir mi? Şüphesiz ki ister. Fakat mucir ayıbı izaleden imtina ederse müstecir yine kanunun kendisine tanıdığı bu yollara baş vurmak mecburiyetindedir. Yani muciri zararı izaleye icbar etmesine kanunen imkân yoktur.

Müstecir teslim sırasında mecurda mevcut olan ehemmiyetli ayıpları mucir hesabına izale ederek masrafları bedeli icara mahsup etmek suretile mecuru kabili istifade bir hale ifrağ edemez mi?

Kanunumuzda bu suale cevap teşkil edecek açık bir hüküm mevcut olmamakla beraber fikrimce müstecirin bu şekilde hareket etmeğe hakkı yoktur. Çünkü: 251 inci maddede müstecirin badelihtar mucir tarafından münasip bir mehil zarfında izale edilmiyen mecurdaki ufak tefek ayıpları mucir hesabına izale edebileceği yazılı olduğu halde mecurun esaslı ayıplarını kiracının mucir namına tamir ve izale edebileceği tasrih edilmemiştir. Kanunumuzun bu hükmünden mecurun esaslı ayıplarının izalesinin mucire bırakıldığı zımnen ve delâleten anlaşılmaktadır.

Maddemizin 3 üncü fıkrası mecurdaki ayıbın müstecir veya kendisi ile birlikte yaşıyanların veya işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil ettiği takdirde bu ayıba mukavelenin tanzimi sırasında vakıf olmuş veya akdi fesh hakkında feragat etmiş olsa bile müstecire akdi fesh etmek hakkını tanımaktadır. Maddedeki bu hükmün intizamı âmme mülâhazasına istinaden kabul olunduğu derkârdır. Müstecirin tehlike vukuunda akdi fesh etmek hakkından feragat etmesinin kanun vazıınca kabul olunmaması çok doğrudur. Zira müstecirin bu feragatının muteber tutulması âmmenin selâmeti noktasından arzu edilmiyen neticeler doğurabilir.

Akit zamanında mecurda mevcut olan ayıba vukufu dolayısile müstecire akdi fesh hakkını tanımamak bazı ahvalde felâketli neticelere sebebiyet verebilir. Faraza bir binanın maili inhidam olduğunu bilerek binayı kiralıyan müstecire akdi fesh etmek hakkını tanımamak müsteciri her an yıkılma ihtimali olan gayrimenkul dahilinde hayat tehlikesi içinde ikamete mecbur etmek demek olur ki bunun cemiyetin umumi menfaatlariyle telif edilemiyeceği şüphesizdir.

Mecurun ne gibi ahvalde ayıplı addedileceği hakkında katî bir mütalâa beyanına imkân yoktur. Bu vaziyet mecurda ikamet edenlerin meslek ve şahıslarına göre tebeddül edebilir. Mecurdaki ayıbın ehemmiyetli ve mukavelenin feshini mucip olup olmadığının dâvayı rüyet eden hâkim delilleri takdir hakkına istinaden serbestçe takdir ve tesbit etmelidir. Maahaza hâkimin takdir hakkını burada hudutsuz olarak kabul etmekte muvafık olamaz. Çünkü hâkim kanunu kendisine tanıdığı takdir hakkını yine usul kanunlarımızın çizdiği esaslar dairesinde istimal edebilir. Netice itibarile hâkim mecurdaki ayıbın mukavelenin feshini mucib olacak derecede ehemmiyetli olup olmadığını araştırmalıdır. Aksi takdirde sathi bir tetkika istinaden verilen fesih kararları mafevk mahkemece aşağıdaki misallerde olduğu gibi nakzedilebilir.

(Borçlar kanununun 249 uncu maddesinin 3 üncü bendinde gösterildiği üzere hanenin feshi akdi mucip bir şekilde ayıplı olup olmadığının tetkik edilmemesi yolsuzdur) (Temyiz 4 üncü hukuk dairesinin 15/2/1931 tarih ve 680 sayılı kararı).

Üç sene müddetle akdedilmiş olan icar mukavelesine istinaden müstecir iki sene mecurda oturduktan sonra evvelce mevcut olan ayıbın sonradan çıktığına istinat ederek tazminatsız ve ihbarsız akdi fesh edemez. Hukuk heyeti umumiyesinin 25/6/930 tarih ve 42 No. lu kararı)

Madde: 253—Üçüncü bir şahıs mecur üzerinde müstecirin hakları ile kabili telif olmıyacak bir iddiada bulunduğu takdirde mucir müstecirin akit mucibince mecurdan intifaına halel gelmişse tazminat itası ile mükellef olur.

Kanunun bu maddesi 249 uncu madde hükmünü itmam etmektedir. Zira mezkûr madde mucibince mecur müstecire karşı mucirin tekeffülü altındadır. İcar müddetinin devamı sırasında mecuru kullanılmağa elverişli bir surette müstecir elinde bulundurmakla mükellef olan kiralıyanın bu kanuni vecibesini ifa edememesi halinde müstecirin mecur un intifa edilmemesinden mütevellit zararını tazmine mecbur tutulması tabiidir. Mecur üzerinde üçüncü şahıslar kiracının hakları ile kabili telif olmıyacak bazı iddialar dermeyen edebilirler. Ezcümle: üçüncü şahıs kiralanan şeyin bir kısmının veya

57

tamamının kendisine ait olduğunu ileri sürerek mecura müdahale edebile ceği gibi mecurun daha evvel mucir tarafından kendisine icar edildiğini veya mecurda mürur hakkı gibi bir irtifak hakkı mevcut olduğunu iddia edebilir. Bu takdirde kiralıyan kiracının ihbarı üzerine derhal muhasımayı deruhte etmek ve müstecirin mecurdan istifadesine halel gelmişse tazminat vermek mükellefiyetindedir.

Tetkik ettiğimiz madde müsteciri ihbarla mükellef tutuyor. Müstecir ihbar vazifesini yapmazsa en olacaktır? Bu takdirde müstecirin mecirden tazminat talep etmeğe bittabi hakkı olamaz.

Kiralanan şeye üçüncü şahıslar tarafından vukubulan müdahaleyi kiralayana ihbarla mükellef olan kiracı bu mükellefiyete riayet etmeden şahsen 3 üncü şahıs aleyhine meni müdahale ve tazminat dâvası açarak müdahaleyi men ve zararını tazmin ettirebilir mi?

Borçlar kanununda bu soruya cevap teşkil edecek açık bir kayıt mevcut olmamakla beraber umumi hükümler dairesinde müstecirin bizzat üçüncü şahıs aleyhine dâva açabilmesi lâzımgelir. Medeni kanunun zilyedliğin himayesine müteallik 894, 895, 896 ıncı maddeleri hükümleri müstecirin dâva ikame etmesine müsait olduğu gibi mümasil hâdisattaki temyiz içtihadatı dabu merkezdedir. Netekim 4 üncü hukuk dairesinin 31/1/938 tarihli bir kararında (tahliyesi talep olunan dükkânın dâvacının kirası altında bulunduğu anlaşılmış ve kira müddeti içinde 3 üncü şahıslar tarafından mecure vukubulan müdahalenin men'ini ve bu yüzden husule gelen zarar ziyanın tahsilini dâvaya müstecirin hakkı bulunmuş iken hilâfına mütalâa beyanı ile müstecirin açtığı zarar ziyan dâvasının reddine karar verilmesi yolsuzdur) denilmektedir. (31/12/938 tarih ve 3357/2779 sayılı karar)

Madde: 255—Bir gayrimenkul icarında akdin tapu sicilline şerh verilmesini iki taraf mukavele edebilirler.

Bu şerh sonraki maliklere müstecirin icar akdi dairesinde gayrimenkulden intifaına müsaade etmek mecburiyetini tahmil eder.

Kanunumuzun bu maddesi müstecirin kira akdinden mütevellit haklarının korunmasını temin için kabul edilmiştir. Ahvali hazıra dolayisiyle husule gelen ve had bir şekil alan mesken buhranı karşısında adı geçen madde müstecirler lehine vazıı kanunun bir lûtfu mahsusu olarak kabul edilebilir Zira son senelerde milli korunma kanununun tahliyeye ve bedeli icarın arttırılmasına mâni hükümleri karşısında kirayı arttırmağa imkân bulamıyan açık göz ev sahiplerinin meskeni bulunmıyan üçüncü şahıslara muvazaaten gayrimenkulü devretmelerine ve yeni malikler tarafından müstecirler aleyhine tahliye dâvası ikamesine bilfiil kanuni bir mâni teşkil eder. Son zamanlarda itiyat haline gelen bu muvazaalı satışlar neticesinde

aleyhlerine açılacak tahliye dâvalarını önlemek isteyen müteyakkız ve ihtiyatkâr müstecirler kira akdini tapu sicilline şerh verdirmek suretiyle ikinci maliki mukavele hükümlerine riayete icbar ve mezkûr madde hükmünden istifade edebilirler. Maddenin sarih metnine göre kira mukavelesinin resmî olması şart değildir. Gayri resmî mukavele hükümleri de bu maddeye istinaden tapu sicilline şerh verilebilirler. Ezcümle: Temyiz 4 üncü hukuk dairesinin 19/3/938 tarihli bir kararında aynen (gayrimenkul icarında tapu sicilline şerh verilmesinin iki tarafın mukavele edebileceklerinden bâhis olan borçlar kanununun 255 inci maddesinin yalnız resmî mukavelelere inhisarını icap ettirecek bir kayıt ve işaret bulunmadığı cihetle bu madde hükmü gayri resmî mukavelelere de şamildir) denilmektedir. (1938 senesi temyiz kararları sahife 334/1531—593 sayılı karar)

Madde 2[illegible] —Müstecir mecuru kullanırken tam bir ihtimam dairesinde hareket ve apartman icarında bina dahilinde oturanlara karşı icabeden vazifeleri ifa ile mükelleftir.

Müstecir vukubulan ihtara rağmen bu mükellefiyete daimî surette muhalefet eder yahut açıktan açığa fena kullanarak mecura daimî bir zarar iras eylerse mucir tazminat ile birlikte icar akdinin hemen feshini talep edebilir.

Mecurda icrası mucire ait tamirata lüzum hasıl olduğu yahut 3 cü bir şahıs mecur üzerinde bir hak iddia ettiği takdirde müstecir keyfiyeti hemen mucire ihbar etmekle mükelleftir. Aksi takdirde zarardan mesul olur.

Kanunun bu maddesi çok tatbik edilen en mühim maddelerindendir. Maddemizin birinci fıkrası müstecirin mükellefiyet ve borçlarını tesbit etmekte, ikinci fıkrası da bu mükellefiyetlere riayet edilmemesi halinde tatbik olunabilecek müeyyedeleri vaz eylemektedir.

Kaideten kira akdi müstcire esaslı iki vacibe tahmil eder. Bunlardan birisi zikri geçen madde hükümleri dairesinde mecuru ihtimamla kullanmak ve apartıman icarında bina dahilinde oturanlara karşı icabeden vazifeleri ifa etmektir. İkincisi de Kanunun 257 inci maddesi mucibince bedeli icarları muntazaman ödemektir. Müstecir bu esaslı vecibelere riayet etmediği takdirde mucir haklı olarak akdi tesh edebilir. Ancak vazıı kanun mucirin akdi derhal fesh hakkını kabul etmiyerek müstecire evvel emirde ihtarname keşide etmesini emretmiştir. Bu itibarla mucir her iki halde yani gerek müstecirin mecuru iyi kullanmaması ve gerekse kiraları muntazaman ödememesi hallerinde ihtarname keşide etmeden akdi fesh edemez. (Borçlar kanunu Madde 256 ve 260)

Kanunumuzun 256 cı maddesinin (müstecir vukubulan ihtara rağmen bu mükellefiyete daimî surette muhalefet eder, yahut açıktan açığa fena kullanarak mecurda daimî bir zarar iras ederse mucir tazminat ile birlikte icar akdini hemen fesh edebilir.) şeklindeki ikinci fıkrası hükmü bu kaidenin haklı bir istisnasını teşkil etmektedir. Çünkü mecurun açıktan açığa pek fena kullanılması kabildir. Meselâ müstecir tarafından odun olarak kullanılmak üzere mecurun kapı ve çerçeveleri ve çatı aksamı sökülebilir. Veya gazino için kiralanan bir gayrimankul hububat deposu olarak istimal edilerek kadim müşterilerinin dağılmasına sebebiyet verilebilir. Çatı aksamı tahrip edilen ve derhal tamir edilmezse tesiratı havaiye yüzünden süratle yıkılması muhtemel bulunan bir eve ait kira akdinin feshi için mucire ihtarname keşidesi külfetini tahmil etmek onun beyhude vakit kaybetmesine ve belki de telâfisi kabil olmıyacak zararlara girmesine sebebiyet vereceğinden tecviz edilemeyeceği gibi gazinoyu muhavele hilâfına depo olarak kullanarak suiniyetini izhar eden müstecire ihtarname tebliği esasen dağılmakta olan müşterilerin daha fazla dağılmasına müncer ve mucirin zararının fazlalaşmasını mucip olacağından bu gibi müstacel hallerde müstecire ihtarname keşidesine kiralıyanın mecbur tutulmasının adalet kaidelerine uygun düşmiyeceği derkârdır.

Müstecir icar müddetinin bittiğinde mucire iade ile mükellef olduğu mecuru kullanırken tam bir ihtimam dairesinde harekete mecburdur. Müstecirin bu mükellefiyete riayet etmediği ve mecuru açıktan açığa fena kullanarak daimî zarar ika eylediği ne gibi hallerde kabul edilebilir?

Bunun için katî bir şey söylemeğe imkân olmamakla beraber ihtilâfı tetkik eden hâkim, akdin mahiyetini ve âkitlerin meslek ve mevkii içt maiyelerini ve mecurun evsafını nazara alarak müstecirin mecuru ihtimamla kullanıp kullanmadığını ve ika edilen zararın daimî olup olmadığını tahkik ve tesbit etmelidir. Bunu tesbit için hâkim H U. M. Kanununda sayılan her türlü delillerden istiane ve icabında şahitlerin, ehli vukufun mütalâalarından istifade edebilir. Hâkimin bilhassa tesbiti ihtisas ve fenne taallûk eden mecurdaki zararın daimî olup olmadığının tesbit hususunda mütahassıs ehli vukufun mütalâasından istifade etmesi muvafık olur. Maddede kiracının açıktan açığa fena kullanarak kiralanan şeyde daimî bir zarar ika etmesi halinde kiralıyanın akdi hemen feshedebileceği tasrih edildiğine nazaran hâkimin bir mecurun fena kullanılmış olup olmadığını tesbit için müstecirin lüzumlu dikkat ve itinayı göstermiş olup olmadığını araştırması lâzımgelir. Meselâ mecurdaki mutat kullanmaktan mütevellit ufak tefek tahribat maddedeki sarih unsurlara göre fesih sebebi olarak kabul edilemez. Netekim bu fikri teyit eden Temyiz 3 üncü hukuk dairesinin 20/11/1943 tarihli bir kararında (sıva döküntüsü bir camın kırılması gibi tahripler cüz'i

masrafla hali sabıka icrası kabil olan alelâde istimalden husule gelmesi ihtimali bulunan şeyler olduğundan bunların tahliye kararına sebep ittihazı doğru değildir) denilmektedir. (3 üncü hukuk dairesinin 20/11/1943 tarih ve 13611 No. lu kararı)

Diğer taraftan kiraladığı bir evde ihmalkâr hareketleriyle yangın çıkaran müstecirin mecuru tam bir ihtimam dairesinde kullandığı da kabul edilemez. Müstecirin dikkatsizlikle yangın çıkararak mecuru yanmak tehlikesinde bırakması, kiralanan gayrimenkulün açıktan açığa fena kullanıldığına delil olarak kabul edilebilir. Temyiz mahkemesi aşağıdaki kararı ile bu fikre iştirak etmektedir:

«Her ne kadar temyiz lâyihasında kira akdinin feshini mucip bir sebep olmadığı ve dâvadan önce usulen ihtar yapılmadığı ve mecurun fena kullanılması sebebiyle akdin feshi talep edilmeği halde mahkemece bu sebepten dolayı akdin feshine karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan bahsile hükmün bozulması talep edilmekte ise de müddeaaleyh kiracının evvelâ banyonun termosifonunu yaktığı ve ondan sonra da balkonda yangın zuhuruna sebebiyet verdiği şahadet ve sigorta kumpanyasının tazminat vermesiyle sabit olmuştur. Mahkemece bu hâdiseler ve deliller takdir edilerek kiracının mecuru açıktan açığa fena kullandığına ve bu ha in mecur için daimî bir tehlike teşkil ettiğine kanaat getirilmiştir. Borçlar kanununun 256 ıncı maddesi mucibince bu sebep kira akdinin feshini mucip olan hallerdendir. Bu maddede kiracının açıktan açığa mecuru fena kullandığı surette mucirin kira akdinin hemen feshini talep edebileceği yazılı bulunmasına göre mecurun açıktan açığa fena kullanılması halinde evvelce ihtarname göndermeğe mecbur olmaksızın mucir hemen akdin feshini talep edebilir. İşte bu sebeplerden dolayı yukarda zikredilen temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddiyle mucip sebeplere ve kanuni hükümlere dayanan hükmün tasdikına. (Temyiz Mahkemesi 4 üncü hukuk dairesinin 19/4/1943 tarih ve 2092/1353 No. lu kararı.)

Madde: 260 — Müstecir icar müddetinin hitamından evvel muaccel iyet kesbeden kiraları tediye etmemiş bulunursa mucir 6 ay veya daha fazla müddetli icarlarda 30 günlük ve daha az müddetli icarlarda 6 günlük bir mehil tâyin ederek birikmiş olan kira bu müddet zarfında verilmediği takdirde mehlin hitamında akdi feshedeceğini müstecire ihtar edebilir.

Bu mehil ihtarın müstecire tebliğ edildiği günden itibaren başlar.

Bu mehlin tenkisine yahut tediyeden teehhür halinde akdin hemen fesh edilebileceğine dair yapılan mukaveleler batıldır.

Borçlar kanununun icara müteallik dâvalarda en çok tatbik edilen maddelerinden birisi olan bu madde kâfi derecede vazıh olup muhtac izah değildir. Vazîî kanun kira müddetinin hitamından evvel biriken kiraları tediye etmiyen müstecir aleyhine mucirin badelihtar feshi akit dâvası açabileceğini kabul etmiştir. İcar müddetinin hitamından sonra akit kendiliğinden nihayet bulmuş olacağından mucirin akdin fesh edileceğini müstecire ihtar etmesine bittabi lüzum yoktur. Mahaza borçlar K. nun 263 üncü maddesi mucibince akit sükut ile gayrı muayyen bir müddet için teceddüt etmiş ise bu madde hükümlerine göre müstecire yine ihtar yapılması lâzımgelir. Bundan başka millî korunma K. nun 30 uncu maddesi umumiyetle kira akitlerini bir sene müddetle temdit; etmiş olduğundan bu kanunun mer'iyette bulunduğu müddetçe mucirlerin akdi feshedebilmek için bedeli icarları ödemiyen müstecirlere yine ihtarname keşide etmeleri icabeder. Ezcümle bu kanaate iştirak eden temyiz mahkemesinin mümasil bir hâdise hakkındaki kararında aynen (borçlar K. nun 260 ıncı maddesi mucibince müstecir muacceliyet kesbeden kiraları tediye etmemiş ise mucir bir mehil tâyin ederek birikmiş olan kiranın bu müddet içinde verilmediği takdirde akdin fesh edileceğini müstecire ihtar etmesi icabeder. Bu maddede icar müddetinin hitamından evvel muacceliyet kesbeden kiralardan bahsedilmesi tabiidir Çünkü icar müddetinin hitamından sonra akit kendiliğinden nihayet bulmuş olacağından akdin feshedileceğini ihtara lüzum yoktur. Ancak, millî korunma K. nun muaddel 30 uncu maddesi mucibince kira müddeti uzatılmış olduğundan mücerret mukavelede tâyin olunan müddetin bitmesile akit nihayet bulmuş olmaz. Zikrolunan 30 uncu madde borçlar K. nun 260 ıncı maddesi hükümlerini takyit ve ilga etmiş olmayıp müstecirler lehine olarak kira akdini temdit etmiştir. Binaenaleyh gerek mukavelede tâyin olunan müddetin hitamından evvel ve gerekse hitamından sonra mu acceliyet kesbeden kiraları müstecir ödememiş ise mucir bir mehil tâyin ederek birikmiş olan kiranın bu müddet içinde verilmediği surette akdin feshedileceğinin müstecire ihtar etmesi lâzımgelir. Aksi takdirde dâvanın reddi icabedeceğine ve mahkemece de bu sebepten dâvanın ret edilmesine binaen itirazlar varit olmadığından reddiyle hükmün tasdikine) denilmektedir. (Temyiz 4 üncü hukuk dairesinin 23/11/942 T. ve 38330/2842 No. lu kararı).

260 ıncı maddenin son fıkrası intizamı âmme mülâhazasına binaen kanunun tâyin ettiği mehillerin tenkisine veya tediyeden teehhür halinde akdin hemen feshedilebileceğine dair olan mukavelelerin batıl olduğunu tasrih etmiş olduğundan mezkûr maddedeki mehiller katidir. Ve alâkadarlarca mukavele ile tenkis edilemez. Âmmenin menfaatı mülâhazasına müsteniden kabul olunan bu mehillere riayet edilip edilmediğinin hâkimin resen

nazarı dikkate alması lâzımgelir. Nitekim temyiz 4 üncü hukuk dairesi bu konu ile alâkalı 19/6/941 T. ve 2465/2563 sayılı kararında (Borçlar K. nun 260 ıncı maddesi mucibince müstecirin icar müddetinin hitamından evvel müeccelıyet kesbeden kiraları tediye etmediği takdirde mucir akdi feshedebilir. Ancak altı ay ve daha fazla müddetli icarlarda otuz günlük ve daha az müddetli icarlarda altı günlük bir mehil tâyin ederek birikmiş olan kiranın bu müddet içinde verilmediği takdirde akdi feshedeceğini müstecire ihtar etmesi lâzımdır. Bu mehlin tenkisine veya tediyeden teehhür halinde akdin hemen feshedilebileceğine dair olan mukaveleler batıldır. Binaenaleyh bu kanuni merasimin ifa edilip edilmediği tahkik edilmeksizin akdin feshine hemen karar verilmesi yolsuzdur.) Esbabı mucibesile mahalli mahkemesinin ihtarname keşide edilip edilmediğini resen tahkik ve tetkik etmeksizin ittihaz ettiği feshi akde müteallik karar nakzedilmiştir.

Sözü geçen maddedeki ihtar tahriri şekle tâbimidir? Madde de yalnız ihtar yapılması emredilerek ihtarın yazı ile yapılması lâzımgeldiği tasrih edilmediği gibi esasen icar akdi de tahriri şekle tâbi akitlerden olmadığından mezkûr maddedeki ihtarın şifahen de yapılabilmesi kabildir. Ancak mahkemede ihtarın şifahi ispatı güç ve külfetli olacağından bunun tahriri kilde yapılması daha muvafık olur.

Mevzuat arasında

I KANUNLAR ARASINDA

§ Türk ceza kanununun 480 ve 482. maddelerinin değiştirilmesine dair kanun: 4683 sayılı kanun ile Türk ceza kanununun 480 ve 482. maddeleri şu suretle değiştirilmiştir:

«Madde 480 — Her kim toplu veya dağınık bir kaç kişi ile ihtilât ederek diğer bir şahıs hakkında bir maddei mahsusa tâyin ve isnadile halkın hakaret ve husumetine mâruz kılacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak bir fiil isnat ederse üç aydan otuz aya kadar hapse ve elli liradan beşyüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.

Eğer bu cürüm umuma neşir veya teşhir olunmuş yazı veya resim veya sair neşir vasıtalarile irtikâp olunmuş ise failin göreceği ceza altı aydan üç seneye kadar hapis ve 200 liradan 500 liraya kadar ağır para cezasıdır.

Madde 482 — Her kim toplu veya dağnık bir kaç kişi ile ihtilât ederek her ne suretle olursa olsun bir kimsenin namus veya şöhret veya vekar ve haysiyetine taarruz eyler ise üç aya kadar hapis ve yüz liraya kadar ağır para cezasile mahkûm olur.

Eğer bu fiil, kendisine tecavüz olunan kimse yalnız olsa bile huzurunda yahut kendisine hitaben yazılıp gönderilmiş bir mektup, telgraf, resim, veya her hangi bir yazı veya telefon ile işlenirse failin göreceği ceza dört aya kadar hapis ve 150 liraya kadar ağır para cezasıdır.

Eğer kendisine tecavüz olunan kimsenin huzurile beraber alenen vâki olursa ceza altı aya kadar hapis ve iki yüz elli liraya kadar ağır para cezasıdır.

Eğer fiil 480. maddenin ikinci fıkrasında beyan olunan vasıtalardan biriyle işlenirse failin göreceği ceza üç aydan bir seneye kadar hapis ve 100 liradan 250 liraya kadar ağır para cezasıdır.» Bu kanun neşri tarihi olan 13/12/1944 tarihinden itibaren muteberdir.

II. TAMİMLER ARASINDA

§ Avukatlık Kanununun gereği gibi tatbiki

1499 Sayılı avukatlık kanunu ile bu kanunun bazı maddelerini değiş tiren 4359 Sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak ifası gereken avukatlık işlerinin tedvirinde gerek genel ve gerek ayrı tebliğlere ve tekitlere rağmen bazı mahal barolarile ilgili daire ve mercilerce bir kısım muamelelerin vaktinde ve tam yapılmadığı ve Vekâlete gönderilen evrak ve belgelerin geç gönderildigi ve bazı hallerde Kanun hükümlerinin yanlış tatbik edildiği görülmektedir.

