

İZMİR BAROSU

DERGİSİ

İkincikânun 1943

Sayı : 3 - 27

Nisan

Sayı : 4 - 28

Sahibi : İZMİR BAROSU

İşleri direktörü : Avukat NURİ SITKI ERBOY

Üç ayda bir çıkar

TİCARET BASİMEVİ - İZMİR

23 / 4 / 1943

MAKALELER :

Osman Nuri UMAN	Cumhuriyet Merkez Bankası Hukuk müşaviri ve avukat	« İntizamı Âmmeye » işleminin kanunlarımıza girişi ve mânası
Dr. Osman BERKİ	Ankara Hukuk Fakültesi Doçentlerinden	Devlet hususi hukukunda Âmmeye intizamı
Müfit ERKUYUMCU	İzmir Asliye Hukuk Hâkimi	K. Medenin 648, 649, 650 inci maddeleri ve tatbikat
İmran ÖKTEM	Ankara Asliye mahkemesi 3 üncü hukuk Hâkimi	Hâkim hakem olabilir mi?
Feyzi USLU	Manisa Meb'usu	Tüccarî beyide müşterinin temerrüdü karşısında bay
Dr. Necmi OSTEN	Doçent	«İbco» davasından onuncu ihtilâf hakkında verilen karar
Dr. K. Fikret ARIK		Boşanmada memnuiyet müddeti meselesi Adliye Vekâletinin bir anketi münasebetiyle

TERCÜMELER :

Rene Morel	Dr. Salih ENGİN	Fransa adli teşkilâtı
Prof Dr. Schönke	Dr. H. BELBEZ	Maddî hukuk ile hukuk muhakemeleri usulü arasındaki bağılığa dair bazı mülâhazalar

KONFERANSLAR :

Prof. Dr. Hıfzı VELDET	Evlenme ve boşanma hukukumuzda medenî ve cezâ bakımından ne gibi tadilatla ihtiyaç vardır
------------------------	---

TEMYİZ KARARLARI :

Toplayan:	İzmir Asliye birinci
Müfit ERKUYUMCU	hukuk Hâkimi

İÇTİHAHLAR :

Mahmut Celâlettin İBER	İzmir Barosunda avukat	Mururuzaman iddiası mahkemenin her safhasında dermeyan edilebilir mi?
------------------------	------------------------	---

“ İntizamı Âmme „ İstilahının Kanunlarımıza Girişi ve Mânası

Yazan: Osman Nuri UMAN

Cumhuriyet Merkez Bankası Hukuk
Müşaviri ve Avukat

« İntizamı âmme » istilâhı eski Usulü Muhakemei Hukûkiye Kanununun 64 üncü maddesinin 28 Nisan 1330 tarihindeki tadiliyle mevzuatımıza girmiştir. Ondan sonra bu istilâh ecnebilerin hukuk ve vezâifine dair 23 Şubat 1330 tarihli muvakkat kanunun dördüncü maddesinde kullanıldı. Cumhuriyet devrinde çıkan bazı kanunlarımızda meselâ, Borçlar kanununun 19 uncu, Medenî kanunun 865 inci, Kanunu medeninin sureti mer'iyet ve şekli tâtbihi hakkındaki kanunun 2 nci ve Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun yirmi ikinci maddelerinde bu istilâh yer almıştır.

Lozan konferansının ikamet ve salâhiyeti adliye hekkındaki mukavelenamesinde (madde: 5) âkit memleketlerde teşekkül edip Türkiyede teessüs eyliyen ticarî, malî ve sınaî şirketlerin memleketimizde intizamı

âme hükümlerine riayet şartıyla faaliyette bulunabilecekleri beyan edilirken (intizamı âme) ıstılahı kullanılmıştır.

Intizamı âme ıstılahının tarifi, bizim kanunlarımızda yer almadığı gibi bir kaç devletin görebildiği medenî kanunlarında dahi ba ıstılahın tarifine tesadüf etmedim. Halbuki medenî kanunların hemen hepsinde intizamı âmeden bahsolunuyor, meselâ Fransız Medenî kanunun altıncı maddesinde; intizamı âmmeye ve ahlaka ait olan kanunların hususî mukavelelerle ihlal edilemeyeceği, aynı kanunun 1133 üncü maddesinde kanunen memnu olan, ahlaka veya intizamı âmmeye mugayir bulunan sebebin gayri meşru olduğu beyan edilmiştir.

Polonya Borçlar kanununun 56 nci, Romanya Medenî kanununun 5 inci maddelerinde yine intizamı âme ıstılahı vardır. Yalnız Alman Medenî kanununda âme intizamı tabirine rastlamadım, bu kanunun 138 ve 817 nci maddelerinde « ahlak ve adab » diye tercüme ettiğimiz bir ıstılah vardır.

Medenî kanunumuzun 865, Borçlar kanununun 19 ve Tatbikat kanununun ikinci maddeleri, İsviçrenin aynı kanunlarından alındığı için bu maddelerdeki intizamı âme tabirini izah edebilmek için evvelâ bu memleketin en tanınmış hukuk bilginlerinin mutalealarını aynen alıyorum: Profesör Von Tuhr, Almancadan *Partie générale du Code des obligations* « Borçlar hukukunun umumî kısmı » adıyla Fransızcaya tercüme edilen eserinin 219 uncu sahifesinde diyor ki: Borçlar kanunun 19 ve Tatbikat kanununun ikinci maddelerinde intizamı âmeden muhafazalarında camia (devlet ve cemiyet) nın mühim bir alâkası olan hususî hukuk kaidelerinin en başlı kısmı ailede, aynı haklarda ve bir kısmı vasiyetlerde bulunur; bilâkis Borçlar hukuku, tarafların menfaatlerine taalluk edip intizamı âmmeyi alâkadâr etmiyor. Von Thür'ün reyine göre; borçlar hukukundaki âmir hükümlerden hiç biri intizamı âmeden olmayıp hattâ bu hukuk hükümleri ahlak ile de, diğer hukuk hükümlerinden (hususiyle aile hukukundan) daha az ilgilidir.

Borçlar hukukundaki bazı hükümlerin âmir olmalarının, yani hilâfına muamele ve mukavele caiz olmamasının sebebi bu hükümlerin ilgasının ahlaka bir tecavüz teşkil etmesidir. Borçlar kanunundaki bir hükmün, şahsın hukukuna taalluku bakımından, çok defa âmir telâkki edildiği

vakı oluyor; binaenaleyh taraflardan zeif olanın hürriyetini ifret derece takyid ve yahut en esaslı haklarına tecavüz teşkil eden hareketlerini iktisakî ve içtimai bakımdan men eyliyen kaideler âmir hükümler telâkki edilmiştir.

Alfred Martain, Borçlar kanunu nazariyeleri eserinde « Intizamı âme mefhumu » adabı umumiye, şahsiyete müteallik hukuku ve kanunun sureti katiyede emreylediği kavailin kâffesini camidir. Bu zümreye dahil bulunan bütün hususları burada saymağa imkân yoktur. Bir adamın şahsî hürriyetinden feragati intizamı âmmeye (Medenî kanun 22. bir de 27 nci madde) ve aynı zamanda ahlak kaidelerine mugayir olurdu. Hukuku aileye dair olan kaidelerin ekserisi de kanunun kat'i surette emrettiği kaideler cümlesindendir... » Diyor. Schneider ve Fich, Borçlar kanunu şerhi adındaki eserlerinin birinci cildinin elli beşinci sahifesinde « Âme intizamının, adab ve ahlakın ve hattâ şahsiyete bağlı hakların tarifleri kolay değildir ve bunlar yani âme intizamı, adab ve ahlak, onları takdir edecek olanların görüş tarzlarına göre ehemmiyetli surette değişir, meselâ iştirâkçiler (collectiviste) için gayri ahlakî olan bir şey ferdiyetçiler için bir gayedir.

Bu kanunî hükmün tefsirinde bazı kimselerin içtimai veya dinî fikirlerinden değil, devletin esas teşkilâtı hakkındaki temel kaidelerinden ilham alınmak gerektir. Tarafların serbest iradeleri, ancak pek büyük bir ehemmiyeti haiz olan içtimai menfaatler icap eyleyince tahdid edilmelidir.... » Fritz Funk, Borçlar kanunu şerhinin on yedinci sahifesindeki 7 numaralı notta intizamı âme için « ... yani muhafazalarında camianın alakalı bulunduğu kaidelerdir. » diyor.

Bizde sayın Profesör Esat Arsebük'ün Borçlar hukuku için en zengin ve emin bir tetkik vasıtası olan eserinde [1] « Bir hüküm âmir mahiyetini haiz olur, eğer ona riayetsizlik âme intizamına, ahlaka, adaba veya şahsiyete müteallik hükümlere muhalefeti intaç etmekte ise. Burada âme intizamından anlaşılmak lâzımgelen mâna, topluluğun menfaatleri namına riayeti lâzımgelen hususî hukuk kaideleridir. Yani bu kaidelere riayet olunmasında cemiyet veya devlet büyük menfaatler görüyor demektir.

Âme intizamını alakalandıran kaideler umumiyetle aile hukukunda

[1] Borçlar hukuku. İkinci basım, birinci cilt. 1943, sayfa 354, 355.

aynı haklarda, kısmen de miras hukukunda vardır. Borçlar hukuku esas itibariyle âme intizamına bağlı olan bir hukuk kaidesi değildir. Esas itibariyle sadece tarafların karşılıklı menfaatlerini tanzim eden bir hukukta, âme intizamı hükümlerinin yeri yoktur; hâttâ Borçlar kanununda âme intizamına taalluk etmesi dolayısıyla âmir mahiyeti haiz olan tek bir hüküm bulunmadığını katiiyetle iddia eden hukukcular dahi vardır. Borçlar hukuku - bilhassa aile hukukunda olduğu kadar - ahlaki telâkkilere temas etmez. Bununla beraber bertaraf edilmeleri halinde adaba muhalefet teşkil edecek olan bazı kaideler âmir bir mahiyeti haiz bulunmaktadır... » mutaleasını ileri sürüyor.

Profesör Henri Capitan'ın - Introduction à l'étude du droit civil - Medenî hukukun incelenmesine giriş - nam eserinin, intizamı âmm kısmını istifadeye şayan gördüğünden onu mevzuatımızla mezcederek naklatmaktan kendimi alamadım.

Husufi hukuktaki âmir kanunlar ya intizamı âmmeye taalluk veya husufi menfaatleri himaye eden kanunlardır. Intizamı âme kanunlarını tayin güç bir iştir, ve bu kanunlar tarif edilmemiştir. Bu tarif lâzımdır, zaruridir. Zira; intizamı âme kanunları kendilerini diğer kanunlardan tefrik eden bir takım husufi vasıfları haizdirler. Şöyle ki, evvelâ, intizamı âme kanunlarının ihlali caiz değildir. Bir kimse âmmenin intizamı mülâhazasıyla konulan bir kanun hükmünü, yaptığı hukukî bir muamelede ihlal edecek olursa bu akit müessir olmaz, yani hukukî hiç bir netice doğurmaz. Kanun vazii, kendi tanzim ettiği kaidelere muhalif olarak yapılan muameleye bir kıymet vermiş olsaydı, yine kendisine karşı hareket etmiş sayılırdı. Yalnız evlenme aktinde işarete şayan bir hususiyet vardır. Medenî kanunlar evlenmeye mani bir takım haller beyan etmişlerdir ki, bunlar intizamı âme mülâhazalarına dayanmakla beraber yalnız bir memnuiyet olarak kalırlar, yani memnuiyete rağmen evlenme memuru evlenmeyi kabul ve tescil ederse artık evlenmeye itiraz edilemez, zira evlenmenin iptali öyle müfrit ve müessir bir karardır ki, neticeleri aile için pek ağır olabilir, bu sebeple kanun vazileri evlenmelerin iptallerini mahdut hâllere hasretmişlerdir. Medenî kanunumuzun 120, 121, 122 ve 123 üncü maddelerinde ana, baba veya vâsinin izni olmaksızın yapılan evlenme akitlerinin, evlatlıkla vaki evlenmenin, kanunî ve kazai müddetler içinde yapılmalari memnu iken

her nasılsa bu müddetler zarfında yapılan evlenmelerin ve evlenme memuru huzurunda yapıp ancak kanunun koyduğu şekle oymayan evlenmelerin feshedilemeyecekleri yazılıdır.

Fransa kanunu medenisinin üçüncü maddesinden ve bizde ecnebi-lerin hukuk ve vezâfine dair 23 Şubat 1330 tarihli muvakkat kanunun ikinci maddesinden memleketin emniyet ve asayişine ve memleketteki gayri menkullere taalluk eden kanunların mülki olduğu yani memlekette oturan yerli ve ecnebi-lerin bu kanunlara tabi bulunduğu anlaşılır. İmdi emniyet ve asayiş ve gayri menkullere dair olan kanunlar, intizamı âme kanunlarıdır.

Sırf hukuka ait, diğer bir ifade ile medenî olan kanunların bile intizamı âmmeye dair olan hükümlerinin icrasını müddi umumiler de takip edebilirler. Medenî kanunumuzun 112 nci maddesiyle batıl addedilen evlenmeler için butlan davasını, aynı kanunun 113 üncü maddesi mucibince müddei umumî resen ikame edebilir. Yine bu kanunun 355 inci maddesine göre vesayet altına alınması lâzımgelen bir kimse hakkında adliye ve idare memurları Sulh mahkemesine keyfiyeti ihbar etmeğe mecburdurlar.

Intizamı âme: devlette intizam için, yani müesseselerin intizamı ve devletin vazifelerini ifa etmesi için zarurî olan kaidelerin teşkil ve tensiki suretinde tarif edilebilir. Intizamı âmmeye taalluk eden medenî kanunların, mahiyetleri icabı olarak, istisna teşkil eylemeleri lâzımdır. Zira medenî hukuk, fertler arasındaki münasebetleri, yani tamamen husufi mahiyette olan menfaatleri tanzime tahsis edilmiştir. Bu kanunlar fertlerin hürriyetini, bu hürriyetin bir karşılık sebebi olmasına umurun intizam ve emniyeti için bir tehlike teşkil etmesine mani olmak maksadiyle - tahdit ettikleri nisbette intizamı âme ile alakadardırlar. Vazii kanun fertlerin münasebetlerini tanzim etmekle beraber ancak husufi menfaat ile âme menfaatinin karşılaştığı hallerde fertlerin iradelerinin üstünde olan kaideleri tanzim eylemek hakkına maliktir. Bu mahiyeti haiz başlı hükümlere işaret için bir Medenî kanunu gözden geçirmek kâfidir:

Hakikî, maddî intizama riayeti temin eylemek ve bir şahsın diğerinin zararına sebep olmasını men etmek için konulan kanunları bu sınıfa koymakta tereddüt edilmemek gerektir. Ceza kanunlarının şehis-

lara, yahut mallara karşı vakı fiilleri cezalandıran hükümlerine mukabil medenî hukukun da pek geniş ve daimî bir kaidesi vardır. Bu kaide Fransa Medenî kanununun 1382 nci maddesinde bu tarzda beyan edilmiştir: « Fiili başkasının zararına sebep olan her fert bu zararı tamir etmeğe borçludur. » Borçlar kanunumuzun 41 inci maddesi de aynı kaideyi ifade eylemektedir. Bu prensip intizamı âmmeye taalluk eder, çünkü bunun tatbikinden vaz geçilecek olursa emniyet ve adalet tehdit edilmiş olur.

Aile hukukuna da'r olan bütün kanun hükümleri intizamı âmmeden-dir. Zira daima tekrar edildiği gibi « aile cemiyetin temelidir ».

Aile münasebetlerinin tanzimi, bu münasebetlerin doğurduğu borçlar, yine bu münasebetlerin bazı şahıslar arasında tesis eylediği nüfuz ve salahiyet hakları da intizamı âmmeye girer mi? Bunu kabul etmek biraz fazla ileriye gitmektir. Bütün bu kaidelerin şüphesiz ki ahlakî bir mahiyeti vardır. Hepsinin gayesi içtimâî hayatın iyi gitmesini temin eylemektir. Fakat Profesör Pillet'nin dediği gibi içlerinden birçoğu « zarurî değildir, fakat faydalıdır, millî ahlakın muhafazasına hizmet edecek kaideleri tahsis etmiyorlar, sadece insanlar arasındaki hukukî münasebetlerden vicdanın bize en ahlakî olarak gösterdiklerini tayine yarayan kaideleri beyan ediyorlar ». Bu bakımdan aile hukuku ile ailenin malî hukuku arasında bir tefrik yapmak muhimdir. Sırf aile hukukunda aile azasının münhasıran ahlakî münasebetleri kastedilir. Bu münasebetlerin birinci derecede ehemmiyeti haiz olduğu kabul edilmek lâzımdır. Karı ve koca, evlât ve ana baba arasındaki hak ve vazifeler, velâyet hakkı, nesebin isbatı suretleri... bütün bu hükümlerin intizamı âmme hükümleri olduğunda şüphe edilemez.

Bir çok müellifler ve aralarında Laurant, Aubry, Lafanterie gibi büyük salahiyeti haiz olanlar şahsın halini, ehliyet ve ehliyetsizliğini tanzim eden kanunların intizamı âmmeden olduğunu beyan ediyorlar. Capitan bu fikri kabul etmiyor. Bu fikrin emreden kanunlarla intizamı âmme kanunlarının karıştırılmasından ileri geldiğini yazıyor, şahısların hal ve ehliyetine taalluk eden kanunları mukavelelerle değiştirmek caiz olmadığından bunların intizamı âmme kanunları olduğu neticesine varılmıştır. Şahsın haline taalluk eden kanunların intizamı âmme kanunları olduğu iddiası doğrudur, zira hal; babalık, evlâtlık, karı ve

kocalık, tabiiyet (vatandaşlık) gibi ferdin şahsiyetini teşkil eden sıfatların birleşmesinden meydana gelir. Şahsın hallerine taalluk eden kanunlar intizamı âmme kanunlarıdır. Çünkü umurun intizamı için her ferdin vaziyetinin ve bundan doğan hak ve vecbelerin açıkça ve aynı tarzda tayin edilmeleri zaruridir. Fakat ehliyete dair olan kanunların aynı mülâhaza dermeyeran edilemez. Ehliyete dair olan kanunlar her şeyden evvel himaye kanunlarıdır.

Aile malî hukukunun doğrudan doğruya intizamı âmmeye taalluku azdır ve aile halinin kendi azası arasında tevliât ettiği nakdî münasebetleri tayin eden kaidelerin hepsi içtimâî tahaffuz kanunları değildir, bunların bir çoğunun ilgalı veya tadilleri fena olabilir. Fakat aile teşkilâtına tesir etmez. Babanın ve ananın evlâtların malları üzerinde bir intifa hakkını haiz olmaları faydalı olabilir; fakat zarurî de değildir. Fakat evlâtların, baba ve anaların mahfuz hisselerine ait hükümler intizamı âmmeden-dir. Bunların kaldırılması ailenin fârik ve mümeyyiz vasıflarını çok değiştirir. Mahfuz hisseye ait hükümlerin intizamı âmmeden olmadığı fikrini terviç eden salahiyetli hukuk bilginleri de vardır; meselâ Profesör Pillet mahfuz hisseye ait kanunî hükümlerin intizamı âmmeye taalluk etmediğini iddia ediyor ve diyor ki, böyle bir hisseyi muhafaza fikri, malların ailede kalması zaruretiyle izah edilemez, Çünkü böyle olsa vazî kanun mirasçıları bir murisin mallarını para ile satmalarına karşı hiç bir vakit teminatsız bırakmaması lâzımgelirdi. Mahfuz hisse meselesi bir himaye fikriyle, bir ölünün kendi arzusuna mugayir şeyler yapmasına mani olmak, kendisine karşı vaki olabilecek iğfalkârane hareketlerden onu kurtarmak lüzumlarıyla daha iyi izah ve ispat edilebilir. Bu mülâhazayı kabulde Capitan biraz tereddüt ediyor ve diyor ki; mahfuz hisse doğrudan doğruya aile teşkilâtıyla alâkadardır.

Polay ve şakirdleri babanın kudretini ailede daha müessir ve hakikî kılmak istediklerinden mahfuz hisse kaidesinin ilgasını istiyorlar. Bunlar, içtimâî istilâhın temellerinden birinin vasiyette serbesti esası olmak lâzımgeldiğini beyan ile babanın nüfuzunu ihlal eden mahfuz hisse kaidesini tenkit ediyorlar.

Mameleke ait olan hukukta intizamı âmme hükümleri çok azdır, medenî hukukun mamelek kısmının başlıca mevzuu fertlerin hususî

menfaatlerini tanzim etmektedir, orada desadûf edilân âmir hükümlerin ekserisi içtimâî muhafaza mülâhazasından ziyade ferdî himaye fikriyle konulmuştur. Bununla beraber mülkiyetin, menkul ve gayri menkul mallar kredilerinin, gayri menkul mülkiyetlerinin ve bunların nakillerinin aleniliği, şuyunun izalesi hakkında tarafların bir memnuiyet koyması birinci derecede cemiyeti alâkadar eder ve bu itibarla bu hükümler de intizamı âmmeye girer.

Bazı akitlerin müessir olmasını aleniyete bağlayan kanunlar - ipoteklerin, gayri menkul alım ve satımlarının aleniliği gibi - himaye kanunlarıdır, çünkü, bu kanunlar akitleri ileride itiraz edebilecek kimse-
lere tanıtmak gayesiyle konulmuşlardır, fakat aynı zamanda bu kanunlar mülkiyetin nakillerine, daha ziyade teminat bahşederek ve maliklerin bunlar üzerindeki haklarını kat'i surette tesbit etmelerini daha ziyade kolaylaştırarak maliklerin itibarlarını sağlamlaştırdıkları için intizamı âmme kanunlarıdır, binaenaleyh bu kanunlar içtimâî teşkilâtı alâkadar ederler, çünkü bunların kaldırılması mülkiyet rejiminde derin bir karışıklığı mucip olur ve herkesin malik olduğu şeyden alabileceği menfaati azaltmak neticesini doğurur. Bu mülâhazalar gösteriyor ki, bazı kanunlar aynı zamanda her iki sınıfa girerler. Aleniyete taalluk eden kanunların hepsi böyledir. Evlenme akdinin ilânı, alacak temlikinin ihbar ve tebliği gibi. Müelliflerin ekserisi şu mebdeden hareket ederek diyorlar ki: Üçüncü şahısların menfaatlerinin muhafazasına yarayan kanunların hepsi intizamı âmme kanunlarıdır, çünkü üçüncü şahısların haklarını muhafaza için alınan tedbirler, bazı akitlere iştirâk etmemiş olan kimselerin bir takım muamelelerde itiraz ederek hileye, tezvire, karışıklığa mani olmalarına yarar. Beyan edilen hileler, tezvirlere, karışıklıklara sui niyeti kolaylaştırır, bir çok dâvâları çıkarır, akitlerin emniyet ve selâmeti için tehlikeler doğurur. Bu sebeplerle üçüncü şahısların himayesine matuf olan kanunlar, intizamı âmme kanunlarıdır. Miras hukukuna, intizamı âmme mefhumu istisnâ surette girer. Mirasta kanun vaznının koyduğu esaslar, fertlerin iradelerini ikmal eylerler. Yalnız bazı memnuiyetler umumî menfaate taalluk eder mahiyeti haizdirler, yani, bunların hususî mukavelelerle ihlalleri caiz değildir. Mahfuz h'sselere dair olan kaideler bu kabildendir.

Bir ka'denin intizamı âmmeden olup olmadığını halletmek çok na-

zik bir iştir. Bir çok haller tereddüdü mucip olmamakla beraber intizamı âmmenin nihayet bulunduğu sahaya gelindiği vakit mes'ele başkalaşır, sahiller, kenarlar buralarda belirsiz ve şüphelidir ve bunları tayin için çok dikkat ve ihtiyat gerektir.



Devlet Hususî Hukukunda âmme intizamı

Yazan: Dr. Osman BERKİ
Ankara Hukuk Fakültesi Öğentilerinden

Devlet Hususî Hukuku (Droit international privé) beynelmilel bir unsur (élément international) ihtiva eden bir hukukî münasebete (rapport juridique) hangi kanunun tatbik edileceğini gösterir. Bu kanun ya Hâkimin millî kanunu (loi nationale du juge) veya ecnebî kanun (loi étrangère) olabilir.

Burada bir sual varit olur: Bir ecnebî kanun, Hâkim tarafından kanun ihtilâfları (conflits de lois) hakkındaki millî kaidesi-mucebince, tatbik edilecek midir, yoksa edilmeyecek midir?

Teşriî daha doğru bir tabirle kanunî metinler (textes législatifs) ve ilmi içtihat (doctrine) bu suale ittifakla ve şu suretle cevap vermektedir: Âmme intizamına (ordre public) mugayir olan bir ecnebî kanun, bu kanunun tatbiki devletler hususî hukukuna müteallik bir kaide tarafından emredilmiş olsa bile, tatbik edilemez.

Fakat ittifak yalnız buraya inhisar etmektedir. Âmme intizamı mefhumunun (notion de l'ordre public) tayini diyebilirizki devletler Hususî Hukuku ilminin en mudil bir meselesini teşkil eder. Âmme intizamı telâkkisi Devletler Hususî Hukukunun en az müstakar bir mefhumudur. Bu mevzuu bu kadar nazik kılan şey her memlekette âmme intizamının hukukî mahiyetinin sahasının ve tesirlerinin (effets) aynı şekilde kabul edilmemiş olmasıdır.

Âmme intizamı anlamı bizi kanun ihtilâfları sahasından tamamen farklı bir sahaya sevk eder. Bir çok memleketler arasında ne

tatbik edilecek kanuna, ne de vasma (qualification) dair hiç bir ihtilâf mevcut olmasa dahi âmme intizamı manii kendini gösterir.

Âmme intizamının rolü (rôle de l'ordre public) tatbik edildiği memleket menfaatlerini ihlâl ettiği takdirde, ecnebi kanunun tatbikini bertaraf etmek için baş vurulan bir çaredir. Meselâ bir İtalyan Hâkimi ahkâmî şahsiyeye (statut personnel) taallük eden bir meselede Türklere Türk kanunu tatbik edeceğini bilir. Filhakika İtalya Devletler Hususî Hukukunun kabul etmiş olduğu veçhile bu kabil meselelere tatbik edilecek kanun, alâkadarların millî kanunu (loi nationale des intéressés) dir. Bilindiği gibi İtalyan hukuk mevzuatı dinî sebeplerle boşanmayı (divorce) kabul etmemiş, yalnız ayrılığa (séparation de corps) cevaz vermiştir. Şu hale nazaran İtalyan tabiiyetini (nationalité italienne) haiz olan şahıslar boşanmak imkânına malik değillerdir.

Acaba bir İtalyan Hâkimi Türkler hakkında boşanmaya karar verebilecek midir? Yani Türkler, İtalyada, İtalyanların malik oldukları haklardan fazla haklara sahip olacaklar mıdır? İtalyan Hâkimi vatandaşlarının ikame ettikleri boşanma davalarını reddederken Türkler tarafından açılan boşanma davalarını istima edebilecek midir?

Biz sıra ile âmme intizamının hukukî mahiyetini, sahasını ve sırasıyla tetkik edeceğiz.

I — Âmme intizamının hukukî mahiyeti:

Âmme intizamının hukukî mahiyetini (nature juridique de l'ordre public) incelerken kanun ihtilâflarının halli hususunda ileri sürülen nazariyelerden bilhassa üçünün telâkkisi üzerinde duracağız. Bunlar da Savigny, Mancini, Pillet'in nazariyeleridir. Bunları sırasıyla tetkik edelim:

1 — Âmme intizamı hakkındaki birinci telâkki meşhur Alman hukukşinaslarından 1861 de ölen Savigny'nin telâkkisidir. Malûm olduğu gibi bu hukukşinas nazariyesini (Traité de droit romain) adlı eserinin VIII nci cildinde izah eylemektedir.

Savigny pek haklı olarak hukukî bir mesnedi olmıyan statut nazariyesini cerh etmiş ve statut'lerin şahsî statut (statut personnel) aynı statut (statut réel) ve muhtelit statut (statut mixte) diye üçe

ayırmasının doğru olmadığını ispat etmiştir. Bu nazariyenin me-
ziyetlerinden biri de ecnebi bir kanunun (loi étrangère) tatbikini
beynelmîlîl mücemele (courtoisie internationale) eseri olmaktan
kurtarıp, hukukî bir mecburiyete (obligation juridique) istinat
ettirmiş olmasıdır. Görülüyorki, Savigny ecnebi kanunların tatbiki-
ni mücemelei düveliye esasına istinat ettiren Hollanda mektebinin
(école Hollandaise) noktai nazarını haklı olarak cerh eylemek-
tedir. [1]

Savigny âmme intizamı meselesini ilk defa tetkik eden bir na-
zariyecidir. Bu hukukcunun âmme intizamı hakkındaki fikirlerini
izah etmeden evvel Devletler Hususî Hukukunu alâkadar eden na-
zariyesini kısaca gözden geçirmeği zait addetmiyoruz.

Savigny, zamanındaki devletlerin ekserisinin mevzuatı Roma
hukukundan alınmış bulunduğunu ve bu devletler arasında hukukî
müşareket (Communauté juridique) mevcut olduğunu nazarı iti-
bare alarak nazariyesini kurmuştur.

Savigny'nin esaslı fikirlerini şöylece hulâsa edebiliriz:

A — Kanunlar arasında şahsa ait olanlarla hukukî münasebet-
lere mütedair bulunanları ayırmak lâzımdır.

B — Şahıs, ikametgâhının bulunduğu yere bağlı ve onun kanu-
nuna tabidir.

C — Her hukukî münasebet, Hayyizin bulunduğu yerde birleş-
tirilecek oranın kanununa tabi olacaktır.

Bu Hayyizi tayin için evvelâ kazaî salâhiyetle (compétence
législative) arasında bir münasebet tayin ederek salâhiyetkar mah-
kemeye (Tribunal compétent), sanîyen tarafeynin zımnen ihtiyar
ettikleri kanuna ehemmiyet atfedilmektedir.

Savigny bütün hukukî münasebetleri tetkik ederek şu neticeye
varıyor:

a — Aile (Famille) ve miras (succession) meselelerinde ika-
metgâh kanunu (Lex domicilii - loi du domicile),

b — Akdın surî merasiminde mahalli akid kanunu (Loces
Regit actum);

[1] Hollanda mektebine (école Hollandaise) mücemelei düveliye
mektebi de denilmektedir. Bu mektep Ulrich Huber, Jean Voet, Paul
Voet adındaki üç hukukşinasın eseridir.

c — Mallara müteallik meselelerde malın bulunduğu mahal ka-
nunu (Lex Rei sitae);

ç — Borçlarda ya icra mahalli kanunu (loi du lieu de l'exé-
cution - Lex Loci executionis) veya mahkemenin kanunu (loi du
Tribunal - Lex fori);

Şimdi Savigny'nin âmme intizamı hakkındaki fikirlerini gözden
geçirelim.

