ADLİYE
DERGİSİ

YIL : 36 Şubat 1945 SAYI : 2

ADLİYE BAKANLIĞINCA
ÇIKARILIR

MİLLİ KÜTÜPHANE
ANKARA

A N K A R A
Yeni Cezaevi Matbaası

127

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 önce Neşriyat Müdürlüğünden sormaları ve ona göre ısmarlamaları lâzımdır.

Dergiye konulması istenilen yazılar doğrudan doğruya Bakanlığa gönderilir. Yazıların Dergiye konulup konulmıyacağı bildirilmez ve konulmıyan yazılar geri verilmez. Dergideki yazılarda öne sürülen düşünce ve inanlar yazarların düşünce ve inanlarıdır.

ADLİYE DERGİSİ

Adliye Bakanlığınca Çıkarılır

Yıl: 36 | Şubat 1945 | Sayı: 2

İÇİNDEKİLER

İNCELEMELER — Sahife

ÖZ DİLLE ANAYASA — 105

HMDİ ÖNER — HIRSIZLIK DAVALARINDA GÖZ ÖNÜNDE TUTULMASI GEREKEN BAZI ESASLAR..... 106

MÜFİT ERKUYUMCU — BORÇLAR KANUNUN ÂDİ İCARA MÜTEALLİK HÜKÜMLERİ ÜZERİNDE BİR İNCELEME..... 123

ZİYA DİRİL — SUÇLU LEHİNE KONULMUŞ HUKUKİ KAİDELER VE BUNLARA MUHALEFET EDİLMESİ HALİ..... 135

Dr. A. P. GÖZÜBÜYÜK — MÜCBİR SEBEBLER VE UMULMAZ HALLER. 138

OLAYLAR 146

MEVZUAT ARASINDA 151

BİBLİYOGRAFYA..... 156

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME KARARLARI..... 167

YARGITAY KARARLARI (CEZA KISMI) 17-32

YARGITAY KARARLARI (HUKUK KISMI) 17-32

140

ÖZ DİLLE ANAYASA

10 Ocak 1945 Çarsamba günü; Türk Devriminin, Türk Hukuk Devriminin büyük tarihlerinden biri olarak anılacaktır: Büyük Millet Meclis, Millet dilile Devlet dilinin, halk dilile hak dilinin birliğini gerçekleştiren anıtı o gün dikmiştir: ÖZ DİLİMİZLE YAZILAN, TÜRKÇELEŞTİRİLEN ANAYASA.

Millî Devrim hareketimizin aynı zamanda bir dil devrimi olmaması imkânsızdı. Çünkü millî uyanışın bir kültür uyanışı olmasını sağlıyan ana şart, dil uyanışıdır. Millet hayatının temeli olan kültür hürriyeti dil hürriyetile başlar dil bağımsızlığının yitirilmesile sona erer: Osmanlı İmparatorluğunda ülkeler fethetmiştik, taçlar devirmiştik; fekat fathettiğimiz ülkelere gönderdiğimiz fermanlar, taç giydirdiğimiz kırallara yolladığımız hatlar, ne yazık ki, öz dilimizle yazılmamıştı; Türk kanı ile, Türk emeği ile, Türk bilgisile kurulan koca İmparatorluğun bugün bizden bir rüya gibi uzakta kalmasının bir sebebi de budur.

Fakat Dil Devrimi bir bütündür; yalnız edebiyat dilini değil, bütün bilim ve sanat kollarının dilini de öz kaynaklara götüren, yeni buluşlarla zenginleştiren derin bir harekettir. Hukuk dilinin bu kökten, bu verimli oluşun dışında kalması imkânsızdı; Hak dilinin de, öz kaynaklardan gelen köklerden üretilen sözler ve terimler üzerinde yükselmesi, halkın dili olması gerekti.

Bu derin gerek, hak dili ile halk dilinin bir olması gereği, 10 Ocak 1945 Çarşamba günü Öz Türk dilile yazılan Anayasa ile, ilk defa bir gerçek, yüz yıllardır bu Milletin özlediği bir gerçek haline girmiş bulunuyor.

Bütün konun ve hukuk dilimize yayılacağı ve benimseneceği umulan bu büyük Devrim hareketini sonsuz bir sevinçle selâmlıyoruz.

ADLİYE DERGİSİ

141

hırsızlık dâvalarında Gözönünde tutulması gereken bazı esaslar

Yazan:
Hamdi ÖNER
Ceza İşleri Umum Müdür Muavini

1 — Umumi ve hususi kanunlarda hırsızlık.
2 — Benzeri bazı suçlardan hırsızlığı ayırdeden unsurlar.
3 — Mevsuf ve âdi hırsızlık.
4 — Takibi şikâyete bağlı hırsızlık. 494,524
5 — Müşterek indirici ve artırıcı sebepler.
6 — Hırsızlık dâvalarında nazara alınacak medeni kanun hükümleri.
7 — Çalınan malı bilerek alma suçu ve medeni kanun hükümleri.

1

Umumi ve hususi kanunlarda hırsızlık

Ceza kanunumuza göre hırsızlık mal aleyhine işlenen bir cürümdür. Fakat bankada bulunan serveti temsil eden esham ve tahvilleri çalmak yani mal ve servetin tasarruf imkânını elde etmek de hırsızlık olduğuna göre bunu geniş mânada tasarruf hukuku aleyhine işlenen suç saymak daha muvafık olur kanaatındayız. Ceza nazariyat ve prensipleri bakımından da bunun böyle olması lâzımdır. Zira suç mal ve eşya aleyhi işlenmez. Suçun faili ve mevzuu münhasıran şahıstır (hükmi ve hakiki). Nitekim sahipsiz bulundukça sudaki Balık üzerinde her hangi suretle temellük suç teşkil etmez. O, ancak başkasının mülkiyetine geçtikten sonra sahibinin haber ve rızası hilâfına alındığı takdirde ceza hukukunun iştigal sahasına giren bir fiil taşkil eder.Bu takdirde de suç mal aleyhine değil malik aleyhine işlenmiş olur.

Ancak bu tenkit hırsızlığa münhasır değil gasıp, emniyeti suiistimal, dolandırıcılık, ızrar ve hakkı olmıyan yerlere tecavüz hallerinde de keyfiyet böyledir.

Fakat ceza kanununu tenkit veya hırsızlığın hukuki mahiyetini tahlil bu yazının mevzuu haricindedir. Bu yazıdan maksadımız ceza kanunumuzun önemli bir bahsini teşkil eden Hırsızlık suçunun tatbikatcıları hataya düşüren hususiyetlerini takarrür etmiş temyiz içtihatlarının ışığı altında belirtmektir. Bilhassa ceza dâvalarında hırsızlık fiili sabit olunca hüküm,çalınan malın iadesine, medeni ve şahsi hakların istifasına da teşmil edil-

mektedir. Ve bu hallerde de ekseriya bu hususta ki medeni kanun hükümleri gözetilme diği görülmektedir. Filhakika ilerde bahsında tetkik edeceğimiz gibi bazı hallerde beyi ve sair hukuki sebepler dolayısile çalınmış mal üzerinde üçüncü şahsın mülkiyeti teessüs eder. Üçüncü şahsın lehine mevzu kanuni hükümler nazara alınmadan malın iadesine hükmedilmesi, hukuk mahkemesini de takyit etmesi itibarile çok defa telâfisi mümkün olmıyan vaziyetler ihdas etmektedir. Bilhassa bu yazıdan maksadımız bu mevzua müteda-ir ceza ve medeni kanun hükümlerini bir arada izah ve telif etmeye çalıçarak tatbikatta ahengin teminine yardım etmektir.

Bugün tatbikatta görülen müşkülât kanunun bu suçu kademeli bir tavsife tâbi tutmuş olmasından doğmaktadır.

Hırsızlığın umumi surette unsurları ve tarifi 491 inci maddenin ilk fıkrasında mevzudur. Fıkraya göre (her kim diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın bulunduğu yerden faydalanmak için alırsa...) fiili hırsızlık teşkil eder. Fakat bu fıkrayı takip eden 4 maddenin 20 kadar fıkrasında hırsızlık dereceli bir tavsife tâbi tutulmuştur. Her fıkra diğerlerine nazaran müstakil anasırı ihtiva eden fiilleri havi bulunduğundan bunları yekdiğerinden ayırdetmek, tatbikat ve vazife cihetlerinden ihtilâflı görüşlere sebebiyet vermektedir.

Fakat gerek duyulan ihtiyaç üzerine yapılan tadiller, gerek kanunun 19 senelik tatbikatı neticesinde teessüs eden içtihatlarla hırsızlık fiilleri hakkında tatbikatta nisbeten istikrar temin olunmuştur.

Ceza kanunumuzun hükümlerini tahlile başlamadan evvel hususi kanunlarda mevzu bulunan istisnai kaide ve hükümlere kısaca işaret edelim.

HUSUSİ KANUNLARDA HIRSIZLIK.

Askerî ceza kanununun 131 inci maddesindeki mevsuf hırsızlık ağır hapisle cezalandırılmıştır. Bu madde hükmünü, mezkûr kanunun 192 inci maddesine tevfikan Adli mahkemelerde tatbikle mükellef tutulduğuna göre gerek tatbikat ve gerek vazife hususunda ihtilâfa mahal verdiğinden üzerinde tevakkuf etmeye değer. Maddenin hususiyetlerine işaret edebilmek için metnin; unsurları ihtiva eden kısmını aynen yazalım. (Askerî bir hizmet yaparken veya vazifesini suiistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi olunan veya emanet edilmiş para ve kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı veya kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile türlü askerî erzak....) görülüyor ki maddenin ifadesi ceza hukuku bakımından ilmî ve vazih değildir. Madde emaneten tevdi edilen ve zimmete geçirilen eşyadan bahsetmekte ve bu fiilleri hırsızlık olarak tavsif etmektedir. Kanun, askeri eşyayı satın almayı, gizlemek halile emniyeti suiistimali ve zimmeti de hırsızlık saymış ve ağır ceza ile cezalandırmıştır.

143

Diğer tabirle askerî ceza kanunu, askerî eşya üzerinde işlenen ve T. C. K. nun muhtelif fasıl ve hattâ baplarında yazılı suçları birleştirmiş ve bir fiil olarak tavsif etmiştir. Bu itibarla bu kanun ayrı cins ve neviden olan bazı suçları birleştirmek suretile T. C. K. nun 86 ıncı maddesini de tadil etmiştir.

Maddenin mütaakip fıkrasında (az vahim hallerde) ağır hapis yerine hapis cezası tertip olunacağı yazılıdır. Vahamet hali takdirî bir mesele olduğu halde tatbikat ve vazife bakımından ehemmiyet arzeder. Bu hususta çıkan tevhidi içtihat kararı [1] oldukça tereddütleri izale etmiştir. Bu karara göre:

1 — Madde bu şekil hırsızlığı ağır hapisle, az vahim hallerde de hapisle cezalandırmıştır. Vahametin usul safhasında halli mümkün olmadığına göre bu fiiller mutlak surette ağır ceza mahkemesinde görülecektir. Bunun böyle olması zaruridir. Çünkü az vahim olup olmadığının tâyini muhakeme safhasında mümkün değildir. Bunu muhakeme safhasında tâyine kalkışmak evvelden reyini bildirmek demektir. Bu da hâkimin dâvayı görmekten memnuiyetine sebep teşkil eder.

2 — Bu tevhidi içtihada göre Askerî ceza kanununun 131 inci maddesinde yazılı fiillerden ancak 192 inci maddesinde tahdiden tasrih olunanları adlî mahkemelerde görülür.

4277 sayılı kanun:

Hırsızlık hakkında hususi ve orijinal bir kanun da askerî eşya ve malzeme hakkında Askerî ceza kanununa ek olarak çıkarılan 4277 sayılı kanundır. Hırsızlık fiilini ölüm, müebbet ağır hapis ve en aşağı hapisle cezalandıran kanun, hırsızlık tâbirini kullanmışsa da bunu tavzih etmemiştir. Bilindiği gibi hırsızlık kelimesi T. C. Kanuniyle Askerî C. Kanununda başka mânalarda kullanılmıştır. Kanun, Askerî ceza kanununa ek olduğuna göre mevzuubahis hırsızlık suçunu Askerî ceza kanununda yazılı mânada almak lâzımgeldiği kanaatindeyiz; ancak Askerî ceza kanununun 192 inci maddesini bu kanuna teşmil mümkün değildir. Zira bu madde münhasıran 131 inci maddeye mâtuftur.

6 Nisan 329 günlü hayvan sirkatinin men'i hakkındaki kanunda da hırsızlık hakkında cezai ve hukuki hükümler mevzuudur. Bu kanuna göre köy, kasaba ve şehir gibi hükmî şahıslar mükellef ve mesul tutulmaktadırlar. Kavi deliller elde edilince muhakemenin mevkufen cereyanı mecburidir.

[1] Tevhidi İçtihat 2 - 2 - 1943 gün 9 karar 6553 sayılı Resmî Gazete.

2

Benzer bazı suçlardan hırsızlığı ayırdeden unsurlar

Hırsızlık suçunun unsurları diğer bazı suçlarla ihtilât ettiğinden iltibasa ve görüş aykırılıklarına sebebiyet vermektedir. Bilhassa dolandırıcılık, gasp, emniyeti suiistimal ve ızrar, zimmet, ihtilâs ve kaçakçılık suçlariyle ihtilât eder. Meselâ 491 inci maddenin 3 üncü fıkrasına göre (bir iş veya hizmet yapmak... icaplarından ileri gelen itimadı suiistimal ederek hırsızın siyanetine terkedilen eşya hakkında işlenirse) fiil mevsuf hırsızlık teşkil eder. Fakat bu suçun unsurları, emniyeti suiistimal suçunun unsurlariyle bilhassa 510 uncu maddede mevzuu bahis hizmet sebebiyle tevdi olunan malları temellük edenler hakkındaki mevsuf emniyeti suiistimal fiiliyle ihtilât etmektedir. Yüksek Temyiz Mahkemesi 3 üncü C. Dairesine göre (kendisine tevdi olunan sürüden iki koyun alıp sarf ve istihlâk etmek fiili emniyeti suiistmal cürmünü teşkil edeceği cihetle hırsızlık olarak tavsif edilmesi yolsuzdır.) [2] Kanaatimize göre 3 üncü fıkrada mevzuubahis olan fiil daha ziyade emniyet ve itimat aleyhine işlenmiştir. Bu itibarla emniyeti suiistimal telâkkiedilmesi lâzımdır. Mahiyeti itibariyle hırsızlıkla alâkası yoktur. Nitekim bu fıkra aslında yani İtalya ceza kanununda mevcut olmadığından mevzuubahis olan fiil emniyeti suiistimal hükümlerine bırakılmıştır. Bizde ilâve olunan bu fıkra ile fiil hırsızlık sayılmıştır. Fakat bu hal kanunun müstenit bulunduğu prensiplere aykırı düşmektedir.

Bu hal karşısında 491 inci maddenin 3 üncü fıkrasındaki hırsızlığı 510 uncu maddedeki emniyeti suiistimal fiilinden tefrik eden kriteryum nedir? Kanaatimize göre mal, doğrudan doğruya faile tevdi ve teslim edilmişse fiil emniyeti suiistimal teşkil eder. Hayvanlar tamamen çobana teslim edildiği cihetle bunları sahibinin rızası hilâfına temellük ve istihlâk etmesi emniyeti suiistimal suçunu teşkil eder. Fakat mal hizmet dolayısiyle de olsa kendisine teslim veya tevdi edilmiyerek sadece sıyanetine terk ve tevdi edilmiş ise suç hırsızlık olur. Hizmetçinin evden eşya çalması gibi.

Zeytin çalarken ağaçlar hasara uğramış olmasına göre ayrıca ızrar kasdinin bulunup bulunmadığını araştırılmadan ızrardan ceza tâyini yolsuzdur.- [3]

Dâvacının yaylada bulunan evinin enkazını söküp götüren suçlunun hareketi ızrar değil hırsızlıktır. [4]

---

[2] 2 inci C. D. 30/12/935 gün ve 18464 Sayı temyiz kararları 821

[3] 2 inci C. D. 6/2/936 gün ve 1705 Sayı Kararları Temyiz K. S. 827.

[4] „ „ „ 12/3/936 " 3159 „ „ „ „ „ „ 831

145

Hırsızlıkta kast yani gaye intifa olduğu halde ızrarda zarar vermektir. Gölden tuz çıkarılıp götürülmesi kaçakçılık değil hırsızlık teşkil eder. [5]

Ancak İnhisar mevaddını ruhsatsız nakil de kaçakçılık olduğuna göre T. C. K. nunun 79 uncu maddesine tevfikan aynı zamanda kaçakçılık pe tekevvün eder kanaatindeyim.

3

Mevsuf hırsızlık

Âdi hırsızlık 491 inci maddede mevzudur. Başkasına ait malı bulduğu yerden almaktır. Kanun bundan sonra vahametlerine göre mevsuf hırsızlığı üç kademeye ayırarak cezasını derece derece ağırlaştırmıştır.

Hırsızlıkta tavsifi icabettiren sebepleri şu şekilde tasnif edebiliriz:

1 — İşleniş tarzına. Yankesecilik suretile kapı ve pencere kırmak gibi.

2 — İşlendiği mahalle göre. binada, resmî dairede, mandra ve ağıllarda.

3 — kullanılan vasıtalara göre. Anahtar ve maymuncuk gibi aletlerle.

4 — Çalınan eşyanın evsafına göre. Umumun tekâfülü altında bulunan eşya hakkında.

5 — İşlendiği zamana göre. Gece vakti işlenirse, hırsızlık mevsuf olur.

Hırsızlık bazan mağdurun hukukuna tecavüz teşkil eden diğer suçlarla müterafık olabilir. Fakat bu haller istiklâlini kaybederek yalnız cezanın artırılmasını icabettiren bir âmil mahiyetini alırlar. Binada işlenen hırsızlık mesken masuniyetini ihlâl sucunu da ihtiva edebilir. Bu haller hırsızlıkta unsur olarak bulunması lâzımgeldiğine göre cezayı artırıcısebep saymak doğru değildir. Fiilde unsur halindedirler.

Umumi mefhumlarla geniş mânada ifade olunan mütaaddit fiillerin bir çok unsurları müşterek olduğundan tefsirlere ve görüş aykırılıklarına yol açmıştır.

Karekteristik baz noktalara işaret edelim.

Emvalı metrüke, menafii umumiyeye ait eşyadan değildir. [6] Zira devlete ait olmakla beraber umumun istifadesine arzolunmıyan bu mallar üzerindeki devletin tasarrufu hususi hukuk hükümlerine tâbidir. Buna mukabil hastanede bulunan terlikler umumun menfaatine tahsis olunan eşyadan maduttur. [7]

Keza halkevine ait eşyada umumun menfaatına aittir. [8]

---

[5] Ceza U. H. 15/7/935 gün 59 Sayı. Temyiz Kararları S. 299
[6] „ „ „ 2/1/933 „ 1 „ „ „ „ „ 451
[7] „ „ „ 18/11/936 „ 26 „ „ „ „ „ 15
[8] „ „ „ 11/10/937 „ 156 „ „ „ „ „ 113

146

Gövercinler 491/5 ve 493/6 ıncı maddelerde yazilan hayvanlardan madut değildir. [9]

491/4 ve 492/1 inci maddelerde yazılı bina tabiri de görüş aykırılıklarına sebebiyet vermiştir. 492 inci maddenin birinci fıkrasında gece ve aynı zamanda süknaya mahsus yerde işlenmiş olması şarttır. Bu iki unsurdan birisi bulunmazsa fiil 491 inci maddenin 4 üncü fıkrasına temas eder.[10]

Hırsızlıkta mesken:

491, 492 ve 493 üncü maddelerde yazılı hırsızlıklarda karekteristik vasıflar 19/3/940 günlü tevhidi içtihat karariyle belirtilmiştir. [11]

Bu karara göre gerek alış veriş maksadiyle olsun gerek doğrudan doğruya hırsızlık maksadiyle olsun gündüz dükkân ve mağaza gibi yerlere girip işlenen suçlar umumiyetle ceza kanununun 491 inci maddesi 4 üncü bendine temas eder.

Hırsızlığın meskende işlenmiş telâkki olunabilmesi için failin o meskene hırsızlık maksadiyle girmiş olması şarttır. Binaenaleyh mevlût dinlemek için eve girip hırsızlığı yapan kimsenin hareketi 491 inci maddenin tatbikını müstelzimdir. [12]

Bentlerin içtimaı: 491,492 ve 493 üncü maddelerin son fıkralarındaki unsurların içtimaı ayrı bir şiddet sebebi sayılmıştır. Burada içtima eden fiiller değil o halde 69 uncu maddeye göre muamele yapılır. Mevzuubahis unsurların aynı fiilde içtima halidir. Bu hal hırsızlık fiiline ait bir hususiyettir.

4

Takibi şikâyete bağlı hırsızlık

494 üncü maddede yazılı olan hırsızlıktır. Bu madde 3708 sayılı kanunla 939 senesinde 4055 sayılı kanunla da görülen lüzum üzerine 941 senesinde tadil edilerek bu günkü şeklini almıştır. Madde kısa zamanda bir takım degişiklere mâruz kaldığı cihetle tabiatiyle teessüs etmiş olan içtihatlarda karışıklık husule gelmiştir. Maddenin hususiyeti, hırsızlığın şikâyete tâbi tutulmuş olmasıdır. Hasadı yapılmış ve mahsulü toplanmış bağ ve bahçelerde kalmış olan bakiyelerin şahsın mülkiyeti ile irtibatı azalmıştır. Bu itibarla bu malların alınması halinde re'sen kabili takip bir mahiyet görülmemiştir. Takibat icrası mal sahibinin şikâyetine bağlı tutulmuştur.

[9] C. U. H. 21/1/935 gün ve 27 karar temyiz K. S. 110

[10] Tevhidi içtihat U. H. 18/11/936 gün 26 karar 15

[11] Tevhidi İçtihat 19/3/940 gün 60 karar temyiz kararları S. 14

[12] C. U. H. 19/10/936 „ 192 „ „ „ 106

147

Suçun başlıca 4 unsuru vardır.

1 — Hasadın yapılması ve malın toplanmış olması şarttır. Aksi takdirde fiil umumi hükümler dairesinde hırsızlık teşkil eder.

2 — Toplanmış olan hasat kaldırılmamış olmalıdır.

3 — Hırsızlık hasadı yapılmış veya toplanmış mahsul hakkında değil anız veya kütüklerde bırakılan bakiye hakkında olmalıdır. Eğer toplanmış mahsul hakkında olursa bu madde kabili tatbik değildir. Umumi hükümlere göre hırsızlık teşkil eder.

4 — Nihayet fiil mal sahibinin rıza ve malûmatı hilâfına ve ayrıca hırsızlık unsurunu ihtiva eder şekilde gizlice yapılmış olmalıdır. T. C. K. nun 524 üncü maddesinde yazılı takibi şikâyete bağlı hırsızlıktan ilerde bahsedeceğiz.

5

Müşterek arttırıcı ve indirici sebebler

T. C. K. nun 522 ve 523 üncü maddeleri yalnız hırsızlığın değil malaleyhinde işlenen onuncu babdaki suçların müşterek arttırıcı ve hafifletici sebeblerini teşkil eder. Suç mevzuu olan malın değeri suçun vasfı üzerinde tesiri bulunduğu şüphesizdir. Mağdur nekadar ağır zarar veya mahrumiyete uğratılmış ise suç okadar vahim tefâkki olunmalıdır. 522 inci madde ile bu esas kabul olumuştur. Maddeye göre suç mevzuu olan malın değeri fahiş ise mahkeme cürme ait cezayı yarısına kadar arttırabilir eğer hafif ise üçte birine kadar indirilebilir.

523 üncü madde ise mağdurun suç münasibetile uğradağı zarar veya mülkünden vukua gelen azalma muayyen şartlar dairesinde telâfi edildiği taktirde cezadan indirme yapılacağı kabul olunmuştur. Bu itibarla 522 ile 523 üncü madde aynı esasa istinat ederler. Mağdurun malen az müteessir olması indirme sebebidir. Suçun mevzuu hafif ise azalma sebebi fiilde mündemiç bulundugundan 522 inci maddenin tatbikı lâzımdır. Suçun mevzuu esas itibarile ağır olsa bile muayyen safhalarda suçlu tarafından telâfi edilmiş ise indirme 523 üncü maddeye tevfikan yapılır.

Suç mevzuu olan malın değeri veya ika olunan zararın mikdarını kanun tâyin ve tasrih etmemiştir. Mesele temamen takdire bırakılmıştır Adedi hesaplar ve kıstaslarla hâkimi bağlamak, hâdiselerin hususiyet ve mahiyetlerine cezai intibak ettirmek imkânını selbeder. Kanun, kasdolunan değerin malın suç zamanında haiz olduğu değer olduğunu ve suçlunun istihsal ettiği menfaat olmadığını tasrih etmiştir. Fakat bu cihetin adedi bir şekilde tâyini hakikaten güçtür. Ünlü bir sanatkârın, hazırlandığı konserde muvafakiyetinin âmili olan kemandan mahrum kalması onun için büyük bir acı ve maddeten büyük mahrumiyetlere sebeb olabildiği halde onu ele geçiren

hırsız için ehemmiyetsiz ve alelade bir kemen değerinde olabilir. Bu hususun takdire terkedilmiş olmasının muvafık olacağını teslim etmekle beraber tatbıkatta rastlanan tefavut ve tenakuz üzerine de dikkati çekmek isteriz. yazılı emir tetkikatı dolayisile görülen bazı kararlara işaret edelim.

Hopa asliye ceza muhakemesince 280 küsur lira diğerindeki eşya hafif kıymette sayılarak 522 inci madde tatbik olunmuştur [13].

Halbuki Plumur asliye ceza mahkemesi 32 lira diğerindeki eşyayı hafif değerde görmemiş ve cezadan tenzilât yapmamıştır [14].

Ceyhan asliye mahkemesincede 200 lira değerinde mal fahiş değerde takdir olunarak ceza artırılmıştır.

Görülüyorki takdire terkedilmiş olan bu mesele mubayenet ve tezada mahal vermektedir. Yüksek temyiz mahkemesince bu hususda görüşlerde birlik temini lüzumu hissolunmaktadır.

Maddeye göre cezadan tenzilât icrası için suçlunun aynı cinsten bir suçun mükerriri olmaması lâzımdır. Hangi cürümlerin aynı cinsden oldukları 86 ıncı maddede tasrih olunmuştur.

523 üncü maddeye gelince: Magdurun suç dolayisile uğramış olduğu zarar veya mülkiyetinden vukua gelen azalmanın suçlu tarafından tediye ve telâfi edilmesi lâzımdır. Ceza kanunu bu madde ile cezai bir siyaset takip etmiş ve suçluyu ikrara sevketmek istemiştir.

Suçlunun ikrarı üzerine eşyanın bulunduğu yerden alınması iade mahiyetindedir [16].

523 üncü maddenin tatbikı için eşyanın temamen iadesi lâzımdır. kısmen iade muteber değildir [17].

Keza ret veya iade suçlu tarafından yapılmalıdır. Suçlunun malûmatı olmaksızın başkası tarafından yapılan ödeme ve tazmin 523 üncü maddenin taibikını icapettirmez [18].

Gerek 522 ve gerek 523 üncü madde suç mevzuu olan malın değerine göre cezanın arttırcı veya azaltıcı sebeblerini teşkil eder. Kanaatımıza göre buradaki değeri yalnız iktisadi mânada anlamak doğru olmaz. O maldan mahrumiyetin mağdur ve ailesi için doğuracağı acı ve ıstırabı nazara almak lâzımdır. Aile hatıraları, sanaatkâr sahibi için hususi kıymet ve önem

[13] Hopa asliye M. 2/11/942 gün ve 67 S. karar neşrolunmamıştır.
[14] Plumer „ 3/1/944 gün „ 56 » „ „ „
[15] Ceyhan „ 13-3-944 „ „
[16] C. U. H.„ 4-2-935 „ 17 „ Yargıtay kararları S. 197
[17] 2 inci C. D. 31-12-935 „ 13624 » „ „ „ 325.
[18] C. H.U. 21-9-936 gün ve 97 sayılı karar temyiz kararları S. 98

149

arzeden alet ve eserler, harp meydanlarının muvafakiyet nişanesi olmak üzere tevcih olunan madalyaları sırf iktisadi kıymetlerle ölçmek doğru olmaz Esasen bu hususlar nazara alındığı içindirki riyazi kemiyetlere müstenit kıstaslardan çekinilmiş ve keyfiyet temamen takdire bırakılmıştır Esasen kanun cezanın artırılıp eksiltilmesinde suçlunun ettiği istifadeyi değil mağdurun duçar olduğu zarar esas tutmuştur. yüksek temyiz mahkemesinin içtihadına göre hâkimin 522 ve 523 üncü maddelerinde hâdiseye tatbik kabiliyeti bulunup bulunmadığını resen araştırması lâzımdır. Suçlunun bu maddelerde yazılı hafifletici sebeplerden istifade edip edemiyeceğinin resen araştırılmaması yolsuzdur ve bu kıymetin ehli vukufa tesbit ettirilmesi lâzımdır [19].

Hırsızlıkta müşterek indirici sebeplerden birisi de 524 üncü madde de yazılıdır. Bu maddeye göre hırsızlık ayrılık kararı verilmemiş karı koca tarafından diğeri aleyhine, usul veya furudan veya bu derece akrabadan biri veya analık, babalık ve evlâtlık aleyhine yahut faille birlikte bir dam altında yaşayan erkek ve kız kardeşler aleyhine işlenirse takibat yapılmaz

Kanun bu gibi hâdiseleri cemiyetin nizamını ihlâl eden bir suç değil aile mahremiyetine ve hususiyetine müteallik bir olay daha doğrusu hukuki bir mesele addetmiş ve cezalandırmaktan içtinap etmiştir.

Gerçekten, bu derece yakın ve birlikte yaşayan akraba arasında mallar üzerinde müşterek bir tasarruf mevzuu bahistir Müşterek bir hayatın zaruri neticesi olan bu hali tefrik ve bu husustaki iddiaları cezai müeyyidelerle teyit etmekten kanun içtinap etmiştir Akrabalık derecesi ve nikâh gibi hukuki rabıtalar cürmiyeti izale eder mahiyette görülmüştür. Burada mevzuu bahais olan mesuliyetin yokluğu değil hâdisenin bizzatihi nizamı ihlâl eder mahiyette görülmemiş olmasıdır.

Müşterek azaltıcı sebebler maddenin son fıkrasında yazılıdır. Buda haklarında ayrılık kararı verilmiş olan karı, koca veya bir dam altında yaşayan kardeşler dayı, hala, yeğen, ve ikinci derece akraba aleyhine işlenmiş ise takibi şikâyete bağlı olmak üzere ceza üçte bir miktarı indirilir.

Kanunun tasrih ettigi derecede ki akraba aleyhine suçun işlenmiş olması lâzımdır. Akrabanın evinde veya idaresinde bulunan diğer şahıslara ait mallar hakkında işlendiği takdirde suç akraba aleyhine işlenmiş sayılmıyacağı kanaatindeyiz. Bu takdirde 524 üncü madde tatbik olunmaz.

523 üncü maddenin tatbikına mâni olan sebepler şunlardır.

1 — Aynı neviden suçların mükerrirleri (T. C. K. nun 86 ıncı maddesinde aynı cisten suçlar gösterilmiştir.)

[19] 4 C. D. 29-4-932 gün ve 788 S.Karar.T.S 339·

150

2 — Gaspten mahkûm bulunmak .

Bu sebpbler, esbabı muhafffenin tatbikına mâni olan sebepler şahsidir. 523 üncü maddenin tatbikı için lâzım olan şartlar.

1 — Malı tamamen iade veya tazmin etmiş olmalıdır.

2 — Bunu kendiliğinden yapmalıdır

3 — İade veya tazmin bizzat maznun tarafından yapılmalıdır.

4 — Tazmin veya iade iş mahkemeye intikal etmeden evvel vuku bulmalıdır.

Bu sebepler ceza kanununun esaslarından olmayıp ikinci kitabında yazılı bulundukları cihetle hususi kanunlardaki hırsızlık fiillerine kabili tatbik olmadığı kanaatındayız.

Hırsızlığa ait meşterek feri ceza 525 inci maddede yazılıdır.mahkûmiyet mikdarı kadar emniyeti umumiye nezareti altınde bulundurma cezasının da birlikte hükmolunacağını natıkdır.

Daha doğrusu bu bir ceza olmayıp ceza mahkûmiyetinin bir neticesidir. Nitekim bu cezanın infaz edilmemiş olması tekerrür hükümlerinin tatbıkına mâni teşkil etmez. Gerçekten tenkilden fazla cemiyet ve aile hukukunun muhafaza ve siyaneti için lüzumlu bir tedbir alınmıştır. Hırsızlıktan cezasını çekmiş olan kimsenin bir müddet nezaret altınde bulundurulması umumun emniyet ve selâmeti bakımından zarurî görülmüştür.

6

Hırsızlık dâvalarında nazara alınacak medeni kanun hükümleri.

Mahkemeler, hırsızlık dâvalarını neticelendirirlerken ekseriya suç mevzuu olan eşyanın da sahibine iadesine karar verirler.Bu hususdaki salâhiyetleri ceza kanununun 38 inçi maddesinden alıyorlar Mezkûr madde ile ceza mahkemesinin istirdadı emvale, mâd i ve mânevi zararların tazminine hüküm verebileceği kabul olunmuştur.

Hâdise ceza mahkemesinde ceza M U. K. nin tatbikile yapılan mahkemede tavazzuh etmiş olduğuna göre mağdurun ayrıca Hukuk mahkemesine gönderilerek ihkakı hakkın gecikmesine ve subut hususunda mahkemeler arasında ihtilâf ve mubayin kararlar çıkmasına sebebiyet ve adlî cihazın ikinci defa işkâl edilmesine mahal vermek gibi mahzurları önlemesi itibarile işin ceza mahkemesinde hal edilmesi şayanı arzudur.

Tatbikatta ceza mahkemelerinin hususî sebepler olmadıkca dâvanın bu safhasını Hukuk mahkemesine havale etmedikleri ve ceza hükmile beraber karara bağladıklarını memnunlukla görmekteyiz. Ancak bu takdirde

yani caza kanununun 38 inci maddesindaki salâhiyetini kullanırken medenî kanun hükümleri tatbik edileceğini gözden uzak tutmamak lâzımdır. Çünkü ceza hakiminin bu hususda ittihaz edeceği karar hukuk mahkemesine karşı kaziyei muhkeme teşkil eder. Vakıa borçlar kanununun 53 üncü maddesine göre hukuk hâkimi ceza hukukunun mesuliyete mütedair hükmü ile bağlı değildir. Fakat hâdisenin sübutuna dair ceza mahkemesinden çıkan karar hukuk hâkimini taklit eder. Yani mevzuu bahis eşyanın fail tarafından kendisine ait zanniyle ve dalgınlıkla alındığı anlaşılırsa fiil hırsızlık teşkil etmiyeceğinden ceza mahkemesinde beraat kararı verilebilir Fakat ceza hukuku bakımından bu hareketin mesuli yetiicapettirmemesi hukuk mahkemesinde mal sahibinin, bu yüzden uğradığı zarar ve ziyanı tazmin dâvasını açmasına ve failin medeni hukuk hükümlerine tevfikân bununla mesul tutulmasına mâni teşkil etmez (bu mesele hakkında fazla izahat almak isteyenler ceza hukukunda mesuliyet unvanlı makalemize müracaat edebilirler) [20].

Ceza hâkimi, 38 inci madde tatbik suretile emvalin istiradına ve tazminata hüküm verilen ceza hükümlerini tatbik etmeyip hukuk mevzuatını tatbik ettiği cihetle hâdise hakkında hukuk mahkemesi muvacehesinde de kaziyei muhakeme teşkil ettiğinden artık hiç bir mahkeme huzurunda mevzuu bahis olamaz. Buna mukabil hukuk mahkemesindeki kaziyei muhakeme ceza dâvasına tesir etmez çünkü ceza hâkimi ceza kanununun 38 inci maddesine göre ceza dâvasına bağlı hukukî mesaili halledebildiği halde hukuk hâkimi hukuk dâvasında ceza mesailini hal ve rüyet edemez. Ancak meseleyi müstehire bundan müstesnadır. (Ciheti hukukiyed ki kaziyei muhakemenin ciheti cezaiyedeki dâvalara müessir olabilmesi bu dâvanın meseleyi müstehire olarak ceza mahkemesinden hukuk mahkemesine tevdi edilmiş olmasına vabestedir.) [21].

Emvalin istirdadına karar verilirken bu malın üçüncü şahısların eline geçtiği takdirde medenî kanun hükümlerine göre bazı hallerde onların bu mal üzerinde mülkiyeti teessüs ettiğinden iadesine karar verilmiyeceğinin teemmül olunması lâzımdır. Gerçekten medenî kanun hükümlerine göre menkul malda mülkiyetin tesisi için o malı satan hakiki sahip olması şart değildir. Malı satan hırsız dahi olsa iyi niyetle satın alanın mülkiyeti sabit olur. Bu takdirde iade hükmü üçüncü bir şahsın tessüs etmiş mülkiyetini ihlale müncer olur.

Menkulde mülkiyetin intikalı şartları medenî kanunun 687 inci maddesile tâyin olunmuştur. Maddeye göre menkul malda mülkiyetin nakli için teslim yani zilyedliğin nakli kâfidir. İntikali yapan kimse o malın sahibi

[20] Hamdi Öner ceza hukukunda mesuliyet Adliye dergisi 944/5 S. 893.
[21] 2 İncl C. D. 9/7/935 gün ve 491 karar S. 260.