Stajyer ve avukatların baroya kaydı:

1 — a. Gerek avukatlık stajını yapmak üzere stajyer listesine ve gerek avukat olmak için deler baro levhasına kayıt ve kabul talebinde bulunanların baro idare meclisince avukatlık kanununun bu hususiaki hükümlerine göre ilgililer tarafından verilmesi gereken kanuni vasıf ve şartlara taallûk eden evrak ve belgelerin alındıktan, tahkik ve ilân muameleleri yapılarak taliplerin maddi ve mânevi şartlarının birer birer tetkik ve tesbitinden sonra hasıl olacak neticeye göre kayıt ve kabulleri hakkında mucip sebepli bir kararın verilmesi ve karar nisabının hasıl olup olmadığının anlaşılması için hazır bulunanlarla bulunmıyanların adlarının da kararda yazılması ve sözü geçen kanunun 10 uncu muddesinin son fıkrasile 20 inci maddesine göre de bu hususiaki kararlarla müstenidatı olan evrak ve belgelerin vaktinde Vekâlete gönderilmesi;

b. Kanunun 21 inci maddesi mucibince âkimlik ve müddeiumumilik ile diğer vazife ve memuriyetlerde en az dört sene hizmet edip te avukatlık yapmak istiyenlerin baroya kayıtlarında 10 uncu maddenin A ve B bentlerinde yazılı vesikalardan başka sicil hulâsalarının da tasdikli birer suretinin verilmesi lâzım geldiği sözü geçcn 21 inci maddenin son fıkrasında açıkça yazılı olduğuna göre—vazifelerinden yeni ayrılmış olsalar bile-bu gibilerden de,barolara tebliğ edilen 15/8/1939,11/12/1941 tarih ve 123/29,133/29 sayılı genelgelerle izah edildiği veçhile stajyerlerde cari olan (staj ve imtihana dair belgeler hariç) kanunun aradığı diğer şartlara müteallik belgelerin aranması ve haklarında tahkik ve ilân muamelelerinin dahi yapılarak mucip sebepli karar verilmesi;

Levhanın tanziminden sonra avukatlara verilecek vesika:

2 — Kanunun 51 inci maddesinin 2 inci fıkrasında yazılı vesikanın, bu fıkrada da açikça yazılı olduğu veçhile ancak levhanın tanziminden

sonra baroya kaydı yapılanlara yeni levhanın tanzimine kadar muteber olmak üzere verilmesi lâzım gelirken bazı mahal barolarınca avukatlığa tâlip olanlar hakkında kayıt ve kabul kararının verilmesi sırasında sözü geçen fıkraya göre avukatlık yapmak için alâkalıya bir belge verildiği de görülmektedir. Halbuki kayıt ve kabul kararı vekillikçe tetkik edilip henüz kendilerine ruhsatname verilmemiş ve dolayısile levhaya kayıt muameleleri de tekemmül etmemiş olan bu gibilerin esasen avukatlık yapmalarına imkân olmaması bakımından verilen vesikanın bahsi geçen madde hükmüne uygun olmıyacağı tapiidir.Bu itibarla baronun kayıt ve kabul kararı Vekâletçe tetkik edilerek uygun olduğu hakkında tebliğat yapılmadan önce baroya kayıt edilenlere 51 inci madde mucibince belge verilmemesi ve bunların baroya kayıt muamelesi tekemmül etmemiş olduğu cihetle,mahkemelerce de vekâletlerinin kabul edilmemesi;

Baro levhasından silinme ve baroya yeniden kayıt muameleleri:

3 – a. Baro levhalarında kayıtlı olupta Avukatlık kanununun 57 inci maddesinde yazılı hallerle vefat, nakil veya herhangi diğer bir sebep tahtında baro levhalarından kaydı silinip alâkaları kesilen avukatların ister itiraza tâbi işlerden olsun ister olmasın haklarında ittihaz ve tatbik olunan karar ve muamelelerle barolardan ayrıldıkları tarihlerin hemen bildirilmesi ve bu gibiler tarafından gerek nakil ve gerek kayıt yenileme hususunda vaki olan talepler üzererine kanunun 54,55,56 ve 59 uncu maddelerine tevfikan yapılması gerekli muamele ve tetkikat neticelerine göre baro idare meclislerince verilecek karar ve müstenidatının eksiksiz olarak vaktinde Vekâlete gönderilmesi ve nakil isteğinden bulunanların – devamlı olmamak şartile Vekâlet edenler müstesna – nakil ve kayıt yenileme muameleleri Vekillikçe muvafık görülerek tamamlanmadıkça kayıtlı bulunduğu baro mıntakası dışındaki mahkemelere kabul edilmemesi;

b. Baro levhasından kaydı silinmiş olan bazı avukatların ellerinde kalmış olan baro hüviyet varakalarından istifade ederek kayıtlı bulundukları baro mıntakası haricindeki yerlerde avukatlık yaptıkları görülmektedir. Baro levhasında kayıtlı bulunmıyanların avukatlara ait salâhiyetleri kullanmaları veyahut avukat unvanını taşımaları Avukalık Kanunu'nun 50 inci maddesi mucibince memnu ve cezayı müstelzim olduğu gibi mahkeme ve resmî dairelerde iş takibi 23 üncü madde mucibince ancak baroya kayıtlı avukatlara aittir. Baro levhasından kaydı silinen avukatların ellerindeki hüviyet varakalarının geri alınması ve kaydı silinen avukatın adının baro reisliğince baro mıntaka merkezindeki müddeiumumiliğe tebliğ ve mezkûr müdnei-

umumilikçe de kendi kazası içindeki mahkemelerle diğer müddeiumumiliklere birer genelge ile bildirilmesi ve kaydı silinen avukat elindeki hüviyet varakasını vermekten imtina ettği takdirde bu cihetin de genelgede tasrih edilmesi ve kaydı silindiği halde avukatlara ait salâhiyetleri kullananlar hakkındaki 50 inci madde gereğince takibat yapılması ve mahkemelerle icra dairelerince, iş takip eden avukatların baroda kayıtlı bulunup bulunmadıklarının daima tetkik edilmesi;

c. Cerek avukat ve gerek dâva vekilleri hakkında cezai veya inzibati takibat neticesinde verilen cezalar kayıt ve sicillerine işaret edilmak üzere hüküm ve karar katileştiğinde tasdikli birer örneğinin gönderilmesi;

Avukatlıkla içtimaı caiz olmıyan bir hizmet veya vazife deruhte edilmesi:

4 — Kanunun 3 üncü maddesinde; maaş, ücret veya aidat mukabilinde görülen hiç bir hizmet ve vazife,.... nin avukatlıkla içtima edemiyecegi açıkça yazılı iken baro levhalarında kayıtlı avukatlardan bazıları sözü geçen Kanunun 4 üncü maddesile istisna edilen ve meselâ Profesör, Muallim, Doçent ve asistanlık gibi vazifeleri yaparken aynı zamanda istisnalar haricinde bulunan ve bahsi geçen 3 üncü madde hükmü karşısında avukatlıkla telifi kabil görülmiyen dekanlık, mektep müdürlüğü, maarif müdürlüğü vesair bu gibi hizmetleri de deruhte ettikleri halde baro idare meclislerince barodaki kayıtlarının silinmediği görülmüştür. Kanunda, hangi hizmet ve vazifelrin avukatlıkla içtima edebileceği birer birer sayılmış ve bu meyanda dekanlık, mektep müdürlüğü, maarif müdürlüğü gibi zazifelerden bahsedilmemiştir.

Bu vazifeler, avukatlıkla içtimaı tecviz edilen hizmet ve vazifelere ilâveten görülse bile 4 üncü maddenin şümulüne giremiyeceğinden avukatlıkla içtima edebilecek meşguliyetlerden sayılamaz. Bunlar hakkında da 57 inci maddenin C bendinin tatbiki icabettiğinden ona göre muamele yapılması;

Avukatlar levhasının gönderilmesi:

5 — Kanunun 51 inci maddesi mucibince baro idare meclisleri tarafından her adli yıl başlangıcında tanzimi icabeden avukatlar levhalarının vaktinde hazırlanarak sözü geçen maddenin son fıkrasında yazılı yerlere ve bu meyanda bir nüshasının da avukatlık bürosu için Vekâlete gönderilmesi gerekir iken bazı barolarca mezkûr madde kükmile bu hususta tebliğ kılınan 2/12/1938, 18/4/1940 tarih ve 28, 70/15 sayılı genelgeler muktezası geç olarak yerine getirilmektedir. Bu gecikme sebebile o yıl için barolarda kayıtlı bulunan avukatların kayıt ve sicil durumları hakkında lâ-

yıkile ve zamanında malûmat istihsal ve buna müteferri diger lüzumlu muameleleri ifa etmek imkânı elde edilemediğinden u hususun da gözönünde tutularak mezkûr levhaların heryıl başlangıcında tanzim edilerek gönderilmesi ve her senenin levhası gönderilirken bir sene evvelki levhaya göre vukua gelen değişiklik yani kayıt silme veya yeniden kayıt tesisi suetile ayrılan ve kaydedilen avukatların kayıtlarının terkin ve tanzim edilebilmesi için sicil numaralarile adları bir listeye veya levhanın gönderileceği tahrirata decedilerek keyfiyetin açık bir şekilde Vekâlete bildirilmesi;

Adli müzaharet büroları:

6 — Kanunun 122 inci maddsine tevfikan kurulan ve kurulacak olan adli müzaharet bürolarının teşekkül tarzı ve devamı o yerlerdeki avukat ve dâva vekillerinin adedine bağlı olduğuna göre bazı yerlerde yeniden kurulacağı ve bazı yerlerde de mevcudun kanuni sayıdan aşağı düşmesile teşekküllerin dağılacağı tabiidir. Her adli müzaharet bürosunun teşkil ve bu idaresi, kanunun 73 üncü maddesinin«M»bendi hükmünce baro idare meclislerinin vazife ve salâhiyeti cümlesinden bulunması bakımından adli müzaharet bürolarının kanuni şekle uygun olarak şimdiye kadar nerelerde ve hangi tarihlerde kurulmuş olduğunun ve infisah vaki ise nerelerde ve hangi tarihlerde vuk'a geldiğinin, 20/6/1941 tarih ve 75/16 sayılı genelge göz önünde bulundurularak bir liste halinde ilgili barolarca bildirilmesi ve bundan sonra kurulan ve dağılanların da akabinde tarihleri gösterilmek suretile malûmat verilmesi;

Baro reisi ve idare âzalarının seçimi:

7 — Kanunun 64 üncü maddesile müteakip maddelerine tevfikan baro reisi ile idare mecilisi âzalarının seçimi münasebetile yapılan baro umumî heyet toplantısında ekseriyet nisabı hasıl olup olmadığının ve seçilenlerin kâfi miktarda rey alıp almadıklarının anlaşılabilmesi için seçim mazbatalarında kâfi sarahat olmadığı gibi seçim neticesinin idare meclisi tarafından tanzim edilecek bir mazbata ile Vekilliğe bildirileceği kanunun muaddeil 69 uncu maddesinin son fıkrasında açıkça yazılı iken bazı barolarca mazbataların umumî heyet veya seçimi idareye memur edilen üç avukat tarafından tanzim edildiği de görülmektedir. Seçim yapılırken toplantı tarihlerile gerek toplantıda bulunacakların adedi ve gerek eçilenlerin aldıkları reylerin miktarı tesbit ve seçim mazbatasına yazılmak lâzımdır. Bundan başka kanunun 70 inci maddesinde seçim müddetinin iki sene olduğu ve şukadar ki âzalardan yarısının her sene yenileneceği ve âzalardan iki sene idare mecilisinde bulunanların ayrılmalarından bir sene geçmedikçe yeniden seçilemiyecekleri tasrih kılındığı ve bu maddenin tatbikı hakkında her seçim münasebetile alâkalı barolara vazıh malûmat verildiği ve

keyfiyet 20/6/941 tarih ve 74/15 sayılı genelge ile de barolara tebliğ edildiği halde yine bazı barolar idare mecilisi âzalarının hepsi hakkında seçim yapmakta ve iki senelik müddeti doldurup doldurmadıklarını hiç nazara almadan yerlerine başkalarını veya iki senelik müddeti henüz doldurup ayrılmış ve aradan bir sene geçmemiş iken, ayrılan eski âzayı tekrar intihap eylemekte oldukları görülmüş ve kanun hükümlerine aykırı bulunan bu tarzdaki seçimin ıslahı etrafında yapılan incelemelerde çok zaman müteakip seçime kadar devam edegelmiştir. Bundan sonraki seçimlerde bu hususlaki hükümlerle yapılan tebliğler gözününde tutularak bu yanlışlığın tekerrürüne meydan verilmemesi;

Avukat sicilleri:

8 — Kanunun 42 inci maddesi mucibince Vekâletten gönderilen nümunesine tevfikan barolarca tanzimi lâzımgelen avukatlara ait sicil muamelelerinin ikmaline ve Vekâletçe de ayrıca tanzim edilmekte olan sicillerin doldurulmasına esas olacak vesikalarla fotoğrafların gönderilmesine dair 26/4/939, 2/5/940, 19/7/940, 1/8/941 tarihve 13 , 78/18, 34, 20/78 sayılı genelgelere ve bu hususta ayrıca yapılan tebliğlere rağmen bir kısım barolara ait sicil muamelelerinin ikmali için istenilen belge ve fotoğraflar tamamen gönderilmemiş olduğundan bunların en kısa zamanda gönderilmesi;

Avukatlık vesikalarının ruhsatnamelerle değiştirilmesi:

9 — Kanunun yürürlüğe girmesi üzerine yeniden tabettirilecek ruhsatnamelerle tebdil edilmek şartile o sıralarda kendilerine Vekâletten verilmiş olan vasikalarla baroda kayıtlı olarak avukatlık yapmakta bulunanların ruhsatnameleri verilmek üzere ellerindeki mezkûr vesikalarla muktazi pul ve fotoğraflarının gönderilmesi 941 yılında 51/11 sayılı genelge ile tebliğ edildiği ve aradan uzun bir müddet de geçtiği halde bunlardan bir kısmının müracaatla ruhsatnamelerini almadıkları anlaşılmaktadır. Bu gibilerin de ruhsatnameleri verilmek için mezkûr vasikalarile 30 ar kuruşluk damga ve birer kuruşluk tayyare pullarının ve 6X9 eb'adında dörder adet fotoğraflarının barolarca kendilerin len alınarak gönderilmesi;

Ruhsatnameli dâva vekillerinin isteye kayıtları:

10 — Avukatlık Kanunu'nun muvakkat IV üncü maddesinin A. fıkrasile bu fıkranın tefsirine mahal olmadığına dair olan Büyük Millet Mecilis'nin 14/12/942 tarih ve 1318 sayılı tefsir kararına göre ruhsatnameyi haiz dâva vekillerinin, Kanunun meriyeti tarihinde beş avukat bulunmıyan yerlerde icrayı vekâlet edebilecekleri kabul ve tesbit edilmiş bulunmaktadır. Mezkûr muvakkat maddenin B. fakrası mucibince, A. fıkrasında gösterilen yerlerin adliye encümen veya heyetleri o yerlerde vekâlet yapmak

67

stiyen dâva vekillerinin bir listesini tanzim ederek Vekâlete gönderecekleri cihetle bahsi geçen Kanunun yürürlükte bulunduğu sıralarda bu hüküm gözününde tutularak yapılan tebliğ üzerine 938 yılında mahallerince tanzim edilip gönderilen dâva vekilleri listeleri esas tutulmuştur. O tarihten itibaren listede kayıtlı bulunan ve haiz oldukları ruhsatnamelere istinaden sonradan listelere kayıt ve kabulleri yeniden icra kılınan dâva vekillerinin icrayı vekâlet edebilecekleri derpiş olunmuş ve ruhsatnameyi haiz olup da liste haricinde kalanlar ise herhangi bir müracaatlar üzerine mezkûr muvakkat ve muaddel dördüncü maddenin C. bendinin son fıkrasına göre yeniden kayıt dileklerinin nazara alınarak maddi ve mânevi durumları incelendikten sonra adlarının listeye ithal edilip edilmemesinin lâzım geleceği hakkında bir karar verilmesi ve bu kararla müstenidatının vekâlete gönderilmesi prensip olarak kabul edilmiş ve esasen madde hükmü de bunu teyit eder mahiyette bulunmuştur.

Bu itibarla ruhsatnameyi haiz bir dâva vekilinin listesine kayıtlı bulunduğu mahallin haricinde devamlı olarak dâva vekilliği edemiyeceği gibi bir yerden diğer bir yere nakil etmek istediği takdirde bile yukarda bahsi geçen muvakkat ve muaddel IV üncü maddenin C. bendinin son fıkrasına göre nakletmek istediği yerin adliye encümen veya heyetine müracaatla o yerin dâva vekilleri listesine kaydını yaptırması lâzımdır. Şuhalde gerek yeniden kayıt ve gerek nakil taleplerinde bulunanların talep ve durumları salâhiyetli adliye encümen veya heyetlerince incelenip listeye kayıt muameleleri tekemmül etmedikçe vekâletlerin kabulü caiz olmadığı gibi listede kayıtlı olmıyanların da üç avukat veya dâva vekili bulunan yerlerde hiç bir suretle icrayı vekâletlerine mesağ olamıyacağı da tabiidir.

Bundan başka vefat edenlerle herhangi bir suretle mesleğinden ayrılanların ve avukatlıkla içtimaı caiz olmıyan bir hizmet ve vazife deruhte edenlerin adları Adliye Encümen veya Heyetlerince listelerinden silinerek keyfiyetin Vekâlete bildirilmesi;

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 61 inci maddesinden istifade ederek vekâlet yapanlar:

11 — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 61 inci maddesinin son fıkrasından istifade ederek baro teşekkül etmiyen ve üç dâva vekili bulunmıyan yerlerde dâva vekâletini vazife edinmek suretile sulh ve asliye hukuk mahkemelerinde dâva kabul ve takip eden ruhsatnamesiz kimseler hakkında Avukatlık Kanunu'nda hususi bir hükum yoksa da bu gibilerin de mânevi vasıfları haiz olmaları icabeder. Bu vasfı haiz bulunmıyan veya sonradan kaybeden bahse mevzu kimselerin mahkemeye kabul edilmemeleri dâva vekillerinin işten çıkarılmalarına kıyas edebileceğinden Avukatlık

Kanunu'nun muvakkat ve değişik IV üncü maddesinin B. bendinin kıyasen tatbikile bu gibilerin mahkemeye kabul edilmemelerine mahallin en yüksek dereceli hâkimi tarafından karar verilmesi ve bu karara alâkalının yapacağı itirazın da ağır ceza mahkemesince tetkikle katî surette karara bağlanması iktizâ edeceğinden bundan sonra o suretle muamele yapılması;

Adli müzaharet bürosu kurulmıyan yerlerde evrak tanzim edenler:

12 — Avukatlık Kanunu'nun muvakkat V inci maddesinin 2 inci fıkrasında adli müzaharet bürosu kurulmıyan yerlerde 23 üncü maddenin evrak tanzimine ve resmî dairelerdeki işleri takibe dair olan hükümleri bu büronun tesisine kadar tatbik olunamıyacağı tasrih kılındığına göre mezkûr büronun bulunmadığı yerlerde avukat ve ruhsatnameyi haiz dâva vekillerinden başka ruhsatnameyi haiz olmıyan kimseler de bahsi geçen evrakı tanzim ve işleri takip edebilirler. Maddenin bu sarahtına rağmen adli müzaharet bürosu kurulmıyan yerlerin bazılarında ilgili makamlarca ruhsatnameyi haiz olmıyanların evrak tanziminden ve iş takibinden menedildiği görülmektedir.Sözü geçen madde hükmüne göre muamele yapılması icabeder. (Huk. İ U. M. 23 — 11 — 944 tarih ve 121/109 — 23)

§ Adli sicil talimatnamesi:

Adliye vekilliği Ceza işleri umum müdürlüğüne bağlı Adli sicil müdürlüğü tarafından neşredilen adli sicil talimatnamesi altı kısım, 31 madde ve müteaddit örnek formüllerden müteşekkildir.

Birinci kısım TEŞKİLAT'a dairdir. 1. madde merkezi sicil müdürlüğünden, 2. madde mahallî adli silcilden bahsetmektedir.

İkinci kısım BİLDİRME' ye aittir. Bu kısımda bildirme fişleri (madde 3) mahkemelerin bildirmesi (madde 4) ,c muddeiumumilerinin bildirmesi(madde 5), soyadlarının adların, dogum ve nüfusta kayıt yerlerinin yazılması (madde 6),bildirme fişinin yanlış veya eksik doldurulması (madde 7),Ceza fişi ile bildirilecek hususlar (madde 8) Ceza fişlerinin doldurulması (madde 9) tâli karar fişi ile bildirilecek hususlar (madde 10),tâli karar fişlerinnin doldulurması (madde 11), infaz fişi ile bildirilecek hususlar (madde 12) infaz fişlerinin doldurulması (madde 13) yer almıştır.

Üçüncü kısım adli sicil bültenine aittir. Bu kısımda haber alma numası (madde 14),suçlunun soyadı, adı, baba ve anasının adları,doğum ve nüfusta kayıt yerleri (madde 15), haberlardeki kısaltmalar (madde 16), Ceza haberleri (madde 17), tâli karar haberleri (madde 18), infaz haberleri (madde 19), kadınlara ait haberler (madde 20), düzeltilen veya iptal edilen haberler (madde 21) yeralmıştır.

Dördüncü kısım ADLİ SİCİL, e ayrılmıştır. Bu kısımda sicil varakalarının doldurulması (madde 22), sicil varakalarının tasnifi (madde 23), sicil varakalarının büsbütün çıkarılması (madde 24) hususları yer almıştır.

Beşinci kısım BİLGİ İSTEME VE BİLGİ VERME meselesine tahsis edilmiştir. bu kısımda bilgi istenecek adli sicil (madde 25) yazı ile bilgi isteme (madde 26), tel ile bilgi isteme (madde 27), Bilgi verme (madde 28), hususlarını tanzim etmektedir.

Altıncı kısım sair hükümlere ayrılmıştır. Bu kısımda örnekler(medde 30), ve muhabere (madde 31) meseleleri tanzim edilmiştir.

İlgili örnekler ayrıca talimtnameye eklenmiştir.

§ Tahsili emval kanununun 15. maddesi mucibince hazinece tefevvüz edilen gayrimenkuller hakkında:

5/ağusto 1325 tarihli Tahsili emval kanununun 15. maddesinde, hazine namına teferru muamelesi tarihinden itibaren bir sene zarfında mal sahibi deynile bakayasını ve takip masraflarını tesviye ederse malın kendisine iade edileceği, hükmü yazılı bulunmaktadır.

Tatbikatta bazı mahallerde bu bir senelik müddetin gayrimenkulün hazine adına tapuya tescil edildiği tarihten itibaren hesap edilmekte olduğu cereyan eden maktadır muamelelerden adlaşılmaktadır.

halbuki, Medeni kanunun 633, Boçrlar kanununun 225. maddeleri mucibince «cebri müzayedelerde bey'i müzayede memurunun ihalesile münakit olur». Şu vaziyete göre,adı geçen maddedeki bir senelik müddetin (ihale) tefevvüz tarihinden itibaren başlaması lâzım geldiğinden bundan sonra bu yolda muamele ifası gerekir (Maliye vekâleti Millî Emlâkumum müdürlüğü 15/9/944 tarih ve 3260/9-19438: 37 sayılı tamimidir).

III. KARARNAMELER ARASINDA

§) Beş yaşına kadar dişi ve erkek sığır ve mandaların kasaplık olarak alım, satım ve kesilmesinin men'i:

1 — Millî Korunma kanununun bazı maddelerini değiştiren 4648 sayılı kanunun 38. maddesinin ikinci bendine dayanılarak beş yaşına kadar (beş yaş dahil) dişi ve erkek sığır ve mandaların kasaplık olarak alımı, satımı ve kesilmesi menedilmiştir.

2 — Kesim yasağı dışında kalan her yaştaki erkek ve dişi sığır ve mandalar ancak mezbahalarda kesilir.

Mezbahası olmıyan kasaba ve köylerde mahallî ihtiyacı karşılıyacak nisbetteki kesimler için ait olduğu belediye ve muhtarlıklarca işbu kara-

rın neşri tarihinden itibaren bir ay içinde muayyen kesim yerleri tâyin ve usulü dairesinde ilân olunur.

Bu yerler mahallî, zabıta ve belediye âmirleri ve veteriner teşkilâtı tarafından daimî surette kontrol edilir.

Harekete hazır bir vaziyette veya harekette olduklarından dolayı mezbaha ve kesim yerlerinden istifade edilemiyecek bir halde bulunan askerî birliklerce yapılacak kesimler mezbaha ve kesim yeri kaydına tâbi değildir. Bu gibi hallerde işbu karar hükümleri kıta veterineri tarafından tatbik olunur.

3 — Mezbaha ve kesim yerlerinde kesilecek sığır ve mandaların birinci maddede tahdit edilen yaşlar haricinde oldukları veteriner raporu ile tevsik ettirilir.

Ancak yine veteriner raporuna müstenit olmak üzere Hayvan Sağlık Zabıtası Nizamnamesinin 469. maddesinin A. B. C. paragraflarında gösterilen mecburi kesimlerle birinci maddede yazılı yaş hadleri dahilinde bulunan fakat çift koşum ve damızlık vasıflarını haiz olmıyan veya bu hizmetleri görmeğe mâni kusurları bulunan erkek ve dişi sığır ve mandaların alım, satım ve kesimleri birinci maddede yazılı yaş hadleri kayıtlarından müstesnadır. Veteriner bulunmıyan yerlerde bu işler mahallî belediye ve muhtarlıklarca ve askerî birliklerde ise kıta veterinerleri tarafından yapılır.

4 — Her yaştaki sığır ve mandaların ve bunların ham derilerinin alım ve satımı, pazar ve panayırlarda yapılır. Menşe şahadetnamesi bulunmıyanların alım ve satımları yasaktır.

Belediye kanununun hükümleri dairesinde şimdiye kadar hayvan pazarı açmamış olan belediyeler işbu kararın neşri tarihinden itibaren en geç bir ay içinde usulüne tevfikan pazar yerleri açmağa ve bunu Ziraat Vekilliğine bildirmeğe mecburdurlar.

5 — Bilûmum hakiki ve hükmi şahısların şahsi ihtiyaç haricinde her ne suretle olursa olsun her yaştaki sığır ve mandalarla bunların derilerini kasaba, köy ve yayla ve otlakiyeleri dolaşarak toplamaları, satın almaları ve satmaları yasaktır.

6 — Ticaret maksadiyle pazar ve panayırlarda her yaşta sığır ve manda ve bunların ham derilerini toplıyacak ve satın alacaklarla, sevk ve nakledeceklerin, bunların alımı, satımı veya kesimini sanatı mutada ittihaz etmiş olmaları, ticaret sanayi ve esnaf odalarına ve bunların bulunmadıkları yerlerde belediyelere kayıtlı bulunmaları mecburidir.

Bu kimselerin sığır ve manda ve bunların ham derilerini toplıyacakları ve satın alacakları mahallin tâbi bulunduğu vilâyete yazı ile müracaat ede-

rek müsaade vesikası almaları mecburidir. Bu müracaatta hangi yaştaki erkek ve dişi sığır ve mandaların ve bunların derilerinin, hangi pazar ve panayırlardan ve ne maksatla (kasaplık, koşum, damızlık) ve kaç baş olarak toplanacağı, satın alınacağı ve nerelere sevkedileceği açık olarak yazılmalıdır.

Odalara ve belediyelere kayıtlı olduklarına dair vesikası olmıyanlara satın alma müsaadesi verilmez.

7 — Veteriner sağlık raporu ve sürek cüzdanı olmıyan her yaştaki sığır ve mandaların ve bunların ham derilerinin her ne suretle olursa olsun karadan sevkleri, deniz ve demir yolları ile nakilleri yasaktır. Sağlık raporu ve sürek cüzdanına sığır ve mandaların ne maksatla (kasaplık, koşum, damızlık) satın alındıkları ve altıncı maddenin ikinci fıkrasında yazılı satın alma vesikasının verildiği vilâyetin adı ile tarih ve numarası yazılacaktır.

8 — Veteriner, mahallî zabıta, hayvan sağlık, belediye, istasyon, iskele gümrük muhafaza memurları ile jandarma, köy muhtarı ve bekçileri bu kararda yazılı bulunan vesikaları aramağa mecburdurlar.

Menşe şahadetnamesi ve sağlık raporu ve sürek cüzdanı olmıyan ve işbu karar hilâfına satın alınmış ve sevkedilmekte olan sığır ve mandalarla bunların ham derileri derhal tevkif edilerek mahallin en büyük mülkiye âmirine verilir.

