

II

MAHKEME İÇTİHATLARI

- A) Uyuşmazlık mahkemesi Kararları; B) İdare Mahkemesi Kararları;
C) Adalet Mahkemesi Kararları; D) İş Hukuku Kararları.

C) ADALET MAHKEMESİ KARARLARI :

*Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihad Büyük Umumi Hey'etinin
18/3/1959 Tarih ve 18 E./21 K. sayılı kararı sureti.*

Temyiz Mahkemesi Dördüncü hukuk dairesi reisliğinin 25/4/1958 günlü yazısıyla Hukuk Umumi Hey'etinin 3/52 E.—51 K. sayılı, 20/11/1957 günlü ilâmı ile Dördüncü Hukuk dairesinin 3/6/1957 günlü ve 3722 karar sayılı ilâmı ve aynı dairenin 6/3/1958 günlü ve 1211 karar sayılı ilâmı arasında *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun* 288 ve sonraki maddeleriyle kabul edilmiş bulunan şahitle isbat yasağına ilişkin hükümlerin hukukî mahiyeti konusunda birbirini tutmazlık bulunduğu bildirilmesi üzerine Temyiz Mahkemesi Birinci Reisliğince durumun içtihadı birleştirme Büyük Umumi Hey'etince incelenmesi istenmiştir. Yukarıda anılan Hukuk Umumi Hey'eti kararında (bu Hey'etin uzun zamandanberi benimsemiş olduğu görüşe uygun olarak) usulün söz konusu hükümlerinin âmme intizamı hükümlerinden bulunmadığı ve fakat hasmın ancak açık muvafakatı halinde şahit dinlenebileceği ve dâvacının şahit dinletmek istemesi üzerine dâvalının bir itirazda bulunmamış olmasının açık bir muvafakat mânasına gelmediği belirtilerek mahkemenin şahit sözlerine dayanan ısrar kararı bozulmuş, Dördüncü Hukuk dairesinin 1957 tarihli kararında şahit dinletme yasağına ilişkin hükümlerin âmme intizamı hükümlerinden bulunmadıkları cihetle hasmın zımnî muvafakatı ile dahi şahit dinlenebileceği esası benimsenmiş olduğu halde Dördüncü dairenin 1938 tarihli kararında usulün 288. ve sonraki maddeleri hükümlerinin âmme intizamı düşüncesiyle kanuna konulmuş olduklarının aynı kanunun 287. maddesinin birinci cümlesi hükümden anlaşılması dolayısıyla hasmın muvafakatı olsa bile şahit dinlenemeyeceği hükmü kabul edilmiştir. Bu hale göre her üç karar arasında açıkca birbirini tutmazlık bulunduğu karar verildikten sonra mesele incelendi, gereği konuşuldu:

I — Usulün 287. maddesinin birinci cümlesinde kanunun isbatının halli bir şekle bağladığı vakıaların başka bir delil ile isbat olunamayacağı esası konulmuş olmakla beraber aynı maddenin ikinci cümlesinde bir delil mukavelesinin yapılmış olduğu hallerde mukaveleye konu olan vakıa-

nın başka bir delil ile isbat olunamayacağı kabul edilmekle delil konusunda tarafların anlaşmalarının muteber bulunduğu esas benimsenmiştir. Delil mukavelesinin caiz olduğu delilin nev'i bakımından kayıdsız, şartsız kabul edildiği cihetle, şahitle isbat edilemeyen bir vakianın belli şahitlerle isbatı için delil mukavelesi yapılması mümkün olacaktır.

Şahitle isbat yasağının müstesnalarını bildiren usulün 293. maddesinin 4. bendinde âdet sebebiyle dahi şahitle isbat yasağının kalkacağı hükmü konulmuştur. Şahitle isbat yasağına ilişkin hükümler, âmme intizamı düşüncesine dayanılarak konuşulmuş olsaydı tarafların mukavelesiyle ve bilhassa âdet ile bu hükümlerin tatbikinin önlenmesi kabul edilmezdi. Bundan başka, usulün 292. maddesi uyarınca yazılı delil başlangıcı bulunması halinde şahit dinlenmesinin kabul edilmesi dahi bu konuda âmme intizamının carî olmamasındandır. Demek ki, kanunun metninden, söz konusu hükümlerin âmme intizamı düşüncesiyle konulmuş olmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

II — Şahitle isbat yasağına ait hükümlerin ilk defa kabul edilmiş olduğu Fransada, bu hükümlerin esas itibariyle yalan şahitliği önleme ve dâvalarda yalan şahitliğe meydan bırakmama ve böylece tarafların menfaatlerini koruma gayesiyle kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Buna ait hükümler, Fransız Medenî Kanunundan hemen hemen olduğu gibi bizim Usul Kanunumuza alınmıştır. Usul Kanunumuzun gerektirici sebeplerinde bu hükümlerin ne maksatla kanuna alınmış olduğu yazılı değildir. Demek ki, şahitle isbat yasağı, bizim kanunumuza da yalan şahitliğe meydan bırakmama gayesiyle diğer deyimle tarafların menfaatlerini korumak üzere konulmuştur. Esasen, hasmının dinletmek istediği şahitlerin kimler olduğunu onun verdiği şahit listesiyle öğrenmiş olan ve böylece gerek şahitlerin, gerekse hasmının seciyeleri itibariyle yalancılığa tenezzül etmiyeceklerini bilen bir kimsenin muvafakatına rağmen şahit dinlenilmemesinde ısrar edilmesi için her hangi bir âmme menfaati düşünülemez. Bu sebeplerle hükümlerin kanuna konuluş gayesi dahi onların âmme intizamı ile ilgili bulunmadıklarını göstermektedir.

III — Fransız Temyiz Mahkemesiyle Belçika ve Romanya Temyiz Mahkemelerinin dahi, hukuk âlimlerinin pek çoğunun görüşünün aksine olarak, şahitle isbat yasağına ait hükümleri tarafların menfaatlerini korumak düşüncesiyle kanuna konulmuş hükümlerden saymaları, varılan bu neticenin doğruluğunu te'yid etmektedir. Nihayet Türk Profesörlerinden İlhan Postacıoğlunun (Prf. Mustafa Reşid Belgesay ile Sabri Şakir Ansay'ın görüşlerinin aksine) doçent iken yazdığı eserinde başka gerektirici sebeblere dayanarak aynı neticeyi benimsemiş olması, bu anlayışın ilim sahasında da kabul edilmekte bulunduğu delilidir (Dr. İlhan

Postacıoğlu, şahadetle isbat memnûiyeti ve hududları, Fakülteler Matbaası — İstanbul — 1952 sah. 14 ilâ 31).

IV — Usulün 287. maddesinin ikinci cümlesi hükmünce delil mukavelesinin isbatı şekle bağlı tutulmuştur. Bu mukavele yazılı olmalıdır yahut da yapılmış olduğu taraflarca mahkemede ikrar edilmiş bulunmalıdır. Bu itibarla hasmının şahit dinletmesi için diğer tarafın muvafakati ancak yazılı mukavele ile veya duruşma sırasındaki ikrar ile isbat edilmelidir; duruşma sırasındaki ikrarın muteberliği ise usulün 151. maddesi hükmünce duruşma zabtının ikrara ait kısmının ikrarda bulunan tarafından mahkeme kâtibince yazılan sözler kendisine okunduktan sonra imza edilmiş olmasına bağlıdır. Bu söylenenlerden anlaşılıyor ki, bir kimsenin hasmının şahit dinletmesine karşı ses çıkarmamış ve hatta bu ciheti temyiz itirazları arasında anmamış ve kendisinin de şahit dinletmesi gereken bir vakıyı şahitle isbat etmiş olması, hasmının şahit dinletmesine muvafakat ettiği mânasına alınmaz. Yukarıki bentlerde açıklandığı üzere şahitle isbat yasağı, tarafların menfaatlerini korumak için kabul edilmiş olduğundan, bu kimsenin hasmının dinletmek istediği şahitlerin kimler olduğunu öğrenmesinden sonra şahit dinlenmesine rıza göstermiş bulunması halinde, yalan şahitlik tehlikesi ve onun menfaatlerinin halele uğraması ihtimali kalmıyacağından dolayı, yazılı delil mukavelesinin yahut böyle bir mukavelelenin yapılmış olduğuna ilişkin ikrarın ancak şahitlerin öğrenilmesinden sonra yapılmış olması esasdır. Yâni rıza belli kimselerin şahit olarak dinlenmelerine ilişkin bulunmalıdır. Esasen delil mukavelesinde hedef tutulan delilin belli olması şartı da bunu gerektirir. Bunun içindir ki, bu kararın netice kısmında (belli şahitler) sözleri kullanılmıştır. Şahitlerin öğrenilmesi de şahit listesinin muvafakatte bulunan tarafa verilmiş veyahud şahit ve adreslerinin (muvafakatte bulunan tarafa tebliğ edilmiş olan) dilekçede yazılmış olmasına bağlıdır.

Netice; Değeri belli miktarı aşan hukukî muamelelerin şahitle isbatı yasağına ilişkin esasların âmme intizamı düşüncesiyle kanuna konulmuş hükümlerden olmadıklarına ve ancak yazılı mukavele ile veya duruşma zabtında usule uygun olarak tevsik edilmiş bulunan ikrar ile sabit olan açık bir muvafakat bulunduğu takdirde sadece belli şahitlerin mahkemece dinlenebileceklerine 18/3/1959 günlü birinci toplantıda ve üçde ikiyi aşan ekseriyetle karar verildi.

Aslı gibidir.

Şahadetle ispat memnuiyetini vaz eden kaidelerin amme intizamından olup olmadığı noktasının halline matuf olan bu tevhide içtihat ka-

rarı mukayeseli hukuk ve doktrine geniş yer vermesi itibarile kayde değer bir mahiyet taşımaktadır. Bu meyanda karar metninde bu baptaki çalışmalarımıza atıfta bulunulmuş olmasını nâçiz mesaimiz için başlıca mükâfat saymaktayız.

Şehadetle ispat memnuiyetinin amme intizamından olup olmadığı hususundaki tereddüt ve münakaşalar bu yasağın vatani olan Fransa'da dahi henüz nihayet bulmuş değildir. Fransız Temyiz Mahkemesinin bu yasağı amme intizamından saymaması hususunda tam mânasile müstakar bir mahiyet almış görüşüne rağmen muhalif noktai nazara, doktrinde zaman zaman rastlamak imkânı vardır. Ahiren R. Legeais'nin (Les règles de preuve en droit civil. Permanence et transformations, Paris 1955) eserinde amme intizamı tezi müdafaa edilmektedir. Bu müellif başlıca hukukî delil (argüman) olarak Le Balle'in vaktile doktora tezinde serdedilmiş şu fikri tekrarlamaktadır: "Şüphesiz tarafların dâva üzerinde bir takım hak ve salâhiyetleri vardır. Dâvayı açıp açmamak, hakeme müracaat edip etmemek onların elindedir. Fakat aralarındaki nizam Devlet'in mümessili olan hâkime arz ederlerse, artık hukukun kendi aralarında Devlet'in anladığı şekilde tatbikine intizar etmelidirler." Doğrusu, bu düşünce başlı başına bir delil mahiyetini haiz olmaktan çok uzaktır. Şüphesiz bir nizam hâkimin tetkikine sunarken dâvacı hâkimin mensup olduğu Devlet'in usul kanunlarına göre bunun haline boyun eğmektedir; ve bu, kendisi için, hiçbir zaman bir sürpriz teşkil etmeyecektir. Fakat bunun böyle olması bilcümle usul hükümlerinin amme intizamı karakterini taşımasını icap etmez. Çünkü, evvelâ bu usul hükümleri hangi kaidelerin amme intizamından sayılmıyacağını bizzat tasrih edebilecekleri gibi bu bapta sükûtu ihtiyarları halinde hükümlerin gaye ve mahiyetine göre, bunların amme intizamından sayılıp sayılmıyacağını araştırmak imkânını bu hükümleri tatbik edeceklerden selb etmiş değildir. Binaenaleyh Le Balle'in pek umumî mahiyette olan bir mülâhazası bu hususî meselenin halli bakımından açıkça kifayetsiz kalmaktadır. Bundan dolayıdır ki, şehadetle ispat memnuiyeti kaidelerinin mahiyetinin tayininde Temyiz Mahkemesi tarafından benimsenmiş olan hususî deliller meselenin haline çok daha elverişlidir.

Bu delillere gelince; evvelâ metinlerden istihraç olunabilecek argümanları sıralayalım:

a) Temyiz Mahkemesi herşeyden önce deliller üzerinde mukavele yapılmasını mümkün kılan H. U. M. K. nun 287 nci maddesine dayanıyor. Şüphesiz bu madde, başlı başına, bu hal tarzının kabulüne götürmezse de, itlakı itibarile bu hususta kıymetli bir mesnet teşkil eder ve diğer delillerle birleşince hususî bir kuvvet kazanır.

b) Eğer şهادetle ispat memnuiyeti, mahkemelerin işlerini kolaylaştırmak gibi bir âmme intizamı mülâhazasına dayansa idi, tahriri beyyine başlangıcının bulunduğu hallerde dahi şهادete yer verilmemek iktiza ederdi. Halbuki, senetle ispat mecburiyetini kabul eden mevzuat, bu mecburiyet yanında, tahriri beyyine başlangıcının bulunduğu hallerde şهادete cevaz vermiştir. Demek ki senetle ispat mecburiyetile mahkemeleri yormamak gibi bir gaye istihdaf edilmemiştir. Bilâkis vazii kanunun göz önünde tuttuğu şهادetin itimada lâyük bir delil olmaması ve tahriri beyyine başlangıcı bulunduğu vakit şهادetin tevlit ettiği mahzur ve tehlikelerin mühim mikyasta bertaraf edilmesidir. Tahriri beyyine başlangıcına yer veren bir sistemde şهادet memnuiyetinin sırf tarafları yalan şهادete karşı korumak düşüncesine müstenit olduğunun kabulü icap eder. Maruf Fransız hukukçusu Capitant tarafından ehemmiyetle ileri sürülen bu delile Temyiz Mahkememiz de lâyük olduğu ehemmiyeti vermiştir.

c) Türk mevzuatı çerçevesinde memnuiyet kaidesinin âmme intizamından* olmadığını ortaya koyan bir delil de H. U. M. K. nun 293/4 mucibince senede bağlanması müteamel olmayan hallerde şهادete yer verilmesidir. Âmme intizamından sayılması gereken bir kaidenin muhalif bir teamülle bertaraf edilemeyeceği aşikâr olduğuna göre, H. U. M. K. nun 293/4 muvacehesinde memnuiyet kaidesine âmme intizamı mahiyetini tanımak artık mümkün bulunmamaktadır.

Metinlerden istihracı mümkün bu deliller meyanında hükümlerin gayesinden ve psikolojik durumlardan çıkarılması icap eden deliller de ayrıca nazara alınmalıdır. Filhakika, şهادetin hakikata aykırı neticeler vermesi ihtimali bir dâvada bu ispat vasıtasına dayanmak isteyen şahsın manevî hüviyetine göre tehalüf eder. Eğer bu kimse gayri meşru vasıtalara baş vuracak bir tıynette ise o zaman bu ihtimal ciddiyet peyda eder ve yalan yere şهادet tehlikesi büyür. Halbuki şهادet deliline istinat etmek isteyen taraf şahitler üzerine tesir icrasına kaklışacak bir karaktere sahip değilse, o zaman böyle bir endişeye mahal yoktur. Fakat bir tarafın ne gibi bir seciyeye sahip olduğunu en iyi tayin edecek mevkide olan kimse bizzat onun hasmıdır. Binaenaleyh o hasmının yalan yere şهادette bulunacak kimseler tedarikine tevessül edecek bir tabiata sahip olmadığına kail ise, hasmını şهادet deliline müracaat hususunda muhtar bırakır; aksi takdirde, bırakmaz. İşte bu mülâhaza iledir ki, yazılı delile ispat mecburiyeti olan bir halde şهادet deliline müracaat hususunda tarafların anlaşması müteber sayılmalıdır.

Tevhidi içtihat kararı da bu psikolojik tahlili benimsemiş bulunmakta, ayrıca bu tahlile yeni bir unsur olarak, şahitlerin hüviyetini de

ilâve etmektedir. Filhakika şahitlerin hüviyeti belli olduktan sonra, şehadetin yalan yere mi yoksa hakikata uygun olarak mı cereyan edeceğini daha isabetli bir tarzda tayin etmek imkânının belireceği meydandadır. Biz kitabımızda bu unsura yer vermemiştik. Temyiz Mahkemesi bunu tahliline ithal etmekle psikolojik bakımdan daha etraflı bir tahlil yapmış olmaktadır.

Fakat, hukukî bakımdan bu unsuru değerlendirmekte isabet olup olmadığı hakkında tereddüt duymak kabildir. Filhakika, yalan yere şehadet tehlikesinin varit olup olmadığı şahit listesi verildikten sonra anlaşılacağı kabul edilecek olursa, o zaman iş mahkemeye intikal etmeden önce muayyen bir münasebeti hukukiyenin şehadetle ispatı hususunda tarafların yazılı olarak yapacağı anlaşmaların hüküm ifade etmediği neticesine varmak lâzım gelecektir. Fakat o zaman bu hal tarzını 287/2 çerçevesinde elde etmek kabil olmayacaktır. Zira 287/2 yazılı olmak şartıyla delil hakkında anlaşma yapılabileceği esasını koymuştur. Bunu, şehadet hakkında, ancak muayyen ve malûm şahitlerin dinlenmesi hakkında mukavele yapılabileceği şeklinde anlamakta ve tatbikte, hukuk tekniği bakımdan, ciddi zorluk vardır. Zira 287 ci maddenin 2 ci fıkrası, eğer, senetle ispatı icap eden bir husus hakkında şehadete yer vermek hususunda mukavele yapılması mevzuunu içine alıyorsa, bu mukavelenin unsurlarını ve yapılacağı zamanı tâyin bakımından tahdidde gitmek imkânı bulunmamak iktiza eder. Demek oluyor ki, 287/2 şehadet istimama muvafakatın ancak şahitlerin hüviyeti belli olduktan sonra muteber olarak verilebileceği hakkındaki hal tarzının kabulüne mani olmalıdır.

Buna rağmen Temyiz Mahkememiz 287/2 den çıkabilecek böyle bir engeli tahlilini yaptığımız tevhide içtihat kararile aşmış gözükmektedir. Bunun için de 287/2 nin istihdaf ettiği mücerret delil nevi olduğu halde bunu müşahhas bir delil şeklinde anlamak yolunu tercih etmiştir. Bu bakımdan 287/2 nci fıkrada yer alan muayyen delil tabirini müşahhas delil olarak tefsir eylemiştir. Netekim tevhide içtihat kararının “esasen delil mukavelesinde hedef tutulan delilin belli olması şartı da bunu gerektirir” demesi şayanı dikkattir. Bize kalırsa 287 ci maddede muayyen delil tabiri ancak mücerret manada istimal edilmiştir. Filhakika, muayyen delil tabiri 287 ci maddenin birinci fıkrasında kullanılmış olup muhakkak surette kelimenin mücerret mânasını istihdaf etmiş bulunmaktadır. Delil hakkındaki mukavelenin muteber olması için bunun hangi nevi delillere taallûku olduğunun tasrihi kâfidir. Mukavelenin sıhatini ancak müşahhas delillerin iraesî şartına tâbi tutmak doğru olmaz. Bu bakımdan, Temyiz Mahkemesinin 287 nci maddeye verdiği mâna

hakkında Yüksek Mahkemenin telâkkisinden ayrılıyor; ve bu maddenin, şهادet istimai hakkındaki muvafakatın muteber olması için ancak şahit listesinin verilmesinden sonra izhar gerektiği şeklinde beliren hal tarzının kabulüne mani olacağına kailiz.

Her ne ise, şahsi noktai nazarı ne yolda olursa olsun, Yüksek Mahkemenin görüşü yukarıda tahlil ettiğimiz şekilde belirlediğine göre şahit ikamesi hakkındaki muvafakatın muteber olması için şahit listesine ittilâ peyda ettikten sonra verilmesi icap eder. Burada 287/2 ci madde gereğince muvafakatın yazılı delil şekline bürünmesi icap ettiğinden tarafın bu baptaki muvafakatının zapta geçirilmesi ve 151 ci madde mucibince de kendisine imzalatılması gerekir. Eğer tarafın bu husustaki muvafakatı şahit listesinin verilmesinden önce istihsal edilmiş ise, tarafın şahit listesinin ibrazı üzerine muvafakatını geri alabileceği Temyiz Mahkemesi sisteminde şüphe götürmez. Fakat taraf, şahit ikamesi hakkındaki yazılı muvafakatına binaen diğer tarafça şahit listesi verildikten sonra muvafakatını geri almak hususundaki hakkını istimal etmeyip şahit dinlenmesine ses çıkarmaz ise, muvafakatının muallal olduğunu ileri sürebilecek midir?

Tevhidi içtihat kararının havası, bu muvafakatın şahit listesinin verilmesinden önce izhar halinde, tamamen hükümsüz sayılmasını gerektirir merkezindedir. Fakat biz bunun aşırı bir netice olacağını düşünmekteyiz. Usul hukukundaki şekil teorisi, medenî hukuktakinden farklı olarak, gaye fikrine sıkı sıkı bağlıdır. Şahit listesine muttali olmadan verilen bir muvafakattan şahit ikamesinden önce rucu edilebilmesi tarafı kâfi derecede koruyan bir hükümdür ve bu hükümdeki maksat bu suretle lâ-yıkı veçhile elde edilmektedir. Esasen usul hükümlerine muhalefetin nakız sebebi sayılabilmesi keyfiyetinin hiç olmazsa bir kısım hallerde, "usulü muhakemenin tağyir ve ihlâl olunduğunu ispat edecek derecede itiraz olunup ta mahkemece tetkik edilmemiş olmasına mütevakıf bulunması" da (H. U. M. K. 428 ci Md. son cümle) bu görüşü takviye eder mahiyettedir. Eğer taraf şahit istimama muvafakatını bildirmemişse, o zaman şهادet yasağının meri olduğu bir mevzuda şahit istimai 428 ci maddenin son fıkrasının başında bildirdiği üzere "mahkemeye ait vezaifte usulü muhakemenin ihlâl olunması" manasını taşır; ve mahkemece resen nazara alınmak lâzımdır. Fakat tarafın yazılı muvafakatı mevcut ise, bunun vaktinden önce yani şahit listesinden evvel izhar edilmiş olması sebebiyle nazara alınmaması gerektiği diğer tarafça şahitlerin dinlenmesinden önce ileri sürülmelidir; ve mahkemece resen nazara alınmamalıdır.

Her ne ise hangi noktai nazar kabul edilirse edilsin, şu cihet ayrıca

sabit oluyor ki, gıyabi devam eden bir usulü muhakemede hazır bulunan dâvacı şehadetle ispatı caiz olmayan bir iddiasını bu delille ispata kalkışacak olursa, diğer tarafın buna muvafakati istihsal edilmemiş olacağından buna mesâğ bulunmamak lâzım gelecektir.

I.E.P.

**

İcareteynli vakıfların mutasarrıflarının Medeni Kanununun 639. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "malik" durumunda addolunamayacakları.
Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihad Büyük Hey'etinin 4/3/1959 Tarih ve 2 E./19 K. sayılı kararının metni

"İcareteynli olarak mutasarrıf uhdesinde tapuda kayıtlı gayri menkul mutasarrıfının 20 sene evvel vefat etmiş olması halinde o gayri menkulün zilyedlikle iktisabedilemeyeceği Temyiz Mahkemesi Hukuk Hey'eti Umumiyesinin 22/10/1958 tarih ve 7/119 E. — 118 K. sayılı ilâmiyle içtihad edilmiş iken 7. Hukuk dairesinde aynı mahiyette iki dâvanın temyizen tetkiki sırasında aksi içtihada varılmış olduğu mezkûr dâre reisliğinden bildirilmiş, keyfiyetin Tevhidi İctihad yoluyla hâl ve te'lifi istenmiş, evrak Birinci Reislik tarafından Temyiz Büyük Tevhidi İctihad Hey'etine tevdi edilmiş olmakla keyfiyet Hey'etimizde görüşülüp konuşuldu:

Neticede;

Dâvalara konu olan gayri menkuller tapuda mutasarrıfları uhdelelerinde kayıtlıdır. Gayri menkullerin nev'i tapu kayıtlarında belli bir vakfın icareteynli musakkaı olarak gösterilmiştir. 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 26, 27 ve 28. maddesi uyanınca gayri menkullerin mülkiyeti henüz mutasarrıfına geçirilmiş değildir. Mutasarrıfın ölümünden itibaren 20 seneden fazla bir zaman geçtiği, gayri menkulün 20 seneden fazla mâlik gibi başka bir şahsın elinde bulunduğu ve Vakıflar Kanununun 41. maddesi delâletiyle Kanunu Medeninin 639/2. maddesinde gösterilen şartların tahakkuk ettiği ileri sürülmüştür. Vakıflar idaresi ise mutasarrıfın ölümü ile gayri menkulün mahlûlen vakfa rücû eylediğini, zilyedlikle iktisaba müsait olmadığını dermeyan etmiştir.

Vakıflar Kanununun 41. maddesinde Kanunu Medenideki müruru zaman hükümlerinin vakıf mallar hakkında da tatbik olunacağı gösterilmiş ise de; bu maddenin matufu olan ve hâdiselerle ilgili Kanunu Medeninin 639. maddesinin tatbiki sırasında ayrıca bu maddede derpiş edilen şartların mevcut olup olmadığını aramak icabeder. Zira, Vakıflar Kanunu hükümleri, Medeni Kanunun iktisadî müruru zamana ait hükümlerini değiştirmeyi hedef tutmamıştır.

Tapu kaydında adı geçen ve 20 sene evvel öldüğü iddia edilen şahıs gayri menkulün icareteynli olarak mutasarrıfıdır. Mutasarrıfın gayri menkul üzerindeki hakkı (Milkiyet) nev'inden değildir. Mutasarrıfa gayri menkulün mâilki denilemez ve gayri menkulün milkiyet hakkı tapu sicilinde bahsi geçen vakfa ait bulunmaktadır; tapu sicilinden mâlikin belli bir vakıf olduğu açıkca anlaşılmaktadır. O halde bu gibi gayrimenkulelr hakkında Medenî Kanunu 639/2. maddesinde yazılı (Tapu sicilinden mâilki kim olduğu anlaşılamayan) veya (Yirmi sene evvel vefat etmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyed olan) şartları gerçekleşmemiştir.

Bu itibarla:

Tapuda mutasarrıfı uhdesinde mukayyed ve belli bir vakfın icareteynli malı olduğu tapu sicilinden anlaşılan gayri menkul mutasarrıfı 20 sene evvel vefat etmiş olsa dahi o gayri menkul hakkında Kanunu Medenînin 639/2. maddesinin zilyed lehine tatbik edilemeyeceğine, bu nevi gayri menkullerin zilyedlikle iktisab olunamayacağına mevcudun üçte ikiyi aşan ekseriyetle 4/3/1959 tarihinde karar verildi.”

I — Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihad Büyük Hey'etince ittihaz olunan yukarıda münderiç 4/3/1959 günlü ve E: 2, K: 19 sayılı kararının konusu ve mucib sebepleri.

1 — Kararın konusu :

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihad Büyük Hey'eti tarafından ittihaz olunan mezkûr kararın konusunu şu şekilde telhis edebiliriz.