Savigny âmme intizamı meselesinde hukukî müşareket (Commu-
nauté juridique) fikrinden hareket etmektedir. Bu hukukcunun
dediğine göre müsavi bir medeniyet derecesine varmış olan millet-
ler arasında bir hukukî müşareket, yani hukuka ait meseleleri id-
rak ve hal hususunda mümaselet husule gelmiş olduğundan bir
hukukî rabitanın takdirinde her memlekette aynı esaslara ibtina
edilmesi tabiidir. [1]

Meselâ birden ziyade evlenmeyi (Polygamie) kabul eden bir
devlet tabiiyetini haiz bir fert bir evlenmeyi (monogamie) kabul
eden bir memlekette birden fazla evlenemez. Zira birden fazla ev-
lenme, ikinci defa evlenmek istenilen ve bir evlenmeyi kabul eden
memleketin telâkkilerine tamamen muhaliftir. Burada hukukî mü-
şareket mevcut değildir.

Savigny diyorki, âmme intizamı kanunları istisnai olup her han-
gi bir kanun ihtilâfının hallinde salâhiyetkar olan kanunların, daha
doğru bir tabirle Devletler Hususî Hukukunun tatbikine mani teş-
kil eder. Bu hukukcunun ortaya atmış olduğu nazariyeye göre,
âmme intizamı kanunlarının tâdadına tevessül etmemek bunları
Hâkîmin takdirine bırakmak icap eder.

Savigny'nin fikrine iştirâk eden müellifler arasında Alman hu-
kukçularından Von Bar ile Fransada Etienne Bartin zikredilebilir.

2 — Âmme intizamı hakkındaki ikinci telâkki, Mancini'nin kur-
duğu İtalyan mektebinin telâkkisidir. Malûm olduğu veçhile İtalyan
nazariyesi, şahsiyeti hukukiye nazariyesi (Théorie de la personna-
lité du droit) namıyla yadedilmektedir.

Şahsiyeti hukukiye nazariyesi siyasi bir fikre istinat etmektedir.
Bu nazariyeyi ortaya atan Mancini noktai nazarını ilk defa Turin

[1] Muammer Raşit Seviğ, Devletler Hususî Hukuku sahife 298

Üniversitesindeki takrirlerinde izah eylemiştir. Mancini'ye göre kanunlar bir devleti teşkil eden fertlerin, yani bir milletin âdet ve ananeleri nazarı itibare alınarak tanzim olunur. Kanunlar bu fertler için yapılmıştır. Onları her yerde takip etmeleri icap eder.

Görülüyorki bu mektebe göre kanunlar ihtilâfî sisteminin esas prensibi Millî kanunun (*Lex patriae*) tatbiki prensibidir. Yani prensip itibariyle kanunlar şahsîdir (*personnel*), başka bir tabirle arşulusal münasebetlerde (*rappports international*) kanunlar gayri mülkidir.

Millî kanunun tatbiki prensibi (*principe de l'application de la loi nationale*) vazettikten sonra bu nazariye taraftarları üç istisna (*exception*) dermeyer ederler.

A — Bunlardan birisi akidlerde iradenin mnhtariyeti prensibi (*principe de l'autonomie de la Volonté*);

B — Diğer Locus Regit Actum kaidesi (*Règle de Locus Regit Actum*);

C — Ve nihayet üçüncüsü de âmme intizamı (*Ordre public*) dir.

Şahsiyeti hukukiye nazariyesi (*Théorie de la personnalité du droit*) Savigny nazariyesinde olduğu gibi âmme intizamı mefhumunun istisnâ olduğunu kabul etmektedir. Fakat İtalyan mektebi âmme intizamı kanunlarını tâdat etmektedir. Bu mektebe göre âmme intizamına taallûk eden kanunlar şunlardır:

Siyasî kanunlar [1], ceza kanunları [2], emniyet ve asayişe müteallik-kanunlar [3], muhakeme usulü kanunları [4], malî kanunlar [5], emlak tasarrufuna müteallik kanunlardır [6]. Bu kanunlar millî kanunun hükmü haricinde kalan bir zümre teşkil ederler. Mevzuları devletin vücut ve hakimiyetini muhafaza ve icradan ibaret olduğu cihetle de âmme intizamı kanunları namını alırlar.

Bu nazariyeye taraftar olanlar arasında Weiss, Tiore zikredilebilir.

[1] Lois Politiques.

[2] Lois Pénales.

[3] Lois de police et de surété.

[4] Lois de procédure.

[5] Lois financières.

[6] Lois foncières.

3 — Âmme intizamı hakkındaki üçüncü telâkki Devletler Hususî Hukukunda içtimaî gaye (*but social*) adındaki nazariyesiyle tanınmış olan Fransız hukukçularından Pillet'in telâkkisidir.

Bilindiği gibi Pillet, kanunların iki hassayı haiz olduklarını söyler. Bunlardan birisi kanunların umumiliği (*généralité des lois*), diğeri kanunların istismarı, daimiliği (*Permanence des lois*) dir.

Umumilik (*généralité*) dahilî hukukta (*droit interne*) kanunun herkese tatbik edilmesi demektir. Beynelmîlî sahada umumiliğin ifade ettiği mana kanunun mülkî (*territorial*) olmasıdır. Yani kanun umumî ise ecnabî memleketlerde tatbik edilmeyecektir.

Daimilik (*Permanence*) dahilî hukukta bir kanunun mevkîî mer'iyete konulmasından ilgasına kadar daimî bir şekildâ fertlere tatbik edilmesi demektir. Beynelmîlî sahada daimilik kanunun gayri mülkî (*extra - territorial*) olmasını ifade eder. Bu müellife göre Medenî kanunlar (*Lois civiles*) beynelmîlî münasebetlerde bu iki hassayı birden muhafaza edemez. Bu hassalardan birinin diğerine feda edilmesi, birinin diğerine yerini terk etmesi icap eder. Bu da kanunun içtimaî gayesiyle taayyün eder. Eğer kanunun gayesi, cemiyetinin menfaatini vikaye ise umumilik vasfı galebe çalar, kanunun gayesi, fertlerin menfaatlerini muhafaza ise daimilik hassası galebe çalar.

Bunu bir misal ile tevzi edelim:

Türk tabiiyetinde olan bir kadın, İsviçrede evlenmek istiyor. İsviçrede bu Türk kadınının aktedeceği evlenmenin muteberiyeti şartları hangi kanuna tabi olacaktır? Türk kanununa mı, yoksa İsviçre kanununa mı?

Evlenmenin sıhhatına, muteberiyetine dair olan şartlara (*Conditions de validité du mariage*) [1] müteallik kanun bahis mevzuu ise bu kanunun daimilik, istismar (*Permanence*) hassası galebe çalacaktır. Çünkü bu kanun müstakbel karı kocayı himaye için yapılmıştır.

Eğer gayri menkul mülkiyete (*Propriété immobilière*) müteallik bir kanun müvacehesinde isek vaziyet tamamen başk bir ma-

[1] Yaş (*âge*) ve rıza (*consentement*) şartları gibi.

hiyet gösterecektir. Böyle bir kanun bir memlekette bulunan bütün malları idare ile mükelleftir. Maliklerinin haiz oldukları tabiiyetin bir tesiri yoktur. Şu hale göre bu kanunun umumiliği galebe çalacaktır. Çünkü; gayri menkul teşkilâtı (Organisation foncière) her memlekette bir tanedir. Bu sayededir ki her hangi bir karışıklık meydana gelmez. Burada kanunun gayesi onun mülki (territorial) diğer bir tâbirle umumî olmasını icap ettirmektedir.

Şimdi Pillet'in âmme intizamı (Ordre public) hakkındaki fikirlerine geçebiliriz.

Bu hukukçuya göre bir kanun içtimai gayesi (but social) itibariyle âmme intizamına teallûk ediyorsa umumî (général) dir. Yani mülki (Territorial) dir. Şu hale nazaran umumî olan bir kanun da âmme intizamındandır.

Pillet'e göre bir kanun, âmme intizamına teallûk ediyorsa gayesi itibariyle umumiliği istilzam eder. Gayesi umumiliği müstelzim olunca alelûsul ve mutat bir selâhiyeti haiz olur. [1]

Pillet'in noktai nazarına göre âmme intizamına taallûk eden bir kanun ecnebî bir kanunun tatbikini bertaraf eden bir kanun değil, umumî olmak dolayısıyla mülki bir mahiyeti haiz olarak tatbiki icap eden bir kanundur. Netice itibariyle salâhiyettar (Compétent) olan bir kanundur.

Niboyet, Pillet'in âmme intizamı hakkındaki fikirlerine iştirâk etmemektedir. Niboyet diyorki: « Eğer intizamı âmme kanunları umumî kanunlardan farklı değilse bundan şu netice çıkarki mülki olan kanunlar hem umumîdir hem de intizamı âmmedendir. O halde mülki kanunun salâhiyetidi yerinde göstermek için âmme-intizamı mefhumuna müracaat etmeğe ne lüzum vardır? Zira mülki kanun esasen bu hususta salâhiyeti haizdir. Çünkü umumî bir kanundur. Filhakika umumî olan kanunlar mülki kanunlardır.

Pillet'e göre mahallî kanun normal olarak salâhiyetli bir kanundur.

Bize göre kabili tatbik olan kanun ecnebî kanunudur. İçtimai bir zararın doğumuna mani olmak için ecnebî kanununun faaliyeti

[1] Muammer Raşit Seviğ: adı geçen eser, S. 314

tadil edilir. Fikrimizce âmme intizamı mefhumu b'ir çaredir, (remède). Böyle olunca âmme intizamı istisnai bir şeydir. Salâhiyeti normal değildir. » [1]

Fransız müelliflerinden Lerebours - Pigeonnière de âmme intizamının istisnai olduğunu ve binaenaleyh yeni bir ihtilâf kaidesi vücuda getiremeyeceğini, salâhiyetli ecnebî bir kanunun mahkeme tarafından tatbikine mani olacağını ifade eylemektedir. Demek oluyor ki bu müellife göre âmme intizamı Devletler Hususî Hukukunun tatbikine mani olmaktadır. [2]

II — Âmme intizamının sahası:

Âmme intizamının sahası (domaine de l'ordre public) nedir? Şurasını derhal kaydedelim ki, âmme intizamının sahası hakkında da müellifler arasında ihtilâf vardır.

Antoine Pillet'ye göre 7 türlü âmme intizamı kanunu vardır.

Bunları sırasıyla tetkik edelim:

- 1 — Hukuku âmme kanunları;
- 2 — Emniyet ve asayişe müteallik kanunlar;
- 3 — Mülkiyete dair kanunlar;
- 4 — Cebri icra kanunları;
- 5 — Vergi kanunları;
- 6 — Ahlâkî kanunlar;
- 7 — İntizam kanunları.

1 — Hukuku âmme kanunları (Lois de droit public): Hukuku âmme tabiriyle, Pillet esasîye hukuku, idare hukuku ve tabiiyet hakkındaki kanunları kasdeylemektedir.

Niboyet diyorki; bu kanunlar tamamen mahallidir. Salâhiyetleri de normaldir. Binaenaleyh âmme intizamı mefhumuna müracaat etmeğe lüzum yoktur.

2 — Emniyet ve asayişe müteallik kanunlar (lois sur la sécurité

[1] Niboyet, Manuel de droit international privé, Deuxième édition, p. 527

[2] Paul Lerebours - Pigeonnière, Précis de droit international privé, Troisième édition, p. 306

des personnes): Bu kanunlardan maksat Ceza kanunlarıyla Medenî mes'uliyete (Responsabilité civile) müteallik kanunlardır. Bilfarz bir ecnebî Türkiyede bir suç işlediği takdirde buna Türk Ceza kanununun tatbik edileceği tabiidir. Binaenaleyh Niboyet'in dediği gibi bu kanunun salâhiyeti tamamen normaldir. Sonra Türkiyede bir şahsı otomobili ile çarparak yaralayan bir kimseye, tabiiyeti ne olursa olsun, tatbik edilecek kanun kazanın vukua geldiği yer kanunu, yani misalimizde Türk kanunudur. Bu hususta Lex Loci delicti'nin salâhiyeti herkesce tanınmıştır. Binaenaleyh bu salâhiyet tamamem normaldir. Âmme intizamı mefhumuma müracaat etmeğe lüzum yoktur,

3 — Mülkiyet hakkındaki kanunlar (lois sur la propriété):

Davletler Hususî hukukunda bütün doktrinler Lex Rei Sitae'nin yani şeyin kâin olduğu yer kanununun tatbikinde müttefiktir. Şu hale göre bu kanunun salâhiyeti de normaldir.

4 — Cebrî icraya müteallik kanunlar (lois sur l'exécution forcée):

Bu kanunlar usul kanunlarından (lois de procédure) maduttur. Usule müteallik kaidelerin Lex fori'ye yani Hâkimin kanununa tabi olması hususunda tam bir ittifak mevcuttur.

5 — Mali kanunlar (lois fiscales):

Bu kanunlar mülkî kanunların tipik misalidir. Bu kanunların salâhiyeti tamamen normaldir. Âmme intizamı mefhumuna başvurmağa lüzum yoktur. [1]

(Sonu gelecek nushada)

[1] Niboyet, adı geçen eser, S. 537 - 538

K. Medenin 648, 649, 650 nci maddeleri ve tatbikat

Yazan: Müfit ERKUYUMCU
İzmir Asliye Hukuk Hâkimi

Medenî kanunumuzun serlevhada bahsi geçen maddeleri üzerinde amelî ve sathî bir inceleme yapabilmek için evvelâ mezkûr maddeleri gözden geçirelim. Kanunumuzun 648 inci maddesinde aynen (Bir kimse başkasının inşaat levazımı ile kendi arsası üzerine yahut kendi inşaat levazımı ile başkasının arsası üzerine bina yapmış olsa bu levazım arsanın mütemmim cüz'ü olur. Şu kadar ki levazım malikin rızası olmaksızın alınıp kullanılmış ise kal'ı fahiş bir zararı müeddi olmadıkça maliki onun kal'ı ile istirdadını talep edebilir. Ve masarifi arsa sahibine ait olur. Eğer bina arsa sahibinin rızası olmaksızın levazım sahibi tarafından yapılmışsa kal'ı fahiş bir zararı müeddi olmadıkça arsa sahibi kal'ını isteyebilir. Ve masarifi levazım sahibine ait olur.) Denilmekte ve 649 uncu maddede de (Ebniye kal olunmadığı takdirde arsa sahibinin inşaat levazımına mukabıl muhik bir tazminat vermeğe mecbur olduğu ve arsa sahibi inşaatı suiniyetle yapmış ise diğer tarafın bütün zararını tazmin ile mahkûm edilebileceği ve binanın levazım sahibi tarafından suiniyetle yapılması halinde arsa sahibinin levazım için vereceği tazminatı levazımın en az kıymetini geçmiyebileceği) tasrih edilmekte ve 650 inci maddede de mezkûr maddelere ilâveten (Binanın kıymeti açıkça arsa kıymetinden ziyade ise hüsnüniyetle hareket eden levazım sahibi muhik bir tazminat mukabilinde mecmuunun mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir.) şeklinde bir hüküm kanunî vazedilmektedir. Medenî kanunumuzun bu maddelerindeki

(hüsniyet ve suiniyet) tabirleri mücerret tabirat olduğu gibi (mah-kûm edilebilir, geçmiyebilir) ibareleri de elâstiki tabirlerdir. Kat'iyet ifade etmeyen bu tabirler mahkemelerce hukukî hâdis ve ihtilâfların tetkik ve hallinde bazı güçlükleri ve içtihat değişikliklerini mucip olmaktadır. Biz bu yazıda sözü geçen maddelerin tatbikat sahasında mahkemelerce nasıl tatbik edilmeleri icap ettiğini tetkik ve yüksek Temyiz mahkemesinin bazı içtihatlarını tahlil edeceğiz. Şimdi sırası ile sözü geçen maddeleri ayrı, ayrı tetkik edelim.

648 NCİ MADDE:

Bu maddenin ihtiva ettiği hukukî kaideler şunlardır.

1 — Bir kimse kendi inşaat levazımı ile başkasının arsası üzerine veya başkasının inşaat levazımı ile kendi arsası üzerine inşaat yaparsa levazım arsının mütemmim cüz'ü olacaktır. (Mütemmim cüz'ü) tabirinin hukukî manası nedir? Kanunumuzun 619 uncu maddesi bu soruya cevap teşkil etmekte ve mezkûr maddede mütemmim cüz'üler şöyle tarif edilmektedir. (Bir şeye malik olan kimse o şeyin mütemmim cüz'ülerine de malik olur. Mahallî ürfeye göre bir şeyin esaslı unsurunu teşkil eden ve o şey telef veya tahrip veya tağyir edilmedikçe ondan ayrılması kabil olmayan cüz'üler o şeyin mütemmim cüz'üleridir.) Kanunumuzun, 648 nci madde ile bize mütemmim cüz'ülere en güzel bir misali vermiş olduğu ilk nazarda göze çarpmaktadır. Çünkü bir arsanın üzerindeki binanın tahrip veya tağyir edilmeden ondan ayrılması imkânı olmadığı gibi bir binanın istinat ettiği arsa da onun en esaslı bir unsurunu teşkil eder.

2 — Tahlil ettiğimiz maddenin ikinci fıkrasına göre levazım, malikin rızası olmaksızın alınıp kullanılmış ise binanın kal'ı fahiş bir zarara müeddi olmamak şartı ile maliki onun kal ve istirdadını talep edebilir. Bittabi kal'ı masrafı haksız olarak levazımı alıp sarf ve istihlâk eden arsa sahibine aittir. Yapılan binanın kal'ında fahiş zarar olup olmadığının Hâkim mütehasıs ehlivukufun raporuna istinaden takdir etmelidir.

3 — Bina arsa sahibinin rızası olmaksızın levazım sahibi tarafından suiniyetle yapılmış olur da, kal'ı fahiş bir zararı müeddi bulunmazsa arsa sahibi binanın yıkılmasını isteyebilir. Bu takdirde yıkma masrafı suiniyetle inşaat yapan levazım sahibine tahmil edilir. Çünkü kanun

suiniyeti himaye etmez (K. M. Madde 2). Eğer levazım sahibinin yaptırdığı binanın kal'ı, fahiş zararı mucip olursa kanunumuza göre arsa sahibinin kal'ı davasının reddi lâzımgelir. Bu vaziyette yapılan bina ne olacaktır? Tetkik mevzuumuz olan 648inci maddede bu hususta açık bir hüküm yoksa da bu maddeyi takip eden 649 uncu madde hâdisede yapılacak muameleyi tayin etmekte ve Temyiz mahkemesi de bu gibi ahvalde mezkûr 649 uncu maddenin tatbiki icap ettiğini kabul eylemektedir. Aşağıdaki kararlar Yüksek mahkemenin bu husustaki içtihatlarına bariz birer misal teşkil eder.

(A) Yapılan binanın hedminin bina sahibinin fahiş zararı müeddi olacağı ehlivukufun beyanlarından anlaşılması üzerine, binayı K. Medenin 649 uncu maddesi hükümleri dairesinde temellüğe razı olup olmayacağı hedim hakkında mukabil davada bulunan müddeaaaleyhten sorularak talip olduğu ve davacı da binayı söküp götürmek istemediği takdirde hâdiseye uygun gelecek tazminatın takdiri ile mukabilinde binanın arsa sahibine temlikine hüküm verilmesi lâzımgelir. (Temyiz birinci hukuk dairesinin 8 / 12 / 1939 tarih ve 1125 / 2563 numaralı kararı).

(B) Başkasına ait arsa üzerine kendi inşaat levazımı ile bina inşa eden şahsın yaptırdığı binanın kal'ının fahiş zararı müeddi olacağı muhakemeten tahakkuk ederse, arsa sahibinin kal'ı davasının reddine ve K. Medenin 649 uncu maddesi mucibince temellüğe talip ise binanın arsa sahibine temlikine karar verilmesi icap eder. Binanın kal'ının fahiş zararı mucip olacağından bahsile arsanın suiniyet sahibi olan binayı yapana temlikine karar verilmesi yolsuzdur. (Temyiz birinci hukuk dairesinin 22/12/1939 T. ve 1297 sayılı kararı).

Yüksek mahkememizin sözü geçen kararlarından anlaşılacağı veçhile hâdisede mahkemece binanın arsa sahibine temlikine karar verilebilmesi için kendisinin buna muvafakat etmesi lâzımdır. Arsa sahibi muvafakat etmezse ne şekilde muamele yapılacaktır?

Kanunumuzda bu suale cevap teşkil eden açık bir kayıt mevcut olmadığından bu vaziyette mahkemenin arsa sahibinin kal'ı davasını redetmekle iktifa etmesi lâzımgelir. Zira şahsî haklara teallük eden hukuk davalarında Hâhimin taraflarca talep ve dava olunmayan hususâtı resen hüküm altına almasına hukukî esasat ve mevzuatı kanuni-

yemiz müsait değildir. (H. U. M. K. nun 72 ve 75 inci maddeleri) Bu kanaatımızı Temyiz mahkemesi birinci hukuk dairesinin aşağıdaki kararı da teyit ve takviye etmektedir.

Binanın kal'inde fahiş bir zarar mevcut olduğu anlaşılması üzerine kal'ı davasının reddiyle iktifa olunmak lâzımgelirken dava olunmayan hususlara ve binanın muhik tazminat mukabilinde arsa sahibine temlikine hüküm edilmesi yolsuzdur. (Temyiz birinci hukuk 28/11/941 tarih ve 1352/2425 sayılı kararı).

4 — Sahibinin rızası olmaksızın başkasına ait arsa üzerine levazım sahibi tarafından bina yapılması halinde inşa edilen binanın kal'ının fahiş zararı müeddi olacağı keşfen tahakkuk ederse arsa sahibi onun kal'ını istiyemez. Bu vaziyette arsa sahibi suiniyetle inşaat yapan levazım sahibine sarfettiği levazıma mukabil kanunumuzun 649 uncu maddesi mucibince tazminat vermekle mükelleftir. Tatbikatta Yüksek mahkememizin noktai nazarı da bu merkezdedir. Ezcümle Temyiz mahkemesi bu mevzu müteallik bir kararında (müddeaaaleyh tarafından yaptırıldığı ve gars edilip yetiştirildiği bilmuhakeme tebeyyün eden binalarla ağaçların hedim ve kal'ı müddeaaalehyin fahiş surette zararını mucip olacağı anlaşıldığı takdirde K. Medenin 649 ve 655 inci maddeleri hükümlerine göre arsanın sahibi hazine ile diğer hissedarların işbu bina ve ağaçları hedim ve kal ettiremeyip ancak bina ve ağaçların sahibi olan müddeaaaleyhe tazminat vererek bunları temellüke salâhiyetleri bulunmuş iken mehkemece bu cihet nazara alınmıyarak bina ve ağaçların kal'ına karar verilmesi yolsuzdur) denilmektedir. (Birinci hukuk dairesinin 19/3/938 tarih ve 2247/559 numaralı kararı).

649 UNCU MADDE:

Mezkûr maddenin 1 inci fıkrasında ebniye kal olunmadığı takdirde arsa sahibinin inşaat levazımına mukabil muhik bir tazminat vermeğe mecbur olduğundan bahsedilmektedir. Binanın ne gibi ahvalde kal olunamayacağı 648 inci maddede yazılıdır. Zikri geçen madde hükümlerine göre ebniyenin kal edilebilmesi için kal'ında fahiş bir zarar mevcut olmadığının salâhiyetli ehli-vukufun raporu ile keşfen tespit edilmesi icap eder. Yapılan binanın kal'ında binayı yapan için ağır bir zarar bulunduğu tahakkuk ederse arsa sahibi hüsnüniyetle hareket eden

levazım sahibine muhik bir tazminat vermekle mükelleftir. Bittabi tazminatın miktarını Hâkim takdir edecektir. Hâkimin takdirini bilgili ehli-vukufun esbabı mucibeli raporuna istinat ettirmesi lüzumunu beyana hacet yoktur.

İncelediğimiz maddenin 2 nci fıkrasında (başkasının inşaat levazımı ile kendi arsası üzerine suiniyetle bina inşa eden şahsın levazım sahibinin bütün zararını tazmine mahkûm edilebileceği) tasrih edilmiştir. Başkasına ait malzemeyi hakkı olmadığı halde alıp bina inşa etmek suretiyle sarf ve istihlâk eden arsa sahibinin levazımın sahibinin bu yüzden uğradığı bütün zararları tazmin etmesi adalet ve hakkaniyet kaideleri iktizasından olduğundan kanunumuzun bu hükmü yerindedir. Ancak maddede hüküm mutlak olmadığından Hâkim icabında esbabı mucibe beyaniyle levazım sahibinin bütün zararlarını tazmine hüküm etmiyebilir.

Ele aldığımız maddenin 3 üncü ve son fıkrasında (başkasının arsası üzerine kendi inşaat levazımı ile suiniyetle bina inşa eden şahsa arsa sahibinin vereceği tazminatın levazımın en az kıymetini geçmiyebileceği) yazılıdır. Kanunumuzun ıtlak ibaresinden hâdisede verilecek tazminat miktarının malzemenin en az kıymetini geçip geçmiyeceğinin takdirini hâdiseyi tetkik eden Hâkime bırakıldığı anlaşılmaktadır. Fikrime göre son fıkra tereddüde mahal bırakmıyacak derecede vazıhtır. Bu fıkrayı tatbik eden Hâkim üzerine başkası tarafından suiniyetle bina inşa edilen arsanın sahibini levazımın en az kıymetini ödemeğe mahkûm edebileceği gibi tarafların rüyet edilen davadaki durum ve vaziyetlerini nazara alarak esbabı mucibe beyaniyle levazımın hakikî değerini tediye ile de mükellef tutabilir. Evvelce Yüksek mahkememiz de bu noktai nazara iştirâk etmekte idi. Ezcümle mümasil bir hâdisi hakkındaki davanın ceryan eden muhakemesi neticesinde: arsa sahibinden levazımın hakikî kıymetinin tahsili ile levazım sahibine verilmesine dair İzmir Birinci hukuk mahkemesinden 5/7/939 tarihinde sadır olan hüküm Temyiz mahkemesi 1 inci hukuk dairesince tetkik ve (müddeaaalehyin inşa ettirdiği binanın kal'ının fahiş zararı müeddi bulunduğu ve bina için sarfolunan levazımın kıymetinin (1100) lira olduğu keşfen tespit edilerek K. Medenin 649 uncu maddesine tevfiikan binanın arsa sahibine temlikine karar verilmesinin usul ve kanuna uy-

gun olduğundan) bahsile 25/10/940 T. ve 1039/2342 numaralı ilâmla tasdik edilmiş ve vukubulan tashihi karar talebi de mezkûr dairece bittetkik: (hâdisede dava mevzuu olan arsaya müddeaaaleyh tarafından yaptırılan binanın kal'ı fahiş zararı müeddi bulunduğu ve levazım kıymetinin (1100) lira olduğu ehli-vukuf marifetiyle usulü dairesinde tayin ve tespit edilmiş olmasına ve K. Medenin 649 uncu maddesinin son fıkrasında bina levazım sahibi tarafından suiniyetle yapılmış ise arsa sahibinin levazım için vereceği tazminatın levazımın en az kıymetini geçmiyebileceği yazılı olup böyle bir vaziyette arsa sahibi için levazımın en az kıymetini ödemek mutlak bir hak ve talep mevzuu olamayacağına ve mahkemece bu husustaki takdir salâhiyeti kullanılarak ehli-vukufun levazım kıymeti olmak üzere tayin ve tespit ettikleri (1100) liradan harap enkazın bedeli olan (75) liranın tenziliyle mütebaki (1025) liranın hazine-den tahsiline hüküm verilmiş bulunmasına göre tashihi karar için kanunda gösterilen sebeplerden hiç birisine uygun olmayan tashihi karar talebinin reddine) esbabı mucibesiyile reddedilmişti. (1 inci hukuk dairesinin 14/3/941 tarih ve 517 / 521 sayılı kararı).

Tatbikat bu merkezde iken ahiren Yüksek mahkememizin aynı da-iresinden ve Hukuk Heyeti Umumiyesinden buna muhalif karar ve içtihatlar sadır olmuştur. Temyiz mahkemesinin muahhar tarihli aşağıdaki kararlarında mevzubahs içtihadın aksine olarak mahkemelerce bu gibi ahvalde levazımın en az kıymetine hükmedilmesi icap edeceği emir ve işaret olunmaktadır. Ezcümle fidancı (M) tarafından hazineye ait arsa üzerine inşa ettirdiği binaların bedelinin tahsili hakkında hazine aleyhine açılan davanın yapılan muhakemesi sonunda: İzmir Asliye birinci hukuk mahkemesince davacının yaptırdığı binaların bedeli olan (300) liranın müddeaaaleyh hazine-den tahsiline karar verilmiş ve hazine vekilinin temyiz ettiği hüküm Yüksek mahkeme 1 inci hukuk dairesince tetkik ve (Bina için ehli-vukuf tarafından takdir olunan azamî ve asgarî kıymetlerden mahkemece asgarî kıymet kabul edilmi-yerek azamî kıymetin hüküm olunması usul ve kanuna uygun olmadığından) bahsile nakzedilmiştir. (1 nci hukuk dairesinin 30/1/941 tarih ve 1816/206 sayılı kararı).

Asliye mahkemesi buna karşı eski hükümde ısrar etmiş, fakat ısrar

kararı da Heyeti umumiyece bozulmuştur. Bu husustaki 2/7/941 tarih ve 44/48 sayılı Umumi heyet kararında aynen (K. Medenin 649 ncu maddesi mucibince inşaat levazımının en az kıymetinin takdir ettirile-rek hüküm ettirilmesi lâzım ve bu lüzumu tazammun eden Hususî da-irenin bozma kararı varit ve uymak lâzımgelirken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan son hükmün de H. U. M. K. nun 429 uncu maddesine tev-fikan bozulmasına ittifakla karar verildi) denilerek Hususî dairenin noktai nazarına iştirâk edilmiştir. Yüksek mahkememizin içtihadını de-ğiştirmesine sebep teşkil eden esaslı muc'p sebepler bozma kararların-da izah edilmemiştir. Her ne kadar Heyeti umumiyenin ilâmında (K. Medenin 649 uncu maddesi mucibince mahkemece levazımın asgarî kıymetine hükmedilmesi icap edeceğinden) bahs ve mezkûr maddede de (levazımın asgarî kıymetine hüküm edilebileceği) tasrih edilmekte ise de Temyiz 1 inci hukuk dairesinin zikri geçen 14/3/941 tarihli ka-rarında sarahaten işaret edildiği veçhile Mâdenî K. numuzun 649 uncu maddesinin son fıkrasında (arsa sahibinin levazım için vereceği taz-minatın levazımın en az kıymetini geçmiyebileceğinin) yazılı olmasına ve bu vaziyette arsa sahibi için levazımın asgarî kıymetini ödemek mutlak bir hak ve talep mevzuu olamayacağına nazaran Yüksek mah-kememizin bu maddeye istinat eden bozma kararlarında Asliye mah-kemesinin takdir hakkına taarruz edilmest itibarıyla isabeti kanuniye yoktur. Çünkü vazı kanun (levazımın en az kıymetini geçmiyebilir) ibaresini kullanmakla levazımın en az kıymetine hükmedip etmemek hususunda Hâkimi serbest bırakmıştır. Bu maddedeki hüküm ahkâmı âmireden değildir. Hâkimin tatbikinde serbest bırakıldığı bir hükmün tatbik edilmemesi Temyiz mahkemesine hükmü bozmak hakkını ver-miyeceğinden Yüksek mahkememizin değişen eski içtihatları kanunun ruhuna daha uygundur. Filhakika hâdisede levazım sahibinin suiniyetle hareket ettiği ve suiniyeti kanunun himaye etmiyeceği düşünülebilirse de maddenin mutlak ibaresi karşısında bu düşüncenin yeri olmasa ge-rektir. Zira davada taraflarla daha yakından alâkadar olan adalet mefhumu mukaddesini tevzie memur Hâkimin mahkemenin tarzı cerya-nından edindiği kanaate göre suiniyetle hareket eder levazım sahibini himaye etmiyeceği ve lüzum görürse maddedeki taktir hakkını kulla-narak levazımın asgarî kıymetine hükmedeceği pek tabiidir.