9 — Yukarda yazılı maddelerde ki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Millî Korunma Kanununun muaddel 38 maddesinin 2 inci ve 59. maddesinin 4. bendleri delâletiyle 54. maddesinin birinci bendinde yazılı cezalar tatbik olunur.

10 — 2/17038 ve 2/17850 sayılı kararnamelerle yürürlüğe girmiş olan K: 240 ve K/397 sayılı kararlar kaldırılmışlardır.

İşbu karar neşri tarihinden itibaren muteberdir. (9/11/1944 tarih ve 1774 sayılı kararnameye müstenit 551 sayılı ve 2/12/1944 tarihli karar.)

§) Ticaretin tanzimine ve ihtikârla mücadeleye dair K/510 sayılı kararın tadili.

4/3/1944 tarih ve 3/522 sayılı kararname ile yürürlüğe giren K/510 sayılı kararın bazı maddelerinin değiştirilmesine dair 554 sayılı kararda adı geçen kararın 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 13, 16, 18, 20, 23, ve 27 maddeleri değiştirilmiştir. (5/12/1944 tarih ve 3/1865 sayılı kararnameye istinat eden 11/12/1944 tarih ve 554 sayılı karar.)

Bibliyoğrafya

CEVAT ABDURRAHİM GÜCÜN: *Nazarî ve Amelî Hukuk Dâvaları, I. Kitap: Gayrimenkul Dâvaları*. İstanbul 1944 S. 755+XVII, Fiyatı 12,5 lira.

Medeni kanunun sureti tatbik ve meriyetine dair kanunun malûm hükmü mucibince muayyen hâdiselerde hâlâ yürürlükte bulunan eski hükümlerin iyice bilinmemesi, esasen bu hükümlerin mütenevvi ve oldukça karışık bulunması, Medeni kanunun Aynî haklara ve bilhassa gayrimenkule ait hükümlerinin memleketimiz ve hukukçularımız için daha yeni ve tamamen hazmedilmemiş olması, nihayet bu mevzular üzerinde neşriyatın yok denecek kadar az ve nazariyatla el ele gitmesi icab eden mahkeme içtihatlarının bol bol ve zamanında yayınlanmamış bulunması, gayrimenkule ait hükümlerin tatbikında pek çok müşküllere sebep olmaktadır. Bu itibarla Temyiz mahkemesi I. hukuk dairesi reisi, mülga Darülfünün hukuk fakültesi profesörlerinden sayın Cevat Abdurrahim *Gücün* tarafından neşredilip *Nazarî ve Amelî Hukuk Dâvaları* başlığını taşıyan bir serinin ilk cildini teşkil eden *gayrimenkul dâvaları* hakkındaki eser, hakikî bir ihtiyaca cevap vermesi itibarile, hukukla uzaktan yakından ilgili herkes tarafından büyük bir memnunlukla karşılanacaktır. Sayın müellifin herkesçe müsellem olan bilgisinin; profesörlük, hâkimlik, avukatlık, nihayet hâkimlik mesleğinin yüce mertebeleri olan temyiz âza ve reisliğinde geçirdiği uzun yılların tecrübesi mahsulü olması, eserin değerini artırmaktadır.

Kitapta takip edilen usule gelince, bu hususta hem *nazariyat, hem de tatbikatçıların ihtiyacına en uygun* düşecek bir metot takip edilmiştir. Şöyle ki, esas tasnif tarzı kanunun takip ettiği sıraya uygundur. Herdâvanın evvelâ kanunu medenide tatbika medar olan maddesi izah edilmiş, misallerle aydınlatılmış, ve mümkün oldukça illet ve istisnaları gösterilmiş, müellifin zatî mütalâa ve kanaatleri ortaya konmuştur. Bundan sonra o mevzuda bir dâva tasavvur olunarak dâvacı ile dâva olunan kimselerin iddia ve müdafaalarile hâkimin hükmü tasvir edilmiştir. Daha sonra o mevzua ait Temyiz mahkemesi heyet ve dairelerinin kararları zikredilmiştir. Bu usulün bilhassa tatbikatçılar için ne kadar istifadeli olduğunu uzun uzun izaha hacet yoktur

Sayın müellif eserinde yalnız medeni kanun hükümlerini izah ile iktifa etmiyerek, icap ettikçe, her meselede *eski hukukumuzda* mevcut hükümlere de kısaca işaret eylemiştir. Bundan başka, şuciheti de işaret edelim ki müellif kanun hükümleri karşısında *tenkit ve tahlil zihniyetile* hareket etmiş, tat-

bikatta eksik ve müphem olduğu anlaşılan hükümleri açıkça ortaya koymuştur. (Meselâ bak. Müşterek mülkiyet bahsi: s. 55).

Nihayet ve bilhassa ***kanun medeni dışında kalan, fakat tatbikattaki önemleri büyük olan hususî ve istisnaî hükümlerden doğan dâvalar da*** ayrı bölümlerde, aynı usul dahilinde, izah edilerek okuyucuların istifade nazarlarına sunulmuştur. İlâve edelime ki eserin sonuna ilâve edilen ***alfabetik*** fihrist kitaptan istifadeyi geniş ölçüde kolaylaştırmıştır.

Eserin münderecatına gelince: Kitap dokuz baptan müteşekkildir. Birinci bap, gayrimenkul mülkiyeti ve onun şümulünden mütevellit dâvalara ayrılmıştır. Bu bapta gayrimenkul mülkiyeti ve meni müdahale dâvaları, mülkiyet hakkının şümulünden mütevellit dâvalar, gayrimenkulde müşterek mülkiyetten doğan dâvalar gayrımenkulde iştirak halinde mülkiyetten doğan dâvalar gayrimenkul mümkiyetinin mevzuu ile iktisarbından doğan dâvalar, gayrımenkulün işgalinden mütevellit dâvalar, yeni arazı teşekkülünden mütevellit dâvalar, sahipsiz gayrimenkullerin tasarrufundan ve mülkiyetin izaasından mütevellit dâvalarla tescil dâvaları, hudut dâvaları, başkasının arsasına bina inşa ve ağaç garsından mütevellit dâvalar,üst hakkından mütevellit dâvalar, gayrimenkul malikinin mesuliyetine müstenit dâvalar, komşuluk münasebetinden mütevellit dâvalar, tetkik edilmiştir.

İkinci bapta, hususî hükümlere tâbi gayrimenkul dâvaları incelenmiştir. Bu bapta mera, yayla, kışlak ve baltalık dâvaları, orman dâvaları maden ve taş ocakları dâvaları, istimlâkten mütevellit dâvalar, kadastronun tatbikından mütevellit dâvalar, emvali metruke kanunlarının tatbikından mütevellit dâvalar, yabancıların gayrimenkule tasarruf dâvaları. Ankaranın imarı kanunundan mütevellit dâvalar, Kullei zemin dâvaları, Elviye-i selâse arazisinde tasarruf dâvaları tetkik edilmiştir.

Üçüncü bap vakıf dâvalarına ayrılmıştır. Bu bapta kanunu medeninin neşrinden sonra vapılan tesis dâvaları, yeni vakıflar kanunundan doğan dâvalar, eski hükümlere göre vakıftan doğan dâvalar tetkik edilmiştir.

Dördüncü bap irtifak hakkından doğan dâvalara ayrılmıştır. Bu bapta irtifak hakkının mevzuu ile tescilinden ve tesisinden doğan dâvalar, intifa hakkından mütevellit dâvalar,sükna hakkından mütevellit dâvalar,gayrimenkul mükellefiyetinden doğan dâvalar, gedik dâvaları tetkik edilmiştir.

Beş nci bapta, gayrimenkul rehininden mütevellit dâvalar tetkik edilmiştir. Bu bapta rehnin şekli inikat ve sıhhatından doğan dâvalar, ipotek dâvaları.... rehnin fekki dâvaları tetkik edilmiştir.

Altıncı bap, gayrimenkulde zilyedlik ve ref'iyet dâvalarına ayrılmıştır.

Yedinci bap tapu sicilline müteallik dâvalara, Sekizinci bap garimen-

kulün âdiyen temlikinden mütevellit dâvalara, dokuzuncu bap gayrimenkullere müteallik müteferrik hükümlere ayrılmıştır.

İktisadî hayatımız için son derece mühim olan garimenkuller hukukuna dair böyle geniş ve değerli eser neşreden sayın müellif, muhakkak ki bütün adliyeciler,avukatlar,hukuk talebeleri, ve hukukla ilgili herkes için pek müfit bir hizmette bulunmuşlardır.

F. ARIK

MEDENİ KANUNUMUZUN XV. YIL DÖNÜMÜ İÇİN– Neşreden: İstanbul hukuk fakültesi (İstanbul üniversitesi yayınlarından N. 245) İstanbul Kenan matbaası 1944, S. 960, fiatı 5 lira.

On sekiz yıl önce yapılan büyük kanun inkılâbının içinde en derin ve en katî değişiklik, hiç şüphesiz medeni hukuk alanında başarılan yenilik hareketidir. Bu hareketin teşriî metin halinde ifadesi yeni Türk medeni kanunudur. 1926 teşrininde kabul edilen bu kanun, bir hükümet adamımızın güzel buluşule bu «anıt - eser» in hayatında ilk onbeş yıl hiç şüphesiz en nazik bir devirdir. Çünkü bu devre, kanunun memleketimizin bünyesine uyup uymadığı, memleketin örflerinde, iktisadi ve içtimai münasebetlerinde beklenen inkılâp tesirini yapmağa muvaffak olup olmadığı, hukuk öğretim ve anlayışımıza büyük bir hamle yaptırıp yaptırmadığını tâyin eden ilk buhranlı yıllardır. Medeni kanun, bu nazik devreyi, koyduğu esasların canlılığı ve yüksekliği. fakat her şeyden önce hukuk inkılâbının ilk devresinde bir kaç aylık bir intikal müddetinden sonra yepyeni bir hukuk sistemini anlamak ve tatbik etmenin eşsiz mesuliyetini vicdanlarında duyan Türk hâkimlerinin hayret verici benimseme ve temsil kabiliyeti sayesinde, büyük başarılarla geride bırakmıştır. Bugün herkes kabul ediyor ki medeni kanun bu memlekette tutmuştur. Belki şu veya bu müessesesinde bazı ufak tefek tadilleri gerekli kılan aksamlar müşahede edilebilir, fakat yapı sağlamdır ve artık bizim olmuştur.

Başarı ile dolu bu ilk onbeşinci yıl, Türk hukuk hayatında tarih yaratan olaylardan biridir. Bunun için başlıca ilim müesseselerimizin ve dergilerimizin bu yıl dönümünü kutlamasını, inkılâp heyecanının şuurlu uyanıklığının bir açıklanması olarak seviçle karşılamak isteriz. İş mecmuası,nın siyasi ilimler mecmuası'nın çıkardıkları ayrı sayılar, şimdi hatırlıyamadığımız bir çok yazılardan sonra, şimdi İstanbul hukuk fakültesi tarafından bu yıl dönümünü güzel bir armağan ile selâmladığını görüyoruz.

Memleketimizde 11 yıl önce yapılan üniversite inkilâbının da ne kadar verimli olduğunu isbat eden bu kutlama armağanını büyük bir zevk ve iftiharla okuduk. Her birisi ilmî bir tetkika örnek olarak verilebilecek bir

77

titizlik, ciddilik ve itinayla hazırlanmış her incelemeyi bütün okuyucularımızın gözden geçirmelerini isterdik. Bu anma eseri', vaktile yabancı memleket üniversitelerinde - birazda üzülerek, gıpta ederek - hayranlık duyduğumuz — ***Melanges***'ların, ***Festgabe***' lerden hiç de geri kalmıyan bir olgunluk arzetmektedir [1] Okuyucularımız hatırlayacaklardır ki daha evvel bu sutunlarda, bu anma eserinde yer alan etütlerden Adliye vekâleti hukuk işleri umum müdürü İsmal Hakkı Karafakı tarafından yazılan (Medeni kanunumuzdaki boşanma sebebplerinin kanun ve içtihat bakımından mukayeseli bir tetkiki), Ticaret vekâleti hukuk müşaviri Dr. Ferit Ayıter tarafından yazılan (Yabancı kanunların alınması ve millî hukuk), Ordinaryün Prof. E. Hirş tarafından yazılan (Zilyedliği gasp ve ona tecavüz) (fuzuli işgal) den doğan tazminat (ecrimisil talepleri) başlıklı ve ayrı bası halinde neşredilmiş bulunan yazılardan bahsetmek fırsatını bulmuştuk. Bu sayıda yalnız eserin intişarını ***Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil***: Önsöz. ***Mahmut Esat Bozkurt***: Türk medeni kanunu nasıl hazırlandı? ***Ord. Prof. Cemil Bilsel***: Medeni kanun ve Lozan muahadesi. ***Fuat Hulûsi Demirelli***: Türk kanunu medenisine neler borçluyuz? ***Prof Dr. Kemalettin Birsen***: Medeni kanunu lafzile tatbikte hâkimin takdir selâhiyeti ve hukuk mesuliyetine dair düşünceler, ***Doçent Dr. Recai G. Okandan*** : Medeni kanunumuzda hâkimin vazıı kanun rolü, ***Dr. Ferit Ayıter***: Yabancı kanunların alınması ve millî hukuk, ***Doçent Dr. Ferit H. Saymen*** : Medeni kanunumuzda köylünün ve ziraatın yeri, ***Doçent Dr. Halil Arslanlı***: İsviçre kanunu medenisi ve borçlar kanunu, veya İsviçre hukukunun bulduğu bir tefsir normu Türk hukukuna müessir olabilirmi?, ***Prof. Dr. Hıfzı Veldet***: İsviçre kanunu medenisi karşısında Türk medeni kanunu, ***Ord Prof Andreas B. SchWarz***: Medeni hukukta umma kısım meselesi, mevzuatta ve hukuk ilminde, tarih de ve bugün ***Prof Dr Ziyaeddin, Fahri Fındık Oğlu***: Türk medeni kanunu ve aile ismi müessesesi, ***Prof. İsmail Hakkı Güreli*** : Medeni kanun hükümlerine göre cemiyetler ve 3512 sayılı cemiyetler kanunu ***Prof. Dr. Hıfzı Veldet***. Türk evlilik hukukunun bugünkü meseleleri üzerinde düşünceler, ***İsmail Hakkı Karafakı***: Medeni kanunumuzdaki boşanma sebeplerinin kanun ve içtihât bakımından mukayeseli bir tetkiki, ***Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay***: Karı koca arasında karşılıklı vazifeler, ***Ord Prof. Ahmet Samim Gönensay***: Medeni kanuna göre küçüklerin himayesi, ***Ord. Prof Dr. E. Hirş***: Ziyedliği gasp ve ona tecavüz (fuzulî işgal) den doğan tazminat (ecrimisil) talepleri, ***Ord. Prof. Ebül'ula Mardin***: Ayni haklarda mütemmim cüzü telâkkisile husule gelen inkılâp hükümleri, ***Prof Dr. Hüseyin Nail Kubalı***: Medeni kanun ve maden mülkiyeti,

[1] İstanbul hukuk fakültesi tarafından otuzuncu okutma yıllarını bitiren *Ord. prof. Cemil Bilsel* ve yine Ord. Prof. Ebul'ula Mardin şerefine neşredilen Armağanları da, aynı olmaları itibarile bilhassa anmak lâzımdır.

Cevat Gücün: Deniz ve göllerle nehirlerde tasarruf, ***Prof. Nusret Metya:*** Kanun ihtilâfları ve muhtelif sistemler, ***Doçent Ragıp Sarıca:*** Borçlar kanunumuzun 55. maddesi 313. maddesi arasındaki münasebet.

ORD. PROF EBÜL'ULÂ MARDİN: ***Aynî Haklarda Mütemim cüzü telâkkisile Husule Gelen İnkılâp Hükümleri*** (Medeni kanunun XV. yıl dönümü, s. 801 — 832).

İstanbul hukuk fakültesinin âlim Medeni hukuk Ord. profesörü, sayın ***E. Mardin*** aynî haklar bahsinde gayet faydalı vesikalı bir tetkik neşreylemişler dir. Sayın üstadın diğer bütün eserlerine hâkim olan ana vasıflar bu değerli incele mede de göze çapmaktadır: pek büyük bir iha tave derin bir vukuftan ileri gelen sadelik ve açıklık, mukayesde emniyet ve katiyet, her tetkik sonunda salim ve mantıkî neticelere erişme.

Müellif önce medeni kanunumuzda mütemmim cüz'e ait şartları tesbit etmektedir: a) kendisine asıl denebilecek bir şeyin mevcudiyeti, b) asıl denilen şeye digerinin irtibatı, c) irtibatta devam ve istikrar, d) asılda esaslı unsur olmak, e) birleşen cüzülerin bir bütünlük arzetmesi.

Bundan sonra mütemmim cüz'ün hükümlerine geçen sayı müellif bunları üç asla irca etmektedir: 1 müstakil olarak hakka mevzu teşkil edebilmek kabiliyetinin ziyaı. 2 - mütemmim cüzü üzerinde evvelce mevcut aynî hakların sukutu. 3 — asıl olan cüze taallûk eden hakların mütemmim cüze sirayeti.

Medeni kanunumuzda mütemmim cüze ait şartları ve hükümleri itinayla inceledikten sonra müellif mütemmim cüzü telâkkisinin memleketimizde husule getirdiği inkılâbı şu noktalarda bariz olarak göstermektedir:

1 — Yeni hukukumuzda mütemmim cüze taallûk eden haklar sukuta uğradığı halde evvelki hukukta sukuta uğramaz. Binaenaleyh evvelki hukuka göre müşterinin hotbehot mebii kabzı, bâyiin hapis hakkını ıskat edemiyeceğinden, müşteri mebii mütemmim cüzü haline getirse bile, bâyi onu istirdat edebilir. Görülüyor ki takip hakkı mütemmim cüze karşı da kullanılabiliyor. Zaten eski hukuka göre, tağyir hali hususle gelmedikçe ve ayrılmanın asla mazarratı tahakkuk etmedikçe malikinin mütemmim cüze ait hakkı mahfuzdur.

2 — Yeni hukukumuzda müstakillen mütemmim cüzü üzerinde aynî hak ihdasına matuf mukavele keenlemyekûn addedildiği halde, evvelki hukukta bilfarz mütemmim cüzü istisna ederek aslı yalnızca satmaya cevaz vardır. Bu münasebetle durumun evvelki hukukta arzettiği hususuyetlere ait izahlar çok alaka vericidir.

3 — Yeni hukukumuzda bir binanın üst katı birine alt katı diğerine ait olmak üzere yapılan taksim caiz değilken evvelki hukuka göre caizdir. Yeni hukuktaki bu memnuiyet mütemmim cüz'ün müstakil olarak bir aynî hakka mevzu olamıyacağı esasına teferru ettiğini beyan eden sayın müellif

bu inkilâp hükmünün iyice anlaşılabilmesi için evvelki hukukun karara ait telâkkileri hakkında çok faydalı izahlarda bulunmaktadır. Yine bu bahisle ilgili olmak üzere medeni kanunumuzda kat mülkiyetine ait memnuiyeti kaldıracak bir hüküm ilâvesi hakkında yapılan teklif ve bu münasebetle Müstafa Şeref merhum Tapu müdürler encümeni ve mütehassıs müşavir sıfatile kendileri tarafından serdedilen mütalâalar da not halinde verilmiştir. Bu çok vakıfane yazılmış izahlardan öğreniyoruz ki bizde evvelki hukukta da kaide olarak kat mülkiyeti görülmektedir. Vücub-u kararın mevcudiyeti halinde böyle bir mülkiyeti yalnız vücub—u kararın (yani hukukan mevcut iken maddeten mevcut olmıyan kararların) mevcudiyeti halinde böyle bir mülkiyet tecelli ediyordu. Yani bir mukavele ile binada üst hakkı tesis olunamıyorsa da, bilfarz taksim neticesi olarak bir binanın üst kısmı birine, alt kısmı diğerine kalabiliyordu. Nitekim arzı memleket veya vakıf arazide mevcut mülk binaya, ağaca vücub—u karar ifaza etmek suretile kat mülkiyeti mümkün olabiliyordu. Yeni kanundan evvel tesis edilmiş olan bu kabil haklar istisnaen tanınmış ise de her hangi bir sebeple muntafi olduktan sonra (ki buraya yanmak gibi hakların zevalini müeddi olmıyan sebepler de girer) artık yenisini iadeten tesis mümkün değildir.

4 — Yeni hukukumuzda başkasının arsası üzerine gasben bina yapmak, ağaç dikmek hallerinde, yapılan bina, dikilen ağaç arsa malikinin mülküne mihaniki olarak girerken evvelki hukuka göre bunlar binayı yapanın, ağacı dikenin mülkünde kalır. Yalnız şagil olan bu kimse için meşgulü tahliyle etmek mecburiyeti husule gelir. Gâsıba ait eserlerin kal, hedim suretile giderilmesinin bir müstesnası vardır: bina, ağaç gibi malûm bihayati bulunmayan maddî eserlerin ***hukukî zu'm*** a binaen gasıp tarafından vücuda getirilmiş olması hali. Kendisine verilen bir tasarruf senedine güvenerek bir yerde bir şey yaptıran kimsenin bu itimadı yüzünden zarar görmesi doğru görülmediğinden kendisini himaye için akallin eksere tâbi tutulması, yani kıymeti fazla olanın kıymeti az olanı, malikin rızasına bakılmaksızın temellük edebilmesi kaidesi kabul edilmiştir. Bununla beraber vakıflarda hukukîzu'mun mevcudiyeyeti halinde de kal'ühedim zarureti vardır.

Evvelki hukukta gasben inşaat hâdisesine taalluk eden hukukî vaziyeti düzenlemeğe yarayan gâsıba ait eseri izale gibi esaslı bir kaide de izalenin arza mazarratı halinde gasıbın levazıma ait mülkiyeti hakkının bedele inkilâbını kabul keyfiyetidir. Yani yerin maliki bu durumda binanın, ağacın müstehikkulka kıymetlerini vererek onları temmellük edebilmektedir.

ARIK

PROF. NUSRET METYA: ***Kanun ihtilâfları ve muhtelif sistemler*** (Medeni kanunun XV. yıl dönümü için, s. 892—915).

Ankara hukuk fakültesinin değerli devletler hususi hukuku profesörü Nusret Metya Devletler hususi hukukunun en çetrefil ve en mühim bahis-

lerinden birisi olan kanun ihtilâfları mevzuu etrafında yazdığı kısa, fakat özlü incelemede, devletlerin hâkimiyetlerine haris olmaları ve muhtelif devletlerde cari olan kanunların birbirine benzememesi hasebile kanun ihtilâfları doğduğu kaydedildikten sonra,bu ihtilâfların halli için ileri sürülen nazariyeler tetkik edilmiştir. Bu nazariyeler eski nazariyeler, yeni nazariyeler olarak iki kısma ayrılmıştır. Eski nazariyeler şunlardır: mutlak mülkiyet, mutlak şahsiyet, statü nazariyesi (İtalyan mektebi, postglassatörler, Fransız mektebi, mücamei düveliye mektebi yahut Hollanda mektebi). Yeni nazariyeler ise şunlardır: Savigny nazariyesi, Mançini nazariyesi, Pillet'ni nazariyesi ve en son zamanlarda ortaya atılan üniveriste nazariye.

Nazariyeler hakkında etraflı izahlardan sonra kanun ihtilâflarını hal için bazı devletler tarafından kabul edilen kanun hükümleri tetkik ve tadat olunmuş, nihayet Türk sistemine geçilmiştir. Türkiyede Osmanlı imparatorluğu zamanında kapitülasyonlar cari olduğu için ve kapitülasyonlar mucibince devlet bir çok hallerde teşri ve kaza salâhiyetlerinden feragat etmiş bulunduğu için kanun ihtilâfları çıkmazdı. Yalnız bazı muhtelit mahkemelerde böyle ihtilâfların çıktığı görülmüştür. 1914 yılında kapitülasyonların bir taraflı olarak ilgasından sonra neşrolunan 23 Şubat 1915 tarihli kanun salâhiyet prensiplerini tâyin dolayısile kanun ihtilâflarından bahsetmiştir. Bu kanuna göre memleketin emniyet ve asayişine kanunlar bütün yabancılar hakkında meridir. Buna mukabil aile hukukuna, ehliyet, menkul ve vasiyet ve terekelere ait dâvaların mahkemelerimiz tarafından görülebilmesi için tarafların rızalarile müracaat etmeleri veya dâvada türk tabaasının alâkalı olması lâzımdır. Lozanda imzalanan ikamet ve adli salâhiyet mukavelesinde de salâhiyet prensiplerine da yanan bir kanun ihtilâfı kaidesi mevcuttur. Bu hüküm az çok farklarla 1915 tarihli kanun hükmüne uygundur. Lozan muahedesi 1931 tarihinde münkazi olduğundan 1915 kanunu halen mer'idir. Bu kanun ihtilâfların bir çok nevilerini ihtiva etmemektedir. Sonra bu kanun salâhiyet bakımından da mahzurludur. Fazla cemilekârdır. Profesör makalelerinin sonunda Adliye vekâletinden 1926 Polonya kanunu esas tutularak hazırlattığı projeyi kanunlaştırmasını istemektedir.

F. ARIK

CEVAT ABDURRAHİM GÜCÜN:*Deniz, nehir ve göllerde tasarruf,* (Medeni kanunun XV. yılı için s. 880—892).

Temyiz mahkemesi birinci hukuk dairesi reisi sayın Cevat GÜCÜN, aynî hakların şimdiye kadar hiç işlenmemiş bir alanını, dalyanlar ve voli mahalleri hakkında mevcut eski hükümleri ve teamülleri gözden geçirmektedir. Deniz ve göllerle nehirlere; ne fertlerin ne de devletin fiilen ve maddeten temellük etmelerine imkân vardır.Bunların rakabesine malik olunamıyacağı gibi,mülkiyetin dununda bir tasarruf da, ancak üzerlerinde nakilyat balık avlamak kabilinden, mahdut intifa haklarına inhisar eder. Bunlar

üzerinde devletin haiz olduğu hüküm ve tasarruf, mülkiyet olmayıp umumun intifaını muntazaman temin eder idarî ve inzibatî bir tasarruftur. (*Hoheit, hcute police*). Bundan sonra deniz, nehir ve göller hakkında Roma, eski Türk hukuku, Fransız, Alman kanunlarını, İsviçre mevzuatını gözden geçiren sayın müellife, göre Fatih zamanında islâm hukuku hilâfına olarak Bizans örfüne göre deniz üzerinde fertlerin nev'ama tasarruflarına mesağ verildiğini, bunun balık avcılığını gayrete getirdiğini, bir çok kimselere mülkiyet veya vakfiyet veçhi üzere deniz üzerine tasarruf vesikaları verilmiştir. Halen mevcut dalyan ve voli mahallerine tasarruf hakkı eskiden kalma müktesep haklardandır. Bunlar el'an muteber ve tapu sicillinde müteadavildirler. Ancak yenileri ihdas olunamaz.