İcareteynli olarak mutasarrıf uhdesinde tapuda mukayyed bulunan bir gayrimenkulün mutasarrıfının 20 sene evvel ölmüş olması halinde, bu gayrimenkulün mülkiyeti, zilyedi tarafından Medenî K. nun 639/II. maddesi hükmüne tevfikân iktisab olunamaz. Çünkü bu kabil durumlarda Medenî K. nun mezkûr hükmünde yer alan şartlar tahakkuk etmiş değildir.

2 — Kararın müstenid bulunduğu mucib sebepler:

a — İcareteynli vakıf mahiyetindeki gayrimenkuller her ne kadar tapu sicilinde mutasarrıfları adına mukayyed iseler de, aynı sicilde bu kabil gayrimenkullerin muayyen bir vakfın icareteynli mlükü olduğu da müseccel bulunmaktadır.

b — 2762 sayılı Vakıflar K. nun 26 - 28. maddeleri mucibince bu kabil gayrimenkullerin mülkiyeti, ancak Vakıf İdaresi ile ilişiği kesilmekle mutasarrıfına geçmektedir. Mezkûr durum tasfiye edilmedikçe esas rekabe, yâni kuru mülkiyet tapuda adı müseccel bulunan vakıftadır.

c — Mutasarrıf icareteynli gayrimenkul üzerindeki rakabe hakkını iktisabetmeden vefat ettiği takdirde, vakfı mezkûrun tasarruf hakları da Vakıflar idaresine mahlûlen avdet etmekte, bu suretle de vakfın hakkı çıplak mülkiyetten tam mülkiyete tehavvül eylemektedir.

d — Vakıflar K. nun 41. maddesindeki “Kanunu Medenideki müruruzaman hükümleri vakıf mallar hakkında da tatbik olunur.” hükmü, Medenî K. nun 639. maddesinde yer alan şartların mevcudiyetini selbedemez. Vakıflar K. nun mezkûr maddesi sadece Medenî Kanuna atıfda bulunduğundan, Medenî K. nun hususile alâkalı hükümlerinin tatbiki için, evvel emirde bu hükümlerde yer alan kayd ve şartların tahakkuku iktiza eder.

Bu itibarla Vakıflar K. nun yukarıda zikri geçen 41. maddesi, Medenî K. nun iktisabî müruruzamana mütedair hükümlerinde her hangi bir değişikliği istihdaf eylememiştir.

e — Binaenaleyh icareteynli gayrimenkulun mutasarrıfı bu vakfın mâlikî bulunmadığından ve vakfı mezkûrun rakabesi de Vakıflar Idaresinde bulunduğundan, mutasarrıfın 20 sene evvel vefat etmiş olması halinde kendisinin mâlik addolunması suretile bu kabil hâdiselerde Medenî K. nun 639/II. tatbiki cihetine gidilemez. Çünkü ortada hakikî mâlik bulunan ve mutasarrıfın ölümüne kadar da bu vakıf gayrimenkulün rakabesine sahip olan vakıf hükmî şahsiyeti vardır. Bu itibarla ortada bir mâlik buldukça, mutasarrıfının mücerred ölümüyle iktisabî müruruzaman konusunda bu vakfın zilyedi bir talepte bulunamaz.

II — Kararın tahillî :

Yüksek Temyiz mahkemesi tevhidî içtihad kurulunca ittihaz olunan bu kararın doğrudan doğruya tahliline başlamadan önce, kararın mezkûrun konusunu teşkil eden ve memleketimizde senelerce tatbik edilmiş bulunan icareteynli vakıf gayrimenkuller hakkında kısa bir bilgi vermek zaruretini hissettik. Bu kabil bir açıklama yapılmadan bu kararın tatmin edici bir şekilde tahlilini yapmak kanaatimizce çok güçtür.

Binaenaleyh, bu husustaki izahatımızı Medenî Kanunumuzdan evvelki durum, Medenî Kanunumuzun kabulü ile meydana gelen durum ve 2762. Vakıflar Kanununun kabulü ile derpiş olunan tasfiye halini de göz önünde bulundurmak suretiyle üçe ayırarak yapmağa çalışacağız.

A — Medenî kanundan önceki durum:

I — İcareteynli vakıf gayrimenkulün ihdas sebepleri, ihdas tarihi, icareteyn mukavelesinin şekli ve hukukî mahiyeti.

a — *İhdas sebepleri:*

İcareteynli vakıflar da mukataalı vakıflar gibi zaruretler neticesinde meydana gelmiştir¹.

İstanbul'da sık sık meydana gelen yangınlar, ekserisi ahşap olan bir çok gayrimenkullerin harabiyetine sebep olmuş ve bu şekilde bir çok vakıf mahaller gayri kabili intifa bir hale gelmiştir.

Mütevelliler muayyen çarelerin hepsine müracaat etmişlerse de, harap vakıf mahallerin ihya ve tamiri için gereken nakid (para) ve imkânların temini hususlarında müsbet bir netice istihsal edememişler ve gayri kabili intifa ve istifade bir duruma düşen vakıf mahallerin icareteyn (çift icarlı) usulü ile icarlanı yoluna tevessül etmek zarureti karşısında kalmışlardı.

Mukataalı vakıflarda olduğu gibi burada da; fıkhnın "zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar" ve "hacet umumî olsun hususî olsun zaruret menzilesine tenzil olunur" prensiplerine istinad olunmak suretile bu tarz icare ihdas olunmuştur.

Bu usul icarenin mukataadan ayrıldığı cihet şudur; burada mutasarrıf dan peşin olarak alınan para ile (muaccele) vakıf idaresince vakfın ihyası cihetine gidilmekte ve üzerinde bu şekilde meydana getirilen fazlalık (zevait), vakfın mülkiyetinde kalmakta idi.

Mukataalı vakıflarda ise yalnız zemin vakıf nev'iyetini muhafaza etmekte ve mutasarrıf tarafından bu mahal üzerinde meydana getirilen fazlalığın mülkiyet bakımından vakıfla bir ilgisi bulunmamakta idi. Yani vakıf arsa üzerindeki muhdesatın (ihdas edilen şey) mülkiyet bakımından ihtisası (aidiyeti), mutasarrıfa sabit olmakta idi. Görülüyor ki toprak vakıf nev'iyetini muhafaza etmekle beraber, üzerindeki mutasarrıfa ait mülk kısmının tâbi bulunduğu mülk hükümlerine muhatab bulunmakta idi. Bu durum ise icareteynli vakıflarla mukataalı vakıflar arasında önemli bir fark meydana getirmektedir².

1) (Bak: Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'ileri ve icareteynli vakıflar adlı etüdümüz; İst. Hukuk Fak. Mec. Cilt XVII, sayı 3-4, Sah. 685-717, İst. 1951)

Bak: Mecelle: Kavaidi Külliye; M. 21 ve 32), (Bak: M. Reşid Belgesay: Mecellenin Küllî kaideleri ve Yeni Hukuk; İst. Huk. Fak. Mec. sayı 2-3, 1946 sah. 561), (Ali Haydar: Dürer Hükkâm Şerhi Mecelletül Ahkâm; cilt I, Kavaid-i Külliye, İst. H. 1313, madde 21 ve 32 şerhi)

İlave edelim ki icareteyn usulü, mirî nev'iyet gözönünde bulundurulularak ihdas edilmiş, başka bir ifade ile icareteyn mukavelesi mirî usulden geniş bir şekilde mülhem olunarak vücade getirilmiştir.

2) Bak: (Bülent Köprülü; Toprak Hukuku Dersleri; cilt I İst. 1958, Sah. 39)

b — *İcareteynli vakıfların ihdas tarihi:*

Eserlerini incelediğimiz bütün müellifler, icareteyn usulünün bizde ancak Hicrî bin tarihinden sonra meydana getirildiği kanaatini izhar etmektedir³.

3) Ömer Hilmi efendi icareteyn muamelesinin zaman ve sebeplerini şöyle izah etmektedir.

"...İstatnbul ve bilâd-ı selâse (üç belde) ve Rumeli ve Anadolunun bazı büyücek şehirlerinde elyevm icareteyn suretile tasarruf olunmakta olan musakkafat ve müstegallat'ı mevkufeî kâdime bundan iki yüz seksen beş sene akdem icarei vahideli akaratı mevkufe kısmından olarak mütevellileri tarafından icarei vâhide ile icar ve hâsıl olan ücretleri vechi şer'i üzere masarifi vakfa sarf ve akaratı mezkûreden harap olanların tamir ve termimi muhterik veya münhedim olanların müceddeden bina inşası masarifi tamamen tarafı vakıftan eda ve ifa olunur idi.

Fakat ol vakitler İstanbul ve Bilâd'ı selâsede kesret üzere vukubulmuş olan hariklerde musakkafatı mevkufenin ekserisi az bir müddet zarfında mükerreren muhterik olmuş olduğundan artık muhterik olan müsakkafatı mevkufeyi müceddeden bina ve inşaya vakıflarında galle ve kudret kamlamış ve ücretine mahsuben bina ve inşa etmek üzere icarei vâhide ile isticara talip dahi bulunmamış olduğu cihetle ... evkaf harabeleriyle memleketin ziynet ve revnakı zâî olmağa başlamış olması Devletce nazarı dikkati celbederek hem müessesatı hayriyenin devamı ve idaresini temin ve hem dahi musakkafatı mevkufe harabelerini imar ile memleketi mâmur ve tezyin etmek hususuna bir çare aramağa Devletce mecburiyet hâsıl olmuş idi. Binaenaleyh, buna bir çâre olmak üzere musakkafatı harap olmuş olup da imârına kudreti olmıyan ve başka bir suretle dahi imârı mümkün olmıyan musakkafatı mevkufede icareteyn suretile ihdâs olunarak (hacet hususî olsun umumî olsun zaruret inenzilesine tenzil olunur) ve (zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar) kaidei fikhiyeleri mantuklarınca berveçhi meşruh vukubulmuş olan ihtiyaç ve zaruret üzerine hilâfı kıyas olarak vakıflarda icarei tavile mes'elesi tecviz edilmiştir....."

(Bak: Ömer Hilmi: Ahkâmülevkaf; Sah. 85-86 İst. H. 1307)

Bak: Boydadî Halil Şükrü: (Kitabı Ahkâmülevkaf; Sah. 88 İst. H. 1329)

Bu müellif de Ömer Hilmi ile aynı kanaattedir. "...elyevm icareteyn suretile tasarruf olunmakta olan musakkafat ve müstegallatı mevkufeî sahiha bundan ikiyüz seksenbeş sene akdem icarei vâhide ile icar ve hâsıl olan..." (Sah. 88).

Ebül'ulâ Mardin de durumu şöyle izah etmektedir: "Hicrî bin tarihinden sonra taammüm eden bu tarzı icar..." Dikkat edilirse bu ibâre de bin tarihini göstermektedir.

(Bak: Ebülulâ Mardin; Toprak Hukuku Dersleri, Sah. 59, İst. 1947)

H. Salâhaddin "Emval-i Gayrimenkuleye Ait Muamelât-ı Tasarrufiye Rehberi" adlı eserinde icareteyni vakıfların tarihini, menşeyini şöyle izah etmektedir:

(... Türkiye memâlikinde musakkafat ve müstegallatı mevkufeî kadime üçyüz yirmibeş sene mukaddem icarei vâhideli icarları... icareteyn suretile taliplerine tefviz...) (Bak: H. Salâhaddin: a.g.e., Sah. 7 İst. H. 1341)

Halen ebediyete intikal etmiş olan sayın hocam Ord. Prof. E. Mar-din'in tavsiyeleri üzerine icareteynli vakıfların menşe bakımından tarihi ve ilk icâreteyn mukavelesinin şekli hususlarına mütedair Başbakanlık Genel Arşivi ile eski Meşihat Arşivlerinde mevcut vesaik üzerinde araştırmalara başaldık. Bu çalışmalarımızdan maalesef müsbet bir netice elde edemedik. İcâreteynli vakıflara mütedair iradei seniye, ferman ve sâ-ir vesikalar, ancak Hicri 1100 tarihinden sonraki devrelere âid bulunmakda idi. Halbuki bizim gayemiz Hicri 1000 tarihinden önceki durumu tesbit etmekte.

Semeresiz kalan bu araştırmalarımız üzerine Ankara'da bulunan Vakıflar Umum Müdürlüğü arşivlerinde çalışmalarımıza devam ettik.

Umum Müdürlüğün arşivlerinde mevcut binlerce vakfiye üzerinde devamlı araştırmalarımız, bizlere bu kabil vakıfların Hicri 1000 tarihinden evvel de mevcut olduklarını gösterdi.

Elde ettiğimiz ve 12 Rebiulevvel H. 941 tarihini taşıyan bu vesika devrinin ve Türk hamaset ve kahramanlık tarihinin en büyük denizcisi olan Barbaros Hayreddin Paşaya ait bulunmaktadır. Oldukça uzun olan bu vakfiyede bilhassa şu ibâre mevcuttur:

"... Menazilunu mezburunu, ecri misillerile müecceleriyle muaccelelerini tâyin edip muacceleyle misillerile ahare icâreteyn ile vechi şer'isi üzere icar-ü isticar edip muaccelelerini ahz ve kabz edilmesi...." tarihi: 12 Rebiülevvel H. 941.

Bu vesika bize, Hicri 1000 tarihinden evvel de bu usul icârenin mevrudiyetini açık bir şekilde göstermektedir. Çünkü sözü geçen ibâreden bu vakfın icâreteynli bir vakıf olduğu vazihan anlaşılmaktadır. Bu vakfiyede bahis konusu olan gayrimenkuller İstanbul ve Galata semtlerinde bulunmaktadır.

Barbaros Hayreddin Paşa tarafından yapılan bu vakfiye Ankara'da Vakıflar Umum Müdürlüğünün arşivinde bulunmaktadır.

(Defter No: 571, Sah. 183. 4)

Eserlerinin neşir tarihi gözününde tutulduğu takdirde bu müelliflerin hepsinin de icareteyn usulünün ancak H. 1000 tarihinden sonra teessüs ettiği kanaatine malik buldukları anlaşılmaktadır.

4) Vakfiyenin tanzim tarihi olan H. 941 (milâdi 1538) tarihi gerçekten Barbaros Hayreddin Paşanın yaşadığı devire tesadüf etmektedir. Barbaros'un doğum tarihi 1476 ve ölüm tarihi de 1545 dir.

Mukataalı vakıflar için de hicri 1004 tarihini taşıyan bir vakfa tesadüf ettik. Bu vakıf Ayasofya civarında Gazenfer ağa tarafından meydana getirilmiştir.

(Bak: Vakıflar U. Müdürlüğü Arşivi, Ankara, Defter No: 571, Sah. 13-4)

İşaret edelim ki, icrae-i muaccele ve icare-i müeccele şeklinde Hicri 941 tarihinden önce de kiraya verilen vakıflara rastlamak mümkündür. Fakat evvelce yapılan bu şekil icarlar, yalnız Vakıflar hakkında Hanefi Fıkhının tecviz etmediği uzun icâreyi icareteynli vakıflardaki gibi olmamak üzere, nisbeten temin için tavsit olunmakta idi. Bunların câreteynli vakıflarla karıştırmamak lâzımdır. İcareteynli vakıflar, mahiyetleri icabı tamamen kendilerine has kaideleri ve statüsü olan vakıflardır. Bu konuda yaptığımız araştırmalar neticesinde, tarih bakımından en eski olarak, icarei muaccele ve icarei müeccele ile kiraya verilen bir vakfı, Hicri 9. asırda, yâni 15. yüz yılda yaşamış bulunan Şeyhülislâm Molla Gürani Ahmed Şemseddin efendinin bir fetvasında tesbit ettik.

Mezkûr fettvanın metni şöyledir:⁵

“Bir vakıf menzili mütevellisi Zeyd Âmir tamir ve termin etmek şartile ücreti muaccele ve müeccele ile icar ve teslim edip bir kaç sene mürrur edip Âmir tamir etmediğinden gayri tahrib eylese Zeyd menzili mezburu âmirden alıp ve tahrib ettiğini tazmin etmeğe kadir olur mu beyan sorula,

Elcevap: Olur.”

Görülüyor ki bu fetvada yer alan icarei müeccele ve icarei muaccele tâbirlerini icareteynli vakıfla karıştırmamak lâzımdır. Burada bir kimse harap bir vakıf gayrimenkulü tamir etmeği taahhüd etmiş ve kendisine bu vakıf mahallin uzun bir müddetle kiraya verilmesini temin içinde bu usulün tevsiti cihetine gidilmiştir.

Halbuki Barbaros Hayreddin Paşanın Hicri 941 tarihini taşıyan vakfiyesinde serahaten icareteyn kelimesi mevcuttur. Dikkat edilirse bu vakfiyedeki “icâreteyn ile veçhi şer’isi üzere” ibâresinden maksad, icâreteynli vakıfların da ihdas sebeplerinin şer’i kaidelere istinad ettirilmeleri neticesidir. Bu bakımdan buradaki “veçhi şer’isi üzere” ibâresini gözönünde bulundurarak icâreteynli olmıyan eski icare-i müeccele şekillerile icâreteynli vakıfları karıştırmamak lâzımdır. Aksi takdirde isabetsiz bir mütalâaya istinad edilmiş olur.

5) Molla Gürani Ahmed Şemseddin efendinin bu fetvasının klişesi a. g. Toprak Hukuku Dersleri kitabımızın 50 inci sahifesinde mevcuttur.

(Bak: İlmiye Salnâmesi, İst. H. 1334, sah. 335). Bu değerli eser o zaman Meşihat Mektubcusu bulunan sayın hocam Ord. Prof. Ebülulâ Mardin tarafından hazırlanarak neşrolunmuştur. Molla Gürani Şemseddin efendi hicri 9. yüz yılda yaşamış değerli bir âlimdir. İkinci Mehmed (Fatih) zamanında (H. 855) de kadiasker olmuştur. Kendisi evvelce Fatih Sultan Mehmed’in hocalığını da yapmıştır. Dürüstlüğü ile meşhurdur. (H. 893) yılında vefat etmiştir. (Fazla bilgi için Bak: a. g. İlmiye Salnâmesi; Sah. 334-335).

c — *İcâreteyn mukavelesinin mâhiyeti:*

İcâreteyn mukavelesi her iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir akiddir. Akdin bir tarafını Vakıf idaresi veya müteveli, diğer tarafını ise vakfın mutasarrıfı durumunu iktisabedecek olan şahıs teşkil etmektedir.

aa — Vakfın hak ve borçları:

aa' — Hakları:

Mutasarrıfdan muaccele, müeccele, intikal harcı ve ferağ harçının tahsili:

Muaccele akid inikad ederken mutasarrıfdan alınan peşin bir paradır. Müeccele ise, mutasarrıfdan her sene alınan ve mahiyeti itibarile bir nevi kira bedeline benzeyen bir meblâğdır. İntikal harcı ise mutasarrıfın ölümü halinde tasarruf hakları kendilerine intikal eden mirascılardan alınan paradır. Ferağ harcı ise, icâreteynli vakfın mutasarrıfı tarafından üçüncü şahıslara ferağı halinde vakıfca istifa olunan bir miktar paradır. Gerek muaccele gerek müeccele gerek intikal gerek ferağ harçları icar bedelinin birer cüz'î mahiyetinde telâkki olunmakta idiler⁶.

bb' — Borçları:

Vakıf idaresi veya müteveli alınan müeccele ile harap vakfı imar etmekle mükellefti. Bu imar vecibesi, mukataalı vakıflar hilâfına vakfa terettüp etmekte idi. Görülüyor ki icâreteynli vakıflarda Vakıf İdaresi veya müteveli, harap vakfı tamir ve termim eyledikten sonra mutasarrıfına teslim etmekle mükellef idi. İlâve edelim ki bu teslim muamelesi ile birlikte Vakıflar İdaresi icâreteynli mahallin tasarruf haklarını da devretmek vecibesi altında idi.

Netice itibarile kuru mülkiyet başka bir ifade ile rakabe tamamen vakıfda kalmakta, tasarruf hakları ise mutasarrıfının uhdesine geçmekte idi.

bb — Mutasarrıfın hak ve borçları :

aa' — Hakları:

Mutasarrıf tesellüm ettiği icâreteynli vakıf gayrimenkulün tasarruf haklarını iktisabetmekte idi. Ancak bu tasarruf hakkı bir nevi istifade, intifâ hakkı mahiyetinde idi. Her ne kadar bu hak, evvelki hukukumuzda umumiyetle müstecirin hakları mesabesinde telâkki edilmekte ise de, kanaatimizce bu hakkın, müstecirin mecur üzerinde haiz olduğu hakların tam manasile bir muadili olarak kabulü hayli güçtür. Temyiz mahkemesi bir Tevhidi İçtihad Kararında mutasarrıfı müstecir mesabesinde

6) (Bak: Ebülulâ Mardin. a. g. e.; Sah. 61)

telâkki etmiştir. Gerçekten Temyiz Mahkemesinin 3/4/1940 günlü ve 12/65 sayılı kararna göre, "bir takım hususlar arz etmekle beraber icâreteynli ve mukataalı vakıflardaki durum hakikatte birer icar akdidir.."7.

Fikrimizce icâreteynli vakıflar miri topraklardaki hukuki durum nazara alınarak meydana getirilmiştir. Gerek miri topraklardaki mutasarrıfın tasarruf hakları kira akdinde müstecire tanınan hakların aynı değildir. Buradaki durum tamamen nev'i şahsına münhasır bir mahiyet arz etmektedir.

Evvelki hukukumuzda müstecir kira akdini ancak halkın mecuru kullanma tarzının mütefavit (değişiklik arzeden yâni kiracının şahsına ve kullanma tarzına göre değişiklik tevhit edebilecek durumda) olup olmamasına göre devir edebilmekte ve mecuru kullanmada her hangi bir tefavütün (değişikliğin) mevcudiyeti, devir mahiyetini ortadan kaldırmakta idi. (Mecelle M: 586 - 587).

Ayrıca zamanla mutasarrıfın tasarruf hakkının alacaklılarının alacakları için takib edebilmesinin kabulü, bu hak ile müstecirin hakkının ayniyet arzettiği iddiasını büsbütün zayıflatmış bulunmaktadır. Gerçekten evvelki hukukumuzda 30 Mart 1329 tarihli Tasarruf Kanunu Muvakkatinin ısdarından sonra bu K. nun 16. maddesi hükmüne göre, mutasarrıfının alacaklıları alacakları için, gerek mutasarrıfın hali hayatında gerek ölümünde icâreteynli vakfın mahlûl olup olmamasına bakılmaksızın mutasarrıfın icâreteynli vakıf üzerindeki tasarruf haklarını takib edebilirlerdi8.

Görülüyor ki evvelki hukukumuz bakımından, icâreteynli vakıflarda mutasarrıfın tasarruf haklarını alelâde bir icar akdindeki müstecirin haklarının muadili addetmek, kanaatimizce pek de isabetli sayılamaz.

Evvelki hukukumuzda mutasarrıfın bu tasarruf hakkı vakıf idaresinin veya mütevellinin izninin istihsali şartile bir üçüncü şahsa ivazlı veya ivazsız olarak devredilebildiği gibi, vefatında da mezkûr tasarruf hakkı bazı mirascılara intikal edebilmekte idi. İntikale nail mirascılar bidayet-

7) (Resmî Gazete T. 25.7.9540, sayı: 4570).

8) İlâve edelim ki miri topraklarda mutasarrıfın menfaati mülkiyeti hakkındaki görüşümüzü buradaki duruma da esas alabiliriz.

İcareteynli vakıf mahlûl olunca yâni mutasarrıfı mirascı bırakmadan vefat ettiği takdirde tasarruf hakları vakfa avdet ederdi. Bu hakkın Medeni Kanunumuzda yer alan müesseselerle mukayesesi için Bak: Bülent Köprülü: a. g. T. H. D.; Sah. 19; No: 17.

te sadece erkek ve kız evlâd iken, sonradan muhtelif zamanlarda kabul edilen kanunlarla intikale nail mirascıların hadleri hayli genişletildi⁹.

Ayrıca müştereken tasarruf olunan icâreteynli vakıflarda taksim cereyan ettiği gibi müstakillen tasarruf olunanlarda da bu hak kabili ifrazdı¹⁰.

bb' — Borçları :

Mutasarrıfın başlıca borçları Vakıflar İdaresine muaccele, müeccele, intikal harcı ve ferağ harcını ödemek ve tasarruf haklarını kullanırken vakıf gayrimenkulü tahribden sakınmaktır.

B — Medenî K. nun kabulünden sonra :

I — Bedenî K. nun mer'iyetinden önce meydana getirilen vakıflar hakkında hususî bir tatbikat K. nun isdânının zarurî bulunması ve bu K. nun mer'iyete vaz'ı:

Zaruretler neticesi meydana gelen ve normal vakıfların birer anormal tipi bulunan icâreteynli gayrimenkullerin 4/10/1926 tarihinde mer'iyete giren Medenî Kanunumuzda yer alan müesseselerden birine ithali, kanun koyucu tarafından imkânsız görülmüştür. Esasen Medenî Kanunumuzda yer alan tesis müessesesine dair hükümlerin (M. K. M: 73-81) Medenî Kanundan evvelce meydana getirilen vakıflar hakkında tatbikinin çok güç hattâ imkânsız olduğunu gören kanun koyucu, kanunu Medenin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkındaki K. nun 8. maddesinde, bu kabil vakıflar hakkında ayrıca bir Tatbikat K. nun neşrolunacağını derpiş etmiştir¹¹.

Gerçekten evvelki hukukumuz esaslarına göre meydana getirilmiş bulunan vakıfları, Medenî Kanunumuzun hükümlerine intibak ettirmek ciddi imkânsız bulunmakta idi. Hele bunlardan vakfın tabir mazur gö-

9) Bu hususta tatbik mevkiine konulan muhtelif intikal kanunları hakkında fazla bilgi için (Bak: Bülent Köprülü; a. g.; T. H. D.; Sah: 116 ve Sn.)

10) Yalnız bu kabil muamele için vakıflar idaresinden veya vakfın mütevellisinden izin almak gerekirdi.

Ancak icareteynli vakıflarda şuf'a cereyan etmezdi. (Mecelle: M. 1017)

11) Tatbikat K. nun 8. maddesinin I. fıkrası şöyledir:

" Kanunu Medenin mer'iyete vaz'ından mukaddem vücade getirilen evkaf hakkında ayrıca bir Tatbikat Kanunu neşrolunur."

Evvelce de görüldüğü üzere bu maddede bahis kounsu eski vakıflar hakkındaki (ayrıca bir Tatbikat Kanunu) 18/6/1935 tarihinde 2762 sayı ile Vakıflar Kanunu neşrolunmuş ve 18/12/1935 de yâni neşrinden 6 ay sonra da mer'iyete girmiştir. (Vakıflar Kanunu M: 45). Bu Kanunun kabul tarihi ise 13/6/1935 dir.

rülsün, bir nev'i soysuzlaşmış şekli olan icâreteynli vakıflarla mukataalı vakıfları, bu yeni hükümlere tabi kılmak mutlak bir imkânsızlık arzettekte idi.

Esasen Medeni K. nun hükümleri muvacehesinde bu kabil vakıflar, yukarıda da belirtildiği üzere anormal bir vaziyet arzettekte idiler. Yeni kanunumuz ana prensib olarak mütemmim cüz'ü esasına istinad ettiğinden (M. K. M: 619), mezkûr vakıfların hukukî durumunu tesbitte büyük müşkülât meydana gelmişti.