152

olmasa bile zilyedliğin teessüsünden itibaren mülkiyet sabit olur. temellük etmek niyetile malı teslim alanın mülkiyeti teessüs eder.

Bunun böyle olması tâbiî ve zaruridir. Menkul bir malı bilfarz bana lâzım olan bir sobayı alırken satan adamın o sobanın hakiki sahibi olup olmadığını araştırmaya mecbur değilim. Hali hazır ictimaî yaşayışın iktisadi münasebet ve şartları buna esasen imkân vermez. Hele o sobayi eski sobaları alıp satmak üzere açtığım dükkâne getiren müşteriden ve yahut böyle bir dükkândan müşteri sıfatile almış isem o mal üzerinde mülkiyetim sabit olur. Zilyetlıgi kaybeden hakiki malık bu malın iadeesini medenî kanun hükümleri dairesinde ancak hukuk mahkemesinden istiyebilir. Zira menkul mallerde zilyetlik mülkiyetin karinesi ve zilyet malın sahibi addolunur- (medeni kanun 898) ancak hırsızlık malı hakkında mağdurun 902 inci maddeye göre istihkak dâvasını açmaya hakkı vardır.

Buhususlardakı medenî kanun hükümlerine işaret edelim.

Menkulde zilyetlığın teesüsü ile mülkiyet sabit olur. Medenî kanunun 687 ve 901 inci maddelerindeki ana kaide budur-898 inci maddeye göre mal kimin elinde ise o malik sayılır. Binaenaleyh iyi niyetle satan veya herhangi hukuki bir sebeple o malı temellük eden şahsın mülkiyeti sabit olur; ancak 902 inci madde malı çalınan,rızası olmaksızın elinden alınan veya kaybedene istihkak dâvası hakkını veriyor. Bu takdirde mal sahibi zilyet aleyhine beş sene zarfında istihkak dâvasını açabilir. Ancak şüphesiz bu dâvanın bakılacağı yer Hukuk mahkemesidir. Zira üçüncü şahsın suçla bir guna iştirak ve alakası bulunmadığına göre hırsız hakkında cereyan eden ceza dâvasında hukuku munakaşa edilemez. Binaenaleyh yedi sirkat olunan, üçüncü şahis aleyhine istihkak dâvasını ancak hukuk mahkemesinde açabilir. Diğer bir deyişle üçüncü şahıs hakkındaki istihkak dâvası C. kanunun 38 inci maddesinin şumulü haricinde kalır. Zira mülkiyeti teessüs eden şahıs hakkında bir suç münasebetile ceza dâvası açmaya imkân yoktur.

Hattâ mal hırsız elinde yakalanmış olsabile zaman aşimi gibi herhangi kanunî bir sebeple tahkikat yapılmasına imkân bulunmadığı takdirde malın istirdadı meselesi ceza mahkemesinin vazifesi dışında kalır. Ceza mahkemesi müstekillen müsadee ve istirdada hükmedemez. Ceza M. U. Kanunun 392 inci maddesinde mevzuubahis hal bu kaideye istisna teşkil etmez. Çünkü mezkûr madde, ceza dâvasının esası halledilmiş fakat herhangi bir sebeple musadere meselesi kesdirilmemiş olan hallerde musadreeninde sonradan ayni mahkemece halledilmesine cevaz vermiştir. Bunun içinde bu husus hakkında evvelce hüküm verilm iş olması lâzımdır. Bu itibarla müsadere kararı asıl hükme zeyil bir karar mahiyetindedir. Burada hukuki bakımdan yekdiğerile zıt görülen ve hakikatta telif olunan iki prensip göze çarpar.

1 — Yedi hırsızlıkla zayi olan malikin menfaatı.

2 — İyi niyetle o malı hırsızdan ve yahut diğer bir şahısdan mülkiyeti intikal ettiren hukuki bir sebebe müsteniden alan şahsın menfaatı.

Kanun, hırsızlıkla yedi zayi olana bir tercih hakkı tanıyor. Bu mantıkidir. Çünkü malını kilit altına alan ve her türlü muhafaza tedbirlerini ittihazeden bir adam olmasına rağmen malını çaldırabilir. Onun için bu adamın bu malı istirdada hakkı olmalıdır. Netekim emniyeti sui istimalde yedini kaybeden şahsa bu hak tanınmamıştır. Zira bu şahıs eşyasını teslim ettiği kimsenin emniyeti sui istimal etmesi ihtimalini daima göz önünde bulundurabilirdi. Ve kendisinden bu ihtimam beklenirdi. Medenî kanuna göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimse üçüncü şahıse karşı iyi niyet iddia edemez. Ancak 901 inci madde yalnız sarih olarak hırsızlıkdan bahsetmişsede Wilanda göre maddenin hükmü gasb haline de şamildir [22].

Maddedeki rızası hilafına unsuru esasen gasb fiilinide ihtiva eder.

Dâva müddeti beş sene ile takyit edilmiştir. menkul, aleni bir müzayede de veya pazarda veya ona mümasıl eşya satan bir tacirden alınmışsa istihkak dâvası ancak eşya bedelinin iadesi şartile açılabilir. Aleni müzayede Borçlar kanununa ve icra iflâs kanununa tevfikân yapılan müzayededir.

Şu halde 902 inci madde medenî hukukta umumî bir kaideye istisna teşkil eder. O kaide medenî kanunun 687 ve 901 inci maddelerinde mezu bulunan ve menkul malın teslimile mülkiyetin intikaline dair olan kaidedir.

902 inci madde bu hallerde mal sahibine istihkak dâvası açma selâhiyetini vermekle istisnai bir hüküm tesis etmiştir.

903 inci madde ise istisnanın istisnasını teşkil eder. Yani hırsızlıkla veya sair suretlerle yedi zayi olan kimse zayettigi şeyler para veya hamiline muharrersentlerse iyi niyetle iktisabeden üçüncü şahıs aleyhine istihkak dâvası açılamaz, bunun böyle olması tabiidir. Zira 902 inci madde istihkak dâvasını malin bedelinin ödenmesile şart kılmıştır. Para ve emere muharrer sendin bedelinin ödenmesi mevzuubahis olamıyacağı gibi bu gibi malların menşei de araştırılemez. Aksi hal mubadele vasıtaları aleyihine umumi emniyeti kaldırır.

Binaanalyh ceza dâvası neticesinde çalınan mal üçüncü şahsa intikal etmişse malin mahiyeti ve üçüncü şahsın o malı iktisap tarzı tesbit ve medeni kanunun tahlil ettiğimiz maddeleri hükmü gözetilmeden malın iadesine hükmedilmesi ihkakıhak bakımından müşkül hukuki durum tevlit eder. Zira bu mesele medeni hukukun ince bahıslarini a âkadar etmekleberaber

[22] Wiland; Aynî haklar (İ. Hakkı Karafakı) 2 inci cilt; cuz 2 S 198.

ceza hâkimi tarafından verilen hüküm hukuk hâkimini bağlaması itibariyle telâfisi mümkün olmayan hallere sebebiyet verebilir. Ceza hâkimi bu mesele hakkında hüküm vermek isterse keyfiyeti medeni kanun hükümlerine göre muhakeme usulü safhasında inceleyip tavzih etmelidir. Aksi takdirde hükmü ceca kısmına hasrederek istirdadi emval cihetini hukuk mahkemesine terketmelidir.

Ceza hâkimi hukuki mesaili ancak ceza dâvasına baglı hallerde hükme baglıyabilir. Mal üçüncü şahsın eline; hırsızlık malını bilerek almak veya lukatayi kanunî şartlara riayet etmeden temellük etmek gibi yene suç teşkil eden bir fiil neticesi olarak geçmemişse çalınan malın istirdadı meselesi ceza mahkemesinde mevzuu bahsedilemez. Herhangi hukukî bir sebeble malı iktisabetmiş olan şahıs hakkında ceza mahkemesinde takibat yapılamaz. Diger bir deyişle bu takdirde malı çalınan ile iktisabeden 3 üncü şahıs arasındaki münasebet cezaî değil hukukidir. İstihkak dâvasına bu itibarla ceza mahkemesince elkoymaya vesile yoktur. Şu halde çalınan-malın iyi niyet sahibi üçüncü şahısın eline geçdiği ve mülkiyet sabit olduğu tahakkuk ederse iâde ve ıstirdad dâvası ceza mahkemesinin mezuu haricinde kalır.

İstirdad ve iade üç şekilde mevzuubahis olabilir.

1 — Çalınmış veya gasbolunmuş eşya suçlu elinde yakalanmış olursa.

2 — C.K. nunun 512 inci maddesinde yazılı ve çalınan malı bilerek alan kimsenin elinde yakalanırsa.

3 — T.C.K. nunun 511 inci meddesinde yazılı olduğu gibi kaybolmuş eşyayı bulupta medeni kanun hükümlerine riayet etmeden temellük eden kimsenin elinde yakalanmiş ise.

Bu takdirde ceza dâvasının esasını görmekte olan ceza mahkemesinde mağdur müdahil sıffatıle istihkak ve istidad talebinde bulunabilir. Ceza mahkemesinde bu takdirde bu mesele hakkında hüküm verebilir. Bunlar haricide malın iade ve Istirdadı hukuk mahkemesinin vazifesine ğiren bir fiil teşkil eder.

CM. U. K. nunun 103 üncü maddesi:

C M.U.K. nunun 103 üncü maddesinin bu mevzu ile ilgisi vardır. Mezkûr mkddeye göre suçtan zarar gören kimseden suç sebebile alınmış o an eşya, tahkıkatın neticesile beraber ve hatta daha evvel resen bu husus bir hükme hacet kalmaksızın magdura geri verilebilir. Meger üçüncü şahısler ıtiraz ede:

Burada mevzuubahis olan iade T.C.K. nunun 36 ve 38 inci maddelerine müsteniden vaki bir iade mahiyetinde değildir. Zira bu maddelere

154

müstenidan iade istihkak iddiasının esasına matuf bir hüküm mahiyetinde olup kaziyei muhkeme teşkil eder. C M.U.K. nunun 103 uncu maddesinde mevzuubahis hal ise esase matuf değil usule mütaallik bir tetbirdir. Suçun subut vasıtası olmak üzere veya her hangı başka bir sebeble magdurdan alınmış olan malın yine kendisine verilmesini natık olan madde temamen münazaasız bir iadeye mütaallıkdir. İade keyfiyeti mülkiyeti tâyin eden bir mahiyet arzetmez. Esasen mal kendisinden bir hüküm veya kararla alınmış olmadığı cihetle kazai bir muameleye lüzüm görülmeden yine o suretle kendisini ıade olunur.

C M.U.K. nun 103 üncü maddesiesasen zabit faslında yani tedbir bahsindedir.Bir tedbir olması itibarile alâkadarların bu eşya hakkında dâva açmalarına mâni teşkil etmez. Bucihet maddenin son fıkrasında tasrih olunmuştur.

Maddenin tatbikı mahdut şeraite münhasırdır.

1 — Mal, magdurden alınmış olmalıdır. Binaenaleyh üçüncü şahıs ve hattâ suçludan alınmış olduğu takdirde magdure ait bir eşya dahi olsa bu maddeye müsteniden iade olunamaz.

2 — Eşya suç sebebiyle alınmış olmalıdır. Yani suçun vukuuna delâlet edecek eşya sübut vasıtası elarak alınmış olmalıdır.

3 — üçüncü şahsın itirazı sebketmemiş olmalıdır.

7

Çalınan malı bilerek alma hali ve medeni kanun hükümleri

Medeni kanun ifadesine göre kötü niyetle tavsif olunan bu hal mülkiyetin teessüsüne mani teşkil eder. Ceza kanunu hükmüne göre çalınan malı bilerek satın alma keyfiyeti olup cürüm teşkil eder. madde — 512.

Çalınan malı bilerek alma cürumdür. Hüsnü niyetle temellük unsuru bulunmadığı cihetle medeni kanunun hükümlerine göre esasen falin mülkiyeti sabit olmaz. Bu takdirde iade kararı yerinde verilmiş olur. iyi niyet alıcıda aranır, satanın kötü niyeti mülktiyetin teessüsüne mâni olmaz.

Kanaatımıza göre satıcının iyi niyet kaidelerine teyfikan eşya üzerinde mülkiyeti sabit olmuş olsa dahi eğer alıcı hususi malûmat sayesinda onun çalınmış mal olduğuna vakıf bulunduğu tahakkuk ederse mülkiyet sabit olmaz Çünkü bu takdirde hareketi C. K. 512 inci maddesine mümas cürüm teşkil eder. Butakdirde ceza dâvasına elkoyan mahkeme iadeyede karar verebilir. Zira bu takdirde mağdur medeni kanunun 902 inci maddesine tevfikan istihkak dâvası açmakla mükellef değildir. Bu dâvanın açılması mecburiyeti, ancak iyi niyet sahibi üçüncü şahıslara karşıdır.

Kaybolmuş mallar.

156

Ceza kanununun 511 inci maddesi hükmüne göre kaybolmuş eşyanın mülkiyeitini iktisap şartları medeni kanunda hükümlere riayet etmeden temellük ederse hareketi hapis ve ağır para cezasını istilzam eden bir cürüm teşkil eder.

Bu takdirde malın istirdadına hükmolunur. Zira medeni kanunun 902-inci maddesinde yazılı şartlardan istifade edemez. Yani hakiki sahip ancak istihkak dâvasını da açma mecbuniyeti yoktur. Bulunmuş mal ancak medeni kanunun 693 üncü maddesine tevfikan iktisap olunabilir. Hukuki ıstılahlarımızda lukata tesmiye olunan mülkiyeti iktisap şartları şunlardır. Bulunan malın değeri bir liradan fazla ise keyfiyeti zabıtaya haber vermek mecburidir. İlândan itibaren beş sene içinde sahibi çıkmazsa mülkiyet bulana intikal eder. Ancak 693 üncü maddedeki şarlara göre mal, meskûn bir mahal veya umumi daire ve müessesede dulunmuş ise keyfiyet ev sahibine veya müstecirine veya müeseesenin muhafaza ve nezaretile mükellef memurlarına haber verilmesi mecburidir. Şu halde bulunmuş eşya hakkında bulan, medeni kanunun 696 ıncı ve müteakip maddelerine uygun hareket etmemişse fiili ceza kanununn 511 inci maddesine uyguncürüm teşkil eder. Bu takdirde cürüm mevzuu olan eş ya kendisinden istirdat olunur. Ve 38 inci maddeye tevfikan sahibine verilebilir Ancak malı bulan onu satmışsa mesleyi yine medeni kanunun 902 inci maddesi cerçevesi dahilinde mütalâa etmek lâzımdır. Ve bu takdirde istirdat keyfiyetinin ceza dâvasiyle ilgisi kalmaz. (eğer elinde kaybolmuş mal bulunan kimse onu pazar yerinde satın aldığını dermeyan ederse medeni kanunun 902 inci maddesi hükmü teemmül olunmadan hayvanın dâvaciya iadesine karar verilmesi yolsuzdur[23].

Ceza kanununun 511 inci meddesinde yazılı suçun unsurları medeni kanunun 696 ve mütaakip maddelerine göre tâyın olunacaktır. Yani medeni kanunun bu husustaki hükümlerine riayestizliğin cezai müeyyidesi T. ceza kanununun 511 inci meddesinde mevzudur. Suçun unsurları şunlardır.

1 — Medeni kanunun 693 üncü maddesindeki şartlara riayet etmemek.

2 — Riayetsizlik temellük maksadı ile yapılmış olmalıdır. Eğer temellük maksadı bulunmazsa faile birinci fıkrada yazıb mükellefiyet tahmil olunamaz. Bilfarz bulduğu bir çantayı okul idaresine teslim ederse ayrıca 693 üncü maddedeki mükellefiyetler kendisinden istenmez. Bu takdirde o şartlara riayet keyfiyeti çantayı kabul eden okul ideresine teveccüh eder.

[23] 3 üncü H. D. 13/7/36 gün ve 6425 karar temyiz kararları; S, 216

157

Çalınan malın iadesi şartlarını inceleme bahsine son vermeden evvel T. C. K. nun 65 inci maddesili 512 inci maddesine birlikte temasedelim.

Fer'an iştirakta yani aslı fail ile fiilden evvel vukubulan anlaşma neticesinde Hırsızlık malı eline geçen şahısta aynı fiilin suçlusudur 3 üncü şahıs sayılmadığı cihetle istirdada ve tazminata ceza mahkemesince karar verilebilir. Hattâ kanaatımıza göre mal fer'an şerik olan elinden zabtolunsa ondan sonra duruşma münhasıran aslî fail hakkında ceryan edip fer'an methaldar şerik hakkında tatil kararı verilmiş olsa dahi iadeye hükmolunabilir. Çünkü suç hakkında hüküm verilirken suç mevzuu olan malın iadesi keyfiyetide kestirilir, ve 3 üncü bir şahsın hukuku mevzuu bahis değildir .Ancak hakkında duruşma yapılmış şerik hakkında tazminata hükmedilemez. Zira bu ancak onunda hakkındahüküm verildiği takdirde kabildir.

512 inci maddede birde yataklık ve cürüm eşyasını saklamak hali mevzuu bahistir. Çalınan mal bu şekilde yataklık yapana intikal etmişse ceza dâvasında eşyanın iadesine hühmolunabilecektir. Ancak bunun için 512 inci maddeye tevfikan yatakcı hakkında dâva açılmış olması şarttır.

Asıl fail hakkında yapılan duruşma sonunda yatakcıdan yakalanan malın iadesine hüküm verilemez kanaatındayım. Çunkü bu hal iştirakta dâva mevzuu olan hırsızlık gibi değildir. o takdirde faillerden yalnız birisi hakkında hüküm verilmesi T. C. K. nun 36 ve 38 inci maddelerinin tatbikına cevaz verebilir.

Halbuki yatakcının hareketi 512 inci maddeye tevafuk ettiği kazai şekilde yani dâva açılarak neticelenmedikçe şahsın mülkiyetinde tebeddül vukua getirecek karar ittihaz olunamaz. İ 512 inci madde ile cezalandırılmadkıça yatakcı 3 üncü şahıs vaziyetinde olduğundan aleyhindeki iade ve istihkak dâvaları ancak medeni kanun hükümlerine göre açılabilir. medeni kanunun 3 üncü maddesine göre iyi niyetin varlığı asıldır.

Keza iadeye ve Tazminata, âra kararile hükmolunamaz. Bu cihet T. C kanunun 36 inci maddesi açık hükmü iktizasındadır. [24]

[24] 3 üncü ceza dairesi 30-1-945 gün 1194 esas: neşrolunmamıştır.

158

Borçlar kanununda âdi icara ait hükümler üzerinde bir inceleme

Yazan:
Müfit ERKUYUMCU

Borçlar kanunumuzun icarın feshina ait 262 maddesi hükmü şöyledir: İcar için ne sarih ne de zımni bir müddet tâyin edilmiş olursa gerek müstecir, gerek mucir ihbar suretile akdi feshedebilir.

Akitte hilâfına bir hüküm tâyin edilmemiş ise iki taraftan her biri aşağıdaki kaideler dairesinde feshi ihbar edebilir.

1 — Mefruş olmıyan apartmanlar, yazıhane, tezgâh, dükkân, mağaza, mahzen, samanlık, ahır ve bu gibi mahaller ancak mahallî âdetince muayyen en yakın vakit için ve böyle bir âdetin fıkdanı halinde altı aylık bir müddetin hitamı için ve her iki halde üç ay evvel yapılması lâzım gelen bir ihbar ile,

2 — Mefruş apartmanlar yahut müstakil odalar, yahut süknaya mahsus mefruşat ancak bir aylık müddetin hitamı için ve iki hafta evvel yapılması lâzım gelen bir ihbar ile.

Kanunumuzun açık hükümleri ihtiva eden ve fazlaca tatbik gören maddelerinden birisi olan bu madde hükmünü millî korunma K. nun 4180 No. lu kanunla tadil edilen 30 uncu maddesi müstecirler lehine tadil ve takyit etmiştir. [1] Bahsi geçen 30 uncu madde aynen şöyledir.

Madde 30: (Millî korunma kanunu)

1 — Bu kanunun tatbikte bulunduğu müddet içinde şehir, kasaba, iskele, liman ve istasyonlarda gayrimenkullerin kira bedelleri bu kanunun tatbik mevkiine konmasına tekaddüm eden sene içindeki son kira mukavelenamesile muayyen olan kira bedelinden hiç bir suretle fazla olamıyacağı gibi mukavele şartlarında kiracılar aleyhine değişiklik te yapılamaz.

2 — Kiraları kira mukavelesile muayyen olmıyan veya kanunun tatbik mevkiine girmesinden sonra inşa veya tadil edilmiş olan veya kiracı tarafından tahliye edildikten sonra kullanma tarzı dağıştirilerek kiralanan gayri menkullerin kira bedellerinin ne suretle tesbit olunacağını hükümet bir kararname ile tâyin eder.

[1] ADLİYE DERGİSİ nin notu: 4180 sayılı kanun hükmü millî korunma kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve ek maddelerin çıkarılmasına dair 4648 sayılı kanun (neşri tarihi 11/8/1944) ile değiştirilmiştir. Bu kanuna göre 30 madde şu şekli almıştır:

3 — Kira mukavelelerinin bütün hükümlerine kiracılar tarafından riaye edildiği müddetçe bu kanunun mer'iyetten kalkmasından üç ay sonraya kadar kiracılar aleyhine tahliye dâvası mesmu değildir. Kira müddetinin bitmesinden en az beş gün evvel kiracı gayrimenkulü tahliye edeceğini kiralıyana yazı ile bildirmediği takdirde mukavele aynı şartlarla bir sene için uzatılmış sayılır. Kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse veya mal sahibi gayrimenkulü kendisi için mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kalırsa kira mükavelesinin hitamında tahliye talebinde bulunabilir.

4 — Kaloriferli binalarda kömür fiatındaki tahavvüllerin kira bedellerine inikâs nisbeti halin icabına göre bir kararname ile tâyin olunur.

5 — Bu madde hükümlerinin tatbik olunacağı yerleri hükümet tâyin ve ilân eder. Diğerlerde 2490 No. lu K. nun maddeye muhalif hükümleri tatbik olunmaz.

Maddenin bu açık hükümleri ile tadil ve takyit olunan borçlar K. nun 262 inci maddesi hükmüne istinaden mucirlerin ihbar suretile kira akdini feshetmelerine kanunen imkân kalmamıştır. Ancak, bu takyidat millî korunma K. nun mer'iyette bulunduğu müddete münhasır olduğu gibi yalnız mezkûr K. nun tatbik edilebileceği yerlerde kabili tatbik bulunduğundan millî korunma K. nun tatbikına imkân olmıyan mahallerde mucirler eskisi gibi ihbar suretile akdi feshedebilirler.

Gayrimenkulün icar müddeti zarfında malikinin tebeddülü halinde de hukukî vaziyet aynı olup yeni malikle ihbar suretile akdi feshedemez. Nitekim temyiz 3 üncü hukuk dairesinin benzer bir hâdiseye müteallik kararından (yeni malik mesken ihtiyacı bulunmadan ihtar suretile akdi

---

Madde: 30 I — Bu kanunun tatbikta bulunduğu müddet içinde şehir, kasaba, iskele, liman ve istasyonlarda gayrimenkullerin (tarla, bağ, bahçe, bostan gibi müsakkaf olmayınlar hariç) kira bedelleri, bu kanunun tatbik mevkiine konmasına takdüm eden sene içindeki son kira mukavelenamesile muayyen olan kira bedellerinden hiç bir suretle fazla olamıyacağı gibi mukavele şartlarında kiracılar aleyhine değişiklik yapılamaz

II — a) Kiraları mukavelename ile muayyen olmıyan veya bu kanunun mer'yete girmesinden sonra kiraya verilmeğe başlanan veyahut kullanma tarzı tamamen değiştirilerek kiralanan gayrimenkullerin kira bedelleri, o mahal veya semtteki mümasilleri nazara alınarak 1939 takvim senesinin rayicine göre belediye encümenlerince takdir olunur.

b) Bu kanunun tatbik mevkiine konmasından sonra inşa edilen veya asli heyeti tevsi veya tebdil edilmek suretile esaslı olarak tadil edilmiş olan gayrimenkullerde bina vergisi kanuna göre tahakkuk eden gayri safi iratlar kira olarak kabul edilir ve mukavale şartları emsali nazara alınarak mahallî örfe göre belediye encümenlerince tâyin olunur.

160

feshedemez. Ve tahliye davası açamaz) denilmektedir. (3 üncü hukuk daresinin 3/12/1943 T. ve 14075 sayılı kararı)

Mucirelerin ihbar suretile akdi feshedememeleri için maddenin sarih hükümlerine göre aşağıdaki unsurların mevcudiyeti lâzımdır

(A) Mecur gayrimenkulün millî korunma K. nun 30 uncu maddesi hükmünün tatbik edilebileceği şehir, kasaba, iskele, liman ve istasyon dahilinde bulunması lâzımdır. Köylerde ve kırlarda bulunan gayrimenkullerin sahipleri ihbar suretile eskisi gibi akdi feshedebilirler.

(B) Kiracıların icar mukavelesinin kendilerine tahmil ettiği bütün vecibeleri ifa ve mukavele hükümlerine riayet etmeleri icabeder. Müstecirler mukavele hükümlerine riayet etmedikleri takdirde mucir umumi hükümler dairesinde ve merasimi kanuniyeye riayet şartiyle akdi her zaman feshedebilir.

III — Mobilya ile verilen gayrimenkullerin yukarıki fıkralara göre taayyün eden kira bedellerine, mobilyaların belediyelerce takdir edilecek kıymetinin yüzde yirmisi zammolunabilir. Şu kadar ki, bu suretle zammedilecek miktar kira bedelinin yüzde ellisini geçemez.

IV— a)kira mukavelelerinin bütün hükümlerine kiracılar tarafından riayet edildiği müddetçe bu kanunun mer'iyette kalmasından üç ay sonraya kadar kiracılar aleyhine tahliye dâvası mesmu değildir. Kira müddetinin hitamından en az onbeş gün evvel kiracı gayrimenkulü tahliye edeceğini kiralıyana yazı ile bildirdiği takdirde mukavele aynı şartlarla bir sene için uzatılmış sayılır.

b) kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse veya gayri menkulü kendisi için mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kalırsa mal sahibi kira mukavelenamesinin hitamında tahliye talebinde bulunabilir.

c)Mal sahibi kendisi için mesken olarak kullanmak üzere tahliye ettirdiği gayrimenkulü mücbir sebep olmaksızın bir sene müddetle başkasına kiralıyamaz.

V — Bu madde hükümlerine göre açılacak tahliye dâvaları sulh mahkemelerinde görülür.

VI — Kaloriferli binalarda kömür fiyatındaki değişikliklekin kira bedellerine inikâsı nisbeti halin icabına göre bir kararname ile tâyin olunur.

VII — Hükümet lüzum gördüğü yerlerde boşalan kiralık gayrimenkullerini belediyelere veya mahalle muhtarlarına bildirmeğe ve bunları murakabe tesisini temin ve icabında belediyelere ilân ettirmek için her mahallede muhtarlarca tutulacak defterlere kaydettirmeğe ve tâyin edilecek müddet içinde kiraya vermeye gayri menkul sahipleri mecbur tutabilir ve tâyin edilen müddet içinde tâlibi bulunduğu ve muhik bir sebep mevcut olmadığı halde kiraya verilmeyen kiralık gayrimenkullere el koyarak bunları kiraya verebilir.

Bu bent hükmünün tatbik şekli bir kararname ile tâyin olunur.

VIII — Bu madde hükümlerinin tatbik olunacağı yerleri hükümet tâyin ve ilân eder. Bu yerlerde 2490 numaralı kanunun bu maddeye muhalif hükümleki tatbik olunmaz.

161

(C) Müstecir icar müddetinin hitamından en az on beş gün evvel gayrimenkulü tahliye edeceğini mucire yazı ile bildirmemiş olmalıdır. Kiracı akdi feshedeceğini kiralıyana yazı ile bildirdiği halde gayrimenkulü tahliye etmezse mucir ihbar suretiyle ve hattâ Millî Korunma K. nun da ihtara lüzum gösterilmemesi hasebiyle hiç ihbar yapmadan tahliye dâvası açabilir. Ezcümle Temyiz 3 üncü hukuk dairesinin mevzu ile alâkalı 10/5/943 T. ve 6515/5623 sayılı kararında (4180 No. lu Millî Korunma K. nun 30 uncu maddesinde ihtarname keşidesine lüzum gösterilmediği halde ihtarname keşide edilmemesi sebebine istinaden dâvanın reddine karar verilmesi yolsuzdur.) mucip sebeplerine dayanılarak bu fikre iştirak edilmiştir. Keza aynı dairenin diğer bir kararında (mecurun kira müddetinin bitip bitmediği ve yeni malikin mesken ihtiyacı olup olmadığı tahkik olunarak neticesine göre karar verilmek lâzımgelirken Borçlar K. nun 262 inci maddesine tevfikan yapılan ihtardan sonra kanuni müddetin geçmediğinden bahisle tahliye dâvasının reddine karar verimesli yolsuzdur) deniliyor. (Temyiz 3 üncü hukuk dairesinin 26/10/943 T. ve 2230 sayılı kararı.)

(D) Mal sahibinin mecuru mesken olarak kullanmak mecburiyeti mevcut olmamalıdır. Sözü geçen 30 uncu maddede meskeni bulunmıyan ve mecuru mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kalan mal sahiplerine mukavele müddetinin hitamında tahliye dâvası açmak hakkı kabul edildiğinden mesken ihtiyacını ispat eden mucirlerin mukavele müddetinin nihayetinde dâva açmağa hakları vardır.

Tatbikat sahasında mal sahibi ne gibi hallerde meskene muhtaç addedilmelidir? Millî Korunma K. nun ismi geçen 30 uncu maddesinde bu suale cevap teşkil edecek açık bir kayıt bulunmamakla beraber kanunumuzun ruh ve gayesini nazarı teemmüle alan değerli hukukçularımız için buna cevap vermek güç bir mesele olmasa gerektir. Bu sorunun cevabını kıymetli adliyecilerimize terkederken yüksek mahkememizin bumevzua mütaallik yeni bazı kararlarını örnek olarak arkadaşlarımızın yüksek nazarlarına arzedelim:

Malî vaziyetinin bozulmuş olmasından dolayı oturmakta olduğu üst katı kiraya verip dâvalının ikamet etmekte olduğu alt katın tahliyesini dâva eden dâvacının Millî Korunma K.nun 30 uncu maddesinin sarahatı dairesinde mesken ihtiyacında olmadığı ve duruşma sırasında ileri sürdüğü boru tahribi, kapının kırılması ve karısına hakaret edilmesi ve bedeli icarların zamanında verilmemesi hakkında usulüne tevfikan ihbar yapılmadığı da anlaşılmakta iken dâva arzuhalinde dermeyan edilmiyen sebeplere istinaden tahliye kararı verilmesi yolsuzdur. (Temyiz Üçüncü Hukuk Dairesinin 12/11/943 T. ve 13217 No. lu kararı.)

Tahliyeye sebep ittihaz olunan süknaya zaruret vaziyetinin icar akdi zamanında mevcut olup olmadığı, yani müddeinin bu evde oturduğu esnada müddeaabih haneyi icara verip vermediği tahkik olunarak neticesine göre karar verilmesi icabederken yazılı şekilde tahliye kararı verilmesi kanuna uygun değildir. (3 üncü hukuk dairesinin 11/11/943 T. ve 12477 sayılı kararı)

Çocuğunu okutmak mecburiyeti tahliye dâvasının istimaı için haklı ve kanuni bir sebep teşkil eder. (Temyiz 3 üncü hukuk dairesinin 16/11/943 T. ve 12872 numaralı kararı)

Evin kiralandığı esnada mucirde veya karısında raporda beyan olunan hastalığın mevcut olup olmadığının, yani vaziyetin tebeddül edip etmediğinin tahkik ve tesbit olunmaması yolsuzdur. (3 üncü hukuk dairesinin 26/11/943 T. ve 13777 numaralı kararı.)

Madde: 263. İcar muayyen bir müddetle akdedilipte bu müddetin hitamında mucirin malûmatiyle ve muhalefeti olmaksızın mecrurun kullanılmasına devam olunduğu yahut mukavelede fesih hakkında gösterilen ihbarı iki taraftan hiç biri yapmadığı takdirde hilâfına mukavele yok ise akit gayri muayyen bir müddet için tecdit edilmiş sayılır.

Borçlar K. nun bu maddesinde muayyen müddetli icarlarda müddetin hitamında mucirin malûmatiyle ve muhalefeti olmaksızın mecurun müstecir tarafından kullanılması halinde akdin gayri muayyen bir müddet için tecdit edilmiş sayılacağı yazılı ise de ahiren neşrolunan millî korunma K. nun muaddel 30 uncu maddesi kanunumuzun bu maddesi hükmünü de takyit etmiş olduğundan bu kanunun tatbik edildiği mahallerde kira akdinin sükût ile gayri muayyen bir müddet için değil ancak, bir sene için tecedd üt etmiş addedilmesi lâzımgelir. Çünkü sözü geçen 30 uncu maddede (kira müddetinin bitmesinden en az on beş gün evvel kiracı gayrimenkulü tahliye edeceğini kiralıyana yazı ile bildirmediği takdirde mukavele aynı şartlarla bir sene için uzatılmış sayılır) denilmektedir. Kanunun bu maddesi mer'iyette bulunduğu müddetçe ve ancak mer'i bulunduğu yerlerdeki gayrimenkuller haklarında kabili tatbik olduğundan mezkûr madde borçlar K. nun 263 üncü maddesi hükmünü ilga etmemiş, ancak kanunun mer'iyette bulunduğu müddetçe madde hükümlerini takyit etmiştir. Millî korunma K. nun kabili tatbik bulunmadığı köylerde ve sair mahallerde 263 üncü maddenin tatbikına devam edilecektir.

Millî korunma K. nun bahsi geçen 30 uncu maddesi hükmü kira mukavelesinin bütün şartlarına kiracılar tarafından riayet edildiği müddetçe bu kanunun mer'iyetten kalkmasından üç ay sonraya kadar kiracılar aleyhine tahliye dâvası açılmasını men etmiştir. Kanunumzun vaz ettiği bu

hükmün ahkâmı âmireden olduğuna şüphe yoktur. Kanundaki bu memnuiyet hilâfına kira a dinin akitleri mukavele müddetinin hitamında kiracının gayrimenkulü tahliye etmesini birrıza tahriren kabul etseler mukaveledeki bu kayıt kanunen muteber olacak mıdır? Yani mucir mukavele hükümlerine istinaden müddeti hitamında müstecir aleyhine tahliye dâvası açarsa mahkeme mukavele mucibince tahliyeye karar verebilecek midir?

Millî korunma K. nunda bu hususta açık bir hüküm yoksa da sözü geçen 30 uncu maddenin (kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse veya mal sahibi gayrimenkulü kendisi için mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kalırsa kira mukavelenamesinin hitamında tahliye talebinde bulunabilir) mealindeki 3 üncü bendinin son fıkrası bu suale zımni ve müsbet bir cevap teşkil eder. Kiracıların mukavelenin bütün şartlarına riayet etmeleri halinde tahliye dâvalarının memnu olmıyacağının maddenin üçüncü bendinin ilk fıkrasında yazılı olması ve müddetin bitmesinden on beş gün evvel kiracının akdi feshettiğini kiralıyana yazı ile bildirdiği takdirde akdin teceddüt etmiyeceğinin ayni maddede musarrah bulunması dolayısiyle müstecirin mukaveledeki tahliyeye müteallik tahrirî taahhüdünün de kanunen muteber addedilmesi ve mahkemece bu gibi hallerde tahliye kararı verilmesî lâzımgelir. Zira müddet hitamından on beş gün evvel gayri m nkulü tahliye edeceğini tahriren bildiren müsteciri yazılı taahhüdü ile ilzam ve mecuru tahliyeye icabareden vazıı kanunun müstecirin bidayeti akitteki tahliyeye müteallik yazılı taahhüdünü muteber addetmesi için makul ve mantıki bir sebep yoktur. Ve tahliye taahhüdünün akitten evvel veya sonra yapılması kanun nazarında müsavidir. Müstecir mademki tahliyeyi yazı ile taahhüt etmiştir, kanunun sarih bir hükümle men ettirdiği bu taahhütle akıtten evvel de olsa mütahhdit bulunan kiracı ilzam edilmelidir. Mafevk mahkemenin aşağıdaki kararı da bu mealdedir [1]:

Müstecir müddetin hitamından en az on beş gün evvel tahliye edeceğini mucirine yazı ile bildirirse kiralıyanın müddetin hitamında mecurun tahliye etmek hakkını haiz olacağı millî korunma K. nun 30 uncu maddesi iktizasından olmasına ve müddeaaleyh ise konturatın hususi şartlar hanesinde bidayeti akitte mecuru müddet hitamında tahliye edeceğini yazı ile kabul ve taahhüt eylemesine ve bu taahhüt mezkûr 30 uncu madde hükmüne muvafık bulunmuş olmasına göre tahliye talebi varit iken bu şar-

[1] ADLİYE DERGİSİ'nin notu: YARGITAY Tevhidi içtihat genel kurulu 4/10/944 gün ve 15 20 esas ve 28 esas karar sayılı kararında bağıttaki müddetin hitamında mecurun tahliye edileceğine dair kira bağıtlarına konulan şart ve hükümlerin Millî korunma kanunu yürürlükte kaldığı müddetçe muteber olmadığına karar vermiştir. Okuyucularımızın dikkatine arzetmek isteriz.

tın borçlar K.nuna muhalif olduğundan bahsile dâvanın reddine karar verilmesi yolsuzdur. (3 üncü hukuk dairesinin 28/9/943 T. ve 1183 sayılı kararı)

Madde 264: Muayyen bir müddetle akdedilen gayrimenkul icarından mucibi akdin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebepler hudusunda iki taraftan her biri diğerine tam bir tazminat vermek ve kanuni mehillere riayet etmek şartiyle ve icar müddetinin hitamından evvel feshi ibbar edebilir.