650 NCI MADDE:

Kanunumuz bu maddesinde yaptırdığı binanın kıymeti arsa kıymetinden fazla olan ve hüsnüniyetle hareket eden levazım sahibine muhik bir tazminat mukabilinde arsa ile binanın mecmuunun mülkiyetinin kendisine verilmesini istemek hakkını tanımaktadır. Maddenin tatbik edilebilmesi için mahkemece aranılması icap eden lüzumlu anasır şunlardır.

(A) Levazım sahibi tarafından yapılan binanın kıymeti açıkça arsa kıymetinden fazla olmalıdır.

(B) Levazım sahibi hüsnüniyetle hareket etmiş bulunmalıdır.

(C) Mahkemece arsa için takdir olunacak muhik tazminatı levazım sahibi tediye etmelidir.

Ele aldığımız maddedeki (A) ve (C) işaretli unsurları izaha lüzum yoktur. Bunlar sarıh ve kat'î unsurlardır. (B) işaretli unsura gelince: Levazım sahibinin hüsnüniyetle hareket edip etmediğinin takdiri oldukça güç bir mesele olduğu gibi kanunda levazım sahibinin ne gibi ahvalde hüsnüniyet sahibi addedileceği de tarif edilmemiş bulunduğundan tatbikatta mahkemelerce en fazla bu unsurun tefrikinde güçlük çekilmekte ve verilen kararlardan bazıları Yüksek mahkemece bu yüzden nakzedilmektedir. Kanunun tatbikinde bir şahsı hareketinin hüsnüniyete mi yoksa suiniyete mi mukarin olduğunu tefrik etmek kolay bir mesele olmamakla beraber bazı istisnaî ahvalde bunun tefriki kabil olabilir. Meselâ hiç bir hakkı olmadığı halde başkasının arsasına sahibinin muvafakatını almadan bina inşa eden kimsenin suiniyetle hareketi bedihi bir keyfiyet teşkil eder. Diğer taraftan taksitle satın aldığı bir arsayı namına tescil ettirmeden üzerine bina inşa eden veya başkasının arsası üzerine muvafakatiyle inşaat yaptıran şahısların hüsnüniyet sahibi oldukları kabul edilebilir. Bu gibi istisnaî hallerin haricinde başkasının arsası üzerine bina inşa eden şahıs K. Medenî hükümlerine göre ne gibi ahvalde iyi niyet sahibi addedilebilecektir? Kanunen muteber olmıyan gayri menkul haricî alım satımına istinaden başkasının arsasına inşaat yapan kimse hüsnüniyet sahibi olarak kabul edilebilecek midir? Medenî kanunumuz bu suallere cevap sayılabilecek açık ve kat'î hükümleri ihtiva etmiyor. Bu itibarla bu suallere kanunumuzun

hüsnüniyete mütedair olan umumî hükümlerini ve Temyiz mahkemesinin mümasıl hâdisattaki karar ve içtihatlarını göz önünde tutarak cevap vermeğe çalışacağız.

Medenî Kanunumuzun 633 üncü maddesinde (Gayri menkul mülkiyetini iktisap için tapu siciline kayıt şarttır) denildiği gibi 634 üncü maddesinde de (Mülkiyeti nakleden akitlerin resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmıyacakları) tasrih edilmektedir. Bahsî geçen maddelerin açık hükümlerine nazaren bir şahsın her hangi bir gayri menkulün sahip ve maliki addedilebilmesi için bu gayri menkule tapu sicili ile mutasarrıf olması lâzımgelir. Bu böyle olunca gayri menkule müteallik hüsnüniyet iddialarının da kanunumuzun aradığı resmî sicil ve senetler, tahrirî vesaikle, veya hasmın ikrarı gibi kat'î delillerle ispat edilmesi icap eder. Nitekim Temyiz mahkemesi tatbikatta gayri menkule müteallik hüsnüniyet iddialarını tapu sicil kayıtlarına, tahrirî vesaika ve hasmın ikrarına istinat etmedikçe kabnl etmemektedir. Yüksek mahkememizin bu yoldaki karar ve içtihatlarını tebaruz ettirmek için bir kaç misal verelim.

1 — Kendilerine ve murislerine tahsis vukubulmaksızın hazineye ait arsa üzerine hotbehot bina inşa eden muhacirlerin hüsnüniyet kaidelelerine istinat etmelerine imkân olmadığından bu vaziyette arsanın Medenî K. nun 650 nci maddesine istinaden muhik tazminat mukabilinde muhacirlere temlikine karar vermeğe imkân yoktur. (Temyiz mahkemesi 1 inci hukuk dairesinin 4/10/941 tarih ve 810/2217 numaralı kararı).

2 — Tapu senedinde müddeaaaleyh namına maa hane arsa kaydı mevcut olduğu takdirde davacının arsa üzerindeki haneyi kendisi yaptırdığını ileri sürerek ikame ettiği tescil davasının reddi lâzımdır. Hâdisede tapu sicilindeki resmî kayda karşı şahit istimai ile şahadete istinaden haneyi davacının yaptırdığını subutuna karar vermeğe mesâğı kanunî yoktur. (Hukuk heyeti umumiyesinin 23/12/939 tarih ve 91 numaralı kararı).

3 — K. Medeninin 650 nci maddesi mucibince tescil kararı verilebilmesi için binayı inşa eden şahsın hüsnüniyetle hareket ettiğinin subutu lâzımgelir. Müddeaaaleyhin tapu senedi ile mutasarrıf olduğu gayri menkule senette yazılı hudutları tecavüz etmek suretiyle bina inşa

eden davacının hüsnüniyetle hareket ettiği kabul edilemez. (Hukuk heyeti umumiyesinin 30 3/932 tarih ve 46 sayılı kararı).

4 — Müddeabih hanenin tapu sicilinde mukayyet olup olmadığının ve mukayyet ise hane olarak mı yoksa arsa olarak mı kayıtlı olduğunun tapu dairesinden sorularak gelen cevapta hane olarak mukayyet olduğu anlaşılırsa kayıt veçhile ait olduğu tarafa aidiyetine karar ve rilmesi icap eder. (Temyiz birinci hukuk dairesinin 19/6/933 tarih ve 280 numaralı kararı),

5 — Müşterek arsa üzerine ifraz ve taksim yapılmadan ve diğer hissedarların muvafakatı alınmadan hissedarlardan birisi tarafından inşa ettirilen binanın hüsnüniyetle yaptırıldığı kabul edilemez. Binayı inşa ettirenin hissedar olduğundan bahsile K. Medenin 650 nci maddesine tevfi kan tescil kararı verilmesi yolsuzdur. (Temyiz birinci hukuk dairesinin 18/4/940 tarih ve 2411/921 sayılı kararı).

Görülüyor ki Yüksek mahkememiz çok haklı olarak tapu sicilindeki kayda muhalif olarak dermeyan olunan hüsnüniyet iddialarını kabul etmemektedir. Medenî kanunumuzun gayri menkul mülkiyetinin tapu sicil kaydıyla irtikal edeceğine mütedair olan hükümleri karşısında en makul olan tarzı hareket de budur. Hüsnüniyet hakkındaki ahkâm ve mevzuatı kanunîyeyi ve Temyiz mahkemesinin içtihadatını bu şekilde kısaca gözden geçirdikten sonra kanunen muteber bulunmayan gayri menkul haricî alım, satımının bahsî geçen maddelerden mütevellit dava ve ihtilâflarda hüsnüniyete delil olarak kabul edilip edilemeyeceğine mütedair olan suale cevap verelim.

Medenî kanunun gayri menkul mülkiyetinin ancak tapu sicil kaydı ile irtikal edebileceğine dair bulunan yukarıdaki hükümleri karşısında kanunen muteber bulunmayan gayri menkul haricî alım satımının adı geçen maddelerin tatbikinden mütevellit davalarda da kaideten hüsnüniyete delil olarak kabul edilmemesi lâzımgelir. Nitekim evvelce Yüksek mahkememiz bu mülâhazaya müsteniden gayri menkul haricî satışını hüsnüniyete delil olarak kabul etmemkte idi. Mafevk mahkeme 1930 tarihli bir kararında (Gayri menkulün haricî alım, satımının muteber olmadığını bilmesi lâzımgelen davacının bu satışa istinaden ileri sürdüğü hüsnü niyet iddiası kabul edilemez) diyerek haricî satış zımında yapılan inşaatın hüsnüniyete mukarin addedilemeyeceğine dair

bir içtihat izhar etmişti. (Temyiz mahkemesi hukuk heyeti umumiyesinin 16/10/930 tarih ve 82 numaralı kararı). Bilâhare Yüksek mahkememiz bu husustaki içtihadını tebdil etmiştir. Temyiz mahkemesi muahhar tarihli kararlarında gayri menkul haricî satış ile satış seneindeki inşaata mezuniyet verildiğine mütedair olan kaydı bina inşa eden kimsenin hüsnüniyetine delil olarak kabul etmektedir. Yüksek mahkemenin bu yoldaki içtihatlarına müteaddit misaller verilebilir. Bir iki misal vererek tatkiki tamamlıyalım.

1 — Bir arsayı haricen Noter senediyle satın alarak üzerine bina inşa ve ağaç garseden kimse o arsanın muhik tazminat mukabilinde Kanunu Medenin 648, 648, 640 ve 655 inci maddelerine istinaden namına tapu siciline tescilini istiyebilir. Haricî satış davacının hüsnüniyetine delil teşkil eder. Gayri menkul haricî alım, satımının hükmü olmadığından bahsile davanın reddine karar verilmesi yolsuzdur. (Temyiz birinci hukuk dairesinin 19/10/938 T. ve 2908,1931 numaralı kararı).

2 — Başkasına ait arsayı Noter senediyle eski malikinden satın alarak senette verilen mezuniyete binaen üzerine bina inşa eden şahsın yaptırdığı binanın kıymeti arsa kıymetinden fazla olur, ve binanın kal'ı fahiş zararı müeddi bulunursa bina sahibinin K. Medenin 650 inci maddesine istinaden muhik tazminat mukabilinde arsanın kendisine temlikini istemeğe hakkı vardır. Noter senedindeki inşaata izin verildiğine mütedair olan kayıt levazım sahibinin hüsnüniyetine delil teşkil eder. (Temyiz birinci hukuk dairesinin 3/4/942 T. ve 3271/911 No. lu kararı).

Hâkim Hakem Olabilir mi?

Yazan: İmran ÖKTEM

Ankara Asliye mahkemesi 3 üncü
hukuk Hâkimi

— I —

BİR TAMİM :

Adliye Vekâleti 9/10/1941 tarihinde Hukuk işleri umum müdür lüğü ifadesiyle Cümhuriyet müddei umumiliklerine aşağıdaki tamimi yaptı:

Teşkilâtı Esasiye kanununun 57 nci maddesinde sarahaten Hâkimlerin kanunen muayyen vazifeden başka umumî ve hususî hiç bir vazife deruhte edemeyecekleri yazılıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 29 uncu maddesinde Hâkimin hakem sıfatıyla hareket etmiş olduğu işte kendisini reddedebileceğine dair olan fıkrası delâletinden Hâkimin hakem olabileceği iddia olabilirse de Teşkilâtı Esasiye kanununun kat'î ve mani hükmü karşısında bu fıkranın Hâkimin hâkimlik meslekine girmeden evvel hakem sıfatıyla hallettikleri işlerde kendilerini reddedebilecekleri şekilde izahı ve kabulü zarurîdir. Bu itibarla Hâkimlerin hakemlik yapamayacakları tamamen tebliğ olunur,

— II —

BİR KARAR :

Devlet Demir Yolları umum müdürlüğü ile (H) arasında çıkan bir ihtilâf Hâkim sınıfına mensup şahıslardan mürekkep hakem heyetine tevdi edilmişti. Hakem heyeti 28/8/1941 de kararını verdi. (H) bu kararı temyiz etti. Temyiz sebepleri arasında Hâkimin ha-

kem sıfatıyla hareket etmesi Teşkilâtı Esasiye kanununa muhalif olduğundan verdiği kararın hükümsüz sayılması, lâzımgelseceği de ileri sürülmüştü.

Temyiz mahkemesi Ticaret dairesi 2/7/1942 tarih ve 941/2820 esas 1811 karar numarasıyla aşağıda yazılı mucip sebeplerle temyiz itirazlarını reddetti:

Hâkimin hakem sıfatıyla iş görmekten memnu olduğunun kabulü halinde dahi kendisine tevdi olunan mesele hakkında bu sıfatla karar ittihaz etmiş olması hakem kararının bozulmasını gerektirecek sebeplerden sayılamıyacağından ve bu mefruz memnuiyet hâkimin davada alâka ve menfaati bulunmak, kanunun tâyin ettiği derecede tarafların akrabası olmak veya muhtelif sebeplerden ötürü hacır edilmek gibi durumlara kıyas edilemeyeceğinden Hâkimlerin hakem sıfatıyla iş görmekten memnu olup olmadığının tetkik ve münakaşasına lüzum ve icap görülmemiş bulunmasına ve hakemleri, tarafların, rızalarıyla seçmiş oldukları anlaşılmasına binaen temyiz itirazlarını reddiyle temyiz olunan kararın tasdikine.

— III —

TASHİH KARAR TALEBİ

Temyiz mahkemesi Ticaret dairesinin bu kararına karşı (H) tashih talebinde bulundu. Tashih sebebi olarak şunlar ileri sürülmüştür.

1 — Teşkilâtı Esasiye kanununun 57 nci maddesi Hâkimin hakem sıfatıyla iş göremeyeceğini emir etmesine nazaran hakem kararının kukukî ve kanunî hiç bir kıymeti yoktur.

2 — Bu kanun hükmü Temyiz mahkemesince bertaraf edilemez.

3 — Bu memnuiyet mefruz olmayıp müspet ve sarîh ve kat'idir.

4 — Teşkilâtı Esasiye kanununun diğer kanunlardan evvel tatbiki lâzımdır. Binaenaleyh bu memnuiyet H. U. M. K. nundaki hakem kararlarının bozulmasını icap ettiren sebeplerden birine kıyas edilemez.

5 — Hâkimlerin hakem sıfatıyla iş görmekten memnu olup olmadığının tetkiki ve münakaşası zarurîdir. Çünkü H. U. M. K. nun gösterdiği memnuiyet sebepleri şahsî olup bu kanunun meşğul ol-

duğu hakemler ise; ancak meslek ve sınıf itibariyle hakemlik yapmağa salâhiyetli kimselerdir.

6 — İsviçre federal mahkemesinin 15/Temmuz/1941 tarihli kararına göre; hakem kararları aşkâr olarak adalete aykırı ise veya ciddi bir tetkik mahsulü olmadan ittihaz olunmuş ise Temyiz Mahkemesi tarafından bozulabilir. Hususiyle hakemlerin esaslı bir hata neticesinde yahut bir tarafın müracaat ettiği hilenin, tehdidin tesiri altında verdikleri isabetsiz bir karar nakzedilebilir. Temyiz mercii yalnız H. U. M. K. nun bozma sebeplerine münhasır olarak tetkikat yapamaz, bu meyanda Teskilâtı Esasiye kanununun da nazara alması lâzımdır.

7 — Adliye Vekâletinin 9/10/1941 tarihli tamimindeki hukuki mütalealar ret ve cerh edilmemiştir.

8 — Teskilâtı Esasiye kanunu Türk adliyesine yüksek kıymet ve itibar verdiği ve Hâkimlerin her türlü şüphenin üstünde tutmak istediği içindir ki kanunen muayyen vazifelerden başka umumî ve hususî hiç bir vazife deruhte etmekten onları menetmiştir.

— IV —

TASHİHİ KARAR TALEBİNİN REDDİ:

Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi tashihi karar talebini 10/10/1942 tarih 942/21/58 esas 2312 karar No. lu ilâmiyle reddetti. Ehemmiyetine binaen ilâmı aynen arz ediyorum:

Teskilâtı Esasiye kanununun 57 nci maddesinde Hâkimlerin kanunen muayyen vazifelerden başka umumî ve hususî hiç bir vazife deruhte edemeyecekleri yazılı isede, bu maddede kastedilen vazife, Hâkimlerin hakemliği ve vasılığı gibi işler değildir. Netekim Medenî Kanunun 367 nci maddesinin 5 Nö. lu bendinde mebuslar, vekiller ve Temyiz Mahkemesi reis ve âzalarının vasilikten itiraz edebilecekleri yazılı bulunduğu cihetle Sulh mahkemesince bunlardan gayri Hâkimlerin vasi tâyini halinde mezkûr kanunun 366 nci maddesi gereğince vasilik vazifesini kabul etmiye mecbur oldukları anlaşılmaktadır. Kanunu Medenî 368 inci maddesinde vesayete mâni olarak zikredilen sebepler arasında - alâkalı vesayet daireleri Hâ-

kimleri hariç olmak üzere - diğer Hâkimlerin vasi olamayacaklarına dair bir kaydın mevcut olmaması da onların vasilik vazifesini göreceklerini açıkça göstermektedir. Teskilâtı Esasiye kanununun 57 nci maddesinde bahis mevzuu edilen vazifenin tashih müstedsinin tasavvur ettiği anlama hamli lâzım gelseydi kanun vazisinin bu ciheti göz önünde tutarak Hâkimlerin de mutlak olarak vasi olamayacaklarına dair Medenî Kanuna bir hüküm koyması icap ederdi. Diğer taraftan H. U. M. K. nun Hâkimlerin reddinden bahseden 29 uncu maddesinin 3 No. lu bendinde bir davada hakem sıfatıyla hareket etmiş olan Hâkimin reddedilebileceği beyan edilmek suretiyle Hâkimin bir davada hakem sıfatıyla hareket edebileceği kabul olunmuştur. Mezkûr kanunun tahkimden bahseden 8 inci babında ise Hâkimlerin hakem olamayacaklarına dair bir sarahat ve hatta delâlet de mevcut değildir. 3533 No. lu kanun bir kısım ihtilâfların hakem sıfatıyla halli vazifelerini Hâkimlere tevdi etmekle Teskilâtı Esasiye kanununun 57 nci maddesinde kast olunan vazifenin bu gibi hâllere şamil bulunmadığını teyit eylemektedir. 2239 No. lu Deniz Yolları İşletme kanununun 6 ncı maddesinin son fıkrasında bazı ihtilâflarda İstanbul Ticaret Mahkemesi reisinin hakemliğine müracaat olunacağı tasrih kılınmakla bu görüşün isabeti bir kat daha tebaruz etmektedir. Adliye Vekâletinin mevzuubah tamimi idarî mahiyeti haiz bulunduğu cihetle mahkemenin rey ve içtihadını takyit edemez. Bundan başka Hâkimin hakem sıfatıyla iş görmekten men olunduğunun kabulü halinde dahi kendisine tevdi olunan mesele hakkında bu sıfatla karar ittihaz etmiş olmaları hakem kararının bozulmasını gerektirecek sebeplerden sayılmaz. Olsa olsa men'e rağmen bu işi görmüş olan Hâkim hakkında inzibatî muameleyi istilzam edebilir. Netekim Memurun kanununun 8 inci maddesiyle memurlar ticaret yapmaktan memnu oldukları halde ticarî bir muamele yaptıkları surette Ticaret kanununun 8 inci maddesi gereğince bu muamele batıl olmayıp muteber ve hatta bu muameleden dolayı icap ettiği surette iflâs kaidesine tabi tutulmaları icap eder. Hâdisede hakem vazifesini görmüş olan Hâkimlerin dâvada alâka ve menfaatları bulunduğu ve kanunun tâyin ettiği derecede tarafların akrabası bulundukları iddia edilmediği gibi muhtelif sebeplerden ütürü hacir edilmek gibi ehli-

yetsizlikleri de ileri sürülmemiştir. Hakemler tarafların rızalarıyla imtiha edilmişler, hakem tetkikatı ilerleyip ehli-vukuf lar tarafından rapor verilinceye kadar hakemlerin sıfat ve salâhiyetlerine bir itirazda bulunulmamıştır.....

— V —

TEŞKİLÂTI ESASİYE KANUNUNVN 57 NCİ MADDESİ HÂKİMİN HAKEMLİK YAPMASINA MÂNİ MİDİR ?

Mezkûr maddede (Hâkimler kanunen muayyen vazifeden başka umumî ve hususî hiç bir vazife deruhte edemezler) Diye yazılıdır. Aşağıdaki hususları belirtmek lâzımdır:

A — Eğer Teşkilâtı Esasiye kanunu, Hâkimi hakemlik yapmaktan men ediyorsa Hâkimin hakem sıfatıyla verdiği kararlar hükümsüzdür. Temyiz mercii böyle bir ilâmı bu noktadan nakzedebilir. Gerçi H. U. M. K. nun 533 üncü maddesi, hakem kararlarının temyizen nakzolunabilmesi için dört sebebin tahakkukunu şart kılmıştır. Ancak bu madde hükmü usulü dairesinde seçilmiş olan hakemler tarafından verilen kararlara teallük etmektedir. İşbu madde (hakem kararı) diye başlamaktadır. Eğer bir karar (hakem kararı) mahiyetini haiz değilse; Temyiz mercii diğer nakız sebeplerini aramaksızın bu kararın tetkikine mahal olmadığına karar verecektir. Bir kararın (hakem kararı) sayılabilmesi için hakemlerin usulü dairesinde seçilmiş olması ve bunların hakemlik yapmalarına kanunî bir mâniin bulunmaması icap eder. Bu memnuiyet ehliyetsizlik, hacır ve taraflarla karabet gibi hususi hukuk kaidelerinden dağabileceği gibi diğer kanunların emir edici hükümlerinden de dağabilir. Eğer Teşkilâtı Esasiye kanunu Hâkimi hakemlik yapmaktan men etmiş ise bu memnuiyet kat'î ve emir edici bir hüküm olmak itibarıyla diğer memnuiyetler gibi karar üzerine müessir olur. Teşkilâtı Esasiye kanunu hâkimiyet ve müessiriyet derecesi bu şekilde bir memnuiyetin tarafların rızasına rağmen nazara alınmasını icap ettirir. Hakem kararlarını tetkik eden Temyiz mercii usulün 533 üncü maddesinin mahdut sebepleriyle mukayyet değildir. Diğer kanun hükümlerini ve bilhassa Teşkilâtı Esasiye kanunundaki kaideleri göz önüne almak mecburiyetindedir. Teşkilâtı Esasiye kanununda

bir memnuiyet varsa bu mefruz değil, kat'îdir. Her zaman ve her yerde göz önünde tutulması lâzımdır.

B — H. U. M. K. nun 29 uncu maddesi Hâkimlerin hakem sıfatıyla hareket edebilip edemeyeceğini aydınlatacak mahiyette değildir. Gerçi bir dâvada hakem sıfatıyla hareket eden şahsın aynı dâvada Hâkim sıfatıyla hareket etmesi halinde rededilebileceği veya kendisini reddedebileceği bu maddenin üçüncü bendinde yazılı isede; bu hüküm Hâkimin bu mesleğe girmeden evvel hakem sıfatıyla bir dâyaya vaziyet etmiş olması halini derpiş ederek sevkedildiği ileri sürülebilir. Maddenin bu şekilde izahının mümkün olabilmesi bu madde delâletiyle esas meselenin halline mânidir.

C — Medenî kanunun Hâkimlerin vasi olabilmelerine müsaade etmiş olması ve bazı kanunlarla ve mahdut ihtilâflarda Hâkimlerin dâvayı hakem sıfatıyla tetkik etmelerinin kabul edilmiş bulunması umumî surette hakem olabileceklerini göstermez. Çünkü Teşkilâtı Esasiye kanununun 57 nci maddesi zaten kanunun tâyin ettiği vazifeleri müstesna tutmuştur. Bu maddede mevzu bahs (kanun) yalnız mahkemeler teşkilâtı kanunu değildir. Teşkilâtı Esasiye kanununun ruhuna ve maksadına muhalif olmamak şartıyla diğer kanunlarda Hâkime bir takım vazifeler vermiş olabilir. 353ğ ve 2239 No. lu kanunlar buna birer misal teşkil ettiği gibi Milli Müdafaa İhtiyaçları İçin Yapılacak İstimlakler Hakkındaki 3587 sayılı kanunun 6 ncı maddesiyle, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 1219 No. lu kanunun 21 inci maddesiün B. fıkrasıyla Hâkimlere muayyen ve mahdut vazifeler verilmiş bulunmaktadır. Ancak bu vazifeler kanunla tevdi edilmiş istisnai ve tahdidî mahiyeti haizdir. Bu hükümleri tevsi ederek tetkik mevzuu meselenin halli için bir delil olarak ileri süremeyiz.

Ç — Teşkilâtı Esasiye kanunundaki memnuiyetler Memurin kanunundaki memnuiyetlerle mukayese edilemez. Memurin kanunun derpiş ettiği memnuiyetler idarî ve inzibatî mahiyette olup memuriyet vazifesinin iyi ifa edilmesi için sevkedilmiş bulunmaktadır. Halbuki Teşkilâtı Esasiye kanunundaki memnuiyetler, âmme intizamına teallük eder ve mutlak mahiyeti haizdirler.

D — Teşkilâtı Esas'ye kanununun 57 nci maddesi hükmünü

diğer hususî kanunlarla izah ve tâyine imkân yoktur. Bu kanun diğer hususî kanunların fevkinde hâkimiyet ve nüfuza maliktir. 103 üncü maddesinde hiç bir kanunun bu kanuna münafi olamayacağı bildirilmek suretiyle bu cihet teyit edilmiştir. Bunu temin için kanunun ihzarî bazı merasime tabi kılınmış isede Teşkilâtı Esasiye kanununa münafi bir lâyiha'nın kanun haline geçmesi de ihtimal haricinde değildir. Bu sebeple Teşkilâtı Esasiye kanununun diğer hükümleri gibi 57 nci maddesi hükmünün de yine Teşkilâtı Esasiye hukuku kaideleriyle ve bu kanunun maksat ve gayesiyle izah ve tâyini lâzımgelir.

— VI —

TEŞKİLÂTI ESASİYE KANUNU HÂKİMLERİ UMUMÎ ve HUSUSÎ VAZİFE DERUHTE ETMEKTEN NİÇİN MEN ETMİŞTİR ?

Şüphesiz kanun Hâkimi hacır etmek istememiştir. Bunun için hiç bir sebep yoktur. Yine Hâkimlik mesleğine kudsi bir mahiyet izafe etmek ve onu ilâhileştirmek maksadı da güdülmemiştir. Çünkü devlet faaliyetleri içinde hiç değilse Hâkimlik kadar şerefli nice vazifeler vardır ki onları ifa edenler hakkında Teşkilâtı Esasiye kanunu müşabih bir memnuiyet derpiş etmemiştir. Bu memnuiyet 8 inci maddenin tabii bir neticesidir. Teşkilâtı Esasiye kanunu, kaza hak ve salâhiyetinin diğer teşri ve icra salâhiyetlerinden müstakil olarak kullanılmasını zarurî görmüştür. Bu zaruretin icabı olarak kaza hakkının müstakil mahkemeler tarafından Millet namına kullanılmasını emir etmiş ve 4 üncü faslında istiklâli temin edecek hükümleri sevk etmiştir. 57 nci madde Hâkimlerin istiklâlini temin bakımından mütalâa edilmelidir. Hâkimlerin icra salâhiyetini kullandıkları veya icra ve teşri uzuvlarının nufuzu altında bulundukları zamanlarda kaza vazifesinin gereği gibi işlemediğini müşahade eden kanun vaznı, Hâkimin icra veya teşri uzuvlarının nufuzu ve mürakabesi altına girecek bir şekilde umumî veya hususî bir vazife deruhte etmesini men etmiş bulunmaktadır.

Bu memnuiyetin ikinci bir sebebi de hususî şahıslara ait vazife deruhte eden kimselerin o şahısların nufuzu altına gireceğinden o

şahısların alâkalı olduğu ihtilâfın bellinde bitaraf hareket edemeyeceğinin tabii görülmesidir.

Şu halde Hâkimin ne gibi vazifeleri deruhte edemeyeceğini tâyin eylemek için bu vazifenin Hâkimi resmî veya hususî müessese ve şahısların emir, nufuz ve mürakabesi altına koyup koymadığını tespit etmek lâzımdır. Bu vaziyet ancak hiyerarşik vazifeler içerisinde bir vazife deruhte edilmesi halinde veya vazifenin deruhte edilmesi ile vazifeyi veren şahsın Hâkim üzerinde emir etmek salâhiyetinin doğduğu hallerde tahakkuk eder.

Hâkim bir dâvada hakem sıfatıyla hareket etmekle dâva ile alâkalı şahısların nufuz ve emri altına girer mi? Bu suale derhal menfi cevap vermek icap eder. Aksi hal H. U. M. K. nun tahkime ait 8 inci babının dayandığı sebepleri ortadan kaldırır.

Filhakika bir ihtilâfın tahkim yoluyla halli doğru olup olmayacağı uzun zaman münakaşa edilmiş ve müstakil mahkemelerin tesisinden sonra hakemlerin bitaraf hareket edemeyecekleri ve kendilerini seçenlerin nufuzu altında bulundukları ileri sürülerek tahkim usulünün kabulüne yanaşılmamıştır. Hakemlerin bitaraf hareket edebileceğine dair olan mütalâalar kabul edilmeğe başlandıktan sonra tahkim usulünün kabulü cihetine gidilmiş ve bu mütalâalar kuvvet kazandıkça tahkimin sahası ve şartları genişletilmiştir.

Bugün mevzuatımız tahkim usulünü kabul etmiş olmakla hakemlerin kendilerini seçen kimselerin emir ve nufuzu altında bulundukları yolundaki mütalâayı reddetmiştir. Bir şahsın kendisini hakem tâyin eden kimseye ait işte hakem sıfatıyla hareket ederken onun emir ve nufuzu altında bulunmayacağı ve bitaraf hareket edeceği kabul edildiği halde aynı şahsın o kimseye ait diğer bir ihtilâfta Hâkim sıfatıyla hareket ederken o kimsenin emir ve nufuzu altında bulunacağını ve bitaraf hareket edemeyeceğini ileri sürmek tahkim usulünü kabul eden kanunu vaznının noktai nazarına aykırı düşer.

Usulün 29 uncu maddesinde Hâkimin hakem sıfatıyla hareket etmiş olması halinin ret veya istinkâf sebebi sayılması hakemliğini yaptığı şahsın nufuzu altında bulunduğundan dolayı değil evvelce rey ve mütalâasını bayan etmiş olmasındandır.

Tüccarî beyide müşterinin temerrüdü karşısında bayi

Ticaiet kanunu

Madde
712, 713

Yazan: Feyzi USLU
Manisa meb'usu

Bazı mahkemelerde, mebiin ademi tesliminden dolayı müşteri tarafından açılan farkı fiyat dâvalarında müddeaaaleyh mevkiinde bulunan bayiin malı teslim alması hususunda müşteri olan müddeiye şifahî ihtarda bulunduğunu müdafaaten dermiyan etmesi üzerine bu müdafaa üzerinde tevekkuf edilerek şahit istima edilmekte ve bu suretle celeseler uzayarak mahkemenin sürüncemede kaldığı ekseriya görülmekte olduğundan bu mes'ele etrafında bir inceleme yapmağı ve bu münasebetle sayın hukukcu arkadaşlaşımaya Yüksek Temyiz mahkemesi ticaret dairesinin görüşünü arz etmeğı faydalı buldum.