İcâreteynli vakıflar intifa hakkına benzemekle beraber ondan bazı noktalarda ayrılmakta idi. Keza tam mânasile bir kira akdine de müğabih değildi. Başka bir tâbirle, icâreteyndi gayrimenkulleri Medeni K. nun ihtiva ettiği müesseselerden birine ithal etmek ve o müessesenn hükümleme tâbi kılmak mümkün bulunmamakta idi.

Gerçekten Medeni Kanunumuzda yer alan intifâ hakkı (M. K. M: 717) hak sahibinin hayatı ile mukayyed bulunmaktadır (M. K. M: 721/1). Hükmi şahıslarda ise bu hak en çok 100 yıl için derpiş olunmuştur (M. K. M: 721/II). Halbuki yukarıda da belirtildiği üzere icâreteynli vakıf mahallerde mutasarrıfın tasarruf hakkı, hayatile mukayyed olmayıp vefatında bazı mirascılarına intikal etmektedir. Keza yeni hukukumuzda intifa hakkı kanunen kabili devir değildir. Her ne kadar M. K. nun 730. maddesinde zâta mahsus olmayan intifa hakkının ferağ olunabileceği şeklinde bir ibare mevcut ise de burada bizzat hakkın değil, onun istimalinin devrini nazarı itibare almamız gerekir. Nitekim mehz İsviçre Medeni K. nun bu maddemize tekabül eden 758. maddesinde de bu husus belirtilmiş bulunmaktadır.

Fransızca metninde "l'exercice à un tiers" Almanca metninde de "zur Ausübung auf einen anderen" ibareleri mevcuttur.

6570 sayılı kanun hükümleri hariç tutulduğu takdirde, Borçlar Kanunundaki kiraya mütallik hükümlerin müstecire tanımış olduğu hak, salâhiyetler ve tahmil eylediği vecibeler ve bilhassa kira akdinin ölüm halinde muayyen mehillere riayet şartile feshi (B. K. M: 265 ve 291), hasılat icarında kaideten devrin kabul edilmemiş olması, bey ile icar akdinin tapu siciline şerh edilmemesi halinde (M. K. M: 919) muayyen mehillere riayet şartı ile feshi (B. K. M: 254), keza mühim sebeplerden dolayı kira akdinin feshi (B. K. M: 264, 286) gibi haller icâreteynli vakıflardaki mutasarrıfın hak ve borçlarile kabili telif değildir.

Netce itibarile yukarıda da izah olunduğu üzere icâreteynli vakıfların arzettikleri hususiyetlere binaen Medeni Kanunumuzda yer alan müesseselerinden birine ithal etmek son derece güç hattâ imkânsız bulunmaktadır.

C — 5/6/1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile meydana gelen değişiklikler :

1 — Vakıflar Kanununun hazırlanması ve icâreteynli vakıflar için tasfiye cihetinin derpişi:

Az önce de tebarüz ettirildiği veçhile, icâreteynli vakıflar intifa hakkına çok benzemekle beraber ondan bazı noktalarda ayrılmakta idi. Keza tam mânası ile bir kira akdine de benzememekte idi. Başka bir deyimle, icâreteynli vakıflar Medenî K. nun ihtiva ettiği müesseselerden birine tamamen ithal imkânsızlığı kendini göstermekte idi.

İcâreteynli ve mukataalı vakıflardan alınan müeccele bir dereceye kadar, eski hukukî bir müessese olan gayrimenkul mükellefiyetine (M. K. M: 754 - 764) benzemektedir.

Hükûmet, Medenî K. nun Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkındaki K. nun 8. maddesinin I. fıkrasında derpiş olunan ve Medenî Kanunun mer'iyete vazından önce vücade getirilen vakıflar hakkında meydana getirmişti. Bu proje de tedavül eden vakıflar hakkında ilki gibi heviçre hukukçularından Prof. Hans Leemann'ı memleketimize davet etmişti. 1929 yılında memleketimize gelen bu hukukçu¹² çalışmalanna başlamış ve bu konu ile ilgili ilk kanun projesini 41/8/1929 da meydana getirmiştir¹³.

Bu projelerde icâreteyn ve mukataa usulü tasfiye olunmakta idi. Prof. Leemann bu ilk projesinde pek az tadilât yapmak suretile hususî bir komisyonun da iştiraki ile 28/9/1929 tarihli ikinci bir proje mey-

12) Prof. Leemann, bilhassa aynı haklar sahasında temayüz etmiş bir hukukcudur. Müellifin (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Sachenrecht. Bern 1925) isimli eseri tanınmış olup bu vâdide klâsik bir eser mahiyetini iktisabetmiştir ve Bern Şerhi diye isimlendirilen külliyatda yer almaktadır.

13) Bu projenin 28. maddesi şöyle idi: "İşbu kanun mevkii mer'iyete girmesi tarihinden itibaren mukataalı yerin mülkiyeti gayrimenkulün vergiye matrah olan muhammen kıymetinin binde üçünden ibaret senevî mukataa baliğinin yirmi misline müsavî bir tazminat mukabilinde bina sahibine resmen nakledilir.

Tazminat mülkiyetin nakli zamanında ödenmemiş ise, tapu siciline kaydedilen ve bina üzerine mukayyed bütün mükelefiyetlere tekaddüm eden bir ipotekle temin edilir. Malik yüzde beş faiz ve alacağın beşde birine müsavî taksitle ödemek mecburiyetindedir.

Müdüriyeti Umumiye lâzımgelen tescilleri doğrudan doğruya talep etmeğe mezundur." Bu projenin 29. maddesi de Vekiller Hey'etine icareteynli vakıflar hakkında da mukataahlarda olduğu gibi tasfiye kaidelerinin tatbiki salâhiyetini vermektedir.

(Bak: Evkaf Lâyhaları, Vakıflar U. Müdürlüğü neşriyatı, Ankara 1933. Sah. 19)

dana getirmişti. Bu projede tedavül eden vakıflar hakkında ilki gibi hemen hemen aynı hükümleri ihtiva etmekte idi. Prof. Leemann'ın icâreteyn ve mukataalı vakıflar hakkındaki kanaati şöyle idi :

"... Mukataalı gayrimenkullerde yerin mülkiyeti evkafa, binaların ve eşcarın mülkiyeti de bir şahsı hususiye aittir. Buna mukabil icâreteynli gayrimenkullerde evkaf her ikisinde rakabe sahibi olup şahsı salis ise lâyihanın 6. maddesi ruhu dahilinde gayrimenkulün intifâna sahiptir. Hukuku Medeniye noktai nazarından (M. K. M: 644/II) bu hal anormal olup Kanunu Medeni prensiblerine tevfiik ile islâh edilmek lâzımdır. Bu gibi haklar henüz mevcut olan her yerde, bilhassa İsviçre'de bu suretle hareket edilmektedir"¹⁴.

Çok esaslı olan bu temayüle binaen mezkûr lâyiha 28. maddesinde, mukataalı gayrimenkullerde yerin mülkiyetinin senevî mukataa balığınin, Kanunu Medeninin gayrimenkul mükellefiyetine mütallik 755. maddesinin ikinci fıkrasına tevfiikan 20 misli bir zâ'man mukablinde bina sahibine nakledilmesinin lâzımgeldiğini derpiş etmektedir.

Gerçekten Medeni Kanun hükümlerine göre, gayrimenkul mükellefiyetinin tapu sicilinde kıymeti Türk parası ile tesbit edilmemiş ise, bu mükellefiyet muayyen zamanlarda bir şey yapmak veya vermekten ibaret olur ve diğer bir surette de takdir edilmezse, gayrimenkul mükellefiyetinin kıymeti, beher sene verilecek veya yapılacak şeylerin yirmi misline müsavi addolunur (M. K. M: 755/II - İsviçre M. K. M: 783/II).

İcâreteynli haklara gelince; 29. madde. Hükûmeti, (Vakıflar) Müdüriyeti Umumiyesinin teklifi üzerine, mülkiyetin hakkı intifa sahiplerine naklini emretmesine mezun kılmaktadır. Bundan başka bu nakil, bir sahib-i intifân talebi üzerine de, icra edilmek lâzımgelir¹⁵.

Görülüyor ki bu hukukcu, Medeni Kanunun hükümleri muvacehesinde, bu kabil vakıfların tasfiyelerinden başka bir şekilde hallolunamayacakları kanaatine varmış bulunmaktadır.

Prof. Leemann'ın projeleri üzerinde çalışmak üzere teşkil olunan

14) (Bak: a. g. Evkaf Lâyihaları; Sah. 19.)

15) Sayın Hocam Ord. Prof. Ebülulâ Mardin'in Medeni Hukuk Cebhesinden Ahmed Cevdet Paşa adlı eserinde, Ahmed Cevdet paşanın mukataalı vakıflar hakkındaki mazbatası dikkate şâyan bulunmaktadır. Mazbatada müeccelnn takdirinde nazara alınan nisbetler, gayrimenkulün mahiyetine göre 20 misline kadar tehalüf etmekte idi. Yâni senelik müeccelenin 20 misli nazara alınmakta idi. (Bu mazbatanın metni için (Bak: E. Mardin: Yukarıda a. g. e.; Sah. 349).

(Ayrıca bak: a. g. Evkaf Lâyihaları, Sah. 19 ve Sn.)

komisyon¹⁶ son projede bazı tadiller yaptı. Bilhassa müeccelenin mutasarrıf tarafından def'aten ödenmemesi halinde alınacak yüzde beş faiz, yüzde dokuza iblağ olundu¹⁷.

Sonralan Hükûmet tarafından bu son muaddel proje üzerinde yeniden bazı tadilat yapılmış ve müeccelenin taksitle ödenmesi halinde yüzde dokuza çıkan faiz tekrar yüzde beşe indirilmiştir.

Büyük Millet Meclisinde de uzun çalışmalardan sonra nihayet 5/6/1935 tarihinde Vakıflar Kanunu meydana getirilmiş ve yukarıda da ifade olunduğu üzere neşir tarihi olan 18/6/1935 den altı ay sonra da 18/12/1935 de yürürlüğe girmiştir.

2 — Vakıflar K. nun icâreteynli vakıflara dair tasfiye hükümleri:

Bu kanun icâreteyn usulüne son vermekte ve mevcut olanları da tasfiye etmektedir. (Vakıflar K. M. 26-32).

Kanunun bu hususdaki yeniliklerini şöyle tesbit tedebiliriz :

a — Kanun evvelemirde neşir tarihinden itibaren vakıf mahallerin icâreteyn usulüne bağlanamayacağı esasını kabul etmiştir. (Vakıflar K. M: 26).

16) Bu komisyon şu üyelere müteşekkildir:

Reis Diyarbakır Milletvekili Rüşdü, Tapu ve Kadastro Umum Müdürü Atıf, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığında M. Sadık, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürü Sabri ve Millî Eğitim Bakanlığında Sabri.

17) Bu komisyonun kabul ettiği 23. maddenin metni şöyledir:

“Yukarıda maddelerde yazılı tavizat def'aten ve yahut dörtte biri peşin ve kalanı en çok dört senede ve dört müsavi taksitte olmak üzere istifa olunur. Def'aten tediye, kanunun neşrinden itibaren bir sene zarfında olduğu takdirde yüzde beşi tenzil olunur. Mukassten tediye halinde dörtte birden üst tarafı için yüzde dokuz faiz yürütülür.”

Bu madde, Şûrayı Devlet Tanzimat Dairesinden ve sonradan da Hey'eti Umumiyesinden tadile uğramadan çıkmış, fakat Hükûmet tarafından kabul olunmayarak aşağıda gösterilen şeklini almıştı:

Hükûmet tarafından hazırlanan projenin 34. maddesinin son fıkrası şöyle idi:

“... Mukassten tediye halinde dörtte birinden üst tarafı için yüzde beş faiz yürütülür.”

Hükûmetin bu husustaki esbabı mucibesi şöyle idi:

“... Ancak maddelerin tanziminden müeccele ve mukataanın İstanbul gibi en mütekâsif mahallerde tatbikinin tevlid edeceği müşkilât nazarı dikkatten uzak tutulmayarak, halka bir kolaylık olmak üzere tavizin mukassten istifası esası da kabul edilmiş ve tehhür edecek taksitler için Şûrayı Devletin yüzde dokuz olarak teklif ettiği faiz, yüzde beş olarak tesbit edilmiştir.”

(Bak: T. B. M. M. Zabıt Ceridesi, Cilt 4, Devre V. S. Sayısı 124-2. Sah. 4. Ankara 1935.)

Bak: a. g. Evkaf Lâyhaları; Sah. 19 ve Sn.)

b — Evvelce teessüs etmiş olanları da tasfiye etmektedir.

Kanun 27. maddesinde icâreteynli gayrimenkullerin mülkiyetlerinin icarelerinin yani Vakıflar idaresine her sene verilen müeccelenin yirmi misli tutarına balığ olan bir taviz karşılığında muttasarrıfına geçirileceğini kabul etmiştir¹⁸. Görülüyor ki, Kanun bu hususda mutasarrıflara tâviz bedeli ödeme mükellefiyetini tahmil etmiştir. Sonradan neşrolunan 23/6/1941 tarihli ve 4070 sayılı “Devlete ve Mülhak Bütçeli Dairelere ait Mukataa ve İcâreteynli Gayrimenkullerin Vakıfla İlişğinin Kesilmesi Hakkında Kanun” da isminden de anlaşılacağı üzere bazı mukataalı ve icâreteynli vakıfların tasfiyeleri cihetine gitmiştir. Şimdi tâviz bedeli verilmek suretile yapılacak tasfiyenin mahiyetini inceleyelim:

aa — Mikdarı:

Tâviz bedelinin mikdarı, ödenecek ilk yılın tathakkuk ettirilen icare veya mukataanın 20 misli olarak kabul edilmiştir (Vakıflar K. M: 27).

Ancak 20/6/1952 tarihli ve 5982 sayılı kanun ile Vakıflar K. nun 27. maddesine ilâve olunan fıkra ile hakikî ve hükmi şahıslar uhdesinde bulunan Vakıf mahallerin icâre ve mukataaları yâni Vakıflar idaresine her sene ödedikleri müecceleden bu vakıf malların vergi kıymetlerine nisbetle binde iki buçuktan noksan olanları, bu miktara çıkartılmıştır.

bb — Ödeme şekli :

Kanunda ödeme şekilleri toptan ve taksitle olmak üzere iki kısma ayrılmıştır:

aa') Toptan ödeme:

Vakıflar Kanunu taviz bedelinin toptan ödenmesi halinde yüzde beş nisbetinde olmak üzere bir tenzilâtın yapılacağını kabul etmiştir. (Vakıflar K. M: 28).

bb') Taksitle ödeme:

Kanun taviz bedelinin muayyen taksitler halinde ödenebileceği esasını vazetmiştir.

Mutasarrıf isterse taviz bedelini beşte biri peşin ve geri kalanını da

18) Devlete ve Mülhak Bütçeli dairelere ait Mukataa ve İcareteynli Gayrimenkullerin Vakıfa ilişğinin Kesilmesi Hakkındaki 23/6/1941 tarihli ve 4070 sayılı K. nun Birinci maddesi şöyledir:

MADDE: I — “Umumî ve mülhak bütçeli daire ve müesseselerin tasarrufu altındaki tapulu veya henüz tapuya bağlanmamış gayrimenkullere 1771 numaralı kanunla idaresi Maliye Vekâletine mevdû gayrimenkullerin ve 488 numaralı Kanununun 8. maddesi mucibince Emlâk ve Eytam Bankasına devredilmiş olan gayrimenkullerin vakıfla ilişikleri kesilmiştir.”

dört müsavi taksitte olmak üzere ödeyebilmek imkâna malik bulunmaktadır (Vakıflar K. M: 28).

cc') Taksitle ödemenin müeyyideleri :

α) Geri kalan taksitler için yüzde beş nisbetinde bir faizin işleme-
si esası kabul olunmuştur (Vakıflar K. M: 28/IV).

β) Zamanında ödenmeyen bir taksit geri kalan bütün taksitleri
muaccel kılmaktadır (Vakıflar K. M: 28/V).

γ) İpotek. Taviz bedelinin geri kalan taksitleri için birinci dere-
cede ve birinci sırada olmak üzere vakfa br nev'i kanuni ipotek hakkı
bahşolunmuştur (Vakıflar K. M: 28/III).

cc — Tescil :

Tavizin toptan ödenmesi veyahutta taksitle ödemedede ilk taksidin
verilmesi üzerine mülkiyet vakfın mutasarrıfı adına tapuya tescil edil-
mektedir (Vakıflar K. M: 28/III).

dd — Muayyen bir sürenin geçmesi ile rakabenin mihaniki iktisabı:

Kanun 29 uncu maddesinde on yıl içinde taviz bedellerinin öden-
miyerek, icareteyn veya mukataa kayıtları terkin edilmemiş olan gayri-
menkullerin mülkiyetinin kendiliğinden on yıl sonunda mutasarrıflarına
gececeği esasını vaz'etmiştir. Bu müddetin geçmesinden sonra vakfın
hakkı ipotekle teminat altına alınmış bir ivaza yani bedele inkilâp etmek-
tedir. Görülüyor ki mayyen bir müddetin geçmesinden sonra Vakıflar
idaresinin bu kabil vakıflar üzerindeki kuru mülkiyet şeklinde olan aynı
hakkı, gayrimenkul rehni ile teminat altına alınmış şahsi bir alacağa in-
kilâp etmektedir.

aa') Mihaniki iktisabın müeyyideleri:

a) Taksitle ödemedede olduğu gibi vakfa birinci derecede ve birinci
sırada olmak üzere kanuni ipotek hakkı tanınmıştır (Vakıflar K. M: 29).

β) Vakıflar Umum Müdürlüğüne bu taviz bedellerinin istifası
hususunda mutasarrıfın diğer mallarına müracaat yolu ile Tahsili Emval
Kanununun ilgili hükümlerinin tatbikini istemek salâhiyeti bahşolun-
muştur¹⁹ (Vakıflar K. M: 29).

13.6.1945 tarih ve 4755 sayılı kanun ile Vakıflar Kanununun 29

19) Ord. Prof. E. Arsebük, bu hususu tenkit etmektedir. Tahsili Emval
Kanunu bazı hallerde borçluyu hapis ile tazyik müeyyidesini ihtiva ettiğinden,
malikin tamamen iradesinin mahsulü olan mülkiyet iktisabı hakkı ile bu du-
rum sayın müellife göre kabii telif bulunmamaktadır.

(Bak: E. Arsebük: Medeni Hukuk I. Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Sah.
328, not 65; Ankara 1938.)

(Mülga Tahsili Emval Kanununun 17 nci maddesine bak.)

uncu maddesinde geçen ve yukarıda izahını yapmış olduğumuz on sene-lik müddet on yıl daha uzatılmıştır²⁰.

bb') Mihanikî iktisabın neticeleri :

Halen 10 sene olarak yapılan bu ikinci temdid de nihayete ermiş bulunmaktadır. Gerçekten yukarıda da belirtildiği üzere 2762 sayılı Vakıflar Kanunu 5.6.1956 da kabul edilerek 18.6.1935 tarihinde neşredilmiş ve neşrinden altı ay sonra yani 18.12.193 da mer'iyete girmiştir (Vakıflar K. M: 45), bu itibarla birinci on yıllık süre 18.12.1945 te nihayete ermiş, 4755 sayılı kanunla yapılan ikinci 10 yıllık uzatma da 18.12.1955 te sona ermiş bulunmaktadır. Bu tarihte nitibaren yeni bir uzatma cihetini Kanun Koyucu kabul etmediği için, halen Vakıflar idaresinin bu kabil vakıflar üzerindeki kuru mülkiyet hakkı mihanikî olarak zevale uğramış ve böylelikle Vakıf hükmi şahsın in hakkı da bedele (iva-za) inkilâp etmiştir. Netice itibariyle artık mutasarrıflarının mirasçı bırakmamaları halinde icâreteynli vakıflar mahlûl addolunmak suretiye bunların tasarruf haklarını vakıf hükmi şahsiyeti tevarüs edememekte, mirasçı Hazine olmaktadır (M. K. M: 448). Görülüyor ki bu kabil vakıflar halen tasfiye edilmiş bulunmaktadır.

Vakıflar Kanunu, yukarıda incelediğimiz hususlar neticesi yapılacak ipotek ve mülk olarak tescil muamelelerini hiç bir resim ve harca tâbi tutmamıştır (Vakıflar K. M: 31).

Vakıflar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra icâreteynli gayrimenkullerin tavizleri tamamen vakfa verilmiş olmadıkça o mallar üzerinde yapılacak temlikî tasarruflar Tapu dairelerince tescil olunamıyordu. Vakıflar Kanunu mümkün mertebe bunları tasfiye etmek gayesini güttüğünden, bu kabil hallerde taviz bedelinin ödenmesi mükellefiyetini vazetmişti²¹.

20) 4755 sayılı bu kanunun birinci maddesi şöyledir: "5.6.1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 29 uncu maddesinde yazılı süre sona erdiği tarihten itibaren başlayarak on yıl uzatılmıştır."

21) İstimlâk hâdiselerinde de taviz bedelinin ödeneceğine mütedair Temyiz İçtihadı Birleştirme Kurulunun 30.7.1941 tarihli kararı mevcuttur. Bu kararda şöyle bir ibare yer almaktadır:

"... Tescilin crası Vakıflar Kanununun 30 uncu maddesi mucibince taviz bedelinin tescilden evvel peşin olarak tamamen vakfa verilmesi şarttır. Ve taviz bedeli verilmedikçe, Tapu dairesi teslicden memnudur. Büyük Millet Meclisinin 12 Haziran 1940 tarih ve 1188 sayılı kararı mucibince, kıymet takdir edilirken gayrimenkulün hususiyeti gözönünde tutularak, hariç bırakılmış olmadıkça tavizin, mutasarrıfı tarafından aksi takdirde Belediye tarafından tescilden evvel itfası lâzım gelir. Belediye tescilden sonra gayrimenkule dilediği şekilde tasarruf ederek ister mülk olarak muhafaza, isterse tamamen ve kısmen

23 Mart 1951 tarihli ve 5625 sayılı Tapu Harçları Kanununa Ek Kanun, gayrimenkul mallara müteallik Tapu idarelerince yapılacak her çeşit işlemlerin Devlet, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kamu haklarından doğan alacaklarıyla, vakıf taviz bedellerinin tahakkuk ve tahsiline talik edilemeyeceği hükmünü kabul etmiştir (M: 1/1). Yine aynı kanun 2762 sayılı Vakıflar Kanununun bu kanuna uymayan hükümlerini de ilga etmiş bulunmaktadır²² (M: 4). Bu bakımdan, taviz bedelini ödemeden de gerek mukataalı ve gerekse icâreteynli vakıfların ferağı cihetine gidilebilmekte idi.

ee — Taviz bedelinin mahiyeti :

Taviz bedeli mahiyet itibariyle yeknazarda bir nev'i gayrimenkul mükellefiyetine benzemektedir. Esasen evvelce görüldüğü veçhile, Prof. Leemann da raporunda bu hususa işaret etmişti.

Ord. Prof. Esat Arsebük de, taviz bedelini bir nev'i gayrimenkul mükellefiyeti olarak kabul etmektedir²³. Kanun projesi hakkındaki Hükümet gerekçesinde ise icâreteynli vakıfların tasfiyelerinde alınacak tavizin miktarını tayinde gayrimenkul mükellefiyetindeki hükümlerden istifade edildiğine işaret olunmaktadır. Gerekçede şöyle bir ibare mevcuttur:

“...Bu lüzumun derecesini tayinde yine Kanunu Medenîden istifade olunmuş ve mezkûr kanunun 755 inci maddesi ile kabul edilen miktar esas tutularak..... müeccele ve mukataa miktarının yirmi misli bir taviz mukabilinde mutasarrıfına intikali esas itibariyle kabul edilmiş..” (23/1).

Gerçekten taviz bedeli Medenî Kanunda yer alan (M. K. M: 754-764) gayrimenkul mükellefiyetine benzemekte ise de; evvelce temlik

yola kalb edebilir. Yola kalb edilen hallerde gayrimenkulün tamamen veya kısmen ziyai tabiidir.” İlâve edilm ki bu kararın tarihi 6830 sayılı İstimlâk Kanunu ile Tapu Harçları Kanununa Ek Kanundan öncedir.

B. M. Meclisinin bu kararda zikri geçen 12.6.1940 günlü ve 1188 sayılı kararına ileride temas olunacaktır.

(Bak: Kâmil Tepeci: Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenîsi, Ankara 1946, Cilt 2, Sah. 307).

22) Bu kanunun birinci maddesi şöyledir: “Gayrimenkul mallara müteallik, tapu idarelerince yapılacak her çeşit işlemler, Devlet İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kamu haklarından doğan alacaklarıyla, vakıf taviz bedellerinin tahakkuk ve tahsiline talik edilmez. Tapuya tebliğ edilmiş haciz kararları bu hüküm dışındadır.” Fıkra: 1. Aynı Kanunun 4 üncü maddesi hükmü ise şöyledir: “1833, 1837, 2560, 2762, 2814 sayılı kanunların bu kanuna uymayan hükümleri kaldırılmıştır.”

23) (Bak: Esat Arsebük: a. g. e., Sah. 329, not 67).

23-1) (Bak: a. g. B. M. M. Zabıt Ceridesi, Cilt 4. S. Sayı 124-2, Sah. 5.)

muameleleri zımında tasfiye edilmesi mecburiyetinin kabulü M. K. 764 üncü maddeleri ile kabili telif değildi.

Keza evvelce taviz bedelini tevsik için yapılan ipotek, gayrimenkulün temlikî halinde mecburî bir şekilde tasfiyeye uğramakta idi. Yani bu ipotek tasfiye edilmeden gayrimenkul mülkiyetinin ferağı için gereken tasarrufî muamele yapılamamakta idi. Halbuki bu durumun M. K. un 803 üncü madesi ile telif olunması da hayli güçtü. Prof. Esat Arsebük adı geçen eserinde bu iki durumu Medenî Kanununun 764 ve 803 üncü maddeleriyle telif etmenin imkânsız olduğunu ileri sürmektedir²⁴.

Az evvel işaret olunduğu veçhile, 5625 sayılı Kanunun hükümleri ile tâdile uğrayan taviz bedelinin satış ve temlikî muamelelerle mecburî bir şekilde tasfiyesi durumu hakkındaki 2672 sayılı Vakıflar Kanununun bu hükmü, taviz bedelini gayrimenkul mükellefiyetine nisbeten daha yaklaştırmış ise de; gayrimenkul mükellefiyetindeki borcun mahiyeti göz önüne getirildiği takdirde bu iki müessesenin aynı mahiyette olmadıkları görülür.