Daha sonra nerelerde dalyan ve voli mahalleri bulunduğunu kısaca tesbit ve bu hususta Deveciyan Karakinin eserine atıfta bulunan müellif, mezkûr mahallerin tasarrufuna ait bir çok esasları hulâsatan izah eylemiştir. Kanaatlerine göre bunlar hakkında hiç olmazsa tapu kanununda veya Zabıtai saydiye nizamnamesinde hususî hükümler konulmalı ve bunlar daha mazbut bir hale konulmalıydı F. ARIK

H. ÇETİNKOL—K. YETİŞ T. ÖZDEN—DR. S. TOSBİ: ***Türk Ticaret rehberi ve adres kitabı***, 1944 -1945 İstanbul, 648+CXX sahife 15 lira.

Diğer memleketlerde emsaline çok raslanan ve iş adamlarına, komisyonculara, ticarî vekillere ve avukatlara, umumiyetle iş hayatile ilgili bulunan herkese faydalı hizmetler gören ticarî rehberler neşretmek âdettir. Bizde Cumhuriyetten beri ticaret ve sanayi hayatı çok gelişmiş, iş münasebetlerinin hacmi eskisile ölçülemiyecek derecede artmış ve artmakta bulunmuş olduğundan böyle rehberlere duyulan ihtiyaç büyükür. Bizde bu neviden bir eser ilk defa, aldanmıyorsak, 1925 yılında Adana ticaret rehberi adı altında neşredilmiş ve rağbet görmüştü. Fakat şimdi ticaret vekâleti müdürlerinden ***Kâmuran Yetiş***, ***Hayrettin Çetinkol***, ***Dr. Sadrettin Tosbi*** ve ***Tahir Özden*** tarafından neşredilen kitap bu alanda tek kitap vasfına lâyık bir şümul ve vüs'attedir.

Kitap esas itibarile iki bölümden müteşekkildir: I — İzah ve metin kısmı, II— adres kısmı, metin kısmında tacir ve ticarî muameleler, ticaret ve sanayi odaları, ve ticaret kursları, şirketler, standardizasyon, mevzular, ihracatcı ve ihracatcı birlikleri, dış ticaret işleri, gümrükler, millî korunma kanunu, gibi iş hayatını son derece ilgilendiren mevzular üzerinde herkesin anlayabileceği şekilde kısa izahlar verilmiş, ilgili mevzuat aynen neşredilmiştir. Adres kısmında bütün Türkiyede bulunan tacirlerin adresleri hurufu heca sırasile, pek kolayca bulunacak bir surette tertip edilmiştir. Kitabın ilgililere büyük kolaylıklar temin edeceği muhakkaktır. F. ARIK

HUKUK DERGİSİ (İlkteşrin 1944 sayı 7).

Bilhassa tatbikatcıların ihtiyacını karşılamak amacını güden ve her ay muntazaman neşrolunan son sayısı orman umumi müdürlüğü merkez avukatlarından *M. Akif Eranıl*'ın idari dâvalardan temyiz dâvası başlıklı yazısı ile başlıyor. İdari kaza mercilerinden verilen kararlara karşı üst idari kaza mercilerinde ve hassatan Devlet şûrasında açılan dâva olarak tarif edilen temyiz dâvalarının hukuki mahiyeti, mümeyyiz vasıfları incelenmiş ve fırsat düştükce bahisle ilgili Devlet şûrası kararları da zikredilmiştir.

Ankara icra hâkimi ***Nevzat Tüzerkan*** kısa bir makalede (takip hukukunda borçlunun itirazının refine dair verilen kararın neticeleri, temyiz kabiliyeti, borçtan kurtulma dâvaları ve istirdat dâvalarını sathi bir tetkika tâbi tutmaktadır. Dergi'nin son makalesini teşkil eden yazısında Ankara Cumhuriyet müddeiumumi muavinlerinlen ***Süreyya Malkoç***'un kaziyei muhakemenin ceza ve hukuk sahasındaki tesirini tetkik etmektedir.

Daha sonra müteaddit tevhidi içtihat kararları, temyiz hususi daire kararları, idari kararlar, son ayda çıkan kanun ve kararların tarih ve mevzuları, bibliyogrfya sahifeleri gelmektedir.

F. Arık

SİYASÎ İLİMLER MECMUASI (Birinciteşrin 1944 yıl 14) .

Temiz bir kapak içinde, olgun yazılarla her ay muntazaman yayınlanan bu değerli mecmuanın son sayısında şu yazıları görüyoruz: Cumhuriyetin XXI. yıl dönümü münasebetile aziz millî şefimizin bayramı açış nutukları, ***Burhan Belge***'nin (Cumhuriyet bayramının XXI. yıl dönümünde), ***Muslih Fer***'in (güzel bir dayanışma eseri: Unrra), ***Hasan Refik Ertuğ***'un (Basın ve yayın meselesinin tetkiki), ***Dr. Nurullah Kunter***'in Suçlulukla savaşta idarecilere düşen vazifeler), ***Dr. Cemil Halit Bengü***'nün (Devletin cezai mesuliyeti meselesi), ***Süreyya Ergün***'ün (şehirlerimizde imar işleri : Kültür- Park). Başlıklı yazılarından sonra sırasile ***Burhan Belge***'nin yazdığı ayın kıroniğinde Amerikadaki olaylara bir bakış ve Moskova buluşmasını, fikir hayatında *S. C.Plume*'ın Britanya'nın içtimai yardım hizmetleri) adlı konferansını, bibliyografya sütununda ***Hasan Refik Ertuğ***'un idari kaza adlı kitap hakkındaki takdim yazısını buluyoruz.

F. Arık

SON İÇTİHATLAR: (5 Fasikül)

İstanbul sulh hâkimi ***Fevzi Muhip Alperen***, İstanbul C. M. U. M. lerinden ***Necati Volkan***, ve ***Yakup Şekip Musluoğlu*** tarafından neşredilen ve yayınladığı neşredilen kararların hakiki değerini belirten notlarla donatılan bu dergi mahkeme içtihatlarımızı takip etmek isteyen hukukçulara faydalı bir çalışma aleti vermektedir.

89

İSTANBUL BAROSU MECMUASI (Sayı XI. 2. teşrin 1944) :

Her ay muntazaman neşredilen bu faydalı hukuk dergisinin son sayısında şu makaleleri buluyoruz: ***Avukat Nihat Bartu*** : Anonim şirketlerde müessis hisse senetleri, avukat ***Muzaffer Güral***: İstihkak dâvaları ve delilleri, ***Dr. Recai G. Okandan***: 1944 mevzuatımız, avukat ***Fuat Sedat Paçalıoğlu***: Bibliyoğrafya, meslek haberleri, adli ve idari kararlar.

İŞ (10. yıl, 37. sayı) . F. ARIK

Bir çok mahrumiyetlere rağmen 10 yıldanberi neşriyatına devam ve kendi sahasının biricik dergisi hüviyetini muhafaza eden bu değerli felsefe, ahlâk ve içtimaiyat dergisini candan kutlarız. Dergi, şimdiye kadar hukukla içtimaiyat arasındaki ilgiyi belirten bir çok yazılar, anketler neşretmiş ve bu iki disiplin arasındaki derin bağı, memleket gerçekleri üzerinde ispata çalışmıştır.

AVUKAT FUAT BEKTAŞ: ***Ana Kanunlar Rehberi.*** İstanbul 1944, 444 s. Fiyatı 500 kuruş.

Avukat ***Fuat Bektaşın*** ana kanunlarımızın (kanunu medenî, Borçlar, icra ve iflâs, hukuk usulü, Ceza, Ceza usulü, Askerî ceza, askerî ceza usulü, Deniz ticareti, Kara ticareti kanunların) ihtiva ettikleri mefhumlara göre alfebatik fihristisini yapmış ve Ana kanunlar rehberi adı altında neşreylemiştir. Matlap taşıyan kanunlarımızda bir dereceye kadar kolay çalışabilen kitap sahibi matlap usulünü kabul etmeyen kanunlarda alfabetik fihristi yapabilmek için maddeleri matlaplamak ve fihristi un istinat ettirmiştir.

Bir hâdisenin ana kanunlarda hangi maddeye temas ettiğini kestiren hukukçu o maddeyi bulmak için müşkülât çeker, zaman kaybeder. Bilhassa muayyen sahada çalışan hukukçular için bu zaman kaybı daha büyüktür. Avukat ***B. Fuat Bektaş*** kitabı bu zaman kayıplarını azaltan yahut bertaraf eden bir çalışma aleti hüviyetini taşıyor. Kitap, kullanmayı kolaylaştıran bir şekilde tertip edilmiş ve temiz bir şekilde bastırılmıştır.

F. ARIK

HUKUK DÜNYASI — (sayı 2, 2. teşrin 1944).

İstanbulda yayınlanmağa başlayan bu değerli aylık hukuk dergisinin ikinci sayısında şu makaleler yer almıştır: ***Ord. Prof avu. Ali Kemal Elbir***: Bir hasbihal ve bazı temenniler; ***Avu. Ali Şevket Erkün***:Avukatlık mesleği ve devletçilik rejimi; ***Hüseyin Cahit Yalçın***: Halk ve Hükûmet; ***Mehmet Ali Sebük***: Matbuat dâvalarında jüri; ***Doç. Dr. Ferit Hakkı Saymen***: Menenî kanunun kenar başlıkları; ***Muin M. Küley***: Vekillerin mesuliyeti; ***Şarkın ve garbın Büyükleri***: Ahmet Cevdet Paşa ve Henri Capitant; Kayıplarımız: Mehmet Münir Ertegün – İbrahim Fazıl Pelin, Aktualite, kitap tahlilleri, ayın hukuk bibliyoğrafyası,içtihatlar. F .ARIK

Adliye Vekâletinden :

Terfilerine halen kazai ve inzibati bir mâni olmıyan ve 4379 sayılı kanun gereğince askerde geçen hizmetleri kıdemlerine ilâve edilmek suretile İkincikânun/945 sonuna kadar iki senelik müddetlerini bitiren hâkim, müddeiumumi ve muavinlerinin hâkimler kanununun 29 uncu maddesine göre hazırlanan listesi aşağıda gösterilmiştir.

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

Hâkimlik Sınıfı

9 uncu Derece

Sıra No.	Sicil No.	Adı	Memuriyeti
1	8186	Sedat Aksoy	Eskişehir hâkim muavini
2	8189	Rıza Gökçe	Mardin hâkim muavini
3	8190	Ziya Ergüven	Vakfıkebir hâkim muavini
4	8191	Faik Biçen	Tokat âza muavini
5	8196	Necdet Kalelioğlu	Gümüşhacıköy hâkim muavini
6	8202	Ömer Altındağ	Fethiye sorgu hâkimi
7	8291	Tevfik Ataman	Dinar Hukuk hâkimi
8	8310	Mustafa Eriç	Rize âza muavini

Müddeiumumilik Sınıfı

9 uncu Derece

1	8197	Ömer Yüce	Kırıkkale Müddeiumumisi

Hâkim Muavinliğisınıfı

10 uncu Derece

1	8870	Hüseyin Orhan Devrim	Turhal hâkim muavini

İsviçre Federal Mahkemesi Kararları

67

İsviçre Federal Mahkeme Kararları

KENDİLİĞİNDEN AKAN SULAR. SU HAKLARI. GAYRİMENKUL MÜLKİYETİNİN TECAVÜZÜ.

– Muhtelif arzlardan gelen sular bir harkta toplanmakta ve alt tarafta bulunan bir arza akmaktadır. – Alt tarafta bulunan arzın bataklık halini almasile husule gelen zarar üzerine bu arzın sahibi vukua gelen zararın tazmini ve harkın istimalinin me'nine yahut yukarı tarafta bulunan arz sahiplerini alt tarafta bulunan arzdan geçen bir yer altı kanalı inşa ettirmeğe matuf bir dâva açmıştır.

(İMK 641,675,676,679,688,690; TMK 618,652,653,656,665,667)

1 — Mülküne vaki tecavüz ve müdahaleleri men ettirmek hususunda bir gayrı menkul malikin haiz olduğu hak müruru zamana tâbi değildir.

2 — Kendi kendine akan suların verdiği zararın tazminine matuf dâva bir yıllık dâva müruru zamâna tâbidir.

3 – Komşuluk münasebetine müteallik kaideler kıyas yoluyla üst hakkı sahibine de tatbik olunur. Bu kaideler, birbirine bitişik olmayan gayrımenkullerin maliklerine karşı da işmal edilebilirler.

4 — Kendi gayrimenkullerinden husüle gelen suların normal miktarda ve kendi kendine akmasına müsaade eden gayrimenkul sahipleri, alt tarafta bulunan gayrimenkulden geçen bir yer altı su yolunun inşa masaflarına iştirak etmekle mükellef değildir.

Buna mukabil, bir takım gayrımenkullerde hasıl olan sular kendiliğinden değil de—velev üçüncü bir şahıs tarafından inşa edilmiş olsa bile—bir kanalizasyon vasıtasile aktığı takdirde bu gay ri menkullerin malikleri mesul olur.

5 — Suların hasıl olduğu garimenkullerin malikleri esas itibarile müteselsilen mesul değildir. Fakat bu sular alt taraftaki bir gayrimenkuler açılan tek bir kanalda toplandığı takdirde, üst taraftaki gayrımenkullerin malikleri, alt tarafta bulunan gayrimenkulden geçen bir su yolu tesisinden müteselsilen mesuldürler.

6 — Verilen zarar ile zarara mâni olmak için yapılacak in-

şaat masrafı arasındaki nisbetsizlik, müddeaaleyhleri bu imalâtı yapdırmak mükellefiyetinden kurtaramaz.

7 – Aynı bir zarardan mesul olan birden çok kimselerden herbirine, hasıl olan zararın muayyen bir kısmı isnat edilebildiği taktirde bu kimseler arasında teselsül cari olmaz.

JdT. 1943 s. 466 vd.—RO 68 II s. 369

Dâvacı düz bir arazide bir kaç tarla ve çayır sahibidir. Bu gayrımen kuller, doğudan batıya müteveccih bulunan kanton yolunun alt tarafında, yani cenubunda bulunmaktadır. Dâvacı, 1-12 ve 14 NO. ile gösterilen müddeaaleyhlerin arazisından gelen suyun kendi arazisine haksız olarak akıtılmasından dolayı arazisinin bataklık haline gelmesinden şikâyet etmektedir. 3. No. lu müddeaaleyhin tarlası, müddeiaaleyhlerin tarlaları içinde en batıda olan ve bu tarla müddeinin tarlasının tam karşısında kâindir. 3. No lu müddeaaleyhin tarlasında iki su akıntısı birleşmektedir. Bu sulardan birisi 13. No. lumüddeaaleyh şirket tarafından bataklıkları kurutmak maksadile inşaettirilmi şolan bir kanadan gelmektedir. Diğeri, Zürich kantonu tarafından kanton yolunu şimal kenarında yapılmış olan su kanalından gelmekte dir. Bu kanal 450 metre uzunluğundandır ve 14 No. lu müddeiaaleyhin arazisi hizasından 3. No. lu müddeiaaleyhin tarlasına kadar devam etmektedir. 3. No. lu müddeaaleyhin tarlasında birleşen su 70 santimetre genişliğinde bir su yolu ile kanton yolunun altından geçmekte, diğer tarafında bir çukura dökülmekte ve oradan da dâvacının arazisine akmaktadır.

Mahallî mahkeme 13 No.lu müddeaaleyhe hususmet teveccüh etmiyeceğine, diğerlerinin de bir kanal inşasına mecbur tutulamıyacaklarına, ancak müddeinin 2000 frank tutan zarar ve ziyanını tazminle mükellef olduklarına karar verdi.

Zürich kantonu yüksek mahkemesi , 1 - 14 No. lu müddeaaleyhleri müddeinin tarlasına akan suyu müddeinin tarlasında inşa edilecek bir kanal vasıtasile akıtmak ve bunun için de gerekli masraflardan dolayı müddeaaleyhlerin müteselsilen mesul olmalarına karar verdi. Ayrıca müddeinin uğradığı zararın müddeaaleyhler tarafından müteselsilen tazminine hükmeyledi.

Bu karar aleyhine vaki müracaatı Federal mahkeme kısmen kabul eyledi.

MUCİP SEBEPLER: (kısaltılarak alınmıştır):

1. 13 ve 14 No. lu müddeaaleyhler kendilerine husumet teveccüh etmediği def'inde bulunmuşlardır. Bundan başka müddeaaleyhlerin hepsi, dâvacının, tarlasına akan suları kabul etmekle mükellef olduğu ve olsa olsa tarlaya arız olan kıymet noksanından dolayı mumaileyhin tazminat istiyebileceğini iddia etmişlerdir Fakat kanton mahkemesinin tesbit ettiği ve Federal mahkemeyi bağlıyan vakıalara göre bu görüş tarzı haklı değildir. Medeni kanunun 689 (TÜRK Mk 666) maddesine göre bir gayrimenkulün sahibi, üst taraftaki gayrımenkullerden gelen suları kabule icbar edilebilmek için bu suyun kendi kendine akması şarttır. Alt taraftaki tarla sahibi kurutmak için yapılan ameliyat halinde dahi, öteden beri alt taraftaki tarlaya kedi kendine akan suları esas itibarile kabul etmek mecburiyetindedir.

Şu kadar ki kurutma ameliyatı neticesinde husule gelen suların cereyanını değştirmesi yüzünden bir zarara uğradığı takdirde bu suları kabul etmek mecburiyetinde değildir. Sadece kendi arazisi içinde bir su yolunun yapılmasına müsaade etmekle mükelleftir. (MK. 690, Türk MK. 667). İşbu dâvada, kurutma ameliyatı suların cereyanını değiştirmemekle beraber, hiç olmazsa evvelkine nazaran daha mebzul miktarda su gelmesi yüzünden alt taraftaki tarla sahibinin bir zarara uğradığı sabit olmuştur. Devlet tarafından tanzim edilen kanton yolu kenarındaki su yolu ile gelen fazla su yüzünden bu zarar artmıştır. Eskiden bu su hemen daima yol kenarında bulunan çukur tarafından emildiği halde bu su yolunun yapılmış olması suyun dâvacının tarlasına kadar gelmesine sebep olmuştur. Bu su yolu yalnız caddeden akan suyu değil, bitişik tarlalardan ve bunların arasında 13 No. lu müddeaaleyhin arazisinden gelen suları da nakletmiş olduğundan mumaileyhe karşı da husumet muveccihtir.

Bu durum göz önünde tutulunca,dâvacı MK m.689 ve 690 mucibince ancak kendi arazisi içinden geçen bir su yolu inşasile mükellef tutulabilir. Dâvacı bu inşaata mâni olmak şöyle dursun, bu inşaatın yapılmasını bizzat talep etmiştir. Bu itibarla kanton mahkemesinin müddeaaleyhleri eskisinden daha fazla su akıtmaktan men eylemeyip sadece bir kanal inşasına mahkûm etmesi isabetlidir. Bununla beraber kanton mahkemesi tarafından verilen kararın yazılış tarzı dâvacının böyle bir kanal inşasını talep hususunda mutlak bir hakka malik bulunmadığını yetesiye açıklamıyor.Çünkü müddeaaleyhlerin, hattâ onlardan ferden ferda her birinin ileride su'î bir kanaldan istifadeden vaz geçmeleri mümkündür, ve bu taktirde müddeinin tarlasında yapılacak bir kanalın inşa masraflarına iştirak etmiyebilirler. Ve sun'i bir kanaldan faydalanmakta devam edenler dahi bu yüzden esas

itibarle hiç bir mesuliyete tâbi değildirler. Onlar ancak suların cereyanı hakkındaki husus şartlar hasebiledir ki müddeinin tarlasında yapılacak bir kanalın veya onun yerini tutabilecek diğer her hangi bir inşaatın masraflarına müteselsilen tahammül etmekle mükellefürler.

Üst tarafta bulunan müteaddit arzlardan gelen sular alt tarafta bulunan bir gayrimenkulü basarlar ve alt taraftaki arsanın sahibi MK 689,690 - Türk MK 666,667 mucibince bu mahzura tahammül etmekle mükellef tutulamazlarsa ve bu arsadan her birinden gelen su ayrı yollardan gelirse bu suların malikleri kendiliğinden(ipso facto-)müteselsilen mesul olmayıp her biri kendi hissesi bakımındanmünferiden mesuldür.Sırf muhtelif gayrimenkullerden gelen sular,muhtevasını dâvacının tarlasına boşaltan aynı ve tek bir kanalda toplandığı ve tarladan geçecek tek bir ayak kanalı(canal de dérivation) bahis mevzuu olduğu için bu ayak kanalının inşası her bir malike kısmen tahmil edilmeyip inşanın tamamı maliklerden hepsine birden tahmil edilebilir.Müddeaaleyhlerin tarlalarından gelen suların bu tek kanala akıtılması keyfiyeti,dâvacının onlara tahmil edebileceği himaye tedbirleri bakımından onlar arasında mahallî hal icaplarına bağlı ve ârizî bir ortaklık yaratır. Münhasıran bu sebepten dolayıdır ki ayak kanalının veya onun yerini tutacak diğer bir tesisin inşası bakımından onları müteselsilen mesul saymak mümkündür.

2 (14) No. lu müddeaaleyh cemiyet de husumete mâruzdur. Bu cemiyet, kanton ziraî kanunlarına gere tesis edilmiş bir hükmî şahsidir. Medeni kanunun 675 ve 676. maddeleri mucibince bir üst hakkına sahiptir ve bu sıfatla tıpkı bir gayrı menkul maliki gibi komşuluk hukukuna tâbidir Esasen bu cemiyetin gayesi doğrudan doğruya suların kurutulması olup bu itibarla da suların cereyanına ait komşuluk hükümlerine uymakla mükelleftir.

3. Gayrımenkul malikinin her türlü haksız müdahale ve tecavüzlere karşı kendini müdafaa etmek hakkının müruru zamana uğramıyacağını ve müddeaaleyhlerin, hattâ MK. 731 mucibince dahi iktisabî müruruzamana tâbi bulunmadığını tesbit eden kanton mahkeme kararı isabetlidir.

4. Bu mahkemenin, ayak kanalının inşa masraflariyle dâvacının arasında husule gelen kıymet noksanı arasındaki nisbetsizliği nazarı itibare almaksızın, dâvacının kendisini müdafaa etmek, kendi arsası üzerine akan sular ancak bu arsa üzerinde bir ayak kanalı inşa edilmek şartiyle kabul etmek hakkına malik olduğuna karar verme-

si de doğrudur. Medeni kanunun 689 ve 690. maddeleri bu kabil menfaatlar tartmağa müsait değildir.

5. Müddeaaleyhlerin müteselsil mesuliyetinin temeli olan ortaklığa gelince, dâvacı müddeaaleyhlerin dahilî münasebetlerine göre, herbirinin iştirak hissesinin ne olacağını araştırmakla mükellef değildir. Kanton yılının kıyısında bulunan tarlaların sahipleri olan müddeaaleyhlerin Zürich kantonuna karşı ileri sürdükleri gibi, münferiden nazarı itibare alınan bazı müddeaaleyhlerin dahilî münasebetleri bakımından asla bir iştirak hissesi ödemekle mükellef tutulup tutulmıyacağını araştırmağa da lüzum yoktur. Müddei için mühim olan cihet, mülkiyetine vaki müdahalenin yalnız kantona değil, bahis mevzun olan maliklere de kabili isnat olmasıdır. Sureti umumiyede denebilir ki dâvacı komşuluk münasebetlerine ait kaideleri yalnız doğrudan doğruya komşu arz sahiplerine değil, daha uzakta bulunan arz sahiplerine karşı da dermeyan edilebilir. Yolun kenarındaki su harkına bitişik tarlaların sahipleri iddia ediyorlar ki kendi tarlalarından gelen sular münhasıran su harkının kanton tarafından inşa ettirilmiş olmasından dolayı dâvacının tarlasına akmaktadır, ve eskiden bu sular yol kenarındaki su çukuruna sızarak kayıp olmakta idi. Bu itiraz yersizdir. Su harkının inşa edilmesinden sonra bu maliklerin suyun yeni cereyan şeklini nazarı itibare alarak ona göre bir hareket tarzı ihtiyar ve tedbir etmeleri lâzım gelirdi. Bu hal, dâvacıya karşı mesul olmalarını intaç eder.

6. Dâvacı Medeni kanunun 679. maddesi mucibince zarar veren hâdisenin bertaraf edilmesinden başka, verilen zararın tazminini de istiyebilir. Bu dâva gayri akdî bir borç olmakla BK. 60 da yazılı bir yıllık müruru zamana tâbidir. Bu noktada kanton mahkemesinin kararı doğrudur. Lâkin zararın tazmininden müteselsilen mesul olduklarına dair fikri kabule şayan değildir. Vakia nazariyat ve mahkeme içtihatlarında kabul ediliyor ki «mesuliyete dair hukuk kaidelerinin yazılı olmıyan fakat esaslı bir prensibe göre birden çok kimse aynı zamanda mesul oldukları takdirde bu mesuliyet müteselsildir.» (*Oftinger*. Haftpflichtrecht I S. 246). Fakat, zarara sebep olan hâdise, bu hâdiseye sebep olan kimselere muaayyen nisbetlerde kabili isnat ise bu mesuliyet ancak kısmî olur. (V. Tuhr, S. 77 not 33, Oser—Schönenberger, BK. şerhi madde 50 No. 9). Burada tek bir kanala akan iki su cereyanının sebep olduğu bir zarar mevcuttur.

Bu kanalda,yağışsız zamanlarda bile, akar su bulunuyordu. İşte doğrudan doğruya bu sebepten dolayıdır ki yağışsız zamanlarda bile

dâvacının arazisi eskiden olduğu gibi artık kuru bir hal alamıyordu. Bununla beraber tek bir zarar, bu zarara sebep olan gayrimenkullerin malikleri arasında müteselsil mesuliyet esasının cari olmasını zaruri kılmaz. Dâvacının kendisine verilen zararı parçalara ayırması ve bu zarardan üst tarafta bulunan gayrimenkullerden herbirinin hissesine isabet eden bölüğü ondan talep etmesi imkânsız ise de hiç olmazsa, bahis mevzuu arsaların herbirinden gelen suyun ne nisbette zarara sebep olduğunu tâyin etmek mümkündür. Bu suretle, kısmî mesuliyet cari olduğunu kabul etmek ve teselsülden sarfı nazar etmek icap eder. Bu netice şu bakımdan da hakkaniyete uygundur: Burada işlenmiş bir kusur olmayıp sadece sebebiyet verilen bir zarar mevcuttur, (münhasıran illiyete müstenit mesuliyet). İşte bunun için alâkalılardan herbirisi kendi arsasından gelen ve Medeni kanununun 689 ve 690 TMK. 666, 667 maddelerine göre haddinden fazla veya zararlı sayılan su miktariyle mütenasip olmak üzere ancak kendi hissesiyle mesuldür..

GAYRİ MENKUL MÜLKİYETİNİN ŞÜMULÜ. KAYNAK ÜZERİNDEKİ HAK.- Bir arz sahibi bir sulama tesisine lüzumlu suyu kendi arsası altında bulunan bir su tabakasından istihsal etmek üzere tesisat yaptırmıştır. Bu hal sularından bir kısmını bahis mevzuu yer altı su tabakasından alan bir çayın sularından istifade edilerek doldurulan balık yetiştirme havuzlarında zararlı tesirlere sebep olmuştur. Bunun zerine havuz sahibi tarafından yeni tesisat yaptırmak suretile bu zarara sebep olan toprak sahibi aleyhine açılan tazminat dâvası Federal Mahkeme tarafından ret olunmuştur.