İcar bir sene veya daha uzun bir müddet için aktedilmişse mucir veya müstecire verilecek tazminat altı aylık bedeli icardan az olamaz.

Müstecir kendisine tazminat verilmedikçe mecuru terke icbar olunamaz.

K. numuzun bu maddesi de millî korunma K. nun 30 uncu maddesi hükmiyle takyit edilmiş olduğundan halen millî korunma K. nun mer'i olduğu yerlerde ve bu kanunun mer'iyette bulunduğu müddetçe tatbik edilemiyecektir. Bu gibi mahallerde mucirlerin maddede yazılı sebeplere istinaden akdi feshetmeğe hakları yoktur. Yalnız millî korunma K. nun sözü geçen maddesi mecuru mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kalan mal sahiplerine müddet hitamında tahliye istemek hakkını kabul etmiş olduğundan kiralıyan mukavele müddetinin bittiğinde ihtarlı veya ihtarsız tahliye dâvası açabilir. Bundan maada hallerde mucirlerin ihbar suretile akdi fesh etmeleri imkânsızdır. Zikri geçen 30 uncu madde müstecirlere yazılı ihbar suretiyle tahliye hakkı kabul etmiş olduğundan madde hükümleri müstecirler haklarında kabili tatbik değildir. Bundan başka millî korunma kanununun tatbik edilmediği yerlerde mucirler de bu maddeye istinaden mühim sebepler hudusunda akdi ihtar suretile feshedebilirler. Mevzuubahs maddede (Mucibi akdin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebeplerden) bahsedilmektedir. Pek mühim olması icap eden bu sebeplere mucirin oturduğu evin yanarak kiraya verdiği ikinci evini mesken olarak kullanmak mecburiyeti hasıl olması, kiracının tahvili memuriyetle başka bir yere nakli hane etmesi gibi haller misal olarak gösterilebilir. İsviçre federal mahkemesi müştereken ticaret yapmak üzere bir yeri kiralıyan iki kişiden birinin vefatının berhayat kalan kiracı için akdin devamının tahammülsüz kılacağını kabul etmiştir. (Adliye vekâleti borçlar K. nun şerhi sahife 107, numara 15/45)

Buraya kadar verdiğimiz izahatla borçlar K. nun âdi icara müteallik hükümlerile millî korunma K. nun bu hükümlerle alâkadar 30 uncu maddesini sathi bir şekilde incelemiş olduk. Şimdi de bu hükümlerden mütevellit tahliye dâvalarının rüyeti sırasında gözönünde bulundurulması icabeden

165

vazife, salâhiyet ve usulü muhakeme gibi esaslı ve tatbikatta mühim mesaili hukukiyeyi kısaca gözden geçirelim.

Vazife:

Tahliye dâvalarında mahkemelerin vazifelerini katiyetle tâyin edebilmek için bu dâvaları üç kısma ayırmak lâzımgelir. [1]

1 — Fuzuli İşgalden Mütevellit Tahliye Dâvaları: Akde müstenit olmıyarak fuzulen işgal edilen gayrimenkullerin tahliyesine müteallik olan bu dâvalarda mahkemenin vazifesi H. U. M. K. nun 8 inci maddesi mucibince müddeaabihin kıymeti nazara alınarak tâyin edilir. Kıymeti(300) liradan aşağı olan dâvalar sulh hukuk mahkemelerinde ve değeri bu mikdarı aşan gayrimenkullerin tahliyesi hakkındaki dâvalar da asliye hukuk mahkemelerinde görülür.

2 — Kiralanan Gayri menkullerin Tahliyesine müteallik Dâvalar: Bu dâvaların hangi mahkemelerde rüyet edileceği tatbikatta öteden beri tereddütleri ve içtihat tebeddüllerini mucip olmuştur. Evvelce yüksek mahkememizin hukuk ve ticaret daireleri H. U. M. K. nun 2606 No. lu kanunla değişen 8 inci maddesi hükmüne istinaden ittihaz ettikleri muhtelif ve mübeyyin kararlar tevhidi içtihat heyeti umumiyesinin 22/12/943 T. li kararile tevhit ve vazife hakkındaki katî içtihat tesis edilmiş olduğundan bu husustaki tevhidi içtihat kararını ehemmiyetine binaen aynen yazıya alıyoruz.

Tevhidi İçtihat Kararı:

Kira müddeti bitmiş olsun olmasın kiracılar aleyhine ancak akdin şartlarını bozduklarından dolayı umumi hükümlere dayanılarak hira akdinin feshi için dâva açılabileceği ve bu hususta kira müddetinin bitmesi mevzuubahis olamıyacağı gibi kirada bulunan bir gayrimenkülü satın alan kimsenin dahi borçlar K. nun 254 üncü maddesi hükmünü ileri sürerek akdin feshini talebe salâhiyeti olmayıp asıl mucirler gibi kira müddetinin bitmesinde gayrimenkulü mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kaldıkları sebebiyle akdin feshini isteyebilecekleri ve bütün bu hallerde çıkan ihtilâfın halli için açılacak dâvaların hangi mahkemelerde görüleceğinin tâyininde yani vazife cihetinin hallinde bir senelik kira karşılığının miktarına bakılarak (300) lirayı geçmiyorsa sulh ve geçiyorsa asliye mahkemesinin vazifeli olduğu ilk müzakkerede üçte iki rey topluluğu olmadığından 22/12/943

[1] ADLİYE DEGİSİ'nin notu: 4648 sayılı kanunun 30.maddesi mucibince açılacak tahliye dâvaları sulh mahkemelerinde görülür (Milli K. K. değişik 30. Madde, bent. V. Bak: sahife 123 deki not)

166

T. deki toplantıda müzakkere nisabı hasıl olan mevcudun mutlak ekseriyetiyle kararlaştırıldı.

3 — Tüccari Gayrimenkullerin Tahliyesi Dâvaları: Bu dâvalarda da vazifenin H.U.M.K. nun 8 inci maddesinin ve tevihdi içtihat kararının vaz ettikleri esaslar dairesinde tâyini icabeder. Yani tahliyesi istenilen ve ticaret gâh olarak kullanmak üzere kiralanan gayrimenkulün bir senelik kira karşılığı (300) lirayı geçmiyorsa dâvanın vazifeli sulh hukuk mahkemesinde ve (300)ü aşıyorsa asliye ticaret mahkemesinde görülmesi lâzımdır. Gayrimenkulün malikinin tebeddülü müstecirin hukuki vaziyetini tebdil etmiyeceğinden malikin değişmesi halinde de vaziyet aynı olup dâvaya yine vazifedar ticaret mahkemesinde bakılması icabeder. Ez cümle Temyiz 4 üncü hukuk dairesinin mümasil bir iş hakkındaki kararında (müddeaaleyh mezkûr depoyu evvelki sahibinden hurda deposu olarak kullanmak üzere isticar etmiş ve bu suretle gayrimenkul isticarı cari muamelelerden madut bulunmuş ve mezkûr depoyu evvelki sahibinden satın alan müddeinin tahliye dâvası ticaret mahkemesinde görülmek muktazi bulunmuş iken vazife harici olarak dâvanın hukuk mahkemesinde görülmesi yolsuzdur) esbabı mucibesiyle fikrimizin mesnedini teşkil eden içtihat tesis edilmiştir. (4 üncü hukuk dairesinin 26/9/942 T. ve 3290/2311 NO. lu kararı)

Salâhiyet:

Tahliye dâvalarında salâhiyetli mahkemeyi tesbit edebilmek için bu dâvaları ikiye ayıracağız:

(A) Fuzuli İşgalden Mütevellit Dâvalar: İşbu dâvalarda salâhiyete müteallik olan H.U.M.K. nun umumi hükümleri tatbik edilemez. Zira mezkûr K. nun 13 üncü maddesinde (Gayrimenkule mütasllik dâvaların gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesinde ve dâva birden ziyade gayrimenkule ait ise gayrimenkullerden birinin kâin olduğu mahal mahkemesinde ikame olunacağı) yazılı olduğundan fuzuli işgalden mütevellit müdahalenin men'i vegayri menkulün tahliyesi hakkındaki dâvaların tahliyesi istenilen gayrimenkulun bulunduğu mahal mahkemesinde rüyeti lâzımdır.K.numuzun bu istisnai hükmü ancak, bahsi geçen meddenin ikinci fıkrasında yazılı gayrimenkulün aynına veya gayrimenkul üzerindeki bir hakka veya zilyedliğe veya kakkı hapse veya irtifak haklarına dair olan dâvalarda tetbik edilebilir. Bu hüküm intizamı âmme mülâhazasına istinaden kabul edilmiş olduğundan mahkemece resen nazara alınması lâzım gelir. Ezcümle temyiz mahkemesi 1 inci hukuk dairesinin 26/3/932 T. ve 624 NO. lu kararında (H.U.M.K. nun 13 üncü maddesi gayrimenkule müteallik dâvaların o gayri menkulün bulunduğu mahal mahkemesinde rü-

167

yetini âmir olup müddeiabih gayrimenkul mahkemenin dairei kazaiyesi haricinde bulunmasına ve mezkûr K. nun 23 üncü maddesi mucibince münhasıran tarafların arzusuna tâbi olmıyan mesailde hitamı muhakemeye kadar mahkemenin resen karar vereceği musarrah olmasına göre bu mevaddı kanuniyeye muhalif olarak rüyeti dâva yolsuzdur) mucip sdbeplerine dayanılarak mahallî mahkemesinin aksi mütalâaya müstenit hükmü nakzedilmiştir.

Apartmanlar akar olmadığından bunları mesken olarak kullanılmak üzere tahliyesi hakkındaki dâvaların usulen rüyet ve intacı lâzımgelrir. (3 üncü hukuk dairesinin 11/ 12/ 942 T. ve 9177 sayılı kararı)

Dâvacının dâvadan sonra işleyecek kiraları almış olması tahliye dâvasının istimaına mâni değildir. (Temyiz 3 üncü hukuk dairesinin 25/9/943 T. ve 11217 numaralı kararı)

Müştek gayrimenkulün hissedarlarından birisinin tahliye dâvası açmak hakkı olmayıp bütün hissedarların dâva açmaları lâzımgelir. (3 üncü hukuk dairesinin16/11/943 T. ve 12855 No. lu kararı)

Mucirin vefatıyle iştirak halinde mülkiyet şeklinde tasarruf olunan gayri menkulün tahliyesini mirasçılardan birinin istemeğe hakkı yoktur. (3 üncü hukuk dairesinin 19/11/943 T. ve 12874 sayılı kararı)

İcra müddeti zarfında mecur zaruri tamirata muhtaç bulunduğu takdirde boçlar K. nun 251 inci maddesi sarahati dairesinde hüküm verilmek icabederken tahliyeye karar verilmesi yolsuzudr. (11/11/ 943 T. ve 2538 NO. lu kararı 3 üncü hukuk dairesi)

Dâvacının mecur dükkânın üçte iki hisesini kiraya verdiğini ifade etmiş olmasına ve şayi hissenin icarı kanunen muteber bulunmamasına göre bu akde istinaden açılan tahliye dâvasının reddi lâzımgelir. (Temyiz ticaret dairesinin 15/12/938 T. ve 2639/2714 No. lu kararı)

Müstecirin mukavele hükümleri hilâfına mecuru kısmen başkasına icar etmesinden dolayı akdin feshi ve tahliye talep edebilmek için borçlar K. nun 256 ıncı maddesi mucibince ihtara rağmen temerrüdünün sübutuna vabeste olduğu düşünülmeksizin tahliyeye karar verilmesi kanuna muhaliftir. (3 üncü hukuk dairesinin 15/11/943 T. ve 12683 sayılı kararı)

Mecurun mükemmel olduğu mukavelede tasrih edilmiş olmasına göre bunun aksini ispat için şahit istimaına mesağı kanuni yoktur. (hukuk heyeti umumiyesinin 24/5/933 T. ve 137 sayılı kararı)

İcar akdinde kiracının vaktinden evvel vefatı kefilinin keraatini istilzam etmez. (Ticaret dairesinin 1/1/938 T. ve 37/279 sayılı kararı)

Kiracının vefatı tarihinden üç ay mürurundan sonra yani kanuni mehil zarfında fashi ihbar edilmiyerek aradan bir seneyi mütecaviz bir müddet geçtikten sonra bu yolda ihbar vukua gelmiş ve borçlar K .nun 262 inci maddesinin 1 inci fıkrasında yazılı müddet zarfında feshi ihbar olunmamasi 265 inci maddenin verdiği salâhiyetten feragat mânasını mutazamın bulunmuş iken mahkemece bu cihet nazara alınmıyarak yazılı olduğu üzere müstecirin vefatına binaen akdin feshine karar verilmesi yolsuzdur. (Temyiz ticaret dairesinin 1940 T. ve 39/2425 sayılı kararı)

(B) Tahliyei Mecur Dâvaları : Kiralanmış gayrimenkul tahliyesine müteallik dâvalarda gayrimenkulün aynı münazaalı olmadığından bu gibi dâvalarda salâhiyettar mahkemenin H.U.M K. nun salâhiyete müteallik umumi hükümleri dairesinde tâyini icabeder. H.U.M K. nun 13 üncü maddesi hükmü mecur tahliyesine mütedair dâvalarda tatbik edilemez. Nitekim temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesinin bir kararında (İcardan mütevellit dâvaların H U M K. nun 13 üncü maddesile alâkası olmadığından gayrimenkulün bulunduğu mahalde rüyeti yolsuzdur) denilmektedir. (20/6/931 T. ve 1714 No.lu karar) Keza 3 üncü hukuk dairesinin 18/11/943 T.ve 12577 No.lu kararında (kiralanmış gayrimenkul tahliyesi dâvaları gayrımenkulün aynına ve buna müteallik ayni haklara taallûk etmediği 30/6/938 T.li tevhidi içtihat kararı iktizasından olup usulün 13 üncü maddesi hükmünün bu dâvalarda tatbikına mesağı kanuni bulunmadığından dâvanın rüyeti müddeaaleyhin ikametgâhı mahkemesine aittir) deniliyor. Bu itibarla mecur tahliyesi dâvalarında salâhiyetli mahkemenin tâyini için H.U M.K. nun salâhiyete mütedair umumi hükümleri ve bilhassa 9 ve 10 uncu maddeleri gözönünde tutulmalıdır, yani kaideten her dâva ikame edildiği tarihte müddeaaleyhin ikametgâhı mahkemesinde rüyet edilebileceğinden bu gibi dâvaların müddeaaleyhin ikametgâhı mahkemesine açılması ve mukavelede sarahat olduğu takdirde mukavelenin icra olunacağı veyahut müddeaaleyh veya vekili dâva zamanında orada bulunmak şartiyle akdin vuku bulduğu mahal mahkemesine ikame edilmesi icabeder

Usulü Muhakeme H U.M.K. nun 507 inci maddesinde tahliyei mecur dâvalarında basit usulü muhakeme tatbik edileceği yazılı olduğundan bu gibi dâvaların mezkûr usulü muhakemeye tevfikan sür'atle rüyet ve intacı icabederse de ahiren mer'iyete giren millî korunma K. nun muaddel 30 uncu maddesi esas itibarile tahliye dâvalarının istimaını menederek bu dâvaların müstecirin akdi fesh ettiğini müddet hitamından en az on beş gün evvel yazı ile mucire bildirmesi veya mucirin mecuru mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kalması gibi istisnai hallerde istimaını tecviz etmiş ve 30 uncu maddenin umumiyetle temdit ettiği kira akitlerinin feshi için açılan dâvalarda müstecirin akdi fesh edip etmediğinin ve mucirin mesken ihtiyacı bulunup bulunmadığının tesbit edilebilmesi için tarafların irae ede-

169

cekleri bilcümle delillerin tetkik ve istimaı ve esaslı incelemeler icras muktazi bulunmuş olduğundan hâkimin vazıı K. nun arzusu veçhile dâvay mümkün mertebe süratle rüyet etmekle beraber basit usulü muhakeme ka idelerini tatbik etmemesi ve lüzumu derecesinde işe ehemmiyet vererel iki tarafın delillerini tetkik ettikten sonra tahakkuk edecek vaziyette ve edineceği vicdani kanaata göre dâvayı intaç etmesi icap etmektedir. Ez cümle bu içtihadı tesis eden temyiz mahkemesi 3 üncü hukuk dairesinin 8/10/943 T. ve 11739 sayılı kararında aynen (her ne kadar icar müddetinin hitam bulması hasebiyle sulh mahkemelerine açılan dâvaların basit usulü muhakemeye tâbi olduğu H.U.M.K. nun 507 inci maddesinde yazılı isede millî korunma K nun 30 uncu maddesi sarih hükmüne göre icar müddetleri bu kanunun meriyetten kalkmasından üç ay sonraya kadar uzatılmış ve ancak mucirin süknaya ihtiyacı dolayısile aralarındaki mukavele müddetinin hitamında mucire fesih ve tahliye hakkı verilmiş ve bu kabil feshi akde müncer ve uzun uzadıya tetkikat icrasına tâbi bulunan dâvaların basit usulü muhakeme ile halline kanunen cevaz bulunmamış olduğu halde dâvanın basit usulü muhakemeye tâbi tutularak karara raptı yolsuzdur) esbabı mucibesi ileri sürülmektedir.

Verdiğimiz izahatla borçlar ve millî kornunma kanunlarının mevzuumuzu alâkadar eden hükümlerini umumi bir şekilde gözden geçirdik. Şimdi de icar akdine müteallik bazı yeni ve mühim temyiz içtihatlarını meslektaşlarımızın nazarı istifadelerine arzederek tetkikı tamamlıyalım.

Mecurun 1939 senesindeki kirası hiç bir suretle arttırılamıyacağından mecur müstecir tarafından başkasına kiraya verildiği takdirde (162) lira şartı cezai ödeneceğine dair olan kira mukavelesi millî korunma K. nun 30 uncu maddesine muhalif ve batıldır. (Tamyiz 3 üncü hukuk dairesinin 2/10/943 T. ve 11212 sayılı kararı).

Müstecirin müddet hitamında mecuru tahliye etmezse yevmiye iki lira şartı cezai ödeyeceğine müteallik taahhüdü millî korunma K. nun 30 uncu maddesi hükmüne muhalif ve batıldır. (Temyiz 3 üncü hukuk dairesinin 17/11/943 T. ve 12230 No. lu kararı)

NOT: Yazı hazırlanırken Fuat Hulûsi ve Sabri Şakirin borçlar K. nu şerhile Yüksek Adliye Bakanlığının borçlar K. nu şerh ve nazariyeleri eserlerinden istifade edildiği gibi yazıda bahsi geçen Yargıtay içtihatları muhtelif tarihlerde Bakanlıkça neşrolunan yargıtay kararlarından ve yargıtay 3 üncü hukuk dairesi Baş kâtibi Recep Köprülü'nün neşrettiği yargıtay içtihatları kitabından alınmıştır.

Suçlu lehine konulmuş hukuki kaideler ve bunlara muhalefet edilmesi hali

Yazan:
Ziya DİRİL
Burdur C. Savcı Muavini

Her hangi bir suçtan dolayı zannaltına alınmış bir kimse hakkında yapılan hazırlık ve ilk tahkikatında toplanan delillerin sıhhatini takdir etmek mahkemeye ait bir hak ve salâhiyettir. Şu halde kâfi deliller bulunduğundan dolayı gerek iddianame ve gerekse sorgu hâkimi kararnamesiyle hakkında son tahkikat açılmış olan bir suçlunun daima ve daima masum olması ihtimalini düşünmek ceza hukukunda asıl olan bir prensip bir kaidedir.

Ceza sahasında delillerin olduğu kadar suçlunun müdafaasının da büyük bir önemi vardır. Bu sebeptendir ki suçluya kendisini müdafaa etmek için geniş imkânlar bahşetmiştir. Bu ve buna mümasil birçok mülâhazalarla vazıı kanun zan altında bulunan kimselerin masum olması ihtimalini düşünerek bunlar lehine—masumiyetlerini ispat etmek için—birçok hukuki kaideler vaz eylemiştir. Bu kaidelerin tatbikı mecburi olup bunlara riayet edilmemesi suretiyle verilecek kararlar kanuna muhaliftir. Ceza Muhakemeleri usulü kanununun 307 inci maddesi mucibince hukuki bir kaidenin tatbik edilmemesi kanuna muhalif bir hal teşkil eder.

Suçlular lehine konulmuş olan bu kaidelere riayetsizlik suretiyle bir suçlu hakkını masumiyetini ispattan mahrum edilirse—ekseri hallerde—birçok adli hataların vukuuna sebebiyet verilmiş olacaktır.

Ancak beraetle neticelenen bir dâvada zan altında bulunan bir şahsın mahkûm edilmesi ihtimali kalkmış bulunduğundan bu duruşma esnasında bu şahsı hukuki kaidelerden istifade ettirilmemesinde bir mahzur kalmamışdemektir. Bu hukuki kaideler gerçi suçlu lehine konulmuşsa da beraet hükmü evleviyetle suçlu lehine olduğundan artık bu kaidelerin tatbik edilmemesi bir mazarrat tevlit etmez.

Bir ceza dâvasında delil yokluğundan veyahut suçlunun masum olduğu kanaatine varılmış olmasından dolayı beraetine dair verilecek kararın, sırf suçlu lehine konulmuş olan hukuki kaidelere muhalefetten ötürü, temyiz edilmesi vazıı kanun tarafından doğru görülmemiştir. Bunu kabul etmek masum bulunduğu anlaşılan bir vatandaşı bile bile iz'aç etmek, mahkeme kapılarında süründürmek demektir ki bu hal nesafet mefhumu ile kabili te-

171

lif değildir. İşte bundan dolayıdır ki Ceza muhakemeleri usulü kanununda bu mahzuru bertaraf etmek için bir hüküm konulmuştur. Sözü geçen kanunun 309 uncu maddesi şöyle der: (Maznunun lehine olan hukuki kaidelere muhalefet maznunun aleyhine hükmün bozulması için C. M. U. liğine bir hak vermez).

Eğer müddeiumumi verilen beraet kararının yerinde olmadığına ve suçlunun mahkûm edilmesi lâzım geldiğine kanaat hâsıl ederse bu takdirde delillerin ve suç unsurlarının yanlış tahlil ve takdir edilmiş veya tahkikatın noksan bırakılmış olmasından ötürü temyiz cihetine gidebilir. Yoksa beraet kararının isnat ettiği mucip sebepler ve mülâhazalara dokunmıyarak sırf maznun lehine konulan hukuki kaidelere muhalefetten dolayı bu beraet kararını temyiz etmesi dâvanın beyhude yere sürüncemede kalmasına sebebiyet vermiş olur.

Hukuki kaideler: hukuki her hangi bir duruma daha doğrusu hukuki bir duruma tesiredebilen kaidelerdir Ceza hukukunda ve medeni hukukta hukuki kaideler mevcut olduğu gibi usulde dahi hukuki kaideler mevcuttur. Burada mevzuubahsedilen kaideler suçlunun hukuki durumu ile alâkalı usuli kaidelerdir. Ceza muhakemeleri usulü kanununun 378 ve 379 uncu maddesindeki kaideler hiç bir vakit suçlunun hukuki durumla alâkadar olmadığından hukuki bir kaide olamaz. Bunlar hukuki kaideler değil inzibati kaidelerdir.

Ceza muhakemeleri usulü kanunundaki suçlu lehine konulmuş hukuki kaidelerden bazıları şunlardır.

Mahkemeye gelmemiş olan maznun hakkında duruşmanın açılmaması (madde 223). 225 inci maddede dahi hangi hallerde maznun gelmese bile duruşmanın yapılabileceği yazılırdır. Ancak buhalde, maznuna gönderilecek celpnamede kendisi gelmese dahi duruşmanın yapılabileceğini yazılması 242 inci maddedeki sübut sebeplerine ait evrakın suçlulara okunması, 250 inci maddedeki hal; son sözün maznuna ait olduğuna dair 251 inci maddedeki hal 258 ve 259 uncu maddedeki kaideler, 271, 272, 308 inci maddesinin 8 inci bendindeki kaideler, nakızdan sonraakza uyulup uyulmamasısının suçludan sorulması, nakzın şümulünü tecavüz etmemek, şahitlerin şahadetine karşı diyeceği suçludan sorulması, suçlunun müdafaa hakkı birer hukuki kaide teşkil eder.

Askerî C. M. U. K. nun 4 üncü maddesindeki hüküm suçlu lehine bir kaide teşkil eder. Ve binaenaleyh bir seneden aşağı cazayı müstelzim bir suç işleyip askere alınmış olan bir suçlu hakkında açılmış bir dâvaya bakıldıktan «ve delillerin yokluğu veya fiilin mahiyeti itibariyle suç mevzuu olmamasından dolayı beraetine karar verildikten sonra sırf 4 üncü madde-

deki hükme muhalefatten dolayı bu beraet hükmünün temyiz edilmesi masum olduğu anlaşılmış bulunan bu kimsenin beyhude yere rahatsız edilmesini muciptir.

Bunun gibi T. C. K. 53 üncü maddesindeki kaide suçlu lehine bir hukuki kaidedir. Ve binaenaleyh yaşı dolayısile hakkında takibat yapılmaması lâzımgelen bir küçük hakkında dâva açılıp duruşma yapıldıktan sonra bu küçük hakkında ceza verilmesine imkân kanuni olmadığına dair verilecek hüküm sırf bu 53 üncü maddeye muhalif olarak duruşma icra edilmiş olmasından dolayı temyiz edilmesi doğru değildir. Çünkü duruşma yapılmış ve bitmiş olduğundan bundan evvelki hale ircaa maddeten imkân yoktur. Bu sebepten dolayı bu kaideye muhallefeten dolayı kararın nakzedilmesinde bir fâide olmıyacağı için müddeiumumiliğe aleyhe gitmesi için bir hak vermez.

173

Mücbir sebep ve umulmaz haller

Yazan:

Dr. A. P. GÖZÜBÜYÜK

Hukukun her alanında hususi bir ehemmiyeti olan mücbir sebep ve umulmaz hallerin muayyen bir bakımdan incelenmesinde zaruret vardır. Bir yandan medeni hukuk, ticaret hukuku, borçlar hukuku diğer yandan âmme hukuku ezcümle idare hukuku. ceza hukuku, devletler hukuku; bakımlarından meselenin çok büyük bir önemi vardır. Bununla beraber mücbir sebep ve umulmaz halin bütün hukuk sahasına şâmil bir etüdünü bir iki makaleye sıkıştırmaya maddi imkân yoktur. Bu sebeple biz her şeyden önce umumi olarak mücbir sebep ve umulmaz halin hukuki mahiyetini tetkik ve başlıca vasıflarını ortaya koymak istiyoruz. Türk hukukunda bilhassa Türk medeni kanunu, borçlar kanunu ve ticaret kanununda aynı mefhum yerini tutan ve ıstılah kıtlığından doğan çeşitli tabirler kullanılmış ve ilmî ıstılahlarda ahenk, tecanüs bu suretle kaybolmuştur. [1]

Meseleyi modern doktirinlere göre tahlil etmek ve ilmî içtihatlara göre aydınlatmak faydalı olacaktır. Mücbir sebep (force majeure) ve umulmaz hal (Cas fortuit) mefhumlarından ne anlaşılmak lâzımgelir, bu tabirler aynı şeyi mi ifade etmektedirler? Yoksa hukuki bakımdan bir birinden farklı iki mefhum mudurlar? Hukuk edebiyatında bir çok bilginler bu iki tabiri anlamdaş olarak kullanmaktadırlar. Hususile Fransada ilmî ve kazai içtihatlar ezcümle Fransız temyiz mahkemesi mücbir sebep ve umulmaz hal arasında bir fark gözetmemektedir. [2]

---

[1] — Umulmaz hal mefhumu Türk medeni kanununun 676 ve 698. maddelerinde (her hangi bir suretle) tarzında, borçlar kanununda ise kazara (madde 102, 368, 383. 465) veya kazaen (Madde — 204, 382, 505) veyahut ta kaza (Madde — 300, 370 411) ve nihayet arıza (Madde — 274) kelimeleriyle; bir yerde de mücbir sebep) Madde — 452) tabirile ifade edilmiştir. Ticaret kanununda ise aynı mefhum ahvali fevkalâde (madde — 896. 897, 9 0) veya fevkalâde sebep (madde — 925) evvelce keşfi mümkün olmıyan bir sebep ıstırarı (madde — 724) tabirleriyle anlatılmıştır. Öte yandan mücbir sebep mefhumu da borçlar kanunumuza mücbir kuvvet (madde — 293) veya esbabı mücbire (madde—478, 481) ve nihayet mücbir sebep (madde—252) tabirleriyle anlatılmıştır.

[2] — A. Exner. La notion de force Majeure, Paris, 1892, P. 29

Planiol, Traité élèmentaire de droit civil, 9, ed. Paris, 1923, T. II. No. 230 Baudry — Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit civil, 3. édit Paris 1907, No. 445

Von Tuhr, Partie genérale du code fédéral des obligations. P. 519. Bak.

Bununla beraber bazı Fransız bilginleri mâniin menşei harici olduğu takdirde umulmaz hal ve mâniin mahiyeti önlenmez, karşı konulamaz olduğu takdirde mücbir sebep mefhumlarını kullanmaktadırlar. Çünkü bunlara göre bu iki mefhum bir birinden ayrıdırlar. Kusurdan doğmıyan, kusurdan ileri gelmiyen bütün hâdiselere umulmaz hal ve hattâ mücbir sebep adını veren kuvvetli temayülleri zikretmek lâzımdır. Müelliflerin çoğu tercihan umulmaz hal tâbirini kullanmakta ve bu mefhumu geniş bir muhtevada almaktadırlar. Alfred Martin'e göre umulmaz hal kusursuz bir haldir. Oser de aynı fikirdedir. Kusurun bulunmadığı bütün hallerde umulmaz halden bahsedilir. Saleilles'e göre kusurun sona erdiği yerde umulmaz hal başlar. Alman hukukçusu R. Schmidt'e göre kusurdan ileri gelmiyen bütün hâdiseler (événements non fautifs) birer umulmaz haldirler. Wächter ve Windsheid'e göre umulmaz halin mevcudiyetini kabul etmek kusurun varlığını inkâr etmektir. Yani umulmaz hal mevcuttur demek kusur yoktur demektir.

Esmein'e göre dayandıkları temel bakımından mücbir sebep ve umulmaz hal ancak kusurun zıddı bir mefhum olarak tarif edilebilir. [1]

Bir kısım müellifler mücbir sebep ve umulmaz hali iki ayrı katagori telâkki etmektedirler. Bu iki tâbirden birini diğerinin yerine kullanmak mümkün değildir. Mücbir sebep tesadüfe bağlı bazı hâdiselerin bir kısmını ifade eder. Bu arada kazaların mahdut bir kategoriside neticelerinin daha şiddetli olmalarile kususi bir mahiyet gösterirler.

Bu tefrikı yapanlar bir taraftan mücbir sebep hali (Cas de force majeure) veya mücbir sebepten doğan umulmaz hal (Cas fortuits de froce majeure), diğer yandan âdi umulmaz haller (Cas fortuits ordinaires) veya basit umulmaz haller tâbirlerini tasrih etmekte, bir birinden ayırmaktadırlar. Meselâ V. Tuhr mücbir sebep haline karşı olarak âdi umulmaz hal mefhumunu kullanmaktadır.

Şu suretle hukuk edebiyatında sözü geçen ıstılâhlar meselesi keskin ve açık bir istikrara kavuşamamışlardır. Bu istikrarsızlığı İsviçre, Alman hukukunda olduğu kadar Türk hukukunda da müşahade ediyoruz.

Mücbir sebep veya umulmaz hale mevzu olan hâdiseler nelerdir?

Bu hâdiselerin karakteristik vasıfları ve bunlardan doğan hukuki neticeler ve bu huststaki başlıca nazariyeler hakkında toplu bir fikir vermek istiyoruz. Mücbir sebepler başlıca üç vasfa maliktirler:

[1] 1 — Alfred Martın, Le code des obligations, Geneve, II, 1922. p. 138.
Saleilles, Etude sur la théorie générale de l' obligation, 3. édit, Paris, p. 333.
R. Secretan, Cours de droit des obligations, Lausanne, 1939, p. 73.

175

1 — Mücbir sebebin kaçınılmazlığı,

2 — „ „ önceden kestirilemezliği,

3 — „ „ kusurdan doğmamış olması.

Umulmaz hal veya mücbir sebep, büyük bilgin H. Capitant'na göre hiç bir kusur mevcut olmaksızın tesadüfe bağlı olarak husule gelen hâdiselerdir. Mücbir sebep veya umulmaz halin vukuunda insan iradesinin ya hiç bir rolü yoktur, veya çok mahdut bir rolü vardır.

Sözü geçen hâdiseler ya tabiat hâdiseleri veya insan fiilleri şeklinde ortaya çıkarlar. Şu halde mücbir sebepler veya umulmaz hallere mevzu olan hâdiselerin bir kısmı tabiî olarak husule gelen kaza mahiyetindeki hâdiselerdir, diğer bir kısmı ise insan fiillerinden ibarettir. Başka tâbirle tabiî veya harici hâdiseler bir taraftan, insan iradesinin fiili diğer taraftan bahse mevzu olmaktadır.

I — Tabiî hâdiselerin başında yıldırım gelir. Buna yer depremi, su basmasını, fırtınayı (kasırga, şiddetli bora), deniz kazası, bir adamın kaybolması, bir dağın kayması heyelân, sel ... bütün bunlar tesirlerini hissettiren tabiat kuvvetleridirler. Romalılar bu çeşit kuvvetlere (yüksekten gelen kuvvetler) diyorlardı. Şüphesiz tabiat kuvvetlerine bağlı ve bu kuvvetlerden doğan hâdiseler karşısında insana bağlı, insanın sebebiyet verdiği hâdiselerde vardır. Mücbir sebepler veya umulmaz hal mevzuunda tabiata bağlı hâdiseler kadar insana bağlı hâdiseleride, meydana getirdiği hukuki neticeler yönünden, göz önünde tutmak lâzımdır [1]

II — Yukarda sözü geçen insan fiilleri nelerdir. Tesiri doğrudan doğruya olan harp mücbir sebebin münakaşa edilmez bir nümunesidir. Harbin doğrudan doğruya olan neticeleri ezcümle :

a) Silâh altına çağrılma, İsviçre, Cenevre asliye hukuk mahkemesi 23/Nisan/1915 tarihli kararile silâh altına alınmayı mücbir sebep olarak kabul etmiştir.

b) Düşman istilâsı,

c) bombalanma, d) abloka, e) ihtilâl, ve aynı mahiyette olarak :

a) isyan, b) ayaklanma, c) korsanlık hareketleri, d) eşkiyalık, çapulculuk, e) yağmacılık, (İsviçre federal mahkemesi 15 Mayıs/1929 tarihli bir kararında yağmacılığı mücbir sebep olarak kabul etmiştir).

III — Mücbir sebep ve umulmaz hal bakımından bilhassa âmme hukukunun koyduğu bütün tahdidler incelenmelidir. Teşrii, idari, askerî, malî, iktisadi,.. bütün âmme hukuku muameleleri .

[1]—Ren é Demogue, Traité des obligations en général, Paris, 1931, t. III. no. 1090. Alfred Martın. sözü geçen eseri.

176

İsviçre Federal maknemesinin bir kararına göre (salâhiyetli makam tarafından bir binanın tamamen yıktırılması), A. T. F. 39, II. P. 285, ihracatın yasak edilmesi (A. T. F. 44, II. P. 70), ceza maddeleri ticaretini yapacak kimselerin ehliyet bakımından tahditlere tâbi kılınması (A. T. F. 47. II P. 200), kiracıları himayeye ait konulan hükümler meselâ bizde millî korunma kanununun 30 uncu maddesi gibi (fevkalâde zamanlar devam ettiği müddetçe müstecirler aleyhine tahliye dâvası mesmu değildir) tarzındaki hüküm gibi.

IV. Zuhura gelişlerinde kazanın veya tesadüfün az rol oynadığı silik hâdiseler de vardır. Bunlardan tabiata bağlı, tabiî hâdiseler mahiyetinde olanları ezcümle:

A—Hastalık, birdenbire bayılma, bora, fırtına, yağmur, don, soğuk, kar, çığı. Federal mahkemenin bir kararında çığı mücbir bir sebep olarak kabul edilmiştir. (A. T. F. 16. P 410), şiddetli hararet: bu hal St. Gothard tüneli açılırken vuku bulmuş ve keyfiyetin mücbir sebep teşkil edeceği bir çok müellifleri tarafından münakaşa edilmiştir. Kapalı bir kabın, hava gazı borularının, su borusunun patlaması, çatlaması, bir kayanın yuvarlanması (Federal mahkemece mücbir sebep olarak kabul edilmiştir. (A. T. F. 16. P. 333) şiddetli rüzgâr (Federal mahkemece mücbir sebep olarak içtihat edilmiştir. A. T. F. 23 P. 1115. 1897) yangın (ayni suretle federal mahkemece tasvip edilmiştir. A. T. F. 39. II. P. 285. 1913), fareler tarafından sebebiyet verilen zararlar, elektrik ceryanının tabiî bir sebeple kesilmesi (meselâ cereyanın kesilmesile çalışılmakta olan bir işin vakit ve zamanında betirilememiş olması gibi) ve buna benzer bir çok haller.

B—İnsan fiilleri mahiyetinde olanları: ezcümle bunlar arasında hususile hırsızlık zikre şayandır. Buna halen çok münakaşa edilen grevi ilâve etmek lâzımdır. Bir kısım Fransız müelliflerine göre, grev anî olarak, patronun haberi olmaksızın, vukua geldiği takdirde ve ancak bu şartla bir mücbir sebep veya umulmaz hal olarak kabul olunabilir. Şu hale göre grev istisnai olarak bir mücbir sebep teşkil edebilir.