Bu yazımızda şu suallerin cevabını vermeğe çalışacağım:

Mebii teslim almayan müşterinin bu hali ne surerle tevsik olunur? Diğer bir tabirle mukavele veya örf ile muayyen müddet zarfında mebiî tesellüm etmiyen müşteriye karşı bayi ne suretle hareket etmek müşterinin temerrüdünü ne şekilde tespit etmek mecburiyetindedir, bayiin bu hususta, yâni malı teslim alması için müşteriye yapacağı şifahî ihtarın bir kıymeti var mıdır, yoksa ihtarın tahriri mi olması

meşruttur? Bayiin müşteriden farkı fiyat istiyebilmesi için ne şekilde hareket etmesi lâzımdır?

Tüccarî beyilerde mukaveleden sonra tatbik edilecek kanun, Ticaret kanunu olması sebebiyle hâdisemizide işbu kanuna göre halletmek zarureti vardır.

Bey akti, bayie mebiî teslim, müşteriye de mebiî tesellüm ve semeni tediye vecibelerini tahmil eder. Semeni tediye etmesine rağmen mebiî tesellüm etmiyen müşteri karşısında bayiin ne suretle hareket edeceğini Ticaret kanununun 712 nci maddesi ve mebiî tesellüm etmekle beraber semeni de tediye etmemiş bulunan ve bu suretle mebi akdinin kendisine tahmil ettiği vecaipden hiç birini yerine getirmemiş olan müşteri karşısında bayiin sureti hareketini de mezkûr kanunun 713 üncü maddesi tâyin ve tasrih etmektedir. Bu madde aynen şöyledir:

« Madde 713 — Müşte i mukavele veya örf ile muayyen zamanda semeni tediye etmediğı surette bayi semeni dâva edebildiğı gibi alel-usul resmî bir ihtarname veya taahhütlü bir mektupla münasip bir mehil tâyin ederek müşteriye ifayı taahhüde davet eder. Mezkûr mehil zarfında müşteri semeni tediye etmeyecek olursa bayi maddeî sabıkada muharrer usule tevfikeyn mebiî sattırarak bedelinden semeni istifa ve işbu satış bedeliyle semeni mebi beynindeki farkı müşteriden istiyebilir. Mebiin Borsada ve piyasada rayiç bir fiyatı varsa bayi mebiî satmağı mecbur olmaksızın semeni mebi ile verveçhi bâla muayyen mehilin hitamındaki borsa ve piyasa fiyatı beyninde mevcut farkı müşteriden istiyebilir. »

Bu maddenin ilk fıkrasında mebiin ademi tesellümünden bahsulunmamakta ve sadece semeni mebi üzerinde durulmaktadır. Fakat ikinci fıkra okunulunca, bu madde sevk olunurken mebiin halen bayi yedinde bulunduğu ve müşteri tarafından tesellüm edilmediğı düşünölmüş ve o dairede hüküm vazedilmiş bulunduğu anlaşılmaktadır. Bundan çıkan mâna. 713 üncü maddenin, müşteri tarafından tesellüm ve semeni tediye vecibelerinin ademi ifası halinde bayie terettüp eden vazifeleri tâyin ve tespit etmiş olduğudur. Bu hükme ve neticeye göre semeni tediye etmiyen ve mebiî de teslim almayan müşteri karşısında bayi ya semeni dâva eder veyahut resmî bir ihtarname veya taahhütlü bir mektupla

münasip bir mehil lâyin ederek müşteriye ifayı taahhüde davet eder. Yâni ya Noter marifetiyle müşteriye bir protesto keşide eder veya taahhütlü bir mektup gönderir. Ve bunlarda münasip bir mehil tâyin ederek mebli tesellüme ve semeni tediyeye müşteriye davet eder. Verdiği bu münasip mehil zarfında müşteri vecibelerini ifa etmezse bayi serbest kalır. Görülüyorki bayi, müşteri vecibelerini yerine getirmiyor diye hotbehot akti fesh ve onun vعاibinden kendisini beri kılamaz. Mukavelelerinde aksine sarahat yoksa bayiin berveçhi peşin resmî bir ihtarname veya taahhütlü bir mektupla münasip mehil tâyin ederek müşteriye ifayı taahhüde davet etmesi lâzımdır. Bu davet şifahî olamaz. Kanun bunu hususî bir şekle tabi tutmuştur. O şekil de davetin protesto keşidesi veya taahhütlü mektup irsali suretiyle vukubulmuş olmasıdır. Binaenaleyh müşterinin mebli tesellüm etmediğini iddia eden bayi, işbu ademi ifanın mezkûr eşkâle uygun ifayı taahhüde davet neticesi vukubulduğunu beyan etmesi ve bu beyanını resmî ihtarname veya taahhütlü mektupla tevsik etmesi lâzımdır. Diğer bir ifade ile bayiin sözü geçen iddia ve def'inin şayanı kabul olabilmesi için ademi tesellümün protesto veya taahhütlü mektupla münasip bir mehil verilerek ifayı taahhüde davetten sonra vukubulmuş olması şarttır. Eğer bayi bu davetini şifahen yaptığını ve bu şifahî ihtarına rağmen müşterinin malı tesellüm etmediğini ve bu def'ini şahitle ispata muktedir bulunduğunu beyan ve iddia ederse mahkeme bu iddia ve müdafaası üzerinde hiç tevekkuf etmemelidir. Çünkü şifahî ihtarın hiç bir kıymeti olmadığından kanunî kıymeti olmiyan bir hususun tevsikine kıyam ve o dairede muamele ifası zaittir. Bir an için bütün şahitlerin ittifakla şifahî ihtarın vukubulduğuna şahadet ettiklerini kabul edelin. Mahkeme bu şahadete binayı hükmedemez. Zira sabit olan husus, kanunun kıymet vermediği şifahî ihtardır. Bunun sübut ve ademi sübutu hiç bir mâna ve hüküm ifade etmez.

Basit bir misal, Ahmet Mehmede bir mal satmıştır. Mehmet malın ihtarnameye rağmen ademi tesliminden dolayı akdin feshi ve farkı fiyat dâvası açmış.... Müddeaaaleyh olan bayi Ahmet malı teslim alması hususunda müddei Mehmede şifahî ihtaratta bulunduğunu ve buna rağmen malı tesellüm etmediğinden dolayı mebli ahara sattığını müdafaaten dermeyan etmiş, müddeaaaleyhin bu müdafaası üzerine mahkemenin yapacağı şey; müddei Mehmedin 714 üncü madde mucibince şekli ihtar

mevcutsa fiyat farkını tesbit edip farkın tahsiline hüküm vermesinden ibarettir. Müddeaaaleyhin müdafaası üzerinde hiç durmaz. Çünkü Müddeaaaleyh müdafaasında hatada bulunduğunu ileri sürmekte ve bu meyan da mebli de ahara sattığını ikrar etmektedir. Şifahî ihtarın ise hiç bir kıymeti yoktur. Müddeaaaleyh olan bayi 713 üncü maddenin kendisine tahmil ettiği vecibeyi yerine getirmemiştir. Farkı fiyatla mülzemdir. Netekim Temyiz Mahkemesi Ticaret dairesi bir kararında bu noktaya temasla şifahî ihtarın bir kıymeti bulunmadığını açıkça ifade etmiştir.

Temyiz Ticaret dairesi: 941/3217

Müddeaaaleyh pamukların tesellümü için şifahen ihtar yapıldığını beyan etmiş ve Ticaret kanununun 713 üncü maddesi gereğince şifahî ihtarın bir kıymeti bulunmamış olmasına ve bu itibarla dâvacıya satılmış olan pamukları hotbehot başkasına satmış olduğu anlaşılmışına ve satış vukuunda tarafların ihtilâfları bulunmamasına ve dâvacının zarar istemeğe hakkı olup dâva edilenin başkasına satmış olduğu pamukların bedeli zararına mikyas olarak kabul etmesine kanunen bir mecburiyeti bulunmamasına nazaran bu cihetlere müteallik temyiz itirazları yerinde değılsede ihtarnamede bir müblet tayin edilmiş olduğuna göre bu mehlın inkızası tarihindeki rayicin tahkiki gerekli iken bundan zuhul edilmiş olması yolsuzdur.

Görülüyorki mebli ademi tesliminden dolayı farkı fiyat ve zarar ziyan istiyen müşteriye karşı müddeaaaleyh mevkiinde bulunan bayi, ancak daha evvel protesto keşidesi veya taahhütlü mektup irsali suretiyle münasip bir mehil vererek müşteriye mebli tesellüme davet ettiğini müdafaası eder ve müdafaasını tevsik ederse dâva ile muatıp ve farkı fiyat ile mahkûm olmaz. Aksi takdirde yâni şifahî ihtarla iktifa ettiği takdirde müşterinin talebi üzerine malı teslim etmek veya farkı fiyatı ödemek mecburiyetindedir.

Müşterinin bayi tarafından şifahî ihtar yapıldığını ikrar etmesi bir hüküm ifade eder mi? 713 üncü maddede kullanılan tabirlere göre bu suale hayır cevabını vermek lâzımdır. Vazı kanunun vecibesini ifa etmiyen müşteri karşısında bayie tahmil ettiği vecibe, protestoname veya taahhütlü mektupla müşteriye ifayı taahhüde davet eder. Bayiin aktin netayicinden kurtulması bu vecibenin ifasına bağlanmıştır. Bu ve-

cibe ifa olunmazsa « 715 inci madde hükmü müstesna » bayi işbu vecibesini ifa anına kadar akitle bağlı ve o akitle mülzem olur. Protesto keşidesi veya taahhütlü mektup irsali isabet ve tevsik meselesi olmayıp bey aktinin netayicinden kurtalma ve farkı fiyat talep etme hakkının unsuru asliyesinden ve esaslı şartlarındandır. Hiç şüphe yokki bayi mebiî tesellüm için müşteri karşısında malı onun tesellüm arzusunun izhar etmesi anına kadar ilânihaye bekletemez. Kendisi de serbest kalmak o malı başka bir şekilde tasarruf etmek ister, fakat bunu yaparken o şekilde hareket etmelidirki bir gün müşterinin muarazasına maruz kalmasın. Bunun için de vazın tespit ettiği yol, bayiin münasip bir mehil vererek müşteriyi protestoname veya taahhütlü mektupla ifayı taahhüde davetidir. Bu şekilde ifayı taahhüde, davete rağmen müşteri malı almazsa bayi artık serbesttir, malını istediği kimseye satar. İşte bu serbestinin, akti feshedebilmenin unsuru aslisi, önceden de müşterinin taahhütlü mektupla veya resmî ihtarname ile ifayı taahhüde davet edilmiş olmasıdır. Görülüyorki hâdis beyyine meselesi değil bağdan kurtulma unsurunu yerine getirmek meselesidir. Bu sebebledirki müşterinin bayi tarafından malın tesellümü için şifahi ihtarat yapıldığını ikrar etmiş bir muaraza halinde bayii mes'uliyetten kurtarmaz. Bu tahriri ihtarat bayii sadece müşterinin muarazasından korur fakat kendisine farkı fiyat istiyebilmesi için, iki şey lâzımdır: Biri kaydettiğimiz yazılı ihtaratın yapılması, diğeri de mebiin hotbehot satılmayıp 712 nci madde mucibince mahkeme marifetiyle veya izniyle satılmış olmasıdır. Bayi ihtarından sonra mebiî hotbehot satarsa eski satış bedeliyle işbu yeni satış arasındaki fiyat farkını müşteriden istiyemez. Bunun için bayiin 712 nci maddede muharrer usule tevfiikan mebiî sattırması lâzımdır. Aşağıdaki Temyiz kararı da bunu teyit etmektedir: « Bayi, Ticaret kanununun 713 üncü maddesinin matufunaleyhi olan mezkûr kanunun 712 nci maddesinde yazılı usule tevfiiken hareket etmeyip mebiî hotbehot başkasına satmış olmasına nazaran artık mezkûr madde mucibince farkı fiyatını talebe hakkı yokken hâdiseye temas etmiyen mezkûr kanunun 725 inci maddesiyle 713 üncü maddesinin son fıkrasına istinaden karar verilmesi yolsuzdur. »

Heyeti Umumiye karar No. 13

“ İbco „ dâvasından 10 ununcu ihtilâf hakkında verilen karar

Yazan: Doçent Dr. Necmi OSTEN

Nafia Vekâleti tarafından yapılmasına karar verilen, Kütahya - Balıkesir ve Boğazköprü - Ulukışla iltisak hatlarının inşası Yulus-Berger-Consortium adındaki Alman şirketine ihale edilmişti.

Bu hatların inşasından doğan müteaddit ihtilâfla bunlar hakkında hakem heyetince verilen kararların heyeti umumiyesi hakkında izahat vermiş ve bu kararda ittihaz edilen usule müteallık hükümleri belirtmeğe çalışmıştık. [*] Bu yazımızla da, bu ihtilâflardan 10 nuncusu olan ve inşaatla tekaddüm eden etüd ameliyatı hakkında çıkan ihtilâf neticesinde hakem heyetince ittihaz edilen kararı tetkik edeceğiz.

Bu hâdiseyi, kararda olduğu gibi, üç kesimde incelemek mümkündür:

I — Kütahya - Balıkesir hattında 13,5 kilometrelik bir kısım için yapılan etüd masrafları;

II — Aynı hattın 44 kilometrelik bir kısmına ait etüdlere için « fotoğramik » usulüne müracaat mecburiyeti hasıl olmasından doğan masraflar;

III — Nevşehir, Avanos - Beydeğirmeni hattı üzerinde yapılan etüdlere üzerinde % 25 zammın tediyeye edilmesi:

Bu kararı, üç kesimde tetkik etmeden evvel hatıra bir nokta gelmektedir: Acaba inşaat mukavelenamesinde etüdlere ilgilendiren hükümler yok mudur?

[*] İzmir Barosu Dergisi: 1939 ve 1940 yılları sayılarını bir arada toplayan 2/8/941 tarihli nüshaya müracaat; sahife: 178.

Filhakika, inşaat mukavelenamesinin ikinci maddesi « Birinci madde mucibince hükûmetin irae ettiği hatların inşasına ait kâffei tetkikat ve keşfiyat » dedikten sonra bu tetkikat ve keşfiyatın neleri ihtiva ettiğini taadit eyelmekte ve fiyat olarak ta kilometre başına 800 lira tespit etmektedir. 3 üncü madde de şunu ilâve eylemektedir: « Nafia Vekâleti bâlada zikrolunan hatlara ait olup yedinde bulunan kâffei vesaiki fenniyei meccanen « İbco » nun emrine tevdi edecektir. »

Etüdler, tetkikat ve keşfiyat meselesinde « İbco » cem'en 31,130,56 Türk lirası istemektedir. Bu yekûn üç cihetten gelmektedir. Bunları ayrı ayrı tetkik etmek lâzımdır.

1 — « İbco », (1) numaralı hatta 13,5 kilometrelik bir kısmın etüdleri için yüzde yedibuçuk faizi de ilâve edilmek üzere onbin sekizyüz lira talep etmektedir.

« İbco », bu kısım üzerinde, hakikatta, etüd yapmamıştır. Bunu hükûmet yapmış ve arada anlaşıldığı veçhile bütün vesaiki müteahhide vermişti. Bununla beraber « İbco », mevzu bahis kısım için de etüd parası istemektedir. Çünkü, kavlince, mukavele kendisine evvelce etüdleri Hükûmet tarafından yapılmış kısımlar da dahil olarak iki hattın bütün tülünce kilometre başına sekizyüz lira ücret almak hakkını bahş-eylemektedir.

« İbco », ya göre, etütler için kilometre başına sekizyüz lira fiyat tesbiti şöyle bir anlaşma üzerine vukua gelmiş ; mukavelenin müzakereleri arasında « İbco », önce kilometre başına 900 lira istemiştir. Hükûmet evvelce yapılmış olan etütleri « İbco », nun emrine tevdi etmeyi kabul ettiği ve icabında yapılacak varyant etütleri için sonradan tarafeyince ayrıca anlaşma yapılmak hakkı mahfuz tutulduğu için nihayet « İbco », kilometre başına sekizyüz liraya razı olmuş bu halde kilometre başına sekizyüz lira ücret götürü bir ücret imiş ve bunun tesbitinde hükûmetce meccanen terkedilmiş olan vesaiki fenniye nazara alınmış binaenaleyh hatların bütün tullerinde istisnasız tatbik olunması lâzım imiş.

Yine « İbco », ya göre, bu anlaşma hükûmetin 14 / T. SANİ / 927 tarihli mektubu ile sabittir. Bu mektupta sekizyüz Türk lirası « mukavelenin birinci bendinde zikredilen hatların bütün tulleri için tatbik olunur denilmektedir.

Hem hükûmetin etütlerini yaptırmış olduğu kısımlar yalnız 1 numaralı hatta 13,5 metrelik kısım değildir. Yine 1 numaralı hatta 36,5 kilometre üzerinde ve 2 numaralı hatta 137 kilometre üzerinde de hükûmet evvelce etütler yaptırmıştır. Ve bütün bu kısımlar hakkında hükûmet mukaveleyi, söylenilen mânada tatbik eylemiştir. 13,5 kilometrelik kısım hakkında başka türlü muamele yapmak için sebep yoktur. Bu mütalâalara karşı hükûmet şu cevabı veriyor. Kilometre başına 800 lira ücret vasatî sabit bir fiyattır. Etütler için yapılan ameliyelerin hepsine tatbik olunur. Şübhesiz varyantlar müstesna olmak üzere, hatların bütün tüllerine tatbik olunur. Fakat mukavelenin akdinden evvel etütleri yapılmış olan kısımlarda tatbik edilmez.

Yine hükûmete göre, « İbco » mevcut olmayan bir anlaşmaya istinat etmek istiyor. Çünkü 14 / İkinci Teşrin / 1927 tarihli mektubun hakikî manasını tayinde yanılıyor. Evet, kilometre başına 800 lira fiyat hatların bütün tullerince tatbik olunur, fakat evvelce hükûmet tarafından etütleri yapılmış olan kısımlara da bu muamelenin tatbik olunacağı hakkında hiç bir anlaşma olmamıştır. Bu kısımlar üzerinde müteahhidin, ne yapacağı bir etüt ameliyesi ne de bu yüzden ihtiyarına mecbur olacağı bir masraf yoktur. Hükûmet için, evvelce yapılmış olan etütlerin vesaikini meccanen verdikten sonra üste, müteahhide bir de yapmamış olduğu etütler için tediyyatta bulunmak mantıksız bir hareket olur. Böyle yaparsa aynı için iki def'a bedel tediye etmiş bulunur.

Mevzu bahis olan 13,5 kilometrelik kısmın etütlerinin evvelce hükûmet tarafından yapılmış olduğu ve vesaikinin müteahhide verildiği yakinen malûm olmadığı için hakemler hey'eti şifahi mürefaanın sonunda bunu taraflardan açıkça sormuştur.

« İbco », nun cevabı müsbet ve tafsîlâtlı olmakla beraber vesaikin tamam olmadığı kaydı da ilâve olunuyordu : Müteahhit bir çok mütemmim ameliyeler yapmıştır, hükûmetin tezi kabul olunursa bunların masrafları tamamille uhdesinde kalacaktır.

Hükûmet cevabında « İbco » nun kaydı ihtirazîsini nefselemre muvafık bulmuyor ve diyor ki mevzu bahis kısım üzerinde yapılmış olan etütler mükemmel olmak şöyle dursun evvelce kısmın inşasına bile başlanmıştı. « İbco » nun iddia ettiği mütemmim ameliyeler, resimlerin verilmiş olan projelere tatbikinden ibarettir, bu iş yeni külfetlere sebebiyet vermez.

Hakemler hey'eti, münazaalı mes'elenin hallini ikinci maddenin etüt fiyatını kilometre başına 800 lira olarak tesbit eden ibaresinin tefsirine bağlı görmüştür.

İbarenin yalnız lâfzına bağlanılırsa, müteahhit ancak etütleri bizzat kendi tarafından yapılmış kısımlar için mezkûr fiyata müstahaktır diye düşünülebilir. Çünkü, metin zikredilen fiyatın verileceği şeyin «amelîyat» olduğunu söyleyor. Bundan, yapılmış etüt amelîyesi olmayan yerde bedel yoktur manası çıkarılabilir.

Metnin lâfzı böyle olmakla beraber mefhumu, ruhu büsbütün başkadır. Filhakika, tarafların ne gibi şartlar altında nihayet mukavelenin ikinci maddesinin mazmununu kabul ettikleri nazardan uzak tutulmaz. Onların rızalarının hangi noktada birleşmiş olduğu bu şartların tetkikile anlaşılabilir. Taraflar arasındaki muhaberat bilhassa hükûmetin 14 / T.-SANİ / 929 tarihli mektubu bu müşterek maksadın ne olduğunu açıkça göstermektedir. 800 Türk lirası fiyat «hatların bütün tullerine tatbik» olunur. Evvelce üzerlerinde etütler yapılmış olan kısımların hariçte bırakılmış olması da mantıkî ve tabiidir. Çünkü kararlaştırılmış olan fiyat hem götürü hemde uzlaşma neticesinde hasıl olma bir fiyat vasfını arz etmektedir.

Üzerinde evvelce hükûmet tarafından aynı surette etütler yapılmış diğer bütün kısımlar hakkında mukavelenin bu veçhile tatbik edilmiş olması da imâl edilmez, çünkü Türk ticaret kanununun 676 ncı maddesi hükmünce «İbco» bir ibarenin müteaddit manaya hamli mümkün olduğu surette tarafeynin maksadı müştereki «icabında» mukavele ahkâmının geçen müddet zarfında tatbikatına göre tayin olunur.

Bunu için hakemler hey'eti, «İbco» nun dava ettiği 10,800 lirayı talepte haklı olduğu fikrindedir.

11 — «İbco», bir numaralı hattın 182 inci kilometresiyle 226 ncı kilometresi arasında 44 kilometreki, bir kısmında etütler yapmak için mukavelenin 2 inci maddesinde zikredilen «tekaometre» usulünü kullanacak yerde «Fotoğrafik» usulünü tatbik ettiğinden dolayı 14,014,90 liranın tediyesini talep etmektedir.

Fotoğrafik metodu daha çabuk iş görür, fakat nisbeten daha bahalıdır. Hükûmet, mevzu bahis işte bunun tatabikî zahirî olmadığı fikrindedir. Bunun için masrafını müteahhide vermekten imtina etmiş ve talep

olunan miktar meblâğı mumaileyhin alacağından tenzil eylemiştir.

«İbco» tenzilin haksız olduğunu iddia ediyor ; diyor ki bahse mevzu olan kısım arızalı olduğu için burada Fotoğrafik metodunun tatbiki tamamen yerinde idi, çünkü zaman kazandırıyor ve bu suretle hükûmetin çabuk iş görülmesi arzusuna uygun geliyor idi.

Hükûmet cevabında diyor ki : almış olduğu malûmata göre bahse mevzu teşkil eden kısımda «İbco» nun Fotoğrafik metodunu tatbik etmesi için bir teknik sebep yoktu. Fuzulî bir iş görmüş olduğu için tarafların mukavelede nazara almış oldukları tekaometre usulünün tatbikinden ileri gelecek masarıftan fazla bir şey istemeye hakkı olamaz. Kilometre başına 800 lira götürüdür. Müteahhit munzam güçlükler namıyla fazla bir şey isteyemez.

Buna verdiği cevaba göre, «İbco», Fotoğrafik usulünü kullandığından dolayı fiyatın tezyidini istemiyor, yalnız Tekaometre usulünü tatbik etmiş olsaydı ne ücret alacak idi se onu istiyor ve hükûmet etütlerin reddedilen kısımlarının lâzım olmadıklarını ispat etmedikçe talep edilen parayı vermekten imtina edemez diyor.

Hakemler heyeti şifahi mürafaadan sonra yine karanlık kalmış olan noktayı aydınlatmak istemiştir. Fotoğrafik usulünü tatbikten evvel müteahhidin hükûmete müracaat edip etmediğini sormuştur.

«İbco» verdiği cevapta, bu işte istihdam etmek üzere devlet mühendislerinden birini hizmete almak için Hükûmetten izin istediğini ve hükûmetin bu müsaadeyi verdiğini bildirmiştir. Eylül - T. evvel 1927 de bu husus için taati edilmiş olan muhaberatın suretlerini vermiş ve müsaade talebinin tetkike memur edilen komisyonun erazinin tabiatına göre Fotoğrafik metodunun kullanılması mecburî olduğuna karar vermiş olduğunu da ilâve eylemiştir. Hükûmet, bu cevap hakkındaki mütalâatında şöyle düşünmekte sebat etmiştir: «İbco» kullanılan metodun zarurî olduğunu ve bunun fazla masraf ihtiyarını icap eylediğini ileri sürerek mukavele haricinde bir ücret istemektedir. Fakat İbconun hükûmetin müsaadesini isdetiği ve bu müsaadeyi istihsal eylediği ispat edilememiştir; muhaberele yalnız bir devlet memurunun istihdam edileceğine dairdir. Tetkik komisyonunca Fotoğrafik metodunun kullanılması zarurî görülmesinin aslı da yoktur.

Hakemler heyeti bundan, «İbco» nun iş hakkında evvelce hükû

metle anlaşmadan hareket etmiş olduğu neticesini çıkarmıştır.

Heyet bunu da ihtar lüzum görürki iddianın birinci kısmının tetkikinde kilometre başına 800 lira fiyatın hem götürü hem de uzlaşma üzerine hasıl olmuş bir fiyat olduğu takarrür eylemiştir. Bu fiyatın düz ve kolay erazi hakkında olduğu gibi arızalı ve güç erazi hakkında da tatbiki icap eder. Bundan « İbco » nun mevzuubahs 44 kilometrelik kısım üzerinde yaptığı etüdler sebebiyle fazla bir fayda hakkı olmadığı anlaşılır. Tekametre usulü muvafık gelmeyordu ise ve munzam bir masraf icrası icap ediyorsa öyle bir fiyat kararlaştırmak üzere hükümetle anlaşmalı idi.

Binaenaleyh, iddianın ikinci kısmında « İbco » haksızdır.

III — « İbco », nihayet Nevşehir varyantı adı verilen Beydeğirmeni - Avanos - Nevşehir güzergahı üzerinde yapmış olduğu etüd ameliyatı için, varyantlar etüd ameliyatı bedeli olmak üzere hükümet ile kararlaştırılmış olan ücrete, temettü ve masarifi umumiye karşılığı olarak, yapılması icap eden yüzde yirmi beş zam olmak üzere 6,315,066 Türk lirasının tediyesini talep etmektedir. Yukarıda işaret edildiği veçhile, taraflar 1927 de varyantların etüd ameliyatının fiyatını sonradan yapacakları bir anlaşma ile tespit etmeyi kararlaştırmışlardı. Bu anlaşma yapılmamış olduğu için hükümet, kendi daireleri vasıtasıyla etüdlerden münderiç bulunan ameliyelerden her birinin fiyatını tayin ederek etüdlerin mecmu fiyatlarının tahlilini yaptırmıştır. Bu tahlil taraflarca kabul edilmişti. « Hükümetin birinci lâyihasına merbut B. tablosuna bak. »

« İbco » ya göre bu suretle tayin edilmiş olan parça fiyatları maliyet fiyatlarıdır; bunlarda ne masarifi umumiye ne de müteahhit temettüü dahil değildir. « İbco » bunları yalnız âdi varyantlar için kabul etmiştir. Nevşehir güzergahı, bir varyant olmayıp mukavele güzergahının haricinde yeni bir hat teşkil ettiği için bu fiyatlarla iktifa edemez. Ve binnetice bu sebeple, üzerinde anlaşılmalı olan fiyatlara ilâve olarak % 25 yâni 6,315,66 Türk lirası almağa hakkı vardı.

Hükümet cevabında diyorki, « İbco » nun lâyihasına krokinin gösterdiği veçhile, Nevşehir varyantı, Konya ve Sivas demiryolları arasında inşa edilecek olan Ulukışla - Balâköprü iltisak hattının 75 inci kilometresini takip eden kısma nasıl bir yön vermek lâzım geleceğinin mukayesesini mümkün kılmak için, düşünülmüştü. Bunun için, Nevşehir

kısmı üzerinde yapılmış olan etüd ameliyatı mukavelelerin mevzuuna girer. Müteahhide mukavele haricinde bir iş gördürülmesi mevzuubahs olamaz.

Mes'elenin teknik bakımından tetkiki hakemler heyetini şu mülâhazalara sevkeylemiştir:

Hükümet daireleri tarafından tayin edilmiş olan bütün vahidi kıyasi fiyatlar masarifi umumiye'yi ve müteahhidin temettüünü ihtiva ederler. Varyantların etüdları için tayin edilmiş olan parça fiyatları böyle değil ise, müteahhit mes'eleyi onları kabulden evvel ortaya atmalı idi. Mademki bu fiyatları kabul etmiştir; artık bir daha bunlara karşı söz söyleyemez.

B — Nevşehir varyantına gelince, şunu söylemek lâzımdırki muayyen iki noktayı bir birine bağlayacak bir demiryol veya adi yol harita üzerindeki umumî güzergahın bir ilk projeden başka bir şey olmadığı ve bu güzergahın her bakımdan en iyi olduğundan emin olmak için varyant etüdlerine tevessül edildiği teknik itibariyle kabul edilmiş bir keyfiyettir.

Bunun neticesi olarak menfaatli görüldüğü takdirde, umumî güzergahın bir kısmı yerine tatbik edilmek garazıyla etüd yapılmış olan her varyant aynı surette mukaveleye dahil demektir. Binaenaleyh, Nevşehir varyantının vasfı da böyle olmaktan başka bir şey değildir. Sonra, Hükûmen « İbco » ya ancak mukaveleden mütevellit bir iş tahmil edebilirdi. Nevşehir varyantının etüdlerini üzerine aldığı vakit « İbco » bu işi mukavele kadrosu dahiline girmediğine hükmetmiş ise o zaman işe girişmeyi reddetmeli idi veya yeni ücret şartları tayin ettirmeli idi. Bunu yapmamış olduğu için şikâyet etmeye kalkışamaz. Şu halde, üçüncü kısımda iddia haksızdır.

Binaenaleyh, hakemler heyeti,

Birinci kısımda « İbco » nun 10,800 Türk lirasına haklı olduğuna diğer iki kısımda iddiaların reddine karar vermiştir.

N E T İ C E :

Bütün tafsilâtiyle izah edilen şu hararın tetkikinden de anlaşılacağı veçhile şirket, bu derece mühim bir inşaatta, teferruat üzerinde durarak adeta mezkûr inşaata taahhüt etmesinden dolayı nadim olmuş his-

sini vermektedir. Bunun sebebi nedir?