(MK 667/2, 704/3; TMK 644,679)

I. Bir yer altı su tabakası, akıntısız ve asıl kaynağın bulunduğu arz ile tamamen mahdut bulunduğu takdirde hususi hukuk hükümlerine tâbidir. Buna mukabil devamlı bir surette yer değiştiren, akan; hiç olmazsa muayyen bir araziye bağlı olmıyan ve suladığı havzanın genişliği bakımından bütün bir bölgeyi ilgilendiren büyük yer altı su ceryanları âmme hukukuna tâbidir.

2. Hususî hukuk rejimine tâbi olan bir yer altı su tabakasını ihtiva eden araz sahibi, kısmen bu su tabakasile beslenen bir dere üzerinde devlet tarafından verilen bir imtiyazı nazarı itibare almaksızın, bu su tabakasından su çıkarabilir İmtiyaz sahibinin daha aşağıda vücuda getirdiği tesisler zarara uğrasa bile arz

sahibinin bu hareketi mülkiyet hakkının bir tecavüzü veya bir hakkın suiistimali mahiyetini arzetmez.

JdT 1942 s. 482 Ro 68 II 14

Dâva (kısaltılarak alınmıştır.):

Bir balık yetiştirme şirketi kendisine ait olan yerler üzerinde balık yetiştirme havuzları vücuda getirmiştir. Bu havuzlara gerekli su umuma mahsus Brunnbach çayından gelmektedir. Şirket bu dereden kâfi miktarda su olmak için devletten imtiyaz almıştır. Bu dere havuzlardan 900 metre beride (yani menba tarafında), üçyüz metre kadar bir sahada Lippertwiese adlı çayırın kıyısından akmakta ve bu esnada çayırın altındaki yer altı sularından kol almakta, daha sonra havuzların bulunduğu bölgeye gelmektedir. Muri su şirketi Lippert çayırında küçük bir parsele malik ve bu parsel üzerinde bir biriktirme havuzu ile bir filitraj çeşmesi ve bir de su çekme pompası yaptırmıştır. Su şirketi bu tesisatı 1931 de büyütmüş ve yenilemiştir. Aynı şirket 1933 yılında komşu arsa üzerinde su almak hakkını tazammun edenden bir irtifak hakkı istihsal etmiş ve yeni bir tulumba yaptırmıştır. 1935 yılında üçüncü bir tulumba daha yaptırmıştır. 24/24/1935 tarihinde havuzlarda bulunan 1252 kilo alabalık ölmüş ve balık şirketi bu yüzden 6525 frank zarar görmüştür. Şirketten bu zararı tazmin etmesi talep edilmiştir. Filhakika bu şirketin yaptırdığı yeni pompalarla çektiği su miktarı yer altı su tabakasındaki su miktarını eksilmiş bu da Brunnbach çayının ve balık havuzlarının suyu eksilmiş, bu hal havuzlardaki oksijen miktarını kâfi miktardan aşağı düşürerek balıkların ölümüne sebep olmuştur.

Müddeaaleyh tazminat ile mükellef olmadığını, çünkü yer sahibi olmak ve bir irtifak hakkının sahibi olmak itibarile Lippert çayırının yer altı sularını almak ve akıtmak hakkını haiz olduğunu, çünkü Brunnbach çayının sularındaki vaziyetin hilâfına olarak bu yer altı sularının umumun menfaatına mahsus bir su mahiyetini haiz bulunmadığını ileri sürmüştür.

Federal mahkeme müddeaaleyhe hak vererek dâvayı şu mucip sebeplerle ret etmiştir:

1. Dâvanın neticesi şu meselenin halline bağlıdır: Lippert çayırı altında bulunan yer altı su tabakasının hususî hukuk hükümlerine tâbi ve bu itibarla m. 704/3 mucibince kaynaklar gibi içinde bulunduğu zeminin mütemmim cüzü müdür, yoksa mülkiyet ve irtifak hakkı şeklinde ifadesini bulan hususî hukuk kaidelerinin çerçevesine sığmıyan umuma mahsus sulardan mıdır?

Mahallî mahkeme ilk kanaatı, Argovie kanton yüksek mahkemesi ise Federal mahkemenin bir kararına dayanarak (bak/JdT 1940 s. 46, Ro 65 II s. 143) ikinci kanaati iltizam etmiştir. Hiç şüphe yok ki hâdisede bahis mevzuu olan su tabakası jeolojik mânada, yani kanton yüksek mahkemesinin istinat ettiği Federal mahkeme kararında kullanılan mânada, bir yer altı su tabakasıdır. Federal mahkeme mezkûr kararında, kelimenin eski mânasile kaynaklarla yer altı suları arasında mevcut münasebet hakkında medeni kanunun hazırlanmasından sonra elde edilen jeolojik bilgilere dayanarak tefsir yoluyla 704 (TMK 679) maddenin 3. fıkrasına, bu fıkranın tatbik alanının en büyük kısmını nez etmek ve bu maddenin tatbik alanını medeni kanuna ait ön projenin 699/3 e dayanan mucip sebeplerle maden sularına ve aynı neviden ve önemi haiz sair hususi yer altı sularına hasretmek istememiştir. Mezkûr kararda (JdT 1940 s. 46, Ro 65 II s. 146), eski RHİN vadisindeki yer altı su cereyanından her yıl 12 milyon metre mikâbı su çıkaran bir tulumba tesisatı bahis mevzuu idi, naklettiği muazzam su miktarı bakımından bu cereyan İsviçrenin en önemli yer altı su ceraya larındandır. Federal mahkeme bu kabil su cereyanlarının Medeni kanunun kaynaklar hakkında koyduğu hususi hukuk hükümlerine tâbi olacağını kabul etmemiştir. Çünkü onlar bütün bir bölgenin yer altına servetini teşkil eder. İklim, nebatların yetişmesi, dolayların su ihtiyacını karşılaması, kendilerinden faydalanan kimseler sayısının pek büyük olması bakımından bu suların akar sular ve yer üstü su havzalarının tâbi olduğu âmme hukuku nizamının aynına tâbi olması zaruridir (Ro 65 II s. 146). Son derece geniş bir bölgeyi besleyen ve dakikada yüzbinlerce litre su akıtan — yavaş da olsa devamlı bir surette akan bir yer altı su cereyanı, kendi üstünde bulunan hususi mülkiyet mevzuu bulunan bir toprağa hiç bir daimî ve tabiî bağ ile bağlı değildir. Halbuki mütemmim cüzüden bahsedebilmek için böyle bir rabıtanın vücudu şarttır. Netekim kaynaklarla, kaynağın fışkırdığı yer arasında böyle bir rabıta vardır. Bu kadar önemli yer altı su tabakalarının hususi hukuk hükümlerine tâbi olması makul bir şey değildir. Çünkü bu sular, tıpkı bir göl veya ırmak gibi, mülkiyet veya aynî haklar şeklinde hususi hukuk hükümleri şümulüne giremez.

Fakat dâvada bahis mevzuu olan su tabakası bu kadar önemli değildir. Bu tabakanın ufkî genişliğini ve pompayla su alındıktan sonra vaki olan su seviye farklarını tetkik eden mütehassısların ifadesine göre bahis mevzuu su tabakası mahdut bir besleme havzası teşkil edip bir yer altı nehri mahiyetinde değildir. Gerçekten bir

dereceye kadar önemli yer altı su nehirlerinde su çekme pompalarının çalışması durduktan sonra su seviyesinin derhal, bir çok hallerde bir kaç dakika içinde eski yüksekliğini bulduğu görülür. Bu netice dâvayla ilgili yer altı su tabakasında ancak 33 dakikada elde edilmiştir. Ve suyun pompalarla çekilmesinden mütevellit netice ancak 60 metrelik mahdut bir çevrede hissedilmiştir. Demek ki bahis su tabakası mekân itibarile mahdut, nisbeten durgun ve daimî surette akmıyan bir su tabakasıdır.Yer altı su nehirlerindeki durumun aksine olarak,bunada asıl kaynağın bulunduğu bir yerden bahsedilebilir. Bu yer, su şirketinin arsalarının kâin olduğu çayırdır. Çünkü pompaların yerleştirilmesinden önce ve bugün dahi Brunnbach çayının başlıca kolunu teşkil eden sular bu çayırdan çıkmaktadır. Netekim bu çaya (Lippert çayırı deresi) adı da verilmektedir. Bugün rampaların bulunduğu yerde yer altı sularının akıttığı su miktarının 1912 yılında dakikada 200–300 litre olduğu prof. Hartmann tarafından tesbit edilmiştir. Şu halde bu yer altı su–yu, sunî tesisat olmaksızın yer yüzüne çıksa bu su ile zemin arasında mevcut tabiî rabıta Medeni kanunun 704. maddesinin I. fıkrasında aranan tabiî rabıtanın aynı olduğu görülürdü.

Vakıa Lippert çayırı altındaki su tabakası dakikada tariben 2000 litre su akıtmakla miktar bakımından önemli bi sudur ve Zürich kantonu medeni kanunun meriyetine müteallik kanunun 137. maddesinde tesbit edilen asgarî hadden çok fazladır Lâkin bu nokta MK. ın 704/3 hükmünün tatbik edilmemesi için kâfi bir sebep değildir. Çünkü bu dâvada ***yer altı su tabakasının esas uasfı, akıttığı su miktarı değil, mekân itibarile mahdut bulunması,durgun olması ve muayyen bir topraktan doğması,*** Lippert çayı adı verilen bu ***topraklar üzerinde kendiliğinden görülmesi ve fiilen temellük edilmesidir.*** Bu şartlar altında, yer altı su tabakası ile muayyen yer arasında ancak gevşek ve ârizi bir rabıta vardır ve bu yer altı su tabakası üstünde bulunan arza, önem itibarile o kadar üstündür ki bu suyu hususi hukuk rejimine tâbi tutmak mantıksızlık teşkil eder denemez. Bilâkis, bu kabil yer altı su tabakaları medeni kanun hazırlandığı sırada yer altı suları hakkında mevcut ve m. 704/3 de yazılı kaidenin konmasına sebep olan bilgiye uygundur. Prof. Wehrli'nin raporuna göre jeoloji bakımından bir moraine arazisi bahis mevzuu olup bu arazinin altında sular tıpkı molasse arazisi altında bulunan sular gibi, Zürich kantonunda dahi, bu kantonun medeni kanunuu sureti mer'iyeti hakkındaki kanunun mükerrer 137. maddesinin ve mezkûr kanton hükümetinin umumi sular adını verdiği yer

altı ırmak ve su tabakaları arasında sayılmış değildir (bak: Beilick, Aus der Praxis des zürcher Grunwasserrecht, Zentrablatt für Staats — und Gemeindevewaltung, cilt 29, s. 43 Aynı müellif, Grundwasseverhaltnisse des Kantos Zürich s. 144). Bugün Argovie kanton mahkemesi içtihadı da bu merkezdedir. Bu içtihada göre, yer altı sularının umuma mahsus ve kanton âmme hukukuna tâbi olup olmadığı hususu ancak oldukça büyük kudrette yer altı sularını istihdaf eder. (Mimmat vadisi yer altı suları gibi). Bahis mevzuu su tabakasını bu şartlar altında yer altı nehirlerine kıyas etmek ve bu suretle hususi hukuk hükümlerine tâbi kılmaktan vaz geçerek umumi sular hükümlerine tâbi kılmak için sebep yoktur. Aksi hal sureti, yer altı sularile kaynakları esas itibarile aynı suretle mütalâa eden m. 704/3 e aykırı olur. Hüküm, bahis mevzuu su tabakası nevinden önemli yer altı sularını âmme hukuku rejimine tâbi kılan bir kanuna istinat etmiş olsaydı durumun ne olabileceğini mütalâa etmeğe lüzum yoktur. Çünkü Argovie kantonunda böyle bir kanun yoktur.

2. Lippert çayırı altında bulunan yer altı su tabakası, medeni kanunun 704/3 hükmü mucibince bir kaynak hükmünde olmasına göre, müddeaaleyh, 2108 sayılı parselin maliki ve 2109 sayılı parsel üzerinde su alma hususunda irtifak hakkının sahibi bulunması itibarile 704/1 ve 2 mucibince yeniden iki filitraj tulumbası tesis etmekhakkını haizdi. Şu halde daha fazla su istihsal etmek için tesisat yapması hukuka aykırı bir hareket değildir. Bu hal — fazla su istihsali ile balıkların ölümü arasında bir illiyet rabıtası mevcut olduğu mahallî mehkeme tarafından usulen tesbit edilmiş olmasına rağmen — başlıkların ölümünden mütevellit zarardan dolayı müddeaaleyhin mesul olmasını imkânsız kılar. Müddeaaleyh, mülkiyet hakkına veya kaynak üstündeki irtifak hakkına istinaden su almakla, ne 679 (TMK 656), mucibince mesuliyetini intaç edecek surette ayni haklarını tecavüz etmiş, ne de medeni kanunun 2. maddesi mucibince bir hakkın sui istimal etmiş, nede BK. 41/1 mucibince haksız bir fiil işmiştir.

... Nihayet dâvacının Brunnbach çayı üzerinde bir imtiyaz hakkına malik bulunması ona , iki yeni pompanın önce, inşasın bu çay vasıtasile kendisine gelen su miktarını sağlanmasını müddetaleyhten istemek hakkını vermez. Umumun istimaline mahsus sular üzerinde verilmiş olan bu imtiyaz, bir parselin maliki ve bir parsel üzerinden su almak irtifak hakkını haizbulunan müddaealeyh yer altı sularını daha fazla istihsal etmekten men etmek veya daha fazla su istihsaletmek suretile kendisinin imtiyaz hakkının (hususi istimal hakkını) haleldar

ettiğinden dolayı zarar ve ziyan istemek bakımından hususi hukuk alanında hiç bir hak bahşetmez (Ro 42 II s. 488). Dâvacıya verilmiş olan imtiyaz hakkı esasen muayyen miktar su üzerinde bir hak bahşetmiyor, sadece havuzlarını işletmek için Brunnbach ve Bünz çaylarından faydalanmak haklarını verir. İmtiyaznamenin 10. maddesi suyun miktar ve vasfı bakımından her hangi bir teminat verilmediğini açıkça tespit ediyor.

Müddeaaleyh hukuka aykırı bir surette hareket etmemiş olmasına binaen bir kusur işleyip işlemediğini tetkika mahal yoktur. Dâvacı tarafından yapılan ihtarlara rağmen sükûtu muhafaza etmesi her halde bir kusur sayılamaz. Çünkü dâvacının ve âmme hukukuna dahil hakkın hiç bir surette tahdit etmediği, hususi hukuk alanına dahil bir hakkı kullanmakla iktifâ ediyordu.

KOMŞULUK MÜNASEBETİ. İNŞAATIN MEN'İ.–Meskûn bir mahallede kâin bir domuz ahırı ile bir süt mağazasının büyütülmesi için plaular yapılmıştır. Komşuların muhalefeti ve inşaata mâni olmak için açtıkları dâva kabule şayan görülmüştür.

(MK. 679, 684; TMK 656,661).

1. Normal olarak işletildiği takdirde komşu mülke ziyadesile zarar vereceği sabit olan bir binanın inşasını men ettirmek caizdir.

2. İnşası mutasavver binanın, komşusu bulunan ve halen halî olmakla beraber bina inşasına tahsis edilmek üzere olan arsalar üzerinde inşaata mâni olacağı tahmin ediliyorsa,halî arazi maliklerinin mezkûr binanın inşasına muhalefete hakları vardır.

3. Geniş ölçüde domuz yetiştirmek hususî ve istisnaî mahiyette bir işletme olup "mahallî bir örf" tesis etmez. Şehirde veya köyde olsun,komşular buna müsaade etmekle mükellef tutulamazlar.

JdT 1933 s. 80, RO 58 II s. 116

DAVA: Müddeaaleyh Z. Weinfelden dolaylarında bir domuz ahırı ve bir mandıra işletmektedir. Ahırında 70 ve en çok 80 domuz bulundurmaktadır. Mevcut ahırda yeni tesisat yaparak ceman yekûn 150 170 domuz yetiştirmek niyetindedir.

Dâvacı D. ve arkadaşları, tasavvur edilen bu inşaata muhalefet etmişlerdir. Muhalefetlerinin mucip sebebi olarak da, ikâmetgâhlarının halen dahi ahırların mevcudiyetinden zarara uğradığını ileri sür-

97

müşlerdir. Dâvacıların iddiasına göre ahırlar büyütüldüğü takdirde arhatı kaçıran gürültü ve kokular artacak ve bundan mücavir arsalarınında zarar görüp değerlerini kaybedeceklerdir.

Dâva olunan bu iddiaları ret etmiştir. Ona nazaran yeni inşaat, halen mevcut durumu da ıslâh edecektir. Diğer cihetten, dâvacıların arsalarının inşaata mahsus arsa olarak kullanılabileceği hususuna da ittiraz etmiştir.

Weinfelden mahallî mahkemesi dâvayı ret etmiş, lâkin Kanton mahkemesi ve Federal mahkeme dâvacılara tamamen hak vermiştir.

Mucip sebeplerden fıkralar:

679 ve 684. maddeler, normal olarak kullanıldığı takdirde 2, 684. madde mucibince komşu mülklere hoş görülemiyecek bir zarar vereceği sabit olan bir binanın inşasını men ettirmek hakkını vermektedir(RO 42 II 436 ve 451). Federal mahkeme daha önce verdiği bir kararda şu hususu tesbit etmiştir: Mazarrat verebilen hususların hoş görülebilecek dereceyi geçip geçmediğini, ve mesken olarak kullanılmağa tahsis edilen ve şimdiden bu maksatla alınıp satılmakta olan gayrimenkul malikleri lehine bir itiraz hakkı kabul edip etmemek için, vukuu melhuz zararlı neticelerin mesken olarak kullanılacak evlerin inşasına mâni olacak ve bu suretle işbu arsaları kullanılamaz bir hale getirecek mahiyette olup olmadığını tâyin için ilerde hasıl olacak gelişmeleri göz önünde bulundurmak lâzımdır.

Halen mevcut gürültü ve kokularla yeni ahırlar yapıldığı takdirde vukuu muhtemel artmaların önleme miyceğini, yalnız teknik mahiyyette tedbirlerle kısmen bertaraf edilebileceğini Kanton mahkemesi tesbit eylemiştir. Mezkûr mahkemeye nazaran mevcut tesisatın büyültülmesi rahatı kaçıracak mahiyette olmayıp sihhate de muzirdir. Bu fiilî müşahadeler Federal mahkemeyi tekyid eder. Bu kanaat vakıa bir ehli vukuf raporuna istinat etmiyor. Lakin bu cihet haizi ehemmiyet değildir. Çünkü kanton mahkemesi dâva olunanın vukuf ehli tâyini hususundaki talebini kabul etmemekte ve mesele hakkında kendi takdirine göre karar vermekte serbesti. Bu, bir usulü muhakeme meselesidir, Federal mahkeme bu cihati tetkik edemez. Federal hukuk bu gibi hallerde bir ehli yukuf raporu alınmasını emretmemiştir. Bu itibarla vukuf ehli raporu alınmamış olması federal hukuku ihlaleden bir keyfiyet değildir.

Bundan başka kanton mahkemesi şu cihati de tesbit etmiştir: meskûn bir mahalelde kâin, mesken olarak kullanılmağa tahsis adilmiş komşu arsaların halen dahi bina arsası olarak alınıp satılmakta

ve bu itibarla sırf ziraî toprakların değerlerinden çok fazla fiyat bulmaktadırlar. Mezkûr mahkemenin kanatına göre yeni tesisat yapıldığı takdirde bu arsaların degerleri düşecektir. bütün bu hükümler fiilî meseleye taallûk ettiğinden Federal mahkemeyi takyit eder.

Bu müşahadelere istinaden denebilir ki domuz ahırlarının genişletilmesi neticesinde hasıl olacak durumu hoş görülebilcek dereceyi aşan mahiyette görmek icap eder. Mamafi «gayrimenkulün mevki ve mahiyetine ve mahallî örfe göre» dâvacıların bu yeni tesisleri hoş görmekle mükellef olup olmadığını araştırmak lâzımdır. Bu suale menfi surette cevap vermek icap eder. Bu derece vasi birdomuz besleme ahırı (ve ona merbut mandıra), ziraî bölgelerde dahi istisnaî, hususi bir mahiyet taşıyan ve bu itibarle gayri menkullarin durumunu, mahiyetini ve mahallîörfü tâyin hususunda bir kıstas teşkil edemez. Bir domuz ahırının hasıl ettiği görütü ve kokular alelade bir ziraî işletmenin hasıl eettiklerinden çok daha fazladır. Bu itibarla, köylerde dahi komşular bu gibi gürültü ve kokulara tahammül etmekle mükellef değildirler (Ro 56, II 360, JDT 1931 S. 177). Hâdisede böyle bir mükellefiyet hiç bahis mevzuu olamaz. Cünkü domuz ahırları bir köyden çok şehir hali arzeden bir meskûn mahallenin hemen yakınında kâindir.

YOLSUZ TESCİL. HÜSNÜ NİYETLİ ZİLYET. MÜRURUZAMAN.—

Bir baba malikânesini "satış senedi„ adını taşıyan bir senetle oğluna temlik etmiş, oğlu "satıcıya„ karşı sattığı makinayı takyit eden mükellefiyetleri üzerine almağı ve hayatları müddetince kendisine ve karısına bakmağı ve icabında kaydı hayatla irat vermeği taahhüt etmiştir. Bir müddet sonra ölünceye kadar bakma hakkını temin zımnında satılan makina üzerinde bir ipotek hakkı tesis eailmiş ve daha sanra müşteri durumunda bulunan oğlu iflâs etmistir. Bunun üzerine satıcı, yani aaba, miras mukavelelerinde riayet edilmesi zaruri şekilde tanzim edilmemiş olduğundan dolayı ölünceye kadar bakma akdinin butlanını iddia ederek gayrimenkul üzerinde istihkak dâvası açmıştır. Bu dâva kanton mahkemesince ret olunmuşsa da Federal mahkemece kabul olunmuştur.

Federal mahkeme bu münasebetle şu esasları tesbit etmiştir:

Bir ölünceye kadar bakma akdi, ölünceye kadar bakılma hakkının, kaydı hayatla irat alacağına tahavvülü imkânını derpiş etmesinden dolayı ölünceye kadar bakma akdi mahiyetini kaybetmez.

Ölünceye kadar bakma akdinin bütün unsurlarını ihtiva eden ***satış akdi*** adını taşıyan bir mukavele yapmakla beraber ölünceye kadar bakma akdini muayyen şekilde yapmak hakkını da mahfuz tutmuş olmaları tarafların daha başlangıçta bir ölünceye kadar bakma akdi yapma niyetlerini bertaraf etmez.

Bir şekil noksanını dermeyan etmek hususunun hakkın suiistimali mahiyetini alabilmesi için, iptali istenen akdin her iki tarafça tamamen ifa edilmiş olması şarttır.

Ölünceye kadar bakma akdinin butlanı, bakılacak tarafından temlik edilen bir gayrimenkule teferruatının ve «satış» da dahil bulunan diğer menkullere ait mülkiyetin nakli muamelesinin butlanını intaç eder. Şu kadar ki satışta dahil bulunan diğer menkuller hakkında iktisabi müruru zaman müddeti dolmuş ise bunlar müşteri tarafından müruruzaman suretile iktisap edilmiş olur. Filhakika, ölünceye kadar bakma akdi şekil noksanı sebebile müteber olmamasına göre gayrımenkulün mülkiyeti de muteber değildir. Çünkü alman hukukunda mülkiyetin nakli illetten mücerret, istinat ettiği borç doğuran muamelenin sıhhatından müstakil olduğu halde (Alman medeni kanunu madde 837, 925), İsviçre hukukuna göre ayni hakların durumunda bir değişiklik yapabilmesi için tapuya vaki tescilin müteber bir hukuki sebebe dayanması şarttır. Başka deyimle, İsviçre hukukuna göre mülkiyetin nakli illete bağlı bir muameledir. Haksız olarak yapılan bir tescil sahih olmayıp medeni kanunun 975 (TMK 933) maddesinde yazılı tashih dâvasile iptal edilebilir. Bu gibi hallerde sebepsiz iktisap hükümlerine istinat olunamaz. Teferrüata gelince, gayrimenkulün hukuki mukadderatına tâbi oldukları için onların mülkiyetinin nakli keyfiyeti de batıl olur. Diğer menkul eşyaya gelince, bunlar hakkındaki istihkak dâvası iktisabi müruruzaman hükümlerine göre ret olunmak icabeder. Çünkü, temlik keyfiyetinden istihkak dâvasına kadar geçen müddet zarfında müşteri bunlar üzerinde Medeni kanunun 728. maddesi mucibince fasılasız, nizasız beş yıldan fazla bir müddet zilyet bulunmuştur.

İstihkak müddeisi, ölünceye kadar bakma akdi mucibince kendisine yapılmış bulunan edaları iade ile mükelleftir. Şukadar ki, bu borcu, zilyet tarafından verilmesi icap eden zarar ve ziayan, zilyet tarafından edilen istifadenin kıymeti ve malikâne üzerinde bizzat sarfettiği emeğin değeri ile mahsup edilebilir.

GAYRİMENKULE MÜTEALLİK İRTİFAK HAKKI. TATBİKI İCAP EDEN KANUN.

1912 yılından önce yapılan bir sebebe müstenit bir geçit hakkı mevcuttur. Bu hak, takyit edilmiş bulunan gayri menkulün mükellefiyetini ağırlaştırılacak surette istimal edilmektedir. Geçit hakkının bu suretle esas muhtevasını aşan bir surette istimalini men ettirmek çin açılan dâva Federal mahkemece kabul olunmuştur.

(İMK 739 740; TMK)

JdT 1939 S. 337, RO 64 II S. 411.

Mucip sebeplerden fıkralar:

1 — 1912 yılından önce tanzim edilen bir hukuki senede dayanan bir irtifak hakkı, tetbiki gerekli kanun kükümleri emredici hukuk kaidelerinden olmasalar bile, yeni kanun hükümlerine tâbidir. Çünkü bu irtifak devamlı bir mevcudiyete malik olduğundan eski hukuk zamanında hadis olan tek bir vakıa sayılamaz.

«Yaya veya araba ile geçme» hakkını bahşeden bir irtifak hakkının sahibi esas itibariyle motörlü bir vasıtasile dahi geçmek hakkını haizdir.

Şu kadar ki hâkim gayrimenkulün maliki, gayrimankulü üzerinde bir tamir atelyesi tesis eder ve geçme hakkı bu tamirhaneye tamir edilmek üzere yahut benzin almak üzere gelen otomobiller tarafından kullanıldığı takdirde, irtifak hakkının motörlü vasıtalar kullanmak suretile istimali, mukayyet gayrimenkülün maliki tarafından men dâvası açılmasına hak verir.