Fransız içtihatları dört halde grevin mücbir sebep teşkil edeceğini kabul etmişlerdir.

1—Eğer grev umumi bir mahiyette ise,

2—Ani olarak husule gelmiş ise,

3—Eğer grev harici bir sebepten, mesleke müteallik olmıyan bir sebepten ileri gelmiş ise,

4—Eğer grev kaçınılmaz, karşı konulmaz ve önlenmez bir durumda ise grevin harici bir sebepten, mesleke müteallik olmıyan bir sebepten ileri

177

gelmesi demek, Ribert'e göre haricî sebebin müteşebbisin, iş sahibinin müessesesine, işletmesine tâbi olmaması demektir. Grev bahsinde işçi buhranı ve üçüncü şahısların fiillerini de hesaba katmak lâzımdır.

Şimdiye kadar mücbir sebep ve umulmaz hal mefhumlarını ve ne gibi hâdiselerin bu hususta bahse mevzu olabileceklerini ve bu yolda ileri sürülen bazı fikirleri hulâsa ettik. Şurası aşikârdır ki meselemiz yani mücbir sebebin hukuki mahiyeti bir çok bilginler tarafından inceden inceye tahlil ve münakaşa edilmiştir.

Mücbir sebep ve umulmaz hallerin hukuki mahiyeti hakkında ileri sürülen teorileri tahlil etmek konuyu daha iyi aydınlatacaktır. Bu hususta göze çarpan başlıca sistemler Sübjektif ve Objektif nazariyelerdir.

A — Sübjektif Nazariye

Modren hukukta mücbir sebepler ve umulmaz haller hakkında sübjektif nazariyenin kurucusu büyük alman bilgini Heidelberg ve Berlin Üniversiteleri profesörlerinden L. Goldschmidt dir. Profesörün fikirleri alman ilim aleminde büyük bir tesire malik olmuştur. Almanyada gerek doktrin ve gerekse içtihatlar profösürün ileri sürdügü prensipleri hemen hemen kabul etmişlerdir. Büyük hukukçunun koyduğu prensipler mücbir sebepler ve umulmaz haller mefhumlarının son gelişiminde büyük bir tesir yapmışlardır.

Hâlâ bu prensipler kısmen tadil edilmiş olarak gerek Almanya ve gerekse İsviçrede okutulmaktadır. Bununla beraber sübjektif nazariye İsviçrede hâkim bir teori değildir. Her ne kadar Rossel bu teorinin hâkim bir nazariye olduğu fikirinde bulunmuş ise de, V. Tuhr hakikatta sübjektif ve obejektif nazariyenin bir birile çarpıştığını belirtmiştir. Bununla beraber, sübjektif nazariyenin İsviçre mahkemeleri, hususiyle Federal mahkeme içtihatlarındakî akislerini inkâra imkân yoktur.

Prof. Goldschmidt, kusura dayanan umumi mesuliyeti hareket noktası olarak alıyor. Bu umumi mesuliyet ve onun yanında gemicilere (Bateliers), hancı -- otekilere (Aubergistes) ve ahır sahiplerine (Patron d' écureies) müteallik kaynağı Roma hukuku olan hususi bir hukuk (Droit spécial — Jus singulare)un mevcut olduğunu işaret ediyor. İşte subjektif nazariye ancak yukardaki şahıslara tatbik edilmek üzere tahdit ediliyor.

Sözü geçen hususi hukukun esaslı vasfalarından birisi, muayyen medeni hukuk mukavelelerine bir kanuni teminat şartını (Clause de garantie légale) koymuş olmasıdır.

Bu kanuni şartın gayesi, şart kılındığı medeni hukuk mukavelesinin mevzuunu muayyen bir ölçüde tadil etmek, yani eşyanın tamamiyetine ait ve bu eşyayı kabul eden kimseye terettüp edecek musuliyeti tadilden iba-

1780

rettir. Burada öteki mukavelelerden ayrı bir hususi mukavele bahse mevzu değildir. Ancak mesuliyetin tahfifi bahse mevzu olmaktadır.

Sübjektif nazeriyeye göre, gemiciler, hancı — otelciler, ve ahır sahipleri mesleklerini icradan dolayı kusur mevcut olmasa bile teslim edilen eşyanın çalınması veya zarara uğramasından mesuldurlar. Ancak bu mesuliyet yolcuların şahıslarına şâmil değildir.

1 — Burada önce, müstahdemlere ve yolculara isnat edilebilen zarar bahse mevzudur.

2 — Sonra, gemiciler hancılar, — otelciler ve ahır sahipleri, müstahdem ve yolcudan başka üçüncü şahıslara isnat olunabilen aynı mahiyetteki fiillerdende mesuldur. Fakat bu mesuliyet muhafaza borcunu (obligation de garde) aşmaz.

3 — Nihayet bir de, tabiî hadiselerin sebebiyet verdiği zararlardan doğan ve borçlulara terettüb eden bir mesuliyet vardır.

Sübjektif nazariyeye göre, bahse mevzu olan en mühim şey, teslim edilen şeylere ait muhafaza borcudur. Bu bir (Hususi ihtimam) borcudur. Sübjektif nazariye bakımından, müstahdem ve yolculara isnat olunabilen haller müstesna, bu mesuliyet mutlak bir mesuliyet değildir. Ancak ağırlaştırılmıştır. Hâkim her müşahhas hâdisede kanunun hükümlerine hâkim bulunan prensib gözönünde tutarak kendi selim aklına göre, serbestçe takdir ederek, mesuliyetin şümulünü tâyin edecektir. *Borclunun hususi ihtimamına rağmen zarar husule gelmişse Mücbir sebep vardır ve borçlu mesul değildir.*

Goldachmidt Umulmazlık hali ile mücbir sebep arasında bir fark gözetmek, te birinci halde borçluyu mesul tutmakta, ikinci halde ise mesul saymamaktadır. Birincisine (Dar anlamda umulmazlık hali) ikincisine ise (Mücbir sebep) demektedir. Bu ayrım münhasıran sübjektif bir kritere, borçlunun yapmak mecburiyetinde bulunduğu ihtimama dayanmaktadır.

Bu ihtimam ve gayretin sınırını, her müşahhas hâdisede, hâkim serbestçe takdir edecektir. Fakat aranılacak ve tesbit edilecek olan bu sınır veya ölçü âdi ihtimamdan daha fazla olacak (ağırlaştırılmış mesuliyet) o surette ki borçlu, umumi olarak umulmaz hal sayılabilen hâdiselerden mesul sayılacaktır. Goldschmidt'e göre, dar mânadaki umulmaz hallerde bahse mevzu olan mesuliyette Mefruz bir kusur mevcuttur. (Faute fictive)Han ve telde veya gemide vukuu bulan âdi hırsızlık veya yangın halinde mutlâk bir mesuliyet yoktur. Ezcümle bir gemi sahilde karaya oturduğu zaman, yüklü eşyalar gemiyi kurtaran kimseler tarafından çalınırsa gemici bundan mesul olmıyacaktır.

Buna karşılık, eğer gemi bir zaruret olmaksızın tenha bir sahile yak-

laşmış veya haydutların bulunduğu bir yere demir atmış veyahut gemisini himaye için gerekli tedbirleri almamış ise mesuldur. Çünkü, burada gemiciye isnadı mümkün bir kusur vardır çünkü, gereken Hususi ihtimamı göstermemiştir.

Sübjektif teoriye göre, borçlu hususi bir ihtimam gösterirse ve gösterdiği takdirde ancak kusursuzdır, kendine bir kusur isnadına imkân yoktur İşte bu istisnai, olaganüstü ihtimam sona erdiği anda Mücbir sebep hali başlar; mücbir sebep böylece daima kusurun (Faute) bulunmadığı bir haldir. Hususi ihtimam ve Mücbir sebep bir birine bağlı ve birinin halli diğerinin halline yarayan iki meseledir. Mücbir sebep ve kusur aynı zamanda mevcut olamazlar. Şuhalde, mücbir sebep mevcutsa borçlunun kusuru mevcut değildir. Maddi yönden, hâkim borçlu ile hasar hâdisesi arasındaki münasebeti yani borçlunun bu hâdise karşısında takındığı hareket tarzını inceliyecektir.

Sübjektif teori bu yönden, tam anlamile, bir nisbi nazariye (Théorie relative) dır Aynı zamanda menfi bir teori (Théorie nègative) dir. Çünkü bu teori bize mücbir sebebi tanımak için hiç bir müsbet kriter, kıstas vermemektedir.

III

Şu suretle Sübjektif teoriye yapılan tenkitlere dokunmuş oluyoruz. Bir halin mücbir sebep veya umulmazlık teşkil edip etmediğini her hâdisede ve kanunun her hükmü bakımından inceliyerek anlaşılabilecektir. O halde, umumi ve değişmez bir Mücbir sebep mefhumu yoktur.

Sübjektif teoride, evvelce izah edildiği üzere, basit umulmazlık hali (borçlu mesul sayılıyor) ile Mücbir sebep arasında fark gözetilmektedir. Bu nazariye bakımından basit veya âdi umulmazlık halleri çok dar bir sahaya münhasır kalmaktadır

Sübjektif nazariyenin ileri sürdüğü mesuliyet, bazılarına göre, teorik yönden çok az bir farkla, kusura dayanan mesuliyetin aynıdır. Nazariyenin dayandığı Hususi mesuliyet, pratik yönden, Kusura dayanan âdi mesuliyet'e benzetilmektedir. Şuhalde, hususi mesuliyet açık ve kesin olmıyan bir mefhumdur ve her türlü şartlar içinde müphemlik ve kesinsizlik hüküm sürecektir.

Öte yandan, Goldschmidt bir halin mücbir sebep teşkil edip etmiyeceğini hâkimin kâfi takdirine bırakmıştır, çünkü müsbet bir şekilde takdir için müsbet unsur ve esaslar vermemiştir. Sözü geçen İhtimam mefhumu pek müphem bir kalıba sokulmuştur. Herkesçe tanınmış iyi bir aile babasının göstereceği ihtimam mefhumu yerine hususi, olaganüstü ihtimam

180

mefhumunun konulmuş olması ilmî bir tâbirde aranılan açıklık ve yakınlığı ortadan kaldırmış, olaganüstü ihtimamın ölçüsünü vermemek suretile müphem ve pratik olmıyan bir tâbire saplanmış kalmıştır. Bu haklı tenkitler nazariyenin müdafıleri tarafından çürütülmüş te değildir.

Sübjektif sistemde mesuliyeti mucip olan âdi umulmazlık (cas fortuit simple ou ordinaire) halile mesuliyeti kaldıran mücbir sebep hali (cas de forcemajeure) arasında hemen hemen fark gözetilmemektedir.

Prof. Goldschmidt, objektif bakımdan âdi veya tahdit edilmiş mesuliyetle ağırlaştırılmış veya olaganüstü mesuliyet arasında kesin bir sınır koyamamıştır. Pratik yönden ihtimama dayanan mesuliyet daha müsbet bir muhtevaya maliktir (La responsabilité de la diligentia).

İşte hulâsa olarak, Goldschmidt'in sübjektif teorisinin ana hatları ve dayandığı fikirler bundan ibarettir.

181

Olaylar

Öz Dille Anayasa

10 Ocak 1945 çarşmaba günü Büyük Millet Meclisi, başkan vekillerinden Re'fet Canıtez'in başkanlığında toplanarak Anayasa lâyihasını müstacellik kararile müzakere ve kabul etmiştir. Dilimizin arınması dâvasında, halk dili ile devlet dilinin birleştirilmesi ve birbirine yaklaştırılması alanında pek önemli bir hamle teşkil eden bu devrimin yüksek mânasını belirten kısa bir yazı DERGİ'nin ilk sahifesinde yer almıştır. Öz Türkçe kelimelerle yeniden yazılan Anayasanın metni ise. Bakanlıkca ayrıca bastırılarak ilgililere gönderilecektir. Burada bu önemli olaya ait bazı aydınlatıcı safhaları kısaca nakletmekle yetiniyoruz.

Büyük Millet Meclisi Anayasa komisyonunun verdiği raporda şu izahları buluyoruz:

«... Büyük Millet Meclisi ile beraber Türk tarihinde tam bir bağımsızlık ve gerçek bir millîleşme çağı açılmıştır. Meclisin, yirmi beş yıldan beri birbirini tamamlıyan kurtarıcı ve kurucu devrimleri arasında kültür hüriyetinin temellerini atmak bakımından, Türk harflerinin başlıca bir önemi vardır. Türk harfleri, ilim ve edebiyat dili ile halk dili arasındaki ikiliği ve memleketteki lehceler ayrılığını gideren «Türkçeleşme» adını verdiğimiz kaynaşma ve birleşme hareketine umulmadık bir hız vermiştir. On beş yıldan beri edebiyatta, gazetelerde, tercümelerde, ilk, orta ve yüksek okullarda Osmanlıca, yerini Türkçeye bırakıyor. Milyonların konuştuğu, yazıştığı ve anlaştığı millet dili alabildiğine genişliyor. Bu gelişme, yaşayan ekleri ve kökleri ile, tarihî kaynakları ile, Türkçemizin ileri yeni çağ dillerinden biri olmak için hiç bir kısırlığı olmadığını, bilâkis engin bir yaratış ve türetiş yeterliği olduğunu ispat etmiştir.

Bu ileri gidişin tabiî sonucu olarak Osmanlıca ile ilişiği kesilen Türk çocuklarının mekteplerde okudukları ilim ve fenlerin terimlerini türkçeleştirme ihtiyacı yıllardan beri Maarif Vekiliğinin, Türk Dil Kurumunun bütün u zamanlarımızı devamlı bir çalışma ve araştırma zorunda bırakmış ve bu suretle bugün ilk, orta okullar ile liseler ve bir kısım yüksek okullar derslerini yeni terimler ile öğrenmege başlamışlardır.

Bu gelişme hareketinde hukuk ve devlet dili bilhassa geride kalmıştır. Hukuk ve kanun terimlerini türkçeleştirecek olanlar, Anayasanın kılavuzluğunu beklemekte ne kadar haklı iseler, Büyük Meclis te hukuk ve kanun dilinin esaslarını koymak için, söz ve söz kurma araştırmalarının az

çok bir kararlık bulmasını beklemekte okakar haklı idi. Eski metinlerden, halk ağzından, lehçelerden iyi ve zengin yapıldıktan başka, Türkçeye ait yerli yabancı hemen bütün lügatler ya basılmış, ya toplanmıştır. Artık genel bir terimler kamusu yapabilmek imkânları, uzamanlarımızın elindedir. İşte bu imkânlardan faydalanılarak, 1942 başlarında iki ayrı heyet tarafından «Teşkilâtı esasiye kanunu» nu Türkçeleştirme tasarıları hazırlanmış ve B. Millet Meclisi üyeleri, Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay başkanı ve reisleri, İstanbul ve Ankara hukuk fakültesi profesörleriyle, ötedenberi dil işlerinde çalışan uzamanlarımıza dağıtılarak her iki tasarı üzerinde geniş bir soruşturma yapılmıştır. Dikkatle incelenen bu soruşturma sonuçlarına göre yazılan üçüncü tasarı, Parti gruplarınca da seçilen otuz kişilik komisyonda düzeltilip tamamlanarak, nihayet Parti gurubunnun da görüşme ve tartışmasından geçmiş ve son şeklini almıştır.

«Teşkilâtı esasiye Encümeni bu Türkçeleştirme işinde aşağıdaki esaslı noktaların sağlandığını görmüştür:

1 — "Teşkilâtı esasıye kanun»un mânasında, kavramında hiç bir değişiklik olmamış ve 104 üncü madde de bu maksadı temin edecek şekilde yazılmıştır.

2 — Türkçesi bulunan bütün terimler karşılanmıştır.

3 — Kavram açığı bırakılmamak için tam karşılığı bulunmıyan yabancı kelime veya şekillere dokunulmamış ise de, bunların birer kök olarak kalmalarına, tasriflerinin türkçeleştirilmesine ve aile halinde yabancı kelime gurupları kalmamasına mümkün olduğu kadar çalışılmıştır.

4 — Türkçeleşen ve halk dilince benimsenen kelime ve kalıplara ilişilmiyerek, Anayasanın herkesçe anlaşılırlığı ko unmuştur.

5 — Esas teşkilât kanununmuzun «Devletin şeklinin Cumhuriyet» olduğuna dair olan birinci maddesinde mâna, mefhum ve hattâ kelime itibariyle de hiç bir değişiklik yapılmamıştır..»

Teşkilâtı esasiye encümeni reisi Mümtaz Ökmen ise Anayasamız hakkında Meclis kürsüsünden şu demeçte bulunmuştur:

«Arkadaşlar, başta C. H. Partisinin Değişmez başkan vekili İzmir mebusu sayın Şükrü Saracoğlu ve B. M. M. sinin sayın reisi Abdülhalik Renda ve 226 arkadaşının Teşkilâtı esasiye kanunundaki terimlerin öz türkçe ile ifadesi hakkındaki teklifleri ve lâyihaları Reislik makamınca usulü veçhile teşkilâtı esasıye encümenine havale edildi. Encümen ilk iş olarak yapılan teklifin Teşkilâtı esasiyenin tadili için ilk şart olan usule, üçte bir âzanın teklif etmesi usulüue uygun olduğunu, yani 154 imzanın ki 223 imzadır bulunduğunu gördü ve teklifi Anayasaya uygun olarak inceledi, görüştü, lâyihanın aldığı en son şekli de Büyük Meclisin tasvibine arzetti.

187

Arkadaşlar, herşeyden önce haklı bir gurur ile şunu iddia edebiliriz ki bu memlekette, bu toprak üstünde hakiki devletleşmenin, hakiki millileşmenin olduğu gibi hakiki kültürün de temeli Büyük Meclisile beraber ve onun tarafından atılmıştır.. Büyük Meclis daha 1928 senesinde arap harfleri yerine lâtin aslından türk harflerini kabul ederken yalnız okur yazarlığın en geniş halk kütlelerine köylere, ihtiyarlara, çocuklara kadar yayılmasını temin değil, aynı zamanda ilim dili ile, kitap dili ile halk dili arasındaki ayrılığı, memleketin muhtelif bölgeleri arasındaki lehçeler farklarını kaldıran bir kültür hareketinin temelini atmıştır. Bu itibarla türk dilinin her sahada bütün mânasiyle gelişmesine yayılmasına arap harflerinin kaldırılıp latin harflerinin kabulüne sebep olmuştur. 15 seneyi geçen zamandanberi Devlet ve Millet elele vererek öz dilin resmî ve hususi dilde katî egemenliğini tesis etmesi için övünülecek, iftihar edilecek birleşmiş bir mesai yapmağa muvaffak oldu. Bu mesai neticesiledir ki, bugün öz Türkçe dilde Türkçe aşağı yukarı tamamile hâkim bir vaziyete gelmiştir. Fakat bunun yanında yazık ki kanun dili biraz geride kaldı. Mazbatamızda da izah ettik, bunun sebebi açıktır. Devlet adamları, kanun adamları, Devlet ve kanun dili konuşan insanlar kanunlardaki, bilhasse Teşkilâtı esasiye kanununundaki terim ve ıstılahlara bağlı kalmak mecburiyetinde idiler. Bu insanlar hukuk ve kanun dilinde yapacaları her hangi bir inkilap için, Ana yasanın kılağuzluğunu, rehberliğini beklemek zaruretinde idiler. Bu gelişme bugün öyle bir hale geldi ki artık Türk dili ilmim dili olarak, teknik dili olarak kendisinden aranılan vesıfların diger ileri dillerin şart ve vasıflarının hiçbirisinden mahrum değildir. Büyük Millet Meclisi bütün millî dâvadaır zamanında halleder. Bundan doyayı da geleneğinçe uyarak hal yoluna girmişir. Öz dilin, resmî ve kanun dili, olması için bütün mevzuaat kayıtsız egemen olması için olgun bir çağa geldiğini görmüştür.

Arkadaşlar, teşkilâtı esasiye encümeni teşkilâtı esasiye kanununun türkçeleştirilmesinde en çok dikkat ve itinasını bu kanunun ruhunda, mânasında mefhumunda en ufak bir değişikliğe, en basit bir anlaşmazlığa sebebiyet vermemek noktasına teksif etti. Bütün encümen âzasının imzasını taşıyan mazbata ile veşimdi bu kürsüden B. M. M. ne ve bütün millete temin edebiliriz ki teşkilâtı esasiyenin hiç bir maddesinde, hiç bir mefhumunda ve medlûlünde en ufak bir değişiklik yapmamıştır.»

Bundan sonra Anayasamızın ihtiva ettiği esasların yüksekliğine işaret eden hatip sözüne şu suretle devam etmiştir:

«Arkadaşlar, teşkilâtı esasiye kanununun türkçeleştirilmesi işi encümenimizce Anayasanın ihtiva ettiği mefhumların bir defa daha mütalâası imkânını verdi. Bu mütalâayı yaparken gördük ki, Türk milleti ve onun vekilleri teşkilâtı esasiye kanununun bu millete getirdiği, milletin kendi hayatından doğan, kendi hayatına uygun olan, muvaffak olmuş, müstevlilerin, gasıp-

184

ların ellerinden zorla geri alınmış olan prensiplerini yalnız bir itiyat ile değil, millî vicdan ve millî dimağın, müşterek işlemesi olan milli şuur ile seviyor.»

Anayasamızın yüce ilkelerini kısaca hatırlattıktan sonra hatip yapılan devrimin önemini belirten şu sözlerle demecineson vermiştir:

«Arkadaşlar, Anayasa kanununu türkçeleştirmekle B.M. Meclisi hiç şüphe yok ki kendi tarihinde emsali pek çok olan millî başarılardan birisini daha tamamlıyor. Gene hiç şüphe yok ki, Anayasa türkçesi ile Türk dili, demin de arzettiğim gibi bundan böyle kayıtsız, şartsız olarak resmî dilde, hususi dilde, kanun dilinde hâkimiyetini tamamile tesis etmiş bulunuyor. Alacağımız karar hayırlı olsun arkadaşlar.»

Alkışlarla karşılanan bu söylevden sonra kürsüye gelen Bingül milletvekili Tahsin Banguoğlu Anayasanın türkçeleştirilmesi kararının tarihî mânasını, türk dili tarihindeki mevkiini izahla demiştir ki:

«Sayın arkadaşlarım, bizim dilimiz bugün büyük avrupa dilleri diye anıdığımız dillerin pek çoğundan daha önce bir yazı dili olarak inkişaf etmiştir. Daha bin iki yüz şukadar yıl önce Gök türkçe güzel bir yazı dili olarak kendisini gösterdi. Biraz sonra Uygurca daha geniş ve daha olgun bir yazı dili olarak gelişmeğe baş adı

Anadoluda Selçukluların ilk devrinde Türkler türkçeyi yazı dili olarak kullanmadılar. Ancak Selçukluların son devirlerinde ve Anadolu beylikleri devrinde Türkçe yeniden bir yazı dili olarak gelişmeğe başladı. Fakat, bu uzun sürmedi. Millî bir Devlet olarak kurulmuş olan Osmanlı devleti biraz sonra teokratik bir imparatorluk haline geldi. Bunun sonuncu olarak da medrese bütün irfan hayatımızı kapladı. Medresede yetişen bütün türk münevverleri dinin dilini, yani arapcayı öğrenmeğe başladılar. Bu medrese yalnız arapçayı öğretti. Türkçeyi öğretmedi.

Bu yabancı dilile yetişen münevverler de onun kelimeleri ile kendilerine sun'î bir dil yapmağa başladılar. Türkçenin kanevesi üzerine arapçanın ve farscanın kelimeleri ve kaideleri ile bir nevi yazı dili icat ettiler. İşte osmanlıcanın aslı budur. Bu tarzda yazı yazmak o devir münevverlerinin züppeliği idi...

Asıl türkçeye ne olmuştu?. Asıl türkçeye bir şey olmamıştı. Halk kendi dilini konuşmuş, yalnız onun münevverleri yazılarında bu sun'î dili kullanmışlardır. Halk dili sürüp gitmiştir. Din yoluyle devlet ile ona bir takım yabancı kelimeler girmiştir. Fakat onun bünyesini bozacak derecede bu kelimeler artmamıştır. Bu, onun güzelliklerini giderecek şekle girmemiştir. Medreseden yazakkalan Türkler de kendi konuştukları gibi yazmağa devam etmişlerdir. Halk edebiyatımız buna tanıktı.»

Daha sonra Osmanlıca denen bu suni'yazı diline karşı ilk tepkinin Meşrutiyet devrinde görüldüğünü, fakat bunun yetmezliğine işaret eden hatip Cumhuriyet devrine geçerek sözlerine şu suretle devem etmiştir:

.789

«..Orta – çağın medresesinde ve Tanzimat'ın mektebinde bir dereceye kadar Arapça ve Farscayı sökmek melekesi edinilebiliyor, bu diller kullanılabiliyordu. Halk için halk hükümeti demek olan Cumhuriyet, halk dilini devlet dili yapmağı ilk ödevlerinde nsaydı. Büyük şeflerimiz dâvayı benimsediler. Dil işini bir Devlet işi yaptılar ve hiç tereddütsüz osmnlıcanın köklerini baltaladılar.

17 Yıl önce latin harflerini kabul ettik. Aynı sene içinde mekteplerimizden arapça ve farsca derslerini kaldırdık. Bu iki karar Osmanlıcanın idam kararları idi. Çünkü bunnlarsız Osmanlıca yazılamaz, okunamazdı.

Gerçekten böyle olmuştur, arkadaşlar. Bugün yeni nesillerin dininde Osmanlıcanın ancak ölüsü sürünüyor. Edebiyat dilimiz, yayım dilimiz iyiden iyiye türkçeleşmiştir. Osmanlıca ancak kanunlara bağlı olan resmî dilde dayanmaktadır. Şu kadar var ki bu dille artık yeni nesiller için hukuk tahsilde mümkün değildir."

Bundan onsra Ana yasanın türkçeleştirilmesinin önemine geçen demeççi sözlerini şu suretle sona erdirmiştir:

«Ana yasamızın türkçe yazılmış metni ile Türkiye B.M. Meclisi Osmanlıcayı son dayanağından da söküp çıkarmış olacaktır. bu tarihî kararla milletimizi beş asır konuştuğunu yezma, ve yazıları anlama nimetindenmahrum bırakan bu sun'î dil tarihe mal olacaktır. Bu sayede türk yazı dili de bu sapaktan kurtularak ana yatağına dönmüş olacaktır.

«Değerli arkadaşlarım, T. B. M. M. büyük şeflerinin işaretlerile çeyrek asırlık şanlı tarihinde başardığı büyük devrimlerden birini daha başarmaktadır. Bu kararla kanunu milletin dilile, millete ulaştırıyorsunuz. Davlet halka, halkı devlete yaklaştırıyorsunuz. Millî bütünlüğümüzün en sağlam temelini kurmuş oluyorsunuz. Hür türk diline fikir ve sanat alanının geniş ufuklarını açıyorsunuz. Yakın bir gelecekte bu dil dünyanın en ileri medeniyet dillerinden biri olacaktır. O zaman çocuklarımız bizi rahmetle anacaklardır..»

Daha sonra söz alan *Emin Arslan Tokat* (Denizli) Millî mücadelenin en önemli bir yönü olan İnönü zaferinin 24 üncü yıl dönümü gününde Ana yasanın kabulünün bir fali hayır olduğunu, *Besim Atalay* (Kütahya) yıllardan beri güttüğü bir dâvanın gerçekleşmesinden büyük mutluluk duyduğunu, dilimiz üzerinde gece sabahlara kadar çalışan Ebedî Şefimizin ruhunun şad olacağını, Türk dilinin zengin bir kültür dili olduğunu, *Feridun Fikri Düşünsel* (Bingöl) keza dilimizin imkânları çok geniş bulunduğunu, bundan böyle Meclise gelecek kanunların Anayasadaki terimlerle yazılması gerekini, *M. Berker* (İçel), Anayasanın dil bakımından halkın kolayca anlıycağı bir şekilde sadeleştirilmesinin önemini ifade etmişlerdir.

186

Mevzuat Arasında

Kanunlar Arasında

§ Tunceli vilâyetinin idaresi hakkındaki 2884 numaralı kanun hükümlerinin bir yıl daha uzatılmasına dair kanun meriyeti 4330 sayılı kanunun birinci maddesiyle31 aralık 1944 tarihine kadar uzatılmış Tunceli ili idaresi hakkındaki 2884 numaralı kanun hükümleri mezkûr tarihten itibaren bir yıl daha uzatılmıştır.

Bu kanun neşri tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. (Neşri tarihi 23 aralık 1944).

§ Askerî ceza kanununun 81 inci maddesinin tefsirine mahal olmadığı hakkında :

Bir askerî doktorun,birki şiyi tamamen ve diğer iki kişiyi de kısmen askerden kurtarmak için bunlardan hiç birinin bu muamelenin tatbikını istilzam eden bir hastalığı olmamasına rağmen temin ettiği menfaat mukabi-Aslinde ve her biri hakkında hilâfı hakikat rapor tanzim sabit ettiği görülerek kerî ceza kanununun 2862 sayılı kanunla tadil edilen 81. maddesinin 2. bendi mucibince üç sene hapis cezasına mahkûm edildiği, anlaşılmıştır.

Mahkûmluğa esas olan suçun yukarda beyan olunan unsurları tetkik ve tahlil edildiği takdirde hiyle kullanmak suretiyle vasıflandırılmış olan fiilin Ceza kanunu muvacehesinde sahtekârlık suçuna tekabül ettiği vazıhan görülür. Bu itibarla Askerî ceza kanununun 81. maddesinin şümulüne giren suçlardan bu unsurları haiz olanlar hakkında Askerî ve Mülkî Tekaüt kanununun 2071 sayılı kanunla değiştirilen 53. maddesinin tatbik edeceği ve zikri geçen 81. maddenin bu bakımdan tefsire muhtaç olmadığına karar verilmiştir. (Karar No.1442 neşri tarihi 29 Aralık 1944).

Tamimler Arasında

§ Yargıtay icra ve iflâs dairesine gönderilen dosyaların tamam olması:

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi reisliğinden alınan 18/12/944 tarihli yazıda; Tarafların temyiz talebi üzerine gönderilen dosyalarda takibin istinat ettiği vesikanın asıl veya tasdikli suretinin, temyiz edilen kararla bu kararın temyizen tetkikını istiyen şahsa tebliğini gösteren ilmühaberin, tetkikı lüzumlu diğer evrakın bulundurulmadığı, noksan evrakın ik-

187

mali için dosyanın iadesine zaruret hâsıl olduğu ve bu yüzden temyiz tetkikatının teehhüre uğradığı işar kılınmaktadır.

İcra mevzuatiyle ilgili işlerin ı üstaceliyeti bu yoldaki gecikmelere müsait olmadığından bu gibi işlere mütcallik evrakın noksansız olarak gönderilmesi ve İcra Yagıçlarının kendilerini vazifeli kılmak suretile kanunun verdiği murakabe hakkını tam bir itina ve hassasiyetle kullanmaları icabeder.

Binaenaleyh 21/1/935, 29/12/937 tarih ve 2, 20 sayılı umumi yazılarla da tebliğ edildiği üzere badema Yargıtay İcra ve İflâs dairesine gönder ilecek dosyalarda bilhassa temyiz edilen kararın, takibin dayandığı vesika asıl veya suretinin ve tetkik mercii kararının temyiz müsted'isine tebliğini natık ilmühaberin ve Yargıtayca tetkikı icabeden diğer evrakın mevcudiyetine dikkat edilmesi ve bu evrakın dosyalarda bulunmamasından dolayı müsebbipleri hakkında kanuni muameleye tevessül olunacaktır. (Hukuk İşleri U.M. 131 genel ve 109/25 özel, 23-12-944)

§ Askerlik ilgisi kesilmiş olanlar hakkında askerî mahkemelerce hükmedilmiş bulunan kısa hapis cezaları:

Askerî mahkemelerce hükmedilmiş bulunan kısa hapis cezalarının, cezalının ordudan terhis edilmiş olduğu takdirde nerede ve ne suretle infaz edileceği C. Savcılıklarından sorulmaktadır.

Askerî ceza kanununun 24 üncü maddesi, kısa hapis cezalarının nerede ve ne suretle infaz edileceğini göstermekte, yani bu cezanın infazını hususi şekle tâbi tutmaktadır. Bu suretle infazı mahsus şekle tâbi bulunan kısa hapis cezasının genel ceza evinde kanunun tarifi dairesinde infazına gerek bu ceza evlerinde tatbik edilen infaz sistemi itibarile gerekse C. Savcısının mevzuubahis cezayı hususi şekle tâbi tutarak infaz etmek hususunda vasıtalara malik bulunmaması itibarile imkân görülmemektedir.

Binaenaleyh, Askerî mahkemelerce hükmedilmiş olan kısa hapis cezasının, cezalının terhisi halinde dahi genel cezaevinde infaz edilemiyeceği ve bu cezaların askerî makamlarca infazı lâzımgelir. (Ceza işleri U. M. N. 2 Özel sayılıve 15/Ocak/1945)

§ Millî korunma kanununun değiştirilmesi dolayısile vazifesizlik kararile sulh mahkemelerine verilen dosyalardan yeniden harç alınmaması :

Millî Korunma Kanunu'nun tadili dolayısile vazifesizlik kararile sulh mahkemelerine tevdi olunan dâva dosyalarının takibinde bazı mahkemeler

188

ce alâkalılardan yeniden harç alınmakta olduğu yapılan şikâyetlerden öğrenilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 27 ve 193 üncü maddelerine göre mahkeme; vazifedar veya salâhiyettar olmadığından dolayı dâva arzuhalinin reddine karar verdiği takdirde arzuhali ve dâva dosyasının ait olduğu mahkemeye gönderir ve yeniden peşin harç alınmaz. Dâvacı, karar tarihinden itibaren on gün içinde diğer tarafa vazifeli ve salâhiyetli mahkemede tebligat yaptırmak mecburiyetindedir. Aksi takdirde dâva ikame edilmemiş addolunur.

Binaenaleyh dâvacı; müddeti içinde vazifeli mahkemeye, diğer tarafa tebligat yaptırmak için müracaat ettiği takdirde yeniden peşin harç alınmaz. (Hukuk işleri U.M. 4 genel 109/2 özel, 16-1-945)

§ Tebliğ evrakında mahkemelerce doldurulması gereken boş yerlerin tamamen doldurulması:

Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunlarile adli tebligatın posta idaresi vasıtasile yapılmasına dair kanunun tatbikı hakkındaki nizamname mucibince hazırlanmış olan tebliğ evrakındaki mahkemelerce doldurulması gereken boş yerlerin, tamamen doldurulmadığı bilhassa tebliğin mevzuu, mahkemece davet olunan şahsın hangi mahkeme veya dairede hangi gün ve saatte hazır bulunması lâzım geldiğinin, yazılmadığı yapılan şikâyetlerden anlaşılmaktadır.

Adli evrakın posta dairesi vasıtasile tebliğine dair 3560 sayılı kanun'un tatbikı hakkındaki nizamnamenin 49 uncu maddesi mucibince; hukuk ve ticaret mahkemelerile, Savcılık ve sorgu Yargıçlığı ve ceza mahkemelerile tetkik mercii ve icra daireleri memur ve kâtipleri, posta ve telgraf ve telefon idaresi vasıtasile tebliğ edilecek evrakı kanun, nizamname ve talimatnamede yazılı hükümlere uygun olarak hazırlamankla ve alâkalıların ödeyecekleri harç ile tarifesine tevfikan tevdie mecbur oldukları posta pullarını yapıştırmakla mükelleftirler. Davatiye, davetiyeli tebliğ zarfı ve tebliğ zarfından ibaret olan bu tebliğ evrakı; tebliği çıkaran makamın adiyle dosya numarasını, tarafların ve üçüncü şahısların ad, soyadı ve adreslerini, tebliğin mevuzuunu, muhakeme gün ve saatile ne sifatla duruşmada hazır bulunacağı kayıtlarını ihtiva etmektedir. Esasen bu örneklerin tatbik şekli 23/12/939 tarih ve 194/39 sayılı umumi yazile de tebliğ edilmiştir.

Tebliğ evrakının eksiksiz olarak tanzimine dikkat ve itina olunması ve bu hususta kusuru görülenler hakkında gerekli takibatın yapılması lü-

189

zumunun ilgili mercilere önemle tebliği temenni olunur. (Hukuk İşleri U. M. 5 genel 109/1 özel, 16/1945).

§ Adana asliye mahkemelerine gönderileceh evrak:

Adana asliye hukuk dairelerine müsavi nisbette evrak intikalinin temini ve mahkeme işlerine sürat ve intizam verilmesi maksadile Adana asliye hukuk argıçlarından her birinin ikişer ay müddetle nöbet tutarak gelecek her neviden bütün asliye hukuk işlerini mütesaviyen dairelere tevzi etmeleri usul ittihaz edilmiş ve keyfiyet Adana mahkemelerine tebliğ olunmuştur.

Bu itibarla diğer mahal mahkemelerinden Adana asliye hukuk mahkemelerine istinabe için veya aidiyeti hasebile gönderilecek evrakın da mahkeme numarası zikredilmeksizin (Adana asliye hukuk yarcıçlığına) adresile gönderilmesi icap etmektedir.(Zat işleri U.M. 130 genel, 15 özel, ve 30 Aralık 1944 tarihli)

§ Yangın talimatnamesi hükümleri dairesinde gerekli tedbirlerin alınması:

Son zamanda bazı adliye dairelerinde çıkan yangınlar yüzünden adli evrak ve kayıtların tamamile ziyaa uğradığı gürülmektedir.