Gerçekten Medenî Kanun hükümlerine göre, gayrimenkul mükellefiyetinde borcun karşılığı yalnız gayrimenkuldür. Başka bir ifade ile borç münasebeti ipotekli irad senedinde olduğu gibi sadece aynı bir borç mükellefiyeti tevliid etmektedir. Yani borcun ödenmemesi halinde alacaklı yalnız bu gayrimenkulü takip edebilmekte olup borçlunun diğer malları üzerinde herhangi bir icraî takibatta bulunamamaktadır²⁵ (M. K. M: 757 ve 817; Mehaz İsviçre M. K. M: 785 ve 847). Halbuki taviz bedelindeki borç mükellefiyeti yalnız aynı değil ayrıca şahsî bir borç münasebeti de meydana getirmekte ve bu sebeple de gayrimenkul mükellefiyeti müessesesinden ayrılmaktadır. Ancak gayrimenkul mükellefiyetinde verilecek ve yapılacak edim muacceliyet kesbettiği tarihten itibaren üç sene sonra şahsî borç mahiyetini iktisap eder ve artık takyit edilen gayrimenkul, bu borcun karşılığı olmaktan çıkar (M. K. M: 763/II). Gerçekten taviz bedelinin ödenmemesi halinde borçlunun diğer malları da Mülga Tahsili Emval Kanununun yerine kaim olan 6183 sayılı Âmme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanuna göre takip olunmaktadır.

24) (Bak: Esat Arsebük: a. g. e., Sah. 329, not 67).

25) Medenî Kanununun 757 nci maddesi şöyledir: "İrat senedine müteallik hükümler, bir alacağın teminatı olmak üzere tesis edilen gayrimenkul mükellefiyetinde de câridir." Aynı Kanununun 817 nci maddesi de şu hükmü ihtiva etmektedir: "İrat senedi bir gayrimenkul üzerine gayrimenkul mükellefiyeti olarak tesis olunan bir alacaktır. İrat senedi ile alacak zirai gayrimenkuller, evler ve üzerine bina inşa edilecek arsalar takyit olunabilir. İrat senedi şahsî bir

III. N e t i c e :

Fikrimizce taviz bedeli gayrimenkul mükellefiyetine benzemekle beraber, ayrıca şahsi bir borç münasebeti tevliid ettiğinden ve rekabe (kuru mülkiyet) nin ivazla tesbit edilmiş bir karşılığı ve tasfiye şekli olduğundan ondan ayrılmaktadır.

Esasen 2762 sayılı Vakıflar Kanununun yukarıda zikri geçen 28 - 29 maddelerinde, taviz bedelinin mutasarrıflar tarafından gerek toptan gerek taksitle gerek ademi tediye halinde muayyen bir müddetin müru-runda, icâreteynli vakıf mahiyetindeki gayrimenkullerin mülkiyetlerinin mutasarrıflarına intikal edeceği hususu serahaten ifade olunmuştur.

borç tevlit etmez ve alacağın cihetini (mehazın: Fransızca metninde Cause, al-mancasında da Schuldgrund) de ihtiva etmez."

Cevat Abdürrahim Gücün, taviz bedelini bir gayrimenkul mükellefiyeti olarak telâkki etmektedir. 2—

(Bak: Cevat Abdürrahim Gücün: Nazari ve Ameli Hukuk Dersleri, Cilt I, Gayrimenkuller, Sah. 486. 2 nci basım. İst. 1945).

Temyiz Mahkemesi de taviz bedelini bir gayrimenkul mükellefiyeti mahi-yetinde telâkki etmekte idi. Birinci Hukuk Dairesinin 13.4.1944 tarihli kararı şöyledir: "2762 sayılı Vakıflar Kanunu hükümlerine göre taviz bedeli bir gay-rimenkul mükellefiyeti mahiyetini almış olup Medeni Kanunun 764 üncü mad-desi gereğince bu mükellefiyet satışlarda yeni malike intikal edeceğine ve mez-kûr Vakıflar Kanununda taviz bedelinin evvelemirde satıcıdan alacağının ya-zılı bulunması bu hükmün tağyir etmeyip tahsil için bir müeyyide kabilinden bulunmasına ve taviz bedelinin âkitlerden biri üzerine tahmili hususunda ta-raflar istedikleri veçhile pazarlık edebileceklerine ve hâdisede taviz bedelinin bayie ait olacağı hakkında bir şart dermeyan olunduğu iddia ve isbat edilmemiş olmasına göre dâvanın reddine karar verilmek icap ederken mahkemece Va-kıflar Kanununun istinat edilen 30 uncu maddesine yalnız mâna verilerek ve Kanunu Medeninin yukarıda zikri geçen maddesi hükmüne muhalif olarak tahsiline karar verilmesinde isabet görülmediğine dair..."

(Bak: Recep Köprülü: Yargıtay Hukuk Kısmı, 1944-1945, Ankara 1946

Büyük Millet Meclisince müttehaz ve evvelce zikri geçen kararda da, ta-viz bedelinde bir nevi gayrimenkul mükellefiyeti mahiyetinin mevcut bulun-duğuna işaret olunmuştur. Mezkûr kararda şu ibareler yer almaktadır:

"Taviz bedelinde bir nevi gayrimenkul mükellefiyeti mahiyeti bulunmak-la beraber tefsiri istenen 30 uncu madde (Vakıflar K.) bu mükellefiyetin mülk ile birlikte tedavülünü imkânsız kılmış, bu mükellefiyetin tamamiyle edasından evvel temlikî tasarrufların tesciline müsaade etmemiştir." (T. B. M. M. Kararı 12.6.1940 günlü ve 1188 sayılı Resmî Gazete: Gün 17.6.1940 sayı 4535). (Bak: Senai Olgaç: Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi ve İlgili Hu-susî Kanunlar; Cilt I. Sah. 754-755. İst. 1956) Sah. 47 - 48).

B. M. Meclisinden sudur eden bu kararın tarihi de 5625 sayılı kanunun mer'iyet tarihinden önce bulunmaktadır.

Bu kat'i ifade, bizlere taviz bedelinin tasfiyesine kadar ve halen de Vakıflar K. nun 29. maddesinde derpiş olunan ve muahharen de 4755 sayılı kanunla temdid olunan müddetin mürur etmiş bulunması hasebile Vakıflara ait rakabe hakkı; mezkûr tavizin tasfiyesi neticesinde tamamen sona ermiş ve tapudaki vakıflar adına mevcut kayıt (tescil) terkin edilmiş veya henüz bu durum tamamen tasfiye edilmemiş ise, gayrimenkul rehinlerinden ipotekle birinci derecede ve birinci sırada olmak üzere teminat altına alınmış bir alacak mahiyetine inkilâp etmiştir.

Kanaatimizce bu hususta tereddüdü mucib bir cihet yoktur. Gerçekten Vakıflar Kanununun esbabı mucibe lâyhalarında da böyle bir görüş tarzı açık bir şekilde mükerreren ifade olunmuştur. Hükûmet tarafından Büyük Millet Meclisine takdim edilen mezkûr Kanunun esbabı mucibe lâyihasında, icâreteynli vakıflardan rakabe hakkı karşılığı olmak üzere her sene alınan müeccelenin 20 misli verilmek suretile bu hakkın tasfiyesinin, Medeni Kanunumuzun hükümleri muvacehesinde bir zaruret arzettiği ve tasfiyeye esas olacak bedelin tayininde de Medeni K. nun 755. maddesinde yer alan esaslardan istifade olunduğu belirtilmektedir²⁶.

Ayrıca gerek hükûmetin teklif ettiği tasarıнын 31. gerek Adliye Encümenince kabul olunan tasarıнын 27, gerek Dahiliye Encümenince tasvib edilen tasarıнын keza 27. maddelerinde, icâreteynli vakıf gayrimenkuller üzerinde vakıflara ait kuru mülkiyet hakkının, mutasarrıflarına ancak taviz bedeli mukabilinde naklettireleceği ibareleri yer almaktadır²⁷.

Keza Vakıflar Kanunu tasarıнын Büyük Millet Meclisi Umumi Hey'etindeki müzakerelerinde, gerek Encümen sözcülerinin gerek diğer mebusların beyanatları da bu hususu açıkca teyid etmektedir²⁸.

26) Bak: a. g. T. B. M. M. Zabıt Ceridesi; Cilt 4, S. sayısı 124-2 Sah. 4-5).

27) Hükûmet tasarıнын 31. maddesinin metni şöyledir:

"Mevcut icâreteynli gayrimenkullerin mülkiyeti son sene tahakkuk ettirilen icârei müeccele bâliğinin 20 misline müsavi bir taviz mukabilinde mutasarrıfına intikal eder."

Adliye Encümenince teklif olunan tasarıнын 27. maddesi ise şu ibareleri ihtiva etmektedir:

"Mevcut mukataalı toprakların veya icâreteynli gayrimenkullerin mülkiyetleri, icare veya mukataalarının 20 misli bir taviz mukabilinde mutasarrıflarına geçirilir."

Dahiliye Encümeni ise bu hususda Hükûmet tasarıнын 31. maddesini aynen kabul etmiştir (M: 27).

(Bak: a. g. Zabıt Ceridesi, cilt 4, S. Sayısı 124-2, Sah. 30-32).

Ayrıca icâreteynli gayrimenkul mutasarrıfının intikale nail mirasçı bırakmadan vefatı halinde de Vakıfların rakabe mülkiyeti, tasarruf haklarının mahlûl olması esasına mebni tam mülkiyete inkilâp etmektedir. Böyle bir durumda mutasarrıfa ait tasarruf hakları vakıf şahsiyeti hükmiyesine tekrar avdet etmiş bulunmaktadır. Gayrimenkul mükellefiyetinde ise böyle bir durum bahis konusu değildir. Başka bir ifade ile gayrimenkul mükellefiyetinden müstefid olan, mükellef gayrimenkul mâlikinin mirasçı bırakmadan vefatı halinde mükellef gayrimenkulün mülkiyetini iktisab edemez²⁹.

Her ne kadar Vakıflar Kanunu ile icâreteynli gayrimenkuller üzerindeki vakfa ait rakabe hakkı, bu hakkın tasfiyesine kadar yine bir rakabe hakkı olarak kabul edilmiş ise de, muhteva ve tesir bakımından normal bir rakabe hakkına nazaran hayli zayıf bir durumda bulunmaktadır. Gerçekten rakabe hakkına sahip bulunan vakıf hükmi şahsı, bu gayrimenkuller üzerinde başkası lehine intifa hakkı tesis edilmiş bulunan bir gayrimenkul malikinin haiz olduğu hak ve salâhiyetlere aynen malk değilse de, gerek kanun koyucunun gayesi gerek icâreteynli vakıfların memleketimizde ihdaslarındanberi teessüs eden tatbik şekli ve tabi tutuldukları muameleler, bu hakkın bir gayrimenkul mükellefiyeti olarak kabulüne imkân vermemektedir. Bir hakkın muhtevasına yapılan takyid, o hakkın kanun vazı tarafından serahaten belirtilen isim ve mahiyetini nazarı itibare almamak suretile başka bir hak olarak telâkki edilmesini son derece güçleştirmektedir. Rakabe hakkının muhtevasının gayrimenkul mükellefiyetine bir dereceye kadar benzemesi, yukarıda maruz sebebler muvacehesinde, bu hakkı bir gayrimenkul mükellefiyeti olarak telâkki etmeğe ve şekilde muamele ve kanuni hükümlere tâbi kılmağa kanaatimizce pek de imkân vermemektedir.

Binaenaleyh icâreteynli vakıf gayrimenkullerde vakfın rakabe hakkı tasfiye edilmedikçe mezkûr hak vakıf hükmi şahsiyetine ait bulunmaktadır. Rakabe hakkı sahibinin tapu sicillerinde belli bir şahıs olması halinde de, bu kabil vakıf mahallerin mücerred mutasarrıflarının 20 sene

28) (Bak: a. g. Zabıt Ceridesi, cilt 4, Sah. 20 ve Sn.)

29) Nitekim bu husus tasarının B. M. Meclisi Umumî Hey'etindeki müzakerelerinde de belirtilmiştir.

".....Kanunu Medenîdeki gayrimenkul mükellefiyetinde vakıf lehine hak vardır. Gayrimenkul mükellefiyetinin formülü buna tekabül etmez, mahlûl kalırsa ((vakıf) bu esasa göre o gayrimenkul istifade edene intikal etmez. Mukataalı ve icâreteynlilerde eshabı intikalden kimse kalmayınca o mahal tamamile mahlûlâta avdet eder....."

(Raif Karadeniz (Trabzon) : a. g. Zabıt Ceridesi, Cilt 4, Sah. 22)

evvel vefat etmiş olması veya gaibliğine hükmolunması sebebine müsteniden, Medeni Kanunumuzun 639/II maddesindeki hükmün tatbiki suretile zilyedlerine mülkiyetlerinin iktisabını sağlayamaması, isabetli bir mütalâa olarak telâkki olunmak gerekir.

Netice olarak Temyiz mahkemesince müttehaz mezkûr Tevhidi İçtihad Kararının müstenid bulunduğu mucib sebebler, kanaatimizce, isabetli olup ayrıca icâreteynli gayrimenkulün mahiyetine, bünyesine, uzun seneler müesses tatbik şekline, kanun koyucunun maksadına ve nihayet kanunun sarîh hükümlerine uygun bulunmaktadır.

B. K.

*
**

ŞUF'A İLÂMLARININ İNFAZ MÜRURU ZAMANI VAR MIDİR?

"Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihad Umumi Hey'etinin 11.2.1959 tarih ve 10/12 sayılı kararının Tahlili"

I — Tevhidi İçtihad Kararının Metni¹ :

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihad Umumi Hey'etinin 11/2/1959 Tarih ve 10 E. — 12 K. sayılı kararı :

"İcra ve İfîâs dairesinin 17/10/1952 tarihli ilâmı ile Üçüncü Hukuk dairesinin 23/9/1949 tarihli ilâmları arasında açıkca mübayenet görüldüğünden Tevhidi İçtihad Hukuk Umumi Hey'etince incelenerek gereği konuşuldu:

İcra ve İfîâs dairesi ilâmında şuf'a ilâmlarının on senelik müruru-zamana tâbî olmadığı mütalâa olduğu halde Üçüncü Hukuk dairesi ilâmında bu gibi ilâmların da on senelik müruru zamana tâbî olduğu belirtilmektedir.

Şuf'a dâvası sonunda dâvacının haklı olduğuna dair verilen hüküm, hak sahibinin şuf'a hakkını kullanması neticesinde o hak sahibi ile (Şefi ile) hisseyi diğer hissedardan satın almış bulunan yeni malik (dâvalı) arasında bir satış münasebetinin doğduğu ve bu satış münasebeti dolayısıyla hissenin mülkiyetinin hâkim tarafından dâvalıdan alınıp dâvacıya geçirildiğini tesbit eder. Gerçekten; şuf'a dâvası açan kimse, şuf'a hakkını kullanmış olması sonunda kendisi ile hissenin yeni maliki arasında (Hisseyi satan hissedarla yeni malik arasında yapılmış bulunan akdin şartlarının aynı olan şartlarla) bir satış akdi meydana gelmiş olduğunun tes-

1) Bakınız: Resmî Gazete, 23 Nisan 1959 tarih ve 10194 S.

biti ve (bu satış sebebiyle hisseyi dâvalı dâvacıya temlik etme borcunu üzerine almış durumda bulunduğundan) Medenî Kanununun 642. maddesi hükmünce hissenin kendisine temlikini istemiş demektir. O halde şuf'a dâvasında dâvacının haklı olduğunu bildiren ilâm, Medenî Kanununun 642. maddesi gereğince verilmiş bir hükmü ihtiva etmektedir. Bir gayri menkul temlik borcunu doğuran akde dayanılarak ve Medenî Kanununun 642. maddesi hükmünce açılan bir dâva sonunda verilen ilâm ile mülkiyet dâvalıdan dâvacıya geçer. Zira; Medenî Kanununun 633. maddesi hükmünce hak sahibi mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini istemiş olduğu cihetle Hâkim de mülkiyetin dâvada haklı çıkan dâvacıya ait olduğuna karar verir.

Bu izahlardan anlaşılıyor ki, Medenî Kanununun 642. maddesi uyarınca Hâkimin verdiği hüküm, hukukî mahiyetce yenilik doğuran (İnşai veya ihdasî) bir hükümdür ve böyle bir hükme dayanan dâvacı, her zaman Tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini sağlamak üzere İcra Memuruna veya Medenî Kanununun 642. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce doğrudan doğruya Tapu Memuruna baş vurabilir. Çünkü aynı haklarda Medenî Kanunun hükümleri bakımından iskati müruru zaman cari olmayıp ancak iktisabî müruru zaman ile bir kimsenin aynı hakkının sona ermesi mümkün bulunduğundan, Borçlar Kanunundaki ve İcra ve İflâs Kanununun 39. maddesinin iskati müruru zaman müddetlerinin geçmiş olması; ilâm ile mülkiyet iktisabetmiş olan kimsenin mülkiyet hakkına her hangi bir şekilde müessir olamaz. Bu sebeble Medenî Kanununun 642. maddesi hükmünce alınmış olan ilâmların ve bu arada şuf'a ilâmlarının iskati müruru zamana tâbi olmadığı esasına dayanan İcra ve İflâs dairesi içtihadı kanuna uygundur.

Yukarıdaki izahatın lâyiki veçhile anlaşılabilmesi ve şuf'a hükümlerine ait tatbıkattaki bazı tereddütlerin izalesi için şu noktaları tebarüz ettirmekte fayda mülâhaza olunmaktadır.

Şuf'a mevzuundaki müteaddid içtihadı birleştirme kararları ile te'yid olunduğu üzere Türk Hukukunda şuf'a hakkı, bir yenilik doğuran (İnşai) hak mahiyetindedir ve bu hakkın sahibi tarafından diğer tarafa ulaştırılmış beyan ile kullanılması sonunda hak sahibi ile hissedarın hissesini satın almış bulunan kimse arasında bir satış akdi münasebeti doğar. Ve bu satış münasebeti dolayısıyla hissenin mülkiyeti şefie geçmez ve fakat şefi her alıcı gibi, malın temlikini isteme alacağına sahib olur. Hissenin mülkiyeti şefie ancak, kendisinin satış münasebetinden doğan borçlarını yerine getirmesi halinde ve diğer tarafın hisseyi tapuda temlik etmesi yahut şefinin satış münasebetine dayanarak ve Medenî Kanununun 642. maddesi hükmünce açtığı tescil dâvası sonunda lehinde karar al-

ması ile geçer. Tatbikatta şefi, açtığı tek bir dâva ile hem şuf'a hakkını kullandığını diğer tarafa bildirir ve bu hakkın kullanıldığının tesbitini ister, hem de şuf'a hakkını kullanmış olması sebebiyle meydana gelen satış münasebeti dolayısıyla hissenin kendisine temlikini ister; mahkeme şuf'a hakkının kullanılmasının şartları gerçekleşmiş olduğunu ve satış münasebetinden doğan borçlarının (Hususiyle satış parasının vâdeye bağlı olmadığı hallerde para ödeme borcunu) şefi tarafından yerine getirilmiş bulunduğunu tesbit ettikten sonra hissenin mülkiyetinin şefie geçirilmesine karar verir ve ancak bu karar ile şefi hisseye malik olur. Lâkin tek bir dâva ile - neticeye ulaşılmış olması, ortada her şeyden önce tek taraflı bir irade beyanı (Şuf'a hakkının kullanıldığını diğer tarafa bildiren beyan) bundan sonra bu beyan neticesinde meydana gelen satış akdi münasebeti ve daha sonra da satış münasebetine dayanan şefinin hissensinin kendisine temlikini istemesi - gibi üç safhanın mevcut olduğu ve her safhanın hukuki hükümlerinin aynı olduğu hakikatını bertaraf edemez.

Netice; Medenî Kanununun 642. maddesi hükmünce alınmış olan ilâmların ve bu arada şuf'a ilâmlarının icrasının her zaman istenebileceğine ve bu ilâmlar hakkında ıskatî müruru zaman hükümlerinin tatbik olunamayacağına 11/2/1959 tarihli birinci toplantıda ve ittifakla karar verildi".

II — *Tevhidi İçtihat Kararının Hallettiği İçtihat İhtilâfı:*

Temyiz mahkemesi, bugüne kadar şuf'a hakkı ile ilgili 13 adet tevhibi içtihat kararı ısdar etmiş bulunuyordu. Bu sonuncusu ile rakam 14 e balığ olmuştur. Medenî Kanunumuzun hiç bir müessesesinde rastlanmayan bu tevhibi içtihat bolluğu ile, şuf'a hakkı bürünmüş olduğu (İçtihadî müessese) hüviyetini biraz daha tarsin eylemiş bulunmaktadır.

1) Temyiz Mahkemesi 3 üncü Hukuk dairesi, 23.9.1949 tarih ve 8708/10398 sayılı kararında "Şefi, şuf'a hakkındaki kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren ON SENE içinde tapu kaydının tashihen uhdesine tescilini yaptırmalıdır. Aksi takdirde zaman aşımına uğrar" içtihadında bulunmuştu².

Buna mukabil, Temyiz mahkemesi İcra ve İflâs dairesi, 17.10.1952 tarihli ilâmında "Şuf'a ilâmlarının on senelik müruru zamana tâbi olmadığı" kararına varmıştı.

Temyiz mahkemesi Tevhidi içtihat hukuk kısmı umumi hey'eti, işte

2) Bu karar için bakınız: S. Olgaç - M. R. Karahasan - Gayrimenkullerin akid esasına dayanan iktisap ve tescilleri, 1956, İst. sh. 418.

bu iki daire kararı arasındaki açık mübeynetyi bertaraf etmek yoluna gitmiş ve neticeten "Şuf'a ilâmlarının icrasının müruru zamana tâbi olmadığı" yolundaki İcra İflâs dairesinin kararı'nın isabeti kabul olunmuştur.

2) Ancak, tahlili ile meşgul olduğumuz tevhide içtihat kararında temas edilmiş olmamakla beraber, mesele daha önce (Hukuk Umumi Hey'etince) de müzakere konusu edilmiş ve Hukuk Genel Kurulu, 10.12.1952 tarih ve 5/11-117 sayılı kararı ile Şuf'a ilâmlarının infaz müruru zamanı bulunmadığını, yâni iskatî zaman aşımına tâbi olmadığını ifade etmiş, şefiin bu hakkının zevali için, ancak, Medeni Kanununun 638 ve 639 ncu maddelerindeki şartların, yani iktisabî zaman aşımı şartlarının tahakkuk etmiş bulunması lüzumunu tasrih eylemişti³.

Böylece tarihen daha mukaddem olan İcra - İflâs dairesi kararı ile Hukuk Umumi Hey'etinin kararı birbirini teyit eylemekle, mesele, Tevhidi içtihat kararından önce de halledilmiş, hiç olmazsa tavazzuh etmiş sayılabilir.

Şu var ki, Hukuk Umumi hey'eti kararlarının hâkimleri bağlayıcı hükmü, ancak hâdisesine maksur ve münhasırdır. Tevhidi içtihat kararlarının bağlayıcı hükmü ise umumîdir. Bu itibarla iki daire arasındaki içtihat mübayanetini birleştirmek için, tevhide içtihat umumî hey'etinin böyle bir karara yine de ihtiyaç vardı.

Kaldı ki, bahis mevzuu tevhide içtihat kararında, şuf'a hakkının ve şuf'a dâvalarının hukukî mahiyeti ve bünyesinde düğümlenen problemlerin - derli toplu ve isabetli - bir izahı da yapılmıştır.

Şuf'a hakkının hukukî mahiyetini açıklayan çeşitli teoriler, şuf'a hakkının kullanılma şekli ve sureti, kullanmanın hükmü, meşfuunbihin mülkiyetinin şefie hangi anda geçmiş sayılacağı v.s. gibi bugüne kadar çeşitli hal tarzlarına bağlanmış olan mevzularda, en yüksek kaza merciinden bu tevhide içtihat kararı ile tutulan ışıklar, bundan böyle olsun, şuf'a müessesesi etrafında beliren tereddüleri izaleye - esas itibariyle - kâfi gelecek vuzuh ve isabettedir.

Metnin tetkikinden de anlaşılacak olan bu esaslar, aşağıdaki tarzda sistematize edilebilir:

III — Tevhidi İçtihat Kararının İstinat Ettiği Esaslar ve vâsil olduğu neticeler :

- 1) Türk Hukukunda (Şuf'a Hakkı, bir Yenilik Doğuran (İnşai) Hak mahiyetindedir.

3) Bu karar için bakınız: H. V. Velidedeoğlu - G. Esmer - Gayrimenkul tasarrufları - 2. tabı, İst. 1956, Sh. 513, No. 6.

Malûmdur ki, şuf'a hakkının hukukî mahiyetini izaha çalışan, muhtelif nazariyeler vardır: İcap nazariyesi, bey vaadi nazariyesi, çift şartlı bey teorisi ve nihayet İnşai hak nazariyesi.

Türk Doktrin ve jürisprüdansında da bu çeşitli görüşler, kısa ömürlü birer hayat sahası bulmuş ise de, Temyiz mahkemesi, 20.6.1951 tarih ve 13/5 sayılı tevhidî içtihat kararı ile meseleyi sonuncu nazariye lehinde halletmiş ve (Şuf'a Hakkını, yenilik doğuran kurucu bir hak olarak) kabul etmiştir. Son Tevhidî İctihat kararı da bu noktai nazariye teyit etmektedir.

- 2) Şuf'a Hakkının Kullanılması sonunda, Hak sahibi (Şefi) ile hissedarın hissesini satın almış kimse arasında bir *Satış Akdi Münasebeti Doğar*.

Şuf'a hakkının kullanılması, yani inşai mahiyette bulunan bu hakkı istimal ettiğine dair şefi'in beyanının muhataba vusulü ile yeni bir vaziyetin doğduğu muhakkaktır. Fakat mühim olan bu (Yeni vaziyetin ne olduğu) sualinin isabetli cevabını vermektedir.

Acaba, kullanma ile şefi, mükelleften (resmî şekilde bir satış mukavelesi yapılmasını istemek hakkını mı kazanmıştır?) Yoksa, kullanma ile (müşterinin sarta muallâk iktisabı, sebepsiz ve haksız bir tescil mahiyetini almış ve böylece malik sıfatını muhafaza eden bâyi hissedar ile şefi arasında yeni bir bey akdi mi doğmuştur?) Bu noktai nazara iltifat olunduğu takdirde, Prof. Haab'ın ileri sürdüğü ve müdafaa ettiği (Çifte değişiklik ve çifte dâva ikamesi) fikrine mi, Prof. Homberger'in terviç ettiği (Çifte değişiklik, fakat tek dâva ikamesi) fikrine mi iltihak etmek lâzımdır? Yahut da, kullanma ile şefi, müşteriyi istihlâf etmiştir ve bâyi ile müşteri arasında mün'akit akdin sahibi, artık müşteri değil, şefi olmuştur; mülkiyet de kullanma beyanının vusulü ile şefie geçmiştir mi denecektir? Şuf'ada istihlâf nazariyesi adı altında gelişen ve geniş bir hukukçu zümresini etrafında toplayan ve hatta - ihtilâflı olmakla beraber - 20.5.1951 tarih ve 13/5 sayılı tevhidî içtihat kararı ile Temyiz mahkememizin dahi iltihak etmiş bulunduğu söylenebilen bu nazariyenin dahi, durumu tam bir şekilde izaha kâdir olamadığı ve bugünkü hâkim görüşün, (kullanma ile şefi - şuf'a mükellefi (meşfuunaleyh) arasında birincisinden müstakil (yeni bir bey akti münasebeti doğduğu) ve hâdiseye (normal bir bey aktinin hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği) fikrinde toplandığını söyleyebiliriz⁴. Nitekim, Temyiz mahkememiz de 21.5.1958 tarih ve 7/3 sayılı tevhidî içtihat kararı ile sarîh bir şekilde bu sonuncu fikre ilti-

4) Bütün bu noktai nazarların mufassal izah ve tenkidi için bakınız: Feyzi N. Feyzioğlu - Şuf'a Hakkı, İst. 1959, Sh. 325 v. d.

hak etmiş ve “şefiin hakkını kullandığını diğer tarafa bildirmesiyle, kendisi ile diğer taraf arasında bir SATIŞ AKTİ meydana geldiğini ve bu akit gereğince şefiin, meşfuunbihin mülkiyetinin kendisine devrini diğer taraftan isteme ALACAĞI'na sahip olduğunu” ifade eylemişti⁵.