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

401

Yargıtay Kararları

(Ceza Kısmı)

1 9 4 5

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1 9 4 5

403

KISALTMALAR

AsCK	Askerî Ceza Kanunu
AsMUK	Askerî Muhakeme Usulü Kanunu
BK	Borçlar Kanunu
CK	Ceza Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemelert Usulü Kanunu
DTK	Deniz Ticareti Kanunu
Harç TK	Harç Tarifesi kanunu
HMUK	Hukuk Muhakmeleri Usulü Kanunu
İİK	İcra ve İflâs Kanunu
MK	Medeni Kanun
MemMK	Memurin Muhakematı Kanunu
MeşSK	Meşhut Suç Kanunu
MKK	Millî Korunma Kanunu
TK	Ticaret Kanunu

ÖRNEKLER

8.	Sekizinci
TK 3	Ticaret Kanunu 3. maddesi
TK 3,4	Ticaret Kanunu 3 ve 4. maddesi
BK 41/2	Borçlar Kanunu 2. fıkrası
BK 41/1,2	Borçlar Kanununun 41. maddesinin 1 ve 2. fıkrası
CK 450:2	Ceza Kanunu 450. maddesinin 2. bendi
CK 450: 2,3	Ceza Kanunun 450. maddesinin 2 ve 3. bentleri
CK 279/2:1	Ceza Kanununun 279. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendi

Yargıtay Kararları

Nr. 1 **Ceza Kısmı**

TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARI

Görev — Millî Korunma Mahkemesi

Yargıtayda kurulan Millî Karunma Dairesinin Yargı çevresi yeni millî korunma mahkemelerile bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde görevleri tâyin kılınacak mahkemelerden verilecek hükümlerin tetkikına maksurdur.

(CMUK, 1 MKK 67)

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genelkurulu
Esas 944/36 — Karar 3 (9/VI/1944)

Temyiz mahkemesinde yeni teşkil edilen millî korunma dairesinin vazifesi şümulü:

Millî korunma kanununun, 4648 sayılı kanunla değişen 67 inci maddesinin- Temyizde Hususi bir daire teşkiline Adliye Vekilliğini salâhiyetli kılan 6 ıncı bendile ne maksat gözetildiği ve adı geçen hususi daire vazifesinin hudut ve şümulünün ne olacağı bahsinde kanun hükmünden anlaşılan mâna üzerinde iki gün süren müzakerelerden çoğunlukla husule gelen fikir ve kanaatlar başlıca şu neticelerde toplanmaktadır.

1 - 4180 sayılı millî korunma kanununun 67 ıncı maddesini 4648 sayılı kanun,aynile veya hüküm ilâvesi suretiyle kabul etmiş olmayıp tamamen değiştirmiştir. Bunun böyle olduğu kanunun metin ve ibaresinden anlaşılan hükmile olduğu kadar bizzat kendi kabuliyle de sabittir. Çünkü 4648 numaralı kanunun ilk maddesinde «aşağıdaki maddeler değiştirilmiştir» derken 67 inci maddeyi de, değiştirdiği maddeler arasında göstermiştir. Bu hal başka yolda tevcih ve tefsire imkân bırakmıyan bir kesinliktir. Mamafih bu açık ifade, biran için bir tarafa bırakılarak mücerret ibaresi bakımından bir tetkik mevzuu yapılsa madde hükmünden başka mâna çıkarmağa yine imkân bulunamaz. Çünkü maddenin esas itibariyle koymuş olduğu aslî hüküm ve bu hüküm ile Adliye Vekilliğine yapmak salâhiyetini verdiği değişiklik: bizzat çizmiş olduğu vazife hududu dahilinde kaza hakları carî olacak (Millî korunma mahkemeleri) unvanlı

mahkemeler vücuda getirmekten ve bu suretle vücuda gelecek mahkelerin hükümlerini Temyizde hususi bir merci'e tetkik ettirmekten ibarettir.

Biri diğerine bağlı olmak itibarile ikisini bir sayarak «yeni vazifelerle cihazlanmış yeni merciler» diye ifade etmek te kabil olan şu iki kurumdan millî korunma mahkemelerine ait olanın ilk bendinde ve Temyiz hususi dairesine ait olanın 6 ıncı bendinde gösterilmesi sebebi ilk mahkemelerin kuruluşunda gözetilen hususiyetlerin birer birer beyanından sonra temyize geçmek suretile her iki kurumun kendiliklerinden doğan tabiî sıranın kanunlaştırılmaları (Takninleri) bahsinde de göz önünde tutulmuş olmasındandır.

Binaenaleyh maddenin ruhu, amacı: yeni vazifelerle cihazlanmış yeni mercilerdir. Bu amaç esas itibariyle birinci bendde kendini gösterir; ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci bentlerde bahsolunan hususlar hep ilk bendinde kanunun icabı hale göre kurulmasını Adliye vekilliğine bırakmış olduğu o mahkemelerin nerelerde ve kimlerden kurulacaklarını, bunlurın maaş ve tahsisatlarını, bu mahkemelerin kaldırılacağı zaman açıkta kalacaklara ne muamele tatbik olunacağını nihayet bizzat mahkeme kurmağa lüzum görülmiyecek olan yerlerdeki işleri yeni şartlar dairesinde kimlerin veya hangi mahkemelerin göreceğini vekâlet tâyin edeceğini göstermeden ibarettir.Bu göstermelerin 4180 sayılı kanunda da yer bulmuş olması, ilk bentteki kuruma tâbi olmaktan başka bir şey ifade etmeyen mevcudiyetlerine başlı başına bir mahiyet vermiş olmaz. İlk bentteki kurum değişince öteki bentlerin ifade eyledikleri muktezalar da o yeni kurumun muktezaları olmuş olur. İlk bent ise o zamana kadar yükümlenmedikleri vazife ve salâhiyetlerle cihazlanmış, ve yine o zamana kadar taşımadıkları unvan ile adlanmış yeni merciler kurulması göz önünde tutularak yeniden konulmuştur.

Böyle olunca öteki bentlerde zaten ilk bende tâbi bulunmalarından dolayı maddenin esasına teb'an heyeti mecmuası değişmiş, bütün madde hükmü yürürlüğe girmesinden sonra vekillikçe kullanılacak salâhiyet dairesinde yapılacak işlere mâtuf bulunmuş olur.

2 — Bu esas şu suretle tesbit olununca 6 ıncı bentte kurulmasından bahsolunan hususi dairenin vazife hududu da kendiliğinden çizilmiş olur. Böyle olmakla beraber o bendin zaten metin ve ibaresi başka mâna çıkarmağa müsait değildir. Bendin başındaki«.... millî korunma mahkemelerinden ve bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde bu işlere bakmak üzere salâhiyetli kılınan mahkemelerden.....»cüm-

lesinin hemen her kelimesi bu maksadın bir işareti mahsusasını teşkil edecek kuvvettedir. Birincisi " Millî korunma mahkemeleri" tabiri 67 inci maddede de yapılan değişilikler sırasında kanuna ilk defa konulan bir unvan olmakla ancak o unvan ile göz önünde tutulan yeni teşkile maksur olabilir. İkincisi«Bu mahkemeler» ve «bu işler» kelimelerindeki (Bu) işaretlerinin yakına, göz önünde bulunan şey'e delâleti yakında ve göz önünde bulumıyan şey'e atfına imkân bırakmaz.Üçüncüsü «Bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde» cümlesi de mahkeme kurmak ve kurmamak safhası ancak ona lâzım olan kanuni salâhiyetin iktisabından sonra bahsolunabilecek bir keyfiyet olması itibariyle yine ancak o salâhiyetin istimalinden sonraki hali ifade edebilir.

Binaenaleyh mesele, yeni kanundan itibaren yapılacak yeni değişiklikler meselesidir. Bu değişiklikler büsbütün yeni mahkemeler kurmakla olabileceği gibi mevcut mahkemelerden lüzum görülenlere yeni vazifeler vermekle de olabilir. Bu suretle kurulan veya vazifelendirilenler 67 inci maddenin göz önünde tuttuğu mahkemeler olmuş olacaklarından o takdirde ve ancak o veçhile 67 inci madde konusuna girmiş olurlar.

Millî korunma kanununun şümulüne giren işler üzerinde 4180 sayılı kanun ile teşekkül etmiş veya vazifelendirilmiş bulunan eski mahkemelerin son kanuna tevfikan yukarda yazılı suretlerde başlanılan yeni fiiliyat karşısındaki durumlarına gelince: mücerret yeni kanunun çıkması veya o kanuna göre bulundukları yerlerden başka yerlerde bazı teşkiller yapılıp bazı vazifeler verilmesi eski mahkemelerin durumunda kendiliğinden vazifeî bir tebdil veya tesir hasıl etmez. Onlar millî korunma kanununun kendi bünyesinde vücuda getirilen meselâ tekerrür teşebbüs, teselsül gibi kanunî ve tatbikî, veya hangi hallerde mevkufen muhakeme yapılacağı gibi usulî, tadillerin tabiî olan tesirleri haricinde ne vaziyette idiseler kendilerine yeni bir tebliğ ve tavzif vakı oluncaya kadar, o vaziyette kalırlar. Yani vazifeleri kendiliğinden sakıt olmuş olmaz. Böyle olunca da onların o vaziyette gördükleri ye görecekleri işler hakkında verdikleri ve verecekleri hükümlerin temyizce tetkikatı kemakân Üçüncü Ceza Dairesinin vazifesine dahil kalır.O safhada dahi kendiliğinden bir tebeddül vücuda gelmiş olmaz. Şu sebeplerledir ki:

4648 sayılı kanunun 67 inci maddesi, göz önünde tuttuğu teşkilâtı yürürlüğe geçmesinden itibaren kat'i ve fiiliyata müsessir bir vakıa halinde ihdas etmiş olmayıp sadece bu teşkilâtı yerine ve lüzumuna göre yapabilmek salâhiyetini Adliye Vekilliğine vermiş, bu saha-

da yapmış olduğu şey bundan ibaret kalmıştır. Bundan ötürü 4648 sayılı kanunun mücerret yürürleğe girmesiyle 4180 sayılı kanunla teşkil edilmiş veya salâhiyetlendirilmiş mahkemelerin teşkilât ve vazife bakımlarındanan durumlarında kendiliğinden bir değişiklik hasıl olarak kaza salâhiyetlerinin kalkmış olduğu mülâhazasına mahal ve imkân bulunamaz. Bu durum da bu veçhile tesbit olununca o mahkelerin hükümlerini temyizce tetkik ile mükellef bulunan Üçüncü Ceza Dairesinin bu hususiaki salâhiyet ve mükellefiyetini millî korunma kanunundan veya Adliye Vekilliğinin o kanuna dayanan her hangi emir ve tefvizinden almış olmayıp doğrudan doğruya ve münhasıran Temyiz teşkilâtının tevsiine dair olan kanunun esas halinde tesbit etmiş olduğu ana hükmünden almakta bulunması hasebile sonraki kanuna dayanan salâhiyitle o ana hükmü kayıtlandıran bazı istisnalar vücuda getirilse dahi o istisnalar dışında kalan hallerde vazifeli mahkemeler üzerindeki kaza hakkının eskisi gibi devam etmesi, hukukî esasların icapları bakımından aşikârdır. Binaenaleyh Adliye Vekilliğince 4648 sayılı kanun ile alınan salâhiyete dayanılarak yapılacak olan yeni tefvizlerle eski mahkemelerin o zamana kadarki vazifeleri üzerinde bir yenilik ihdas olunmadıkça gerek eskidenberi millî korunma kanunu ile vazifelenmiş bulunan mahkemelere müteallik eski vazifelerin, ve gerek Temyiz Üçüncü Ceza Dairesinin o mahkemeler üzerindeki kanuni mercilik sıfat ve salâhiyetinin, olduğu gibi carî bulunması lâzımdır.

Hulâsa:

1 — Temyizdeki hususi dairenin kaza hududu, 4648 sayılı millî korunma kanununun 67 inci maddesinin ilk bendine tevfikan teşkil olunacak tek veya toplu millî korunma mahkemeleriyle bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde aynı maddenin beşinci bendine tevfikan vazifeleri tâyin kılınacak mahkemelerden verilecek hükümlerin tetkikına maksurdur.

2 — 4648 sayılı kanun, 67 inci maddesindeki sarahat itibariyle yeni teşkil ve tavzifi Adliye Vekilliğinin takdir ve tensibedeceği zaman ve mahalle terketmiş bulunmasından dolayı yürürlüğe girdiği 11/8/1944 gününde 4180 numaralı kanunla teşkil veya salâhiyetli kılınmış mahkemelerin veya hâkimlerin kaza salâhiyetleri kalkmamış olduğundan yeni teşkiller veya salâhiyetlerle mücehhez mahkemeler teşkil edilinceye kadar eski mahkemelerden çıkan ve çıkacak olan hükümlerin tetkik mercii de üçüncü ceza dairesindir.

Birinci ve ikinci bentte tesbit olunan esaslar dahilinde muamele olunmak lâzım geleceğine 9/ 11/1944 tarihine rastlıyan

Perşembe günü toplanmış bulunan tevhidi içtihat heyetince 17 Muhalif reye karşı 34 reyin baliğ olduğu üçte iki çoğunlukla karar verildi.

Davanın nakli—İlk soruşturma—Yetki

İlk soruşturmada karşı konulmıyan veya karşı komanın reddile kesinleşen ve asıl yetkiyi tâyin eden karar gibi, eylemli ve hukuki sebeplerle dâvanın nakli yolile belli olan ayrıklı yetkiyi tâyin eden dâvanın nakli kararı dahi son soruşturma noktasından yetkiyi belli eder.

(CMUK 16)

Yargıtay Ceza Genelkurulu
Esas 124 —Karar 120

Dinar Hukuk Hâkimi Sait Ceçvana iftirada bulunmaktan maznun Musa tafa oğlu Celal Toksöz hakkında yapılan duruşmada (Her ne kadar bu dâvaya ait ilk tahkikat İsparta Ağır ceza mahkemesince Eğridir Sorğu hâkimlığine nakledilmiş ise de,son tahkikatın ve duruşmanın icrası Eğridir mahkemesine ait ve tâyin edildiğine dair karar mevcut olmadığından ve Dinar'da ise müstakil asliye ceza işlerine başlı başına ceza hâkimi mevcut bulunduğundan ve bu dâvanın rüyeti Hâkimler Kanununun 99. maddesi gereğince İsparta Agır ceza mahkemesine mevdu olup bu cihet muvafık görülmediği takdirde Dinar ceza hâkimliğine mevdu işlerden olduğundan bahsile işbu dâvanın rüyet ve intacı Eğridir mahkemesinin vazife ve selâhiyeti haricinde ve yukarda adı geçen mahkemelere ait bulunduğuna ve lâzım gelen mercie gönderilmek üzere dosyanın iddia makamına geri verilmesine dair) Eğridir Asliye Ceza hâkimliğinden verirlip kaytileşen 3/7/944 tarihli kararın; suçluya isnat olunan fiil duruşma sırasında kendisini tahkir ettiğinden bahsile Hukuk hâkimi aleyhinde ihbar ve şikayette bulunarak mumaileyhe iftira etmekten ibaret olduğundan Hâkimler Kanununun 99. maddesinin hâdiseye şümulü bulunmamış ve bu işe ait ilk tahkikatın hukuki sebeplerle Dinarda icrasına imkân görülmediğinden dâva merciince Eğridir Sorgu hâkimliğine nakledilmiş olmasına ve ilk tahkikattaki salâhiyeti tâyin eden kararın son tahkikat safhasından dahi salâhiyeti belli etmiş sayılacağı Ce Muhakemeleri Usulü Kanununun 16. maddesi hükmü iktizasından bulunmasına göre Egridir Asliye Ceza hâkimliğince duruşmaya devamedilerek neticesine göre esas hakkında bir karar verilmesi icap ederken

bu dâvanın rüyeti İsparta Ağırceza mahkemesine ve bu cihet muvafık bulunmadığı takdirde Dinar ceza hâkimliğine ait olduğundan bahsile dosyanın bu iki mahemeden lâzımgelenine gönderilmek üzere geri verilmesi şeklinde ve terditli bir surette karar verilmesi yolsuz görüldüğünden Eğridir asliye ceza hâkimliğinin mezkûr 3/ 7/ 944 günlü kararının ceza muhakemeleri usulü kanununun 343. maddesine tevfikan bozulması yüksek Adliye Vekâletinin yazılı emrine atfen Baş Müddeiumumilikten ihbar edilmesine mebni Temyiz Dördüncü Ceza Dairesince tetkik olunarak; isnat olunan fiilin inzıbati muameleyi müstelzim mahiyette olmayıp suç teşkil etmesine göre dâvanın asliye cezanın vazifesi dahilinde olduğuna ve terditli karar verilmesinin doğru bulunmadığına mütedair kısmları varit ise de usulün 16. maddesi ilk tahkikatta itiraza uğramıyan veya itirazın reddile katileşen salâhiyeti asliyeye ait olup sorgu hâkimliğinin münhal veya sorgu hâkiminin müstenkif bulunması gibi arızi sebeplerle yapılan nakillerin verdiği ve münhal olan sorgu hâkimliğine tâyin yapılması veya istinkâf eden sorgu hâkiminin değişmesi veya ilk tahkikatın tamamlanması hallerinde sebebi mürtefi olacak istisnai salâhiyetlere şümulünü kabul vatandaşların kanunen tâbi olduğu mahkemelerden başka bir mahkemelere sevkedilemiyeceğini gösteren Teşkilatı Esasiye kanununun 83 - maddesi ile tearuz taşkil edeceği cihetle Adliye Vekâletinin yazılı emirlerine matuf ihbarnamenin son tahkikatın Eğridir asliye ceza mahkemesine aidiyeti hakkındaki mütalâası gayrı varit ve işin ihtimalen ağır cezaya ait olacağı yolundaki kayıt ve ihtiva ettiği terditten dolayı kararın bozulması ameli bir faide teminden uzak ve kararın son tahkikatın dinar asliye ceza mahkemesinde görülmesi lâzımgeleceği hakkındaki hükmü yerinde olduğundan ihbarnamedeki bozma mütalâsının reddine mütedair karar aleyhine de bu iş hakkında ilk tahkikatın hukuki sebeplerle Dinar'da icrasına imkân görülemediğinden dâva merciince Eğridir sorgu hâkimliğine nakledilmiş ve ilk takikattaki salâhiyeti tâyin eden kararın son tahkikat noktasından dahi salâhiyeti belli etmiş sayılacağı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 16. maddesinin mutlak hükmü iktizasından olup bu ıtlakın şu ve bu gibi sebeplerle takyidini mülâhazaya kanun hükmü müsait bulunmadığı gibi Teşkilâti Esasiye kanununun 83. maddesi ile tearuz dahi mütasevver bulunmamışken yazılı olduğu üzere yazılı emre dayanan tebliğnamedeki mütalâasının reddine karar verilmesile isabet görülemediginden Yüksek Ceza Umum heyetince bittetkik ret kararının refile mahalli kararının yazılı emre matuf tebliğname veçhile bozulması hususunda ve müddetin-

de itiraz edilerek bu baptaki evrak 18/10/944 tarihli itirazname ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Ceza Muhakemeleri Ululü Kanununun 16. maddesi sarahatına ve nakledilen şeyin ilk tahkikat değil bu babdaki dâva bulunmasına binaen itirazname münderecatı varit olmakla itiraz olunan kararın kaldırılmasına ve Ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesine tevfikan Eğridir mahkemesinin salâhiyetsizlik kararının bozulmasına 23/10/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Kaçırma

Sanık veya hükümlünün kaçırılanla evlenmesi halinde tam (asli) olsun yarım (feri) olsun bütün suçortakları hakkındaki dâva ve ceza düşer.

(CK 434)

Yargıtay Ceza Genelkurulu
Esas 1/95—Karar 96

Takdiri tahfif sebebinin vucudile birlikte 15 yaşını bitirmiyen gülender'in zorla ırzına geçmekten suçlu eşhastan Mehmet dinç' in cezasının K. nun $\frac{414}{2}$. 59,31 inci maddelerine tevfikan dört sene sekiz ay ağır hapsine ve o kadar da âmme hizmetlerinden memnuiyetine ve mezburenin zorla ırzına geçerek kızlığını bozan diğer suçlu Bayram'ın mezbure ile evlenmiş olmasına mebni hakkındaki âmme dâvasının teciline dair hükmün kendisine ait mahkûmiyet kısmının temyizen tetkiki suçlu Mehmet Dinç tarafından istida edilmesi üzerine temyiz birinci ceza dairesince tetkik olunarak; Evlenme vukuu halinde fiilde medhaldar olanlar hakkında cezanın düşmesi lâzım geleceği ceza Kanununun 434 üncü maddesi sarahatından anlaşılmasına ve suçlular da yekdiğerine yardım etmek suretile mağdurun ırzına geçtikleri ve bu suretle fiillerde müşterek oldukları kabul edilmesine göre suçlunun yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle; eski hükümde ısrara mütedair Kırşehir ağır ceza mahkemesinden bu kere verilen 7/9/1944 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki C. Müddiumumiliği ile suçlu tarafından müddetinde istida ve yokluk ilmühaberi ita edilerek bu baptaki evrak Başmüddeiumumiliğin; mağdure ile evlenen ve hakkındaki âmme dâvasının teciline karar verilen Bayram'ın ırza geçme

fiilini Mehmet Dinç'in kurtarmağa gelen şahit Bedisabahı tutmak suretile yardım etmesile becerdiği ve onu takiben suçlunun aynı fiili aynı şekilde işlediği kabul edilmesine göre kanunun ruhuna uygun olan bozma kararlarına uyulması lâzım geliken ısrar edilmesi yolsuz olduğundan hükmün bozulması talebini natık 7/ 0/1944 tarihli tebliğnamesile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderecatına nazaran temyiz ilâmında gösterilen bozma sebepleri varit ve uymak icabederken eski hükümde ısrar olunması yolsnz ve kanuna aykırı görülmekle mezkûr ısrar kararının ceza M. U. K. nun 326 ıncı maddesine tevfikan BOZULMASINA ve beş lira temyiz ilâmı harcının sonradan haksız çıkacak taraftan alınmasına 6/11/1944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Kazanılmış hak — Duruşmanın durdurulması kararı — Dâvanın esasını halleden kararlar.

Bir suçun takibi şikâyete bağlı olmadığı halde mahkemece şikâyete bağlıdır denilerek verilmiş olan duruşmanın durdurulması kararı, sonradan şikâyet müddeti geçmiş bulunsa bile beraet kararı yani dâvanın esasını halleden karar mahiyetini almaz.

(CMUK 343)

Yargıtay Ceza Genelkurulu
Esas 129 —Karar 129

İfade ettiği vazifeden dolayı nahiye müdürünü tahkir etmekten suçlu Mahmet Çolak hakkında karapınar asliye ceza hâkimliğinde yapılan duruşma sırasında fiilin takibi şikâyetname verilmesine bağlı mevaddan bulunduğundan bahsile duruşmanın tatiline dair verilip katileşen 25/5/944 tarihli kararın muhtar intihabında ifade ettiği vazifeden dolayı yüzüne karşı nahiye müdürünü tahkir eden maznunun fiili T. Cez akanununun 266 ıncı maddesine temas ettiği düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden Ceza muhakemeleri usulü kanununun 343.maddesine tevfikan bozulması yazılı emre atfen baş M. U. likten ihbar edilmesine binaen temyiz dördüncü ceza dairesinde tetkik olunarak adliye vekâletinin yazılı emirlerine matuf ihbarname varittir. Ancak; 7/1/944 de vuku bulan suç tarihinden bu güne kadar şikâyet müddeti olan altı ayın geçmesi sebebile müttehaz karar beraet mahiyetini iktisap etmiş olmakla karar filasıl haiz olduğu (dâvanın esasını halletmiyen) mahi-

yetini gaip etmiş ve beraet mahiyetini almış olduğundan usulün 343. maddesinin son fıkrasının tatbikına imkân yoktur. Bu itibarla kararın aleyhe müessir olmamak üzere usulün 343. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca bozulmasına dair verilen 30/9/944 tarihli karara da Baş Müddeiumumilikten; Ceza M.U.K. nun 343. maddesine göre müktesep hak teşkil eden kararlar dâvayı neticelendiren ve kaziyei muhkeme tesis eden kararlardır. Neticelenmiş bir dâvanın yazılı emir yolu ile tekrar mevzuu bahis edilmesi kazai emniyet ve istikrarı selp ve kaziyeyi ihlâl etmesi itibarile tecviz edilmemiştir. Halbuki tatil kararı sırf usule müteallik muamelelerin ifa ve ikmaline intizaren tahkikatın durdurulmasını istihdaf eder; bu itibarla da dâvanın esasını halleden kararlardan değildir. Bu sebepten dolayı Yüksek 4. Ceza dairesince yazılı olduğu üzere ittihaz olan kararda isabet görülmediğinden Yüksek ceza umum heyetince bittetkik gereken kararın verilmesi hususunda ve müddetin itirar edilerek bu baptaki evrak 26/10/944 tarihli itirazname ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum Ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Mahalli mahkeme kararı dâvanın esasını halleden kararlardan bulunmamasına ve hakaret suçu suçlunun nahiye müdürünün vazifesini ifa sırasında ika edilmiş ve âmme namına takibi muktazi bulunan hususattan bulunmasına binaen itirazname münderecatı varit olmakla daire kararının aleyhe müessir olmamak kaydının kaldırılmasına 6/11/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Kamu dâvasının açılması — Tütün kaçakçılığı

Kullanmak için yapılan tütün kaçakçılığından dâva açılması için iddianameye lüzum yoktur.

(Kaçakçılık K 25, 55, 58, Tütün inhisarı K 79, 107)

Yargıtay Ceza Genelkurulu
Esas 116— Karar 127

Dükkânında 24 kilo kaçak tütün bulundurmaktan suçlu Mustafa Şenbaş'ın inhisar idaresinin müracaatı üzerine bilmuhakeme; 24 kilodan 3 kilosunun kullanılmağa elverişli olduğu anlaşıldığından 1918 sayılı kanunun 25 ve 3437 No. lı kanunun 79 uncu maddelerine tevfikan 15 lira hafif para cezasiyle mahkûmiyetine ve 200 kuruş harç alınmasına dair Turgutlu sulh ceza mahkemesinden verilip katileşen

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

29/3/1944 tarihli kararın 1 — Usulen iddianame ile açılmış bir dâva mevcut olmadığının nazara alınmaması, 2 — Hükmedilen ve tazminî mahiyetle bulunan para cezasının miktarı nazara alınmaksızın 200 kuruş harç tâyini yolsuz görüldüğünden usulün 343 üncü maddesine tevfikan bozulması Adliye Vekâletinin yazılı emrine müsteniden Baş M. Umumilikten ihbar edilmesine mebni Temyiz üçüncü ceza dairesince tetkik olunarak: 1918 No. lı kanunun 58 inci maddesinde 55 inci maddede yazılı işlerden maadasında evrakın iddianame ile mahkemeye verileceği gösterilmesine ve dâva evrakı mezkûr 55 inci madde sarahatı dairesinde idarenin müzekkeresi üzerine sulh ceza mahkemesine verilmiş ve bu mahkemece de yaprak tütün istimal kastiyle bulundurulduğu kabul edilerek mezkûr kanunun 55 inci maddesinin birinci fıkrası delâletiyle 3437 sayılı kanunun 79 uncu maddesiyle ceza tâyin edilmiş olmasına ve bu kabil suçlarda iddianame tanzimi mecburiyeti bulunmamasına göre yazılı emre mâtuf tebliğnamenin birinci bendindeki mütalâa yerinde değilsede; diğer bozma sebebi hükmolunan para cezasının nev'i ve miktarına göre varit bulunmuş olduğundan hükmün harca ait kısmının usulün 343 üncü maddesine tevfikan mezkûr sebepten dolayı bozulmasına ve harcın tahsil olunmamasına mütedair sâdır olan 27/6/1944 tarihli karara da: Sureti kabule göre suçlunun fiili istimal maksadiyle nezdinde 24 kilo kaçak tütün bulundurmaktan ibaret olup hakkında 3437 sayılı kanunun 79 ve 1918 sayılı kanunun 25 inci maddeleri tatbik edilmiş ve 3437 sayılı kanunun 107 inci maddesiyle 79 uncu maddenin tatbikını istilzam eden suçlara ait dâvaların iddianame ile açılması esası kabul olunmuş ve tütün istihlâki kaçakçılığına ait dâvaların iddianame ile ikamesi icabedeceği ötedenberi Üçüncü ceza dairesinin müstekar içtihadı cümlesinden de bulunmuş ve 1918 sayılı kanunun 55 ve 58 inci maddeleri hususi bir kanun bulunan tütün ve Tütün inhisarı Kanununun 107 inci maddesini ne tadil ve ne de ilga eder mahiyette olmadığından hâdisede mezkûr 107 inci maddenin tatbiki zaruri bulunmuş olmasına nazaran Turgutlu sulh ceza hâkimliğinin 29/3/1944 tarihli kararının yazılı emir veçhile bu sebepten dolayı da bozulması icabederken yazılı mütalâa ile bu hususa ait bozma talebinin reddine karar verilmesinde kanunî isabet mülâhaza edilmediğinden Ceza umum heyetince bittetkik ret kararının ref'ile hükmün yazılı emre mâtuf tebliğname veçhile bu cihettende bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 22/8/1944 tarihli itirazname ile Birinci riyaset dairesine tevdi edilmekle Umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Daire kararının müstenit olduğu esbabı mucibiye nazaran itiraz-name müeddaası varit görülmediğinden reddine 6/11/1944 tarihinde Oybirliğiyle karar verildi.