Dairelerde çıkan yangınlarda resmî evrak ve eşyanın kurtarılamaması, yangına karşı lâzımgelen tedbirlerin vaktında alınmadığını göstermektedir.

Yangının tevlit ettiği malî hasardan başka bilhassa evrak ve adli kayıtların yanması ile şahıs ve âmme hukukunda husule gelen elîm neticeler nazara alınırsa, alâkalı memurların yangına karşı ihtiyat tedbirleri ittihaz etmek hususundaki vazifelerinin ehemmiyeti kendiliğinden meydana çıkmış olur.

Bu itibarla şahıs ve âmme hukukunun her suretle muhafazasile mükellef olan Savcılar tarafından, adliye binalarında yangın tehlikesine karşı yangın talimatnamesi hükümleri dairesinde gereken tedbir ve tertiplerin alınıp tatbik edilmesi ve bu hususta ihmal ve teseyyübü görülenler hakkında ciddiyetle takibatta bulunularak yangın çıkmasına meydan verilmemesi lüzumu ehemmiyetle tebliğ olunur. (Zatişleri U.M. 134 genel, 17 özel)

§ Türk ceza kanununun değişen 480, 482. maddeleri hakkında:

Ceza kanununun 480 ve 482 inci maddeleri, 18/12/944 gününde neş-

rolunan ve neşri gününden itibaren yürürlüğe giren 4683 sayılı kanunla değiştirilmiştir.

Değişen maddeler hükümlerine göre,neşir vasıtasile işlenen hakaret çürümleri için:

1 — 480 inci maddede yazılı halde altı aydan üç seneye kadar hapis ve 200 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası,

2 – 482 inci maddede yazılı halde üç aydan bir seneye kadar hapis ve 100 liradan 250 liraya kadar ağır para cezası kabul edilmiştir.

Böyle bir suçtan mahkûm olan varsa, sonradan çıkan ve ceza kanununun 2 inci maddesi mücibince lehde hükmü ihtiva eden mezkûr 4683 sayılı kanunla istifadeleri için ceza muhakemeleri usulü kanununun 402 inci maddesine tevfikan mahkemeden karar istenmesini, alınacak kararlardan Bakanlığın haberdar edilmesi gerekir. (genel özel)

§ Güneşin ve ayın doğuş ve batış zamanlarının Meteorolaji U. M. lüğünden değil, Kandilli rasathanesinden sorulması:

Yüksek Baş Bakanlıktan Devlet Meteoroloji İşleri Umum Müdürlüğü ifadesile alınan 14/12/ 944 tarihli ve 523/5811 sayılı yazıda, bazı mahal mahkemelerince güneşin ve ayın doğuş ve batış zamanları meteoroloji hâdiseleri gibi telâkki olunarak bu hususta Devlet Meteoroloji İşleri Umum Müdürlüğü merkez ve taşra teşkilâtından malûmat istenmekte olduğu,halbuki bu teşkilâtın vazifesi 3127 sayılı kanunla muayyen olup ay ve güneşin safahatına ait işler meteoroloji hâdiselerine dahil bulunmadığından bu kabil malûmatın doğrudan doğruya Kendilli Rasathanesinden istenmesi icap edeceği bildirilmiştir. (Ceza İş U.M. 129 genel, 31 özel 12 Ocak 1945)

191

Bibliyografya

KEMAL DEMİROĞLU: *Hukukta Tashihi Karar (Nazariyat, Tatbikat Ve Yargıtay İçtihatları) — (Türk Hukuk Kurumu Yayınlarından*, 1945, 105 sahife 175 kuruş.) Ankara kitapcıları ile İstanbulda Üniveriste kitap evinde satılmaktadır.

Son yıllardan olağan üstü şartların doğurduğu güç duruma; tâğıt bulma, bastırma işlerinin zorluklarına rağmen hukuk kütüphanemiz zenkinleşmekte devam etmektedir. Her ay kukukumuzun nazarî veya ameli bahislerini inceleyen, en az üç dört eser yayınlanmaktadır. Bu eserlerin bir kısmı ana kanunlarımız ile ilgili Yargıtay kararlarının bir derlemesinden ibarettir. Yüksek mahkememiz içtihatlarını mümkün olduğu kadar derli toplu bir halde hukukcularımızın istifade nazarlarına arzeden bu eserler, ana kanunlarımızın bir nevi içtihada dayanan şerhi mahiyetini taşıdığından rağbet görmektedir.

Yayınlanan eserlerin diğer bir kısmı, hukukumuzun muayyen bazı konulları üstünde etraflı ve sistemli bir inceleme mahiyetini arzetmektedir. Bu kabil eserlerde, incelenen kanunun dayandığı prensipler belirtilmekte, müelliflerin fikirlerinden faydalanmakta, tatbikatın verimleri, yani Yargıtayın içtihatları arz ve münakaşa edilmektedir.

Kalecik C. Savcısı ***Kemal Demiroğlu*** tarafından yazılan (***Hukukta Tashihi Karar***) adlı eser, bu son bölüme giren kitapların bütün niteliklerini (vasıflarını) taşımaktadır. Bundan başka kitabın bir takım kendisine has özellikleri var:

1 — Müellif, incelediği kanunun bütün teferruatına, en küçük meselelerine kadar nüfuz etmiş; kitabında bir monografinin başlıca niteliği olan tümlüğü (temamiyeti) sağlıyabilmiştir. Gerçekten, memleketimizde hukuk usulunde tashihi karar meselesi ile uzaktan, yakından ilgli yazılarla hukuk usulü muhakemeleri kanunun şerhlerinin bu konuya ait bahisleri dikkatle gözden geçirilmiştir.

2 — Kitapta incelenen konu ile usulü muhakemenin diğer ilgili bahisleri arasındaki yakın ve sıkı bağ belirtilmek sureretile; bir ana kanunun hakikette bütün parçaları arasında bir ahenk ve rabıta bulunması gereği açıkca ortaya konmuştur.

3 — Tashini karar müessesesinin tarihcesinden çıkarılan neticelerle desdeklenen düşünceler, üzerinde durulmağa layık bir önemdedir. Tarihî malzeme, ancak bazı prensiblere irca edildiği, zamanın şartlarile karşılaştırılarak yorumlandığı (tefsir edildiği) ve bugünkü mevzuat ile irtibatı te'sis edildiği takdirde bir değer taşır, alelâde vesikacılıkdan çıkar.

4 — Nihayet kitapta bazı tenkit ve münakaşa denemeleri var ki ileri-si için ümüt vericidir.

Kitapta gözümüze ilişen bazı aksaklara da ilişmlek isteriz. Bunlar daha ziyade tali mahiyettedir. Bir kere,bazı Yargıtaykararlarını tefsirinde çok serbest davranılmış gibidir. Verilen kararlardan çok muhtasar oldukları için müellifin çıkardığı neticeyi çıkarmakda insan güçlüğe uğrayor.

Son, kitapta dil biraz eskicedir. Pek alâ türkçe terimlerle karşılanması mümkün olan bir çok eski ve içi boş kilişelere sık sık raslayoruz. Sonra, kitapta eski tabiriyle tenkit, yani noktalama ya pek azdikkat edilmiştir. Nihayet, tashihi karar müessesesine benzer hükümler taşıyan İsviçre federal usulü muhakeme kanununa ait hükümlerin biraz daha yakından incelenmesi imkânı bulunarak ortaya atılan kanaatın daha eyi desteklenmesi uygun olurdu.

Eserin içindekilere gelince:

Kitap üç kısma ayrılmıştır. *Birinci kısımda* teshihi karar müesesesinin tarihçesi, bizde katettiği tekâmül safahaları gözden geçirilmiştir. Bu kısımda öğreniyoruz ki, Alman ve Fransız hukukunda tashihi karar müessesi mevcut değildir. Fakat, İsviçre fedaral hukuk usulü muhakeme kannunda Revision bahsinde bizdeki tashihi karar sebeblerine uygun hükümler vardır. Meşrutiyetten önceki devirde şer'î usulde ve bizde ilk muhakeme usulü kanunu olan 1278 tarihli usulü muhakemei ticaret nizamnamesinde, tashihi karar usulünün mevcut değildi, bu usul ilk defa 1296 tarihli hukuk usulü kanunu ile kabul edilmiştir.Bununla beraber kararların tashihi usulü Meşrutiyet devrinde 1327 tarihli usulü muhakemei hukukiye kanunu muvakkatine müzeyyel kanunun 29. maddesi ile kaldırılmıştır. Fakat iki yıl sonra aynı usule yine avdet edilmiştir. Cumhuriyet devrinde 21 nisan 1341 tarihli kanun ile sulh mahkemesi kararları hakkındaki Yargıtay ilâmları da tashihi karar yoluna tabi tutulmuştur. Lâkin yeni usul kanunumuz yeniden sulh işlerinde bu yolu kapamıştır.

İkinci kısımda tashihi kararın mahiyati, tarifi, ehemmiyeti; leh ve aleyhinde ileri sürülen fikirler; diğer kanunun yollarından farkları izah edilmiştir. Müellif tashihi karar hakkında verilen tarifleri eksik bularak şu tarifi teklif etmekdedir: ilk mahkemeler nihaî hükümleri üzerine sadır olan Yargıtay kararlarının kanunda yazılı şekil ve şartlar dairesinde Yargıtayın aynı dairesinde bir kere daha tetkik olunarak tebdil ve tağyir, ve islahından ibaret bir müracaat yoludur.Bu münasebetle müellif Yargıtayın bir hüküm mahkemesi olarak verdiği kararlar aleyhine tashihi karar yoluna gidilip gidilemiyeceği fikrini münakaşa etmektedir. Daha sonra tashihi karar yoluyle, lehinde olmak üzere şu fikirler kaydedilmiştir: a) Tashihi karar Yargıtayın hatalı kararlarının mümkün mertebe azalmasını temin eder. b) Tashihi karar yolunun mevcudiyeti neticesinde tevhidi içtihad

193

kurulunun işi azalır, c) İkinci bir derece mevcut olmayınca mahkeme derecesinden sayılmıyan teshihi karar yolunu açmak zaruridir. Maddî meselelerin sadece bir dereceli mahkemelere inhisar etmesiden doğan adalet teminatı azlığını, hiç olmassa bu yol ile telafi etmek mümkündür. Tashihi karar yolu aleyhindeki fikirlerin başlıcaları şunlardır: a) Bu yol, adaletden beklenen sür'atın teminine en büyük engeldir. b) Kötü niyetli taraflara hasımlarını usandırma imkânını verir. c) Yargıtayın işlerini çoğaltır. d) Hükümlerin derhal icrasile elde edilecek faydanın önününe geçer. e) Başka memeleketlerin çoğunda bulunmıyan gayri ilmî bir yoldur. Müellifin fikrince bu hususta usulü muhakemenin diğer müesseselerini karşılaştırarak tetkik edildikten sonra bir kanaata varmak icap eder. Müellifin kanaatına göre, kanunun bu günkü hekümleri tenkit edilecek derecede vüzuhsuz ve mahzurludur.

Üçüncü kısım - ki kitabın en mühim ve faydalı kısmıdır - bu günkü hukuk usulü muhakemeleri kanunda tashihi karar hükümlerinin Yargıtay kararları ve nazariyatın ışığı altında şuh ve izahına ayrılmıştır. Bu kısımda müellif şu meseleleri incelemiştir: Kimler tashihi karar isteyebilirler?, Hukuk dâvalarında C. Savcıları tashihi karar isteyebilirler mi? Tashihi karar yolunna müracaat şekli ve usulü, Yargıtay dairelerinde usul, tashihi kararda mürafaa var mıdır? Tashihi karara tâbii işler, tashih sebepleri, tashihi kararın neticeleri? Hükmün icrasına tesiri.

Yargtay üçüncü hukuk dairesi başkanı sayın ***Şemseddin Temizer***'in çok değerli bir ön sözü ile takdim edilen ve yayınlarıle hukuk kütüphanemize şimdiye kadar bir çok değerli eserler kazandıran ***Türk Hukuk Kurumu*** tarafında neşredilen bu değerli eseri okuyucularımıza salık veririz.

F. A.

TALAT ÜLGER — ***Medenî kanun karşısında Tapu sicili***, Ankara Kanaat matbaası 1944, 299 sahife, fiyatı 5 liradır.

Medenî kanunun gerçekleştirdiği devrimlerin en köklülerinden birini ayni haklar bahsinde, hususile gayrı menkul hukukunda görüyoruz. Yeni gayrı menkul hukukumuz, iktisadî münasebetletde, iş hayatında aleniyet ve emniyeti sağlayan, krediyi kolaylaştıran, gayrı menkulü adeta mütedavil bir sermaye haline koymağı mümkün kılan bir takım önemli kaideler koymuştur.

Fakat gayrı menkullere ait bütün hükümlerin temel taşı, hiç şüphesiz, yeni tapu sicili müessesesidir. Hemen ilâve edelim ki kanun, iyi anlaşılmış yasama tekniğine uygun olarak yalnız umumî esasları koymakla yetinmiş, müessesenin bütün düzenini Tapu Sicili Nizamnamesine bırakmıştır. 8/10/1930 tarihli nizamname esas itibarile 1910 tarihli İsviçre tapu sicili nizamnamesinden (Ordonnance sur le registre foncier) den iktibas edilmiştir. 12/4/-4491 ve 10/23/1935 tarihinde iki defa tadil edilmiştir. Bundan başka, made

nî kanunun kabulünden sonra yayınlanan bazı kanunlar bu konu üstünde pek önemli hükümler koymuşlardır. Nihayet yüksek Yargıtay içtihâtları, Tapu, Kadastro U Müdürlüğünün genel yazıları, nizamnamenin tatbikinde rastlanan bir çok güçlükleri bertaraf etmiş, intibak devresinin aksaksız ve başarı ile geçirilmesini sağlamıştır.

Bununla beraber, yürürlüğe girdiği tarihten beri 15 yıl geçmiş olmasına rağmen Tapu Sicili Nizamnamesi hakkında elimizde derli, toplu, bütün tereddütleri değilse bile en mühim tereddütleri kesin bir şekilde cevaplayan bir eserden mahrumduk. Bu itibarla, bu alanda emeği geçmiş bir uzmanın, Tapu kadastro U.M.lüğü Siciller müdürü ve Tapu—kadastro Okulu Aynî haklar ve Tapu sicili öğretmeni Talât Ülger'in uzun tecrübesinin, etraflı araştırmalarının mahsulu olduğu ilk bakışta anlaşılan — ese rini, tam zamanında gelen bir inceleme olarak sevinçle karşılamamak kabil değildir.

Çok açık bir dille ve bir şerh tarzında yazılmış bulunan eser, tapu sicili nizamnamesinin tatbikinde rastlanan güçlükleri faydalı izahlarile bertaraf etmekte, her maddede bol bol verilen misaller, eserin sonuna eklenen örnekler eserin kavranılmasını çok kolaylaştırmakdır.

Eserin muhtevasına gelince:

Başlangıçta Tapu kelimesinin dil bakımından türkçe olduğu,isbata çalışılması tapu sicili nizamnamesinin ana hatları hakkında gerekli izahlar verilmiştir.

Birinci fasılda sicillerin ne gibi şeylerden ibaret bulunduğu, bir gayrı menkulün tescil mıntakası nerede olduğu ve kütükte nasıl yer alacağ, ölçü işlerinin nasıl yapılacağı, müteaddit mıntakaları alâkadar eden arazinin hangi mıntakada tescil edileceği, nihayet su ve maden imtiyazlarının tescili şeklinden bahsedilmektedir.

İkinci fasılda tescil şartları incelenmiştir. Bu fasılda tapu idarelerine yapılan müracaat üzerine, müracaaten den kimsenin şahsı, ve gösterecegi kâgıtlar ve ilgili kayyıtlar üzerninde nasıl çalışılacağı tafsilâtıle gösterilmiştir.

Üçüncü fasılda tescilden, dördüncü fasılda ipotekli borç senetleri ve irat senetleri ve gayrimenkul karşılık gösterilerek çıkarılacak senetler meseleleri incelenmiştir.

Beşinci fasıl tadille, terkinler ve senetlerin iptaline ayrılmıştır. Altıncı fasıl, şerhlerden bahsetmektedir. Yedinci fasıl beyanlara, sekizinci fasıl gayri menkul rehin haklarına dair mülâhazata, dokuzuncu fasıl ise gayrimenkullerin taksimi, birleştirilmesi ve kayıtların nakline aittir. Onuncu fasıl tatbikatta önemi pek büyük olan tashihlere tahsis edilmiştir. Bundan sonra muvakkat maddelerin izahı başarı ile yapılmıştır.

195

Kitabın son kısmı SENETSİZ TASARRUFLAR bahsine ayrılmıştır. Müellifin haklı olarak işaret ettiği gibi Tapu sicili nizamname. i; bütün hükümlerini, gayrimenkul malların tapuya bağlı bulunmuş bulunması esası üzerine kurulmuştur. Tapuya bağlı olmayan gayrimenkuller hakkında hiç bir hükmü ihtiva etmemekte ve bu kabil malların tesbit ve tescil şekli hakkında tamamen sakit bulunmaktadır. Halbuki tapu idarelerine yapılan müracaatların mühim bir kısmı, mahkemeleri dolduran dâvaların pek çoğu senetsiz tasarruflara dayanmaktadır. Bu ciheti göz önünde bulundurarak müellif senetsiz tasarruf bahsi hakkında da, bilhassa eski hükümleri bilmiyenler için faydalı olan izahlarda bulunmuştur. Bu münasebetle senetsiz tasarrufun mahiyeti, hakkı karar ve senetsiz tasarrufat ve tashihi kayıt muamelâtının sureti icrasına dair kanun ile bu kanunun kanunu medeni ile ilga edilmiş olup olmadığının tefsirine mahal olmadığına dair B. M. M. kararı; Tapu kayıtlarının hukuki kıymetini kaybetmiş olanların tasfiyesine dair 1515 sayılı kanun ve bu kanunun tapu idarlereince tatbik sureti hakkınaki nizanneme; kitapta yer almış ve son kanunla nizamneme hakkında kısa fakat çok faydalı izahlar yapılmıştır.

Bu şerhin tapu sicilli bahsinde açık ve emin bir rehber olmak, itibarile menkul hukuku ile ilgili herkesi alâkadar edeceği şüphesizdir.

F. Arık

ORD. PROF. A. SAMİM GÖNENSOY — ***Medeni Kanuna Göre Küçüklerin Himayesi***. (Medeni kanunun XV. yıl dönümü için adlı armaganda).

Sayın profesör, makalelerinde kanunun himaye ettiği nail olan zaflerden KÜÇÜKLER'in nail olduğu himayeyi tetkik etmektedirler. Önce, yaş küçüklüğüne müstenit ehliyetsizliği tahdit etmek, küçüklerin tabii maduniyeti ile hukuk maduniyetlerini hemahenk kılmak için modern kanınlarda kabul edilen hükümleri gözden geçirmiştir. Daha sonra, umumiyetle küçüklerin himayesi hususunda nazariyat bakımından mevcut ve muhtelif mevzuata esas olan üç sistem üzerinde durmuştur. Birinci sistem, küçüklerin himayesini münhasıran vesayet müessesesiyle temin etmekte ve vesayeti de bir nevi vesayet talâkki etmektedir. İkinci sistemde velâyet ve velayet müesseseleri az çok vazıh surette birbirinden tefrik edilmiştir. Ekser modern kanunların (Alman, İsviçre, Türk, İtalyan, Arjantin kanunları) kabul ettiği bu sistemde, velâyet ve vesayet umumiyet itibarile birbirinden farklı hükümlere tâbidir. Üçüncü sistemde velâyet ile vesayet birbirinden tefrik edilmekle beraber bu iki müessesenin içtimaı kabul edilmiştir. Binaenaleyh küçüğün aynı zamanda velâyete (şahsı bakımından); ve vesayete (malları bakımından) tâbi olması mümkündür. Daha sonra, velâyet müessesesinin dayandığı ana fikrin tarih boyunca tekâmülünü inceliyen sayın profesör, madern telâkkilere göre velâyetin, babanın çocuklarına karşı tabiaten mü-

kellef oldukları vazifelerin ifasını temin için haiz olmaları lâzımgelen bazı hak ve vazifelerden ibaret olması itibarile, münhasıran çocuğun himayesini istihdaf eden bir müessese olduğunu, halbuki Romada uzun zaman patira potestasın sırf aile reisinin menfaalerini temine yarıyan bir mahiyet taşıdığını; medeni kanundan önce memlektimizde de velâyet müessesesinin tamamen tanzim edilmemiş olduğunu izah eylemiştir.

Bundan sonra, Medeni kanunumuza göre velâyetin tazammun ettiği hak ve vazifeleri (malî hükümleri bir tarafa bırakarak yalnız çocuğun şahsile ilgisi bakımından) açık ve sistemli bir şekilde tahlil eyliyen sayın müellif, icap eden yerlerde Alman ve Fransız kanunlarile mukayeseler yaparak mevzuun ihatasını kolaylaştırmış; cazibesini artırmıştır. Bu suretle terbiye ve tahsil, dinî terbiye, muhafaza, te'dip, bir müesseseye yerleştirme hakları gözden geçirilmiştir. Velâyet hakkının kullanılmasını murakabe için kanunun aldığı tedbirlere geçen Prof. bunları iki kısımda mutalâa etmiştir. Bunlar; çocuğun ana babadan alınarak bir aile veya müesseseye yerleştirilmesi yahut velâyetin nez'idir. Aile veya müesseseye yerleştirme tedbiri münasebetile umumi hıfzıssıhha kanununun 115. maddesini tenkit; bu hükümleri tatbikı için gerekli çocuk müesseselerinin tesisini temenin ve İsviçre medeni kanunun hazırlanması esnasında Fühllemann yapılan ve bu kanuna çocuk müesseseleri teşkilini derpiş eden teklifi kaydeylemiştir.

Velâyetin nez'i sebeplerini incelerken müellif, bu sebeplerin ana babanın kusuruna istinat etmesi şart olmadığını, çocuğun himayesi maksadile sevkedilmiş bulunduklarına bilhassa dikkati çekmektedir. Medeni kanunun insani çocuklar hakkındaki insanî hükümlerinin tatbikı için gerekli teşkilâtin yapılması zaruretine işaret ederek sayın profesör yazısına son vermektedir

F. A.

PROFESÖR DR. KEMALEDDİN BİRSEN — *Medeni Kanunun Lafzile Tatbikte Yargıcın Takdir Salâhiyeti Ve Hukuki Mesuliyetine Dair Düşünceler (Medeni Kanunun XV.yıl dönümü için adlı armağan eserden).*

Medeni kanunumuz, birinci maddesinde yargıcı, kanunun tatbikında bazan kanun vazıı mevkiine çıkarmakla ona vermek istediği ehemmiyeti göstermiş bulunuyor. Fakat, yargıç kanunu lâfzile tatbik ederken dahi pek büyük takdır salâhiyetine maliktir. Profesör yazısında bu salâhiyetin büyüklüğünü canlandırmıştır. Gerçekten yargıç öyle meseleler karşısında bulunur ki, hakikatte kanunu lafzile takbik etmekle beraber yine takdir salâhiyetini kullanmak mevkiindedir. Bu salâhiyetin kendini gösterdiği başlıca halleri hatırlatan profesör, önce obejektif hüsnüniyet prensibinden hareket ediyor. Mukavelelerin tefsirinde (yorumunda), zaman ve mekân icaplarına uydurulmasında, hatta bazan feshinde, haksız fiillerde failin kusur derecesini tâyinde, hakkın suiistimalinde pek büyük ehemmiyeti haiz olan

197

obejektif hüsnüniyet kaidesinin tatbikında yargıcın oynadığı rolün ehemmiyeti büyüktür.

Akitlerin teşekkül, yorum ve icrasında Yargıcın rolü büyüktür. Akitler iradelerinde kaideten serbest olmakla beraber, ihtilâf halinde olduklarında yargıcın takdir hakkı müdahale eder. Yargıç, akitlerce adeta kanun hükmünde olan mukavelelerin sıhhatı veya ademi sıhhatı hususunda bir karar verirken, kanunu lâfzile tatbik etmek zorunda kaldıkta, yine eksiriya takdir salâhiyetini kullanacak ve hkkkı böylelikle meydana koyacaktır. Aile hukukuna ait hükümlerin tatbikında da yarğıcın takdir salâhiyeti geniştir.

Yarğıca tanınan bu geniş takdir salâhiyetine mukabil, vazifesini gereği gibi ifa etmediği hallerde mesuliyeti de vardır. Bu mesuliyeti kanuni ve mânevi olmak üzere iki kısımdır. Profesörün kanaatına göre kanuni mesuliyet gayri kâfi ve eksriya tamamen neticesiz, mânevi mesuliyet ise hukuki müeyyideden âri, ahlâki bir durum arzeder. Böyle olmakla beraber ikincisi birinciye nazaran daha üstün ve adaletin tevziinde daha müessirdir. Bir devletin siyasi ve idari, iktisadi ve malî müesseselerinin gelim gelişmesi hak ve adalete inanç, hukuk ilminin inkişafı jaza kuvvetinin çek muntazam ve metodlu işlemesine bağlıdır. Mânevi mesuliyetini müdrik yarğıçlarımızın mevcudiyetile müftehir olmalı geleceğe daha büyük güvenle bakmalıyız.

PROF. DR. HÜSEYİN NAİL KUBALI — ***Medeni Kanun ve Maden Mülkiyeti. Medeni kanunun*** XV. ***yılı için adlı eserden.***

Daha evvel eski mevzuatımıza göre mâdenlerin mülkiyeti meselesi hakkında çok değerli bir inceleme neşreylemiş bulunan İstanbul hukuk fakültesinin genç ve degerli profesörlerinden ***Dr. Hüseyin Nail Kubalı,*** başlamış oldukları etüdün devamı demek çok dikkate lâyık ve sahasında her bakımdan tek olan bir tetkik yazısı daha neşretmiştir. ***Medeni kanun ve medeni mülkiyeti*** başlığını taşıyan bu incelemede önce; maden cevherlerinin, imtiyazla hudutları ve tâbi olacakları hukuki rejim taayyün ederek topraktan ayrı bir hukuki varlık kazanmadan önce toprak mülkiyetine nazaran arzettikleri hukuki vaziyetin tâyini meselesi ele alınmıştır. Bu bahiste üç sistem mevcuttur: 1) maden cevherleri üzerinde toprak sahiplerine mülkiyet hakkı tanıyan mütemmim cüzü (accession) sistemi, 2) maden cevherlerini bulanlara mülkiyet hakkı tanıyan res nullius sistemi, 3) devlet mülkiyetini kabul eden domanialité sistemi.

Bu üç sistemi kısaca hatırlatan müellif etüdünde şu sırayı takip etmektetir: medeni kanunun toprak mülkiyeti hakkında koyduğu umumi esaslara göre madenler hakkında hangi sistemin kabulü lâzımdır, halen mer'i olan

ve maden mevzuatımızın çekirdeğini teşkil eden 26 mart 1322 tarihli Maadin nizamnamesinin kabul ettiği esaslarla medeni kanun arasındaki münasebetlerin neden ibaret bulunduğu ve medeni kanunun bazı mühim maddelerinin madenler hakkında nasıl tatbik edileceği meselelerini sıra ile tetkik etmiştir.

Müellife göre İsviçre medeni kanununda olduğu gibi bizim medeni kanunumuzda da, madenlerin toprak mülkiyetine nazaran hukuki vaziyetlerinin tâyini meselesinin 644. madde tarafından vaz edilen mülk sahibine ait menfaatın takdiri prensibine göre halledilemez. Çünkü madenlerin müşterek hukuktan ayrı hükümlere tâbi bulunacağı 641. madde müeddasından anlaşılmaktadır. Bu madde sahipsiz şeylerle menfaatı umuma mahsus şeylerden bahistir. Müellif fikrini izah için evvelâ bu maddenin, hakkında hususi hükümler konacağını söylediği malların ve bu meyanda bilhassa sahipsiz şeylerin ne gibi şeyler olduğunu, sonra madenlerin de bu maddenin şumulüne dahil olup olmadığını ve nihayet, bu madde hükmüne tâbi olan mallar üzerinde devletin haiz olduğu hak ve salâhiyetlerin mahiyetini izah etmektedir. Profesöre göre bu maddenin kasdettiği sahipsiz şeyler 635 inci maddenin birinci fıkrasında zikredilen sahipsiz şeyler olmadığı gibi 691-uncu maddenin kasdettiği sahipsiz şeyler de değildir. 641 inci maddeye hâkim olan fikre göre âmme emlâki yollar, meydanlar, nehirler, meralar gibi fiilen ve doğrudan doğruya âmmenin istimâl ve istifadesine terkedilmiş olan emlâktir. Bu esasa göre vasıflandırılan âmme emlâki iki kısımdır: birinci nevi, âmmenin doğrudan doğruya istimâl ve istifadesine *idarî* bir tasarrufla tahsis edilmiş olan gayrimenkullerdir (yollar, meydanlar, parklar). İkinci nevi, âmmenin istimâl ve istifadesine *tabiî mahiyetleri* icabı olarak terkedilmiş olan gayrimenkullardir (menfaatı umuma ait sular, ziraata elverişli olmıyan arazi, kayalar,). 641 inci maddedeki sahipsiz şeyler, doğrudan doğruya âmmenin istifadesine mahiyetleri itibarile terkedilmiş olan âmme emlâki nevileridir

Acaba madenler de 641 inci maddenin şumulüne girerler mi? Federal mahkemenin bir kararına (Ro. 44, 1 S. 158) istinat ederek müellif bu suale müsbet cevap vermektedir. Federal mahkemenin zikredilen kararına göre gayrimenkul mülkiyetinin şumulünü tâyin eden 644. madde, 618 inci maddede ifade edildiği gibi kanunun koyduğu sınırlarla tahdit edilmiştir Sahipsiz şeylerle menfaatı umuma ait şeyler hakkında kanton hukukunu mahfuz tutan 641 inci madde bu tahditlerden birisidir. Halbuki, medeni kanunun hazırlanmasına ait teşrîî vasikalar ispat ediyor ki 641 inci madde kantonların, madenleri menfaatı umuma ait şeyler olarak medeni hukuktan ayrı, hususi mahiyette nizamlara tâbi tutabileceği ve onlar üzerinde kantonlara ait «regalien» hakların tesisini bertaraf eylemediği şekilinde tefsir edilmek lâzım

gelir. Şu hale göre, madenlerin 641 inci madde şumulüne girmesi, o maddedeki sahipsiz veya menfaatı umuma ait şeylerle aynı mahiyette olduklarını değil, fakat bir taraftan, onlara kıyasen, hususi hukuk kaidelerinden ayrı âmme hükümlerine tâbi tutulabileceklerini ve diğer taraftan, 691 inci maddenin kasdettiği sahipsiz şeylerden sayılamıyacaklarını ifade eder ki, bu vasıflar mâdenler hakkında menfaat ile muhayyet mütemmim cüzü prensibinin tatbik edilemiyeceğini ve madenlerin serbestçe ihraz ve işgal ile iktisap olunabilen hakiki mânadaki res nullius vaziyetinde bulunmadığını ve binnetice devletin bunlar üzerinde hususi mahiyette bir tasarruf hakkının mevcudiyetini göstermesi itibarile büyük bir ehemmiyeti haizdir.

641 inci madde hükmüne tâbi mallar üzerinde devletin hakkının mahiyetine gelince, kanunun bunu hâkimiyet ve tasarruf(Hoheit la haute police) kelimelerile ifade ediyor. Müellife göre, İsviçrede doktrin ve mahkeme içtihatlarında hâkim kanaatı benimsemek, bizde de 641 inci maddenin şumulüne giren mallar üzerindeki devlet hak ve salâhiyetlarinin yalnız bir idare ve zabıta ve nezaretten ibaret objektif mahiyette bir takım salâhiyetler olmayıp sübjektif mahiyette ve mülkiyetten doğan haklar olduğunu, bu mülkiyet hakkının hususi hukuk mülkiyet hükümlerinden tamamen müstakil olmamakla beraber hukukî veya fiilî bir tahsisten mütevellit hususi bir karakter arzettiğini kabuletmek lâzımdır Şu kadar ki devletin haiz olduğu bu mülkiyet hakkı sadece muntazar bir hak olarak mevcut olup ancak maddenin keşfedilmesiledir ki müktesep bir hakka istihale eder. Sonra bu mülkiyet hakkı, ne tam mânasile bir âmme hukuku mülkiyeii, ne de bir hususi hukuk mülkiyetidir. Bu, tamamen sui generis bir hukuki vaziyettir. Yani madenler üzerinde hususi mahiyette bir domanialité prensibi cereyan eder. Şu halde, imtiyazla muayyen bir şahıs lehine tesis edilen hak, devlete ait bir mülk üzerine maden mültezimlerine tanınan hususi mahiyette bir aynî haktan, bir intifa hakkından başka bir şey dağildir. Medeni kanun karşısında madenlerin hukuki durumu, müellife göre, arzedilen surette hulâsa edilebilir.

Maadin nizamnamesi bakımından durum nedir? Müellifin, nizamnamenin muhtelif maddelerini ince bir tahlile tâbi tuttuktan sonra vardığı neticeye yine domanialité sistemi lehinedir. Devlet şûrasının müteaddit ve muttarit içtihatları da bu neticeyi desteklemek üzere müellif tarafından zikredilmiştir.

Domanial bir hukuki mahiyet taşıyan, bu itibarla istisnai hükümlere tâbi tutulması lâzım gelen madenler hakkında Medeni kanunun diger hükümlerinin şümul ve tesiri nedir? Müellife göre, gayrimenkul mülkiyetinin mevzuunu tesbit eden 632. madde madenlerin de ferdî mülkiyete mevzu ola-

200

cakları ve dolayısile medeni kanunun gayrımenkul mülkiyeti hakkındaki hükümlerine tâbi tutulmaları. lâzım gelmez. Çünkü madenler devletin hüküm ve tasarrufu yani mülkiyeti altında bulunan sahipsiz şeyler gibi mülkiyetin dışındadırlar ve istisnaî hükümlere tâbidirler. Bu itibarla, mezkûr madde şu suretle tefsir edilmelidir: maden mevzuatımız tarafından irsen intikal ve alımsatım muamelelerinde ve tesisi sarahaten menedilmeyen diger aynî haklara müteallik tasaruflarda — maden mevzuatının kabul ettiği şekil ve merasim mahfuz kalmak şartıyla - 632 ve 633. maddeye göre medeni kanunun gayrimenkullere müteallik tasarruflarda riayetini istediği şekil ve kaidelere riayet etmek icap edecektir. Şu halde, müellife göre madenlerin tescili meselesi hakkında şöyle düşünmek icap eder: Maden mevzuatımıza nazaran, maden imtiyazlarının tescili lâzım değildir. İmtiyaz tasarrufunun idare ile imtiyaz sahibi arasında bir hüküm ifade edebilmesi için maden mevzuatına uygun olarak verilmiş olması kâfidir. Medeni kanun ve Tapu mevzuatının yapılmasına lüzum gösderdiği tescil, ancak medenî kanun çerçevesine giren münasebetler dolayısile yapılmasılâzım gelen tescillerdir. Şu halde M K. 911 ve 632 mucibince madenlerin tapu sicilline kaydı kanun tarafından bir temlikî tasarrufa talik edilmiş bir şart kıymetini haizdir, yani imtiyaz sahibi maden üzerindeki aynî hakkı tescilsiz olarak iktisap etmekle beraber medeni kanunun gayrımenkuller üzerinde ancak tescil şartile yapılmasına cevaz verdiği bir tasarrufta bulunmak istediği takdirde madeni tescil ettirmek zorundadır. Ne medeni kanun, nede tapu mevzuatı tescilde madenler için bidayeten ve herhalde yapılması lâzımgelen bir formalite mahiyetini görmemektedir. Zira madenlerin medeni kanun bakımından hukukî mevcudiyeti ve gayrımenkul mahiyeti, diger daimî ve müstakil haklar gibi, tescil ile mukayyet değildir. Şu halde, tescile lüzum görmiyen maden mevzuatı ile bu mevzuat arasında bir prensip taaruzu yoktur. Maden mevzuatı tescili menetmediğine göre, maden imtiyaz veya ruhasatname sahibinin sonradan, maden üzerinde - maden mevzuatının müasit olduğu - herhangi bir temlikî tasarufta bulunacağı zamanan tescili emreden umumi hükümlarin tatbikı icap eder.

Ana fikirlerini mümkün olduğu kadar sadık bir şekilde hulâsaya çalıştığımız bu incelemenin ayrı bası halinde, daha geniş bir okuyucu kitlesinin istifadesine arzedilmesini temenni ederiz.

F. A.

HUKUK DERGİSİ (sayı 8, Kasım 1944)

Başkentinizde her ay muntazaman yayımlanan bu değerli bilgi ve tatbikat dergisinin Kasım 1944 sayısında şu yazılar var: **SAMİM BİLGİN:** İdarî dâvalarda husumet; — **RASİH YEĞENGİL:** Dâva ve müdafaa

701

hakkının suiistimali ve bundan müievellit hukukî mesuliyet; — **İMRAN ÖKTEM**: Temyiz mahkemesi içtihatlarından. — 1515 sayılı kanuna ait tevhidi içtihat zabıtları; — Bibliyografya; — Tevhidi içtihad kararları; Yargıtay daire kararları; idari kararlar.

HUKUK DERGİSİ (Sayı 9, Aralık 1944)

ORD. PROF. S. ŞAKİR ANSAY: Mahkeme önünde sulha cair; **İMRAN ÖKTEM**:Tapu kaydına istinatla iktisap; — **ALİ ULVİ AKSOY**: Türk Ceza Kanununun 549. maddesine dair. —Bibliyografya; Son aylarda çıkan kararlar; Yargıtay kararları; İdari kararlar; Okuyucu sorularına cevaplar; Kitaplar ve monografiler.