Mukavelenamenin akdinden sonra derhal icraata başlanmış ve inşaat ilk iki sene zarfında, taraflar için memnuniyet verici bir surette devam etmiştir. Ancak, üçüncü seneden itibaren müşkülât çıkmıştır. Bu müşkülât, zamanla yatışmamış bilâkis gittikçe artmıştır. Asıl mesele, her iki hatta ait inşaatın, mukavelenin akdi anında, taraflarca zan ve tahmin edildiğinden çok daha girift bulunduğu ve altmış beş milyon rayışmark olarak yapılan umumî masraf tahminlerinin bir müddet sonra tamamiyle gayri kâfi olduğu tebeyyün etmesi gibi iki taraflı bir vak'adan çıkmıştır. Bu suretle başlayan ihtilâflar taaddüt etmiş ve işin içinden çıkılmaz bir hale gelmiştir. Bunun üzerine, taraflarca 5 Şubat 1929 tarihinde bir tahkimname yapılmıştır.

Bu tahkimnameye tevfikân teşekkül eden hakem heyetince, müteahhit şirketin idareden talep etmekte olduğu yedi milyon Türk lirası tazminata mukabil 770,021 Türk lirasının şirkete tazminat olarak tediyesine karar vermiştir.

İşte, yukarıdaki kararda, İbco'ya verilmesi tespit edilen 10,800 Türk lirası, bahsettiğimiz umumî tazminatın 10 uncu ihtilâfa ait olan miktarını teşkil etmektedir.

Boşanmada memnuiyet müddeti meselesi

- Adliye Vekâletinin bir anketi münasebetiyle -

Yazan: Dr. K. Fikret ARIK

Adliye Vekâleti tarafından « Kenun dışı birleşmeler ve bu birleşmelerden doğan çocukların durumu » hakkında yapılan büyük ve neticeleri itibariyle pek feyizli olacağı muhakkak bulunan enkette pek çok ve mütenevvi meselelere temas edilmiştir. Bu, ankete mevzu teşkil eden meselelerin mahiyetinde mevcut mudilliliğin tabii bir neticesidir.

Yuttaşlar niçin Medenî kanunun emrettiği şekiller ve merasim içinde evlenemiyorlardaki hukukun hiç bir netice tanımadığı - fakat kendilerince meşru sayılan - filî conjugal birliklere baş vuruyorlar?

Biz bu yazımızda hakikî hayat ile hukuk formaları arasındaki tezadı ifade etmesi bakımından memleketin sosyal bünyesi için hakikî bir yara teşkil eden ve hâdisenin sebeplerinden sayılan bir mesele boşanmada memnuiyet müddeti meselesiyle - kısaca - meşgul olmak istiyoruz.

I — MESELE NEDİR?

Medenî kanunumuzun 142 nci maddesi « memnuiyet başlığı » altında şunları söylüyor. « Boşanma hükmünde kabahatlı olan tarafın yeniden evlenmemesi için Hâkim, bir seneden az ve iki seneden fazla olmamak üzere bir müddet tayin eder. Hâkim tarafından hükmedilen ayrılığın müddeti buna mahsup edilir.

Deniyorki, cezai bir mahiyeti haiz olan bu bekleme müddeti bo-

şanan eşlerden birisini ve bazan - eğer ikisi de kabahatlı ise - ikisini oldukça uzun bir müddet evlenmekten men ediyor. Bizim cemiyet hayatımızda, bilhassa boşanan bir kadının uzunca müddet yalnız kalması mümkün olmadığından yeniden evlenmek icap ediyor. Ancak bu memnuiyet müddeti yüzünden medenî evlenmeğe imkân olmadığından ister istemez - gizli tutulan imam nikâhı şeklinde de olsa - filî birleşmeye müracaat ediyor. Bundan sonra, ya ihmal, yahut herkes nazarında evli sayılıp çoluk çocuk yetiştirdikten sonra bir müddet evlenmenin mânasız ve gülünç telâkki edilmesi yüzünden bu filî vaziyet devam edip gidiyor. Bunun neticesi babasının miras hakkından, Soy adını taşımak hakkından mahrum, bir takım zavallı, kanunun diliyle söylemek gerekse, nesebi sahîh olmıyan çocukların doğumu oluyor.

Adliye Vekâleti Hukuk İşleri Umum Müdürlüğü anket neticelelerini bildiren raporun sonuna eklediği mutalaanamesinde memnuiyet müddetine yepılan bu itirazları haklı bulmakta Medenî kanunun muhtemel bir revizyonunda bu cihetin nazarı itibara alınması muvafık olacağını belirtmektedir.

Fakat, bu memnuiyetin tarihçesi nedir? Başka memleketlerde buna benzer hükümler var mıdır? Kanunun kabul ettiği düzen nenden ibarettir? Bu memnuiyet hakkında yürütülen mutalaalar nelerdir?

II — BOŞANMADA MEMNUIYET MÜDDETİNİN TAHİHÇESİ:

İsviçrede 1874 tarihli hal şahıs Evlenme kanununun 48 inci maddesi, muayyen bir boşanma sebebine istinaden vaki boşanma halinde bir yıldan üç yıla kadar uzayabilen kanunî bir bekleme müddeti tahmil edileceğini beyan ediyordu. 1932 tarihli İspanyol kanununda da aynı hüküm vardı. « İsviçre Medenî kanununu ön projesi yalnız zinada kazâi bir memnuiyet müddeti derpiş ediyordu. Daha seri davranmak isteyen Medenî kanun her türlü boşanma halinde memnuiyet müddetinin hükmedileceğini kabul etmiştir.

Fransada karşılıklı rıza ile boşanmanın cari olduğu devirde « 1792 - 1804 » hem karı hem de koca için üç yıllık kanunî bir bekleme müddeti vardı. Lüksemburg ve Belçikada, bu esas bugün

dahi caridir. Almanyada zina sebebiyle boşanma halinde, boşanan eşle, kendisiyle zina irtikâp eden şahıs arasında evlenme memnudur. « Yeni Alman Evlilik kanununun 9 uncu maddesi bu mâniden muafiyet istihsal edilebileceğini kabul etmiştir. » Mehazimiz İsviçre Medenî kanununda memnuiyet müddeti mevcuttur. Yalnız bekleme müddeti 1 - 2 yıl, zina halinde 1 - 3 yıldır. Fransız ve Alman hukuk sistemleri halen bekleme müddeti, memnuiyet müddeti müessesine malik değildirler. Avusturya hukukunda da böyle bir müddet yoktu. Böyle bir müddet memnuiyet müddeti, kusurlu eş için bir değişme ve ıslahı hal etmeğe yarayacak bir mühlet zina sebebiyle boşanma halinde rezaletlere sebep olacak evlenmeleri men etmek için bir vasıta olarak kabul edildi.

III — BU, KAZÂİ BİR MÜDDETTİR:

Kanunumuzun açık hükmüne göre, evlenmeden memnuiyet müddeti kanunun tahmil ettiği bir müddet olmayıp kazâi bir müddettir. Hâkim tarafından boşanmağa mütedair hükümde tasrih edilmiş olması lâzımdır.

Memnuiyet müddeti bütün boşanma hallerinde hükmedilecektir, hatta şiddetli geçimsizliğe müsteniden vaki boşanmalarda dahi.

Kazâi bekleme müddeti âme intizamı bakımından alınmış bir tetbirdir. Bu tetbir üzerinde tarafların tasarruf hakkı mevcut değildir. Şu halde taraflar memnuiyet müddetine hükmedilmesini talep etmeseler, hatta böyle bir memnuiyet müddetine hükmedilmesini isteseler dahi, Hâkim kanunun âmir bir hükmü olarak kusurlu taraf aleyhine bekleme müddetine karar verir. Bunun için Hâkim kusuru resen tespit edecektir. [1] Lâkin Hâkim yine tarafların iddialarıyla mukayyettir. Eğer taraflar kusur dermeyer etmezlerse, Hâkim bu meseleyi kendiliğinden ortaya atmayacaktır, bununla beraber dâvanın ceryan sureti kusuru ortaya koyarsa, Hâkim yine bekleme müddetine hükmetmeğe mecburdur. « Bakınız: Egger, sahife 170; Schwarz, le. cit. » Hâkimin resen kusur meselesini

[1] A. Picot: La jurisprudence en matière de divorce. p. 63

A. Egger: Das Familienrecht. 2 auff. s. 170

Schwartz: Aile hukuku 1942 s. 166

tahkik etmiyecektir, kendisine arzedilen her meselede muhakkak bir kusurlu taraf arayıp bulmakla mükellef değildir. Aksi takdirde kusura dayanan Alman kanunundan ayrılarak kusura müstenit olmıyan objektif düzensizlik mefhumunu kabul eden kanunumuzun ruhuna aykırı hareket edilmiş olur. İsviçre Federal mahkemesi bu ciheti pek iyi hissettigi için 1912 tarihinde verdiği bir kararda aynen şöyle diyor. « Hâkim, kusur meselesinin halli için, muc'p vakıalar hakkında bir anket yapmakla mükellef değildir, lâkin, bu bakımdan taraflarca dermeyen edilen vakıaları resen tetkik etmek ve, taraflardan hiç birinin diğerinin kusurunu ileri sürmediği farzedilse bile, bir kusur tazammun edip etmediğini araştırmak lâzımdır. »

« Bakınız: Journal des tribunaux 1912 s. 588 »

Bekleme müddetinin âmme menfaati bakımından konulmuş olması usul hukuku bakımından iki netice doğurur. « Bakınız: Egger, op. cit, s; Picot op. cit s. 65 »

a) Dâvacı münhasıran eşi aleyhine bekleme müddetine hüküm edilmemiş olmasından dolayı yüksek mahkemeye müracaat edemez.

b) Diğer bir sebepten dolayı dâva yüksek mahkemeye arz edildiği takdirde, yüksek mahkeme taraflardan birisinin kusurlu olduğunu gördüğü takdirde resen, ilk mahkemece ilham edilen, bekleme müddetine hükmeder.

IV — KUSUR MESELESİ :

142 nci maddede mevzu kazaî bekleme müdde yalnız kabahatli olan ege yükletilebilir. Ancak burada, her hangi bir kusur mutasavver değildir. Yalnız ehemmiyetli bir kabahat halinde bekleme müddetine hükmedilecektir. Federal mahkeme bekleme müddeti için şart olan kusurdan bahsedebilmek için evliliğin esaslı vazifelerinin ihlâl edilmesi icap ettiğini söyler: « Bekleme cezası ferdî hürriyet ve evlenme hakkının geniş nisbette tahdidini tazammun eder, ihtiyarî olarak yapılsalar bile, açıkça vahim ve evlilik ile doğrudan doğruya alâkalı olmıyan hareketler bu cezayı istilzam edemez. Eşlerden birisinin diğerinin huyunca gitmemesi maneî bir kusur neticesi olabilir. Lâkin bu kusur 142 nci maddenin tatbikini gerekli kılmaz. » (Bakınız: Federal mahkeme kararı, cilt 38, s. 6 - Picot'dan

naklen). Eğer her iki tarafta ehemmiyetli kusurlar işlemişse memnuiyet müddeti iki taraf aleyhinde de hükmolunur. Kusurlar arasında bir nevi takas mevzubahis olamaz.

V — MÜDDETİN TAYİNİ:

Bekleme müddetinin azamî ve asgâî haddini kanun tayin etmiştir. Bir yıldan az, iki yıldan çok olamaz. Bu müddetin tespiti Hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim ancak, kusur bilhassa ehemmiyetli ise ve yeni evliliğin sağlam esasa dayanacağına pek az emin bulunduğu takdirde iki yıllık azamî müddet hükmetmelidir. (Egger, Op cit.) İsviçre Medenî kanununun zina sebebiyle boşanma halinde memnuiyet müddeti üç seneye iblağ edilebileceği ayrıca tasrih edilmiştir. Bu hüküm kanun vazımızca iktibas edilmediğinden zina halinde dahi Hâkim ancak iki yıl bekleme müddeti verebilir. Bununla beraber Hâkim zina sebebiyle boşanma halinde dahi, zina mutlak bir boşanma sebebi olmasına rağmen kusurun elemanlarını takdir etmelidir.

Boşanan karı koca (tekrar birbiriyle evlenmek isterlerse bu memnuiyet müddeti kısaltılabilir.

Bundan başka, evlenme Hâkim tarafından hükmedilen ayrılık müddeti memnuiyet müddetine mahsup edilir. Ancak burada mevzubahis olan ayrılık müddeti, boşanma dâvasını müteakip ayrı yaşamak (Bakınız: Madde 137), yahut müşterek hayatın tatili mahiyetinde ayrı mesken ittihazi (Madde 162) yahut terk olmayıp yalnız 139 uncu maddeye göre hükmedilen kazaî ayrılık müddetidir. (Bakınız: Cmür p. 226, Egger) Filen ayrı yaşama müddeti dahi buraya girmez. Ayrılık müddeti esnasında yeni bir boşanma sebebinden dolayı boşanmağa hükmedilirse geçen ayrılık müddeti memnuiyet müddetine mahsup edilir. (Egger, Rossel - Mentha. p. 262) Kazaî ayrılık müddeti iki yıl devam etmişse Hâkim memnuiyet müddetine hükmedemez.

Memnuiyet müddeti, boşanma hükmünün katiyet kespittiği tarihten itibaren hesaplanır.

VI — MÜDDETİN MÜEYYİDESİ:

Evlenme memnuiyeti boşanma hükmünde yer almalıdır. Katiyet kespeder etmez hüküm gecikmeksizin - İsviçrede - ahvali şahsiye memuruna bildirilmeli ve evlenme ve aile sicilline hükmün katiyet kespettiği tarih kaydedilir.

Memnuiyet müddetine rağmen vaki evlenme muteberdir.

HUSUSİ DEVLETLER HUKUKU:

Türk mahkemeleri tarafından evlenme memnuiyeti boşanan yabancılar hakkında dahi tatbik edilir. Şu halde bir Alman ve Fransız kanunlarında böyle bir müddet bulunmamasına rağmen, boşanma kusurlu Alman veya Fransız aleyhine Türk Hâkimi bekleme müddeti verecektir. Ancak bu memleketler Türk mahkemesince veriler bu memnuiyet müddetini nazarı itibara almakla mükellef değildir. Zaten 1902 tarihli La Haye mukavelesi ki, Fransa tarafından feshedilmiştir. Âkitlere bu bapta bir mecburiyet tahmil etmemiştir.

VII — BOŞANMA NETİCESİNDE BEKLEME MÜDDETİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER:

Kanunumuzun boşanmada kusurlu olan tarafa emrettiği bekleme müddeti müessesesi bizzat İsviçrede tenkitlere uğramıştır. Aile hukuku hakkındaki mühim şerhinin ikinci basımında Profesör Tegger fikrini şöyle beyan ediyor: «150» nci bizde «142» nci maddenin isabeti pek ziyade münakaşalıdır. Luthdr derki: (Seyyie ve günahları cezalandırmalı, lâkin evlenme memnuiyetinden başka bir ceza ile. Bu kabil cezalar derpiş etmek medenî hukuka düşmez. Fransız, Avusturya, Alman hukuklarında bu müessese mevcut değildir.) Üç ciltlik Manuel'inin dilimize çevrilmesi yüzünden memleketimizde bir oiorite sayılan Rossel dahi bu maddenin aleyhindedir. « Bu maddeyi kanundan çıkarabiliriz. Çünkü bu hüküm, ekser ahvalde güdülen gayenin tersi neticeler verir; evlenme hakkını muvakkaten nezettiği tarafı, serbest birleşmeye bile sevk eder. » S. 262 »

Hukukçularımız tarafından da bu madde tenkitlere uğramıştır.

Dekan Arsebüke göre: « Bu maddenin hiç alınmaması daha doğru olurdu. Çünkü evlilik birliğinin yıkılmaması için kanunî tetbirler ittihazı Cemiyet bakımından ne kadar faydalı ise birliğin zevalinden sonra karı kacayı bekâr bir hayat geçirmeye mecbur turmak o kadar zararlıdır. Çünkü bir kerra bu hal müfusunuzun adedi üzerinde tesirini gösterir. Sonra bu suretle yaşayanlar, serbest birleşmeye sevkeder. Her ikisi de Cemiyete zararlıdır. » (Bak: Esat Arsebük: Aile hukuku, 11, 1. 738, not 50) Profesör Sehvarz da, bu maddenin isabetinden şüphe ediyor.

Nihayet 142 nci madde kanunun diğer hükümleriyle de ahenktar değildir.

Filhakika madamki 142 nci madde âmme menfaati bakımından mevzudur, o halde her kese tatbik edilmesi mantikî olur. Lâkin tatbikatta hiç de böyle olmuyor. Hakikatta kusurlar aynı olduğu halde bazan memnuiyet müddeti hükmediliyor, bazan edilmiyor, Çünkü bazan taraflardan birisi münakaşaları tahdit etmek istemiyor, bazan taraflardan birisi Hâkime yalnız objektif geçimsizliğe muteallik hâdiseleri ifşa ediyor. Bu suretle, umumî menfaattan bahsedilmesine rağmen, kusurlu taraf aleyhine memnuiyet müddetinin hükmedilmesi diğer tarafın durumuna, keyfine tabi oluyor. Bir misal: Bay X ve Bayan zinada bulunuyorlar, zinada bulunanların eşleri boşanma dâvası açıyorlar. Bayan X kocasının kabahat ve kusurlarını ileri sürerek boşanma talep ediyor. Ve 142 nci madde tatbik ediliyor. Bay S şu veya bu sebepten dolayı, yalnız şiddetli geçimsizliği ileri sürüyor. Ve 142 nci madde tatbik edilmiyor. Görülüyorki aynı kusur, kusursuz ve anların aldıkları tavrın başka olmasından dolayı başka netice vermiştir.

Şüphe yokki Alman Medenî kanununu takliden, Hâkimin kusur meselesini tahkik etmesini istemek doğru olmaz. Madamki, 134 üncü madde şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanma dâvasında müddeinin kusurlu olup olmadığını Hâkim resen araştıramıyor ve bu cihetin, kusursuz tarafça bir defî olarak dermeyan edilmesi lâzımdır. 142 nci madde, boşanmada memnuiyet müddeti münasebeti ile bu usulün tersine bir yol takip edilmesi isabetsiz düşmektedir.

NETİCE:

Boşanmada kusurlu tarafa tahmil edilen bekleme müddeti, kanunumuzun me hazini şerh edenlerin bile tenkitlerini mucip olmuştur. Adliye Vekâletinin anketinden alınan neticelere göre memleketimizin bünyesine de uygun değildir. Kanunun revisionunda kaldırılmasını temenni ederiz.



FRANSA ADLİ TEŞKİLÂT [1]

Yazan:
Sorbon Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Profesörlerinden
René MOREL

Tercüme eden
Dr. Salih ENGİN

c) Adliyenin diğer muavin unsurları: Adli vazifeler, Hâkimlere yardım etmek üzere bazı muavin kimselerin hizmetini zarurî kılar. Adliyenin bu kısmını terkip eden uzuvları aynı zamanda tarafların talep ve şikâyetle bulunmaları imkânını teshil eder. Bu muavin uzuvlar, Adli memurlardır. Başkâtip, kâtip, mübaşir, (avoué) mahamiler, Temyiz mahkemesi nezdindeki avukatlar gibi. Bunlar seleflerinin teklifi üzerine Hükûmet tarafından tayin olunur. Bu şekildeki tayin usulü Noterlerde de caridir. Burada mevzubahs olan selefler kendi yerlerine yeni kimseler geçirmek için bunlardan bir menfaat alırlar. Ve müteakiben istifa ederler. Fransada pek calibi dikkat olan bu usul ve tayin eski rejimin bir bakiyesi olup evvelce adliyenin Hâkimler sınıfına da şamildi. Bu gün çok ciddi itiraz ve münakaşaların menbaıdır. Bu itirazlara mukabele olmak üzere deniliyorki, bu şekildeki tayin usulü, bu gibi adliyenin muavin uzuvlarının idarenin yüksek memurları karşısında ve mahkemeler indinde istiklâlini temin etmektir. Fakat tayin usulleri ne olursa olsun ve bunlara karşı yapılan itirazlarla bilmukabele serdedilen müdafaalar ne değerde bulunursa bulunsun bugün, bu uzuvlar mahkeme ve müddeiumumilerin nezaretine tabidirler. Ve haklarında disiplin cezaları tatbik olunur.

[1] Baş 26 ncı sayılı müşhadadır.

Başkâtipler, (greffiers) bunlar, mahkemenin kâtibidirler. Fakat vazifeleri bildiğimiz kâtip mânasında değildir. Hâkimlere muavetleri mecburidir. Fakat yukarıda görüldüğü üzere tayinleri Hâkimlere ait değildir. Hâkim karşısındaki istiklalleri vazifelerini görmek için bir teminatıdır. Mahkemenin tecezzi kabul etmez bir uzvudurlar.

Mübaşirler (Huissiers): Mübaşirler, bunlar da Hükümetin memurudur. Adli olan ve olmyan tebligatı yapmak, icraî muamelelerde bu lunmak, ihzarları infaz etmek vazifesiyle mükelleftirler. İçlerinden bazıları bu işlerden başka mahkemelerin, tarafları huzura davat etmek gibi dahilî işlerini de deruhte ederler. Mübaşirlik adli teşkilâtta çok lüzumlu bir teşekküldür. Hususiyle icraî muamelelerde vazifeleri bir zaruret halini alır. Bunların tebligata taalluk eden vazifeleri ekseriya bir lüksten ibarettir. Çünkü tebligat posta vasıtasıyla yapılır.

Avoués [*]: Vazifeleri iki tarafı bidayet ve istinaf mahkemeleri nezdinde temsil etmektir. Bazı nadir haller müstesna olmak üzere mecburî olan bu vazifeyi inhisarî bir şekilde yaparlar. Yâni ne Hâkimler ve ne de avukatlar bu işe müdahale edemezler. Mahkemede iki tarafın temsili keyfiyeti Fransada iki derecelidir. Bu Fransa hukuk sisteminin başlıca karakteristik noktalarından biridir. Bidayet ve istinaf mahkemeleri nezdinde bu suretle avukatlık iki dereceli olur. (Avoué) ler taraflar namına işi mahkemeye arz, avukatlar da işin bu safhasından sonra gelen mürafaalarına girerler. Bu nihayet bir taksimi amaldır. (Avoué), temsil ettiği tarafın hakikî mümessilidir. Bu sıfatla dâvayı idare ve neticeyi kendi namına alır. Avukat, müşterinin talep ve iddialarını ancak şifahî celselerde arz eder. Bununla beraber Baro bulunmyan muayyen mahkemeler nezdinde (Avoué) ler avukatların yaptığı işleri de görmeğe salâhiyetlidir.

Avukatlarla (Avoué) ler arasında, tarafları temsil vazifesinin bu suretle taksimi bir çok mahzurları daidır. Evvelâ bu hal taraflar için lüzumsuz masrafları müeddi olur. Dâvanın neticesinde alınması iktiza eden kararın gecikmesine sebebiyet verir. Fakat bu mahzurlarına rağmen kabul etmek lâzımdır ki avukatlarla (Avoué) ler arasında vazifinin bu suretle ihtisas esası üzerine taksimi dâvaların iyi sevk ve idare

[*] Bunlarda bir nevi memur - avukatdırlar. Adli teşkilâtımızda karışıklıkları bulunamamıştır.

resine hadimdir.

Temyiz mahkemesi nezdindeki avukatlar: Temyiz ile Şûrayı devlet nezdinde bulunan bu avukatlar, Adliye nezaretinin memuru olup adliyenin yüksek mahkemeler nezdinde hem avukatlık ve hem de (Avoué) lik vazifesini yaparlar. Vazifeleri mecburîdir. Temyiz mahkemesi nezdinde bunların sıfatları daha ziyade avukattır.

Avukatlar: Normal avukat deyebileceğimiz bu kimseler, yukarıdaki gibi Adliye nezaretinin memuru değildirler. Vazifeleri mecburî değil serbesttir. Yâni lâzım gelen evsafı haiz olmak şartıyla herkes avukat olabilir ve, bu mesleki icra edebilir. Bunlar Bidayet ve İstinaf mahkemeleri nezdinde çalışırlar. Bu mahkemeler nezdindeki vazifeleri (avoué) lerden farklı olarak işin resmen tekemmül etmesi için mecburî değildir. Avukatlar bütün mahkemeler nezdinde talep ve iddiada bulunabilirler. Hatta müvekkillerini istisnaî mahkemelerde de temsil ederler. Kanun hususî bir müsaade bahş etmiş olmak üzere kendilerinden yazılı vekâletname aramak zarureti de bertaraf etmiştir. Avukat olmak ve bu sıfatı taşıyabilmek için her şeyden evvel Fransız tabiiyetini haiz olmak, hukuk mezunu bulunmak, meslekî bir yemin yapmak, avukatlıkla kabili telif olmyan bir meslek ve san'atı icra etmemek, bir Baroda mukayyet bulunmak lâzımdır. Nihayet bir kimsenin avukat sıfatıyla Baro listesine isminin geçirilmesi için en aşağı üç sene staj görmesi lâzımdır. Bu müddet zarfında avukatın taşıyacağı sıfat stajiyerdir. Mahkemeler nezdinde avukatlık yapan kimseler bir heyet teşkil ederler. Bu teşekkül müntahap bir idare heyeti tarafından idare edilir. Burada riyaset vazifesi Bâtonnier denilen zata aittir. Baro reisi deyebileceğimiz Bâtonnier avukatlık umumî heyetinin intihabiyle seçilir.

Tarafların istisnaî mahkemeler nezdinde temsili: İstisnaî mahkemeler sayılan Ticaret mahkemeleriyle Sulh Hâkimlikleri nezdinde taraflar iddia ve müdafaalarını bizzat yaparlar. İsterlerse kendilerini serbestçe intihap ettikleri herhangi bir kimse tarafından temsil ettirebilirler.

Bazı Ticaret mahkemeleri nezdinde temsil vazifesini görmek üzere (des corporations d' agréés) namiyle bazı teşekküller varsa da hiç bir resmî karakteri haiz değildirler.

B. Vazife ve salâhiyet

I. Umumi bakış

Taamülî olarak, vazife mahkemeye arzedilen işin tabiatından, salâhiyet ise, bu işin mahkemenin vazife gördüğü kaza dairesinde tahaddüs edip etmemiş olmasından çıkar. Bu suretle bu iki mefhum birbirinden ayrılır. Bu tefrik mahkemelerin de iki esas üzerinde taksiminde âmildir. Bu itibarla mahkemeler de başlıca iki kısma ayrılırlar.

1 — Vazifeleri kendilerine arz edilen işin nev'ine göre tayin edilen muhtelif dereceli mahkemeler,

2 — Muayyen bir kıt'ayı arz üzerinde iş görmek üzere bir devletin arazisi üzerinde serpilmiş aynı neviden mahkemeler.

Bir mahkemenin salâhiyetsizliği veya bir işte vazifesizliği ancak bu hususta evvelce tayin edilen kayıtlara riayet edilip edilmediği iddiası ile ileri sürülebilir. Buradan mahkemenin mutlak veya nisbî vazifesizliği veya salâhiyetsizliği meselesi çıkar. Mahkemenin bir işte mutlak salâhiyetsizlik veya vazifesizliği intizamı âmme endişesiyle mevzudur. Bu itibarla bu hükme riayet edilmemiş olursa yapılan iş esasından hatalıdır. Eğer mahkemenin herhangi bir işten nisbî olarak vazifesizlik veya salâhiyetsizliği mevzubahs ise, bu ancak hususî bir menfaatin temini maksadına matuftur. Binaenaleyh, bu menfaat harekete gelmiş olmadıkça mahkemenin vazifesizlik ve salâhiyetsizliği ileri sürülemez [*]

Vazifesizlik mutlakdır demiştik. Bunu şu mânada almamız lâzımdır; taraflardan herhangi biri mahkemenin her safhasında hatta işin Temyize aksettği zamanlarda bile kabili dermiyandır. Hatta mahkeme bu mutlak hükmü kendiliğinden nazara aldığı gibi müddeiumuminin müracaatı üzerine de tetkike mecburdur. Kanunun koyduğu intizamı âmme alâkalandıran bu mutlak kaydın hilâfına mukavele muteber değildir. Bilâkis salâhiyetsizlik nisbîdir. Yalnız müddeialeh tarafından ve esasa girilmezden evvel dermiyan olunabilir. Eğer mahkemenin vazifesizlik veya salâhiyetsizliği nisbî ise, iki taraf dâvalarını hallettirmek için

[*] Bizde vazifesizlik mutlak surette intizamı âmmedendir. Salâhiyetsizlik ise bazı istisnalar haricinde bu neviden sayılmaz. Bu itibarla salâhiyetsizlik nisbîdir diyebiliriz.

herhangi bir mahkemeyi akdedecekleri bir mukavele ile salâhiyetli ve ya vazifeli kılabilirler.

Vazifesizliğin mutlak, salâhiyetsizliğin de bazı istisnalar haricinde nisbî olmasına rağmen, mehakim içtihadına göre, Hukuk mahkemesi, rüyeti Ticaret mahkemesinin vazifesi dahilinde bulunan bir işe el koyuşsa artık Hukuk mahkemesinin buradaki vazife meselesi nisbî olur. Çünkü umumen kabûl edilen kaideye göre, Ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde, Hukuk mahkemeleri bu gibi dâvaları rüyete salâhiyetlidir.

II — Vazife

1) Birinci derecedeki mahkemeler için,

a — Bidayet mahkemesi, bu Asliye mahkemesidir. Yâni hususî bir kanunla rüyeti herhangi bir merci veya mahkemeye verilmemiş olan bütün işleri görür. Saniyen, bu mahkeme Ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerdeki tüccarî işleri de görmeğe vazifelidir. Nihayet Bidayet mahkemesi bazı muayyen işlerde sureti kat'iyede vazifeli sayılmıştır. Bu meyanda bu mahkeme, vazife ihtilâflarının halline, karı koca arasındaki evlilik münasebetlerine, ana baba ile evlât arasındaki ihtilâf ve münasebetlere, gayri menkullere taalluk eden dâvalara, bazı istisnalar haricinde cebrî icradan doğan ihtilâflara, alâmeti farika ve ihtira beratlarına, (accidents de travail) iş kazalarından çıkan ihtilâflara, harç ve pul dâvalarına, vasitasız vergiler ihtilâflarına bakar. Bu mahkemeler şayet konsey halinde toplanmışsa ayrıca bazı af mesailini de tetkike hususî şekilde vazifelidir.

b — Ticaret mahkemesi: Tüccar olsun olmasın bütün feriler arasında hâdis olan ve fakat mevzuu, ticarete taalluk eden ihtilâfları mıkdarı ne olursa olsun halleder. (Ticaret K. 631 nci maddesi) Bu mahkeme aynı zamanda ticaret şirketlerinin birbiriyle hâdis olan ihtilâflarına baktığı gibi bu şirketlerle şerikler arasındaki dâvaları da rüyet eder. İlâveten Ticaret mahkemesi iflâsa ve iflâs hesaplarının hal ve tesviyesine taalluk eden bütün ihtilâfların da mercii hallidir.

c — Prud'homme mahkemeleri: Bir taraftan patron, diğer taraftan amele ve memur murahhaslarından müsavi adette kimselerden mürekkep olan bu mahkemeler, amele ile patron arasında ticaret ve sanayi

sahasındaki iş akitlerinden hâdis olan ihtilâfları barıştırmak vazifesini haizdir. Şayet barıştırmaya muvaffak olamazsa, ihtilâfı rüyet eder. Bu mahkemeler tüccarî mahiyeti haiz olmıyan ve sanayileşmiş bulunmıyan meslek mensubinine ait ihtilâfları görmeğe salâhiyetli değildir.