Son tevhidî içtihat kararı, bu isabetli noktaî nazarı ancak teyit eylemektedir:

- 3) Doğan satış münasebeti, şefie, sadece (Malın Temlikini isteme alacağını bahşeder, fakat şefie mülkiyet hemen geçmiş olmaz).

Halbuki, şuf'a da tam istihlâf: Aynı'da istihlâf görüşüne göre, mülkiyet şefie, kullanma beyanının vusûlü ile birlikte geçer. Fakat bu noktaî nazarı eski hâkimiyetini kaybettiğini ve kullanma beyanının muhataba vusulü ile ancak (Şefi ile alıcı arasında yeni bir bey münasebetinin doğduğunu ve bu münasebete normal bir bey aktinin hükümlerinin tatbiki gerektiğini) tekrarlırsak, son tevhidî içtihat kararındaki isabet de vuzuhla ortaya çıkar. Çünkü, malûm olduğu üzere, Türk — İsviçre Medenî Kanunu sisteminde, mülkiyet (Bey aktinin in'ikadı ile değil, menkullerde zilyedliğin nakli ve gayrimenkullerde de tescil ile) ancak intikal eder. Bir de M. K. Md. 633/2 de yazılı hallerde (Tescilsiz iktisap yolları) vardır ki, şefiin şuf'a hakkını kullanma beyanı, ne tescil, ne de mahkeme ilâmı hükmünde olamayacağından, mülkiyetin kullanma beyanının vusulü ile şefie intikal ettiğini iddia etmek herhalde isabetsizdir. Fakat bu kullanma beyanının muhataba vusulü ile doğan yeni (Bey münasebeti, M. K. Md. 642/1 de zikri geçen İktisap sebeplerinden biri) dir ve bu sebeple de şefi, (meşfuunbih hissenin mülkiyetinin kendisine hükmen geçirilmesini) talep ve dava edebilir. Mülkiyet de ancak bu dâva sonunda verilen ilâm ile şefie intikal eder. Şu izahata göre;

- 4) Meşfû Hissenin Mülkiyetinin Şefie Geçmesi İçin:

a) Evveleminde kendisinin, şuf'a hakkını kullanması ile doğmuş bulunan (Satış münasebetinden tevellüt eden ve şahsına terettüp eden borçlarını yerine getirmesi) icap etmektedir. Çünkü, bey akti iki tarafa borç tahmil eden akitlerdendir. B. K. Md. 81 gereğince “mütekabil taahhütleri muhtevî ola nakdin ifasını talep eden kimse (ise), aktin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir' ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lâzımdır.”

Nitekim bu lâzimeye, tahlilini yaptığımız tevhidî içtihat kararında da temas edilmiş ve “şefiin satış münasebetinden doğan borçlarını - hu-

5) Bu tevhidî içtihat kararı için bakınız: Resmî G. 25.9.958 tarih ve 10016 sayı. Sh: 20217.

susiyle - satış parasının vâdeye bağlı olmadığı hallerde para ödeme borcunu - yerine getirmiş olması ve bunun yerine getirilmiş olup olmadığının da mahkemece tesbit edilmesi gerektiği" belirtilmiştir. Esasen bu cihet, 20.6.1951 tarih ve 13/5 sayılı tevhidî içtihat kararıyla, çok daha önceden halledilmiş ve "Hâkim tarafından re'sen tayin edilecek bir mehilde satış bedeli ile masrafların müşteriye tediyesi veya mahkeme veznesine tevdi" lüzumu bilhasşa belirtilmişti⁶.

b) Bu suretle kendisine terettüp eden vecibeleri yerine getiren şefi, diğer tarafın, meşfu hisseyi nzaen tapuda temlik etmemesi üzerine, hakkı kullanma beyanının vusulü ile doğmuş olan işbu satış münasebetine dayanarak, M. K. Md. 642 hükmünce açacağı (Tescil dâvası) sonunda lehine karar alması icap eder. Ancak bu karar ile şefi hisseye malik olur. Bittabii alınmış olan bu ilâmın kesinleşmiş olması gerekir⁷. Fakat mülkiyetin şefie intikal etmesi için kesinleşmiş şuf'a ilâmına istinaden meşfu hissenin tapuda tescil muamelesinin de yapılmasını beklemeğe ihtiyaç yoktur. Bazılarına göre, "şefiin istihsal ettiği ilâm, Medenî Kanununun 633 ncü maddesinde yazılı (Mülkiyeti doğrudan doğruya dâvacıya izafe eden, başka bir ifade ile mülkiyeti hemen iktisap ettirici ilâmlardan değildir"⁸. Fakat bu noktai nazarda isabet yoktur. Zira, istihsal edilen şuf'a ilâmı tescile muvafakatin yerine kaim olmakla kalmamakta), daha da ileri giderek kesinleşmesi ile birlikte (meşfuun mülkiyetini de şefie intikal ettirmiş) bulunmaktadır. Nitekim, Temyiz mahkemesi Tevhidî İçtihat Umumi Hey'etinin, 21.5.1958 tarihli kararında olduğu gibi, bu kararında da Şuf'a dâvasının bünyesinde mündemiç talepler ve şuf'a ilâmının hükmü gayet isabetli bir şekilde izah ve tafsil olunmuştur; şöyle ki: :

5) Şefiin açtığı (Tek dâva) ile sağlanan hususlar :

a) Şuf'a hakkının kullanılması, muayyen bir şekle tâbi değildir. Tatbikattaki teamüle rağmen, bu hakkın Dâva ikamesi suretiyle istimaline hiç de zaruret yoktur. Pek çok inşai hak gibi, bunun dermeyan vasıtası da, muhataba tevcihi lâzım ve vusulü kâfi tek taraflı bir irade beyanıdır. Bu hakkın dâva ikamesi ile birlikte kullanılmış sayılması da mümkündür.

Temyiz mahkemesi şefiin açtığı tek dâva ile, evvelâ bu (kullanma beyanının) yerine getirilmiş bulunduğunu farz ve kabul etmektedir. Bit-

6) Bu karar ve izahı için Bak: F. N. F. - a. g. Şuf'a Hakkı, Sh. 383.

7) T. 4. H. D. nin 10.6.957 - 5962/4240 S. Kararı.

8) Vasfi Şenözen - Jurisdictio, S. 8, Sh. 719.

tabii daha önceden, bu hak - mektup v.s. ile - kullanılmamış ise, şefi dâva ikamesi ile, şuf'a hakkını kullandığını diğer tarafa bildirmiş duruma girmektedir.

Dâva suretiyle de olsa, kullanma beyanının, şefi tarafından, şuf'a hâdisesine ittila tarihinden itibaren bir aylık sukutu hak müddeti zarfında yapılmış olması gerektiğinden, mahkeme de, evveleminde, (Şuf'a hakkının kullanılması şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığını) araştıracaktır.

b) Buñdan sonra, şefi ikame ettiği tek dâva ile, kullandığı tesbit edilen bu hakkın istimali neticesinde (*meydana gelen Satış münasebeti'nin tesbiti*) ni de talep etmiş olur.

Şuf'a dâvası, bu cephesiyle ihdâsî değil, izharîdir. Zira, şefi ile hisseyi satın alan kimse arasında meydana geldiğini söylediğimiz (yeni bey münasebeti), şefi'nin şuf'a hakkını kullandığını bildirir tek taraflı irade beyanının muhataba vusulü ânında ve otomatikman vücade gelmiştir. Bu, şuf'a hakkının (İnşai mahiyetinin bir neticesi) dir. Bahis mevzuu kullanma beyanının mutlaka dâva ikamesi suretinde yapılması zarureti de olmadığından açılan dâva'nın - bu safhası - ancak (kullanma beyanının vusulü neticesi doğmuş olan yeni bey münasebetinin **TESBİTİ**) nden ibaret bulunur. Tesbit'e matuf kısım ise ihdasî değil, izharî olabilir.

c) Fakat, şefi'nin ikame ettiği (tek dâva) nın bünyesinde bir üçüncü safha daha vardır ki, o safha, tamamen (İhdasîdir, inşaîdir).

Gerçekten de, kullanma beyanı sonunda doğan yeni bey akti muhataba, mesfuunbihin mülkiyetini şefie intikal ettirmek vecibesini de tahmil etmiştir. Eğer, muhatap bu vecibesini rızaen yerine getirmek isterse, mesele kalmaz. Tapu memuru, taraflardan - satıcı durumuna giren muhatabın, meşfuun mülkiyetinin şefie geçirilmesini müş'ir (yazılı tescil talebi üzerine), tescil muamelesini ifa ve ikmal eylemek mecburiyetindedir.

Fakat, rızaen mülkiyetin intikali muamelesi yaptırılamazsa şefi, o zaman, açmış olduğu (şuf'a dâvası ile mes'elenin hükmen halli) yoluna tevessül etmiş olur. Ancak bu safhada nazik olan cihet şurasıdır: Şefi, açmış olduğu şuf'a dâvası ile, doğan satış münasebetine dayanarak meşfuunbihin kendisine temlikinin karar altına alınmasını isterken, (istihsal edilen hükmü, sadece meşfuunaleyhin vermekten kaçındığını tescile muvafakati yerine kaim olmuş saymak hatalı) olur. Bil'âkis, kullanma beyanının vusulü ile birlikte (şefi ile muhatap arasında doğan ve ikame edilen dâva ile tesbit edilmiş bulunan Bey akti, tam mânasiyle M. K. Md. 642/1 de kastolunan (İktisap sebepleri'nden biri) dir. Bu sebeple de

sâdır olan şuf'a hükmü, aynı zamanda (Yenilik doğuran bir hüküm olarak, yalnız muhatabın vermekten imtina ettiği (tescile muvafakatin yerine kaim olmakla kalmamakta), daha da ileri giderek (meşfuun mülkiyetini şefie intikal ettirmiş bulunmakta) dır⁹.

Bu sebepledir ki, tescil muamelesini, M. K. Md. 642/2 ve 922/2 ye istinaden, artık meşfuunaleyhin (Tahriri bir beyanına hacet olmaksızın, doğrudan doğruya da) yaptırabilecektir.

Nitekim, Tevhidi içtihat kararında da bu hususa işaret edilmekte ve denmektedir ki "Medeni kanunun 642 nci maddesi uyannca hâkimin verdiği hüküm, Hukukî mahiyetçe yenilik doğuran (inşai veya ihdasi) bir hükümdür ve böyle bir hükme dayanan dâvacı, her zaman tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini sağlamak üzere icra memuruna veya medeni kanunun 642 nci maddesinin 2 nci fıkrası hükmünce doğrudan doğruya tapu memuruna baş vurabilir."

Görülüyor ki, şefiin açtığı tek dâvada, her birinin hukukî hükümleri vekdiğerinden farklı olan fakat bir önceki, bir sonrakinin hukukî sebebini teşkil eden üç ayrı safha mevcut bulunmaktadır.

6) Tescil Muamelesine Niçin ve Ne zaman İhtiyaç bulunduğu:

Yukandaki izahat, meşfu hissenin mülkiyetinin şefie, kesinleşen şuf'a ilâmı ile birlikte intikal ettiğini ve binnetice şefii'in bir malikin haiz olduğu sair hukuku da şuf'a ilâmı ile birlikte haiz olduğunu belirtmiş durumdadır. Ancak şu farkla ki şefi de, Medeni Kanunun 633 üncü maddesinin 1 nci fıkrasındaki sair tescilsiz iktisap yolları için olduğu gibi, tescil muamelesi ikmal edilmedikçe, temlikî tasarruflarda bulunamayacaktır (M. K. Md. 633/2). Demek oluyor ki şefiin tescil muamelesini yaptırması, mülkiyetin intikalini temin için zarurî bulunmamaktadır. Tescil, kesinleşen şuf'a ilâmı ile birlikte maliki durumuna girdiği meşfu hisseyi ahara satabilmesi, bağışlayabilmesi v.s. gibi temlikî tasarrufları yapabilmesi için zarurîdir. Fakat bu yollara tevessül niyetinde bulunmadıkça, şefi meşfu hisse üzerinde aynı hakların en kuvvetlisi olan mülkiyet hakkına sahip olarak, aynı hakların sair imkân ve imtiyazlarından faydalanabilecektir.

7) Aynı Haklarda, İskatî Müruru Zamanın Cârî olmayışı :

Tevhidi içtihat kararında da bilhassa belirtildiği gibi, Aynı haklarda medeni kanun hükümleri bakımından İskatî müruru zaman cârî olmaz. Ancak İktisabî müruru zaman ile bir kimsenin avni hakkının sona ermesi mümkündür. Yani ya, M. K. Md. 638 deki ON senelik (adi iktisabî müruru zaman şartları), yahut da M. K. Md. 639 daki YİRMİ

9) Fazla bilgi için Bak: F. N. F. - a. g. Şuf'a Hakkı Sh. 360.

SENELİK (Fevkalâde iktisabî müruru zaman) şartları tahakkuk etmesi halindedir ki, şefiin, kesinleşen şuf'a ilâmı ile birlikte mülkiyetini iktisap ettiği meşfu hisse üzerindeki aynı hakkı (mülkiyet hakkı) zail olabilecek, fakat bunun dışında, şefiin bu hakkı, ne Borçlar Kanunundaki, ne de İcra İflâs Kanununun 39. maddesindeki iskati müruru zaman müddetlerinin geçirilmiş olması sebebiyle, zail olmayacaktır. Binnetice, şefi şuf'a ilâmının üzerinden on seneden fazla bir zaman dahi geçmiş olsa, hâdise M. K. Md. 638 veya 639 daki iktisabî zaman aşımı şartları içine girmedikçe, Tapu memurundan doğrudan doğruya veya icra memuru vasıtasıyla şuf'a ilâmının infazını istiyebilecek ve tescil muamelesini de yaptırabilecektir.

NETİCE : M. K. Md. 642 hükmünce alınmış ilâmların ve bu arada şuf'a ilâmlarının icrasının her zaman istenebileceği ve bu ilâmlar hakkında iskati müruru zaman hükümlerinin tatbik olunamayacağı yolundaki içtihadı birleştirme karar, gerek varmış olduğu netice itibariyle, gerek bu vesile ile temas ve hallettiği şuf'a hakkıyla ilgili sair problemler sebebiyle, takdirle karşılanacak bir değer arzetymekte ve son senelerde rastlanmağa başlanan müdellel içtihadı birleştirme kararları'nın yeni bir nümunesini teşkil etmektedir.

F. N. F.

D) İŞ HUKUKU KARARLARI :

İş akdinin işveren tarafından muhik sebeple feshinde beyanın muteberliğinin şekle tâbi olmadığı

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihad Büyük Hey'etinin 18/2/1959 tarih ve 27 E. — 17. K. sayılı kararının tahlili

KARAR :

İş akdinin işveren tarafından, İş Kanununun 16. maddesine, yâni muhik sebebe dayanılarak, akdin sonu veya ihbar süresi beklenilmeksizin, feshi halinde fesih iradesinin işçiye yazı ile bildirilmesinin ihbarın muteberliği için şart olup olmadığı, daha umumî bir ifade ile İş Kanununun ihbarların ne şekilde yapılacağını gösteren 6. maddesinin kabul ettiği şeklin bir muteberlik şekli mi, yoksa bir isbat şekli mi olduğu hususunda Temyiz Mahkemesi Umumi Hey'etinin 8/1/1958 tarih, esas: 4/7, karar: 1 sayılı kararı ile 12/2/1958 tarih esas: 4/17, karar: 10 sayılı karar arasında içtihad aykırılığı olduğu bildirilerek bunun giderilmesi

istenilmekle Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihad Büyük Hey'etinde mesele müzakere edildi.

Hukuk Umumi Hey'etinin 8/1/1958 tarih, esas: 4/7, karar: 1 sayılı kararında İş Kanununun 16. maddesine dayanılarak iş akdinin muteber bir şekilde feshedilebilmesi için işverenin feshe müteallik iradesinin, İş Kanununun 6. maddesine uygun olarak, yâni yazı ile işçiye bildirilmesi gerektiği, bu şekilde yapılmıyan fesih ihbarının muteber olamayacağı, yâni İş Kanununun 6. maddesi ile kabul edilen şeklin bir muteberlik şekli olduğu kabul edildiği halde, 12/2/1958 tarih, esas: 4/17, karar: 10 sayılı kararlarla fesih iradesinin işçiye yazı ile bildirilmesinin bir muteberlik şekli olmadığı, yâni bahi skonusu madde ile kabul edilen şeklin sadece bir isbat şekli olduğu kabul edilmiştir. Şu hale göre Hukuk Umumi Hey'etinin bu iki karar arasında giderilmesi icabeden açık bir içtihad aykınlığı vardır.

Borçlar Kanunu, kaide olarak, akidlerin muteberliğini hususî bir şekle tâbi tutmamıştır. Tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun surette rızalarını beyan etmeleri ile akit tamam olur (Borçlar Kanunu madde 1, madde 11, fıkra 1). Vazı Kanun yalnız hususî surette ehemmiyetli veya tehlikeli saydığı bazı muamelelerin muayyen şekilde yapılmasını emretmiştir. Bununla da muamelenin yapılmasından önce alâkaların iyi düşünmelerinin, muameleye vuzuh ve kat'iyet vermelerinin ve nihayet ihtilâf halinde muameleyi ve bunun hükümlerini kolayca isbat edebilmelerinin temini arzu edilmiştir. Kanununun emrettiği şekil hakkın esasına taallük ve tesir ediyorsa hukukî muamele ancak emredilmiş olan şekle riayet edilmesi halinde muteber olur. Bu takdirde muteberlik şeklinden bahsolunur. Bazı hallerde ise şekil bir muhakeme usulü kaidesidir. Bu takdirde de şekil hukukî muamelenin bir muteberiyet şartı değil sadece isbat için aranan bir şarttır.

İş Kanunu esas itibariyle iş akdinin muteberliğini herhangi bir şekle tâbi tutmamıştır. Yalnız 9. maddesi ile müddeti bir sene veya daha fazla olan sürekli iş akidlerinin, 11. maddesi ile de takım mukavelelerinin muteber olabilmeleri için yazı ile mukaveleye bağlanmalarını mecburi kılmıştır.

Yine İş Kanununun 6. maddesi ile de mezkûr kanunda zikrolunan (İhbar) veya (Tebliğ) lerin alâkadar kimseye imza karşılığında yapılmasının, ihbar veya tebliğin muhatabının bunu kabul etmemesi halinde de keyfiyetin o yerde zabıt varakasıyla tesbitinin gerektiği kabul olunmuştur.

Borçlar Kanununun (Akidlerin şekli) matlabını taşıyan 11. maddesinin ikinci fıkrası da "Kanunun emrettiği şeklin şümûl ve tesiri dere-

cesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akid bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz" hükmünü ihtiva etmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 287. maddesinin birinci cümlesinde de aynen "Kanunun muayyen bir delil ile isbatını emrettiği hususlar başka suretle isbat olunamaz" denilmektedir.

Kanun Vazı esas itibariyle iş akdinin muteberliğini hususi bir şekle tâbi tutmadığına göre bunun feshi hakkındaki irade beyanının, muteber olabilmesi için yazılı şekilde yapılmasını emrettiği düşünülemez. Kanun Vazı, İş Kanununun 6. maddesi hükmünü kabul etmekle sadece İş Kanununa göre yapılacak (İhbar) ve (Tebliğ) lerin, bu arada iş akdinin feshi hakkındaki irade beyanının mezkûr maddede gösterilen yazılı delilden başka bir delil ile isbatına imkân vermemek ve bu suretle, ihtilâf halinde, ihbar ve tebliğlerin yapılıp yapılmadığı yollu iddia ve müdafaa-ların kolayca isbat ve hallini sağlamak istemiştir.

Mevzuatımızda Borçlar Kanununun yukarıda zikri geçen 11. maddesinin yanında bir de Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun yine yukarıda söz konusu edilen 287. maddesi hükmü mevcut olduğuna göre İş Kanununun 6. maddesinin koyduğu şeklin muteberlik şekli mi, yoksa isbat şekli mi olduğu meselesinin halli istenilirken yalnız Borçlar Kanununun 11. maddesi hükmünün değil, usulün 287. maddesi hükmünün de göz önünde bulundurulması iktiza eder. Borçlar Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak her hangi bir kanun hükmü ile kabul edilmiş olan şeklin istisnasız olarak muteberlik şekli olduğunu iddia ve kabule imkân yoktur. Esasen bahis konusu fıkradaki (Kanunun emrettiği şeklin şümûl ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin edilmemiş ise...) sözleri de kanunun emrettiği her şeklin mutlaka sıhhat şartı olmadığını göstermektedir. Bu sebeblerle, yukarıda da izah olunduğu gibi, esas itibariyle iş akdinin muteberliği dahi hususi bir şekle tâbi tutulmamış olduğuna göre bunun feshinin yazılı şekle tâbi tutulduğunun, dolayısıyla İş Kanununun 6. maddesi ile kabul edilen şeklin bir muteberlik şekli olduğunun kabulü doğru olamaz. Bilâkis, mezkûr maddede ile benimsenmiş bulunan şeklin sadece bir isbat kaidesi olduğunun kabulü işin icablarına, menfaatler ihtilâfına, nihayet hukuk esaslarına daha uygun düşer. Zira 6. madde ile derpiş edilen şeklin muteberiyet şekli olduğunun kabulü halinde iş akdinin feshinin sözle ihbar edilmiş ve tarafların da ihbarın yapıldığında söz birliği etmiş olmalanna rağmen akdin hukukan devam ettiğinin ve bu sebeble de, akid fiilen sona ermiş olmasına rağmen, işçinin işverenden kıdem ve ihbar tazminatı ile takdirî tazminat isteyemeyeceğinin kabulü gerekirken böyle bir hâl tarzı da hiç bir suretle tervic edilemez. Türk iş hukuk nazariyyatında da iş akdinin

feshinin şekle tâbi olmadığını, İş Kanununun 6. maddesi ile kabul edilen şeklin muteberlik şekli olmayıp sadece bir isbat kaidesi olduğunun kabul edilmekte bulunması da bu görüşü te'yid etmektedir (Prof. Dr. Ferid H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, sahife 554; Dr. M. Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve iş mevzuatına göre hizmet "İş" akdinin feshi, İstanbul 1955, sahife 176 - 178; Turgut Sızmazoğlu, İş akdinin feshi ve kıdem tazminatı, İstanbul 1953, sahife 61).

Netice; İş Kanununun 6. maddesi ile kabul edilen şeklin muteberlik şekli olmayıp sadece bir isbat şekli olduğuna, bu itibarla da iş akdinin işveren tarafından, İş Kanununun 16. maddesine dayanılarak feshi halinde, feshin muteber olması için, fesih hakkındaki irade beyanının işçiye yazı ile bildirilmesinin şart olmadığına 18/2/1959 tarihinde ilk toplantıda, üçte ikiyi aşan ekseriyetle karar verildi.

KARARIN TAHLİLİ :

I — İçtihadın birleştirilmesini gerektiren mesele:

İş akdinin işveren tarafından İş Kanununun 16. maddesine göre muhik sebeple feshinde fesih beyanının muteberliğinin yazılı şekle tâbi olup olmadığı tevhide içtihat kararının konusunu teşkil etmektedir.

Gerçekten bu hususta Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti 8.1.1958 tarih, E. 4/7, K. 1 sayılı kararında, İş K. m. 16 uyarınca işveren tarafından yapılan muhik sebeple fesih beyanının, İş K. m. 6. gereğince yazılı olmadığı takdirde muteber olmayacağını kabul ettiği halde, 12.2.1958 tarih ve E. 4/17 K. 10 sayılı kararında muhik sebeple fesih beyanının muteberliğinin yazılı şekle tâbi olmadığı, İş K. m. 6 daki şeklin bir sıhhat şartı değil isbat şartı olduğu neticesine varmış ve böylece açık bir içtihat uyuşmazlığı ortaya çıkmıştır.

II — Tevhidi İçtihat Kararında kabul edilen hâl tarzı :

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Büyük Hey'eti sözü geçen meselede, Hukuk Umumi Hey'etinin 12.2. 1958 tarihli kararındaki görüşü doğru bulmuş ve "İş Kanununun 6. maddesi ile kabul edilen şeklin muteberlik şekli olmayıp sadece bir isbat şekli olduğu, bu itibarla da iş akdinin işveren tarafından, İş Kanununun 16. maddesine dayanılarak feshi halinde, feshin muteber olması için, fesih hakkındaki irade beyanının işçiye yazı ile bildirilmesinin şart olmadığı" neticesine varmıştır.

Bu hususta dayandığı mucip sebepler şöyle sıralanabilir:

1 — İş Kanununun 6. maddesinin koyduğu şeklin muteberlik şekli mi, yoksa isbat şekli mi olduğu meselesinin halli istenilirken yalnız

Borçlar Kanununun 11. maddesi hükmünün değil, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 287. maddesi hükmünün de göz önünde bulundurulması iktiza eder. Borçlar Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak herhangi bir kanun hükmü ile kabul edilmiş olan şeklin istisnasız olarak muteberlik şekli olduğunu iddia ve kabule imkân yoktur; esasen bahis konusu fıkradaki (Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin edilmemiş ise...) sözleri de kanunun emrettiği her şeklin mutlaka sıhhat şartı olmadığını göstermektedir.

2 — Kanun Vazı esas itibariyle iş akdinin muteberliğini hususî bir şekle tâbî tutmadığına göre bunun feshi hakkındaki irade beyanının, muteber olabilmesi için, yazılı şekilde yapılmasını emrettiği düşünülemez, kanun vazı, İş Kanununun 6. maddesi hükmünü kabul etmekle sadece İş Kanununa göre yapılacak (ihbar) ve (Tebliğ) lerin, bu arada iş akdinin feshi hakkındaki irade beyanının mezkûr maddede gösterilen yazılı delilden başka bir delil ile isbatına imkân vermemek ve bu suretle, ihtilâf halinde ihbar ve tebliğlerin yapılıp yapılmadığı yollu iddia ve müdafaaların kolayca isbat ve hallini sağlamak istemiştir. ... mezkûr madde ile benimsenmiş bulunan şeklin sadece bir isbat kaidesi olduğunun kabulü işin icaplarına, menfaatler ihtilâfına, nihayet hukuk esaslarına daha uygun düşer. Zira 6. madde ile derpiş edilen şeklin muteberiyet şekli olduğunun kabulü halinde iş akdinin feshinin sözle ihbar edilmiş ve tarafların da ihbarın yapıldığında söz birliği etmiş olmalarına rağmen akdin hukukan devam ettiğinin ve bu sebeple de, akid fiilen sona ermiş olmasına rağmen, işçinin işverenden kıdem ve ihbar tazminatı ile takdir tazminat istiyemeyeceğinin kabulü gerekir ki, böyle bir hâl tarzı da hiç bir suretle tecviz edilemez.