Askerî suç — Askerî yargı

Askerî ceza kanununda cezası Türk ceza kanununa atıf yolile tâyin edilen suçlar, askerî suçtur.

(ACK 144; AsMUK 6)

Yargıtay Ceza Genelkurulu
Esas 163—Karar 170

Asker bulunduğu sırada ciheti askeriyeye ait iki hayvanın zi-yaına sebebiyet vermekten suçlu Mustafa Polat hakkında Sivas 12 inci Tümen âmiri adliliği ile Kırklareli asliye ceza hâkimliği karar-ları arasında çıkan selbî vazife ihtilâfının halil için gönderilen bu baptaki evrak Baş müddeiumumiliğin; isnadolunan fiilin mahiyeti-ne ve maznunun terhis edilerek askerlikle alâkası kalmamış bulun-masına ve askerî usulün 6 ıncı maddesinin son fıkrası (sarahatına göre yerinde görülmiyen asliye ceza hâkimliği kararının kaldırılma-sı talebini natık 13/9/944 Tarihli tebliğnamesi askerî temyiz müdde-iumumiliğinin mütalaanamesiyle birlikte 14/9/944 Tarihinde birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıkdan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Hâdise askerî ceza K.nun 144 üncü maddesi hükmünü müstelzim bulunmasına ve askerîcezakanununda Türk ceza kanununa atıf ile ceza tâyin edilen hususat askerî ceza kanununda kabul edilmiş ol-ması itibariyle askerî bir suç olacağına ve suçlunun terhis edilmesi mercii kazayı değiştiremiyeceğine ve askerî usulün 6 ıncı maddesi-nin ikinci fıkrası sarahatına göre yerinde görülemiyen âmiri adlilik kararının kaldırılmasına 6/11/944 Tarihinde Oybirliğile karar verildi.

Kasin karar—Yargılamanın yenilenmesi (iadesi)

Tek bir kişi tarafından işlenen bir suçtan dolayı bir kimsenin hüküm giymiş olması aynı suçtan dolayı diğer bir kimsenin hüküm giymesine engel değildir.

(CMUK 163, 327)

Yargıtay 1. Ceza Dairesi
Esas 2470 — Karar 2055

Rüstem oğlu Ahmedi, taammüden öldürmekten suçlu Yakup Özden hakkında Çanakkale Ağır ceza mahkemesinde yapılan duruşma sonunda: Türk ceza Kanunu'un 450/4, 59, 31 ve 33 üncü maddelerine tevfikan 24 sene müddetle ağır hapse konulmasına ve müebbeden âmme hizmetlerinden mahrumiyetine ve cezası müdddeti içinde mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulmasına 10/3/938 tarihinde hüküm edilerek hüküm, Temyiz Birinci Ceza Dairesinin 3/5/938 tarihli ilâmile tasdik edilmek suretile kat'ileşmiştir.

Halen Bursa ceza evinde cezası infaz edilmekte bulunan mahkûm Yakup tarafından Biga C. Müddeiumumiliğine gönderilen 28 Haziran 943 tarihli istidada maktul Ahmedin bir kadın meselesinden dolayı Tahsin Sezer tarafından öldürüldüğünün meydana çıktığı bildirilerek tahkikata el konularak kanuni haklarının meydana çıkarılması istenmesi üzerine mezkûr mahal C. Müddeiumumiliğince, Tahsin Sezer hakkında dâva açıldığı ve yapılan ilk tahkikat sonunda ise sorgu hâkimliğince mezkûr katil fiilinin Tahsin Sezer tarafından ika edildiği anlaşıldığından hakkında Türk ceza kanununun 448 ve 51 inci maddelerine tevfikan Çanakkale ağır ceza mahkemesinde son tahkikatın mevkufen açılmasına karar verilerek evrakın Çanakkale ağır ceza mahkemesine tevdi edildiği ve ağır ceza mahkemesinde yapılan duruşma ise; (Mezkûr istida üzerine mahallî Müddeiumumiliği bu istidayı iadei muhakeme hususunda Çanakkale ağır ceza mahkemesinden karar istihsali için göndermesi icap ederken oraca ilk tahkikat açarak Tahsin Sezer'in suçlu olarak katilden son tahkikat kararı ile mevkufen mahkemeye sevk edildiği görülmekte ise de; mahallî müddeiumumiliği ve sorgu hâkimliğinin bu hususta karar ittihazına salâhiyeti bulunmadığından evvel emirde Yakup hakkında iadei muahkemeyi mucip sebeplerin mevcut olup olmadığı tecemmül ve bu hususta karar ittihaz edilmek üzere Çanakkale C.Müddeiumumiliğinin mütalâası alınmak üzere evrakın C. Müddeiumumiliğine tevdiine ve Tahsinin de tahliyesine) 11/4/944 de karar verildiği ve 2/6/944 tarihli kararla da (Mahkûm Yakup Özdenin dilekçesinde serdeylediği hususatın mahkûm hakkındaki hüküm tasdikından evvelki müdafaatını tekrardan ibaret bulunmasına ve bu dilekçe üzerine Biga sorgu hâkimliğince toplanan delillerde mahkûm hakkındaki hükmü tebdil edecek yeni vakıa ve delillerden madut görülmemesine binaen iadei muhakeme talebinin reddine) karar verildiği görülmüştür.

Yakup Özden imzasile verilen 28 Haziran 943 tarihli istida, Biga C. Müddeiumumiliğince yeni bir ihbar mahiyetinde kabul edilerek bahkikata taşlanmış ve adı geçen hakkında âmme dâvasının açılmasına kâf delil elde edildiğinden hakkında ilk tahkikatta dâva açılmış ve yapılan ilk tahkikat neticesinde ise elde edilen delâile binaen merkum Tahsin Sezer hakkında Çanakkale ağır ceza mahkemesinde son tahkikatın açılmasına karar verilerek evrak mezkûr mahkemeye tevdi edilmiş olmasına göre mahkemece duruşmaya devam edilerek neticesine göre Tahsin Sezer hakkında bir karar verilmesi iktiza ederdi. Mezkûr fi lden dolayı evvelce Yakup Özden'in mahkûm edilmesi ancak bunun hakkında kaziyei muhkeme teşkil edip bunun, bilâbara aynı fi'ilden dolayı Tahsin Sezer hakkında âmme dâvası açılarak duruşma icrası ve karar itasına mâni teşkil etmemiş ve kanunda bunu meneden bir hüküm de mevcut bulunmamıştır.

Fransız müelliflerinden Georges Vidal (aynı fiilden dolayı birbirini takiben muhtelif şahıslar hakkında takibat icrası mümkündür. Ve ilk takibata uğrayan hakkında kaziyyei muhkeme bulunması müteakip takibatta muahharan takibata uğrayan rarafından ileri sürülemez (Georges Vidal: Cours de droit criminel, 8. bası: Paris 1935; S. 798) ve yine Fransız müelliflerinden Garaud (Tek bir fail tarafından işlenen bir fiilden dolayı bir kimsenin mahkûm edilmiş olmasına rağmen diğer bir şahıs aynı fi'ilden dolayı takip ve mahkûm edilebilir (Garaud: Traité d'instruction criminelle et de Procédure Pénale. Paris 1929. Cilt VI S. 214—269) demek suretile bu noktai nazarı teyit eylemişlerdir.

Bundan başka ortada Tahsin Sezer hakkında son tahkikatın açılması hakkındaki kararı, ağır ceza mahkemesinin salâhiyetsiz olarak verildiğinden bahsile nazarı itibara almaması da kanun hükümlerine munaliftir.

Bu sebeplerle kanun hükümlerine muhalif görülen ağırceza mahkemesinin mezkûr 11/4/944 ve 2/6/944 tarihli kararlarının ceza muhakemeleri usulü kanununun 343 üncü maddesine tevfikan temyizen bittetkik bozulması ve mezkûr kararlar bozulduğu takdirde dâvanın, âmme emniyeti bakımından Balıkesir, Bursa, İstanbul ağır ceza mahkemelerinden birine nakli yüce Adliye Vekâletinin yazılı emrine atfen Cumhuriyet BaşMüddeiumumiliği yüksek makamından ihbar ve evrakı temyiz mahkemesi Birinci Ceza Dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

117

Yazılı emre bağlı tebliğnamede bildirilen mütalâa yerinde görüldüğünden Çanakkale ağır ceza mahkemesinden verilen 11/4/944 ve 2/6/944 tarihli kararların usuln 343 üncü maddesi son fıkrası mucibince bozulmasına ve yazılı emirde gösterilen lüzum üzerine emniyet bakımından dâvanın Bursa ağır ceza mahkemesine nakline ve kanunî icabı yapılmak üzere dosyanın C. Baş Müddeiumumiliği makamına verilmesine 28/9/944 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Suçortaklığı — Hırsızlık

492 ve 493. maddelerin son fıkralarında (birlikte yapılmak) tabirinden tam (asli) ve yarım (feri) suçortaklığı hükümleri anlaşılmalıdır.

(CK 64, 65, 492, 493)

Yargıtay 4.Ceza Dairesi
Esas 9476—Karar 10653

Mustafa Yükselin hanından geceleyin Kâmilin at koşumunu ve Mustafa Yükselin yorganını çalmaktan maznun eşhastan Mustafa Bülbül ve mükerrir Mustafa Gökotun mevkufen bilmuhakeme: mükerrerlikleri nazara alınarak T. C. K. nun 492/I,8I/2,3,525 inci maddelerine tevfikan Mustafa Gökotun iki sene 11 ay ve Mustafa Bülbülün iki sene 9 ay 26 gün hapislerine ve cezalarına muadil müddetle de emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmalarına dair Konya Asliye ceza mahkemesinden verilen 13/7/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûmlar tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

492, 493 üncü maddelerin son fıkralarındaki (Birlikte) tabirinin iştirak mânasını vermesine ve 65 inci maddenin hariç bırakıldığını gösterir bir kaydı ihtiva etmemesine ve dairemizin 26/9/942 ve 12/1/943 günlü ve 6568/6020 ve 268/35 sayılı ilâmlariyle takarrür eden içtihada göre tebliğnamedeki mütalâa ve toplanılan delillere ve hâkimin takdir ve kanaatına nazaran temyiz itirazları varit olmadığından reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün tasdikına ve 1100 zer kuruş ilâm harcının kendilerinden alınmasına 27/10/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Yargıtay Kararları

(Hukuk Kısmı)

1 9 4 5

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

ANKARA
Yeni Cezaevi Matbaası
1 9 4 5

119

KISALTMALAR

AsCK	Askerî Ceza Kanunu
AsMUK	Askerî Muhakeme Usulü Kanunu
BK	Borçlar Kanunu
CK	Ceza Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemelert Usulü Kanunu
DTK	Deniz Ticareti Kanunu
Harç TK	Harç Tarifesi kanunu
HMUK	Hukuk Muhakmeleri Usulü Kanunu
İİK	İcra ve İflâs Kanunu
MK	Medeni Kanun
MemMK	Memurin Muhakematı Kanunu
MeşSK	Meşhut Suç Kanunu
MKK	Millî Korunma Kanunu
TK	Ticaret Kanunu

ÖRNEKLER

8.	Sekizinci
TK 8	Ticaret Kanunu 3. maddesi
TK 3,4	Ticaret Kanunu 3 ve 4. maddesi
BK 41/2	Borçlar Kanunu 41. maddesinin 2. fıkrası
BK 41/1,2	Borçlar Kanununun 41. maddesinin 1 ve 2. fıkrası
CK 450:2	Ceza Kanunu 450. maddesinin 2. bendi
CK 450: 2,3	Ceza Kanunun 450. maddesinin 2 ve 3. bentleri
CK 279/2:1	Ceza Kanununun 279. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendi

120

Yargıtay Kararları

Nr. 1 **Hukuk Kısmı**

Müşterek mülkiyet — Müdahalenin meninde temsil

Müşterek gayrimenkule üçüncü şahıs tarafından vaki müdahalenin meni hakkında bir hissedarın açtığı dâva dolayısile müşterek mülkün tamamı hakkında müdahalesinin menine karar verilir.

(MK 625)

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genelkurulu
Esas 13/30 - Karar 24

Müşterek gayrimenkule şahsı ahar tarafından vukubulan müdahalenin men'i hakkında bir şerikin ikame ettiği dâva dolayısile tamamı hakkında müdahalenin men'ine karar verilip verilemiyeceği noktasından Temyiz hukuk umumi heyetinin 13/3/935 — 3/$\frac{21}{34}$ ve 11/2/942 — 3/$\frac{25}{25}$ sayılı kararlarını havi ilâmları arasında hasıl olan içtihat ihtilâfının halli birinci Reislik makamının 17/6/942 — 818 sayılı yazısile istenilmesine mebni toplanan tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek:

Neticede:

Müşterek gayrimenkule ahar şahıs tarafından vukubulan müdahalenin men'i hakkında hissedarlardan birinin açtığı dâva neticesinde üçüncü şahsın, haksız olduğu anlaşılan müdahalesinin men'ine dair verilecek hükmün müşterek gayrimenkulün tamamı hakkında mı, yoksa dâva eden hissedarın hissesine mi maksur olacağına dair hukuk umumi heyetinin iki kararı arasındaki mübayenet ve ihtilâfın halli için toplanan tevhidi içtihat heyetince mezkûr ilâmlar arasında tevhidi içtihat yoliyle halli muktazi ihtilâfın mevcut bulunduğuna karar verildikten sonra yapılan müzakere neticesinde: Medeni kanunun 625 inci maddesinin (Hissedarlardan her biri, müşterek menfaatlar için diğer hissedarları temsil edebilir) fıkrasındaki «Temsil» kelimesinin delâlet ettiği mâna ve mefhumun tâyini lüzumu hasıl olmuştur. Medeni kanunun 623 üncü maddesine göre menkul veya gayrimenkul müşterek bir malın hissedarlarından her biri kendi hissesine malik ve yalnız o hissenin hak ve mükellefiyetlerini haiz olup diğer hisseler ve hissedarlara karşı kanunun tâyin ve tasrih

ettiği münasebetlerden gayri hallerde müstakil olarak hareket etmek zaruretindedirler. Bundan ötürüdür ki; bir hissedar hiç bir zaman 627 inci maddedeki temsil salâhiyetine dayanarak diğer hissedarların hissesinde temlikî tasarrufta bulunamıyacağı gibi ufak tefek tamirat ile ziraat işleri gibi alelâde idarî tasarruflar hariç olmak üzere diğer türlü tasarrufları da yapamaz. Yine bu sebepledir ki; «Temsil» kelimesinden tam ve kâmil bir şekilde hukuki mâna kastedilmiş değildir. Buradaki temsilden maksat: müşterek malın zilyedliğine veya mülkiyetine ve maddiyetine üçüncü şahısların bir hakka müstenit olmaksızın tecavüzleri halinde her hissedarın müşterek mülkün tamamını muhafazaya ait tedbirleri almak ve bunu men için dâva etmek hakkını kullanabilmek salâhiyetini haiz olmasından ibarettir ki: Bu salâhiyet o hissedar için ancak tecezzi kabil olmıyan hususlarda tahakkuk edebilir Fakat meselâ müşterek bir mülkün tahribinden dolayı hissedarın açacağı tazmin dâvası ancak kendi hissesi miktarına münhasır kalır. Hissedar müşterek malın tamamının kıymetini dâva edemez.Çünkü;tahripten hasıl olan zarar bedelilin tecezzisi mümkündür. Tecezzi kabil olmıyan yerlerde ise hissedar tecavüz edeni kuvvet istimaliyle defetmek, gasbedenden tamamını geri almak gibi haklara malik olmakla beraber yine zilyedliğin ihlâlinden mütevellit tecavüzün ref'i veya mütecavize karşı mülkiyete müstenit olarak istihkak dâvası veya istihkak dâvasına müteferri tapu sicilinin tashihi dâvasını (Meselâ; müşterek bir gayrimenkul üzerinde diğer bir şahıs tarafından haksız olarak tescil ettirilmiş bir irtifak hakkının terkini için) açar. Bu dâvalar neticesinde müddeaaleyhin haksızlığı tebeyyün ederse yedin iadesine ve tecavüzün ref'ine ve sicilin tashihine dair verilecek hükmün, yalnız dâvacı hissedarın hissesine hasr ve tahsisi ve böyle bir hükmün icrası mümkün olamıyacağından müşterek şey'in tamamına şâmil olması zaruri olduğuna bir reyi muhalife karşı 21/6/944 Tarihinde Çoğunlukla karar verildi.

Başkasının arsasında inşaat—Hüsnüniyet

Harici satışlarda malikin satılan şeyden kaffiyedle müşteriye teslîminde inşaat ve garsiyat için bayiin zımnî muvafakati istidlal olanabileceğinden ve bağ ve bahçe vücuda getirmek mukavelelerinde bu muvafakat sarih bulunduğundan, her iki halde dahi Medeni kanunun 580. maddesi tatbik olunabilir.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genelkurulu
Esas 12—Karar 16

Medeni kanunun 650 inci maddesinin haricen gayrimenkul satışlarında da tatbiki lâzımgelip gelmiyeceği hususunda Temyiz birinci hukuk dairesince hasıl olan içtihat ihtilâfının halli adı geçen daire Reisliğinin 20/4/944 Tarih ve 4424 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni toplanan tevhidi içtihatheyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek;

Neticede;

Başkasının arsası üzerinde diğeri kendi malzemesiyle bina inşa veya başkasının tarlasına biri kendi fidanını garsetiikde arzın mütemmim cüz'ü halini alan bu muhdesatın mukadderatı, yer sahibinin bu inşa ve garsa olan muvafakat veya ademi muvafakatına göre değişir.

Bu ihdasda yer malikinin muvafakatı yoksa muhdesatın akıbetini kanunu Medeninin 648 ve 649 uncu maddeleri tâyin eder.

648 inci maddedeki (Malikin rızası olmaksızın) kaydı, malikin rızası olursa hükmün değişeceğine işaret eden *ihtirazî* bir kayıttır.

Bir tertip ve insicam dairesinde Kanunu Medenide bu hükümsevkedilirken yer sahibinin muvafakatiyle vaki olan ihdaslar için 650 inci madde ile ayrı bir hüküm vaz' ına lüzum görülmüştür.

Kanunen muteber olmıyan harici satışlarda dahi yer sahibinin inşa veya garsa muvafakatı inşa ve garsiyatta bulunan kimsenin sui niyetini tasavvur etmek imkânını selbedeceğinden yer sahibinin rızasının tahakkuku halinde 650 inci maddenin tatbikında tereddü edilmemek icabeder.

Sarih bir rıza ve muvafakat mevcut ise bu maddenin tatbiki lüzumu ötedenberi müttefekunaleyh olup Temyiz birinci hukuk dairesinin evvelki ictihatları da bu merkezde idi.

Mezkûr dairenin bu kerre tebellür eden ikinci içtihadı veçhileharicen satılan gayrimenkul üzerine müşterinin inşaat ve garsiyatı hakkın da sarih bir izin ve muvafakat mevcut olmayıp ta bayiin satış bedelini alarak gayriMenkulü istediği gibi tasarruf etmek üzere müşteriye teslim etmesi, müşterinin tasarrufu müllâk ile tasarruf etmesine izin verilmesini ve bu itibarla tasarrufu müllâk cümlesinden olan inşaat ve garsiyata da zımnen muvafakat edilmiş olduğunu göstereceğinden yine mezkûr 650 inci maddenin tatbiki iktiza eder.

Filhakika bu mevzide enfüsî olan hüsnü niyet her hâdiseye göre değişeceği cihetle şeklen gayri muteber bir akit üzerine şahsın hakkına isdinat eden rıza ve muvafakat gibi bir tasarufun neticeye müessir olarak hedim veya en az kıymetle temellük edebilmek hükmü-

nü tebdil ile kıymetlerine köre muamele yapılmasını icabettirmesi pek tabiî ve zaruri olur.

Akdin şeklen tamam olmeması buna mâni olmamak lâlımgelir. Çünkü harici bir alım ve satıma müstenit olmıyarak bir kimse diğerinin arsası üzerine malikinin sarih veya zımnî rızasiyle bir bina inşa ettiği takdirde dahi kanunu medenide zikri geçen 650 inci maddeden başka tatbik olunacak bir madde mevcut değildir.

Alâka ve sebepsiz olarak inşaatta hüküm böyle olunca harici bir satış alâkasiyle müterafık bir rıza ve muvafakata istinat da ise evleviyetle bu madde tatbika medar olur.

Bir gayrimenkulü badehu resmî takririni vermek üzere haricen ahara satıp parasını alarak müşteriye teslim eden ve inşaat ve garsiyatı görüp menetmiyen malikin zimnî rıza ve muvafakati nazarı dikkate alınarak ve hâdiseye göre enfüsî hüsnü niyet arayarak bu maddeyi tatbik etmek lüzümü aşikârdır.

Tarla verip bağ ve bahçe yaptıran malikin ahar bir şahıs ile yaptığı mukavelelrde ise garsiyata muvafakat pek sarihtir. Binaenaleyh harıci satışlarda malıkin müşteradan keffiyedle müşteriye tesliminde inşaat ve garsiyat için bayiin zimnî muvafakatı istidlâl olunabileceğinden ve bağ ve bahçe vücuda getirmek mukavelelerinde bu muvafakat sarih bulunduğundan her iki halde dahi Kanunu Medeninin 650 inci maddesinin tatbik edilebileceğine sekiz muhalif reye karşi (39) rey ile 5/7/944 Tarihında karar verildi.

Ticarî taahhüt—Posta nakliyat taahhüdü

Parasız yahut posta idaresine muayyen bir para vermek üzere post nakliyatını taahhüd etme keyfiyeti ticarî bir muameledir.

(TK 887, 20/4, 25, Posta kanunu 5,10)

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genelkurulu
Esas 29—Karar 15

Parasız veyahutta posta idaresine muayyen bir para vermek züere bosta işlerinin naklini taahhüt etmenin ticari mi? Yoksa âdi muamelelerden mi sayılcağı hususunda Temyiz ticaret dairesinin 27 11/942 Tarih ve $\frac{511}{2696}$ ve 9/7/943 Tarih ve $\frac{2262}{1163}$ sayılı ilâmları arasında meydana gelen ihtilâfın tevhidi içtihat yoliyle halli, zikri he-

çen daire Reisliğinin 17/9 943–2446 sayılı yazısiyle istenilmesine mebni toplanan tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek;

Neticede;

Her ne kadar Temyiz ticaret dairesince; üste her ay bir miktar para vermek suretiyle posta idaresine karşı posta nakliyeciliğini taahhüdün Ticaret K. nun 887 inci maddesi şumulüne giremiyeceği ve gayesi ticari bir maksada müteveccih olmıyan muamelelerin ticari olmıyacağı ve esasen posta idaresi tacir sıfatını haiz olmadığından ona nisbeten de müteahhidin muamelesine ticari denilemiyeceği ve müteahhit tacir sıfatını haiz olsa dahi ücretsiz olarak posta naklini taahhüt etmesi ne ticari muamelesini teshil edici ve ne de mahiyetten ticarî muamelelere kıyası caiz bir faaliyet teşkil etmiyeceği sebeplerine dayanılarak böyle bir taahhüdün ticari olmayıp âdi olduğuna karar verilmişse de;

Nakil mukavelesini tarif eden Ticaret K.nun 887 inci maddesinde mutlak olarak yazılı olan (Ücret) kelimesinden hilâfına bir kayıt olmadıkçe galip ve şayi olarak nakliyecinin nakledeceği şey mukabilinde alacağı para anlaşılır. Fakat nakliyecinin nakledeceği şey mukabilinde para alması mutlak bir şart değildir. Bu taahhüdün her hangi ticari menfaat mukabili olması veyahut bu taahhüde karşı para yerine bir mal alması muamelenin mahiyetine tesir etmez.

Nitekim memleketimizin bir çok yerlerinde değirmenciler ve zeytin tasircileri öğüttükleri ve tasir ettikleri hububat ve zeytinlerin muayyen bir kısmını ücret olarak almaları, taamül halinde olup bunların bu tarzdaki muamelelerinin ticari olduğunda şüphe olmadığı gibi rekabet saikasiyle bazı kerre nakliyecilerin parasız eşya ve insan naklettikleri de vakı olduğundan 2490 numaralı artırma ve eksiltme K.nun 22 inci mdddesi bu gibi halleri göz önüne alarak posta nakil işlerinin bedelsiz olarak taahhüt edilebileceğini kabul ile bunun için ayrıca hüküm vazetmiştir.

Hiç şüphe edilemez ki: Posta idaresine karşı işlerini ücretsiz veya mahiye üste muayyen bir para vermek suretiyle nakletmeği taahhüt eden kimsenin bu taahhütten teinini kasdettiği ticari menfaatları vardır.

Ticaret K.nun 20 inci maddesinin 4 üncü bendinde, karada nehir ve göllerde ve havada yolcu ve hayvanat ve eşya nakliyatı, ticari muamelelerden sayılmıştır. ve 25 inci maddesinde ise: Bu fasılda tâdat olunan muamelâta murtabıt olan veya bunların icrası-

175

nı teshil eden bilcümle muamelât dahi muamelâtı ticariye cümlesindendir: Denilmekte olduğundan ve bir nakliyecinin parasız posta eşyasının naklini üzerine alması, diğer nakliye işlerini teshil etmeğe matuf ve ona murtabit bulunduğuna göre de işin ticari olması tabiîdir.