Her Prud'homme mahkemesi ancak ihdasını âmir bulunan emirname zikredilen ticaret ve sanayi şubeleri sahipleriyle bunların amele ve memurları arasında çıkan iş ihtilâflarını görmekle mukayyettir. Emirnamede zikredilmiş olmıyan ticaret ve sanayi şubelerinin sahipleriyle onların amele ve memurları arasında çıkacak ihtilâfların halli Sulh mahkemelerine aittir. Tüccarlarla bunların amele olmıyan memurları arasındaki ihtilâflara gelince, bunlara Prud'homme mahkemelerinin bakabilmesi için, ancak, ticaret evinin büyük mazalardan olması lâzımdır. Aksi halde ihtilâfın halli eğer dâva tüccar tarafından açılmışsa Ticaret veya Sulh mahkemesine, memur tarafından açılmışsa Bidayet mahkemesine aittir.

d — Sulh Hâkimlikleri: 1789 da tesis edilen bu mahkemeler barıştırmacı ve hüküm verici olmak üzere başlıca iki vazifeyi haizdirler. Barıştırmacı sıfatıyla, Sulh Hâkimleri Bidayet mahkemelerinin salâhiyeti dahilinde bulunan işleri daha oraya dâva açılmazdan evvel sulh teşebbüsü yoluyla halletmeğe çalışırlar. Hâkim sıfatıyla de, kıymetleri pek az olan ve çok kısa bir zamanda halledilmesi icap eden bir çok dâvaları görürler. Umumiyet itibariyle vazifeleri umumî ve hususî olmak üzere iki kısımdır. Umumî vazifeleri âdâdından olarak 1000 franga kadar olan dâvaları sureti kat'iyede görürler. 3000 franga kadar verdikleri hükümler kebili istinaftır. Bu mahkemelerin ticaret işlerinde salâhiyetleri yoktur. Hususî vazifelerine gelince, bu 12 Temmuz 1905 tarihli kanunla tayin edilmiştir. O kanunda yazılı bir çok dâvaları görürler. Hususîyle senelik icarî 15000 frangı geçmiyen kiracı ile kiralayan arasındaki ihtilâfları, bazı zıraf zarar ve ziyan ve hasar dâvalarını, hayvan yetiştirmeğe taalluk eden ihtilâfları, bazı nafaka dâvalarını, araziye müdahale ihtilâflarını. İlâh... görürler.

Prud'homme mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde de, bu mahkemelerin vazifesine dahil bulunan muayyen ihtilâfları rüyet ederler. Nihayet 15000 frangı geçmiyen bazı maaş ve ücret hacizlerine karar verir veya bu kararları tasdik ederler. Sulh hâkimlerinin iş kazalarından

çıkacak ihtilâfları görmek için de hususî salâhiyetleri vardır. 1914 - 1918 harbinin neticesinden çıkan bazı küçük icar ve isticar ihtilâflarının görülmesi salâhiyeti de hususî bir kanunla bu Hâkimlere verilmiştir.

e — Bidayet ve Ticaret mahkemeleri reislerinin yaptıkları adli muameleler: Bunlar alâkadarlar tarafından vukubulacak bazı müracaat ve istidalar üzerine adli muamelelerde bulunurlar. Bu muameleler başlıca iki usulde olur. Bunlardan birincisi (référés) diğeri (ordonnance sur requête) müracaat üzerine karar vermek yoludur.

1 — Référés yolu: [*] Hukuk usul muhakemeleri kanunu, bu muameleleri yapabilmek salâhiyetini Hukuk mahkemesi reisine vermiştir. Ayrıca 11 Mart 1942 tarihli kanun bu neviden diğeri bazı salâhiyetleri tüccarî mesele münhasır kalmak şartıyla Ticaret mahkemesi reisi için de tanımıştır. Nev'i şahsına has olarak kabul edilmesi lâzım gelen bu usul büyük şehirlerde çok revaç görmektedir. Hususîyle Pariste oldukça münkeşiftir. Bu usulün revaç bulmasına, asıl mahkemelerde görülen dâvaların büyük bir teahhürle neticelenmiş olması sebep olmuştur. Bu usul bazı müstacel işlerin muayyen safahatının muvakkat bir zaman için halli faslına hadim bulunmaktadır. Büyük şehirlerde adli istatistikler référés usulünün günden güne inkişaf ettiğini tebyin etmektedir. Asıl dâvaya müteferriğ olmak üzere yapılması lâzım gelen bu nevi müteferriğ adli muamelelerde reisin bulacağı çarei hal, asıl dâvanın görülmesine ne mâni olmalı ve ne de ona bir zarar ve ziyan verecek şekil arz etmelidir. Tabiri d.ğ. ile, référés hâkimi olan reis, kendisine istida ile arz edilen işin esasını değil, fakat muayyen ve müstacel bir safhasını muvakkat bir zaman için halletmek salâhiyetini haizdir. Bunu yaparken asıl dâvaya ve onun iki taraf için muhafaza edilmesi ve riayet olunması lâzım gelen esaslı noktalarına ne zarar vermeli ve ne de esesine girmiş bulunmalıdır. Bu cümleden olarak référés hâkimi bir mahkûmiyet hükmü veremez. Bir mukavelenin hükümlerini tayin ve tefsir edemez. Bir mülkiyet hakkını tanıyamaz. Bilâkis ve meselâ ehli vukufat müracaat eder, bir malı haciz veya emniyet altına alabilir. Bir boşanma dâvasında çocukların hukukunu siyanet zımında bazı tedbirlere müracaat, ihtilâflı malların idaresine bir mümessil tayin edebilir.

[*] Müstacel işlere taalluk eden adli muameleler usulü diye tercüme edebilmemiz mümkündür.

Mehakim içtihadı référés yolu ile bu gibi muamelelerde bulunmak salâhiyetini haiz mahkeme reisine asıl mahkemenin devamı sırasında taraflardan birinin diğerine telâfisi imkânsız veya müşkil olacak surette sebebiyet verebileceği zararların önüne geçmek maksadiyle icap eden bazı tedbirleri alabilmek salâhiyetini de tanımıştır. Meselâ, bir tahliye dâvasının ceryanı sırasında Hâkim daha dâva bitmeden müstecirin mu-
cirin yedinde bulundurduğu menkul veya gayri menkul malları üzerinde zarar ikama veya icar haklarının sui niyetli bir şekilde kullanılmasına mani olacak tedbirleri alabilir. Hâkimin référés yolu ile verdiği kararlar ve aldığı tedbirler muvakkattır demiştik. Bu şu demektir ki, bu karar ve tedbirler asıl işin halline memur olan mahkemenin esas hakkında nihaf olarak vereceği hal suretine kat'iyen müessir değildir. Bundan başka işbu muvakkat muameleleri yapan ve kararları alan reis, şayet maslahat icap ettirirse bunları bizzat tebdil ve yerlerine yine hal suretleri ikame edebilir.

Bidayet mahkemesi reisinin yapabileceği bu kabilden işler Ticaret mahkemesi reisi için de tanınmıştır. Meselâ hali tasfiyede bulunan bir ticarethaneye veya bir ticaret şirketine muvakkat idare memurları tayin edebilir. Müstacel hallerde ehli vukufa müracaat eder. Ticaret mahkemesi reisinin yapabileceği bu muavin işler ancak Ticaret mahkemesinin vazifelerine dahil işlere ait bulunmak şarttır.

Vukubulan müracaatlara binaen verilecek emirnameler usulü:

(Ordonnance sur requête), bu usulde yine Bidayet ve Ticaret mahkemesi reislerine başka bir nam altında yukarıda gösterilen muameleler nev'inden bazı işler yapmak salâhiyetini bahşetmiştir. Bu sıfatla Bidayet mahkemesi reisi bir çok adli olan ve olmıyan işlerde bazı kararlar vermeğe ve tedbirler almağa davet olunabilir. Umumiyet itibarıyla Bidayet mahkemesi reisi müstacel hallerde bu yolla bütün ihtiyat tedbirleri alabilir ve lâzım gelen çarelere müracaat edebilir. Evvel emirde verilmesi meşrut bir istida üzerine alınması lâzım gelen bu tedbirler ve verilmesi iktiza eden emirlerde, reis yalnızca ve tarafların huzuru şart olmaksızın hareket eder. Bu usul yapılan muamele verilen emir ve alınan tedbirlerin yerine göre kolaylıkla ıslâhına veya tehirine hâdim olur. Bütün Bu muameleleri yaparken reis eğer lüzum görürse aleyhinde muamele yapılan kimseyi veya alâkalıyı diyeceği varsa

bildirmek üzere mutad olarak davet edebilir.

Ticaret mahkemesi reisinin yapacağı bu kabil muamelelere gelince: Bunlar ticari muamelelere taalluk etmesi itibarıyla şümül noktasından Bidayet mahkemesi reislerinininkine nazaran çok daha dardır.

f — İstinaf mahkemeleri: Yukarıda da bilmünasebe görüldüğü üzere istinaf mahkemeleri Fransada iki dereceli bulunan adli sistemin birincisine dahil mahkemeler âdâdındandır. Ve istinaf yoluyla Sulh hâkimlerinin ve Prud'homme hâkimlerinin kararlarını resen, Bidayet mahkemeleriyle Ticaret mahkemelerinin ve her iki nevi mahkemenin reisleri tarafından (référés) ve (Ordonnance sur requête) yollarıyla verilen emir ve alınan tedbirleri vaki olan istinaf talepleri üzerine tetkik eder.

Prensip itibarıyla İstinaf mahkemelerinin vazifeleri kendilerine arz edilen dâvanın miktarına göre tayin olunur. Bidayet mahkemelerinden muayyen bir miktara kadar verilen kararlar kabili istinaf değildir. Bu kabil dâvaları istinaf etmekte taraflar mutabık kalsalar bile kabili istinaf olamaz. Ancak, bu miktarı aşan hükümlerdiki istinaf yoluyla tetkik olunurlar. Bidayet mahkemelerinin vazifesi ise 1838 tarihli kanunla konulan miktar esas tutularak tayin olunur. Fakat para kıymetinin her an değişir bir hal arz etmesi itibarıyla bu usul ahenkli bir esas değildir. Menkule taalluk eden işlerde Bidayet mahkemeleri 1500 franga kadar olan dâvaları nihaf olarak görürler. Gayri menkule taalluk eden işlerde nihaf karar verebilmeleri için ihtilâfın senelik iradı veya icarı 600 frank olan gayri menkule taalluk etmesi lâzımdır. Ticaret mahkemeleri de kıymeti 15000 franga kadar olan dâvaları nihaf olarak görürler. Dâvanın miktarı bu hadlerden yukarı ise gerek Bidayet ve gerek Ticaret mahkemelerinin kararları için istinaf hakkı daima mevcuttur.

Sulh Hâkimleri ile Prud'homme mahkemelerinin sureti kat'iyede verecekleri kararlar ise, miktarı 1000 frangı geçmiyen ihtilâflara ait olanlardır. Bu miktar 1926 tarihli kanunla tayin olunmuştur.

Miktar hakkında yukarıda gösterilen kaidelerin hilâfına olarak bazı ihtilâflar vardır ki arz ettikleri kıymet ne olursa olsun daima kabili istinaftırlar. Bu muayyen ihtilâflar 12 Temmuz 1915 tarihli kanunun 5 ten 7 ye kadar olan maddeleriyle Sulh Hâkimlerinin hususî surette vazifelerine ithal edilen bir çok dâvalardır. Bilâkis, meselâ, pul ve harç işlerinden dolayı hâdis olacak ihtilâfların halli zımında bunların arz

ettikleri miktar ne olursa olsun kanun Bidayet mahkemelerinden verilen bu kabilden bütün kararlar için sureti kat'iyede istinaf yolunu kapamıştır. Eğer haklarından emin olarak iki tarafın yaptıkları bir mukavele ile her hangi bir mahkemeden verilen kabili istinaf veya temyiz olan bir hükmü temyiz veya istinaf etmemek zımında mutabık kalmışlarsa mehakim içtihadı bu mukaveleyi muteber saymaktadır.

g — Temyiz mahkemesi: Vazifesi, kanununa veya usule muhalefet ve salâhiyetsizlik gibi sebeplerle birinci derecedeki mahkemeler tarafından verilen yolsuz kararları bozmaktır. Bu suretle Temyiz mahkemesi kararları kabili temyiz olan bir çok mahkemelerin baktıkları dâva ve yaptıkları tahkikat işlerinden kanunun hükümlerine ve koyduğu kaidelelere riayet edip etmediklerini mürakabe eder. Fransanın Avrupadaki arazisi üzerinde çalışan bütün mahkemelerden derececi nihaiyede çıkan ve kabili temyiz olan bütün hüküm ve kararlar bu suretle Temyiz mahkemesinin kontrolüne tabidir. Temyizin gördüğü bu vazifeye bakarak Fransada üç dereceli muhakeme usulünün mevcudiyetine hüküm etmemelidir. Çünkü Temyiz mahkemesi fiilen bir mahkeme değildir. O yalnız diğer mahkemelerce tam bir istiklâl ile tatbik edilen kanun hükümlerinin yerinde olup olmadıklarını aramakla mükelleftir. Nihayet Temyiz mahkemesi, mahkemelerin gördükleri işleri bu işin kanunî vasfının verilip vermediklerini de tetkik etmek vazifesini haizdir. Temyizin yapacağı tetkikat muayyen noktalar üzerinde teksif olunur. Bu noktalar ilk kararı veren mahkemenin tetkikatına arz olunanlardır. Yâni Temyiz mahkemesince Bidayet mahkemesinde zikrî tadat edilmiş bulunan sebep ve deliller hâdis ile alâkalı bulunmadıkça tetkik olunamaz, intizamı âmmeyi alâkadar eden meâil bu hükümden müstesnadır.

En nihayet Temyiz mahkemesi nakzettiği karar yerine kendi fikrini ikame ederek hâdiseyi esasından rüyet etmiş olmaz. Vazifesi işi ya bozmak veya tasdik etmektir. Bu mahkeme bir nevi tadil ve ıslah müessesesi değildir. İlâmı nakzettiği takdirde dosyayı [*] Bidayet hükmü veren mahkemeye göndermez. Fakat o mahkeme nevinden diğer bir mahkemeye sevk eder, bu mahkeme Temyizin kararına uyup uymamakta serbesttir.

[*] Bizdeki usulün hilâfına olarak.

Fakat Temyizin otoritesini ve ilmi mevkiini kurtarmak için bu mevzu üzerinde bazı hükümleri ihtiva eden 1 Nisan 1837 tarihli kanuna müracaat etmemiz lâzımdır. Orada deniliyorki: (Eğer nakızdan sonra yapılan muhakeme sonunda verilen kararın aynı işe ait olduğu aynı tarafları teşkil ettiği, aynı nakız sebepleriyle temyiz edildiği takdirde, Temyiz mahkemesi heyeti umumiye halinde teşekkül ederek eğer ikinci kararda birincide zikredilen aynı sebeplerden dolayı nakız edilmişse artık bu evrakın ikinci defa bozularak gönderilmei halinde mahkeme ısrar edemez. Nakız ilâmında gösterilen hal suretine ittiba etmek mecburiyetindedir.) Bu şekilde son söz Temyiz mahkemesine verilmiş oluyor. Birinci nakızdan sonra mahkemenin Temyiz kararına ittiba etmesi belki daha iktisadî olur ve işleri basitleştirirdi denebilir. Fakat bu hal Temyiz mahkemesini diğer mahkemeler üzerinde âmir bir mevkie sokacağı için kabili müdafaa değildir. Temyiz mahkemesinin haddi zatında böyle bir hakkı da yoktur. Çünkü verdiği kararlar ancak mevzubahs hâdiseler hakkında kabili ihticadır. Mumail işlerde aynı şekilde karar ve hareket edilmesini icap ettirecek bir emir mahiyetini haiz olamaz.

Bu esaslı vazifeleri haricinde Temyizin diğer bazı işleri daha vardır. Bu meyanda meselâ Hâkimlerin reddi hakkındaki talepleri tetkik eder. mahkemeler arasında hâdis olan icabî ve selbî ihtilâflar hakkında karar verir. Bütün bunlara ilâveten de daire reis ve âzalarının iştirâkiyle (Hâkimler yüksek meclis) halinde teşekkül ederek fiilen ve hukukan Hâkimler üzerinde bir disiplin mahkemesi vazifesini görür.

Nihayet Temyiz mahkemesi istida dairesi, hükümet memuru olan müddeiumuminin müracaatıyla tecavüzü salâhiyet suretiyle nihaf olarak verilen bütün adli karar ve muameleleri bozar. Buradaki karar ve muameleleri teşriif ve icraf kuvvetlerin salâhiyeti dahilinde olup mahkeme tarafından vazifeyi tecavüz suretiyle yapılan muamele ve alınan kararlar nevinden saymak lâzımdır. Binnetice istida dairesi mahkemelerin vazifeleri haricinde gördükleri idarî ve teşriif kuvvetlere ait işleri bozar. Bu suretle Temyiz mahkemesi aynı zamanda Teşkilâtı Esasiye kanununun bekçiliği vazifesini de görmüş olur.

III — Salâhiyet

Salâhiyet hakkındaki hükümler çok mütenevvidir. Bunlar vazı kanun tarafından her mahkemenin nev'ine veya mahkemenin vazifesi da-

hilinde bulunan işlerin mahiyetine göre tayin olmuştur. Salâhiyet hususundaki bu kayıtların konulmasında bazan tarafların şahsiyeti, bazan ihtilâflı şeyin vaziyeti, bazan bir mukavelenin yapıldığı veya icra edildiği yer âmil olmaktadır. Fakat bütün bunlara rağmen hilâfına hüküm bulunmadıkça bir mahkemenin salâhiyeti, umumiyet itibarıyla Hukuku Usul Muhakemeleri kanununun 58 inci maddesi hükümlerine göre tayin olunur. Ona göre (salâhiyetli mahkeme müddeialeyhin ikametgâhı mahkemesidir. İkametgâhın bulunmaması takdirinde salâhiyet, müddeialeyhin fiilen oturduğu yer mahkemesininindir. Bidayet mahkemelerinin salâhiyetlerinin tayininde de bu kaide caridir.) Fakat 59 uncu madde vazettiği bu esasa muhtelif istisnalar koymuştur. Bu meyanda meselâ gayri menkule taalluk eden aynı haklarda salâhiyet, onun bulunduğu yet mahkemesininindir. Cemiyetlerde merkezin bulunduğu yerindir. Mirasda terekenin açıldığı yere ait olması lâzımdır. Bir cinayet veya cürümden dolayı istenecek tazminat dâvasında salâhiyet mutazarrır olanın intihabına göre ya müddeialeyhin bulunduğu yerin veya cürmün ika edildiği mahallindir. Diğer hukukî işlerde 6 Nisan 1932 tarihli kanuna göre hâdisiye şu suretle hallolunur. Bazı taahhütlerle iş ve icar akitlerinde salâhiyet, akit yapıldığı veya aynı zamanda âkitlerden birinin ikametgâhı bulunmak şartıyla akitin icra edildiği yer mahkemesine aittir. Bu hükümler Sulh Hâkimlerinin salâhiyetleriün tayini hususunda da caridir.

Tüccarî muamelelerden çıkan ihtilâfların halli ise: Dâvacının ihtiyar hakkı olmak üzere ya dâvacının ikametgâhı mahkemesine veya tüccarî mukavelenin akte edildiği veya icra edileceği yer veya tediyatın vukubulacağı mahal mahkemesine aittir. Dâvacı bu yerler mahkemelerinden birine dâva açmakta serbesttir. İflâs işlerinde salâhiyetli mahkeme müf-lisia ikametgâhı mahkemesidir.

Prud'homme mahkemesinin vazifesi dahilinde bulunan işlerde salâhiyet amele veya memurların çalıştığı fabrika veya müessesesinin bulunduğu yer mahkemesine aittir.

Référés yolu ile yapılan muamelelerde salâhiyet: Bu muamelelerin aslını rüyet ve tetkike salâhiyetli olan mahkeme reisine aittir. Fakat muhakim içtihadı aynı salâhiyetin hâdisenin vukubulduğu yer mahkemesi içinde tanınacağı mutalaasındadır.

Maddî hukuk ile Hukuk Muhakemeleri Usulü arasındaki bağılığa dair bazı mülâhazalar

Yazan:
Prof. Dr. Sehönke

Tercüme eden:
Dr. H. BELBEZ

Hukuk davalarında hukukî ihtilâflar tetkik ve bir hükme rapt edilir. Usulü tanzim eden hukuk hükümlerine Şekli hukuk « veya usule müteallik hükümler » denir. Bunların karşısında, maddî hukuk « veya esasa müteallik hükümler » olarak hukuk muhakemeleri usulü yolu ile verilen kararların maddî muhtevası itibarile ehemmiyeti haiz olan bütün hukuk hükümleri yer alır, maddî hukuk olarak her şeyden evvel medenî kanunun ve Ticaret kanununun hükümleri mevzu bahistir. Cebri icra da kaide maddî hukuka müteallik mutalebe haklarının icra ve infazına yarar, burada ekseriyet itibarile bahis mevzuu olanlar, kaynakları Medenî hukuk veya Ticaret hukukunda bulunan mutalebe haklarıdır. Bu cihet göz önünde tutulacak olursa maddî hukuk ile şekli hukuk arasında sıkı munasebetler bulunması lâzım geldiği kendiliğinden anlaşılır. Çünkü her iki hukuk sahası da karşılıklı olarak birbirini tamamlar. Ve her ikisini de anlayabilmek için onları bir küll olarak nazarı itibara almak şarttır.

1 — Hukuk davalarının kaldeten medenî hukuka müteallik mutalebe hakları dolayısıyla açılmaları ve bu gibi mutalebe haklarının cebri icra yolu ile infaz ettirebilmeleri keyfiyeti, uzun zaman usul hukukunun, maddî hukuka bağlı talî bir kısım bulunduğu telakkisine yol açmıştır. Maddî hukuk sahasında tekemmül eden sistem usul hukukunu da tatbik edilmiştir. Münferit hukuk mefhum-

ları maddî hukuktan naklen usul hukukuna alınmış veya maddî hukuka sıkı sıkı bağlı olarak usul hukuku için de muadil mefhumlar yaratılmıştır.

2 — Usul hukukunun maddî hukukun tali bir kısmı olduğu telakkisi uzun zaman devam etmiştir. Ancak 19 uncu asır ortalarına doğrudur'ki usul hukukunun hususî hukukun bir şubesi olmadığı gittikçe daha ziyade tebarüz ettirilmiştir. Usul hukukunun Âme hukuku veçhesi gittikçe daha ziyade anlaşılmıştır. Usul hukukunda tatbiki lâzımgelen hukuk kaideleri çok kerre mahiyetleri itibarile hususî hukuka müteallik kaideler olduğundan ceza usulüne veya idarî kazaya nazaran bu usulde tarafların serbest olarak uyuşmalarına bırakılan kısımlar daha fazladır. Fakat hukuk muhakemeleri usulü buna rağmen daima, Âme menfaatlarının ferdi menfaatlardan üstün tutulması lâzımgelen bir Devlet müessesesi olarak kalacaktır. Mesela taraflar hiç bir zaman muhakeme usulünü aralarında serbest olarak tayin ve tesbit edemezler, akti muhakeme usulü denilen bir usul memnudur.

Cebri İcra hakkında aynı esaslar bahis mevzuudur. Filhakika cebri İcra kaideten hususî hukuka müteallik mutalebe haklarının infazına yarar, fakat bundan alacaklıların icra,î bir kuvvet ve salâhiyeti haiz oldukları neticesi çıkmaz. Bilakis İcra kuvvetinin yegane hamili Devlettir. İcra kuvveti esasen Devlet hakimiyetinin bir cüzüdür. Devletin cebri İcrayı tatbik etmesi alacaklıdan neşet eden bir hakka müsteniden değildir. İcra memurları cebri İcra muamelelerini ifa ederken alacaklının mümessili sıfatı ile hareket etmeyip Âme kudretine taalluk eden hakları kullanırlar. Bu itibarla cebri İcrada, bütün kısımları ile birlikte, Âme hukukuna dahildir.

3 — Hukuk usulile cebri İcranın Âme hukuku mahiyetlerinin anlaşılması üzerine, usul hukukunu besliyen kaynak olan Hususî hukuk ile mevcut münasebetlerin gevşemesi tehlikesi baş gösterdi. Bu tehlike çok def'a görülmüş ve tebarüz ettirilmiş olmakla beraber her zaman bunun önüne geçmek kabil olmamıştır. Teşkil olunan muhtelif mefhumlarda maddî hukuk ile usul hukuku arasındaki bağılılığın çözülmesi tehlikesini doğurmuştur. Her şeyden önce haklarının himaye edilmesi ve mahkemelerce dinlenmesi husu-

sunda fertlerin Devlete karşı haiz oldukları hakları ile buna cebri İcrada tekabül eden İcra talebini, yani İcranın yerine getirilmesini istemek hususundaki hak zikrolunabilir. Umumiyetle yapılmış bulunan ve bu gün bile bazıları tarafından müdafaa olunan bir telakkiye göre her dava, Mahkemeler tarafından hukuki durumlarına tetabuk eden en r. asait hükmün verilmesi hususunda fertlerin Devlete karşı haiz oldukları mutalebe hakkını « — dava hakkı veya hakkın himayesi talebi » ifade eder. Buna mümasil olarak da, elinde icrası kabil bir senet « mesela bir ilâm » bulunduran bir ferdin onun icrasını talep hususunda Devlete karşı sübjektif bir Âme hakkına sahip bulunduğu kabul edilmiş ve kısmen bugün dahi kabul edilmektedir. Bu telakki isabetli değildir. Filhakika herkes haklarının himayesi ve mahkemeler tarafından dinlenmesini istemek hususunda bir hakka sahiptir, fakat bu, Devlete karşı sübjektif bir Âme hakkı mahiyetinde değildir. Devlet hukuk usulünde dahi hususî hakların himayesi bakımından kendisine terettüp eden bir mükellefiyeti değil, sadece hakların himayesi hususunda umumî bir vazifeyi ifa etmektedir.

Maddî hukuku usul hukukundan, ayırmak hususunda bilhassa icra telebi mefhumunaun büyük rolü olmuştur, bir Âme hukuku mefhumu olan icra talebi, hizmet etmekle mükellef bulunduğu maddî hukukdan ayrı olarak nazarı itibara alınmağa başlamıştır, icrası kabil bir senedi elinde bulunduran, yani Âme hukukuna müteallik bir icra talebini haiz olan herkesin, mutalebe hakkının iktisadî ve insanî bütün müstenidatı nazarı itibara alınmaksızın onu behemehal infaz ettirebilmesi lazımgeleceği zannediliyordu. İcraya esas olan mutalebe hakkının nev'ine veya borçlunun himayeye layık ve muhtaç olup olmadığına göre bir tefrik yapılması imkansız sayılıyordu.

Bir kimsenin, satana fevkalade büyük kazanç temin eden lüks eşyadan madut çok pahalı bir şeyin bedelini ödemeğe mahkûm edildiğini fakat sonradan, kendi sunutaksiri olmaksızın bütün servetini kaybetmiş olduğu için bu bedeli ödemek hususunda güç bir duruma düşdüğünü tasavvur ediniz. İşte böyle bir vaziyette icra Hakiminin halin icaplarını göz önünde tutarak müşteriye tediye hususunda mehil vermesine ve haczedilmiş mallarının bulunması

halinde bunların paraya çevrilmesini geciktirmesine imkân yoktur. Satıcı elindeki ilâma müsteniden icra hususunda sübjektif bir Âmmeye hakkına sahipti. ve buna mahkemeler dahi müdahale edemezlerdi. İcra edilecek olan senedin dayandığı mutalebe hakkının nev'ine göre asla bir fark gözetilemezdi.

4 — 1933 denberi çıkan kanunların bir çoğunda maddî hukuk ile şekli hukukun birbirine bağlı bulundukları fikri açık bir şekilde tebarûx ettirilmıştır, bilhassa son senelerin mevzuatında cebri icra bakımından bütün alacakların bir sayılması esasî terk edilmiştir. İcranın su'î istimali kanununa göre icranın hakikî kukukî vaziyete bariz bir terad teşkil eden şekli hukukî vaziyeti istismar mahiyetini alması halinde de, icrası kabil bir senede rağmen icra durdurulabilir, veya büsbütün menedebilir.

a — Diğer kanunî hükümler mani olmasa bile, borçlunun talebi üzerine icra mahkemesi, halin bütün icaplarını, bilhassa borçlunun bihakkın himayeye muhtaç olup olmadığını tetkik ettikten sonra borçlu aleyhine yapılacak - icranın, halkın sâlim hislerini ağır bir surette incitecek bir hareket olduğuna kanî olursa icra tetbirlerini kısmen veya tamamen durdurabilir veya menedebilir. « İcra imkânlarının sulistimâl sayılacak derecede istismarına mani olunmasına dair 13 Birinci kânun 1934 tarihli kanun » Bu kanunla cebri icra sahası için, medenî kanunun 226 ve 826 [*] inci maddelerine tekabül eden Umumî mahiyette bir hüküm yaratılmış oluyor. Kanun bu hükmile « nispet fikrine, çok ehemmiyetli bir yerde, aşırı bir hukuku emsiyet fikrine nazaran bir rüçhan hakkı tanımaktadır. Bu hükme müsteniden bir tetbir ittihaz edilebilmesi için, halin bütün icaplarının tetkiki sırasında icrası istenen mutalebe hakkının nevinin, ne şekilde doğduğunun ve şümülünün pek büyük ehemmiyeti vardır.

[*] Alman medenî kanunu madde 226 : Bir hakkın sırf başka bir kimseye zarar vermek kastile istimali caiz değildir.

« Medenî kanunumuzun 2 inci maddesinin 11 inci fıkrasına bakınız » Alman medenî kanunu madde 826 : Ahlâka mugayir bir şekilde bir başkasının bilerek zarar veren kimse onun bu zararını tazmine mecburdur.

« Borçlar kanunumuzun 41 inci maddesinin 11 inci fıkrasına bakınız, »

b — Mahcuz mallar paraya çevrilmeden önce, müsait olduğu nisbette borçluya, borcunu ihtiyarile tesviye etmek imkânı verilecektir. Paraya çevirme muamelesinin bu suretle geciktirilmesi için birinci şart, bu tetbirin, borçlunun şahsiyeti iktisadî durumu ile borcun mahiyeti bakımından muhik görülmesidir. « Cebri icra sahasında alınacak tetbirler hakkına 26 / Mayıs / 1933 tarihli nizamnamenin 18 inci maddesi. » İşte burada da takibin esasını teşkil eden maddî mutalebe hakkına müracaat etmek zarureti vardır. Meselâ borcun, borçlunun kendi kusuru olmaksızın işsiz kaldığı bir sırada yaptığı zararı, alış verişlerden doğmuş olması halinde mahkemeler tediye hususunda borçluya mehil verebilir, buna mukabil bilhassa ağır haksız fiillerden doğan borçların bahis mevzuu olması halinde paraya çevirme işi geciktirilmeyecektir. Hâkim borçlunun himayeye muhtaç olup olmadığını alacaklının menfaatları ile mukayese edebilmek için mutalebe hakkının iktisadî ve insanî esaslarının tahkik ve tetkik etmek mecburiyetindedir.

5 — Maddî hukuk ile usul hukuku arasındaki bağıllıkla her şeyden evvel medenî hukukun umumî mahiyetteki hükümlerinin usul hukukunda da tatbik edilmesinde ifadesini bulmalıdır.