3 — Türk iş hukuku nazariyatında da iş akdinin feshinin şekle tâbî olmadığı, İş Kanununun 6. maddesi ile kabul edilen şeklin muteberlik şekli olmayıp sadece bir isbat kaidesi olduğu kabul edilmektedir.

III — Kararın Münakaşası:

Tevhidi içtihat kararının, İş Kanununun 6. maddesi ile kabul edilen şeklin muteberlik şekli olmayıp sadece isbat şekli olduğu ve İş K. m. 16 ya dayanılarak işveren tarafından yapılan muhik sebeple feshin muteber olması için fesih beyanının işçiye yazı ile bildirilmesinin şart olmadığı yolundaki karar netice itibarile doğru olmakla beraber, kararın İş Kanununun 6. maddesini tefsir tarzı ve bu maddeyi muhik sebeple fesihlerde kabili tatbik görmesi yerinde değildir.

Bunun anlaşılabilmesi için evvelâ İş Kanununun 6. maddesi hükmünün izahını yapmamız, sonra da bu maddenin muhik sebeple fesihlere kabili tatbik olup olamayacağını araştırmamız gerekmektedir.

1 — Tevhidi içtihat kararna göre İş Kanununun 6. maddesi isbata müteallik bir yazılı şekli nizamlamaktadır. Halbuki "Bu kanunda zikrolunan (İhbar) veya (Tebliğ) lerin, alâkadar kimseye imza mukabilinde yapılması şarttır. İhbar veya tebliğin muhatabı bunu kabul etmezse, keyfiyet, o yerde zabıt varakasıyla tesbit edilir." tarzındaki metninden de anlaşılacağı veçhile *madde bir yazılı şekli değil, ihbar ve tebliğlerin muhatabın ittilainâ ulaştığına dair muhatabdan imza alınması lüzumunu nizamlamaktadır.* Şayet madde bir yazılı şekli nizamlamış olsaydı ihbar veya tebliğin yazılı olmasını ve bunun ihbarı yapanın imzasını taşımasını gerektirirdi. Gerçekten ihbar tek taraflı bir irade beyanı olması itibarile şayet - isbat bakımından da olsa - yazılı yapılması gerekseydi bu tek taraflı beyanın, beyanda bulunan tarafından imzalanması gerekirdi. Halbuki maddede böyle bir lüzumu ortaya koyacak en ufak bir ima dahi yoktur.

Haddizatında madde, tek taraflı beyanın muhatabın ittilainâ vasıl olduğunun isbatını sağlamak gayesi ile muhatabın ihbara muttali olduğuna dair imzasının alınmasını, imza vermekten kaçınması halinde de keyfiyetin bir zabıtla tevsikini aramaktadır¹.

Binaenaleyh bu maddenin şümulüne giren ihbarların yazılı yapılmasında ne muteberlik ne de isbat bakımından bir zaruret yoktur. İhbar pek âlâ sözle de yapılabilir. Fakat bu ihbarın yapıldığını, ihbarı yapan², karşı tarafın yani ihbara muhatap olan kimsenin imzasını havi bir vesika isbat etmeğe mecburdur³. Bu vesika metni ihbarı değil, muhatabın ihbara ittilainâ muhtevi olacaktır. İhbar bu vesikaya takaddüm edecektir.

2 — İhbara ittilainâ isbatını nizamladığını böylece tesbit ettiğimiz İş

1) Bak. Ferit H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954 Sah. 554; M. Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, Sah. 176.

2) İş K. m. 6. sadece ihbarda bulunan için isbat şartı koymuş olup fesih muhatabı için bir mükellefiyet yüklemiş değildir. Şayet madde ihbarı isbat bakımından yazılı şekle tâbi tutmuş olsaydı, ihbar muhatabının da isbat bakımından İş K. m. 6 ya tâbi olması gerekirdi. Halbuki İş K. m. 6 sadece ihbarı yapana bunu muhataba imza mukabilinde yapması mükellefiyetini yüklemekte, fakat muhataba ihbarı yapandan imza almak mükellefiyeti yüklememektedir. Bu hususta madde metni gayet açıktır. Ayrıca bak: Oğuzman, a. g. e. sah. 178.

3) Böyle bir vesika istihsal etmemiş olan kimse, muhatabın ihbara muttali olduğunu şahitle isbat edemez. Fakat tabiatıyla ikrar veya yemin bu hususta delil teşkil edecektir. Bak: Oğuzman, a. g. e. Sah. 177,

Kanununun 6. maddesinin muhik sebeple fesihlere şamil olup olmadığına gelince: Bu suale iki sebeple menfi cevap vermek gerekir. Şöyle ki:

a) Muhik sebeple fesih beyanı, feshi ihbarla fesih beyanından farklı olarak, mahiyeti itibarile muhatabın ittilai ile hüküm ifade edecek beyanlardan değildir⁴. Bu sebeple de muhatabın bu beyana ittilaını veya ittilain zamanını isbat etmek bahis konusu olmaz. Binnetice bu beyan İş Kanununun 6. maddesinin şümulüne girmez.

b) Bizzat İş Kanununun 6. maddesi metni de muhik sebeple fesih beyanına şamil olmadığını gösterir. Gerçekten madde "Bu kanunda zikrolunan (İhbar) veya (Tebliğ) lerin imza mukabilinde yapılması şarttır" demektedir. Binaenaleyh tek taraflı bütün beyanlar değil sade İş Kanununda (İhbar) veya (Tebliğ) olarak zikrolunan beyanlar bu hükme tâbidir⁵. Halbuki tevhide içtihat kararına konu teşkil eden İş K. m. 16 da - ki işveren tarafından iş akdinin muhik sebeple feshini nizamlar - bu feshin, ihbar veya tebliğ yolu ile yapılacağı zikrolunmuş değildir.

Binaenaleyh İş Kanununun 6. maddesinin sarih metni de İş K. m. 16 ya göre yapılan fesihleri şümulü dışında tutmaktadır⁶.

3 — Mevzuatımızda muhik sebeple fesih beyanının ne muteberliğini ne de isbatını şekle tâbi tutan bir hüküm bulunmadığına göre bu feshin muteberliğinin şekle tâbi olmadığını isbat için, tek taraflı hukukî muamelelere de şamil bulunan⁷ Borçlar Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrası hükmünden başka bir mucip sebep aramaya da lüzum yoktur. Gerçekten bu fıkraya göre "Akdin - muamelenin - sıhhatı kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tâbi değildir." Şu halde muhik sebeple fesih beyanının muteberliğini şekle tâbi tutan herhangi bir hüküm mevcut olmadığına göre bu fesih her hangi bir şekle tâbi değildir⁸.

Bu fesih beyanının isbatına gelince: Yukarıda izah ettiğimiz veçhile İş K. m. 6 nın bu feshin isbatına şamil olmadığı açıksa da, bu isbatın H.U.M.K. m. 288 in şümulüne girip girmeyeceğinin münakaşası gerekir. Kanaatimizce bu hususta H.U.M.K. m. 293, f. 4 den istiâne suretiyle bu isbatın yazılı şekle tâbi olmadığını kabul etmek yerinde olur⁹.

4) Bak: Oğuzman, a. g. e. Sah. 129 vd., 174 vd.

5) Ezcümle, İş K. m. 13 e göre yapılacak feshi ihbarlar bu hükme tâbidir. Bak. İş K. m. 13; Saymen, a. g. e. Sah. 554; Oğuzman, a. g. e. Sah. 174 vd. Reşat Atabek, İş Akdinin Feshi İstanbul 1938, sah. 41 vd.; Turgut Sızmaçoğlu, İş Akdinin Feshi ve Kıdem İkramiyesi, İstanbul 1953, sah. 62.

6) Bak: Oğuzman, a.g.e. Sah. 117, Not 1.

7) Bak: Von Tuhr, Borçlar Hukuku, Terc. Cevat Edege cilt I, § 30, I, Sah. 242.

8) Bak: Oğuzman, a.g.e. Sah. 117.

IV — *Netice* :

Tevhidi içtihat kararının, İş Kanununun 6. maddesindeki hükmün bir muteberlik şekli olmayıp isbat şekli olduğu ve işveren tarafından iş ahdinin muhik sebeple feshinin muteberiyetinin şekle tâbi bulunmadığına dair vardığı her iki netice de yerinde olmakla beraber bu iki neticenin birbirine bağlanmış olması ve İş K. m. 6 daki isbat şeklinin mânasının tayin edilmiş tarzı yerinde değildir.

Gerçekte, kararın "İş Kanununun 6. maddesi hükmü ile nizamlanan şekil bir muteberlik şekli olmayıp isbat şeklidir. İşveren tarafından iş ahdinin muhik sebeple feshinin muteberliği için fesih beyanı bir şekle tâbi olmadığı gibi, bu beyanın yapıldığının isbatı da İş Kanununun 6. maddesine tâbi değildir" tarzında olması gerekirdi.

Doktrindeki fikirleri de bu şekilde anlamak gerekir¹⁰.

Nihayet şuna da işaret edelim ki, tevhibi içtihat kararı sadece İşveren tarafından İş. K. m. 16 ya dayanılarak yapılan muhik sebeple fesihlere taallük etmekle beraber, aynı mucip sebeplerle, işçi tarafından İş K. m. 15 e dayanılarak yapılan muhik sebeple fesihler için de nazara alınmak gerekir. Buna mukabil karar sadece İş Kanuna tabi iş akitlerinin muhik sebeple fesihlerine ait olup diğer kanunlara tâbi akitlerin, feshine şümulü yoktur. Fakat gerek Borçlar Kanununda, gerek Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanunda, gerekse Deniz İş Kanunda da bu kanunlara tâbi iş akitlerinin muhik sebeple fesihlerinde fesih beyanını şekle tâbi tutan hiç bir hüküm bulunmadığı cihetle¹¹, bunlarda da aynı neticeye varılacaktır.

M. K. O.

*
**

Hizmet ahdinin işveren tarafından haksız feshi halinde hükmedilecek tazminat

Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihad Hukuk Kısmı Umumî Hey'etinin
24/6/1959 tarih ve 31 E. — 26 K. sayılı kararının tahlili

KARAR :

Temyiz Mahkemesi Dördüncü Mukuk Dairesi Reisliğinin 30/12/1958 günlü ve 97/2073 sayılı yazısında, adı geçen dairenin 3078/4608

9) Bak. Oğuzman, a.g.e. Sah. 178-179.

10) Bak. Oğuzman, a.g.e. Sah. 117 Not 1 ve Sah. 174 vd.

11) Bak. Oğuzman, a.g.e. Sah. 117 Not 1.

sayılı ve 18/7/1957 günlü ve yine 2061/1630 sayılı ve 25/3/1957 günlü kararlarında müddeti belli olmıyan hizmet akdinin iş sahibi tarafından haksız yere feshi halinde işçinin mahrum kaldığı iş paralarına (ücretlere) ait tazminatın sadece feshi ihbar müddetine ilişkin iş parası üzerinden değil, ihbar müddetini çok aşan zamanlara ait ücretler esas alınarak hükmedileceği kabul edildiği halde yine dairenin 7022/6025 sayılı ve 23/11/1956 günlü kararında müddeti belli olmıyan hizmet akdinin iş sahibi tarafından haksız yere feshi halinde işçinin mahrum kaldığı ücretlere ait tazminatın sadece feshi ihbar müddetine ilişkin iş paraları üzerinden hesaplanaacağı esasının benimsendiği ve son zamanlarda incelenen bir takım dosyalarda dahi bu son kararın dayandığı esasın tatbiki üzerinde bir ekseriyet meydana geldiği bildirilerek içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi istenmiştir. Bunun üzerine toplanan hukuk kısmı içtihadı birleştirme Umumi Hey'etince daire Reisliği yazısında bildirilen kararlar arasında birbirini tutmazlık bulunduğu ittifakla karar verildikten sonra mesele incelendi, gereği konuşuldu:

I — İşçinin fesih sebebiyle iş sahibinden tazminat istemesine esas teşkil edebilecek kanun hükümlerini göz önüne getirdiğimiz zaman, karşımızda Borçlar Kanununun 345. maddesi hükmüyle aynı Kanunun 325 ve 96. maddesi hükümleri yer almaktadır. Borçlar Kanununun 344 ve 345. maddelerini metin ve matlamlarıyla beraber inceleyecek olursak anlarız ki, işçinin 345. madde hükmünce iş sahibinden tazminat isteyebilmesi için iş verenin iş akdine aykırı bir harekette bulunması ve bu hareketi işçinin fesih için haklı sebep sayarak hizmet akdini feshetmiş olması şarttır. İçtihadı birleştirme konusu olan dâvalarda böyle bir durum yoktur. Bu dâvalarda iş sahibi müddeti belli olmıyan hizmet akdini ihbar mehline riayet etmeden feshetmiş veyahut herhangi bir fesih beyanında bulunmaksızın işçinin iş yerine girmesini yasak etmek gibi bir hareketle onun çalışmasına gerçekten engel olmuştur. Böyle durumlarda işçi ancak Borçlar Kanununun 325 ve 96. maddelerine dayanarak tazminat isteyebilir. Halledilecek mesele, müddeti belli olmıyan hizmet akdinin ihbar müddetleri beklenmeksizin veya ihbar şartı yerine getirilmeksizin ve haksız yere iş sahibi tarafından feshi halinde işçinin uğradığı zararların, kaide olarak, en önemlisi bulunan ücret alacağından mahrum kalma şeklindeki zararın karşılığının ne kadar müddete ait ücret üzerinden hesaplanacağı meselesidir. Kararların bir kısmında bu tazminatın o hâdiselerde feshi ihbar müddeti olan onbeş günlük iş parası (ücret) üzerinden hesaplanacağı kabul edildiği halde diğer kararlarda işçinin yeni bir iş buluncaya kadar geçireceği müddete ait iş paraları üzerinden veya da-

ha sonraki müddetlere ait iş paraları üzerinden tazminatın hesaplanacağı esası benimsenmiştir.

II — Bu iki görüşten hangisinin doğru olduğunu anlamak için tazminatın tarifini hatırlamak gerektir. Tazminat, akde veya kanuna aykırı bir hareketin meydana gelmemiş olması halinde bir kimsenin mameleki yâni patrimonu ne durumda bulunacak id iise akde veya kanuna aykırı harekete rağmen mameleki yine o durumda bulundurmamak için haksız harekete uğrayana yapılacak bir edim, bir edadır. Bu tarifi, müddeti belli olmıyan hizmet akdinin iş sahibi tarafından bozulması haline tatbik edersek şöyle bir zorluk ile karşılaşırız; o da hizmet akdi, iş veren tarafından haksız yere bozulmamış olsaydı ne zamana kadar sürecekti sorusuna cevap vermek zorluğudur. İsviçre hukukcuları bu soruya akdin en yakın feshi ihbar müddeti sonunda sona erecek olduğunun kabulü gerektiği şeklinde cevap vermektedirler. (Oser - Schönenberger Borçlar Hukuku Art. 332 N. 16 son cümle; Art. 347 N. 16; Art. 352 N. 34 ve 36; Becker Borçlar Hukuku Art. 332 N. 11 sonları; Art. 353 N. 1 ve 4; Guhl, Das Schweizer Recht, 1, S. 361). Gerçekten, müddeti belli olmıyan bir hizmet akdini gerek iş sahibi, gerek işçi, Borçlar Kanununun 340. maddesi hükmünce ve o maddedeki müddetlerin sonunda hüküm meydana getirmek üzere feshini ihbar edebilir. Fakat iş veren, kanunda gösterilen müddetleri göz önünde tutmaksızın feshi ihbar edecek olursa ihbarın kanuni şartlarından birisi gerçekleşmiş olmıyacağı için ihbar hükümsüz kalır. Lâkin iş veren yolsuz ihbara rağmen işçinin işini görmesine engel olursa böylece her halde iş akdini sona erdirmek istediği anlaşılır ve iş akdinin, feshi ihbar müddetinin sonunda nihayet bulacağı kabul edilir. Bu hal şeklinin esası, müddeti belli olmıyan akdin kanuni mehillere uygun bir ihbar ile her zaman sona erdirilebileceği cihetle akid fiili bakımından sona erdikten ve bunun üzerinden kanuni ihbar müddeti geçtikten sonra akdin hukuki bakımından da yâni muteber şekilde sona ermesinin ve ihbarın muteber olmayışının neticesini tazminat olarak karşılamamanın zaruri bulunacağı düşüncesidir. Bu düşünüşe karşı, müddet şartı gerçekleşmemiş bulunan ihbara muteber bir ihbarın kanuni neticesinin tanındığı şeklinde bir itiraz ileri sürülebilir; sadece müddet şartı gerçekleşmiş olmıyan ihbar sebebiyle değil, bu ihbardan başka iş sahibinin işçinin çalışmasına onu iş yerine sokmamak gibi bir fiil ile engel olmuş bulunması dolayısıyla böyle bir neticenin benimsendiği ve ihbarın muteber olmaması dolayısıyla akdin feshinden doğan bütün neticelerden (bil'farz işçinin işinden âni olarak çıkarılmış bulunması dolayısıyla bir çok yerlerde iş bulamamış olmasının neticelerinden) iş sahibinin mes'ul tutulduğu cihetle bu itirazın da doğru olmadığı anlaşılır.

İş sahibinin, her hangi bir ihbarda bulunmaksızın işçinin işini görmesine kesin şekilde engel olması halinde feshi ihbar müddetinin sonunda akid yine muteber olarak sona erer. Zira iş veren, feshi ihbar ile akde son verebileceği cihetle müddeti belli olmıyan bir hizmet akdinin ancak haklı sebeple fesih veya tarafların rızası ile fesih, ölüm, yahut kusursuz imkânsızlıktan başka bir sebeple sona ermedikçe sürüp gideceği kabul edilemez.

Bir de ne gibi zararların diğer tabirle ne kadar müddete ait iş paralarından mahrum kalmanın akde aykırı feshin neticesi sayılacağı sorusuna müddeti belli olmıyan akidlerde kesin bir cevap verilemeyeceği cihetle Borçlar Kanununun 98. maddesinin 2. fıkrası yoluyla aynı kanunun 42. maddesinin 2. fıkrası hükmü tatbik yeri bulacaktır, bu hükmün tatbikinde ise Hâkimin farazî bir takım hesaplardan ziyade kesin duruma en yakın esaslara dayanarak hüküm vermesi zarurîdir. Müddeti belli olmıyan bir akdin ise hiç değilse akde aykırı hareketten itibaren feshi ihbar müddetinin sonuna kadar muteber kalmasının kaide olarak kabul edilmesi gerekeceğinden, tazminatın feshi ihbar müddetinin sonuna kadar hesaplanması bu itibarla da lâzımdır.

III — Haksız fesih halinde işçinin mahrum kaldığı iş parasına karşılık olarak isteyebileceği tazminat, feshin neticesi olarak mahrum kaldığı iş parasından ibaret olacağından ve iş sahibinin feshi ihbar salâhiyeti bulunduğu dolayısı ile, feshi ihbar müddetinden sonraki zamanlara ait ücretlerden işçinin mahrum kalmış olması, kaide olarak, haksız feshin neticesi sayılamaz.

IV — Bu konuda kanunî şartları gerçekleşmiş olmıyan fesih ihbarlarının veya kanunî şartları mevcut olmıyan haklı sebeple fesih beyanlarının yahud her hangi bir işe son verme beyanı ile beraber yahud böyle bir beyan olmaksızın iş sahibinin hizmet akdinin işçi tarafından yerine getirilmesini fiilî bakımdan imkânsızlaştırmış olmasının akid üzerinde hiç bir tesiri olmayacağı kabul edilmesi ve iş sahibinin akdi yerine getirmeye zorlanması düşünülebilirse de bu, gerçekten imkânsızdır. Zira, bir iş sahibinin rızası olmaksızın onun işinde bir işçinin çalıştırılmasını sağlayacak bir cebri icra usulü kanunlarda bulunmadığı gibi, işçinin yeniden işe alınması isteği ile açtığı dâvalar dahi işçinin böyle durumlarda ancak tazminat isteyebileceği gerektirici sebebiyle ve haklı olarak reddoluna gelmektedir. O halde iş sahibi tarafından kanunî şartları eksik olan beyanlarla beraber meydana getirilmiş olan veya her hangi bir beyan bulunmaksızın ortaya çıkarılmış olan fiilî durumların akid üzerinde bir takım tesirler göstermesi kaçınılmaz bir haldir.

V — Bu düşüncelerden anlaşıldığı üzere, süresi belli olmıyan hizmet akdinin işveren tarafından haksız yere feshi halinde hükmedilecek tazminatın hesabında akde aykırı hareketten itibaren feshi ihbar müddetinin sonuna kadar olan devre için işçinin mahrum kaldığı çalışma parası esas tutulacaktır.

VI — Feshi ihbar müddeti içinde işçiye sağlanması gereken ücretten gayri menfaatlerin bil'farz ödenecek primlerin, mükâfatların da tazmini Borçlar Kanununun 96. maddesi hükmünce gerekecektir. Nihayet, feshin şekli veya feshin meydana geldiği hal ve şartın özellikleri bakımından, feshi ihbar şartının yerine getirilmiş olması halinde dahi feshi ihbar hakkının kötüye kullanılmış olduğunun (Medenî Kanununun 2. maddesi hükmünce) kabulü gerekecek olan durumlarda feshi ihbar müddetiyle bağlı kalmaksızın daha şümulü tazminatlara hükmedilmesi de mümkündür. Zira, bu içtihadı birleştirme karar, böyle hallere şâmil değildir. Bu kararda sadece iş sahibinin haksız yere müddeti belli olmayan bir hizmet akdini feshetmiş olması sonunda işçinin mahrum kaldığı iş parasının (ücretin) ne kadar müddete ait bir ücret olacağı meselesi münakaşa ve halledilmiştir, yoksa haksız feshin uygun sebep ve netice münasebeti esasına göre neticesi sayılabilecek diğer zararların Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca tazminini isteme hakkı bu kararın şümulü dışında kaldığı gibi hakkın kötüye kullanılması durumlarında istenilecek tazminatlar dahi bu kararın şümulü dışındadır. Nihayet, bu kararın İş Kanununa veya Deniz İş Kanunu gibi hususî iş kanunlarına tâb iolan ve o kanunlarda ayrıca hükme bağlanmış olan tazminatlarda da tatbik yeri yoktur.

Netice; (Haksız feshin neticesi olan diğer zararların veya fesih hakkının afakî iyi niyet esaslarına aykırı olarak kullanılmış olması halinde doğan zararların tazmini istediğine hâlel gelmemek üzere) müddeti belli olmıyan bir hizmet akdinin iş sahibi tarafından haksız yere feshi halinde işçinin mahrum kaldığı ücrete karşılık olarak Borçlar Kanununun 96. maddesi hükmünce isteyeceği tazminatın hesabında ancak (Borçlar Kanunu hükümlerince) feshin ihbar halinde beklenmesi gereken müddetin sonuna kadar olan zamana ait iş parasının esas alınacağına 24/6/1959 tarihli ilk toplantıda 1 muhalife karşı 38 reyle mevcudun üçte iki çoğunluğu ile karar verildi.

KARARIN TAHLİLİ :

I — İçtihadın birleştirilmesini gerektiren mesele:

Müddeti belli olmıyan hizmet akdinin işveren tarafından haksız ye-

re feshi halinde, işçinin, mahrum kaldığı ücret dolayısıyla talebedebileceği tazminatın, feshi ihbar mühletine münhasır olup olmayacağı tevhidî içtihat kararının konusunu teşkil etmektedir.

Gerçekten, Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi 23.11.1956 tarihli ve 7022/6025 sayılı kararında sözü geçen tazminatın sadece feshi ihbar mühletine ait ücret nazara alınarak tayin edileceğini kabul ettiği halde; gene aynı daire 18.7.1957 tarihli ve 3078/4608 sayılı kararında ve 25.3. 1957 tarihli ve 2061/1630 sayılı kararında bu tazminatın, ihbar mühletini çok aşan zamanlara ait ücretler nazara alınarak tayin edileceği neticesine varmış ve böylece içtihat uyumsuzluğu ortaya çıkmıştır.

II — *Tevhidî İçtihat Kararında kabul edilen hâl tarzı:*

Temyiz Mahkemesi Tevhidî İçtihat Hukuk Kısmı Umumî Heyeti, sözü geçen meselede, 4. Hukuk Dairesinin 1956 tarihli içtihadındaki görüşü doğru bularak "...müddeti belli olmıyan bir hizmet akdinin iş sahibi tarafından haksız yere feshi halinde, işçinin mahrum kaldığı ücrete karşılık olarak Borçlar Kanununun 96. maddesi hükmünce istiyeyeceği tazminatın hesabında ancak (Borçlar Kanunu hükümlerince) feshin ihbarı halinde beklenmesi gerekecek müddetin sonuna kadar olan zamana ait iş parasının esas alınacağı" nı kabul etmiştir.

III — *Kararın Münakaşası :*

Haddi zatında doğru olan bu neticeye varmak için Temyiz Mahkemesi Tevhidî İçtihat Hukuk Kısmı Umumî Heyeti sarih olmıyan gerekçeler ileri sürmüş bulunmaktadır. Şöyle ki:

1 — Müddeti belli olmıyan hizmet akdinin işveren tarafından haksız feshinde BK. m. 345 in değil, BK. m. 325 ve 96 nın tatbik edileceği doğru olarak izah edilmiştir.

Gerçekten, BK. m. 345 muhik sebeple feshin neticelerini nizamlayan bir hükümdür. Gerek Borçlar Kanununun 344. ve 345. maddelerinin kenar başlıklar gerekse 345. maddenin metni bu hususta hiç bir şüphe bırakmamaktadır. Esasen doktrinde de durum bu şekilde izah edilmektedir¹.

BK. m. 325 in tatbik edileceği de "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki

1) Lang, Commentaire du Contrat de Travail selon le Code des Obliga-

ücreti istiyebilir.” diyen madde metninden anlaşılmaktadır². Fakat gerek kenar başlığında gerekse metninde temerrütten bahseden bu hükmün, alacaklı temerrüdünü mü, borçlu temerrüdünü mü, yoksa kusurlu imkânsızlığı mı nizamladığı doktrinde ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında ihtilâflı bir meseledir³.

Tevhidi İçtihat Kararı, BK. m. 325 de nizamlanan hükmün mahiyetini münakaşa etmeksizin, “Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi” adlı doktora tezimizde müdafaa ettiğimiz kusurlu imkânsızlık fikrini⁴ benimsemiş gözükmektedir ki bu hususta evvelâ “iş verme” işveren için bir borç sayılmak, müteakiben de bundan kaçınmanın imkânsızlık teşkil edeceği kabul edilmek gerekir.

Tevhidi İçtihat kararının, işverenin iş vermekten imitnainı BK. m. 96 nın şümülünde görmekle, iş vermeyi işveren için bir borç değil bir hak sayan hâkim kanaate⁵ iltifat etmediği, iş vermenin işveren için bir borç olduğu yolundaki noktai nazanmızı⁶ benimsemiş olduğu söylenebilir.