F. A.

102

İsviçre Federal Mahkemesi Kararları

RESMÎ VASİYET. — Kızlarından ikisini üçüncüye nisbetle hımaye eden vasiyetçi. — Üçüncü kız tarafından hata, hile, tehdit ve ikrah sebebile itiraz olunan vasiyet — Davanın reddi.

MK.9(7), 469/451),BK.24.

Vasiyet resmî senetle yapıldığı vakit, tasarrufta bulunanın irad sindeki fesat sebebile itirazda bulunan kimse, ilk önce vasıyetçinin son arzuları ve tasarruf ehliyeti hakkında resmî memur ve şahit (olarak vasiyetnamenin tanzimine iştirak eden) lerin beyanlarının doğru olmadığını ispat etmekle mükelleftir.

Tasarruf eden üzerinde üçüncü bir şahıs tarafından icra edilen nüfuz, ancak vasiyetçiyi zatî iradesine malik olmaya ve hareketlerini bu iradeye uydurmaya mâni olduğu takdirde, 469(451). madde mucibince bir ikrah teşkil eder.

Tasarruf esnasında vasiyetçinin içinde bulunduğu hata, istihdaf edilen tasarrufu yapmak hususunda ancak katî bir mahiyeti haiz olduğu takdirde, son arzulara müteallik bu muameleye itiraz imkânını verir; buna muhabil, hatanın Borçlar Hukuku gereğince esaslı bir hata olmasına lüzum yoktur, hata muamelenin saiklerine de taallûk edebilir.

DÂVACI: Madam Dold — Uster *DÂVALI: Uster*

13 Şubat 1941; RO 67 II (JdT 1941 I 242)

7 Ocak 1938 de Zürih'te ölen Jules Uster, mirasın 16/6 sı Paulin Uster'e, 16/6 sı Mélanie Ustere'e, mütebakı 16/4 ü de Uster adile doğan Martha Dold'a düşmek üzere resmi vasiyetle üç kızını mirasçı nasbeylemişti, bu suretle üçüncü kızın hissesi kanunî mahfuz hissesine inhisar ediyordu. Üç mirasçı da iad den muaf tutulmuşlardı.

Martha Dold iki kız kardeşi aleyhine dâva açtı. Dâvacı tasarrufta bulunanın maruz bulunduğu hata, hile, tahdit ve ikrah sebebile vasiyetin batıl olduğunu iddia etmektedir Ona göre vasiyetçi dostu madam G. nin nasihatlarını dinlemiş ve hayatının bütün mühimmuamelelerinde onun iradesine tâbi olmuştur. O da vasiyetçiyi

903

dâvacının hesaplar üzerinde aldatmış ve onun aleyhine vasiyet ettirecek surette vasiyetçiyi mumaileyh aleyhine tahrik etmiştir. Diğer taraftan vasiyetçi Odéon kahvehanesinin işletilmesinde kızı Martha'nın emin bir kazanç menbaı bulacağını zannettise hataya düşmüştür.

Kanton mahkemeleri dâvacının dâvasını ve Federal mahkeme de dâvacı tarafından Zurih kantonu istinaf mahkemsinin 2 Ekim 1941 tarihli kararına karşı yapılan temyiz talebini reddetmiştir. (Hulâsa)

Mucip sebepler

Dâvacı «hata, hile, tehdit veya cebir tesiri altında yapılan ölüme bağlı tasarrufları batıl» telâkki eden MK. nun 469 (451). maddesinin 1. fıkrasını dermeyan etmektedir. Fakat vasiyetçiye karşı hangi tehdit veya cebrin kullanılmış olduğu anlaşılmamaktadır. Başka şekilde bir vasiyetin tasarruf eden için doğuracağı zararlı neticelerden hiç bir şey bilinmemektedir. Hakikatte dâvacı, vasiyetçinin mânevi bir ikrah tesiri altında bulunduğunu ifade etmek ister gözükmektedir. Vasiyetçinin madam G. ile münasebetinin tâbiiyete yaklaşmakta olduğunu; mumaileyhin umumi bir tarzda bu kadının nüfuzu altında bulunduğunu söylemektedir. Fakat bu iddialar doğru olsa bile, bunda dâvacının vasiyetnameye itirazına müsaade edecek mahiyette bir ikrahın kâfi delili yoktur. Vasiyetçinin kendi üzerinde icra edilen tesirlere karşı kendi düşünceleriyle mukavemet etmek, kendi iradesine malik olmak, ve hareketlerini iradesine uydurmak imkânsızlığı içerisinde bulunması lâzımdır. Vasiyetname resmî senet ile yapılmıştır. Resmî memur oraya vasiyetçinin kendi arzularını kaydetmiştir. Şahitler vasiyetçinin kendilerine vasiyetnamenin son arzularını ihtiva etmekte olduğunu beyan ettiğine ve keza vasiyetçiyi tasarrufa ehil gördüklerine şahadet etmişlerdir [499-501 479 481]. İlk önce resmî senedin doğru olmadığını ispat etmek,dâvacıya terettüp etmekte idi [9 (7)]. O bunu yapmamıştır.

Diğer butlan sebeplerine gelince: Borçlar hukukuna ait mukavelelerdeki iradenin fesadı sebeplerinden ayrı olarak, miras hukukunda kendi kanaatine göre, her hata, kâfi olduğu için dâvacı hata ve hileyi ispat etmiş olduğunu sanmaktadır. Gerçi Borçlar kanununun 24. maddesinin icabettirdiği gibi hatanın esaslı olmasına lüzum yoktur. 24. maddenin 4 numaralı bendine tavfikan hatanın hukuki muamelenin zaruri bir unsurunu teşkil eden muayyen bir fiile taallûk etmesi mecburi değildir.Hata sadece bir saiki (Beweggrund=Mobile) lekeliyebilir ve binnetice mevcut bir hale olduğu gibi gelecek bir

hâdiseye de taallûk edebilir. Bununla beraber, saik mefhumundan, tasarruf edenin hatalı düşüncesinin kendisi için katî olan bir farazi-yeye taallûk etmesi lâzım olduğu neticesi doğmaktadır. Medeni kanunun 46 (451). maddesi bu hususu açık olarak derpiş etmektedir; tasarrufun, hatanın «tesiri altında» yapılmış olması ve vasiyetçi hataya düşmemiş olsaydı o tasarrufta bulunmıyacağının yahut başka şekilde tasarruf edeceğinin tahakkuk etmiş bulunması lâzımdır.

Hâdise Yargıcının federal mahkemeyi bağlıyan müşahadelerine göre, dâvacı vasiyetçinin iradesini tâyin etmiş olan bir hatayı ispat ve hattâ dermeyan bile etmemiştir. Sadece ihtimalleri yahut farazi-yeleri işaret etmekle iktifa etmektedir. Bu suretle, tasarruf edenin madam G.'ye olan temayülünden derhal bu kadının vasiyetçiye yalnız vasiyetnamenin hazırlanmasında tesir ettiğini değil, fakat yanlış malûmatla onu hataya düşürdüğünü de istidlâl etmektedir. Bununla beraber, son arzulara müteallik senedin tanzimine tekaddüm eden bu mahiyette hiç bir hâdisenin delilini ibraz etmemiştir. Kanton mahkemesi, buna mukabil, dâvacıya tahsis edilen hissenin tenzilini makul kılan ve tasarrufu; arzu edilmiş, mirasçıların durumlarına uydurulmuş bir tasarruf olarak gösteren hâdiseler zikretmektedir. Şüphesiz vasiyetçi dâvacının iki kız kardeşini himaye etmek istemiştir, çünkü, onlar nevama malûldurlar ve mirasa; evli olan, esasen kendi ihtiyaçlarını bizzat gidermiye, yahut hiç olmazsa ehemmiyetli bir nisbette bu ihtiyaçların tatminine yardım etmiye muktedir olan kardeşlerinden daha fazla muhtaçtırlar. Bu izahat her halde dâvacının rivayetinden daha fazla itimada lâyıktır. Ona göre, madam G. onu karamış yahut herhangi yanlış bir sebep dolayısiyle onun diğer iki mirasçı kadar hisse almıya lâyık olmadığı fikrinde bulunmuş olduğu için vasiyetçi onun zararına tasarrufta bulunmuştur.

Diğer taraftan, dâvacı babasının kendisini kardeşlerinden daha iyi bir malî durumda kabul etmek suretiyle yanılmış olduğunu iddia etmektedir. Gerçekten, onun için babası bir lokanta (auberge) kiralamıştı. Fakat o orada emin bir kazanç menbaı bulmaktan ziyade mahvoldu. Bununl aberaber, hiç bir şey vasiyetçinin izah edilen diğer sebeplerden dolayı değil de, ancak lokantayı ona kiralamış olduğu için bu şekilde tasarrufta bulunmuş olduğunu söylemiye icazet vermez. Şu halde, bu sözde hata ve müteveffanın ölüme bağlı tasarrufu arasında bir illiyet münasebeti ispat edilmiş değildir.

II. Hukuk Dairesi N. B.

AHLÂKA AYKIRI MUKAVELE. SEBEPSİZ İKTİSAP. — Bir vasiyetnamenin hile ile elde edilmesi için temin edilen ıvazlı yardım. — Tereke mallarının zilyedliğine sahip olduktan sora, ödenen paranın istirdadı talebi. — ret.

BK. 63(62),66(65).

1 — Bir vasiyetnameyi hile ile elde etmek için ıvazlı bir yadm şartile yapılan mukavele ahlâka aykırıdır (Muc. seb. 1).

2 — Haksız yohut ahlâka aykırı bir gayeye erişmek için vadedilmiş ve tediye edilmiş bir paranın, maksat elde edildikten sonra istirdadına mahal yoktur. (Muc. seb. 2).

3 — Vadedilen ıvazı ödeyen kimse, muamelenin ahlâka aykırılığını tanımaya, az yüksek olan ahlâki telakkisinin müsaade etmediğini ileri süremez (Muc. seb. 3).

DAVACI : X *DAVALI : Y*

17 Aralık 1941 RO 66 II (JdT 1941 I 245)

E.F. adında birisi 1928 denberi X eşler nezdinde ikamet etti. Bu eşler onun mirasına konmıya çalıştılar. Bu maksatla avukat Y. ye muracaat ettiler. Avukat, F.yi X. eşler nezdinde kalmıya ve onları mirasçı nasbetmiye teşvik etmeyi vadetti. Karşılık olarak miras yarısını alacaktı.

F. 10 Eylûl 1935 de öldü. Vasiyetnamesi X. eşler lehine yapılmıştı. Mirasçılar 55136 Fr. 95 santim elde ettiler, bunun 19000 frankını Y. ye verdiler. Fakat 23 Kasım 1935 den itibaren % 5 faizle bu paranın iadesi için 20 Nisan 1936 da Y. yi dâva ettiler. Dâvalı kendini müdafaa etti ve dâva esnasında öldü. Mirasçıları dâvayı takip ettiler. Kanton mahkemeleri dâvayı ve Fedaral Mahkeme X. eşlerin temyiz talebini retddetti.

Mucip Sebepler

Dâvacılar, kendilerini mirasçı nasbetmiye F. yi teşvik etmiş olmaktan dolayı dâvalıya ödedikleri 19000 Fr. paranın iadesini istemektedirler Neticei taleplerine mesnet olarak, avukatla yapmış oldukları mukavelenin ahlâka aykırı olduğunu ve fakat kendilerinin bunu bilmediklerin; Borçlar Kanunu Mad. 66 (65) fk. 1 gereğince (se-

bepsiz iktisap) avukatı dâva etmelerine bu keyfiyetin müsaade ettiğini dermeyen etmektedirler.

1 — Mirasın yarısının teslimi şartiyle F.yi dâvacılar lehine vasiyyette bulunmaya teşvik etmeyi dâvalının vadetmiş bulunduğu mukavele, filhakika ahlâk ve âdâba aykırıdır (BK. 20) fakat mukavele; dâvacılar tarafından işaret edilen mânada, yani, dâvalının «hususile, bir avukata yakışan bir hareket tarzı hakkında memlekette cari olan kanaate göre serbest olması lâzımgelen bir edayı vadetmiş ve faaliyetinin karşılığı olarak mirasın yarısının teslimini şart koşmuş olmasından» doyali ahlâka aykırı değildir. Mukavelenin butlanı, bir mirasın hile ile elde edilmesi için (bizatihi takbih edilen bir muamele olan) ivazlı bir yardım temin etmek taahhüdünün âdâba mugayir olmasından ve binnetice hukuki himayeye lâyık olmamasıdan doğmakadır.

2 — BK. Mad. 66 (65) ya göre haksız yahut ahlâka aykırı bir maksat istihsali için verilmiş olan şeyi istirdada mahal yokdur.

Dâvacılar bu hükmün hâdisede kabili tatbik olmadığı fikrinde bulunmaktadırlar. Onların kanaatına göre bu hüküm ancak haksız yahut ahlâka aykırı olan müstakbel bir neticeyi elde etmek maksadile yapılan eda halini istihdaf etmektedir; halbuki hâdisede ivazın edası zamanında netice zaten haşıl olmuştu. İşbu kanaatlarıne mesnet olarak v. Turh' u(Parti gènérale du CO I P. 381 ve müteakip) ve Weiss' ı (Sammlung eidg. und kantonaler Entscheidungen zum ZGB. u.OR. n. 4226) ileri sürmeketdirler. Fakat v. Tuhr(mezkûr eser) meselenin başka bir cihetini nazara almakta ve Weiss tarafından zikredilen kararlar tamamile başka halleri alâkadar etmektedir (RO 37 II 65 ve müteakıp sayfalardaki karar ileride tetkik edilecektir). Dâvacıların görüş tarzı hatalıdır.

66. Madde, harfiyyen alındığında,hakikatte sui - tefehhüme meydan verebilir. Bir maksada erişmek niyetinden bahsetmekte («maksat istihsali için», «en vue de» «in der Absicht») ve böylece işbu tâbirlerle müstakbel bir hâdiseyi istihdaf etmektedir. Fakat bu yazılış tarzı, tabiatile 66. Maddenin Borçlar Kanununda sebepsiz iktisap hakkındaki hükümler meyanında almış olduğu yerle izah olunabilir. Bu mevzuu normal olarak idare eden prensiplere göre, tahakkuk etmiyen bir sebep için alınmış olanı iadeye zaruret vardır (Condictio ob causam futuram, Condictio ob causam non secutam). Diğer deyimle bir şey meşru bir maksatla verildiği ve bu maksada erişilmediği takdirde iade lâzımdır. 66. Madde maksadın haksız yahut

707

ahlâka aykırı olduğu aksi farazîyeyi nazara almaktadır; bu halde, maksada erişilmemiş bile olasa istirdada mahal yoktur. Burada bir nevi cezai müeyyide mevcuttur ki,bu müeyyide, fena niyetinden dolayı kanunun himayesini nezetmek suretile edada bulunana icrayi tesir etmektedir (bak. v. Tuhr Mezkûr eser). Ivaz vadeden tarafından istihdaf edilen haksız yahut ahlâka aykırı olan gaye elde edildiği ve vaadeden şahıs hasıl olan neticeden memnun olarak sözünü tuttuğu vakit bu cezanın bertaraf edilmesi abestir (Alman Hukuku için Staudinger Komment. z. BGB. II/3 s 1711). Roma Hukukunda ve Müşterek hukukta[1] Esasen kabul edilmiş olan prensibi tatbik etmek lâzımdır: (İn pari turpitudine melior est causa possidentis) [2]. Mahkeme kanuna veya ahlâka ehemmiyet verilmiyerek bir taraftan diğer tarafa geçen mallar hakkındaki ihtilâfla uğraşmıya mecbur değildir. Kohler'in dediği gibi (Das İdeale in Recht, dans Arch. für bürgerl. Recht 5 P. 246) Kanun koyucu bulanık su üzerine güneş ışığı saçmak istememektedir.

Federal Mahkeme, dâvacılar tarafından kendi tezleri lehine dermeyan edilen kararında (RO 37 II 68, JdT 1911 1620) aynı fikirden haraket etmiştir.O kararda demektedir ki:«eğer edada bulunulmasına sebep olan hukuki muamele himayeye lâyık değilse, normal olarak sebepsiz bir iktisaba son vermek için bahşedilmiş olan dâva mukavelenin ifası ile taraflar arasında hasıl olan mamelek mübadelesinde de reddedilmek lâzımdır.»

3 — O halde, iade talebinde bulunan tarafından fiilin haksız veya ahlâka aykırı olduğunun bilinmesini 66. Maddenin icabettirip ettirmediği meselesini (İsviçre Hukuku müellifleri tarafından henüz

[1] — Droit commun karşılığı olarak kullandığımız müşterek hukuk tâbiri hakkında Esat Arsebük'ten aldığımız şu izahatı ilâve etmeyi faydalı bulduk: (Fransızcada kullanılan "Droit commun„tâbiri iki ayrı mânayı ifade eder:Birincisi Hukuku Medeniye demektir ki lisanımızda bu mefhum ticaret mukabili olarak "Hukuku âdiye„ şeklinde ifade edilir. Muamelâtı âdiye, muamelâtı ticariye gibi. İkincisi Alman Medeni Kanununun neşrinden evvel Almanyada tatbik edilmekte olan ve asırlarca üzerinde çalışılan Pandekt hukukudur.

Bu hukuk Roma hukukundan ayrı bir şeydir. Adeta modernleşmiş Roma hukuku diyebiliriz.İsviçre ve Alman hukukuna dair yazılan eserlerdeki *Droit comun* bu mânaya gelir. Çünkü İsviçrede ayrı bir ticaret hukuku olmadığı için Hukuku âdiye" tâbirinin yeri yoktur. Halbuki Fransız hukukunda bu tâbir hukuku âdiye mânasına kullanılır. Ancak Fransız eserlerinde bazan *Droit commun* tâbirine böyle italik harflerle yazılmış olarak tesadüf edersiniz. Bundan maksat Pandekt hukukuna işarettir ki bu mefhumu "Müşterek hukuk" tâbirile ifade edebiliriz.) Esat Arsebük, Borçlar Hukuku Umumi esasları, 1937 S. 116 not 7.

[2] — İki fenalıktan en ehveni zilyed olanınkidir.

az tetkik edilmiş) tetkik etmekten başka bir şey kalmıyor. Müelliflerin ekseriyeti Alman hukuku için bir kanun emrinin yahut ahlâk kaidelerinin objektif bir ihlâlinin istirdadı bertaraf etmeğe kâfi olduğunu kabul ederler; Eda vadinde bulunanın bir memnuiyeti ihlâl ettiğini yahut âdâba muğayir hareket ettiğini bilmesi zaruri değildir. Alman Temyiz mahkemesi evvelâ bu fikirde edi, sonradan bu fikri terketti (bak. Komment. der Reichsgerichtsrate zum BGB. 8. Bası § 817, N 1 ile mezcedilmiş bir surette N. 3., Staudinger, adı geçen eser s. 1711). Hâdisede meseleyi umumi bir surette ve prensip itibariile halletmiye lüzum yoktur. Zira dâvacılar bizzat kendi ayıplarını 66. Maddenin tatbikına karşı herhalde ileri süremezler. Dâvalı ile söz birliği ederek yapılan muamelenin ahlâka aykırı olduğunu farketmelerine az yüksek olan ahlâki telakkilerinin mâni olduğunu dermeyan edemezler. Halbuki onların delilleri bu noktaya teveccüh etmektedir.

I. Hukuk Dairesi.

Tercüme eden
Dr. Necip Bilge

İŞÇİLERİN VE MÜTAAHHİTLERİN KANUNİ İPOTEK HAKLARI. — Kanuni bir ipotek hakkından istifade eden bir mütaahhit tarafından rehnin paraya çevrilmesi hususunda yapılan takibat. — Paraya çevirmeden doğan hasılatın, gayri menkulü icara verenin üst derecedeki ipoteğile massedilmesi. — MK. 841 (811) den doğan dâvanın mütaahhit tarafından, kiraya veren aleyhine kullanılması. — Kredinin mimar ücretini ödemiye tahsis edildiği keyfiyetine dayanan itiraz. — İşbu itirazın reddi.

MK. 837 (807)

Mimar ücretleri, MK. nun 837. maddesinin 3 numaralı bendindeki kanuni ipotekten istifade etmezler.

Dâvacı: İsviçre Halk Bankası (Banque populaire suisse)

Dâvalı: Bonomo

23 Mart 1939; RO 65 II 1 (JdT 1939 I 486)

Mucip sebeplerden hulâsa

...1. b) Mimar ücretleri MK. nun 837-841 (807-811). maddelerile tesis edilen himayeden istifade etmezler. Filhakika, mimarın inşaat

için yaltığı ve plânların hazırlanmasından ve çalışmaların kontrolünden ibaret olan faaliyet, işçilerin ve müteahhitlerin yaptıkları iş gibi, eda edildikten sonra inşaatla bir bütün teşkil eden bir iş değildir. Mimarın, iş sahibine karşı vaziyeti dolayisile, MK. 837-841 (80'-81) maddelerile tesis edilen himayeye ya hiç, yahutta herhalde işçiler ve müteahhitler kadar ihtiyacı yoktur. Mimarın işçilere ve müteahhitlere kıyas edilmesi kanunun geniş bir tefsirini zaruri kılacaktır. Halbuki, kanunun hazırlanması sırasında, inhiyazlı olanların çevresi kaidî olarak daraltılmış ve mimarın hukuki vaziyetinin tamamile başka olması keyfiyetini nazara almak için mimar bu çerçeveden dışarıda bırakılmıştır. Halihazır inşaat şartlarında bu hal ve vaziyetlerin hâlâ aynı değeri muhafaza edip etmediği kanuni metnin tefsiri çerçevesi dahilinde değil, fakat *de lege ferenda* tetkik edilecek bir meseledir. Mimarı iş sahibine bağlıyan mukavele umumiyetle olduğu gibi vekâlet olmayıp ta bir istisna akdi olsa bile, kanunun mevcut metnine göre kanuni ipotek imtiyazı mimara reddedilmek lâzımgelir.

Kaynak. — Tutulmuş (Captée) ve mecrası değiştirilmiş yeraltı suları. — «Kaynak noktasının» tâyini.

MK. 667 (641) fk. 2, 704 (679) fk. 1.

1. Yeraltı birikintilerden yahut tabiî bir damardan gelen su sadece hiç bir insan müdahalesi olmadan toprak yüzüne çıktığı zaman değil, fakat yükselen yahut yeraltında bulunan daimî mahiyette sular tutulduğu ve mecrası değiştirildiği takdirde de, İsviçre Hukukuna göre, kaynak mevcuttur.

2 Kaynak, fışkırdığı gayrimenkulün mütemim cüzüdür. Tabiî bir kaynak mevcut olduğu takdirde, «kaynak noktası» (Point de source = Quellpunkt) suyun aşikâr bir surette toprak yüzünde gözüktüğü mahaldir

Suni menbalarda, kaynak noktası suyun tabiî damardan, insan elile yapılmış olan tutma tesisatına (installations de captage) geçtiği mahaldir. Su, toplama borularına (tuyaux de drainage) uçtan, yahut muayyen bir uzunluk üzerinde yanlardan girebilir; o halde kaynak noktası; ya suyun girdiği uçtur, yahut suyun bilfiil toplanmasına yarayan borunnn bütün uzunluğunca bizzat kendisidir.

Dâvacı: Haas ve Amstad — Dâvalı: Volksbank Ruswil A. G.

24 Mart 1939; RO 65 II 52 (JdT 1939 I 487)

110

Mucip sebeplerden hulâsa

....2. İhtilâfın asıl mevzuu 1 numaralı kaynağın mülkiyetidir; tarafların diğer bütün talepleri, hattâ II numaralı menbaa müteallik olanlar dahi bu esaslı meseleye tâbidirler. Taraflardan her birisi; içinde fışkırdığı gayrimenkulün mütemmim cüzünü teşkil etmesi itibarile MK. madde 704 (679) fk. 1 ve madde 667 (644) fk. 2 gereğince bu kaynağın mülkiyetini iddia etmektedir. Bir kaynağın nerede fışkırdığını tesbit etmek haddizatında hâdise Yargıcına terettüp eder, fakat kanton istinaf mahkemesinin bu müşahedeyi yaparken federal hukuka tamamile uygun olan bir kaynak mefhumundan hareket edip etmediğini bilmek meselesi bir hukuk meselesidir.

Kanton Yargıcının haklı olarak dediği gibi, federal hukuka göre, yalnız yeraltı su birikintilerinden yahut tabiî bir damardan gelen su hiç bir insan müdahalesi olmadan toprak yüzünde gözüktüğü zaman değil, fakat yükselen yahut yeraltında bulunan daimî mahiyette sular tutulduğu ve mecrası değiştirildiği zaman da kaynak mevcuttur (RO 44 II 475, JdT 1919 I 588). Bir kaynağın kime ait olduğunu, yahut bir kaynak kendi kendine bir mülkiyet hakkının mevzuu olamıyacağına göre, menbaın hangi gayrimenkulün mütemmim cüzünü teşkil ettiğini tâyin etmek için MK. mad. 704 (679) 1. fıkranın dediği gibi kaynak noktası (Point de source=Quellpunkt) denilen suyun fışkırdığı yerin tâyin edilmesi lâzımdır Tabiî kaynaklar bahis mevzuu olduğu zaman bu tâyin işi kolaydır; kaynak noktası suyun aşikâr bir surette toprak yüzünde gözüktüğü mahaldir. Suni menbalar, yani, tutulmuş (Captée) yeraltı suları bahis mevzuu olduğu vakit mesele daha karışıktır. Bu halde kaynak noktası olarak, tutulmuş ve mecrası değiştirilmiş suyun boru ile toprak sathına vasıl olduğu mahalli bertaraf etmek lâzımdır. Kaynak noktasının böyle bir tefsiri tamamile gayri kabili tecviz ve hâdisenin mahiyetine aykırı neticelere sevk edebilir, zira, boru suyun tutuldığu noktadan itibaren yeraltında muhtelif gayrimenkullerden geçebilir ve birinci gayrimenkul ile hiç bir münasebeti olmıyan, serbestçe seçilmiş bir mahalde ancak yer yüzüne çıkabilir.

Binaenaleyh, Kanton istinaf mahkemesi haklı olarak, yeraltı suyunun tutulmuş (captée) olduğu mahalli katî mahiyette telâkki etmektedir. Fakat kaynak noktası mefhumunu sarih surette tâyin etmek istiyerek, mahkeme, bu noktanın suyu tutmak maksadile yapılan suni tesislerin uc noktası olduğunu beyan etmektedir. Temyiz talebinde bulunanlar bu tefsiri çok dar bulmaktadırlar, zira bu tefsir imkânsız neticelere götürmektedir. Onlara göre kaynak noktası suyu tutma tesisatının heyeti mecmuasıdır...

Kaynak noktasını, şematik olarak, suyu tutma tesisatının uc noktasına, yani bu tesisatın en ileri borusunun ucuna, yahut eğer bu tesisata taş döşenmiş bir kısım tekaddüm ediyorsa, bu kısmın en öndeki taşına tesbit edilebilmesine itiraz ettikleri nisbette, temyiz edenlerin görüş tazları doğrudur. Fakat buna mukabil maddi şartları her hususi halde ayrıca tetkik etmek lâzımdır: Kaynak noktası suyun fışkırdığı mahalde tabiî damara dokunulduğu, yani suyun tabiî damardan, insan elile yapılmış tutma tesisatına (installatiions de captage) geçtiği mevkidir. Bu mevki her zaman ve zaruri olarak azma yahut taş döşeme borusunun en ileri ucu olmıyacaktır; su, mecraya aynı zamanda boruların ucundan ve yanlarından yahut dibinden yahutta yalnız yanlardan girebilir. Eğer su yalnız bir noktadan değil, fakat mecranın muayyen bir uzunluğunda muhtelif noktalardan girerse, bütün uzunluğunca bu mecra kaynak noktasını teşkil eder.

II. Hukuk Dairesi

KOMŞULUK MÜNASEBETİ.—Kahve kavurmaya mahsus tarun (fabrika) .— Rahatsız edici koku ve dumanların çıkması. Komşuların, elverişli tedbirlerle bu vaziyete çare bulmayı istihdaf eden talepleri .— Talebin kabulü.

MK. 684 (661)

1. Bir şehrin muayyen bir mahallesinde bir sınai işletmenin mahzurlarını tesbit ve mevcut vaziyetin orta hassasiyette ve orta ihtiyaçlı bir adam üzerinde hasıl ettiği neticeleri takdir etmek hâdise Yargıcına terettüp eder.

Federal mahkeme, bu meseleleri ancak Kanton Yargıcı takdir hakkını suiistimal ettiği takdirde gözden geçirebilir.

2. Yargıç müessesenin ihtiyaçlarını gereği gibi göz önüne alarak, dâvalının malî vaziyetile telifi kabil olan ve bir sınai işletmede müşahade edilen mahzurları mümkün olduğu kadar müessir bir surette gideren tedbirleri almak mecburiyetindedir. Böylece bir aletin tecrübesini, ve çok pahalıya mal olmamak, tatil edilmesi istenmemiş olan sınai bir faaliyete mâni olmak mânasına gelmemek şartile, o aletin iktisabını karar altına alabilir.

Dâvacı: Dr. Faesi ve arkadaşları, Dâvalı: Madam Graf - Zahner

28 Temmuz 1939; RO 65 II (JdT 1939 I 620)

212

Dâvalı Madam Frida Graf — Zahner, Zollikon'da Bahnhofstr. 36 numarayı taşıyan gayrımenkulün malikidir. 1935 denberi orada bir kahve kavurma furunu işletmektedir. O civarda oturan dâvacılar Dr. Robert Faesi ve arkadaşları furundan çıkan duman ve kokularla rahatsız olmaktadırlar. Bu halin, komşuların birbirlerine göstermiye mecbur oldukları müsamaha hudutlarını aştığı kanaatında bulunarak, fabrikanın kapattırılmasını daha 1936 da Yargıçtan istediler. Dâvalı vukuf ehli tarafından teklif edilen ısıtma tesisatını yerleştirmeğe muvafakat ettiği için bu dâva bir uyuşma ile neticelendi. Tadilât yapıldı, fakat müşahade edilen mahzurları gidermedi.

1937 Aralık ayında dâvacılar yeni bir dâva açtılar. Evvel emirde, hususi olarak mütalâasını aldıkları Profesör Gonzenbach tarafından tavsiye edilen elektrik süzgeci yerleştirilmesini talep etmekte, tâli olarak hâkim tarafından karar altına alınacak işleri yapmasını istemekte ve daha tâli olarak da işletmenin tamamen yahut kısmen faaliyetini tatil etmesi isteğinde bulunmaktadırlar.

Dâvalı talebin reddini istemekedir.

Zurich ilk derece mahkemesi, 4 Mayıs 1938 tarihli kararile fabrikanın işletilmesini sabah saat 9 dan 11 e kadar olmak üzere haftada üç güne indirdi.

Zurich kantonu istinaf mahkemesi 16 Aralık 1938 tarihli kararile bu müsaadeyi saat 8 den 11 e kadar bütün çalışma günlerine teşmil eyledi.

Dâvacıların Federal mahkemeye müracaatları üzerine dâva Kanton Yargıcına iade edildi.

Mucip sebepler

1. Hâdise Yargıcının müşahadeleri Federal mahkemeyi bağlar. Bu müşahadeler, faaliyette bulunduğu zaman, fabrikadan çıkan duman ve kokuların mahiyetini, müddetini ve neticelerini tesbit ettiği gibi bundan başka fabrikanın ikamete mahsus iyi bir mahallede bulunduğunu da tesbit etmektedir. Bu mahallede bu sanatın icrasından doğan mahzurların MK. 684 (661) maddeye göre komşuların birbirlerine borçlu oldukları müsamaha hudutlarını aşıp aşmadığını takdir etmek için, kanton Yargıcı doğru hukuki prensiplere dayanmaktadır. Duman ve kokuların tesirini hususi hassasiyet ve ihtiyaçlarile birlikte dâvacılara göre değil, fakat orta bir adam üzerine yapacağı tesire göre takdir etmiştir. Bizzat takdire gelince, bunun büyük bir

kısmı Federal mahkemenin kontrolünden dışarıda kalmaktadır. Federal mahkeme, ancak kanton Yargıcı takdir hakkını açıkca suiistinal ettiği (Ermessung smissbrauch), yahut takdir hudutlarından dışarı çıkdığı takdirde (Ermessungsüberschreiten) müdahale edebilir. Hâlisede bu ihtimallerden hiç birisi tahakkuk etmemiştir. O halde dâvalıya isnadı kabil, tanammül olunmaz bir ifratın mevcut olduğu duruşmadan anlaşılmaktadır.

2. Dâvacılar bu vaziyete çaresaz olmak için, dâvalı tarafından işletilmekte olan sanatın tatilini artık istememektedirler.

Şu halde, geriye en müessir çareyi teşkil edecek tedbirleri bulmak kalıyor. Dâvacılar, rahatsız edici duman ve kokuları bir elektrik süzgeci tesisatının en iyi şekilde gidereceği kanaatında bulunmaktadırlar. Bu hal şeklinin yalnız hali hazır mahzurların müddetini azaltmak değil, fakat bu mahzurları tamamile ortadan kaldırmak neticesini de nasıl edeceğini söylemektedirler. Onlara göre süzgecin mevcudiyeti, bundan maada, dâvalıya furunu faaliyete geçirmek zamanını istediği gibi seçmek ve sanatının işletilmesini ihtiyaçlara göre teşkilâtlandırmak imkânını verecek; hattâ dâvacı olan konşularını rahatsız etmeden teşebbüsünü de genişletebilecektir.

Kanton mahkemesi süzgeç yerleştirilmesi tedbirini bertaraf etti. Mahkeme, tecrübe edilen birinci aletin tatmin edici netice vermeyince, diğer bir aletin müessir olacağı hakkında kâfi bir teminat mevcut olmazsa dâvalının bunu yerleştirmeye mecbur edilemiyeceği telâkkisinde bulunmaktadır. Halbuki, mahkemeye göre elektrik süzgeci, bu teminatı arzetmemektedir. Fakat bu şekilde muhakeme ederken, kanton Yargıcı, 3600 franka mal olacak bir süzgeç iktisabının hali hazırda bahis mevzuu olmadığını gözden kaçırmaktadır; bahis mevzuu olan şey sadece bir tecrübedir. Dâvacılar bu husustaki masrafları kabul ettiklerini daha kanton mercilerinde beyan ettikleri için dâvalı bu tecrübenin yapılmasını artık hiç reddedemez.

Binaenaleyh, talep edilen tecrübenin icrası için dâvayı kanton mahkemesine iade etmek lâzımdır. Yargıç elde edilen neticeye göre, dâvalının bu aleti iktisaba mecbur tutulabilecek derecede süzgecin tesirinin kâfi olup olmadığını, ve tesirin kâfi surette müenmen bulunup bulunmadığını gösterecektir. Keza Yargıç böyle bir masrafın dâvalıya yükletilebilip yükletilemiyeceğini de söyliyecektir. Zira dâvalı, sanatının işletilmesini tatil etmeye kendisini dolayısiyle mecbur etmek neticesine vasıl olacak surette pahası kendi malı iktidarını aşacak olan bir tesisatı yapmaya mahkûm edilemez. Bu

nihaî hal şekli, dâvacılar tarafından bu noktada itiraz edilmemiş olan, kanton kararında müfrit olarak beyan edilmiştir.

3. Tecrübenin neticesi, şu veya bu sebepten dolayı, aletin yerleştirilmesi talep edilemiyecek bir şekilde ise, işletmenin çalışma müddetini tahdit etmekten başka bir çare kalmıyacaktır. İlk derece Yargıçları ve kanton mahkemesi muayyen günler ve muayyen saatlar dışında kahve kavurmayı dâvalıya menetmek suretiyle bu yolu seçmişlerdir. İlk derece mahkemesinin hal şeklî tercihe şayandır. Zira, eğer dâvalının fabrikayı her gün faaliyette bulundurmasına müsaade edilirse, rahatsız eden duman ve kokuları mümkün olduğu kadar azaltma için gerekli tedbirlerin alınması hususunda mutazarrırların muhik talepleri kâfi derecede nazara alınmış olmaz. Şimdiye kadar dâvalının ancak çok istisnai olarak günde iki saattan fazla kahve kavurduğunu ve zaten bu şekil işletmenin komşular için gayri kabili müsamaha mahzurlar arzettiğini unutmamak lâzımdır. Diğer taraftan saat 9 dan 11 re kadar olmak üzere faaliyetin haftada üç çalışma gününe indirilmesi dâvalıya zarar getirecek mahiyette değildir. Bu son senelerde furun ayda 20 saattan fazla faaliyette bulunmamış ve ilk derece mahkemesi tarafından tâyin edilen cetvel bu müddeti 24 saata çıkarmıştır. Nihayet günlerin tâyini de dâvalıya bırakılmamak lâzımdır. Dâvacıların ne vakit rahatsız olacaklarını bilmeleri ve ona göre tedbirlerini almaları için bu günleri ilk hamlede tesbit etmek muvafık olur. Dâvalının sanatının ihtiyaçlarını münasip şekilde göz önüne alarak günleri tâyin etmek kanton Yargıcına düşer.

I. Huhuk Dairesi

Tercüme eden

Dr. Necip Bilge

215

216

217

218

Yargıtay Kararları

Nr. 2 **Ceza Kısmı**

GENELKURUL KARARLARI

Kazanılmış hak — Duruşmanın durdurulması (tatili) kararı — Şikâyet — Yargıtaylanabilme (Temyiz kabiliyeti)

1 — Süresinde verilmiş yazılı şikâyet olduğu halde olmadığından veya dâva açılması şikâyete bağlı olmadığı halde olduğundan bahsile verilen duruşmanın durdurulması kararları, suç tarihinden itibaren altı aylık şikâyet süresinin bitmesile beraet hükmü yerine geçmez ve sanık için kazanılmış hak olmaz. Bu kararlar yargıtaylanamazlar.