6 — Hukuk davalarında, tarafların da, muhakemenin devamı müddetince hüsnü niyet dairesinde hareket etmek mecburiyetinde bulundukları uzun zamandanberi takdir edilmiş olan bir keyfiyettir, bu bilgiye mümkün olduğu kadar gen'ş bir tatbik sahası yaratmak ve bu suretle usul hukukile maddî hukuk arasındaki ahengi sağlamlaştırmak lazımdır. Mesela bazı usulî muameleleri, samimî olmaksızın ve işi sürüncemede bırakmak kastile yapan taraf, hüsnü niyete riayet hususundaki mükellefiyeti ihlal etmiş olur. Bu gibi muamelelere kıymet verilmez. Mesela Hâkimin reddine dair ve işi uzatmak kastile verilen bir arzuhal nazarı itibara alınamaz, bir Hakemin retti için ve yine samimî olmaksızın verilen istida hakkında aynı esas cari olur. Bundan başka, vazife hükümlerine göre Asliye mahkemesi tarafından görülmesi icap eden bir mutalebe hakkının, asliye mahkemesinin vazifesini atlatmış olmak kastile müteaddit kısmî davalar halinde sulh mahkemesinde ileri sürülmesinde de hüsnü niyet kaidesine muhalefet vardır. Bilerek

yanlış beyanatta bulunmak suretile bir mahkemenin yanlış olarak vazifeli veya salâhiyetli sayılmasını temine muvaffak olmuş bulunan kimse, artık o mahkemenin bir kerre vazifeli veya salâhiyetli addedilmiş olması keyfiyetine istinaden bir hak iddiasında bulunamaz. Kendi aleyhinde ve bir hakkı ihlâl eder mahiyette olan bir durumu luzumundan fazla bir zaman kabul etmek ve ses çıkarmamak suretile diğer tarafı da kendi vaziyetini bu duruma göre tanzim etmeğe sevk eden kimse artık o durumun tadilini istemez, aksi takdirde davada hüsnüniyyete riayet etmemiş olur. Bu suretle hareket eden bir kimse için - esasen müddetle mukayyet olmiyan - kanun yolları kapanmış sayılabilir. Çoktan ihtiyaç edilmiş bulunan bir dava münasebetile yapılacak şikâyetlere hüsnüniyyet mani olabilir. Bir kerre geri alındıktan sonra yeniden ileri sürülen bir şikâyete karşı usulde hile definde bulunabilir. Usul hukukunda hâkim olan hüsnüniyyet fikrinin tezahürü olarak usulî sukutu hak imkânı kabul edilebilir. Nasyanal sosyalist mevzuat tarafından taraflara bugün sarîh olarak tahmil edilmiş bulunan doğruluk mükellefiyeti, hüsnüniyyete riayet mükellefiyetinin bir neticesidir. Hukuk muhakemeleri usulü kanununun 138 inci maddesinin 1 inci fıkrasında : « Taraflar maddî vakıalar hakkında eksiksiz ve hakikate uygun beyanda bulunmak mecburiyetindedirler ». Denmiştir. Doğruluk mükellefiyetinin ihlali ne usul ve nede ceza hukukunda bir ceza ile tehdit edilmiş olmamasına rağmen bu mükellefiyet tam manasile hukukî bir mükellefiyettir.

B — Usul hukuku için, hüsnüniyyet piresibinden başka, maddî hukukun umumî mahiyette diğer bir hükmü olan medenî kanunun 826 cı maddesinden de istifade edilmelidir. Bu hükme göre adap ve ahlaka mugayir bir şekilde bir başkasına bilerek zarar veren kimse onun bu zararını tazmine mecburdur. Bu hüküm bilhassa katiyet kesbetmiş kararlar karşısında tatbik görmelidir. Adap ve ahlaka mugayir bir şekilde istihsâl edilmiş olan bir hüküm kazıye'i muhkeme teşkil edemez. Bu piresip bugün bile tanınmış bir çok usulcüler tarafından ret ve inkâr edilmektedir. Kazıyei muhkemenin usul hukukunun bel kemiği olduğuna işaret edilmekte ve katileşmiş bir karara karşı medenî kanunun 826 ıncı maddesine müracaat imkânı verildiği takdirde bunun filiyatta kazıye'i muhkemeyi

bertaraf etmiş olacağı iddia edilmektedir. Buna mukabil şunu göz önünde tutmak lazımdır ki kazıye'i muhkeme, hedeflerine ulaşmak maksadile hukuk nizamının kullanmakta olduğu bir vasıttan başka bir şey değildir. Yoksa kazıye'i muhkeme asla bizatîhi gaye olamaz. Maddî kazıye'i muhkemeye hukuk usulünün bel kemiği demekle doğru olamaz. Kazıye'i muhkeme hukuk nizamının şekli müesseselerinden biridir, bu itibarla, bütün şekli müesseseler gibi kazıye'i muhkeme de adap ve ahlâk ve âmme fikrile mukayyetti. Medenî kanunun 826 ıncı maddesile ifade olunan büyük piresibin tatbik sahası maddî hukuka münhasır değildir, onun usul hukukunda da cari olması lazımdır.

Bu ana fikrin bir neticesi, hakikatte bir ihtilâf olmadığı halde zahiri aldatmak maksadile ve uyuşularak açılan bir dava neticesinde elde olunan bir kararın kazıye'i muhkeme teşkil edemiyecektir. « Hukuka mugayir olduğu bilinerek ve hak olmiyana hak damgasını vurmak kastile istihsâl edilmiş olan bir kazıye'i muhkemenin hiç bir hüküm ifade etmemesi lazımgelir. « Alman Temyiz mahkemesi kararları hukuk kısmı cilt: 61 sahife 365 » . Buna bir misâl olarak şu hal zikrolunabilir. Dava edilen, davacıdan aleyhine kullanmayacağı vadini alması üzerine aleyhinde bir gıyap kararı verilmesine razı oluyor. Fakat davacı buna rağmen o karardan istifadeye kalkışıyor. Bundan başka mesela hasım tarafın bulunduğu yer malum olmasına rağmen ilân yolu ile tebligat yaptırmak suretile elde olunan bir karar kazıye'i muhkeme teşkil edemez. Bu haller dışında umnmî olarak, taraflardan birinin karara esas olan vakıalar üzerinde ahlaka mugayir bir şekilde müessir olması halinde de karar kazıye'i muhkeme teşkil edemez. Mesela: taraflardan birinin sistemli bir şekilde bir yalancı şahitle iş görmesi, ehli vukufun aldatılması, icabında ehemmiyetli bir vakanın hileli bir şekilde gizlenmesi hallerinde bunu kabul etmek lazımdır. Alman Temyiz mahkemesi bunu, fazla olarak bir boşanma davasında taraflardan birinin, yanlış olarak meydana gelmesinde bir dahil olmamasına rağmen o şahadetten istifade etmek suretile kendi lehinde doğru olmiyan bir karar verilmesini temin ederek bu karara müsteniden nafaka alması halinde de kabul etmiştir. Davacının iddiasına göre o taraf şahidin beyanatının doğru olmadığını

bildiği halde bunu durumuna işaret etmek suretile onu takviye etmiş, bundan başka şahide yemin ettirilmesini de istemiş ve bun da muvaffak da almıştır. « Yani o taraf mahkemenin hiç şüphesiz yanlış bir kanaat edinmesi için elinden geleni yapmış ve bu suretle boğanma davasının yanlış bir karara bağlanmasını temin etmiştir. « Alman Temyiz mahkemesi kararları Hukuk kısmı cilt 155 sahife 61 ».

Medenî kanunun 826 ıncı maddesinin kaziye'i muhkemelere de tatbikine cevaz vermek ve maddi adaleti bu suretle zafere kavuşturmak hususunda muvaffakiyetle çalışması en yüksek Alman mahkemesinin zikre değer büyük bir hizmetidir. Temyiz mahkemesinin kararlarının tarihçesi, bu mahkemenin, bu telkininin haddinden fazla genişletilmek suretile tatbiki neticesinde kazıye'i muhkeme fikri için doğabilecek tehlikeleri daima fark ettiğini ve zararlı neticelerden vikaye etmesini bildiğini göstermektedir. Eski Avusturya Yüksek mahkemesi de bir çok kararlarında Alman Temyiz mahkemesinin bu nokta'ı nazarına iştirak etmiştir.

6 — Yukarıda verilen izahattan anlaşılmalı olacağı veçhile, maddi hukukun umumî mahiyetteki hükümleri için usul hukukunda da ehemmiyetli bir tetbik sahası mevcuttur. Bilmukabele usul hukukunun esaslı hükümleri de diğer hukuk sahalarına, bilhassa maddi hukuka müessirdir. Bu suretledir, ki bilhassa İcra hukuku, 1933 denberi bir dereceye kadar maddi hukukun noksanlarını doldurmağa ve sertliklerini hafifletmeğe yaramıştır. İcra hukuku delaletile bilhassa medenî hukukta bilvasıta bir yumuşaklık görülmüştür. İcranın su'î istimali kanunile ihdas edilmiş olan umumî mahiyetteki hüküm, menşeleri meddî hukuk olan ihtilafların hallinde kullanılmıştır. Mesela miktarları bugün nakabili tahammül görünen eski faiz borçlarının icra yolu ile tahsili halkın salim hislerini bariz bir şekilde incitecek bir hareket olabilir. Kezalik nesebi sahih olmiyan bir çocuğun, babasının işsiz kaldığı bir zamana rastlayan nafakalarını birden takip etmesi halinde de böyledir. Fakat medenî hukukun sertliklerini gidermek icra hukukunun daimi bir vazifesimi olmalıdır meselesi şüphelidir. Maddi hukuku tadil etmek ve maddi hukukun tatmin edici olmiyan hal tarzlarını icra safhasında

ikmal etmek zarureti pek enler ve istisna'î hallere hasretmek herhalde daha muvafık olacaktır.

7 — Bir sahaya ait umumî mahiyetteki hükümlerin diğer sahaya da şamil olduğuna yukarıda işaret edilmişti, bu keyfiyet maddi hukuk ile usul hukukunun birbirine bağlı bulunduğunun idrak edilmiş olmasının nekadar verimli ve faideli olduğunu gösterir. Gerek hukuk tatbikatında ve gerek ilmi tetkiklerde bu bağlılığı daima göz önünde tutmak luzumu bir çok kanunî hükümlerden çıkmaktadır. Hukuk muhakemeleri usulü kanunundaki mahfuz mallar veya birliğe dahil mallar hakkındaki hükümlerin kavranabilmesi, medenî kanunda tanzim edilmiş bulunan karı koca malları hukukunun bilinmesine bağlıdır. Diğer taraftan medenî kanunun karı koca mallarına dair hükümlerinin tatbiki ehemmiyeti ve tesirleri ancak Hukuk muhakemeleri usulü kanunundaki hükümlerin yardımı ile anlaşılabilir. Aynı mes'ele bir mirasçı aleyhinde yapılacak icra takibatı hakkındaki hükümlerle medenî kanunuu miras hukuku hakkında bahis mevzuudur. Buna diğer bir çok sahalardan da muadil misaller getirmek mümkündür.

Maddi hukukun umumî mahiyetteki hükümlerinin şekli hukuka veya şekli hukuka ait umumî mahiyetteki hükümler maddi hukuka teşmili kezalik bir çok münferit kanunî hükümler gösteriyorki maddi hukukun hususî hukuka ve şekli hukukun da âmm hukuka ithaline ragmen her iki hukuk şubesinin de, maddi hukuktan neşet eden, usul hukukunda tesbit olunan ve icra hukukile de infaz edilecek olan mutalebe haklarında müşterek bir menşeleri bulunduğu göz önünde tutmak zarurî olduğu kadar da faidelidir.

KONFERANSLAR :

Evlenme ve boşanma hukukumuzda medenî ve cezaî bakımdan ne gibi tadilâta ihtiyaç vardır ?

Türk Hukuk Kurumunun çok kıymetli ve çalışkan Reisi Refik İncenin faydalı işlerinden birisi de, memleketin tanınmış hukukçularına mutena muvzular üzerinde konferans verdirmek oldu.

Ankara Dil, Tarih, Coğrafya Fakültesinin konferans salonunda verilmesi kararlaştırılan seri konferanslardan ilkinin sayın Profesör Doktor Hıfzı Veldet büyük bir samîin huzurunda verdi. Bu konferans, bir yenilik olarak münakaşalı oldu.

Dergimizin hacmi müsait olmadığı için bu konferansı hülâsaten yazmak mecburiyetinde kaldığımızdan dolayı hukukçu arkadaşlarımızın aflatını rica ederiz.

Hatip konferansını dinlemeğe gelenlerle, Türk Hukuk Kurumuna teşekkür ettikten sonra hukukun ve onun belli başlı müşahhas ifadesi olan kanunun yapılış ve yaradılışındaki iki görüş tarzını, yeni tarihçilik ile akılcılığı uzun uzadıya anlatmış ve İsviçre Medenî kanununun daha ziyade tarihçi olmasına mukabil onun küçük kardeşi olan Türk medenî kanununun yurdumuzda sadece akılcı olduğuna işaret ederek ifade bakımından birbirine benzeyen bu iki kanun İsviçreye ve Türkiye'ye olan nisbetlerinden ileri geldiğini zikretmiş ve demiştir ki: « İsviçre medenî kanununun orada yürürlüğe gireli 31 yıl oldu; onun üzerinden içtimaf ve iktisadî birçok münasebetleri altüst eden ilk cihan harbinin silindiri geçtiği halde kanun İsviçre'de hâlâ tam ve zinde

olarak ayakta duruyor. Aynı kanun (Türk medenî kanunu) adı altında yurdumuzda yürüme başlıyalı 16 yıl oldu. Birçok noktalarında akılcılık haklı çıktı ve kanunun çoğu kaideleri memleketimizde de pürüzsüz yürüdü ve yürüyecek; fakat çok mühim bir noktada tarihçilik haklı çıkmış görünüyor ve kanun topallıyor: o nokta aile hukuku noktasıdır. »

Bugün Medenî kanunumuzun bazı hükümlerinin ailedeki eski gelenkle mücadele halinde olduğunu belirten konferansçı demiştir ki: « aile hukukunu olduğu gibi bırakmak ve ailede eski geleneğin devam etmesinin biriktirdiği mahzurları her beş veya on yılda çıkarılacak kanunlara izaleye çalışmak, bir sancıya teşhis koyup onu tedavi veya ameliyatla kökünden yokedecek yerde, ıstırabını duymamak için morfin almağa benzer. »

Medenî kanun tâdil edilmeli midir?

Konferansçı bundan sonra kanuna dokunmamak taraftarı olanlara cevap vererek « medenî kanuna hiç bir suretle dokunmamak demek, dün bir kalıptan kurtulduk, bugün diğer kalıpta kalalım demektir. Halbuki hukuk kalıp değildir. İşte bu realite medenî kanunu hiç bir suretle tâdil etmemek fikrinde olanlara hak-vermiyor » demiştir Adliye vekâletinin, yurdun şehir kasaba ve köylerinde evlenme ve boşanma durumu hakkında yaptırdığı incelemelerden meydana gelen raporu öven konferansçı, köylünün henüz medenî evlenme ve tek karılık prensibini tam olarak benimsemediği, ve bu itibarla bazı sakat geleneklerin hâlâ devam ettiğini bu rapora dayanarak hatırlatmış ve medenî kanunun evlenmeye mütedair hükümlerin yani nişanlanma, evlenme ehliyeti, evlenme mânileri, evlenmenin ilânı, evlenme akti, evlenmenin butlanı meselelerini gözden geçirdikten sonra aile alanındaki sakat gelenek ile mücadele meselesine geçmiş, bu husustaki cezaî müeyyideleri izah etmiş, idarî ve içtimaf mücadelede idare memurlarına, halkevlerin köy enstitülerine ve köy öğretmenlerine büyük ödevler düşüğünü hatırlatmıştır. Konferansçı evlenme işlerinin nüfus memurlarına devredilmesine ve köyler için bu nüfus memurluklarına bağlı köy memurları yetiştirilmesine taraftardır. Onun fikrine göre bu köy memurları köylerde yalnız evlenme işlerine değil, nüfus işlerine, köy kâtipliği işlerine de bakmalıdır.

Boşanma meselesi [*]

Nihayet boşanma meselesine geçen konferansçı, bugün görülen boşanma buhranının Medenî kanundan ileri gelmediğini, şayet eski hukuk devam etseydi ondaki boşanma kolaylığı dolayısıyla bugün bu buhrana daha geniş ölçüde rastlıyacak olduğumuzu söylemiş, bugünkü boşanma sebepleriyle boşanma usulü muhakemesine ve teklif edilen boşanma sebepleriyle boşanma usulü muhakemesine temas ettikten sonra boşanma davasında hâkimin durumu üzerinde bilhassa durmuş ve hâkimlerimizin kanunları daima içtimâî menfaat çerçevesinden tatbik etmeleri lüzumunu hatırlatarak bu hususta bazı muhakemelerimizin çok çok geniş ve bazı muhakemelerimizinse çok sıkı kareket ettiklerine işaret etmiş ve netice olarak demiştir ki:

« Boşanma buhranının kökleri cemiyetin çok derinlerinden su almaktadır. Mesele hukukî olmaktan çok daha fazla içtimâîdir. Hangi hukuk kaidesi veya içtihadı konursa konulsun ahlâkî, iktisadî ve ailevî nizamın düzeltilmesi uğrunda mücadele edilmedikçe derdin tesirli çaresini bulmaya imkân yoktur. Boşanmanın önüne kanunî kaide ve içtihatlarla geçilmez. » Konferansçı bu hususta devamlı mücadele lüzumunu belirttikten sonra sözlerini şöyle bitirmiştir:

« Bu memlekette asırlar süren bozukluk ve bozgunculuğa ve Türkten başka her soyun bu öz Türk yurdunda uzun zamanlar üstün ve hatta mukaddes tutulmuş olmasına rağmen, Türkün hakikî karakteri bozulmamış, pırlanta kadar saf ve temiz kalmıştır. Şimdi Cümhuriyet devrinde her meslekten Türk aydınına düşen iş, bu pırlantayı işlemekten ve onu hakiki değerine ulaştırmaktan başka bir şey değildir. Ve bu yapılacaktır. »

B. Hıfzı Veldet, sürekli alkışlar içinde kürsüden inmiş ve Türk Hukuk Kurumu Başkanı B. Refik İnce, sırasıyla ve onar dakika devam etmek kaydıyla evvelce münakaşaya iştirak edeceklerini bildiren şu zatlara soyadı alfabe sırasıyla söz vermiştir :

Dr. Ank (Fikret), Adliye Vekâletinde hâkim.
Arsebük (Ahmet Esat), Ord. Prof. Ankara Hukuk Fakültesi Dekanı.
Berki (Ali Himmet), Temyiz İkinci Hukuk Dairesi Reisi.
Ergün (Emin Halim), Ayukat.
Gür (Refik), Avukat
Koza (Rağıp), stajyer hâkim.
Kazancı (Yusuf), Ankara Hukuk Fakültesi asistanlarından.
Tuncer (Sitki), Hukuk mezunu.
Turan (Kemal), Isparta mebusu.

Bu zatlardan onar dakika süren mütalealarından sonra Prf. B. Hıfzı Veldet tekrar kürsüye gelerek söylenenler hakkında cevaplarını vermiş ve gene alkışlar içinde kürsüden ayrılmıştır.



[*] Kıymetli hukukçumuz Müfit ERKUYUMCU nun Dergimizin Temmuz 1942 tarihli 24 - 25 numaralı noshasında (Boşanmalar neden artıyor ?) başlıklı yazısını okuyunuz.

Temyiz Kararları

Toplayan : Müfit ERKUYUMCU
İzmir asliye 1 inci H. Hâkimi

— 1 —

DAİRESİ : Temyiz mahkemesi 1 inci hukuk dairesi
TARİHİ : 11 / 9 / 942
NUMARASI : 4187 / 2042

(Şuf'a hakkı tescil ile doğan haklardan olduğundan satışa tescilden evvel vukubulan ittilain kanunen kıymeti yoktur.)

DAVA :

Davacı Muharrem Girgin şayi hissedar bulunduğu gayri menkulu müddeaaaleyh Bekir Sıtkı'nın kendisini haberdar etmeden satın almış olduğundan bahsile bilmuhakeme kanunî şuf'a hakkının tanınmasına ve bedeli mukabilinde gayri menkulün namına tesciline ve tapu kaydının tashihine karar verilmesini istemiş ve müddeaaaleyh davanın kanunî müddeti olan bir ay içinde açılmadığını ileri sürerek reddini talep etmiştir.

HÜKÜM :

Davacının satışa daha evvel muttali olduğu dinlenen şahitlerin şahadeti ile tahakkuk etmiş olduğundan davayı kaimenin bu noktadan reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN :

Davacı Muharrem Girgin

TEMYİZ KARARI :

Şuf'a hakkı tescil ile sâbit olacağına ve tescilden evvel meşfuunbih hissenin satılacağından davacının haberdar olması veya daha evvelki harici satışa muttali olması davaya mani olamayacağına göre bu cihet nazara alınarak tescil tarihinden sonra tescile davacının muttali olup olmadığı ittilai tarihi tahkik ve tesbit edilmek icap ederken bundan zühul ile ikisi tescilden evvele ait olan beyanda bulunan birisi de tarih zikretmeyerek mektup yazıldığına dair ifadede bulunan ve tescilden sonra ittilai isbat eder mahiyette olmayan şahitlerin şahadetine binaen yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmesi kanuna muhalif ve temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden temyiz edilen hükmün H. U. M. K. nun 428 inci maddesi gereğince bu noktadan (BOZULMASINA) oybirliğiyle karar verildi.

(2)

MAHKEMESİ : Temyiz mahkemesi 1 inci Hukuk Dairesi
TARİHİ : 7 / 1 / 1943
NUMARASI : 1349 / 56

Ölünceye kadar bakma akdinin fesih sebebi sabit olunca Hâkim akdin feshi yerine borçlar kanununun 517 nci maddesi mucibince resen alacaklıya kaydı hayat şartı ile irat tahsisine karar verebilir.)

DAVA :

Ölünceye kadar bakmak şartı ile müddeaaaleyhe Mutasarrıf olduğu evi hibe eden müvekkiline müddeaaaleyhin bakmamış ve görüp gözetmemiş olduğunu ileri süren davacı vekili akdın feshine ve tapu kaydının müvekkili namına tashihine karar verilmesini istemiş ve müddeaaaleyh vekili de müvekkilinin davacıya bakmak hakkındaki taahhüdüne tamamen riayet ettiğini def'an beyanla davanın reddini talep etmiştir.

HÜKÜM :

Müddeaaaleyhin davacıya bakmak hususundaki taahhüdüne riayet etmediği dinlenen şahitlerin ifadeleri ve mübraz tabip raporları ile tahakkuk etmiş olduğundan borçlar Kanununun 517 nci maddesinin

son fıkrasına tevfikân davacı için ölünceye kadar devam etmek üzere mahiye otuz lira irat tahsisine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN:

Müddeaaleyh vekili Avukat Rauf Onursal.

TEMYİZ KARARI:

Mahkeme zabıtnamesi ile diğer dava evrakı münderacatına ve temyiz edilen hükmün istinad ettiği maddi ve kanunî delillere göre temyiz dilekçesinde ileri sürülen itirazlar yerinde olmadığından reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün (TASDİKİNE) oybirliğiyle karar verildi.

(3)

MAHKEMESİ : Temyiz mahkemesi 1 inci hukuk dairesi.

TARİHİ : 10 / 12 / 1942

NUMARASI : 1986 / 2755

(Mahkemece resen isbatına lüzum görülen hususat hakkında liste harici şahit istimaina mesağ vardır.)

D A V A :

Davacı Necati Toksöz mahkemeye vermiş olduğu dava arzahalinde babasının ismi İbrahim olduğu halde 25 / 7 / 940 tarihli tapu senedi ile mutasarrıf olduğu hane kaydına her nasılsa Hasan olarak yazılmış olduğundan bahsile bilmuhakeme babasının isim kaydının (İbrahim) olarak tashihine karar verilmesini istemiş ve müdeaaaleyh hazine vekili de davacının iddiasını isbat etmesi icap ettiğini def'an beyan etmiştir.

HÜKÜM:

Davacının babasının isminin yanlışlıkla tapu kaydına Hasan olarak yazıldığı dinlenen şahitlerin ifadeleri, nüfus kaydı ile tahakkuk ettiğinden tapu sicilindeki babasına ait isim kaydının (İbrahim) olarak tashihine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN:

Hazine vekili Avukat Necmettin Kilimcioğlu.

TEMYİZ KARARI:

Davacının listesini verdiği şahitler babasının ismi hakkında olup mahkemece tapuda kayıtlı evin davacıya ait olduğu ayrıca isbata muhtaç görülmesi üzerine tetkiki lâzımgelen bu ikinci cihet hakkında yeniden ismini verdiği şahitler dinlenmiş ve tahkik edilen cihetlerin ve şahadetin mevzuu itibari ile bunda beis görülmemiş olmasına ve temyiz edilen hükmün muhakemece hasıl edilen kanaate istinad ettirilmiş bulunmasına ve Hüseyin oğlu Necati isminde bir şahıs zuhur ederse temyiz edilen ilâmın öyle bir kimseye tesiri olmayıp bu cihetten dolayı davada dahil olmıyan şahısların hakkı mahfuz bulunmasına göre bozma talebi varit görülmediğinden reddi ile usul ve kanuna uygun olan mezkûr hükmün (TASDİKİNE) oybirliğiyle karar verildi

(4)

MAHKEMESİ : Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesi.

TARİHİ : 28 / 12 / 942

NUMARASI : 4570 / 3251

(Tahsili emvâl kanununun 10 uncu maddesi akar vergilerinden doğan belediye alacakları hakkında kabili tatbik olup bu maddenin şerefiye alacaklarına şumulü yoktur.)

D A V A :

Davacı vekili müvekkilinin Mustafa'dan isticar ettiği deponun kirasını peşinen mal sahibine tediye ederek kiradan borcu olmadığı halde müdeaaaleyh belediyenin mal sahibine kaldırım borcundan (491) lira (70) kuruş alacağı için kira bedeline haciz koydurmuş olduğundan bahsile bilmuhakeme yolsuz olarak konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesini istemiş ve müdeaaaleyh belediye vekili de tahsili emvâl kanununun 10 ncu maddesine istinad ederek davanın reddini talep etmiştir.

HÜKÜM:

Kira üzerine haczin 21 / 6 / 939 tarihinde konulduğu ve kiranın bu tarihten evvel 8 / 2 / 939 tarihinde verildiği kontrat ziriindeki meşruhattan anlaşılmış ve noterden musaddak mübrez ibraname de bunu

müeyyit bulunmuş ve müddealehy belediye kiranın verildiği hakkındaki şerhin muvazaalı olduğuna mütedair iddiasını mahkemeye gelerek takip ve isbat etmemiş ve kiracının haciz esnasında itirazda bulunduğu belediyeden gelen cevapla tahakkuk etmiş olduğundan belediyece kira üzer ne yolsuz olarak konulan haczin kaldırılmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN:

Belediye vekili avukat Nazif Çağatay.

TEMYİZ KARARI:

Tediye şartlarına uymıyan tediyelehin mesmu olmayacağından bahis olan tahsili emval K. nun 10 ncu maddesi akar vergilerinden doğan belediye alacaklarına münhasır olup bu maddenin belediyenin şerefiye alacağına şumülü bulunmamış ve muvazaa iddiası da isbat edilmemiş olduğuna binaen itirazlar varit olmadığından reddi ile mümeyyizünbiñ hükmün (TASDİKİNE) ittifakla karar verildi.

(5)

MAHKEMESİ:

Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesi.

Tarihi: 23/11/ 942

Numarası: 3833/2842

(Millî korunma kanununun muaddel 30 uncu maddesi borçlar K. nun 260 ıncı maddesi hükmünü takyit ve ilga etmemiş olduğundan bedeli icarın verilmemesinden mütevellit feshi akit davalarının istima edilebilmesi için müstecire ihtarname keşidesi lâzımdır)

D A V A:

15/6/ 941 tarihli kira mukavelesi ile bedeli icar her ay peşinen verilmek üzere müddealehyin müvekkilinden kiraladığı apartıman dairesinin kiralalarını muntazaman vermemiş olduğunu ileri süren davacı vekili mukavele hükümlerine müddealehyin riayet etmemesi hasebi ile akdin feshine ve mecurun tahliyesine karar verilmesini istemiş ve müddealehy vekili de müvekkiline borçlar K. nun 260 ıncı maddesi mucibince davacının ihtarname keşide etmediğini def'an beyan etmiştir.

H Ü K Ü M:

Müddealehyin mukavelenin temdidini ihbar etmemesi hasebile tarafeyin arasındaki kira akdi millî korunma K. nun 30 uncu maddesi mucibince gayri muayyen bir zaman için teceddüt etmiş ve yenilenen akdin feshi için borçlar K. nun 260 ıncı maddesi mucibince müddeinin müddealehye usulen ihtarname tebliğ etmediği davacının ikrarı ile tahakkuk eylemiş olmasına göre davanın bu noktadan reddine ve davacının usulü dairesinde müddealehye ihtarname keşide ve tebliğ ettikten sonra ayrıca dava açmakta muhtariyetine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN:

Davacı vekili Avukat Ekrem Oran.

TEMYİZ KARARI:

Borçlar k. nun 260 ıncı maddesi mucibince müstecir muacceliyet kesbeden kiralari tediye etmemiş ise mucir bir mehil tayin ederek birikmiş olan kiranın bu müddet içinde verilmediği takdirde akdin feshedileceğini müstecire ihtar etmesi icabeder. Bu maddede icar müddetinin hitamından evvel muacceliyet kesbeden kiralardan bahsedilmesi tabiidir. Çünkü icar müddetinin hitamından sonra akit kendiliğinden nihayet bulmuş olacağından akdin fesh edileceğini ihtara lüzum yoktur. Ancak millî korunma k. nun muaddel 30 uncu maddesi mucibince kira müddeti uzatılmış olduğundan mücerret mukavelede tayin olunan müddetin bitmesi ile akit nihayet bulmuş olmaz. Zikrolunan 30 ncu madde borçlar k. nun 260 ıncı maddesi hükümlerini kayıt ve ilga etmiş olmayıp müstecirler lehine olarak kira müddetini temdit etmiştir. Binaenaleyh gerek mukavelede tayin olunan müddetin hitamından evvel ve gerek hitamından sonra muacceliyet kesbeden kiralari müstecir ödememiş ise mucirin bir mehil tayin ederek birikmiş olan kiranın bu müddet içinde verilmediği surette akdin fesh edileceğini müstecire ihtar etmesi lâzımgelir. Aksitakdirde davanın reddedilmesi icap edeceğine ve mahkemece de bu sebepten davanın reddine karar verilmesine binaen itirazlar varit olmadığından reddi ile hükmüm (TASDİKİNE) ittifakla karar verildi.

(6)

MAHKEMESİ : Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesi.

TARİHİ : 23 / 11 / 542

NUMARASI : 2148 / 2860

(Mütcaahhit şirket namı hesabına inşaat ve ameliyat yapmağı taahhüt eden taşronların ika ettikleri zarardan şirket malen mes'uldür.)