Bir borç olarak kabul edilen “iş verme borcunu” ifadan kaçınmanın bir kusurlu imkânsızlık yaratma olarak tavsifine gelince: Bu fikir doktrinde ilk defa tarafımızdan müdafaa edilmiştir. Gerçekten, bize göre⁷: Bir muhik sebep bulunmamasına rağmen fesih beyaniyle veya böyle bir beyanda bulumaksızın akidle bağlı kalmıyacağını kat’i surette açıklayarak akde riayet etmeyen taraf *kendi ediminde imkânsızlık yaratmış* olur.

tions (Trad. Ch - W. Robert) 1931 sah. 65; Oscar Leimgruber, Le contrat de travail d’après le droit suisse, sah 35; Oser - Schönerberger, Das Abliigationenrecht 2. Teil Zürich 1936 madde 353; Becker, Obligationenrecht II. Abteilung, Bern 1934, m. 353; Guhl, Le droit fédéral des obligations (Trad. Des Gouttes), Zürich 1947, sah. 287; Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre hizmet “is” akdinin feshi, İstanbul 1955, sah 266 vd.

2) Keza bak. Lang, a.g.e. sah. 64; Oser - Schönerberger, a.g.e. madde 332 N. 1-2; Guhl, a.g.e. sah. 281; Oğuzman, a.g.e. sah. 151 vd; sah. 272 vd.

3) Not 2 de adı geçen eserlerden başka bak. FMK. 3 Kasım 1923 (JdT. 1924, sah 80); FMK. 20 Haziran 1927 (JdT 1927, sah 450); FMK. 20 Nisan 1931 (JdT 1932, sah 141); FMK. 23 Aralık 1952 (JdT. 1953, sah. 568). Mesele nin toplu olarak müunakaşası için bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 139 vd.

4) Bak: Oğuzman, a.g.e. sah. 143 vd.

5) Bak: Oser - Schönerberger, a.g.e. madde 332 N. 1; Becker, a.g.e. madde 332; N. 2; Schneider - Fick, Commentaire du Code fédéral des obligations (Adop E. Porret) Neuchâtel 1915, madde 332, N. 10; Gücün, Nazari ve Ameli Hukuk Dâvaları, II. Menkul Mallar ve Borçlar. İstanbul 1946. sah. 697.

6) Bak. Oğuzman, a.g.e. sah 51.

7) Bak: Oğuzman, a.g.e. sah 143 vd.

Zira, hizmet akdinden doğan, işçi için iş görme, işveren için iş verme borçlarının cebri icra yoluyla aynen elde edilmesi mümkün değildir. Alacaklının ifayı cebri icra vasıtasıyla elde etmesi mümkün olmayan hallerde ifa imkânsızlığı kabul edilmek gerekir⁸. Şu halde işçi veya işveren tarafından ifadan imtina, kusurlu bir imkânsızlık ihdas etmiş olur.

Filhakika iş görmekten imtina eden işçinin bu ediminin cebri icra yolu ile aynen elde edilmesi kabil değildir⁹. Bu hususta imtina eden işçiyi tazyik imkânlarının¹⁰. mevcudiyeti de neticeyi değiştirmez¹¹. Zira bu tazyike rağmen edimini yerine getirmeyen işçinin bu ediminin cebri icra vasıtası ile elde edilmesine gene imkân yoktur¹². Binaenaleyh bir edimin cebri icra yoluyla aynen yerine getirilmesiyle, borçlunun bu hususta tazyik edilmesi birbiri ile karıştırılmamak iktiza eder¹³. Gerçekten bir gayrimenkulün icra marifetiyle tahliyesi, bir menkul malın borçludan icra dairesi vasıtasıyla alınıp alacaklıya teslimi, borçlunun mallarının hacziyle bir para borcunun tahsili ifanın cebren yerine getirilmesidir. Fakat taahhüt ettiği işi yapmayan işçinin bu hususta para cezası hatta hapis yoluyla tazyik edilmesinin, edimin yerine getirilmesi demek olmayacağından şüphe edilmemek iktiza eder¹⁴.

8) **Von Tuhr** "alacaklı ifayı cebri yollarla elde edemediği müddetçe ifa imkânsız değildir" demektedir (Bak. Von Tuhr, *Partie générale du Code fédéral des Obligations Trad. Torrenté - Thilo Lausanne 1933* § 68, Cevat Edege tarafından Türkçe tercümesi, sah 608). Bunun muhalif mefhumu "ifa cebri yollarla elde edilemediği müddetçe imkânsız sayılır" tarzındaki ifade edilecektir. § 67, terc. sah 593 deki ifade bunu teyit eder mahiyettedir.

9) Krş. Tem. HGK. 16.5.1951, E. 3 — 145/K.102 sayılı kararı (**Volkan - Arvas**, Temyiz Kararına göre kanunlarımızın tatbiki, İstanbul 1952, sah 252) "Eskidenberi çalışmakta olduğu fabrikayı İş Kanuna muhalif olarak haber vermeksizin işini terkedip diğer bir fabrikaya bir tazminat taahhüdünde bulunarak giren işçinin polis kuvvetile eski fabrikasına iadesi" halinden bahseden bu karardaki durumu hayretle karşılıyoruz.

10) Bak. İç. İf. K. m. 30, 343.

11) Aynı kanaatte **Oser - Schönenberger**, a.g.e. madde 98 N. 3.

12) **Von Tuhr** da bu takdirde tazminata gidileceğini kabul eder (a.g.e. § 67. Terc. sah 593)

13) Maalesef, taahhüt ettiği işi yapmayan kimsenin para cezası veya hapisle tazyikine müteallik Kanton Kanunlarında mevcut hükümlerin cebri icra olduğundan bahsedilmektedir. (**Von Tuhr**, a.g.e. § 67, Terc. sah 592 ve not 30). Ayrıca Krş. **Alexandre Gross**, *De L'exécution forcée des obligations non pécuniaires Lausanne 1934*, sah. 7 vd ve sah. 22.

14) **Oser - Schönenberger**, a.g.e. madde 98 N. 3.

Borçlar Kanununun 97. maddesinde bir cebri icra mahiyeti görmek de¹⁵ doğru değildir. Burada bir yapma borcuna muhalefet halinde cebri icra değil, alacaklının zararının bir tazmin tarzı nizamlanmış bulunmaktadır¹⁶. Gerçekten bu halde de borcunu yerine getirmekten imtina eden işçinin çalıştırılması bahis konusu olmamaktadır.

İşçi hakkında serdettiğimiz mülâhazalar işverenin iş verme borcu bakımından da aynı şekilde mevzu bahis olur. İş vermekten imtina eden işverenin bu borcu cebri icra yolu ile elde edilemez¹⁷.

Binaenaelyh gerek işçinin iş görmekten gerek işverenin iş vermekten kat'i surette imtina etmeleri halinde kusurlu bir imkânsızlık ihdas etmiş olduklarını kabul etmek yerinde olur.

Tevhidi içtihat kararının IV No. lu gerekçesinde, pek sarih olmakla beraber bu görüşün benimsendiğini söyleyebiliriz. Gerçekten kararda aynen şöyle denilmektedir: "...Kanunî şartları gerçekleşmiş olmayan fesih ihbarlarının veya kanunî şartları mevcut olmayan haklı sebeple fesih beyanlarının yahut herhangi bir işe son verme beyanı ile beraber yahut böyle bir beyan olmaksızın iş sahibinin hizmet akdinin işçi tarafından yerine getirilmesini *fiili bakımdan imkânsızlaştırmış olmasının* akid üzerinde hiç bir tesiri olmayacağına kabul edilmesi ve *iş sahibinin akdi yerine getirmeğe zorlanması düşünülebilirse de bu, gerçekten imkânsızdır. Zira, iş sahibinin rızası olmaksızın onun işinde bir işçinin çalıştırılmasını sağlayacak bir cebri icra usulü kanunlarda bulunmadığı gibi işçinin yeniden işe alınması isteği ile açtığı dâvalar dahi işçinin böyle durumlarda ancak tazminat isteyebileceği gerektirici sebebiyle ve haklı olarak reddolunagelmektedir. O halde iş sahibi tarafından kanunî şartları eksik olan beyanlarla beraber meydana getirilmiş olan veya herhangi bir beyan bulunmaksızın ortaya çıkarılmış olan fiili durumların akid üzerinde bir takım tesirler göstermesi kaçınılmaz bir haldir."*

Halbuki gerek doktrinde gerek İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında hâkim olan görüş, iş vermenin işveren için bir borç değil bir hak olduğunu ve işveren iş vermekten imtina ettiği takdirde alacaklı temerrüdüne düşeceğini ve BK. m. 325 (İsviçre Borçlar Kanunu m. 332) nin

15) Von Tuhr, a.g.e. § 67, IV, Terc. sah. 594 - 595.

16) Aynı kanaatte Oser - Schönenberger, a.g.e. madde 98. No. 4; Gross, a.g.e. sah 27, 38. Ayrıca Krş. Robert Dragu, De L'exécution en nature des contrats Paris 1936, sah. 44 ve 78.

17) JdT. 1947. sah. 349; Tem. TD. 14.5.1951, E. 2409/K. 2816 Türk İctihatlar Külliyesi, 4, N. 2250.

de bu alacaklı temerrüdünü nizamladığını kabul etmektedir¹⁸. Bu görüş benimsendiği takdirde, alacaklı temerrüdünde olduğu kabul edilen işverenin, bu temerrüdü dolayısıyla işçiye ne sebeple ücret vereceği alacaklı temerrüdüne ait prensiplerle izah edilemez. Zira alacaklı temerrüdü bir tazminata hak bahşetmez çünkü bir borcun ihlâlini tazammun etmez¹⁹. BK. m. 325 (İsv. BK. m. 332) nin alacaklı temerrüdünü nizamladığı yolundaki sözü geçen görüşün temelinde mevcut bu sakatlığı fark eden Federal Mahkeme, 23 Aralık 1952 tarihli kararında, gene alacaklı temerrüdünü kabul etmekle beraber işverenin temerrüdünün kendi mukabil edimini - yani ücreti - muaccel kılacağını ileri sürerek²⁰ durumu kurtarmak istemiştir. Fakat bu fikir de alacaklı temerrüdüne ait kanunda mevcut prensiplerde kendine bir mesnet bulamaz.

Binaenaleyh tevhide içtihat kararının, iş vermeği bir borç ve iş vermekten imtinayı da bu borcun kusurlu şekilde imkânsızlaştırılması saymasını memnuniyetle karşılamaktayız. Fakat hâkim görüş karşısında meselenin münakaşasını yapmamış olması bir eksikliklidir.

2 — Tevhidi içtihat kararının, işverenin iş vermekten imtinasını iş verme borcunun kusurlu imkânsızlaşması olarak kabul ve buna tatbik edilecek hükmü de BK. m. 325 olarak tesbit ettikten sonra netice kısmında, tatbik edilecek hükmü BK. m. 96 olarak göstermesi yerinde değildir. Zira hususi hüküm durumunda olan BK. m. 325, umumî hüküm olan BK. m. 96 ya takaddüm eder²¹.

3 — İşverenin haksız feshi diye adlandırılan fakat haddi zatında, işverenin, kanunî şartları gerçekleşmiş olmıyan fesih ihbarlarının veya kanunî şartları mevcut olmıyan muhik sebeple fesih beyanlarının yahut her hangi bir işe son verme beyanı ile beraber veya böyle bir beyan olmaksızın işverenin iş vermekten imtinayı dolayısıyla işverme borcunu ku-

18) Lang, a.g.e. sah. 64, Oser - Schönerberger, a.g.e. madde 332, N. 1-2, madde 352 N. 32-35; Guhl, a.g.e. sah 281; JdT 1927, sah. 450, JdT. 1953 sah 568

19) Bak: Von Tuhr, a.g.e. § 65, I, Terc. sah. 570; V, Terc. sah. 575; Oser - Schönerberger, a.g.e. madde 91, N. 13-16; Funk, Borçlar Kanunu Şerhi, I. Umumî ükûmler (Terc. Hıfzı Veldet - Cemal Hakkı Selek) İstanbul 1938, madde 90 (91), N. 1, Arsebük, Borçlar Hukuku, 3. basım, Ankara 1950, sah. 735 Başka kanaatte Henry Bovay, Essence de la demeure, 1934, sah. 59.

20) JdT. 1953, sah. 568 vd. Bu hususta Federal Mahkemenin Von Tuhr'dan (a.g.e. § 65, V 6) mülhem olduğu söylenebilir. Kanaatimizce Von Tuhr'un bu fikri ise bir temenniden ileri gidemez, hali hazırda pozitif bir mesnede sahip değildir.

21) Fakat işçi tarafından yapılan haksız fesihlerde, hususi bir hüküm bulunmadığı için, BK. m. 96 tatbik edilecektir. Bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 272.

suru ile imkânsızlaştırmasının akde tesir edeceğini IV No. lu gerekçesinde açıklayan tevhidî içtihat kararı, bu tesirin ne olacağına tereddüt içinde gözükmektedir. Şöyle ki:

II No. lu gerekçede, müddeti belli olmıyan hizmet akdinin haksız feshi halinde akdin iş vermekten imtina anında mı yoksa feshi ihbar mühletinin bitiminde mi sona ereceğinde bir kararsızlık görülüyor. Gerçekten, bu II No. lu gerekçenin başında "...hizmet akdi, işveren tarafından haksız yere bozulmamış olsaydı ne zamana kadar sürecekti?" suali vaz edilmekle, haksız fesih halinde, akdin iş vermekten imtina anında sona erdiği kabul edilmiş olmaktadır. Halbuki biraz ileride "Lâkin işveren yolsuz ihbara rağmen işçinin işini görmesine engel olursa böylece her halde iş akdini sona erdirmek istediği anlaşılır ve iş akdinin, feshi ihbar müddetinin sonunda nihayet bulacağı kabul edilir" tarzındaki ifade; keza "İş sahibinin, her hangi bir ihbarda bulunmaksızın işçinin işini görmesine kesin şekilde engel olması halinde feshi ihbar müddetinin sonunda akid yine muteber olarak sona erer" tarzındaki ifade; keza "Müddeti belli olmıyan bir akdin ise hiç değilse akde aykırı hareketten itibaren feshi ihbar müddetinin sonuna kadar muteber kalmasının kaide olarak kabul edilmesi gerekeceğinden, tazminatın feshi ihbar müddetinin sonuna kadar hesaplanması bu itibarla da lâzımdır." tarzındaki ifade, müddeti belli olmıyan hizmet akdinin, haksız fesih halinde dahi feshi ihbar mühletinin bitiminde sona ereceği fikrini uyandırmaktadır.

Kanaatimizce bu tenakuz tevhidî içtihat kararının bu gerekçesindeki fikir silsilesinin iyi ifade edilmiş olmamasından ileri gelmektedir. Diğer bir deyişle tenakuz, kararın kabul ettiği esasta değil, ifadesindedir. Şöyle ki: Bu gerekçede, işverenin akdi haksız feshetmesi halinde işçiye verilecek tazminatın nasıl hesaplanacağı, işçinin ne müddete tekaül eden ücretinin tazminini talep edebileceği araştırılmaktadır. Bunun için de haksız fesih dolayısıyla işçinin uğradığı zararın tesbit edilmesi icap etmektedir. Zira tazminat bir zararın telâfisi gayesini güder. Tévhidî içtihat kararına göre işverenin akdi haksız feshi halinde işçinin zararını, akdin bu şekilde sona ermesi dolayısıyla uğradığı ücret kaybıdır. Yalnız, bu noktaya gelince şu sorunun cevaplandırılması gerekmektedir: İşçinin zarar hangi müddete ait ücret kaybıdır? Karar bunun cevabını şöyle veriyor: İş akdi haksız yere feshedilerek sona ermeseydi normal olarak daha ne kadar devam edecek idiyse o müddete ait ücret kaybı işçinin zararını teşkil eder. Müddeti belli olmıyan hizmet akitleri ise daima feshi ihbarla sona erdirilebileceğine göre²² işveren haksız fesih yerine mute-

22) Bak: Oğuzman, a.g.e. sah 158 vd.

ber bir feshi ihbar yapsaydı akit feshi ihbar mühleti bitiminde sona erecekti, fakat o böyle yapmayıp da akdi haksız feshetmekle yani normal zamanından önce sona erdirmekle işçinin feshi ihbar mühletindeki ücretini kaybetmesine sebep olmaktadır. Şu halde müddeti belli olmıyan hizmet akdinin işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde işçinin zararını feshi ihbar mühletine tekabül eden ücretidir.

İşte kararda söylenmek istenen budur. Yoksa haksız fesih halinde akdin feshi ihbar mühleti sonuna kadar devam edeceği değil.

Binaenaleyh kararda, haksız fesih halinde akdin işverenin, işvermekten imtinaı anında sona erdiği kabul edilmiş bulunmaktadır. Fakat kanaatimizce de doğru olan bu hal tarzının gerekçesi kararda izah edilmiş değildir. Gerçekten, işverenin her hangi bir muhik sebep bulunmaksızın, bir fesih beyanı ile veya başka şekilde akidle bağlı kalmıyacağını kat'î surette açıklaması halinde akdin sona erip ermiyeceği, sona erecekse bunun sebebi muhtelif hukuk nizamlarında çeşitli şekilde halledilmiş ve İsviçre ve Türk doktrin ve mahkeme içtihatlarında münakaşalı bulunan bir meseledir²³.

Tevhidi içtihat kararının, işverenin akdi haksız feshini bir kusurlu imkânsızlık yaratma addetmiş olmasından, akdin sona erme sebebini bununla izah etmek istediği neticesi çıkarılabilir. Gerçekten, doktrinde hâkim görüş²⁴ hilâfına biz, iki tarafa borç yükleyen akitlerde bir tarafın kendi kusuru ile borcunu imkânsız hale getirmesinin her iki tarafın borçlarını ve binnetice akdi sukut ettireceği; bu sebeple, hizmet akdinde de işverenin işvermekten imtina suretiyle bu borcunu imkânsız hale getirmesinin akdi sukut ettireceği, bu şekilde akdin sona ermesine sebep olan işverenin, işçinin bu yüzden uğradığı zararı - ki müddeti belli olmayan akitlerin haksız feshinde bu zarar, feshi ihbar mühletine tekabül eden ücrettir²⁵ - tazminle mükellef olduğunu müdafaa etmiştik^{25a}. İşte tevhidi içtihat kararının sarıh olmıyan bir şekilde, bu görüşümüzü paylaştığını söylemek kabildir. Fakat her halde kararın daha açık bir şekilde meseleyi inceleyerek görüşünü belirtmesi daha iyi olurdu.

4— Müddeti belli olmıyan hizmet akdinin işveren tarafından hak-

23) Bak: Oğuzman, a.g.e. sah. 136 vd.

24) Bak: Von Tuhr, a.g.e. § 68, III; Oser Schönenberger, a.g.e. Türkçe Terc. R. Seçkin, sah. 717; Funk, a.g.e. madde 96 (97) N. 3; Arsebük, sah 778 ve not 97; Alfred Martin, Des dommages - intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation (Zeit Sch. R. 55 N. F. 33, sah 88).

25) Müddetli akitlerin haksız feshinde ise, akdin müddetinin sonuna kadar olan ücret tazmin edilecektir. Bak: Oğuzman, a.g.e. sah. 273,

25a) Bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 143 vd. Sah. 272 vd.

sız feshedilmesi halinde, işçinin, feshi ihbar mühletine ait ücretinin tazminini talep edebileceği neticesini kabul eden tevhidî içtihat kararı, tevhidî içtihat konusu olmamakla beraber, icabı halinde işçinin ücretinden başka, illiyet rabıtası bulunduğu nisbette mahrum kaldığı primlerin, mükâfatların tazminine, hatta feshi ihbar şartının yerine getirilmemiş olmasına rağmen feshi ihbar hakkının kötüye kullanılmış olduğunun (Medenî Kanununun 2. maddesi hükmünce) kabulü gerekecek olan durumlarda feshi ihbar mühletine ait ücretten daha fazla tazminata hükmedilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca kararda, İş Kanunu ve Deniz Kanunu gibi hususî iş kanunlarında mevcut hükümlerin de mahfuz bulunduğu belirtilmiştir (Gerekçe No. VI).

Tevhidî içtihat konusu dışında kalması hasebiyle hiç bir bağlayıcı kıymeti olmamasına rağmen, bu kısımda belirtilen fikirlerin İş Hukukunun çeşitli meselelerinde yüksek mahkemenin görüşünü belirtmesi bakımından ehemmiyetine işaret etmemiz gerekmektedir.

Gerçekten VI No. lu gerekçede ifade edilen fikirlerle yüksek mahkeme:

1 — Haksız fesihle illiyet rabıtası bulunan bütün zararların tazmin ettirilebileceğini ifade etmektedir ki buraya prim, fazla mesai zammı, pahalılık zammı, garsonlar için müşteriden alınan yüzdeler girer²⁶.

2 — Borçlar Kanuna tâbi akitlerde de feshi ihbar hakkının suiistimalinin müeyyidelendireceğini belirtmektedir ki, bu hallerde MK. m. 2/2 hükmü ile amel olunacak ve binnetice BK. m. 41 e istinaden tazminata gidilecektir²⁷.

3 — Feshi ihbar hakkının suiistimaline ait müeyyidenin, haksız fesih halinde de tatbik edilebileceğine işaret etmektedir. Halbuki haksız fesih halinde bir hak ve bunun kullanılması bahis konusu olmadığı cihetle, bir hakkın suiistimalinden bahsetmeğe imkân yoktur. Fakat hakkın suiistimaline ait müeyyidenin işçinin hak ve hürriyetlerine mani olmak gayesi ile yapılan haksız fesihlere işmali mantikî bir zaruretin icabıdır. Zira feshi ihbara riayet halinde dahi karşılaşılabilecek müeyyidenin, bundan kaçınma halinde tatbik edilmeyeceğini kabul ve işvereni feshi ihbar mühletine riayet etmemeğe teşvik herhalde mantıken tecviz edilemez²⁸.

Fakat bu mülâhaza ancak İş K. m. 13/5 de olduğu gibi, feshi ih-

26) Bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 274. Ayrıca şuna da işaret edelim ki, işçi talep edebileceği meblâğdan BK. m. 325 gereğince, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasden feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur. Tafsilat için bak. a.g.e. 273 vd.

27) Bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 281 vd.

28) Bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 282.

bar hakkının suiistimalinin müeyyidesinin bir tazminat değil bir hususî ceza (*peine privée*) olarak nizamlandığı hallerde ehemmiyet arzeder. Diğer hallerde MK. m. 2/2 ve BK. m. 41 gereğince bir tazminat talebi için ekseriya hakkın suiistimalinden doğan bir zarar bulunmayacaktır²⁹.

4 — İş Kanunu, Deniz İş Kanunu gibi kanunların Borçlar Kanuna nazaran hususî kanun durumunda oldukları ifade edilmiştir ki, bunun çeşitli yönlerden ehemmiyeti büyüktür³⁰.

IV — Tevhidi içtihat kararının tahliline son verirken, kararın ifadesi ile alakalı bir noktaya daha temas etmek ihtiyacını duyuyoruz ki o da bazı hukukî terimlerin karışık şekilde kullanılmış olmasıdır.

Kararın: Bazı yerlerinde *hizmet akdi*, bazı yerlerinde *iş akdi* tabiri kullanılmıştır ki kanunî terim hizmet akdidir (Borçlar Kanunu onuncu bab). Bazı yerlerinde *ücret*, bazı yerlerinde *iş parası*, bazı yerlerinde *çalışma parası* tabiri kullanılmıştır ki kanunî terim ücrettir (BK. m. 323). Bazı yerlerinde *iş sahibi*, bazı yerlerinde *işveren* tabiri kullanılmıştır ki kanunî terim iş sahibidir (BK. m. 313, 323)³¹. Bazı yerlerinde *ihbar müddeti*, bazı yerlerinde *ihbar mehli* tabiri kullanılmıştır ki kanunî terim ihbar müddetidir (BK. m. 340)³². Kanaatimizce bu karışıklığı tasvibe imkân yoktur.

Bir de mamelek tabiri türkçe olmıyan patrimonian kelimesi ile izah edilmek istenmiştir ki bu da yerinde bir hareket olmasa gerektir. Son zamanlarda ilmî esaslara dayanan tevhidi içtihat kararları veren yüksek mahkememizden, her hususta fazla ihtimam beklemek hakkımızdır.

M. K. O.

III

ESER TAHLİL VE TENKİDLERİ

“Doç. Dr. Hâmide TOPÇUOĞLU; Hukuk Sosyolojisi, 221 sahife, Ankara 1955, Akın Matbaacılık Şirketi.”

Geçen yıl, tabii hukuk telâkkisinin modern zihniyet muvacehesinde kıymetlendirilmesi mevzuundaki mümtaz eserini¹ neşretmiş olan Anka-

29) Bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 282.

30) Bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 27.

31) Biz, işveren tabirini kullanmayı daha uygun bulmaktayız. Zira iş sahibi tabirinin istisna akdinde kullanılması yerinde olur.

32) Biz, ihbar müddeti yerine, ihbar mühleti tabirini tercih ediyoruz. Zira, müddet fransızca *durée* karşılığıdır, halbuki feshi ihbarda mühlet (*délai*) bahis konusudur. Nitekim bu fark, Borçlar Kanunumuzun 340. maddesine tekbül eden İsviçre Borçlar Kanununun 347. maddesi metninde açıkça görülür.

1) Yirminci Yüzyılda TABİİ HUKUK RÖNESANSI, Ankara, 1953.

ra Hukuk Fakültesi hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi doçenti Dr. Hâ-mide Topçuoğlu'nun, 1954 - 55 ders yılı takrirlerini muhtevi "Hukuk Sosyolojisi" isimli kitabını elimize almış bulunuyoruz.

Kitabının önsözünde müellif, talebenin not ihtiyaçlarını karşılamak üzere meydana getirdiği eserin, Prof. G. Gurvitch'in "Eléments de Sociologie Juridique" isimli eserinin plân ve tasnif sistemini takip ettiğini ve talebe için tedris kolaylığı sağlamak üzere bazı değişikliklerde bulunduğunu bildirmektedir.

Eserin birinci bölümü "Hukuk Sosyolojisinin Yeri ve Diğer İlim Dalları ile Münasebeti" başlığını taşıyor. Bölümün birinci paragrafında bir "hareket düsturu" olarak nazara alınan hukuk "dogmatik metod"la münasebetleri bakımından tetkike tabi tutulmuştur. İkinci paragrafta ise, hukukun bir "içtimai vakıa" olarak belirtilmesine müteallik izahat yer almakta ve bu sebeple de "sosyolojik metod" a olan ihtiyaç ortaya konmaktadır. Bununla beraber hukukun bu tarz çifte karakteri, birbirinden tamamen ayrı bir mahiyet taşımaz. İşte üçüncü paragraf, birbirlerine olan ihtiyaçları bakımından hukuk sosyolojisi ile dogmatik hukuk ilminin münasebetlerine tahsis edilmiştir.

Dördüncü paragrafta, hukuku gene dogmatik metod haricinde mütalâa eden hukuk felsefesinin hukuk sosyolojisi ile olan münasebetleri ele alınıyor. Hukukî fenomenleri, aralarında mahiyet farkı bulunmakla beraber, hukuk felsefesi gibi "olması gereken" zaviyesinden mütalâa eden "hukuk siyaseti" ile hukuk sosyolojisinin münasebetleri, birinci bölümün son paragrafının mevzuunu teşkil ediyor.

Eserin ikinci bölümü "hukuk sosyolojisinin tarihçesi" ne tahsis olunmuştur. Hukukun sosyal realite ile münasebetleri çok eski devirlerden beri gözden kaçmamış olmakla beraber, bu münasebetin ilmi bir tetkike tabi tutulması ancak XIX uncu asra tesadüf eder. Bu bakımdan tarihçe bahsi, "mübeşşirler" ve "hukuk sosyolojisinin kurucuları" olmak üzere iki kısımda incelenmektedir.