2 — Dâvaya genel hükümlere göre bakılsa bile, suçüstü zaptının dâvacı olarak imzalanması yazılı şikâyet sayılır.

3 — Sanığın müdafaasının değil, aksinin ispatı gerektir.

Yargıtay Ceza Genelkurulu
Esas 132 — Karar 131

Hırsızlıktan suçlu Ömer Yolagel hakkında İstanbul 8 inci Asliye Ceza mahkemesinde yapılan duruşma sonunda: Fiil T. C. K.nun 511 inci maddesine mümas ve takibi şikâyete bağlı mevaddan bulunduğundan bahsile duruşmanın tatiline dair verilip katileşen 24/3/944 tarihli kararın, Yüksel motöründen çalınmış olan pekmez tenekesi sabıkalı bulunan maznun bulunduğuna ve bu tenekeyi bulduğuna dair iddiası kavlimücerredinde kaldığına göre tavsifte isabet görülmediği gibi müşteki 3005 sayılı kanuna tevfikan tanzim edilen zabıt varakasının imzalanmış olduğuna göre şikâyetname mevcut olmadığından bahsile yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir. Mezkûr kararın C. M. U. K.nun 343 üncü maddesine tevfikan bozulması yazılı emre atfen Baş muddeiumumilikten ihbar edilmesine binaen Temyiz Mahkemesi Dördüncü Ceza dairesinde tetkik olunarak maznunun kaybolması halinde ilk tahkikatta tahkikatın ve son tahkikatta duruşmanın muvakkaten tatili yolunda verilen kararlar maznunun bulunması üzerine hiç bir merasime ihtiyaç olmadan ortadan kalkacağı ve binnetice adliye mahkemelerinde rüyet ve intaç edilecek dâvalarda kanuni bir

214

merciden izin veya karar alınmasına lüzum gösteren vazifesizlik kararları üzerine o mercilerin izin veya kararları üzerine dâvanın yeniden mahkemeye intikal edeceği cihetle esas dâvayı halleden kararlar mahiyetinde değilse de dosya içinde müddetinde verilmiş şikâyetname olduğu halde olmadığından veya suçun takibi şikayete bağlı bulunmadığı halde bulunduğundan bahsile verilen duruşmanın tatili kararları suç tarihinden itibaren dâva ve şikâyet mehlinin geçmesi üzerine beraate müntehi olacağından diğerlerine makız sayılmıyacağı cihetle beraete müntehi olan duruşma tatili kararları dairemizce ötedenberi Temyize kabiliyetli görülmekte ise de bu içtihadımıza muhalif ve münferit kalmış olan dasyadaki karara karşı tashih tevessülünde bulunulması kabul edilmediğinden evrak bu vaziyette tetkik ve icabı müzakere olundu. Maznunun elinde görülen tenekeyi yolda bulduğuna dair olan sözleri müdafaa teşkil etmesi itibariyle bunun değil hilâfının yani tenekenin sirkat edildiğinin ispatı gerektir. Mücerret sabıkalı olmak sirkat iddiasının sübutuna ve hilâfına delil olmayan müdafaanın ispatı zaruretinin Maznuna tahmiline sebep teşkil edemez. Bu sebeplerle Adliye Vekâletinin emirlerine mâtuf ihbarnamenin fiilin hırsızlık teşkil edeceği yolundaki mütalâası varit değildir. Şikâyet mevcut olduğuna mütedair kısmı varit ise de 19/2/944 de vukubulan fiil üzerinden altı aylık yazılı şikâyet ve dâva mehli geçmekle karar beraet mahiyetini almış olduğundan usulün 343 üncü maddesinin son fıkrasına dayanmaya imkân kalmadığından kararın aleyhe müessir olmamak üzere mezkûr maddenin dördüncü fıkrası uyarınca bozulmasına mütedair verilen 18/10/944 tarihli karara Baş Müddeiumumilikten 1—Ceza Mu-hakemeleri U.K.nun 223,253 üncü maddeleri sarahatına nazaran duruşmanın tatili kararları usulü muameleyi durdurmaktan ibaret olup hüküm mânasına olmamasına mebni Temyiz kabiliyeti bulunmadığı yüksek Temyiz mahkemesi Umumi Hyetinin 17/12/930 tarih ve 23/31 sayılı ve 2/1/942 tarihli tevhidi içtihat kararları iktizasından olmakla bu kararları istilzam eden kanuni hallerin şu veya bu gibi sebeplerle takyidini mülâhazaya imkân müsait değildir. 2 — Adı geçen kanunun 343 üncü maddesine göre müktesep hak teşkil eden kararlar dâvayı neticelendiren ve kaziyei muhkeme tesis eden kararlardır. Neticelenmiş bir dâvanın yazılı emir yoliyle tekrar görülmesi kazai emniyet ve istikrarı selp ve kaziyei muhkemeyi ihlâl etmesi itibariyle tecviz edilmemiştir. Halbuki tatil kararı sırf usule müteallik muamelelerin ifa ve ikmaline intizaren tahkikatın durdurulmasını istihdaf eder. Bu itibarla da dâvanın esasını halleden krarlardan değil dir. 3 — 19/2/944 tarihinde vukubulan fiill hakkında 3005 sayılı kanuna tevfikan aynı günde tanzimedilen meşhut suç

zabıt varakasının müşteki tarafından dâvacı sıfatile imzalanmış ve mahkemede de dâvacı olduğu beyan olunmuş ve yazılı emre mâtuf tebliğnamedeki mütalâanın şikâyet mevcut olduğuna mütedair kısmı da varit bulunduğu kabul edilmiş bulunmasına rağmen yazılı olduğu üzere 19/2/ 944 tarihinde vukubulan fiil üzerinden 6 aylık yazılı şikâyet ve dâva mehli geçmekle karar beraet mahiyetini almış olması yüzünden usulün 343 üncü maddesinin son fıkrasına dayanmağa imkân kalmadığından bahsile kararın aleyhe müessir olmamak üzere bu maddenin dördüncü fıkrası uyarınca bozulmasına karar verilmesi.

4 – Motörden çalınmış olan pekmez tenekesi sabıkalı bulunan maznunun elinde bulunduğuna ve bu tenekeyi bulduğuna dair iddiası kavli mücerredinde kaldığına göre tavsifte isabet bulunmadığına dair yazılı emre dayanan tebliğnamedeki mütalâa dahi varit iken yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden yüksek ceza umum heyetince bittetkik müşarunileyh dairece bu cihetlere mütedair ittihaz olunan kararın reddile mahalli kararının yazılı emre mâtuf tebliğname veçhile bozulması hususunda ve müddetinde itiraz edilerek bu baptaki evrak 9/11/944 tarihli itirazname ile Birinci Riyaset dairesine gönderilmekle umum Ceza heyetince okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

İtiraznamenin hâdisenin sırkat olduğuna mütedair kısmı mahalli mahkemesi kararile daire kararının müstenit olduğu mucip sebeplere binaen gayri varit olduğundan reddine ve itiraznamenin diğer noktaları tamamen varit olmakla kabulüne ve dairei hususiye kararındaki (aleyhe müessir olmamak üzere) kayıdının kaldırılmasına 13/11/944 tarihinde oybirliğile karar verildi.

DAİRE KARARLARI

Posta Kanununa aykırılık

Telgraf ve telefon malzemesine zarar vermek suçu kasıtlı suçlardandır. Taksir halinde posta kanununun 24. maddesi tatbik edilir.

(CK 391, Posta kanunu 24)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi

Esas 9512—Karar 10688

Sevk ve idare etmekte olduğu develerden birinin telefon direğine çarparak yere düşmesine sebebiyet vermekten suçlu Mehmet Gül hakkında yapılan duruşma sonunda: T.C.K. nun 391 ve 89 uncu maddelerine tevfikan bir ay hapsine ve cezasının teciline ve 200 kuruş

harcın alınmasına dair Turgutlu As. C. Hâkimliğinden verilip katileşen 5/11/942 tarihli karar aleyhine yüksek adliye vekâletinden verilen 16/10/944 gün ve 1234/1042 sayılı yazılı emre binaen bu baptaki dâva evrakı C. B Müddeiumiliğinden 20/10/944 tarih ve 809 numaralı ihbarname ile daireye tevdi edilmekle tetkik ve mütalâa olundu:

Mezkûr ihbarnamede:

Telefon direği suçluya ait devenin çarpması neticesinde devrilmiş ve suçlunun kaste makrun bir hareketi mevcut bulunmamış olduğundan hareketi 406 sayılı kanunun 24 üncü maddesine tevafuk ettiği halde T. C. K. nun 391 inci maddesi ile mahkûmiyetine karar verilmesinde isabet görülmemiştir. Mezkûr hükmün C. M. U. K. nun 343 üncü maddesine tevfikan bozulması lüzumu yüksek adliye vekilliğinin yazılı emirlerine atfen ihbar olunmuştur.

İcabı müzakere olundu:

Adliye vekâletinin yazılı emirlerine mâtuf ihbarname varit olduğundan hükmün usulün 343 üncü maddesinin ikinci bendi uyarınca bozulmasına ve 406 sayılı K. nun 24 üncü maddesine uyan hareketinden dolayı maznunun bir lira hafif para cezası ile mahkûmiyetine ve 100 kuruş harcın kendisinden alınmasına 27/10/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Memura hakaret ve söğme

1—Bir memura yüzüne karşı söğme suçunda 266. madde tatbik edilir.
1—Bir memura yüzüne karş hakaret suçunda 480 ve 273. maddeler tatbik edilir.

(CK 266, 273, 480)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 8866—Karar 10816

Çorum askerlik şubesi reisi binbaşı Mesut Acarı gıyabında mevsufen tahkir etmekten maznun asker Durmuş Ertürkün bilmuhakeme T. C. Kanununun 480. 273. 485 inci maddelerine tevfikan bir ay beş gün hapis ve 1940 kuruş ağır para cezalarile mahkûmiyetine ve 20 lira mânevi tazminatın maznundan alınarak müdahile verilmesine dair Çorum asliye ceza mahkemesinden verilen 16/5/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûm tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

A – 266 ıncı maddenin huzurda vakı hakaretlere münhasır olup gıyabi hakaretlere şâmil bulunmamasına.

B – 3038 sayılı kanuna ait adliye encümeni mazbatasının 266 ıncı madde hakkındaki esbabı mucibesini müteakip memura karşı vicahta yapılan hakaretin maddei mahsusalı olması halinde 480 ve 273 üncü maddelerin tatbikı gerekeceği gösterilmesine göre tebliğnamedeki mütalâa ve toplanılan delillere ve hâkimin takdir ve kanaatına nazaran da temyiz itirazları yerinde olmadığından reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün tasdikına ve depo parasının irat kaydına 31/10/944 tarihinde ittıfakla karar verildi.

Yargıtaylanabilme (Temyiz kabiliyeti)

Esas hükmün tabiî bir sonuncu olan zeyl karar başlı başına yargıtaylanamaz.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi

Esas 9480 – Karar 10828

Halilden emaneten aldığı iki beygiri iade etmiyerek emniyeti suiistimalden maznun Hasanın bilmuhakeme: Beraetine dair verilen 21/6/944 tarihli hükmü zeyl olarak maznundan alınıp yediemine bırakılan hayvanların maznuna verilmesine ve dâvacının hukuk mahkemesine müracaatta muhtariyetini mutazammın Bursa ikinci asliye ceza mahkemesinden ittihaz olunan 21/6/944 tarihli kararın temyizen tetkikı müdahil tarafından istida edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle bittetkik:

Zeyl kararının esas hükmün tabiî bir neticesi olup müstekilen temyiz kabiliyeti olmamasına ve esas hükmün temyiz edilmemiş bulunmasına göre temyiz istidasının reddine ve depo parasının geri verilmesine ve 400 kuruş ret harcının müstediden alınmasına 31/10/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Karar düzeltilmesi — Kazanılmış hak

1 — Yargıtay onama harcının gösterilmemiş olması karar düzeltilmesi sebebi değildir.

2 — Karşıkoma (itiraz) süresi geçmiş olan kararların sanık zararına düzeltilmesi yoluna gidilmesi, kazanılmış hakka dokunur.

(CMUK 322)

223

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 9677— Karar 10829

Mahrukatçı İsmail Hakkı'dan rüşvet almaktan suçlu Orman Bölge Şefi Yaşar ve yardım etmekten suçlu ve Orman Revir Amirliği Baş kâtibi Feridin mevkufen bilmuhakeme: T. C. K. nun 212/1,59,65 inci maddelerine tevfikan Yaşarın sekiz ay ve Feridin altı ay müddetlerle hapislerine ve mevkuf kaldığı günlerin mahsubuna dair Uşak Asliye Ceza mahkemesinden verilen 27/7/1944 tarihli hükmün mahkûmların ve mahallî C. M.U. liğinin vakı temyizi dâvalarına binaen bittetkik tasdikını mutazammın daireden sâdır olan 12/9/1944 tarih ve 7992/8922 sayılı ilâmın;

Maznuular hakkındaki hükmün tasdikına ve depo paralarının irat kaydına karar verildiği halde Temyizen alınması gereken harcın Temyiz ilâmında meskûtünanh kalmış olması kararın düzeltilmesini mucip görüldüğü beyanile tashihi karar yolu ile tetkikı Baş M.U.lıkten istida ve dâva evrakı 26/10/1944 tarih ve 626 No.lu tebliğname ile dairey e tevdi olunmakla bittetkik:

(Mahallî mahkemesi hüküm veya kararını zat ve mahiyetine doğrudan doğruya müessir olmak üzere temyiz istida ve lâyihasında veya tebliğnamede dermeyan olunan bir hususun ve bunlar haricinde esas hükme müessir noksan ve hataların temyizen nazara alınmıyarak meskûtünanh kalması hallerinde) tashihi karar yolunu kabul eden usulün 322 inci maddesinin 5 inci fıkrasında gösterilen sebepler arasında temyiz tasdik harcı tâyin edilmemesinin mucibi tashih olacağı mânasını istihraca müsait olanı mevcut değildir.

Harç tâyin edilmemesi haddizatinde mucibi tashih olsa bile C.Baş. M. U.liği itiraz müddetinin 28/9/1944 de munkazi olmasına göre ıslah yolu kalmıyan ilâmın maznun aleyhine tashih edilmesi kazanılmış hakkı ihlâl eder; Binaenalayh:

A—Tashih sebebi bulunmaması,

B—İtiraz müddeti geçtikten sonra tashih yolunun maznun aleyhine kullanılmasının kazanılmış hak esasına aykırı bulunması sebeplerine müsteniden tashih talebinin reddine 31/10/1944 tarhinde ittifakla karar verildi.

Alıkoyma

Alıkoymaya razı oluş suçtan önce olmalıdır.

(CK 430)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi

Esas 8433 — Karar 10833

Reşit olmıyan Abdurrahman kızı Havvayı evlenmek maksadile rızasile yanında alıkoymaktan maznun Abdulahın bozmaya uyularak bilmuhakeme T. C. Kanununun 430—2. 89 uncu maddelerine tevfikan ve yaşından dolayı tenzilen üç ay hapsine ve cezasının teciline ve 600 kuruş duruşma harcının alınmasına dair Serik asliye ceza mahkemesinden verilen 27/6/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mafevk Antalya C. M. U. liğinden müddetinde istida edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Harcın noksan tâyini aleyhe bozma sebebi sayılmamıştır.

Muvafakat alıkoymaya tekaddüm etmek icabeder. Yeniden tâyin edilecek vasinin vukubulmuş bir alıkoymaya muvafakatını kabul, re'sen takibe tâbi olan suçu vaz geçme ile düşecek mahiyete sokar.

Mağdurun ana ve babasının sağ olmadıkları anlaşılmasına ve mevcut bir vasinin muvafakatı mesbuk olduğu maznun tarafından iddia edilmemesine göre temyiz itirazı ve tebliğnamenin birinci bendi ve ırza geçildiğinin maznnnun sorgusunda itiraf edilmesi itibarile de ikinci bendi ve dolayısile bozma mütalâası yerinde olmadığından reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün tasdikına 31/10/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Kamu dâvasına katılma (müdahale) Şikâyetten vazgeçme

Katılanın (müdahilin) mahkemeye gelmemesile kamu dâvasının düşmesine karar verilemez.

(CMUK 347, 361)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi

Esas 9060 - Karar 10837

İlyasa adiyen hakaretten suçlu Nurinin yapılan duruşması sonunda: Dâvacı tebligata rağmen mahkemeye gelmemiş olmasına ve dâva şahsi şikâyete bağlı bulunmasına mebni nsulün 361 inci maddesi veçhile amme dâvasının düşmesine dair Hopa asliye ceza mahkemesinden verilen 29/6/944 tarihli kararın temyizen tetkiki dâvacı tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

229

I — Şahsi yolla takibi kabil suçlarda iddianame yazması C. M. U. sinina dâvaya iştirakta âmme menfaatı olduğunu takdir ve kabul etmesi demektir.

İddianame ile açılan dâvalarda mağdurun sıfatı müdahilliğe inkilâp edeceğinden yalnız şahsi yolla takip edilen dâvaların dâvacıları hakkında kabili tatbik olan 361 inci madde artık bunlar hakkında mevzuu bahis olamazken hilâfına karar verilmesi.

Bozmayı muciptir; Binaenaleyh:

Temyiz itirazı ve tebliğname varit olduğundan hükmün bozulmasına ve depo parasının geri verilmesine 31/10/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Zimmete sebep olma

Bir memurun savsadığı görevi denetlemiyen fakat denetlemekle görevli bulunan kimse hakkında, o savsama yüzünden diğer bir memurun zimmet suçu meydana gelse dahi, görevini savsayan kimse zimmet suçunu işlemediği için, 204. madde tatbik edilemez.

(CK 204)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 9442 — Karar 10972

Tahsildar Hüseyin'in 1025 lira zimmetinin vukuuna sebebiyet vermek suretiyle murakabe vazifelerini ihmal etmekten suçlu Belediye tahsil başmemuru Ali Raif ve Belediye tahsil şubesi memurlarından Murtaza'nın bilmuhakeme: T. C. K. nun 204,89 uncu maddelerine tevfikan 100 zer lira ağır para cezalariyle mahkûmiyetlerine ve cezalarının teciline ve 1025 lira tazminatın ödenmesinde mahkûm Hüseyin'le birlikte mesul olmalarına dair İstanbul Sekizinci Asliye ceza mahkemesinden verilen 11/7/1944 taribli hükmün temyizen tetkiki mahkûmlar tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

1 — Murtaza'nın ihtilâs eden tahsildarı murakabe ile mükellef mevkide bulunmamasına göre 230/1 inci maddeye temas edebilen fiil ve hareketinden dolayı yazılı madde ile mahkûm edilmesi.

2 — Ali'nin doğrudan doğruya ihtilâs edeni teftiş ve murakabe etmemekten değil,dolayısiyle Murtaza'nın ihmal ettiği vazifeyi murakabe etmemekten mesul görülmesine ve Murtaza'nın ihtilâs ve zim-

metten suçluluğu mevzuubahis olmamasına göre tatbik edilen maddedeki suç unsurunun ne suretle tekevvün ettiği gösterilmeden mahkûm edilmesi.

Bozmayı mucip ve itirazlarla tebliğname bu itibarla varit olduğundan hükmün Bozulmasına ve 500 kuruş Bozma harcının haksız çıkacak taraftanalınmasına 2/11/1944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Alıkoyma — Dâvanın ertelenmesi

Alıkoyan alıkonulan ile hükümden önce evlenirse cezanın değil, dâvanın ertelenmesine karar verilir.

(CK 434)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 10201 — Karar 11820

1927 doğumlu Kâmileyi evlenmek maksadiyle rızasile yanında bulundurmaktan suçlu Kâmil Aydın'ın bilmuhakeme: T. C. K. nun 430/2, 434 üncü maddelerine tevfikan ve 18 yaşını doldurmamış olmasına binaen tenzilen üç ay hapsine ve tarafların evlenmelerine mebni cezanın teciline dair Yenişehir As. C. Mahkemesinden verilen 15/7/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mafevk Bursa C. M.U.liğinden dan müddetinde istida edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Esas madde numarasının yanlış yazılması esasa müessir görülmemiştir, ancak;

1 — Suçlu mağdur ile hükümden evvel evlenmiş olmasına göre dâvanın ceza tâyin edilmeksizin tecili icabederken ceza tâyin edilmesi,

Bozmayı mucip ve temyiz itirazı ve tebliğname yerinde olduğundan hükmün Bozulmasına 21/11/944 tarihinde ittifakla karar verildi

Duruşma - Görevsizlik kararı

1 — Sorgu yapılmadıkça duruşma başlamış sayılmaz.

2 — Görevesizlik kararının, son soruşturmanın açılması kararı(yargılama kararı) ayılması için duruşma başladıktan sonra verilmiş olması gerektir.

(CMUK 236, 263)

Yargıtay 1. Ceza Dairesi
Esas 2979 — Karar 2524

Askerî eşyayı bilerek satın almaktan suçlu Nihat Kayayel ve arkadaşları haklarında iddianame ile açılan dâva üzerine Erzurum asliye ceza mahkemesinde yapılan duruşmalı tetkikat neticesinde, fiil askerî ceza kanununun 131 inci maddesine mümas ve ağır ceza mahkemesinin vazifesine dahil mevaddan bulunduğundan bahsile vazifesizlik kararı verilmiştir.

Erzurum ağır ceza mahkemesince bu hususta yapılan son tahkikat sırasında asliyehâkimliğince duruşma açılmadan ve mazmun sorguya çekilmeden evrak üzerinde vazifesizlik kararı ittihaz edilmiş olmasına göre bu karar son tahkikatın açılmasına dair olan kararın neticelerini ihtiva eder mahiyette olmadığından bahsile ilk tahkikat yapılmak üzere evrakın C. müddeiumumiliğine tevdiine dair verilen 14/6/944 günlü kararın (usulen açılan dâva üzerine ceza M. U. K. nun 219 uncu maddesine tevfikan teşekkül eden asliye ceza mahkemesinde duruşmaya başlandığı iddianame ve evrak okundukdan sonra işin mahiyeti müzakere olunduğu 2/11/944 günlü celse zaptından anlaşılmıştır. Mezkûr usulün 236 ıncı maddesine tevfikan bu muameleler duruşmanın açılmasını tazammun edeceğinden duruşma başladıktan sonra vazifezizlik kararı verilmiştir. «Bu safhada C. M. U. K. nunun 265/363 üncü maddesine tevfikan vazifesizlik kararı verilebileceği Alman ceza muhakemeleri usulü kanunu şârihlerinden O. Schwarz tarafından da kabul olunmuştur. (Alman Ceza Muhkemeleri usulü kanunu şerhi, tercüme, S. 501)

Binaenaleyh vazifesizlik kararı üzerine duruşma ikmal edildiğine nazaran esas hakkında gereken hükmün verilmesi icap ederken yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahsile ceza M. U. K. nunun 343 üncü maddesine tevfikan temyizen bittetkik bozulması)yüce Adliye vekâletinin yazılı emrine atfen C. Baş Müddeiumumiliği yüksek makamından ihbar ve dâva evrak itemyiz mahkemesi birinci ceza dairesine tevdi edilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu. Ve aşağıdaki karar tasbit edildi.

Askerî eşyayı satın almak suçundan dolayı Erzurum C. Müddeiumumiliğinin 14/9/944 tarihli iddianemesile doğruca Erzurum asliye ceza mahkemesine sevk olunan suçlular hakkında asliye makemesince«suçluların gelmemesi üzerine iddianame ve müteferriatı okunduktan vazife noktasından makamı iddianın mütalâası alındıktan sonra vazifesizlik kararile dosyanın ağır cezaya sevk edildiği anlaşılma-

sına ve bu yolda verilecek vazifesizlik kararları son tahkikatın açılması mahiyetinde olacağına ve halbuki usulün 236 ıncı maddesindeki sarahata göre duruşmaya ne suretle başlanabileceği musarrah olup asliye mahkemesince bu lâzımeye riayet edilmeksizin mezkûr kararın ittihaz edildiği ve ağır ceza mahkemesince 236 ıncı maddedeki şerait yerine getirilmediğinden işbu kararın son tahkikatın açılması mahiyetinde telâkki olunmamış ve esasında ilk tahkikat yapılmamış olduğundan evrakın Müddeiumumiliğe tevdiine karar verildiği görülmüş ve ağır ceza mahkemesinin bu yolda ittihaz ettiği karar musip bulunmuş olduğundan yazılı emirde zikir ve beyan olunan ağır ceza mahkemesinin kararının kaldırılmasına mütedair olan mütalâa yerinde görülmediğinden mezkûr yazılı emrin bu sebeple reddine 23/11/944 tarihinde oybirliğile karar verildi.

Zarar verme — Ağaç kesme

Seyrekleştirmek için meyvalı bazı dut ağaçlarının kesilmesi suç değildir.

(CK 516, 1528 sayılı kanun)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 10340 — Karar 11577

Ruhsat istihsal etmeksizin meyvalı dut ağaçlarını kesmekten suçlu Dilşadın bilmuhakeme: T.C.K. nun 516/6.522,29,89 uncu maddelerine tevfikan bir ay hapsine ve 35 kuruş ağır para cezası yerine adli tevbih icrasına ve cezasının teciline dair Maden As.C. Mahkemesinden verilen 17/7/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mafevk Elâzığ C. M. U. linden müddetinde istida edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

I — 1528 sayılı kanunun suç saydığı

A — Ağaç bahçesini kâmilen köklemek ve

B—Ticaret kastiyle münferit meyvalı ağaç kesmektir.

Hâdisede ağaçları seyrekleştirmek kastiyle hareket olunmasına göre suç unsurlarının ne suretle teşekkül ettiği izah edilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi.

Bozmayı mucip ve temyiz itirazları ve tebliğname bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün bozulmasına 24/11/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İlmühaberlerde sahtecilik

Gayrimenkulleri olmasına rağmen nakit on lirası bulunmıyan sanık yargıtaya baş vurmak için gayri menkullerini satmak mecburiyetinde değildir. Bu bakımdan buadama yokluk kağıdı vermek, hakikata aykırı ilmühaber vermek suçunu teşkil etmez.

(CK 355)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi

Esas 10368 — Karar 12088

Hakkının temyiz dipozitosunu vermeye gayrimuktedir olduğuna dair hilâfı hakikat ilmühaber vermekten suçlu ve eşhsatan muhtar Mustafa ile işbu hilâfı hakikat ilmühaberi kullanmaktan suçlu adı geçen Hakkının bilmuhakeme: T C K. nun 355inci maddesine tevfıkan ve takdiren birer ay müddetlerle hapislerine dair Küre Asliye Ceza mahkamesinden verilen 28/6 944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûmlardan Mustafa tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü

I — Cayrimenkulü olmakla beraber Hakkının ilmühaber tarihinde on lira nakdî parası bulunduğunun tesbit edilmemiş olmasına ve suç zanni altında bulunan bir vatandaşın temyiz hakkını kullanabilmek için gayrimenkullerini satmak mecburiyetinde olmamasına göre mahkûmiyette isabet bulunmaması.

Bozmayı mucip ve itirazlar bu itibarla varit olduğundan tebliğnamedeki tasdik talebinin reddiyle hükmün bozulmasına ve depo parasının iadesine ve bozma sebebine göre bozmadan temyiz etmiyen Hakkının da istifade ettirilmesine ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 25/11/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Konuta dokunma

Belli saat geldikten ve kapıları kapandıktan sonra umumhane genel bir yer olmaktan çıkar ve her konut gibi dokunulmaz olur.

(CK 191)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi

Esas 10856 — Karar 12580

Şadiye Konigin bulunduğu genelevine geceleyin kapı kırmak suretiyle cebren girmekten maznun Zeki Çubukçunun yapılan duruş-

ması sonunda: Taarruza uğrıyan evin genel bir ev olmasına ve suçlunun oraya eylenmek için gelmiş bulunmasına göre mesken masuniyetini ihlâl suçu mevcut olmadığından maznurun beraetine dair Samsun Asliye ceza mahkemesinden verilen 5/10/1944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahallî C. M. U. liğinden müddetinde istida edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

1 — Umumhane ancak kapısı açık bulunduğu zaman genel ev sayılabilir; muayyen vakit geçtikten ve kapıları kapandıktan sonra mesken vaziyetinde bulunduğuna ve sahibinin rızası hilâfına cebren girildiği kabul edilmesine göre hâdisede mesken masuniyetinin ihlâl edildiği nazara alınmaksızın beraet kararı verilmesi.

Bozmayı mucip ve C. M. U. sinin temyiz itirazları varit olduğundan tebliğnamedeki tasdik mütalâasının reddiyle hükmün Bozulmasına 12/12/1944 de ittifakla karar verildi.

Alıkoyma — Yargıtay incelemesi
Dâvanın ertelenmesi

Hükümden sonra fakat hükmün kesinleşmesinden önce 434. maddeye göre kamu dâvasının ertelenmesine karar verilse bile, ilk hükmün yargıtayca incelenmesi gerekmektedir.

(CK 434)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 10918—Karar 12568

927 doğumlu Müslihat kızı Şehzarı evlenmek maksadı ile ve rızası ile yanında alıkoymaktan maznun Basri'nin bilmuhakeme: T. C. K. nun 430/2, 433 üncü maddelerine tevfıkan üç ay hapsine dair Bandırma As. C. Mahkemesinden verilen 15/9/1944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûm tarafından müddetinde istida ve şartı ifa kılınmış ve tarafların evlenmiş bulunmasına mebni 434 üncü madde mucibince maznun hakkındaki âmme dâvasının teciline 3/10/944 tarihinde karar verildikten sonra mahallinden gönderilen dâva evrakı tebliğname ile daireye tevdi olunmakla icabı düşünüldü.

Hükümden sonra evlenme vukuuna müsteniden verilen tecil kararının 434 üncü maddenin sarahatı dahilinde infaza taallûk etmesine binaen ona takaddüm eden ve temyiz olunan hükmün tetkiki za-

231

ruri ve C. B. M. U. liğinin bunun hilâfındaki mütalâası gayri varit olduğundan reddiyle tetkikatı temyiziye icrasına karar verildikten sonra icabı müzakere olundu.

Zabıtname münderecatına ve toplanılan delillere ve Hâkimin takdir ve kanaatine göre yerinde görülmiyen itirazların reddiyle hükmün Tasdikına ve depo parasının hazineye irat kaydına ve 700 kuruş tasdik harcı alınmasına ve muahhar tecil kararı dahilinde muamele ifa olunmak üzere evrakın mahalline iadesine 13/12/1944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Zina

Kocası uzunca bir zaman için cezaevinde bulunan kadının zinasında 442 madde tatbik edilir,

(CK 442)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
Esas 10980 —Karar 12747

Zina etmekten suçlu Hüseyin karısı Hatice ve suç ortağı Musanın bilmuhakeme: T. C. K. nun 440 cı maddesine tevfikan ve yaşları itibariyle tenzilen ikişer ay onbeşer gün hapislerine dair Şarkışla As. C. Mahkemesinden verilen 26/2/941 tarihli hükmün temyizen tetkiki mafevk Sivas C. M. U. liği ile mahkûmlardan Hatice taraflarından müddetine istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

1 — Dâvacının suça ıttılâı tarihi tesbit edilerek dâvanın 108 inci maddede yazılı mehil içinde açılmış olup olmadığının araştırılmaması,

2 — Müdahilin yedibuçuk seneye sureti katiyede mahkûm olmasına göre 442. maddenin tatbiki gerekip gerekmediğinin düşünülmemesi

3 — Kabule göre 80. maddenin tatbik edilmemesi,

Bozmayı mucip ve itirazlarla tebliğname bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün bozulmasına 16/12/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

232

Kaçakçılık

Çakmak taşı kullanmadığını söyliyen suçlu üzerinde bulunan çakmak taşları için kullanma kaçakçılığı hükümleri tatbiki edilmez.

(Kaçakçılık K 25/1)

Yargıtay 3. Ceza Dairesi
Esas 9172 — Karar 8939

Çakmak taşı kaçakçılığından suçlu Osman Ayten hakkında yapılan duruşma sonunda: 1503 sayılı kanunun 27 ve 1918 sayılı kanun 25/1 inci maddesine tevfikan 525 kuruş hafif para cezasiyle mahkûmiyetine ve 200 kuruş harcın tahsiline dair Konya Ereğilisi asliye ceza hâkimliğinden verilip Temyiz kabiliyeti bulunmıyan 22/3 944 günlü hükme karşı adliye vekilliğinin 12/10/ 944 gün ve 1015/ 1196 sayılı yazılı emri üzerine C. B. M. U. liğinin 18/10/944 gün ve 777 sayılı tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu:

Yazılı emre dayanan tebliğname münderecatı.

1503 sayılı kanunun (7) inci maddesinin 27 inci madde olarak gösterilmesi esasa müessir görülmemiştir.

Ancak: 1 — Suçlu kendisinin çakmak taşı kullanmadığını söylemiş ve üzerinde yakalanan ve mahkemece suçluya aidiyeti kabul olunan 21 adet kaçak çakmak taşı ise şahsi ihtiyaç fevkinde ve istimal ve istiklâk iddiasını bertaraf edecek bir miktarda bulunmuş olduğu halde suçlunun bu çakmak taşlarını şahsi ihtiyacında sarf ve istihlak maksadiyle yanında bulundurduğu kabul edileerek o suretle ceza tayin edilmesi.

2 — Lira kesirlerinin liraya iblağ edilmemesi.

3 — Hükmolunan ve tazmini mahiyette bulunan para cezasının miktarı nazara alınmaksızın 200 kuruş maktu harç tahsiline karar verilmesi yolsuz görüldüğünden mezkûr hümün C. M. U. K. nun 343 üncü maddesine tevfikan bozulmasına dairdir.

Gereği düşünülüp görüşüldü:

Yazılı emre atfen tebliğnamede gösterilen bozma sebepleri dosya münderacatına göre yerinde görüldüğünden ceza tatbikatı cihetinden aleyhe tesir etmemek üzere hükmün C. M. U. K. nun 343 üncü maddesine tavfikan bozulmasına ve harçın tahsil olunmamasına 18/12/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Şikâyetten vazgeçme

Sanıklardan biri hakkında şikâyetten vazgeçmenin diğerlerine de sari olması, ancak zina gibi birlikte işlenmesi mümkün suçların sanıkları hakkındadır.

(CK 99)

Yargıtay 4. Ceza Dairesi

Esas 11560 — Karar 13014

Şükrüyü iki gün, Gülsümeyi 12 gün işlerine mani olacak derecede döğmekten suçlu Yunusun bilmuhakeme: T. C. K. nun 456/1, 4, 51/1, 69 uncu maddelerine tevfikan bir ay iki gün hapsine dair Taşköprü asliye ceza mahkemesinden verilen 4/10/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki mahkûm tarafından müddetinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle icabı düşünüldü.

Şükrünün duruşmadaki ifadesinin feragat mahiyetinde olmamasına ve bu mahiyette kabul edilse bile 99. maddenin son fıkrasının iki maznunun birleşmesiyle kabili husul olan zina gibi suçlara mahmul olup her maznunun ayrı ayrı darbelerle ika ettiği ve darbe tesirlerine göre ayrı ayrı cezayı müstelzim olabilen döğme suçuna gayrı şâmil bulunmasına ve aksini kabul etmek birlikte döğen iki kişiden birinin eserinin 456/2 inci maddeyi müstelzim olması halinde diğeri hakkındaki feragatın halli müşkül bir vaziyet ihdas edebileceğine göre tebliğnamenin ikinci bendindeki mütalâa yerinde değilsede ;

I — Mağdurun üç maznun tarafından döğülmüş olduğunu hazırlıkta beyan etmesine ve 15 gün işine mâni olan darbenin Yunusun eseri olduğunu sübuta vardıran katî delil bulunmamasına göre 463. üncü maddenin tatbiki mümkün olup olmadığının teemmül ve münakaşa edilmemesi.

Bozmayı mucip ve temyiz itirazları ve tebliğname bu itibarla yerinde olduğundan hükmün bozulmasına ve 500 kuruş bozma harcının haksız çıkacak taraftan alınmasına 22/12/944 de ittifakla karar verildi.

Yargıtay Kararları

Nr. 2 **Hukuk Kısmı**

Boşanma — Şiddetli geçimsizlikle kabahatli taraf

Dâvacı tarafından açılmış olan boşanma dâvası zımnında yeni hâdiselere istinat edilmeyip dâvacı tarafından evvelce açılmış olan boşanma dâvasının mumaileyhin kabahatli olmasından dolayı reddedilmesi ve tarafların mücerret beş yıldan beri ayrı yaşaması ve bu sebepten aralarında geçimsizlik bulunması keyfiyeti, kabahatli olan dâvacı için dâva hakkı vermez.

(MK 134 2)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 2/47 — Karar 45

Dâva : Aralarındaki şiddetli geçimsizlikten dolayı boşanmalarına karar verilmesini istemiştir.