D A V A :

Müvekkillerinin şayan ve müşterek mutasarrıf oldukları otuz dönümlük tarlanın turistik yol yapılmak üzere muhasebei hususiyece istimlakine teşebbüs edilmişse de muamele tekemmül etmeden yolun mütaahhidi olan müdeaaaleyh şirket tarafından gayri menkulun ortasına taş yığılmak, etrafındaki hendekleri tahrib edilerek bataklıklar vücda getirilmek sureti ile müvekkillerinin tütün ekmelerine mâni olduğunu ileri süren davacılar vekili Mehmet Emin Değermen (2500) lira zararın müdeaaaleyh şirketten tahsiline karar verilmesini istemiş ve müdeaaaleyh vekili de ameliyatı taşronların yapmış olması dolayısı ile müvekkili şirkete husumet teveccüh etmeyeceğini gayri menkullerin muhasebei hususiyece istimlak edildiğini davacıların bedeli istimlake itiraz ettiklerini istenilen zarar miktarının fahiş olduğunu def'an beyan etmiştir.

H Ü K Ü M :

Davacılar tarafından ötedenberi tütün tarlası olarak kullanılan müddeabih gayri menkulü müdeaaaleyh şirketin ve istihdam ettiği taşronların tahrip ederek tütün ekilmiyecek bir hale getirdikleri ve davacıların bu yüzden tarlaya tütün ekemiyerek cem'an (1590) lira zarara uğradıkları ve istimlak muamelesinin henüz tekemmül etmediği tahakkuk ettiğinden şirket vekilinin bilcümle def'ilerinin reddi ile davacıların tütün ekememekten mütevellit zararları bulunan 1590 liranın borçlar k. nun 55 inci maddesine tevfi kan zarara sebebiyet veren müdeaaaleyh şirketten tahsiline sabit olmyan fazla iddianın reddine karar verilmiştir.

T E M Y İ Z E D E N :

Turistik yollar müteahhidi Reji jeneral şirketi vekili avukat Nazif Çağatay.

T E M Y İ Z K A R A R I :

Müdeaaaleyh şirket ile taşronlar arasında akd olunup bu kerre mahallinden getirilerek tetkik olunan mukavelename münderecatına göre taşronların ameliyatı kendi namı hesaplarına taahhüt etmiş olmayıp şirket namı hesabına vücda getirmeyi taahhüt etmiş olmakla taahhüd vaki istihdam mahiyetinde olup şirket istihdam ettiği taşronların ika ettiği zarardan mes'ul bulunmuş olduğu gibi istimlak muamelesi bitmeden istimlak olunan tarlalara taş konulmuş ve hendekleri tahrip edilmiş ve bataklık vücda getirilmiş olmasından dolayı tütün ekme kabil olmadığından bu yüzden davacıların duçar oldukları zarar ziyanının tazmini talep ve iddia edilmesine mebni hadisede yol geçirmek üzere istimlakı yapan hususi muhasebe mes'ul olmayıp yolun inşasını taahhüt eden şirketin mes'ul olmasına ve zararın vukubulduğu seneye tekaddüm eden senelerde tütün ekdikleri ve tütün zerriyatı ile meşgul oldukları tebeyyün eden davacıların bu yüzden kendilerine terettüp eden zarar ziyanın talep ve davaya hakları bulunmasına ve takdir olunan zarar ziyandan masrafları çıkarılmış olduğu ehli vukuf raporundan anlaşılmasına ve istimlak bedelinin arttırılmasını talep etmek zarar ziyan hakkında ferağat sayılamıyacağına ve tesbiti delâil raporu münderecatına nazaran itirazlar varit olmadığından reddi ile esbabı mucibeye müstenit ve usul ve kanuna muvafık olan hükmün (T A S D İ K İ N E) ittifakla karar verildi.

N O T :

Karar:

1 — İstihdam eden şirketin müstahdemi bulunan taşronların ika ettikleri zarardan borçlar k. nun 55 inci maddesi mucibince mes'ul olduğunu,

2 — İstimlak muamelesi tekemmül etmeden yol yapılmak üzere istimlakine teşebbüs edilen gayri menkullerde sahiplerinin mülkiyet haklarının devam ettiğini ve alâkadar dairece bedel verilmeden gayri menkullere vaziyet edilmeyeceğini,

3 — Hâdisede gayri menkulü istimlak eden daireye değil zararı ika eden şirkete husumet teveccüh edeceğini,

4 — Zararın vukubulduğu seneye tekaddüm eden yıllarda tarlaya tütün eken ve tütüncülükle işgal eyliyen şahısların gayri menkulün ecrimislini veya hakikî zararları olan tütün dikememekten mütevellit zararı talep ve dava etmekte muhtar bulunduklarını,

5 — İstimlâk bedeli alâkadarlara verilmedikçe gayri menkul için takdir olunan bedeli istimlâke itiraz edilmesinin zarar ziyan davası ikamesine mani olmayacağı tebarüz ettirilmektedir.

(7)

MAHKEMESİ : Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesi.
TARİHİ : 29 / 12 / 942
NUMARASI : 3778 / 32687

(Kısmi istimlâklerde ehli-vukufun kıymet takdir ederken 3/10 numaralı belediye istimlâk k. nun 9 uncu maddesi hükümlerinin nazara alınması lâzımdır.)

D A V A :

Müvekkilinin tahtı tasarrufunda iken yanan Evliyazade otelinin bulunduğu 581 metre murabbai arsasından yola teşadüf eden 58 metre murabbai mahallin müddeaaaleyh belediyece beher metre murabbai (90) lira bedel mukabilinde istimlâkine karar verilmiş isde mezkûr bedelin pek az olduğunu ileri süren davacı vekili gayri menkul için takdir olunan bedeli istimlâkin beher metre murabbai için (400) liraya iblâğına karar verilmesini istemiştir.

H Ü K Ü M :

Davacıya ait gayri menkul için verilmesi icapeden bedeli istimlâkin 18850 liradan ibaret olduğu ehli-vukuf raporu ile tahakkuk etmiş ve belediye vekilinin hadisede belediye istimlâk k. nun 9 ncu maddesi mucibince bedeli istimlâkin takdiri icap edeceğine mütedair olan def'i mezkûr maddenin belediyece teşkil olunacak komisyonlarca nazara alınması icap etmesi hasebile gayri varit görülmüş olduğundan reddi ile bedelin cem'an (18850) liraya iblâğına ve fazla iddianın reddine karar verilmiştir.

T E M Y İ Z E D E N :

Belediye vekili Avukat Nazif Çağatay.

T E M Y İ Z K A R A R I :

Ehli-vukufun tarafların ittifakı ile ve ittifak edemezlerse mahkemece

resen intihap edilmeleri lâzımgelirken gerek ehli-vukufun gerek bunlardan vefat edenin yerine diğerinin intihabında bu lüzuma riayet olunmaması ve davacıya ait arsanın bir kısmı istimlâk edilmiş kısmı istimlâklerde 3710 sayılı kanunun 9 ncu maddesi hükümleri dairesinde kıymet takdiri muktazi bulunmuş iken hilâfına mütalâa beyan edilerek bu hususa ait itirazın reddine karar verilmesi yolsuz olmakla hükmün bu sebeplerden (BOZULMASINA) ittifakla karar verildi.

N O T :

Temyiz kararında bahsi geçen 3710 numaralı belediye istimlâk k. nun 9 ncu maddesinde aynen (kısmi istimlâklerde evvelâ gayri menkulün tamamının hâli hazır kıymeti takdir olunur. Bundan başka sahibi uhdesine kalacak olan parçanın istimlâkten sonraki değişiklik dolayısı ile taayyün eden kıymeti de ayrıca takdir edilir. Bu kıymetin yarısı tamam kıymetten tenzil edildikten sonra geri kalacak miktar istimlâk edilecek yerin değer bahası sayılır. Geri kalan kısmın müstakbel kıymeti hali hazır kıymetinden aşağı olduğu takdirde aradaki fark da istimlâk bedeline ilâve olunur) denilmektedir.

(8)

MAHKEMESİ : Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesi.
TARİHİ : 12 / 11 / 942
NUMARASI : 2886 / 2729

(Hasmın muvafakatı olmadıkça def'in tevsiine mesağ yoktur. Menkuz hükmü temyiz etmiyen taraf lehine nakızdan sonra müddeabih tezyid edilemez)

D A V A :

Davacılar vekili müvekkillerinin irsen ve şayian mutasarrıf oldukları Seydiköy nahiyesi dahilindeki Sarnıçlı çiftliği arazisinden 920 dönümlük mahalli müddeaaaleyh Mevkii Müstahkem komutanlığının fuzulen işgal etmiş olması dolayısı ile aleyhine müvekkilleri tarafından ikame edilen men'i müdahale davasının yapılan muhakemesi sonunuda müddeaaalehyin müdahalesinin men'ine karar verilerek hükmün iktisabı kat'iyet etmiş olduğundan bahsile bilmuhakeme mezkur gayri menkulün 927senesinden

itibaran ecrimislinin takdiri ile müddeaaaleyhten tahsiline karar verilmesini istemiştir.

H Ü K Ü M :

Nakza uyularak yapılan muhakeme sonunda : gayri menkulün ecrimislinin tutarı olan (10457) buçuk liranın müddeaaaleyhten alınarak hisseleri nisbetinde davacılara verilmesine karar verilmiştir.

T E M Y İ Z E D E N :

Hazinei maliyeye izafette vekili Avukat Cemil Erkli.

T E M Y İ Z K A R A R I :

Davacıların isim ve hüviyetleri ilâmda gösterilmiş ve Hatice isminde birinin davacılar arasına ilâve edildiği anlaşılmamış olduğu gibi ecri misli talep olunan gayri menkulün davacılar namına henüz intikal muamelesinin yapılmaması davanın istimaına mâni bulunmamış ve hükmedilen ecrimislin icra dairesince hisselerine göre davacılara tevzii tabii bulunmuş ve nakızdan sonra dermeyan edilen müruru zaman def'inin tetkikine müddeiler vekili muvafakat etmemiş olmasına ve keşif varakası münderecatına ve keşfin usulüne muvafık surette ve lâzım gelen izahatın ehlivukuftan alınmak sureti ile yapıldığı anlaşılmamasına binaen hazine vekilinin bu hususlara ait temyiz itirazları varit olmadığı gibi nakız ile kesbikat'iyet eden miktardan fazlaya hüküm verilmiyeceğine mebni müddeilerin bu hususa ait itirazları da varit olmadığından reddi ile esas hükmün (TASDİKİNE) ittifakla karar verildi.

N O T :

4 üncü Hukuk dairesinin bu kararı :

1 — İrsen tesahüp edilen gayri menkuller hakkında varislerin dava açabilmeleri için gayri menkulün intikalen namlarına tescil ettirilmesine lüzum olmadığını,

2 — Nakızdan evvel dermeyan edilmeyerek bozma kararından sonra ileri sürülen müruru zaman itirazının hasmın muvafakatı olmadıkça tetkik olunamayacağını,

3 — Mezkûr hükmü temyiz etmeyen tarafın nakızdan sonra birinci kararda lehine hükmolunan miktardan fazla mütalebede bulunamayacağını,

4 — Müsterekén dava geçen davacıların her birinin hissesine düşen miktardın kararda tasrihine zaruret olmayıp bunun icra dairesince yapılabileceğini, tabarüz ettirmesi dolaysi ile şayanı dikkattir.

(9)

MAHKEMESİ : Temyiz mahkemesi 4 ncü hukuk dairesi.

TARİHİ : 28 / 11 / 942

NUMARASI : 3622 / 2919

(Ticaret şirketleri aleyhine açılan haksız fiilden mütevellit tazminat davalarının rüyeti hukuk makemelerine aittir)

D A V A :

Tütün eksperisi olarak senelerdenberi müstahdem balunduğu müddeaaaleyh şirkete ait bir vazifenin icrası esnasında dört metre yüksekliğinde olan köprüden geçerken şoförün dikkatsizliği yüzünden düşen otomobilin içinde bulunan müvekkilinin sol kulağının tamamen ve sağ kulağının kısmen işitme hassasını kaybetmiş olduğuna ileri süren davacı vekili (3500) lira maddi ve (26500) lira da manevi zarar olmak üzere cem'an (30000) liranın müddeaaaleyh şirketten tahsiline karar verilmesini istemiş ve müddeaaaleyh vekili de davanın rüyetinin ticaret mahkemesine ait olduğunu def'an beyan etmiştir.

H Ü K Ü M :

Müddeaaaleyh Geri Tobako tütün şirketinin kastı ticaretle istihdam eylediği davacının şirket hesabına çalışmak üzere gittiği yolda maruz kaldığı kaza neticesinde doğan malûliyetten naşi tazminat talep ettiği anlaşılmış ve davanın rüyeti mahkemenin vazifesi haricinde görülmüş olduğundan dava arzuhalinin vazife noktasından reddi ile dosyanın ticaret mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

T E M Y İ Z E D E N :

Davacı Şakir Terüm.

T E M Y İ Z K A R A R I :

Dava ticarî akit ve muamelelerden neş'et etmeyip müddeaaaleyh şirketin istihdam ettiği şoförün dikkatsizliği yüzünden bir köprüden

sukut eden otomobil kazasında kulakları malûl olarak zarar görmüş olan eksper Şakir'in maddî ve manevî zararının tazmini talebinden ibaret ve haksız fiil ve muamelelerden mütevellit bulunduğu göre rüyeti Hukuk mahkemesine ait bulunmuş iken hilâfına mütalâa beyanıyla vazife noktasından reddedilmesi yolsuz olmakla hükmün (BOZULMASINA) ekseyetle karar verildi.

(10)

MAHKEMESİ : Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesi.
TARİHİ : 13 / 2 / 1943
NUMARASI : 1356 / 526

(Emlâk Eytam bankası tarafından satılarak bilistihkak müşteriden zaptolunan gayri menkul bedelinin iadesi hakkında banka aleyhine açılan davaların rüyeti Ticaret mahkemesine aittir.)

DAVA :

Müddeaaleyh banka tarafından müvekkiline bilmüzayede satılan haneye istihkak iddiasında bulunan Fatma müvekkili aleyhine dava açarak müvekkiline yapılan satışın ve tescilin iptali hakkında hüküm istihsal etmiş olduğundan bahsile davacı vekilini (492) lira bedeli mebi ile (35) lira ferağ harcının müddeaaleyh bankadan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

HÜKÜM :

Müddeaaleyh banka tarafından davacıya satılan gayri menkulün hükmen davacıdan istirdat edildiği tahakkuk ettiğinden medeli mebi olarak verilen (492) liranın müddeaaleyh bankadan tahsiline ve mukabil ecrimisil davasının ve fazla iddianın reddine karar verilmiştir.)

TEMYİZ EDEN :

Emlâk Eytam bankası vekili Murat Çınar.

TEMYİZ KARARI :

Olaptaki tevhide içtihat kararı mucibince umumî ve hususî bankacılık ticarî muamelelerden madut ve binaenaleyh Emlâk Eytam ban-

kası tarafından satılarak bilistihkak zaptedilmiş olan gayri menkulün bedelinden dolayı banka ile alıcı arasında tahaddüs eden davanın rüyeti Hukuk mahkemesinin vazifesinden hariç bulunmuş iken davanın kabulü ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz olmakla hükmün vazife noktasından (BOZULMASINA) ittifakla karar verildi.

(11)

DAİRESİ : Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesi
TARİHİ : 5 / 11 / 942
NUMARASI : 3922 / 2990

(İnşaat yapmak hususundaki taahhüdüne askere alınması dolayısıyla riayet edemiyen şahsın mücbir sebep yüzünden akte riayet edemediğini kabul lâzımgelir.)

DAVA :

Belediyeye ait arsayı bir sene zarfında üzerine bina inşa etmek şartıyla 18/4/939 tarihinde satın alan müvekkilinin iki ay sonra harp başhıyarak Şubat 940 tarihinde askere alınmış olması hasebiyle binayı müddeti içinde inşa edememiş ve belediye encümenince mazereti kabul edilerek inşaat müddeti bir sene daha temdit edilmiş ise de harbin deeam etmesi yüzünden inşaatı müvekkilinin yine yapamamış olduğunu nazara almayan müddeaaleyh belediyenin teminat akçesi olan (664) lira (40) kuruşun belediyeye irat kaydetmiş olduğunu ileri süren davacı vekili meblağı mezkûrun istirdadı ile tekrar teminat olarak belediye veznesinde mahfuz tutulmasına karar verilmesini istemiş ve belediye vekili de davanın rüyetinin mahkemenin vazifesi haricinde olduğunu hâdisede mücbir sebep bulunmadığını def'an beyan etmiştir.

HÜKÜM :

İnşaatın belediye encümeninin kararı ile de kabul olunan fevkalâde harp vaziyeti dolayısıyla yapılamadığı anlaşılmış ve müddeinin 20/5/942 tarihinde askerden istirdat ettiği tahakkuk etmiş olmasına binaen (664) lira (40) kuruşun belediyeden istirdadı ile tekrar teminat olmak üzere belediye veznesinde muhafazasına karar verilmiştir,

TEMYİZ EDEN :

Belediye vekili avukat Nazif Çağatay.

TEMYİZ KARARI :

Davanın Mahiyetine göre rüyeti adliye mahkemesine ait olduğu gibi müddeinin askerde bulunması gibi elinde olmayan bir sebepten dolayı inşaatı yapamadığı anlaşılmış olmakla teminatın irat kaydı caiz olmasına ve esasen belediye dairesi var olan askerliğini mücbir sebep addı ile inşaat müddetini temdit etmiş olmasına binaen itirazlar varit olmadığından reddi ile hükmün (TASDİKİNE) ittifakla karar verildi.

(12)

MAHKEMESİ : Temyiz mahkemesi 4 üncü hukuk dairesi.

TARİHİ : 4 / 2 / 943

NUMARASI : 152 / 295

(Mahsus hilâfına vukubulan şahadetin kabulü gayri caiz ve delillerin tahdiri Hâkime aittir.)

D A V A :

Müvekkilinin murisine iskan dairesince verilen arsaya müvekkilinin hüsnü niyetle bir bina inşa ederek gayri menkulü bu günkü vaziyetine getirmiş ve binanın müddeaaaleyh muhassbei hususiyece hükmen istirdat edilmiş olduğunu ileri süren davacı vekili müvekkilinin sarfiyatının tutarı olan (1300) liranın müddeaaaleyhten tahsiline karar verilmesini istemiş ve müddeaaaleyh vekili de binanın ötedenberi mevcut olduğunu ve hiç tamir edilmemiş bulunduğunu def'an beyan etmiştir.

H Ü K Ü M :

Muhasebei hususiye namına tapu sicilinde ev olarak mukayyet bulunan gayri menkulün ötedenberi hiç tamir görmediği keşfen tahakkuk etmiş ve şahitlerin mahsus hilâfına vukubulan şahadetleri hüküm için temini kanaate kâfi görülmemiş olduğundan bahsile davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN :

Davacı vekili Remzi Duyar.

TEMYİZ KARARI :

Mezkûr arsa üzerine mebni bulunan eski ve harap binanın hiç tamir görmediği keşfen tebeyyün etmiş ve şahitlerin mahsusun hilâfındaki şahadetleri makbul bulunmamış olduğuna binaen itirazların reddi ile hükmün (TATDİKİNE) ittifakla karar verildi.

İÇTİHATLAR :

Mururu zaman iddiası mahkemenin her safhasında dermeyeran edilebilir mi?

Ötedenberi muhtelif içtihatlarla teossüs etmiş kaatlere göre mururu zaman idiası mahkemenin her safhasında dermeyeran edilebilir ve nazara da alınır farz edilirdi.

Fakat son bir Temyiz Ticaret Mahkemesi kararı bilâhara, ve badennakz cari muhakemede serdedilen mururu zaman definî; müdafaas sebeplerinin tavsî mahiyetinde telâkki ederek reddine dair olan İzmir Ticaret Mahkemesinin bu esbabı mucibeye mukarin hükmünü tasdik etmiştir.

Mühterem meslektaşlarımızı alâkadar edeceği kanaatiyle bu meseleye dair hâdiseyi ve Yüksek Temyiz Ticaret Mahkemesinin bu baptaki kararını dergimizde neşretmeyi faydalı buldum.

Hâdisi şudur:

Müvekkilim şirket tarafından müddeaaaleyh, (S) aleyhine iki senet bedelinden mütevellit bir alacak dâvası açılmış ve bu senetlerdeki imzaların biri ikrar ve diğeri de tatbikatla müddeaaalehyin olduğu sabit olmuştur.

Bu sebeple İzmir Ticaret Mahkemesi müddeabihin müddeaaaleyten tahsiline hükmetti. Medari subut senetler emre muharrerdiler, ve bidayetten nihayete kadar hasım vekilleri mururu zaman dermeyeran etmemişlerdi. Müddeaaaleyh bu hükmü temyiz etti, ve murafaai şifahiye istedi. Murafaada hasım vekili bu senetlerde mururu zaman da mevcut olduğundan bahsile bunu da temyiz sebeplerine

ilâve etti. Temyiz Mahkemesi, bu baptaki kararında aynen: (Muhakeme esnasında dermeyeran edilmeyen hususların temyizen tetkikine imkân olmamasına...) demek suretiyle Asliye Mahkemesinde bidayeten ve müdafaaten dermeyeran edilmeyen hususların tetkikine cevaz bulunmadığını tasrih etmiş ve mururu zaman noktasına temas etmiyen diğer bir sebepten hükmü bozmuştur.

Nakızdan sonra İzmir Ticaret Mahkemesinde cari muhakeme celsesinde müddeaaaleyh vekili yine mururu zaman iddiasında bulunmuştur. Tarafımızdan mururu zaman iddiasına karşı verilen cevapta H. U. M. Kanununun 202 nci maddesi sarahatine göre müddeaaaleyh, hasımın muvafakati olmadıkça müdafaas sebeplerini tevsi edemez esasına istinat ederek senelerdenberi cari muhakeme safhalarında serdedilmeyen mururu zaman definî artık ve badennakz dermeyeranına mesâğı kanunî bulunmayacağı tasrih edilmiştir.

İzmir Ticaret Mahkemesi, müdafaas sebeplerini tevsi mahiyetinde gördüğü mururu zaman iddiasını aynı esbabı mucibeyle reddetmiş ve mururu zamana müteallik olmıyan diğer nakız sebeplerini de inceliyerek lehimize hüküm vermiş ve bu hüküm, Yüksek Temyiz Ticaret Mahkemesinin 1/12 1942 tarihli ve 1942/630 esas ve 42/2739 No. lu kararıyle tasdik buyurulmuştur.

Yüksek Temyiz Mahkemesinin bu kararını aynen sayın arkadaşlarımıza arz ediyorum:

(Bozma kararına uyularak icra kılınan muhakemede mururu zaman defi dermeyeran edilmesi üzerine davacı vekili, müdafaas sebeplerinin tevsiî caiz olmayacağından bahsile itiraz eylemiş ve mahkemece bu noktada mururu zaman definin reddi için sebep ittihaz edilmiş olmasına ve senet tarihinden evvel dâva edilenler arasında kollektif şirketinin mevcudiyetini ispat için dâvacının ikame eylemiş olduğu şahitlerin şahadetleri mahkemece kanaat husulüne kâfi görülmesine ve delillerin takdiri Hâkime ait hususattan bulunmasına nazaran yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle bozma kararı dairesinde gereğine ve kanuna uygun olan hükmün tasdikine 1/12/1942 tarihinde ittifakla karar verildi.)

AVUKAT
Mahmut Celâlettin İBER

KAYBETTİKLERİMİZ:**Hüsnü SUDA**

Değerli mesai arkadaşım 1300 senesinde Giritte Hanyada doğmuştur. Şehrin eşrafından ve Sudalı bey ahfadından mülkiye kaymakamı Sadık beyin oğludur. Üç yaşında iken Giritten ayrılan müteveffa, ilk ve orta tahsillerini İstanbulda ikmal ettikten sonra Hukuk mektebine girerek 1324 senesinde Fakülteyi bitirmiştir.

Genç yaşta mesleğe intisap eden Hüsnü Suda, sırasıyla Preveze, Edirne, İskenderun, Konya ve Kulada muhtelif adliye hizmetlerinde bulunmuştur. 1340 senesinde İzmir Birinci Hukuk mahkemesi âzalığına tâyin edilmiş ve üç sene kadar bu vazifede çalıştıktan sonra terfian mezkûr mahkemenin reisliğine geçirilmiştir.

1939 senesinde müçtemi mahkemelerin lâğvı ve münferit Hâkimliklerin ihdası üzerine İzmir Asliye Birinci Hukuk Hâkimliğine tâyin olunan mümaileyh son vazifesini liyakatla ifa etmekte iken hastalanarak duçar olduğu amansız hastalıkla dört ay pençeleastikten sonra 2/2/943 tarihinde hayata gözlerini kapamıştır.

Merhum Devlet hizmetinde bulunduğu otuz dört sene gibi uzun bir müddet zarfında kendisine verilen her vazifeyi muvaffakiyetle başarmış kudretli bir adliyeciyi, namuslu, kibar, vakûr, mütevaziy ve tam mânâsıyla mütekâmil bir insandı.

Dedikodudan hoşlanmaz, fazla konuşmağı sevmez, fakat konuştuğu zamanlar olgun fikirleri, kuvvetli mantığı ve emsalsiz zekâsı ile muhataplarını cezb ve teshir ve karşısındakilere hürmet telkin ederdi. İyilik-

ten hoşlanır, herkesin derdini dikkatle dinler, elinden gelen yardımı kimseden esirgemezdi.

Onun bu sonsuz meziyetleri İzmirde on dokuz sene devam eden uzun memuriyet hayatında kendisini muhitindekilere bihakkın sevdirmiştir. Hâkimlik gibi iki tarafı da memnun etmeğe imkân olmıyan nankör bir mesleğin emektar ve feragatkâr müntesiplerinden olan Hüsnü Suda, kendisini herkese sevdirebilmek saadetine erişen sayılı bahtiyarlardandır.

Bu faziletkâr insanı uzaktan ve yakından tanıyanlar muhakkak ki onu daima rahmetle anacaklardır.

Hüsnü Suda'yı mesleki bakımdan tetkik edersek, vazifesinas, çalışkan ve intizamperver bir adliyeciyi olduğu neticesine varırız. O meslekte bulunduğu otuz dört sene zarfında bir saat intizamı ile mükemmel çalışmış ve kendisine verilen vazifeleri başarı ile yapmıştır.

Onun çalışkanlığını, liyakatını takdir eden mafevkleri bir kaç sene evvel Temyiz Mahkemesi âzalığına şayanı terfi olduğuna karar vererek keyfiyeti kendisine tebliğ etmişlersede ideali olan bu şerefli vazifede bilfiil çalışmasına ömrü vefa etmemiştir.

Hüsnü Suda vazifeyi mukaddes bilen, onu her şeyden üstün tutmağa çalışan bir insandı. Tab'an çok çalışkandı, onun yaşındaki insanlardan beklenmiyen bir enerji ile gençlere nümune olacak derecede yılmadan çalışır ve bundan zevk alırdı. O adeta vazifesine aşıktı, bu aşkı ölmüne kadar devam etmiş ve bu yüzden dünya evinde istirahat yüzü görmemiştir.

Hayatta kendisine nasip olmıyan rahata ukbada kavuşabilirse ne mutlu ona.

Hususi hayatına bir göz atarsak kendisinin evine düşkün, faziletli bir aile reisi ve müşfik bir baba olduğunu kolaylıkla görebiliriz. Merhumun yegâne zevki aile yuvası idi. Daireden çıkınca derhal evine koşar mesai saatları haricinde yalnız evi ve yavrusu ile meşgul olurdu. Boş zamanlarında biricik çocuğunu gezdirir, ona fazilet ve ahlâk dersleri verir, tahsil ve terbiyesine titiz bir ihtimamla dikkat ederdi.

Yaradılışı itibariyle halâk ve nâzik bir zat olan Hüsnü Suda narin vücudundan beklenmiyen ateşli ve enerjik bir karaktere malik ve ileri derecede cesareti medeniyeye sahipti. Çelik gibi metin bir iradesi vardı. Hiç bir şeyden korkmaz, yüksek makamlara fikirlerini serbestçe

söylemekten çekinmez, riya nedir bilmezdi. En müşkül anlarda itidalini kaybetmez, mağrur, dimdik başı asla eğilmezdi.

Haksızlığa kat'iyen tahammül edemiyen asil ve mücadeleci ruhu yaşadığı müddetçe hareketlerine hâkim olmuş ve bu yüzden son zamanlarda asabı bozulmuş, belki de vakitsiz ufulüne isyankâr ruhunun yıpratmış yorgun sinirleri başlıca âmil olmuştur. Bu asil insanı tanıyanlar onun emsalsiz meziyetlerinin hayranıdır.

Ne yazık ki ölüm insafsız, zalim ölüm, nihayet bu olgun faniyi de aramızdan aldı. O şimdi selvi ağaçlarının gölgelediği ıssız aile kabristanında çelenklerle süslenen kabrinde ebedî uykusuna dalmış fakat ölmemiştir.

Çünkü onun aziz hatırası kendisini sevenlerin kalplerinde ebediyen yaşayacaktır.

Bütün hayatınca temiz yaşayan ve tertemiz ölen bu muazzez ölünün önünde tazimle eğilelim.

Müfit ERKUYUMCU



Ali Kemal AĞÜN

Aziz arkadaşımız avukat Ali Kemal Akgün'ün ebediyete intikaliyle İzmir Barosu değerli bir uzvunu kaybetmiş bulunuyor. Müteveffa yirmi senece yakın bir zaman müstemiren İzmirde avukatlık yapmış ve son dünya harbi dolayısıyla vatan hizmetini ifa için Askerî Hâkim olarak mnavkaten işinin başından ayrılmıştı. Ali Kemal Akgün, evvelâ muhtelif Hâkimliklerde bilâhara avukatlık sınıfında olmak üzere mesleğinde gayret ve enerjinin tam bir nümunesi olmuş ve müdafaasını üzerine aldığı bir hak için mücadeleden derin bir zevk duymuştur. Dürüstlüğü, bilgi ve tecrübesi muhitinin ve meslektaşlarının bilhassa takdirini mucip olmuştur.

Mumaileyh 1303 senesinde Tikveşte doğmuştur. İstanbul Fatih merkez ruştiyesinden mezun olmuş ve hususî surette lise derecesinde tahsilini ikmalinden sonra musabaka ile İstanbul Hukuk Fakültesine girmiştir. Fakülteyi 1325 senesinde « Pek Ala » derece ile ikmal ederek sırasıyla Ustorumca, Gülnar Müddeiumumi muavinlikleriyle Mudanya mahkeme riyasetinde, Bandırma 8 inci fırka ahzıasker kalemi müşaviri adliliği, Divanı Temyizi Askerî Müddeiumumilik müşavirliğinde, Gerede ve Akhisar Bidayet Hâkimliklerinde bulunmuş ve 340 senesinde intisap ettiği avukatlıkta ve askere alındığı son tarihe kadar müstemirren çalışmıştır.

İzmir Barosu, ebediyen kaybettiği bu değerli Âzasının güzel hatıralarını daima takdirle anacaktır.

Sahibi: İZMİR BAROSU - Yazı İşleri direktörü: Nuri Sıdkı Erboy, Avukat
Neşir tarihi : 23 / 4 / 1943

Fiatı : 60 Kuruş

Eski nüshalar da aynı fiyatla satılır

Abone şartı :

Türkiye için - seneliği 2 liradır.

Yazı işleri için Neşriyat müdürlüğüne, idarî ve malî

işler için İzmir Barosu reisliğine

müracaat edilmelidir.

Telefon : 3041