Kaldı ki: Posta K.nun 5 inci maddesi mucibince posta idaresinin inhisarı altında bulunan mektup ve açık muhabere varakalarından başka diğer eşyayı posta idaresinin nakletmesi, Devletin demir yolları işletmesi gibi ticaret K.nun şumulü dairesine giren nakliyecilikten ibarettir. Bu işleri yapmakla devlet tacir sıfatını almasa bile ticaret K.nun 12 inci maddesi geregince yaptığı bu işler hakkında hususi kanunlarda sarahat bulunmıyan hallerde ticaret kanunu hükümlerinin tatbik edilmesi zaruri olduğundan posta idaresinin posta K.nun 10 uncu maddesi eçhile posta münakalâtını hal ve maslahatın icabına göre tanzim için efrat ve bilcümle berrî ve bahrî ve havaî nakliyat şirketleri ile yaptığı akıt ve mukavelelerin de ticari addedilmesi icabeder.

Bu itibarla parasız veyahut ayda posta idaresine muayyen bir para vermek üzere pösta işlerinin naklini taahhüt etmenin ticari muamele olduğuna müzakere nisabına baliğ olan mevcudun üçte ikisini geçen reyleri ile 26/Nisan/944 Tarihinde karar verildi.

Vazife — Resim — Akit — Radyo taksiti

1 — Senelik radyo taksitleri resim değil, ücrettir.

2 — Radyo taksitleri hakkındaki dâvalar hukuk mahkemelerinin vazifesi dahilindedir.

Yargıtay Tevhidi İçtihat Genelkurulu
Esas 4 — Karar 12

Ruhsatsız Radyo kullanmaktan maznun Şuayb hakkında İstanbul sulh ceza mahkemesince yapılan muhakeme neticesinde; suç sabit görüldüğünden 3222 Numaralı kanunun 38 inci maddesi mucibince 25 lira ağır para cezasiyle birlikte 12 liradan ibaret harcının da suçludan tahsiline dair ısraren verilen karar üzerine temyiz eden umumi heyetinin 24/3/941 Tarih ve $\frac{14}{8}$ Esas ve 15 karar numaralı kararının (Radyo ruhsat harcı kanunen alınması muktazi rüsum

mahiyetinde olmakla tahsili mahkeme hükmüne mütevakkıf olmadığı) mucip sebebiyle nakzedilmiş olduğu halde İstanbul S. Ahmet sulh hukuk mahkemesinin aynı sebebden neş'et eden bir alacak dâvası sebebiyle ve ceza mahkemelerinin yukardaki içtihadına imtisalen (3222 numaralı kanuna tevfikan Radyo kullananlardan alınması lâzımgelen senelik ücretin resim mahiyetinde olup ruhsat harcı alacağından dolayi açılan dâvaya bakmak hususunda mahkemenin vazifesi bulunmadığını) kabûl etmiş iken Temyiz mahkemesi üçüncü hukuk dairesinin kararivle (Mahiyetine ve bansolunan kanuna göre dâvanın rüyet ve tetkiki mahkemenin vazifesi dahilinde) olduğu mucip sebebiyle mahkeme kararı nakzedilmiş ve sulh mahkemesinin ısrarı mutazammın kararı temyiz hukuk umumi heyetince tetkik olunarak 11/11/942 Tarih ve 163 esas ve $\frac{166}{3}$ karar numaralı kararivle bozma kararı varit görülerek nakzolunmuş ve bu suretle temyiz ceza ve hukuk umumi heyetleri kararları arasında aynı hâdiseden dolayı içtihat ihtilâfı tekevvün etmiş olmakla keyfiyetin tevhidi içtihat yoliyle halli Maliye vekâletinin 19/1/944 Tarihli yazısı üzerine Adliye vekâletinin 22/1/944 Tarih ve 87 sayılı müzekkeresiyle istenmiş olmasına mebni toplanan tevhidi içtihat heyeti umumiyesinde keyfiyet müzakere edilerek:

Neticede;

Muayyen bir bedel mukabilinde ve bazı şartlar altında istifade edilen hizmetlerde umumilik vasfı olmayıp akdî bir mahiyet vardır. fertlerin muayyen şartlara intibak etmek ve bir bedel vermek suretiyle istifade ettiği bu nevi akitler iltihakî aktitir. Taraflardan biri olan idarenin evvelden bir takım şartları ihzar ile bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin de bu şartları zımnen kabul suretiyle hizmetten istifade etmesi şeklinde tecellî eden ve hususi hukuk sahasınea sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu akitler de onların tamamen aynıdır. Bunlar bilhassa ticari veya sınaî mahiyeti daha kuvvetli görülen teşebbusler olup Demir yolları, Tranvay ve diğer nakil vasıtaları, Su, Hava gazı, Telefon ve Radyo gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır.

Demir yolları bizde olduğu gibi devlet tarafından işletildiği vakit devletin ticari bir teşebbüs yapmış olacağı, yolcular ve nakliyecilerle demir yolları idaresi arasındaki münasebetin hususi hukuk kaidelerine tâbi bulunacağı ve bunun neticesi olarak bu nevi nakliye işleri karşısında ferdin vaziyetinin tamamen akdî mahiyette bulunduğunu ve bu mukavelenin bir nakliye mukavelesinden başka

bir şey olmadığını kabul etmek icabeder. Fertle demir yolları arasındaki münasebet akdî sayılınca fert tarafından ödenen nakliye bedelleri de, bir tarife ile tesbit edilmiş olmasına rağmen, akdî mahiyette bir ücret addedilir. Nitekim Telefon, Gaz ve Elektrik gibi faaliyetlerde de fert ile idare bir mukavele akdedüp aboneman mukavelesi denilen bu mukavelename aradaki münasebetin kaide ve hükümlerini ihtiva eder. Bazan âmme hizmeti sınai veya ticari bir teşebbüs mahiyetini haiz olur. Bu gibi hallerde ekseriyetle ferdin bu hizmetten istifade etmesi bir mukavele ile mümkündür.

Bu mukavele umumiyet itibarile bir hususi hukuk mukavelesi olup bu yüzden çıkan ihtilâflar hususi hukuk prensiplerile hal olunur. Fert bu Radyo neşriyatından akdettiği karşılıklı hak ve vecibeleri ihtiva eden bir hususi hukuk mukavelesi ile istifade eder. Akit, ne suretle tesbit edilmiş olursa olsun iki iradenin hukuki bir alâkası olan bir mevzu üzerinde birleşmesinden ibaret olduğuna göre Radyo faaliyetinden istifade edenlerle posta idaresi arasındaki idare birleşmesi de tamamen bir akdin ifadesidir. Ancak bunda iradelerin mevzuu evvelce tesbit edilmiştir. Bunun bir iltihakî akit olmasına göre akit zımnında alınan para da akde müsteniden alınmış vergi ve resim haricindeki bir ücretten ibarettir.

Esasen ihtilâf mevzuuna taallûk eden 3222 numaralı kanunun 36 ve 37 inci maddelerinde de bu paranın ücret olduğu sarahaten zikredilmiştir. Bu noktayı nazarın hilâfı ve bunun bir resim olduğunun kabulü halinde tahsili hususunda tahsili emval K.nun tatbiki icabedeceğini kabul etmek lâzım gelecektir.Halbuki tahsili emval kanununa tevfikan tahsil olunacak alacaklar, mezkûr kanunun 1 ve 2 inci maddeleri mevzuuna giren ve hususi kanunlarla tahsili şekli tahsili emval kanununa tâbi tutulan vergi, resim ve harçlardan ibarettir.

Yukarda yazılı sebep ve mülâhazalara binaen 3222 numaralı kanunun 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasile 39 uncu maddesinde yazılı para cezası haricinde kalan ve adı geçen kanunun 36 ve 37 inci maddelerinde ücret olduğu açıkça işaret edilen senelik Radyo taksitleri resim mahiyetinde olmayıp ücret nev'inden olması itibarile bu hususlaki dâvaların rüyetinin hukuk mahkemelerinin vazifesi dahilinde olduğuna oyçoğunluğunun üçte ikisile 5/4/1944 tarihinde karar verildi.

Akdin tefsiri — Kefalet

1 — Akdin tefsirinde akdin yapıldığı zaman ve yerdeki örf nazara alınmak lâzımdır. 1340 yılında mühendislik tabiri İstanbul'da cari örfe göre kimya mühendisiğini tazammun etmez.

2 — Meşhur ve mütearif olan şeyler münazaalı sayılmaz.

3 — Bir tabire örfte müstamel mânadan başka mâna vermek için bu hususun taraflarca kabul edilmiş olması lâzımdır.

(MK tatbikat K 1, BK 18, HMUK 238)

(Mecelle 636, 637, 42, 43)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 4/56--Karar 65

Dâva: Askerî fabrikalar ummum müdürlüğü nam ve hesabına avrupaya tahsile gönderilen talebeden Reşat Fuat'ın tahsilini terk etmiş olması hasebiyle mumaileyhe sarfolunan 6548 lira 90 kuruşun bir kıt'a resmî kefalet senediyle vaki olan kefaletine binaen müddeaaleyh Hüsnü Hamit'ten masarifi muhakeme ile birlikte tahsili talebinden ibarettir.

Hüküm: Adliye yangını zuhuriyle dosyası yanmış ve yenileme bürosunca yenileme muamelesi bilikmal evrakı mahkemeye tevdi edilmiş olan işbu dâvanın yapılan muhakemesi sonunda: teknikumda meslekî mühendislik tahsil edildiği Maarif Vekâletinin cevabından anlaşılmasına ve Nafia Vekâtiyle yüksek mühendis mektebinden alınan cevaplar da bunu müeyyit bulunmasına ve akdin yapıldığı zamandaki mevzuata göre bu mektep mezunlarına mühendislik unvanı verilmemekte olduğu Nafia Vekâletinin ve yüksek mühendis mektebinin cevabından anlaşılmakta ise de; Reşat Fuat'ın Fabrikalar umum müdürlüğünden mühendislik tahsili için gönderilmiş olmasına ve bu mühendisliğin meslekî mühendisliğe taallûku akdin mahiyetinden anlaşılmasına ve müddeaaleyh kefaletinde, Reşat Fuat'ın nizamat ve kavaidi mevzua hilâfına tahsili ikmal etmediği surette hazine zararını ödemediği mutlak surette taahhüt etmiş bulunmasına ve akdin vukuu zamanında bu hususiaki talimatın meriyette bulunduğu Fabrikalar umum müdürlüğünden alınan cevapta bildirilmiş olup bu talimat muhteviyatına müddeaaleyhin ıttıla ve ademi ıttılaı mevzuubahis olmıyacağına ve mezkûr talimatnamenin ikinci maddesinde berayı tahsil avrupaya gönderileceklerin bir kısmı diplomalı mühendis ve bir kısmı mühimmi mühendis ve bir kısmı da imalâthane ustalığı olmak üzere ihtiyaca göre makina, elektirik, inşaat, sanayii

MİLLÎ KÜTÜPHANE ANKARA

madeniye; kimya, bilûmum eslâhai harbiye ve mühimmat, barut ve mevaddı infilâkiye imalât mühendisliği ve ustalığı şuabatında tahsil ettirilecekleri ve üçüncü maddesinde mühendis namzetlerinin teknikum veya mühendis mekteplerine ithal olunacağı yazılı bulunmasına ve Reşat Fuat'ın taahhüdünde mühendislik tahsili kabul edilmiş olup bu taahhütte diplomalı mühendislik taahhüdü mevcut bulunmamasına ve mühendislik tahsilinin de mühendis veya teknikum mekteplerinde yaptırılabileceği mezkûr üçüncü maddesinde yazılı bulunmasına ve bu hususiaki taahhüt senedi ve buna mâtuf kefalet şerhi münderecatına göre Fabrikalar umum müdürlüğünün irae edeceği mektepte ikmali tahsili mutlak surette kabul edilmiş bulunmasına ve teknikumda mühendislik tahsili yaptırılmakta olduğu anlaşılmakta olup bu mektep mezunlarına kanuni mevzuata göre o tarihte mühendislik unvanının kabul edilmemekte olmasının hâdiseye müessir bulunmamasına ve masrafa taallûk eden resmî kayıtların medarı istinat olduğu temyiz içtihadından bulunmasına göre müddeaaleyh vekilinin bu cihetlere mâtuf müdafaası varit olmadığından reddiyle Reşat Fuat'ın taahhüt veçhile tahsili ikmal etmediği anlaşılmasına ve müddeaaleyhin Reşat Fuat'a sarfolunacak paradan beş bin liraya kadarını tazmine kefalet etmiş olmasına mebni Reşat Fuat'a sarfolunan meblâğı gösterir kaydi resmiye müstenit cetvele nazaran beş bin liranın bihasbilkefale müddeaaleyh Hüsnü Hamit'ten tahsiliyle dâvacıya verilmesine dair hüküm *indettemyiz;* dâva arzuhalinde 6548 lira 90 kuruşun hem asil hem de kefilden alınması talep edilmiş ve Askerî fabrikalar umum müdürlüğü avukatı Hüsnü Nuri imzasiyle verilen yenileme beyannamesinde aynı meblâğın kefilden tahsili dâva edildiği tekrar edilmiş ve kefaletnamede ise kefilin beşbin liraya kadar kefalet eylediği musarrah bulunmuş ve kefilden ancak beşbin liranın tahsiline karar verilmiş olduğundan hazinenin kefilden fazla mütalebede bulunulmadığı ve binaenaleyh masarifi muhakeme ve ücreti vekâlet ile ilzamının muhalifi kanun olduğu hakkındaki temyiz itirazı varit olmadığından reddine, Hüsnü Hamit avukatının temyizine gelince; dosya içinde bulunan ve 21 Haziran 340 tarihini ihtiva eden kefaletname suretinde «Reşat'bin Ahmet Fuat efendiye mühendislik tahsili için Askerî fabrikalar müdüriyeti umumiyesinin intihap edececeği avrupa şehirlerinden birinde ve müdüriyeti müşarünileyhanın irae edeceği mektepte..» ve bu taahhütname altındaki şerhte (Balâda ismi muharrer efendi nizamat ve kavaidi mahsusa hilâfında hareket eden ve ikmâli tahsil edemezse askerî fabrikalar müdüriyeti umumiyesinden ... liraya kadar talep edeceği zarar ve ziyanı tediye edeceğimi... mübeyyin kefâletname..) diye yazılı ve aynı tarihlidir. Hâdisenin zamanı vukuuna ve kanunu medeninin sureti mer-

iyeti ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun birinci maddesine nazaran bu kefalettle kefilin ilzam edilip edilmiyeceği hakkındaki ihtilâfın mecelle hükümlerile halli iktiza eder. Yukarda ihtilâfın halline medar olan kısımları aynen yazılan taahhütname ile asıl Reşadın askerî fabrikalar umum müdürlüğüne karşı taahhüdü mezkûr mü üriyetin intihap edeceği avrupa şehirlerinden birinde irae edeceği mektepte *mühendislik tahsilini ikmâl etmek* ve edemezse kendisine ihtiyar olunan masrafı ödemekten ibarettir. Dâvada Reşadın tahsisilini bitirmediği ve terki tahsil eylediği sebebine istinat etmektedir. Kefilin taahhüdü de Reşat taahhüt ettiği veçhile ikmâli tahsil edemez ise beş bin liraya kadar olan zararın tazminine taallûk etmekte ve bu sebebe binaen kefilen dâva olunmaktadır. Şu izahattan anlaşılıyor ki asilin ödemeği taahhüt ettiği tazminat (mühendislik) tahsilinin ikmâl edilmemesi şartına muallâktır. İkmâli tahsil edememek şartı mutlak olmayıp mühendislik vasıf ve kaydiyle mukayyettir. Kefilin taahhüdü de esas taahhüdün fer'î ve ona munzam olan bir akit olması itibarile aynı vasıf ve kaydı muhtevi şarta muallâk bulunması zaruridir. Çünkü gerek eski gerek yeni mevzuatı kanuniyemize göre kaidei külliyedir ki kefil asil borçlunun taahhüdünden daha fazla veyahut başka bir şey ile ilzam edilemez. Mecellenin (Bir şarta muallâk ve zamanı müstakbele muzaf o arak münakit olan kefalette şart ve zaman hulûl etmedikçe kefil mutalip olmaz.) Ve (Şartın tahakkukunda vasıf ve kaydının da tahakkuku lâzımdır.) ve (İtibarî galip şayia lup nadire değildir.) (Örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibidir.) metinlerini ihtiva eden 636,637,42 ve 43 üncü mevzua temas eden ve bu dâvanın hallinde tatbiki icabeyleyen maddeleri ahkâm ve kavaitten ibarettir Eğer mühendislik tahsili için sevk olunan Reşadın dosya içinde bulunan ve talebe müfettişliği raporlarından ve dosyasından çıkarıldığı şerhini ihtiva eden musaddak varakada yazılı olduğu üzere 925 den itibaren Berlin ve Münih mühendis mektebi âlileri kimya kısmında tahsile sevk edilmesi; taahhüdün ve kefaletin yapıldığı tarihte ve taahhüdün vukubulduğu İstanbuldaki galip ve şayi olan örfe ve istilaha nazaran (mühendislik tahsili) demek ise örfen maruf olan şeyi şart kılınmış gibi telâkki edilerek Reşada kimya tahsil ettirilmesi kefilin taahhüt ettiği şartın vasfına dahil addedilmek ve aksi takdirde kefaletin şümulünden hariç olmak ve bu takdirde kefilin taahhüt etmediği mevsuf bir şarttan dolayı kefil mülzem olmamak iktıza eyler Bu cihetin tahliline gelince; taahhütnamede tahsil edilecek şevin sadece mühendislik olduğu yazılı olup Kimya, elektirik ve saire mühendisliği gibi bir kayıt ile de mukayyet olmadığı zahirdir. Bu taahhüdün yapıldığı tarihte bu hususta maruf ve meşhur olan şey (Mühendis) tabirinin İstanbulda mühen-

dishanede tahsil ederek diploma almış kimselere veya bu evsaf ve ayarda bulunan ve mâna ve medlûlü itibarile mühendislik yapanlara münhasır ve şâmil olduğudur. Mühendislik tahsil etti denildiği zaman herkesin bu tabirden tefehhüm edeceği mâna bundan ibarettir. Netekim mutlak olarak doktorluk tahsil etti ve doktorluk tahsilini taahhüt etti denildiği zaman tababet tahsil etti ve tababet tahsilini taahhüt etti mafhumları maksut ve münfehim olur.(Hukuk) kaydiyle takyit ve tasrih edilmedikçe hukuk doktoru kastolunamaz. *Bu o kadar meşhur ve mütearifttir ki Hukuk usulü muhakemeleri K. nun 238 inci maddesi mucibince münazaalı da sayılamaz.* Bununla beraber 340 tarihlerinde mühendislik tabirinin kimya tahsili yapmış olan kimyakerler hakkında da kullanılmağa başlanılmış ve fabrikalar müdüriyeti umumiyesinin Avrupa tedrisatında uygun olarak bu tarihte bir de talimatname yapmış olduğunun kabulü takdirinde dahi mecellinin 43 üncü maddesinin şerhinde: bir kimse şu kadar altuna bir mal iştira edipde altunun nev'ini yani Osmanlı ingiliz ve Fransız altunu olduğunu beyan eylemese örfün delâletile Osmanlı altunu taayyün ederek gûya hini mukavelede ve esnayı mubayaada Osmanlı altunu tasrih ve şart edilmiş gibi olur denilmekte olmasına ve böyle bir bey'akdine kefalet eden kefil ancak Osmanlı altunu ile muahaze olunacağına kıyasen kimya tahsili ve kimya mühendisliğinden dolayı kefil muahaze etmeğe hukukan imkân yoktur. Çünkü mühendislik tabiri galip ve şeyi olan ıstılah ve örfte malûm ve muayyen mesleğe matuf olduğuna göre hini akit kefalette bu ıstılah ve tabirden kimya tahsili ve kimya mühendisliği maksut olduğunun taraflarca kabul edilmiş bulunduğunun sabit olması lâzımdır. Lüzumlu metni yukarda yazılan taahhütnamede böyle bir kayıt olmadığı gibi fabrikalar umum müdürlüğünün mevzuu bahis edip hini akitte tanzim edilmiş bulunduğu ispat edilemiyen talimatnameye de bir atıf da yok tur İlân edilmediği lâyihada ikrar ve kabul edilen mezkûr talimatnamenin kefil tarafından bilindiği katiyen iddia edilmemiş ve bilâkis bilmese dahi böyle bir talimatname hükmüne kefilin tâbi olacağı müddei tarafından verilen lâyihada dermeyan edilmiştir. Gerçi kefalet şerhinde (kavait ve nizamatı mahsusa hilâfında hareket ederse) tabiri mevcut isede; yukarda izah olunduğu üzere dâva bu şartların tahakkuk ettiği sebebine istinat etmemektedir ve bu kayıtlarda 340 tarihli talimatnamenin akdî kefalette mevcut olduğuna ve bu talimatname ahkâmının nazara alındığına delâlet etmektedir. Müddei ancak mühendislik tahsil edilecek Avrupa şehirlerinden birini intihap ve mühendislik tahsil edilecek mektebi irae etmek salâhiyetini haizdir. Binaenaleyh mutlak mühendislik tahsili hakkındaki akdî kefaletten sonra asıl borçlu ile yani mekfulünanh ile mekfulünleh aralarında kefilin rizasına mukarin olmıyarak kimya tahsilini kararlaştırmış olmaları kefalet akdinin mevzuundan başka yeni bir akdin in'ikadı demektir ki ahkâmı sabıkaya göre nezir kabilinden olan ke-

falet akdinde hem dayine ve hem de medyuna nimet ve iyilik edilmiş olmakla ef'ali âliyeden addedilen ve borçlar kanunu nazariyecilerine ve şarihlerine göre de hayırhahlıktan mütevellit bir akittir. Diye tavsif olunan kefaletin mâsum borçlusu denilerek ancak taahhüt ve kasdettiği şeyle kanunen mesuliyeti cihetine gidilebilen kefilin bu yeni akitle ilzamına ne eski ne de yeni mevzuatı kanuniye mesağ vermemektedir. Çünkü kefil kefalet ettiği şahsın ilim şubelerinden birinde muvaffak olabileceğini ka dettiği istidadını ve o şubede iktisap ettiği ilmî liyakatını nazara alarak kefalet etmiş addolunur. Binaenaleyh mekfulünleh ile mekfulünanhın bu yeni akdî kefili kefaletten berî kılar ve bundan sonra tahassül eden vecibeden kefil mesul olamaz. Böyle olmakla beraber kefilin kefaleti kimya tahsiline ve kimya mühendisliğine dahi şâmil olduğu farz olunsa bile kimya tahsilinde muvaffak olamadığı tahakkuk eylediği andan itibaren Reşadın tahsisatının kat'ı ve kefilin mesuliyetinin tezayüdüne sebebiyet verilmemesi iktiza eylerken yine mekfulünanh ile mekfulünleh aralarında yeni bir uzlaşma ile başka bir mektepte başka bir mevzu üzerine tahsile devam ettirilmesinden tevellüt eden alacaktan dolayı kefilin ilzamı cihetine gidilmesinde kanun cevaz vermemektedir. Yukardan beri zikir ve tadat olunan kanuni sebeplere binaen temyiz olunan hükümde kanuni isabet bulunmadığından dolayı bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyanile evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN VE DURUŞMA İSTEYEN: Müddeaaleyh vekili avukat İrfan Emin Kösemihaloğlu

Temyiz Kararı

Duruşma icrası için tâyin olunan 25/10/944 tarihine rastlayan çarşanba günü muayyen zamanda temyiz müstedisi Hüsnü Hamit vekili avukat İrfan Emin Kösemihaloğlu ve mümeyyezünaleyh maliye hazinesine izafetle avukat M. Tevfik Şenocak gelerek hazır olup temyiz müddeti hakkında mümeyyezünaleyh vekilinin itirazı olmadığı ledessual ve temyiz arzuhalinin müddeti zarfında verilerek kaydedildiği bittetkik anlaşmakla hukuk heyeti umumiyesince tarafların şifahî izahları dinlendikten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Tarafların iddia ve müdafaalarına ve zabıtname ile dosyada mevcut evrak münderecatına nazaran mucip sebeplere müstenit olan hususi dairenin bozma kararı tamamen varit olup uymak iktiza ederken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları yerinde görüldüğünden temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı (870) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 25/10/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

199

Salâhiyet — İkametgâh

Bir kimsenin mücerret memuren bir mahalde bulunması o yerin kendisi için ikametgâh olmasını istilzam etmez Nufusunda mukayyet olması veya yerleşmek kastdile o yerde oturması tahakkuk etmelidir.

(MK 19, HMUK 920)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 2/61 — Karar 50

DÂVA: 16 senedenberi evli bulunduğu karısı müddeaaleyh Saadet Kınayın evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri yapmadığı gibi karı koca olarak bir arada yaşamak imkânı olmadığından dolayı aralarında şiddetli geçimsizlik mevcut olduğundan bahisle boşanmalarını talep eylemiştir.

HÜKÜM: Tarafların ilerde barışmak ihtimali mevcut olduğundan kanunu medeninin 134 ve138 inci maddelerine tevfikan bir sene müddetle ayrı yaşamalarına ve müddeaaleyh nezdinde bulunan kızına verilmek üzere elli lira nafakanın dâvacıdan alınarak müddeaaleyhaya verilmesine dair verilen hüküm indettemyiz; bir kimsenin mücerret memuren bir mahalde bulunması o yerin kendisi için ikametgâh olmasını istilzam etmiyeceğine nazaran tarafların nüfusta mukayyet oldukları mahal tetkik edilerek müddeinin Ağrı nüfusunda mukayyet veya yerleşmek kasdile orada mukim olduğu tahakkuk etmeksizin memuren Ağrıda bulunmasının sebep ittihaziyle salâhiyete müteadair itirazın reddine karar verilmesinden dolayı bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Müddeaaleyh Saadet Kınay.

Temyiz Kararı

Hukuk heyeti umumiyesince bittetkik ısrarı muntazamın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Hususi dairenin bozma kararı varit olup uymak iktiza ederken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden temyiz olunan son hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı (970) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 1/11/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Adliye Dergisi

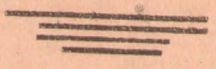
Sayısı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur.

Adliye Bakanlığı tarafından bastırılan veya satın alınan ve mevcudu bulunan kitapların adları, fiyatları, aşağıdaş elde etme yolu da kapağın içinde gösterilmiştir.

Adı	*Fiyatı Kr.*
Avukatlık kanunu.....	50
Alman ceza muhakemeleri usulü kanunu.....	175
Bağlamlar kanunu şerhi (H. Oser)	150
Ceza kanunu üzerinde bir inceleme.....	75
Cezalı kanunlar ve bunları tatbik eden merciler üzerinde mülâhazalar	40
Ceza Muhakemeleri kanununun esbabı mucibesi.....	50

Adı	*Fiyatı Kr.*
Ceza Muhakemeleri usulü kanunu üzerinde bazı izahlar	50
Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu alfabetik fihristi	75
Deniz ticareti kanunu.....	50
Hâkimler kanunu.....	50
Meşhut Suçlar Kanunu.....	15
„ „ „ talimatı	15
Varşova konferansı.	75
Tamimler mec. (1928 1937)..	175
„ „ (1938)	100
„ „ (1939-1940).	100
Noter Kanunu	50
Devletler umumi hukuku	300
Madrid Konferansı	100

195



196