Hüküm: İlâmda tafsilen yazılı esbabı mucibeye binaen tarafların boşanmalarına ve evlenmekten memnuiyet hakkında ittihazı karara mahal olmadığına ve hüküm tarihinden itibaren müddeaaleyha için bir sene müddetle ayda seksen lira yoksulluk nafakasının devam ve tahsiline dair verilen hüküm indettemyiz; taraflar arasında evvel ve ahir cereyan eden mahkemeler safahatına ve senelerdenberi devam eden geçimsizliğe mebni uzun bir müddet bir araya gelerek karı koca hayatını iade ve idame etmemelerine ve mahkemece de bu cihet nazara alınarak kendiliğinden inhilâl eyliyen aile birliğinin badema tesis ve devamına imkân kalmadığına kanaat husule gelmiş bulunmasına binaen varit görülemiyen ve binnetice takdire mâtuf bulunan itirazların reddile hükmün tasdiki hakkında müttehaz kararı havi ilâma karşı Emine Nevin vekili avukat Emin Halim Ergun tarafından tashihi karar istenilmekle keyfiyet yeniden bittetkik; dâvacı tarafından ahiren açılmış olan işbu boşanma dâvası zımmında yeni hâdiselere istinat eylemeyip dâvacı tarafından evvelce açılan boşanma dâvasının mumaileyhin kabahatli olmasından naşi ret edildiği anlaşılmış ve tarafların mücerret beş senedenberi ayrı yaşamakta olmaları ve bu suretle aralarında geçimsizlik bulunması keyfiyeti medeni kanunun 134 üncü maddesinin son fıkrası sarahatına nazaran kaba-

hatli olan dâvacı için dâva hakkı bahşetmiyeceği derkâr bulunmuş iken dâvanın kabulü ile boşanmaya karar verilmesi muhalif olduğu halde bu baptaki hükmün dairece tasdik edildiği görülmüş ve tashih talebi bu itibarla varit bulunmuş olduğundan kabulü ve tasdik kararının ref'ile yukarda yazılı sebeplerden dolayı mümeyyezünbih hükmün bozulmasına karar verilerek mahıelline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN VE DURUŞMA İSTEYEN : Emine Nevin vekili

Temyiz Kararı

Duruşma icrası için tâyin olunan 25/10/944 tarihine raslıyan çarşamba günü muayyen zamanda temyiz müstedisi Emine Nevin vekili avukat Emin Halim Ergun ve mümeyyezünaleyh Reşat vekili avukat İsmail İsna Ceniş gelerek hazır olup temyiz müddeti hakkında mümeyezünaleyh vekilinin itirazı olmadığı ledessual ve temyiz arzuhalinin müddeti zarfında verilerek kaydedildiği bittetkik anlaşılmakla hukuk heyeti umumiyesince tarafların şifahi izahları dinlendikten ve dosyadaki kâğıtlar okunup iş anlaşıldktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Tarafların iddia ve müdafaalarına ve zabıtname ile dosyada mevcut evrak münderecatına nazaran hususi dairenin bozma kararı varit olup uymak iktiza ederken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları yerinde görüldüğünden temyiz olunan son hükmün de 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.

Şahit beyyinesi — Mukavele edilen beyyine

Miktarı itibarile senetle ispatı muktazi bir dâvada taraflar şahit istimaına muvafakat ederlerse şahit dinlenebilir.

Zabıtnamenin tarafların ikrar, sulh ve feragatına taallûk eden kısımları bunların huzurunda okunarak kendilerine imzalıtılır.

(HUMK 287, 151)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 4/60 — Karar 66

DÂVA: Müddeaaleyhlerin murisleri zimmetinde bir kıta senetle

236

alacağı olan 414 liranın maa faiz müddeaaleyhlerden tahsiline karar verilmesini istemiştir.

HÜKÜM: Tafsilâtı zabıtname ve ilâmında yazılı olduğu üzere askerde bulunan müddeaaleyhlerden Hasan gıyap kararı tebliğine rağmen mahkemeye gelmemiş olmakla anın gıyabında yapılan mahkeme sonunda: Müddeaaleyhlerden Rukıye ve Mustafa senetten haberdar olmadıklarını def'an dermeyanla muhteviyatı şahadetle tahakkuk ettiği takdirde ödeyeceklerini beyan eylemelerine ve dinlenen şahitlerin beyanatiyle senet muteviyatı sübut bulmuş olmasına mebni müddeabih 414 liranın müddeaaleyhlerden alınarak dâvacıya itasına ve senette yazılı borç meyanına faiz dahi ithal edilmiş olmasına binaen dâvacının faiz talebinin reddine dair verilen hüküm indettemyiz;her ne kadar iddia olunan paranın miktarı itibariyle dâvanın senetle ispatı muktazi bulunmuş ise de, dâva esnasında mümeyyizlerden Mustafa ile Rukıye şahit istimaına muvafakat etmiş olup usulün 287 inci maddesinin ıtlakından anlaşıldığına göre gerek senede raptı icabeden gerek etmiyen maddelerde borçlunun muvafakatiyle şahit istima olunabileceğine binaen Mustafa ve Rukıyenin temyiz itirazları varit olmadığından reddiyle bunlara ait hükmün tasdikına; Hasanın temyizine gelince dâva sırasında silâh altında bulunan Hasanın mensup olduğu komutanlık tarafından memleketine izinli gidip henüz gelmiş olan Hasana tekrar izin verilemiyeceği ve müdafaasına imkân bırakılması mahkemeye bildirildiği halde bu cihet hakkında bir muamele yapılmıyarak gıyaben muhakeme yapılması ve mübrez senetteki mahkûk imzanın usulen tasdik edilmediği ve Hasanın şahit istimaına da muvafakatı olmadığı halde senet ve şahadete binaen hüküm verilmesi yolsuz olduğundan Hasana müteallik kısım: bozularak mahalline iade edilmekle;yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Müddeaaleyh

Temyiz Kararı

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

Dâva olunan Hasan dâvanın şahitle ispatına rıza ve muvafakatı olmadığını beyan ve iddia etmesine ve dâva olunanların bu yoldaki rıza ve ikrarlarını bildiren duruşma zabıtnamesi hukuk U.M.K. nun 151 inci maddesi hükmünce bu kimseler tarafından imza edilmemiş

olduğuna göre netice itibarile hususi dairenin bozma kararı varit ve uyulmağa lâyık bulunmuş iken ilâmda yazılı olduğu üzere ısrara karar verilmesi doğru görülmemiş ve mümeyyiz dâva olunanın bozma dileği varit bulunmuş olduğundan Temyiz olunan son kararın dahi Hakuk 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.

Şahit beyyinesi — Tazminat

Lukatanın istihlâkinden mütevellit tazminat dâvasında şahit dinlenebilir.

(MK 693, HMUK 293)

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 3/222--Karar 194

DÂVA : Düşürdüğü 300 lirayı müddeaaleyh bulmuş ve ödeyeceğini söylemiş iken vermemekte olduğundan tahsili talebinden ibarettir.

HÜKÜM : Şahadetle sabit olduğundan kanunu medeninin 693 üncü maddesi gereğince müddeaaleyh tarafından bulunan 300 liranın tahsiline daire verilen hüküm indettemyiz: Gerçi hâdisede şahit istimaına kanuni mâni yoksa da dinlenen şahitler müddeaaleyhin hariçteki ikrarına şahadet etmiş olmalarına ve usulün 236 ıncı maddesi mucibince mahkeme haricindeki ikrarı teyit edecek delâil ve emare mevcut ise hükme medar olacağına ve bu şahadet edilen ikrarı teyit eder delil ve emare de bulunmamasına göre bu yoldaki şahadetin hükme esas tutulması yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâa beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.

Temyiz Kararı: — Dâva ve sübut delili mahiyetinde ve tatbiki gereken kanun maddesi hükmüne göre hususi dairenin bozma kararı varit ve uyulmağa lâyık iken yazılı bazı mütalâa ile ısrara karar verilmesi yolsuz ve mümeyyiz dâva olunanın bozma dileği yerinde olduğundan temyiz olunan son kararın dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşagıda müfredatı yazılı 550 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 1/11/944 tarihinde çağunlukla karar verildi.

228

İstimlâk bedelinin artırılması—Husumetin tevcihi

Ğayrimenkul sanat okulu inşası için istimlâk edildiğine ve sanat okuluda mahallî maarif idaresine bağlı bulunduğuna göre istimlâk bedelinin artırılması hakkındaki dâva belediye idaresi aleyhine değil, mahallî maarif idaresi aleyhine açılmak lâzımdır.

Yargıtay Hukuk Genelkurulu
Esas 4/54 — Karar 50

Dâva: İstimlâk bedelinin arttırılması talep ve dâva edilmiştir.

Hüküm: Mahallen yapılan tetkikata müstenit rapor münderecatına nazaran talep varit görülerek hükümü fıkrasında izah edildiği üzere istimlâk bedelinin 7583 lira 10 kuruşa iblağına ve masrafların müddeaaleyhe tahmiline dair verilen hüküm indettemyiz; mülkiyeti dâvacıya ait bulunan gayrimenkulün inşa edilecek olan sanat okulu için istimlâk edildiği ve bu gibi okulların mahallî maarif idaresine merbut bulunduğu cihetle mahallinin maarif idaresi aleyhine dâva açılmak icabederken belediye dairesi aleyhinde ikame olunan dâvanın kabulü ile yazılı olduğu üzere karar verilmesinden dolayı bozularak mahalline iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda bazı mütalâat beyaniyle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir.
TEMYİZ EDEN: Müddeaaleyh Belediye reisi

Temyiz Kararı

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

Dâvanın mevzuuna taallûk eden gayrimenkulün inşa edilecek olan sanat okulu için istimlâk edilmesine ve bu gibi okulların maarif idaresine merbut olup dâvada husumet mezkûr idareye mütevecih bulunmasına nazaran hususi dairenin bozma kararı usul ve kanuna muvafık ve buna uymak gerekli bulunmuş iken kanuna aykırı bazı mütalâalar beyaniyle eski hükümde ısrar edilmesi yolsuz ve temyiz itirazı ise varit bulunmuş olduğundan son hükmünde Hukuk U. M. K. nunun 429 uncu maddesine tevfikan BOZULMASINA ve aşağıda müfredatı yazılı 870 kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 5/7/944 tarihiude oybirliğile karar verildi.

Tahliye

Millî Korunma kanununun muaddel 30 uncu maddesi, icra ve iflâs kanununun 269 uncu maddesi ile mucirlere tanınmış olan icra yolunu değiştirmiş ve kapamış değildir.

(İc. ve İf. K. 269, Millî KK. 30)

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi

Esas 3588 — Karar 3555

Temyiz edilen karar: işlemiş altı aylık kira karşılığı altmış lira hakkında tahliye ihtarını da havi olmak üzere borçlu Hasan Güleç'e tebliğ ettirilen ödeme emrine karşı adı geçenin ileriye sürmüş olduğu itirazın kaldırılması; alacaklı Mehmet Poyraz tarafından istenmesi üzerine yapılan duruşma ve tetkikat neticesinde: her ne kadar borçlu, dört aylık kira bedelini ödeyip mayıs ve haziran aylarına ait yirmi lira kira borcu kaldığını ve bu hususu şahitle ispat edeceğini beyan etmekte ise de İcra tetkik merciinde şahit dinlenmesine kanuni imkân görülemediğinden borçlunun vaki olan itirazının kabul haricinde kalan Kânunsani, Şubat, Mart ve Nisan 1944 aylarına ait kırk lira üzerinden ref'ine ve İcra ve İflâs kanununun 269 uncu maddesine tevfikan mecurun tahliyesine karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Borçlu

Temyiz Kararı

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Borçlar kanununun 260 ıncı maddesinde mucirin, kira müddetinin bitmesinden evvel ödenmesi lâzım kira parasını ödemiyen kiracıya muayyen müddetle mehil tâyin ederek birikmiş kiraları bu müddet içinde vermezse kira akdini bozacağını ihtar edebileceği ve bu ihtara karşı borcunu ödemiyen kiracı aleyhinde açılacak tahliye dâvasının Hukuk U. M. Kanununun bazı maddelerini değiştiren 2606 sayılı kanunun 8 inci maddesinde Sulh hâkimleri tarafından görüleceği ve yine mucirin, bu yolda dâva açma hak ve salâhiyetinden ayrı olarak İcra ve İflâs kanununun 269 uncu maddesinde kira borcunu vermiyen kiracılara Borçlar kanununun 260 ıncı maddesine uygun olarak ihtarla ödeme emri tebliğini isteyebileceği ve bu tebliğ üzerine borçlu borcunu vermez veya itiraz etmez yahut itirazı varit görül-

mezse alacaklının isteği ile mecurun tahliyesine karar verileceği yazılıdır.

Temyiz Umumi Heyetince içtihadın tevhidi suretile ittihaz olunan 22/12/1943 taih ve 32/24 sayılı karar ile Hukuk U. M. Kanununun 8 inci maddesi mucibince Sulh hâkimlerinin senelik kira tutarı üç yüz lirayı geçmiyen tahliye dâvalarını görebilecekleri ve senelik kirası daha yukarı olan bu kabil dâvaiarın Asliye mahkemelerinin vazifeleri içine gireceği kabul edilmiş ve daha sonra yürürliğe giren Millî Korunma Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine dair 4648 sayılı kanunun 30 uncu maddesinde ise kira mukaveleleri şartlarına muhalefet sebeplerile açılacak tahliye dâvalarının sulh mahkemelerinde görüleceği yazılı bulunmuştur.

Kira borcunu vaktında ödemiyen kiracılar aleyhinde mucirlere, mahkemeye dâva açmak veya doğrudan icraya müracaat etmek suretile tanınmış olan iki yoldan mahkmeye dâva açma halinde tevhidi içtihat kararile kabul edilen vazife tefrikı keyfiyeti Millî Korunma kanununun yukarda naklolunan 30 uncu maddesi ile kalkmış ve bu dâvaların mutlak surette Sulh mahkemelerinde görülmesi hükmü konmuştur.

Kanunun bir hükmü açık veya zımmî diğer yeni bir hüküm ve mevzu ile ortadan kalkar. Millî Korunma kanununun sözü geçen maddesi sadece mahkeme vazifelerini tefrika müessir olarak İcra ve İflâs kanununun 269 uncu maddesi ile mucirlere tanınmış olan İcra yolunu değiştirmiş ve kapamış değildir.

Yukarda beyan ve tafsil olunan mucip sebeplere göre mümeyyiz borçlunun yerinde olmıyan temyiz itirazlarının reddile usul ve kanuna uygun olan Merci hâkimliği kararının İcra ve İflâs kanununun 366 ve H. U. M. 438 inci maddeleri gereğince (tasdikına) ve aşağıda yazılı masrafın temyiz isteyenden alınmasına 30/11/1944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Avukatlık ücreti tarifesi

Avukatlık ücret tarifesinin tatbik mevkiine konulduğu tarihtene itibaren, icra ve İflâs kanununun vekâlet ücretine müteallik olan 138 inci maddesi hükmü mülga bulunmuş olduğundan, icra işlerinde de vekâlet ücretinin, tatbıkı tarihinden itibaren mezkûr tarifeye göre tâyin ve tesbiti icap eder.

(Avukatlık K. 130, İcra ve İflâs K. 138)

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
Esas 2880 — Karar 3553

Temyiz edilen karar, İstimlâk bedelinden mütevellit alacağa dair olup hükmü infaz edilmek üzere icraya konulan Hakem kararında vekâlet ücreti hakkında bir sarahat mevcut olmadığından bahsile İcra ve İflâs kanununun 138 inci maddesinin 2 inci fıkrasına tevfikan istimlâk bedeli üzerinden % üç vekâlet ücreti takdirine dair icra memurluğunca müttehaz karara karşı alacaklıların vekili sıfatile Mehmet Ali tarafından ileriye sürülen şikâyette; vekâlet ücretinin müvekkilleri için tahsil olunan paradan evvelemirde tefrikı caiz olmayıp maliyeden ayrıca tahsil olunup vekile verilmesi icap edeceği beyan ve iddia olunmakta ise de alacaklıların vekili olduğunu söyliyen Mehmet Alinin Baroda kayıtlı olmaması hasebile dâva ve takipte vekâleti kanunen kabul Mazbatasında da vekâlet ücreti kabul olunmıyacağı gibi esasen hakem karar altına alınmamış ve hükmolunan istimlâk bedelinden dolayı borçlu hazineye yalnız bir icra emri tebliği iktiza edip devlet mallarının haczi caiz olmamak hasebile hazinenin ödemeye mecbur olduğu bu borç ancak Mevcut tahsisattan verilmek veya Muhasebei Umumiye kanununda gösterilen usul ve salâhiyetlere dayanılarak ödenmek muktazi bulunmuş olmasına ve bu itibarla haciz yolile takip mevzuu bahis olamıyacağına ve binnetice hâdisede İcra ve İflâs kanununun 138 inci maddesinin tatbikı cihetine gidilerek takip masrafı arasında vekâlet ücreti takdirine cevaz görülmemesine mebni İcra memurluğunca vekâlet ücretine müteallik olarak ittihaz edilmiş bulunan kararın kaldırılmasına karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden: Efe Sadık ve Hamit vekilleri

Temyiz Kararı

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılıp kabulü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

3499 sayılı Avukatlık kanununun 130 uncu maddesinin bahşettiği salâhiyete müsteniden Adliye aVekilliğince neşir ve ilân kılınmış bulunan tarifenin ayrı ayrı kısımlarında ilâmlı ve ilâmsız icraî takiplerde avukat ve dâva vekillerine verilecek ücret miktarı nisbî ve maktu olmak üzere tâyin ve tesbit edilmiş ve binaenaleyh işbu tarifenin tatbik mevkiine konulduğu tarihten itibaren İcra ve İflâs kanununun vekâlet ücretine müteallik 138 inci maddesi hükmü mülga bulunmuş ve takdir olunan % üç vekâlet ücretine borçlu şikâyet

etmeyip alacaklı vekili tarafından şikâyet vukubulmuş olmasına göre hâdisede vekâlet ücretinin bu tarife hükümlerine göre tesbiti iktiza ederken Mercice yazılı olduğu veçhile karar verilmesi kanuna muhallif olduğundan temyiz olunan kararın zikrolunan sebepten İcra ve İflâs kanununun 366 ve H. U. M. kanununun 428 inci maddeleri gereğince (Bozulmasına) ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 30/11/944 tarihinde itt.fakla karar verildi.

Komşuluk hakkı — Su yolu geçirme hakkı

Hububat ekilmekte olan tarlanın çeltik ittihazile pirinç ekilmek üzere tarla ile suyun bulunduğu yer arasından geçen umuma ait yolu işgal veya köprü ile katederek ve bir köy merasını ikiye bölerek bir hark vücuda getirilmesi halinde komşuluk hakkına dair hükmün tatbikile irtifak hakkı tesisi caiz değildir.

(MK 661, 668 — 671)

Yargıtay 1. Hukuk Daıresi
Esas 2771—Karar 3266

Osmaniye Tüccarlarından Hasan Özdemir ve Cevdetiye köyünden Ömer Öz Türk ve Zekeriya Başaranın yeni köy şahsiyeti maneviyesine izafeten muhtarı Tevfik Türk oğlu aleyhine 15/2/944 tarihli tapu ile mutasarrıf bulundukları Ceyhan Nehri kenarında kâin malumülhudut sekiz hektar tarlalarını gerek Ceyhan Nehrinden ve gerekse Ahmedi Muçtar kanalından sulamak için açılacak hark yerlerinin köy merası olduğundan bahsiyle müddeaaleyh köy tarafından müdahale edilmekte olduğundan ve esas itibariyle müddeaaleyh köy namına müseccel bir mera bulunmad ve mezkûr mahallın köye ait mera olduğu farz ve kabul edilse bile kanunu Medeninin 666 ve 671 inciğından meddeleri mucibince muhik tazminat mukabilinde hark açılmasına ve kendilerine sudan intifa hakkı verilmesi lâzım geldiğinden bu hususta müddeaaleyh köyün vaki müdahalesinin men'ine karar verilmesi talebiyle ikame eyledikleri dâvadan dolayı cari muhakeme sonunda; dâvacıların tarlalarını sulamak için açılacak kanalın köy merasından geçeceği ve bundan dolayı köy ahalisine ve meraya bir güna zarar bulmıyacağı ve ancak Ahmet muhtarın kanalı cihetinden üç çiftci yolu ile birde umumi yolun bulunduğu ve bunların muhkem köprü yapıldığı takdirde müruru ubu-rada mâni olmıyacağı ve Ahmet Muhtarın harkı tarafından açılacak kanalın 2450 metre Ceyhan Nehri tarafından açılacak kanalın 1400"

743

metre olduğu ve açılacak su yolu için yeni köy merasından başka bir yer bulunmadığı mahallen yapılan keşif ve mesaba ile anlaşılmış ve Kanunu Medeninin 668 inci maddesi mucibince yapılacak zararın tamamile ve peşin tazminat mukabilinde müddeaaleyh köyün müddeabih suyun geçmesine müsaade etmeleri lâzım gelmiş olduğundan Ahmet Muhtarın çeltik harkı cihetinden açılacak 2450 metre su yolu için 490 lira ve Ceyhen Nehri cihetinden açılacak 1400 metre su yolu için 280 liraki ceman 770 lira tazminat peşinen köy sandığına verilmek ve umumi yol ile çiftci yollarınında muhkem köprüler yapmak şartiyle kanalın açılmasına dair Cebeli bereket asliye hukuk hâkimliğinden sadır olan 10/4/944 tarihli ve 267 — 120 No. lu ilâmın temyizen tetkiki müddeiler ile müddeaaleyh köy namına muhtarı Tevfik Türk oğlu tarafından müddeti içinde verilen arzuhalle istenilmiş olmakla

KARAR

Dâvanın mevzuu; Kanunu Medeninin 668 inci maddesinin tatbikini icabettirecek mahiyette olmayıp; şimdiye kadar hububat zer edilmekte olan tarlanın çeltik ittihaziyle pirinç ekmek üzere; tarla ile suyun bulunduğu yer arasından geçen umuma ait yolu da işgal veya köprü ile katederek ve müddeaaleyh köy merasını da ikiye bölerek uzakta bulunan sudan bir hark vücuda getirilmesine mümanaat olunmaması talebinden ibaret olduğundan Kanunun aradığı zaruret burada bulunmamış ve harkın açılarak suyunun alınmasına hükmedilen Ahmet Muhtar çiftliği sahibi ile yol üzerine bir köprü yapılmasına hükmedilen Devleti temsil etmesi lâzım gelen Maliye Hazinesi hasım nasp ve onlar Dâvet olunmıyarak bunlara müessir bir hüküm verilmesi kanunen caiz bulunmamış iken ilâmda yazılı olduğu üzere talep veçhile bir harkın açılmasına hüküm verilmesi usul ve kanun hükümlerine ve bilhassa zikri geçen Kanunu Medeninin 668 inci maddesine muhalif ve nakzı müstelzemdir.

Nakız talebi bu itibarla yerinde olduğunda mezkûr hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesine tevfikan bu sebeplerden dolayı «NAKZINA» ve evrakın mahalline iadesine ve „870" kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 24/ Teşrinievvel/ 944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İcar — Tahliye

Kira vermemek ve mecuru ahara vermek suretile akdin şartlarını ihlâl eden kiracının tahliyesine karar verebilmek için borçlar kanunu mucibince ihtara rağmen müstecirin temerrüdünün sübutu lâzımdır.

(Milli KK. 30, BK 254)

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi
Esas 11625 — Karar

Dâva: Aylığı 10 liradan bir sene müddetle kiraya verdiği apartımanın 3 No. lu dairesinin müddeti icarı hitam bulduğundan ve 9 aydanberi icar vermediği gibi mecurda başka bir şahıs ikamet ettiğinden tahliyesile teraküm eden 80 liranın tahsili talebinden ibarettir.

Karar: İcar bedelinden müterakim 80 liranın tahsiline ve müddeaaleyhin bebelâtı icareyi vermemek ve mecurda başkasını ikamet ettirmek suretile mukavele ahkâmını ihlâl ettiğinden mecurun tahliyesine mütedairdir.

Temyiz eden: Müddeaaleyh.

Temyiz Kararı

Kira vermemek ve mecuru ahara icara vermek suretiyle akdin şartlarını ihlâl eden mecurun tahliyesine karar verilebilmek için borçlar kanunu mucebince ihtara rağmen müstecirin temerrüdünün sübutu lâzımdır. Bu cihet tetkik edilmeksizin tahliye kararı verilmesi yolsuzdur hükmün NAKZINA 20/10/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

İcar — Tahliye

Yeni malikin mecuru tahliye ettirebilmesi için meskene ihtiyacı olduğunun sübutu ve kira müddetinin bitmesi lâzımdır.

(Millî KK. 30)

Yargıtay 3. Hukuk. Dairesi.
Esas 12256 — Karar.

Dâva: Müddeaaleyhin kira ile oturduğu evi satın aldığından ve başka meskeni olmadığından dolayı tahliyesi hakkında ihbarda yapıldığından tahliyesi talebinden ibarettir.

Karar: Borçlar kanununun 262 ve 254 üncü maddeleri mucebince kanuni mehle riayet edilmeden dâva açılmış olduğu anlaşıldığından reddine mütedairdir.

Temyiz eden: Müddei vekilliği

Temyiz Kararı

Mecur gayrimenkul satıldığı takdirde yeni malik meskene ihtiyacından dolayı millî korunma kanununun 30 uncu maddesi veçhile

icar müddetinin bitmesi şartiyle ancak mecuru tahliye ettirebilir. Binaenaleyh icar müddeti bitmiş ise meskene ihtiyacından dolayı tahliye için borçlar kanunu hükümlerine göre de ihtara lüzum yoktur.Bitmemiş ise borçlar kanununun 254 üncü maddesi hükmünce ihtar yapılsa dahi icar akdinin feshine ve tahliyeye mezkûr 30 uncu madde mânidir.Bundan dolayıdır ki yeni malikin mecuru tahliye ettirebilmesi için meskene ihtiyacı olduğunun sübutu ve kira müddetinin bitmesi lâzımdır. Bu yolda tetkikat icrası lâzım gelirken bazı mutalâat serdiyle dâvanın ret edilmesi yolsuzdur hükmün NAKZINA 8/11/944 tarihinde ittfakla karar verildi.

İcar—Tahliye

Müzayede ilâmına millî korunma kanununun 30. maddesi hükmünün mahfuz olduğuna dair bir kayıt konmaması mezkûr hükmün tatbikina mâni değildir.

(Millî KK. 30)

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi

Esas 933 — Karar

Dâva: Müddeaaleyhin tahtı işğalindeki evi mesken zaruretine mebni satın almış olduğundan tahliyesi talebinden ibarettir.

Karar: Müddeabinin müddeiye millî korunma kanunu hükümleri mahfuz kalmak şartiyle satılmış olmasına göre mesmu olmıyan dâvanın reddine mütedairdir.

Temyiz eden: Müddei.

Temyiz Kararı

Müzayede ilâmına millî korunma kanununun 30 uncu maddesi hükmünün mahfuz olduğunun ilâve edilmemiş olduğu farz olunsa dahi bu madde hükmünün gerek gayrimenkulü satın alan ve gerek kiracı hakkında tatbik edileceği tabiî olduğundan bu madde hükmünün ilâna dercedilmesi hâdisede haizi tesir değildir. Binaenaleyh böyle bir fıkranın derci satın alanın meskene ihtiyaç ve zarureti dolaysiele tahliye talebine mâni teşkil etmez. Çünkü mezkûr 30 uncu madde zaten mal sahibine müddetin hitam bulması şartiyle maskene ihtiyaç dolaysiyle tahliye talebi hakkını vermektedir. Bu itibarla böyle bir fıkranın mücerret derç edilmesi dâvanın kabulüne mâni olmadığı halde hilâfına mutalâa ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz olduğundan hukmün NAKZINA 10/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

Kira — Gecikmiş Kiralar -- İhtar

Gecikmiş kiralar sebebile kira bozulmak ve tahliye istenebilmek için ihtira lüzum vardır. Yaksa âdiyen kira bedellerinin tahsilini dâva edebilmek için daha evvel ihtarda bulunmağa hacet yoktur.

(BK 260)

Yargıtay Ticaret Dairesi

Esas — 944 2791 — Karar 44-2161

Dâva: Dâvacılar vekili, dâva olunan, mukavelesiz olarak işgali altında bulunan mağazanın kira karşılığını vermemiş olduğu cihetle kira karşılığından alacağı olan 260 liranın faiz ve vekâlet ücretiyle birlikte tahsilini istemiştir.

Karar: Kira karşılığının ödenmesi için usulen ihtar yapılmamış olmasına mebni bu ihtar yopıldıktan sonra dâva ikamesinde muhtar olmak üzere yerinde görülmiyen işbu dâvanın reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden: Süleyman ve Samiye vekili Celâl Perin.

Temyiz Kararı

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

Dâva mecurun tahliyesi talebine dair olmayıp mütarakim kira bedellerinin tahsili isteğinden ibaret olduğu ve Borçlar kanununun 260 ıncı maddesinde tahliye talebedilebilmek için ihtar lüzumu beyan edilip yoksa âdiyen kira bedellerinin tahsilini dâva edebilmek için daha evvel ihtarda bulunmak icabettiği hakkında kanunda bir hüküm mevcut bulunmadığı halde dâvanın ve maddenin mevzularından zuhul edilerek yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet görülemediğinden ve bozma talebi bu itibarla yerinde olduğundan temyiz edilen hükmün zikirolunan sebepten dolayı Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 428 inci maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 600 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 16/11/944 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Vazife — Maden arama ve çıkarma

Bir kimsenin taharri ruhsatnamesini haiz bulunduğu bazı yerlerde, maden aramak ve çıkarmak ve bunların jeolojik haritalarını yapmak ve ocaklar faaliyete sevkelmek için fenni ve idari tertipler almak gibi hizmetleri üzerine olan diğer bir kimsenin bu hizmetlerine karşılık verilmesi taahhüt edilen ücreti kısmen alamamaktan dolayı açtığı dâva ticaret mahkemesinin vazifesi dışında kalır.

(TK. 1, 19)

Yargıtay Ticaret Dairesi
Esas 943 2579 - Karar 2308

Dâva: Dâvacı vekili, dâvalı, mukavele mucibince müekkiline madenlerde çalışma ücreti olarak 300 liradan 10 ay zarfında 3 bin lira vermeyi taahhüt ettiği ve müekkili taahhüdatını yerine getirdiği halde 1437 lira 91 kuruş verip bakiye 1562 lira 79 kuruşu vermemiş olduğundan, bu paranın tahsilini ve dâva olunan da; dâvacı taahhüt ettiği görevleri tamamen yerine getirmemiş olduğundan fuzuli olarak aldığı 1437 lira 91 kuruşun geri alınmasını istemişlerdir.

Hüküm: Dâvacının taahhüt ettiği işleri tamamen ifa ettiği şahadet ve ehli vukuf raporlariyle ve dâvacının yeminiyle tahakkuk etmiş olduğundan mukavele mucibince 10 ay için ayda 300 liradan dâvacının istihkakı olan 3 bin liradan aldığı 1437 lira 21 kuruşun tenziliyle bakiye 1562 lira 79 kuruşun dâva olunandan tahsiline ve yerinde görülmiyen mukabil dâvanın reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden ve duruşma isteyen: Hüseyin Münir Dostel vekili avukat Nurullah Kural.

Temyiz Kararı

Temyiz edenin isteği üzerine belli günde temyiz eden adına vekili avukat Nurullah Kural ve aleyhine temyiz olunan adına da vekili avukat Hilmi Kocabay gelip temyiz süresi hakkında aleyhine temyiz olunan vekilinin bir diyeceği olmadığı ve temyiz istidasının süresi içinde ita ve kaydedildiği anlaşıldıktan sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek bir karar verilmesi hususunun başka bir güne bırakılması uygun görülmüştü. Bu kerre temyiz edilen ilâm ve dosyadaki bütün kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylaşıldı:

Dâva: taraflar arasında tanzim kılınmış olan bir kıta mukavelename mucibince, dâvalının taharri ruhsatnamesini haiz bulunduğu bazı mevkilerde maden aramak ve çıkarmak ve bunların jeolojik haritalarını tanzim eylemek ve ocakları faaliyete sevk için fenni ve idari tertibatı almak gibi hizmetleri üzerine alan dâvacının bu hizmetlerine mukabil dâvacı tarafından verilmesi taahhüt edilen ücretten bir kısmının verilmediğinden bahisle bunun tahsili talebine müteallik olup ticaret mahkemesinin görevinden hariç ve tamamen Ticaret kanununun 19 uncu maddesinin şümulü içine giren hukuki mevaddan bulunduğu cihetle mahkemece dâvanın görev noktasından reddi lâzımgelirken bu cihet düşünülmiyerek dâvanın rüyet ve halli cihetine kidilmesi yolsuz ve temyiz talebi bu itibarla varit görüldüğünden temyiz olunan hükmün bu sebepten dolayı Hukuk usulü muhakmeleri kanununun 448 inci maddesi kereğince Bozulmasına ve aşağıda yazılı 470 kuruş temyiz masrafının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 7/11/1944 tarihinde oyçoğunluğiyle karar verildi.

İhalenin feshi—Avukat ücreti

Mütaahhidin geri kalan taahhüdünü yerine getirmekten temerrüt etmesi üzerine alacaklı idarenin bağıtı bozup bir ay içinde eksiltmeğe teşebbüs etmesi lâzımdır.

Avukatlık kanunun 131.maddesi ücret tarifesinde gösteriren aşağı haddin üç misline kadar ücret takdirine müsait değildir.

(Artırma eksiltme K.Avukatlık kanunu 131)

Yargıtay Ticaret Dairesi

Esas 44-83-Karar 2238

Dâva: Dâvacı vekili, dava olunan, kilosu üc kuruş 30 santimden vermeyi kabulettiği 130 ton meşe odunundan 20 tonunu vererek geri kalan kısmını vermediğinden 2490 sayılı kanun hükümlerine göre dâvalı namına hariçten altı kuruştan odun satın alınmış olduğun tan hazinenin beher kilode iki kuruş 70 santimden zararı olan 2970 liradan irat kaydolunan 643 lira 30 kuruşun tenziliyle geri kalan 2326 lira 50 kuruşun faiz ve vekâlet ücretiyle beraber dâva olunandan tahsilini istemiştir.

Hüküm: Dâva olunanın taahhüdünü yerine getirmediği ikrarından anlaşılmış olmasına mebni, bilcümle müdafaatın reddile teminatın irat kaydolunduktan sonra bakiye kalan 2326 lira 50 kuruşun % 5 faiz ve 100 lira vekâlet ücretile beraber dâva olunandan tahsiline karar verildiğini nakıktır.

Temyiz eden: Osman Ural vekili İbahim Şenbark.

Temyiz Kararı

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

Muhakeme zabıtnamesile diğer dâva evrakı münderecatına ve temyiz edilen hükmün istinadettiği maddi ve kanuni delillere ve temyiz edilen dâvalının mütebaki taahhüdünü ifadan temerrüdetmesi üzerine demiryolu muhafaza taburu tarafından 2490 sayılı kanun hükümlerince mukavele feshedilip mezkûr kanunda tâyin edilen bir ay müddet içinde eksiltmeye teşebbüs olunmuş olmasına ve avukatlık kaunununun 131 inci maddesinin ikinci fıkrası ücret tarifesinde gösterilen aşağı haddin üç misline kadar vekâlet ücreti takdirine müsait bulunmamasına göre lâyıhada ileriye sürülen itirazlar yerinde olmadığıdan hepsinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün, TASDİKINA ve aşağıda yazılı 4270 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 27/10/944 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Dâvanın İhbarı

Dâvayı ihbar, buna lüzum gören tarafin yapabileceği şeyler cümlesindendir. İhbara rağmen bir dâvaya müdahale etmeyen şahıs hakkında o dâva görülürken hiç bir işlem ve yargılama yapılamaz.

(HMUK 49)

Yargıtay Ticaret Dairesi
Esas 43-2754—Karar 2236

Dâva: Dâvacı vekili, dâva olunanın murisi Ali Barın Türk ticaret anonim şirketinden müekkili bankaya ciro edilmiş emre muharrer senetle borcu olan 816 lira 43 kuruşun faiz ve vekâlet ücretiyle birlikte tahsilini istemiştir.

Hüküm: İmzası inkâr olunup tatbikat ile dâva olunanın murisine ait olduğu sabit olan senet muhteviyatı 816 lira 43 kuruşun dâva tarihinden itibaren % 5 faiz ve takdir olunan 48 lira 85 kuruş vekâlet ücretiyle birlikte dâva olunandan tahsiline ve tazminat talebinin reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden: Fatma Barın vekili avukat Nejdet Sav.

Temyiz Kararı

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

Muhakeme zabıtnamesiyle diğer dâva evrakı münderecatına ve temyiz edilen hükmün istinadettiği maddi ve kanuni delillere ve vukuf ehlinin raporunda imzasının ölü Aliye ait olduğu katî olarak bildirilmiş olmasına ve dâvalıya ihbara mahkemece mahal görülmemesinin sebebi kararda izah edilmiş olduğundan başka dâvayı ihbar etmak buna lüzum gören tarafın yapabileceği şeyler cümlesinden bulunmasına ve ihbara rağmen bir dâvaya müdahale etmiyen şahıs hakkında mahkemece o dâva görülürken hiç bir muamele ve muhakeme yapılamıyacağına göre lâyıhada ileriye sürülen itirazlar yerinde olmadığından hepisinin reddiyle usul ve kanuna uygun ve mucip sebeplere müstenit olan hükmün Tasdikına ve aşağıda yazılı 1674 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 27/10/944 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DÜZELTME

Adliye Dergisinin 1944 Yılı sayı 11, sahife 280 de hulâsa kısmında (Şufadan feragat şahitle ispat olunur) cümlesinde (Olunur) kelimesi, karar metninden açıkca anlaşılacağı gibi, bir tertip hatası olup (Olunmaz) olarak düzeltilmesi gerekir.

250

Adalet Dergisi

Sayısı 30, yıllık abonesi 300 kuruştur.

Adalet Bakanlığı tarafından bastırılan veya satın alınan ve mevcuda bulunan kitapların adları, fiyatları, aşağıda; eldeetme 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
Adalet Mantığı„	300
(941-942 Yılları Yargıtay Kararları Hukuk Bölümü	300

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

Dergiye konulmak üzere gönderilen yazılar yeni türkçe terimlerle yazılmış olmalıdır.

251

252