Mübeşşirler arasında yer alan ilk mütefekkir, Aristo'dur. Meseleyi kendi felsefesi zaviyesinden gören bu mütefekkir, insanlar arasında zarurî olarak mevcut münasebetlerin birer "hukuk doğurucu vakıa" olduklarını keşfetmiş ve cemiyette, mevzu hukuk kaideleri yanında spontane bir hukukun da varlığını öne sürmüştür. Aristo bundan başka, cemiyet dahilindeki kısmî toplulukların da kendine has bir hukuku bulunduğu mütaleası ile adeta "diferansiyel hukuk sosyolojisi" nin mübeşşiri olmakta, morfolojik ve iktisadî âmillerin hukuk üzerindeki müesseriyyetine de temasla "jenetik ve sistematik hukuk sosyolojileri" nin tohumlarını taşımaktadır.

Müellifin ele aldığı ikinci mübeşşir, 14 cü asır Arap mütefekkeri İbni Haldun'dur. Devletin tabii bir hâdise olarak tekevvün ettiği mülâhazasında bulunması, bu mütefekkerde de sistematik hukuk sosyolojisi tarihçesinde bir yer ayırmak lüzumunu ortaya koymakta; coğrafi ve iktisadi âmillerin cemiyet şekillerini tayin ettiği yolundaki mütaleaları ile de İbni Haldun, jenetik hukuk sosyolojisi bakımından ehemmiyet kazanmaktadır. Asabiyetin, muhtelif cemiyet tiplerinde arzemiş olduğu farklılık, mütefekkerde diferansiyel hukuk sosyolojisi sahasında da bir yer ayırmak zaruretini bahşetse gerektir.

Hukuk sosyolojisi tarihçesinde yer işgal eden üçüncü mütefekker olarak müellif, Montesquieu üzerinde duruyor. Eserde bu mütefekkerde, ilk iki öncüye nispetle biraz daha fazla yer verilmiştir. Yedi sahife kadar tutan bu izahat içinde Montesquieu'nün müşahedeciliği, kanunun insanların keyfi eseri olmadığına dair mütalâası, kanunla coğrafi şartlar arasındaki münasebetlere müteallik görüşleri, mevzu hukukun bu şartlar muvacehesinde tatbikatı gibi hususlar yer almaktadır.

Eserin dokuzuncu paragrafı "Devletten Mücerret Cemiyet Hukuku Nazariyeleri" başlığını taşıyor. Burada gerek mevzu hukuka zemin teşkil eden, gerekse ondan ayrı bir mahiyet gösteren spontane hukuka taraftar mütefekkerlere temas olunmuştur. Bu mevzuda ilk adı geçen H. Grotius, birbirlerine "içtimaî rabita" larla bağlı insanlardan mürekkep zümrelerin, bizatihi hukuk yarattıkları fikrinden hareketle, devlet dahilindeki zümrelerin ve devlet dışındaki milletlerarası camianın da kendine has hukukları olduğu mütalâasını beyan ediyor.

Ahenk ve tevazun felsefesine muvazi olarak Leibniz de, birbirleriyle federatif bir nizam dahilinde yaşamalarının tabii bir zaruret teşkil ettiği her muhtar zümrenin, kendi hukukunu yaratmak istidadında olduğu fikrindedir.

Bunlardan başka dokuzuncu paragrafta, devlet kanunlarının "tabii nizam" a uygun bulunmaları zaruretinden bahseden fizyokratlar; sınaî bir cemiyetin kurulmasına müncer olan içtimaî inkişaf tamamlanınca artık devlet hukukuna ihtiyaç kalmıyacağını bildiren Saint - Simon; cemiyetteki muhtar zümrelerin eseri bulunan iktisadi hukukun, devlet mahsulü olan siyasi hukuka karşı müdafaasını yapan Proudhon; muhtar zümreler hukukunun devlet kontrolü altında tutulması lüzumuna kani Stein; muhtar topluluğu, kendi hukukunun yaratıcısı olarak kabul ettikten sonra bütün tarihi, tahakküm esasına müstenid zümrelerle, işbirliği esasına dayanan zümrelerin mücadelesile dolu gösteren Alman kooperatifçisi Gierke gibi mütefekkerler yer almaktadır.

"Hukukun değişme ve gelişme Kanunlarını arıyanlar" başlığı al-

tında onuncu paragrafta, bütün cemiyetlerin statü durumundan mukavele durumuna doğru tek bir tekâmül seyri takip ettiği iddiasında olan Henri Sumner Maine ve Herbert Spencer; kültür hâdiselerinin hukukî müesseseler üzerindeki müesseriyetini belirten Fustel de Coulange; Roma hukukundaki istihaleleri, Roma cemiyetinde vuku bulan tahavvüllere istinat ettiren Jhering; “yaşayan hukuk” ile “mevzu hukuk” tefrikini yapan Leist gibi hukuk tarihçilerinin görüşlerinden bahsedildikten sonra hukukî tekâmülün etnolojik esaslara müstenit izahını yapan Post; bu fikri, nisbî bir izah tarzı olarak benimseyen Steinmetz; “hukuk sosyolojisi” tabirini ilk defa kullanan D. Anzilotti; hukukun dinden doğduğunu iddia eden Frazer gibi entograf ve etnologlar zikredilmektedir.

Aynı paragrafta son olarak müellif “Kriminologlar” üzerinde duruyor. Bu mevzuda önce Enrico Ferri'nin, suç ile cemiyet münasebetlerine müteallik fikirlerine temas edildikten sonra G. Tarde'in sosyolojik telâkkisinin izahına geçilmekte; taklit, mukavemet, intibak gibi zihinler arası tesirlerin içtimai hayatı ne şekilde meydana getirdiği meselesi izah olunmaktadır.

Bu şekilde sona eren “mübeşşirler” den sonra tarihçenin ikinci kısmında “hukuk sosyolojisinin kurucuları” mevzuu bahs edilmiştir. Müellif burada ilk olarak Durkheim sosyolojisinin oldukça etraflı bir izahını vermektedir. Comte'un muakkibi olan bu Fransız sosyologu Le Play mektebinin, Tarde'in görüşlerinin, ve marksist sosyolojinin şiddetli bir muhalifi olup sosyolojiye, her türlü felsefî telâkkilerden kurtulmuş “ilmî bir hüviyet” kazandırmıştır. İlk ele alınan husus, Durkheim'in sosyolojinin konusunu tayin eden görüşüdür:

Maddî, hayatî ve ruhî vakıalar, birbirleriyle münasebet halinde bulunmalarına rağmen aynı zamanda nasıl müstakîl bir mahiyet taşıyorlarsa içtimai vakıalar da, ferdi vakıalarla münasebet halinde olmakla beraber onlardan müstakîl bir hüviyete sahiptirler. Bu şekildeki sosyal vakıa, biri “ferdi şuurların haricinde oluşu” diğeri ise “ferde kendini zorla kabul ettirişi” olmak üzere iki hususiyet taşır. Bilfarz dinî, ahlâkî, ilmî... fikirler ferdi değil, “maşerî şuur” un mahsulüdür.

Bu maşerî şuur hallerini tespit mevzuunda itthazı gereken metodsa, şu kaideleri muhtevi bulunur: İçtimai vakıaları “eşya gibi” tetkik; peşin hükümlerden sıyrılmak; içtimai vakıaların “normal” ve “marazî” olanlarını ayırmak. Bu metod sayesinde bir sosyal vakıayı tetkik edebilmek için onu, statik ve dinamik olmak üzere iki halde nazara almak gerekir ki içtimai vakıanın içinde bulunduğu bu iki hal Durkheim sosyolojisinin, sosyal morfoloji ve sosyal fizyoloji isimlerini taşıyan iki bölümüne tekabül eder.

Eserde Durkheim sosyolojisinin ana hatları bu şekilde belirtildikten sonra mütefekkirin hukuk sosyolojisi hakkındaki görüşlerine geçilmektedir. Mevzu, üç kısımda ele alınmıştır.

Bunlardan birincisi “Durkheim’in sistematik hukuk sosyolojisine yardımı”dır. Fransız sosyologuna göre hukukla içtimai hayat arasındaki münasebeti yaratan, hukuk kaidelerinin sosyal hayatta tekabül ettikleri husus, tesanüt vakiasında mündemiçtir. Bu tesanüdün arzettiği muhtelif şekiller, hukukî nizamda da bir farklılık meydana getirir. Fertleri arasında oldukça büyük ölçüde bir müşabehetin hüküm sürdüğü iptidai cemiyetlerde mevcut bulunan “mihanikî tesanüt”, tenkilî hukuk sisteminin hâkimiyetine meydan verir. Buna mukabil, ferdileşmenin ortaya çıktığı modern cemiyetlerde kendini gösteren iş bölümünün neticesi olarak vücut bulan “uzvî tesanüt” ise iadevî, “tamir edici” bir hukuk nizamının zuhurunu sağlamıştır. “Uzvî” maihyet taşıyan tesanüdün, “mihanikî” olana nispetle çok daha mazbut bulunduğunu söyleyen Durkheim, böylece âmme hukuku ve hususî hukuk tefrikinin nakisalarından masun bir ayırım tarzı meydana getirdiğini beyan eder. Uzvî tesanüdün cari bulunduğu cemiyetlerde işbirliği vakiası, “Statü hukuku” nun, fertlerin karşılıklı münasebetleri ise “akitler hukuku” nun doğumunu intaç etmektedir.

İkinci bir kısımda müellif, “Durkheim’in jenetik hukuk sosyolojisine yardımı” mevzuunu ele almıştır. “Ceza tekâmülünün iki Kanunu” isimli eserinde Fransız içtimaiyatçısı, “cemiyet tipi” ile “hükümet cihazı”nın birbirinden müstakil olduğu fikrinden hareketle, tesanüt şekillerinin mutlak surette muayyen hukuk nizamları yarattığı yollu evvelki telâkkisinden feragat etmiştir. Hukukun istihalesine müessir âmiller arasında sosyolog, morfolojik ve dinî olmak üzere iki mevzu üzerinde durmaktadır. Durkheim’in jenetik hukuk sosyolojisi sahasında yaptığı hizmet, esas itibariyle, totemli klanlar dahilinde hukukun gelişme seyri mevzuundadır.

Üçüncü bir kısımda, tekâmül safhaları esas alınmak suretiyle yapılmış olduğu cemiyetler tasnifi sebebiyle, Durkheim’in “hukukî tipolojiye yardımı” zikredildikten sonra son olarak Fransız sosyoloğunun tenkidi bahsine geçilmektedir:

Sosyolojiden her çeşit felsefî telâkkileri çıkarmak gayesi güden Durkheim, sistemini “maşerî şuur” gibi metafizik bir düşünceye yaslamıştır. Mesai arkadaşlarından Bouglé, “eşya tabiatı” ve “insan zekâsı” olmak üzere iki unsurun ihmale uğratıldığını, bunların içtimai hayat mahsulü olmayacaklarını beyan suretiyle üstadının sosyolojist anlayışındaki hatayı ortaya koymuş olmaktadır. Mütefekkirin spontane hukuka yer vermemiş olması da, meseleyi kanştırmasına âmil olmuştur denebilir.

Müellif “hukuk sosyolojisinin kurucuları” bahsinde ikinci şahsiyet olarak Léon Duguit’yi ele almıştır. Bu mevzuda önce, Fransız hukukçusunun “sübjektif hak” ve “devletin egemenliği” meseleleri muvacehesinde takınmış olduğu menfi tavır belirtilmekte; sonra da “objektif hukuk” u meydana getiren sosyal tesanüd telâkkisi üzerinde durulmaktadır. Duguit’e göre hukuk kaidesini yaratan, resmî müeyyide değil, tesanüdü ihlâli halinde içtimâî bünyenin göstereceği reaksiyondur. Ancak, son zamanlarda maruf hukukçu, meseleye nisbî mahiyette de olsa bir adalet duygusu unsurunu ilâve zorunda kalmıştır. Yekûni cemiyet dahilinde mevcut kısmî toplulukların da, içlerinde cari tesanüt vakıası sebebiyle, kendi hukuklarını yarattıkları mütalâasında bulunan Fransız hukukçusu, amme hukuku sahasında kanunun, hususî hukukta ise mukavelenin gittikçe ehemmiyetlerinden kaybettikleri müşahedesinden hareketle hukukî tekâmülün, sendikalar federalizmine doğru bir temayül seyri gösterdiğini ileri sürmektedir.

Duguit’e yapılan tenkitlerin ağırlık merkezini, sansüalist olması teşkil etmektedir: Hakikatin hâdiselerle bir tutulması.

Bölümde bahis mevzuu olan üçüncü şahsiyet, 19 cu asır Alman sosyalist hukukçusu E. Levy’dir. Mütefekkir, hukuk sahasında, prensiplerden vakıalara geçişi ifadelendiren dogmatik metodun reddi ile, kıymet hükmü vermeksizin müşahededeki prensiplere çıkmağa matuf ilmi metodun ikamesini istemektedir. Bu bakımdan “hak”, menşeyini dine irca edebileceğimiz şekilde, bir “içtimâî tasavvur” dan ibarettir ve hukukun tekâmülü sosyalist bir istikamet takip eder. Borç münasebetlerinin gelişmesi, şahıstan mala doğru bir seyir takip ettiği cihetle, şahsî itibariyle borç altına giren işçinin, mamelek borçlusuna vaziyetindeki patrona nispetle alacaklılık vashı daha mazbuttur. Yani borçlu vaziyetinde, ne işçi ve ne de kapitalist değil, mamelektir; insanlar hak sahibidir, kapitaler borçludur. Hukukî tekâmülün son safhasında ortaya çıkan menkul kıymetler de mamelek haklarının, maşeri inançlarla olan alâkasını tamamen ortaya koymuştur.

Sosyalist prensiplerin tesirinde kalmak suretiyle Levy’nin, kendi tenkitlerine maruz bulunduğu iddia edilmektedir.

Bölümün dördüncü şahsiyeti olarak ele alınan Hauriou hakkındaki izahat, “iş veya teşebbüs fikri” nin müessesese haline gelmesi için katedilen mernaleler ile müessesenin bir “hukuk yaratıcı vakıa” olması sebebiyle mütefekkirin hukuk sosyolojisi bakımından taşıdığı değer zikrine münhasırdır.

“Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları” bahsinde yer alan son şahsiyet Eugene Erlich’dir. Hukukî prensiplerin, değişmez temel postülalar

mahiyetinde olan "hukuk mantığı" ndan sadır olduklarına dair dogmatik hukukçuların ileri sürdükleri iddiayı reddeden bu mütefekkir, mevzuatın dışında olup cemiyet dahilindeki muhtelif zümrelerin yarattıkları iç hukukî nizamlarının birbirleri ile münasebetinden doğan hukuk nizamının değişebilen bir vasfı haiz bulunduğunu bildirmektedir.

Tarihçe kısmının üçüncü bölümünde müellif "hukuk sosyolojisinin bugünkü durumu" başlığı altında garp memleketlerinde ve Türkiye'de hukuk sosyolojisi ile ilgili eserler veren bazı şahsiyetlerin zikri ile iktifa etmiştir.

Tarihçe bahsi bu şekilde tamamlandıktan sonra "hukuk sosyolojisinin mevzuu ve metodu" na geçilmektedir. Mevzu, "sosyal fenomen olarak hukukun incelenmesi" dir. Bu mevzuda tatbiki gereken ilk metod kaidesi, resmî ve spontane hukukla müspet veya menfi alâkası bulunan içtimai hâdiselerin müşahedesidir. Bundan sonra yapılacak iş, bu sosyal vakıaların illet - netice zaviyesinden tetkiki olacaktır. Bunun için de hukukî vakıayı sosyal ve psişik olmak üzere iki saha dahilinde, diğer hâdiselerle münasebet halinde nazara almak lâzımdır.

Giriş mahiyetinde telâkki edilebilecek olan bu izahattan sonra hukuk sosyolojisinin muhtelif bölümlerine geçilmektedir. İlk yapılan tefrik, umumî bir tasvibe mazhar olmuş bulunan, nazari ve bunun adeta bir tekniği durumundaki tatbiki hukuk sosyolojisi ayırımıdır. Nazari sosyoloji mevzuunda müellifin kabul etmiş olduğu tasnif şekli şudur:

1 — Sistematik hukuk sosyolojisi: İnsanlar arasındaki münasebetlerin hukuk yaratma kabiliyeti bakımından tetkiki.

2 — Diferansiyel hukuk sosyolojisi veya hukukî tipoloji: Bir cemiyet dahilindeki kısmî toplulukların hukuk yaratma kabiliyeti.

3 — Jenetik hukuk sosyolojisi: Tekâmül seyri bakımından hukukun gösterdiği istikamet ile bu hususta müesseriyet gösteren âmillerin araştırılması.

İşte kitabın üçte ikisini işgal eden mütebaki kısmı, üç bölüm halinde, hukuk sosyolojisinin bu üç nev'ine tahsis olunmuş bulunmaktadır.

"Sistematik hukuk sosyolojisi" başlığını taşıyan birinci bölümde müellif ilk olarak mevzuu şu şekilde tayin ediyor: Hukuk yaratıcı vakıalar, mevzu ve spontane hukuk tefriki. Bunlardan birincisinde bahis mevzuu olan, "hukukun kaynakları" meseledir. Dogmatik hukuk ilminin meşgul olduğu şekli kaynaklara mukabil hukuk sosyolojisi sosyal kaynaklarla iştigal eder. Bir sosyal vakıanın "hukuk doğurucu" vasıf taşıyabilmesi için bazı hususiyetleri haiz bulunması gerekiyor. Bu hususiyetler de: bu vakıanın müspet bir değer taşıması, bu değer topluluğun kabulüne mazhar olması, aktif bir unsur bulunması olmak üzere

üçtür. Ancak bu tarz vakıaların ortaya çıkardığı hukuk kaidesinin oluş vetiresi, herhalde bu vakılarda mündemiç değildir. Timacheff bu vetireyi, aynı hâdise karşısında ferdi ve içtimai psikolojinin aynı hattı harekete sahip bulunduğu, yani ferdi ve kollektif itiyatlar zaviyesinden halle çalışmaktadır. Mütefekkiye göre “insanlar esasen mantikî mahlûklar olmadıkları” cihetle, vakıadan norma geçmek realitede pek büyük zorluklar arzetmez; lâkin bu vakıanın, topluluğun bio-psişik karakterine uygun bulunması şarttır. Bu karakter, Gurvitch ve Duguit’de de, topluluğa hâkim bulunan “adalet idesi” veya “adalet hissi” şeklinde kendini gösterir. Eserin bu kısmında müellif, adaletin mahiyetini aydınlatmak bakımından ahlâk ve hukukun tefriki meselesine temas ettikten sonra, “hukuk yaratıcı temel vakıa tipleri” ne geçiyor. E. Ehrlich bunları, teamül, hâkimiyet, zilyedlik ve irade beyanı olmak üzere dörde irca etmektedir. Timacheff ise, hizmet veya malların tevzii, işbirliği ve mütekabil münasebetler olmak üzere başlıca üç tip üzerinde durur. Hukukun kaynaklarını bahsinde plüralist bir yol takip eden Gurvitch ise ilk olarak hukuk vakiasını ufki ve şakuli olmak üzere iki bakımdan tasnife tâbi tutmak gerektiğini bildirir. Ufki tasnifte yer alan her hukuki vakıa, sosyolojikman bir içtimai vakıaya tekabül ettiği cihetle bu mevzuda hukuk ile “hukuk doğurucu vakıa” arasında bir muvazilik vardır. Hukuk doğurucu vakıalar, “içtimai rabitalar” ve “zümreler” olmak üzere iki ana bölüme ayrılmışlardır. Her ikisinin de hukuk meydana getirebilmeleri, aktif bir karakter taşımalarına bağlıdır. Bu sosyal vakıalarla yarattıkları hukuk tipleri arasında da bir muayyeniyet görülmekte; içtimai rabitalar hukuk nevilerini, zümreler hukuk kadrolarını, bu zümrelerin dahil oldukları yekûni cemiyetlerse “hukuk sistemleri”ni meydana getirmektedir.

“İçtimai rabitalar” da bir ana tasnife tâbi tutularak “spontane” ve “taazzuv etmiş” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bunlardan spontane içtimai rabitalar, ya “başkası ile münasebet” veya “kaynaşma ve birleşme” şeklinde tezahür edecektir. Yani ya farklı gayeler güden veya aynı gayenin tahakkukunu mümkün kılan fertlerin münasebeti bahis mevzuu olmaktadır. “Kaynaşma rabitaları”, kuvvet derecesine göre şu şekilleri alır: Kitle, cemaat, komünyon.

İçtimai rabitalar bu tarzda tasnif edildikten sonra, bunlara tekabül eden hukuk tiplerine geçilmektedir. “Başkasıyla münasebet” rabitaları, ferdi hukuk tipine vücut verir; bu ise, “mülkiyet hukuku” nda görüldüğü üzere “uzaklaşma” vasfında olabileceği gibi, “hibe” vs. de görüldüğü şekilde bir “yaklaşma” vasfını da taşıyabilir. Bununla beraber, umumiyetle ferdi hukuk, akitlerde görüldüğü gibi, yukarıki vasıfların bir halitası vashındadır.

“Kaynaşma rabitaları”nın meydana getirdiği hukuk tipi “sosyal hukuk”tur. Bu da, isimlerini yukarıda verdiğimiz kısmî topluluklar ile yekûnî cemiyetin hukukî nizamını ifade eder.

Bu şekilde ufki tasnif sona erdikten sonra, şakulî tasnife de bir bahis ayrılmış bulunmaktadır. Satihtan derinliğe doğru müşahede edildiğinde, cemiyette şu tabakaların mevcudiyeti görülür: Morfolojik bünye, taazzuv etmiş üst - yapı, muayyen bir hareket tarzı talep eden “işaretler” ve muayyen bir manayı nakleden “alâmetler”den müteşekkil “sosyal modeller”, taazzuv etmemiş muntazam davranışlar, fertlerin mensup buldukları kısmî topluluklara göre taayyün eden “içtimai roller”, toplulukları muayyen hareket hatlarına sevkeden “maşerî tavırlar”, cemiyetin maşerî telâkkilerinin ifadesi olan “içtimai semboller”, mevcut sembollerin ve maşerî tavırların yıkılışını hazırlayan “yenilik getirici maşerî tavırlar”, buraya kadar saydıklarımızın tâbi bulunduğu maşerî fikirler ve “maşerî kıymetler” ve nihayet ferdi şuurla karşılıklı münasebet halinde bulunan “maşerî ruh haletleri”.

Satihtan derine gidildiği nispette, istikrarın yerini dinamizmin aldığı bu tabakalar, aşağıdan yukarı ve yukarıdan aşağı olmak üzere, birbirleri üzerinde karşılıklı tesirler icra ederler.

İşte içtimai hayatın bu derinliğine tasnifine muvazi olarak hukuk ta muhtelif dereceler göstermektedir. Bu mevzuda önce, teşkilâtlandırılmış hukuku spontane hukuktan tefriğe matuf bir ana taksim yapmak gerekir. Ancak, bu iki nevi hukuktan herbiri, realitede daima yeknesak bir şekilde bulunmaz. İşte mütebaki son sahifelerde, tespit derecelerindeki sertlik ve elastikiyet nispetinde hukukun çeşitli şekillerine temas olunmuştur.

“Diferansiyel hukuk sosyolojisi”nin tetkikine müellif, kısmî toplulukların tasnifi ile giriyor. Hacim, devam, fonksiyon, zecir şekli... bakımlarından muhtelif dereceler arzeden kısmî toplulukların hukuk yaratma kabiliyetleri de buna göre değişmektedir.

“Yekûnî cemiyet tipleri ve hukuk sistemleri” başlığını taşıyan müteakip paragrafta, tekâmül seyri bakımından muhtelif cemiyet tiplerinde hukuku tayin eden âmilleri ele alınmıştır. Klandan siteye kadar bu faktör, dinî - sihri bir karakter taşır. Siteye dinî âmillerin müessiriyeti hâkim bulunurken patrimoniyal devlet idaresinde “kısmen aklileşmiş” bir hukuk sistemine raslanmaktadır. Muayyen ölçüde kilise hukukunun tesirinde kalmış feodal cemiyette bu faktör yanı - mistik, yanı - akli mahiyettedir. Teokratik rejimlerin inkirazını müteakip kurulan “ileri derecede aklileştirilmiş hukuk sistemi” de nihayet kanun ve irade muhtariyeti esaslarına dayanan tamamıyla “lâikleştirilmiş mantıkileştirilmiş” bir sisteme

müncer olmaktadır. XX ci yüzyıla kadar devam eden bu devrenin hususiyetleri tabii hukuk, ferdi mülkiyet, ve irade muhtariyeti gibi liberalizme has prensiplerde ifadesini bulur. "Bugünkü cemiyetin, intikal devresine has buhranlı hukuk sistemi" şeklinde vasıflandırdığı devrimiz hukukunun hususiyetlerini müellif şöyle sıralıyor: Mesleki teşekküllerin dahilî nizamları muvacehesinde kanun yegâne hukuk kaynağı olmak durumundan çıkmıştır; milletlerarası teşkilâtlanmalar devletin hareket serbesliğini az çok tahdide uğratmaktadır; kısmî toplulukların spontane hukuk nizamı ile devlet hukuku arasındaki ahenksizlikler, totaliter idarelerde birliği korumak gayesiyle bir baskı rejimi kurulmasına yol açmış, demokratik idare tarzlarında ise plüralist bir zihniyete dayanan serbest bir hal tarzına bağlanmıştır.

Devrimiz hukukiyatının istikbali hakkında müellifin verdiği hüküm şudur: "Yannın hangi hukuk sistemini hazırlayacağı kati olarak bilinmezse de herhalde dünkü kanun ve mukavele hâkimiyetinin artık eski kudretiyle tekrar sahneye çıkamayacağı söylenebilir".

Sistematik ve differansiyel hukuk sosyolojilerine müteallik izahat bu şekilde tamamlandıktan sonra eserin müteakip kısmı "jenetik hukuk sosyolojisi" ne tahsis edilmektedir. Mevzuun izahına müellif, hukukun tekâmül seyri bakımından tek bir istikamet tespit olunamayacağı gibi bu tekâmüle tesir eden tek bir "en müessir amil" in de bulunamayacağı mülahazası ile giriyor. Bu sebeple "hukukun değişme ve gelişme temayülleri" meselesi, muayyen cemiyet tipleri üzerinde ele alınmıştır.

İptidai cemiyet hukukunda bu temayül, şu istikametlerdedir: Sosyal hukuktan ferdi hukuka, yaygın hâkimiyetten zümre veya şef hâkimiyetine, statüden mukaveleye, cezaî hukuktan iadevî hukuka.

Dini cemiyetlerdeki hukukta şu temayülleri müşahede imkânı vardır: Tabiatüstü prensiplerin dünyevileşmesi, spontane hukuktan organize hukuka doğru geçiş, hukuk tatbikatında aklileşme, "önceden tespit edilmiş hukuk" şeklinden "halin icabına göre bulunan hukuk" şekline doğru geçiş.

Patrimonyal devlet hukukunun gelişme temayülleri şöyle tespit edilmektedir: Spontane hukuktan organize hukuka, hukukta lâikleşmeye doğru.

Feodal nizam hukukiyatında bu tarz bir yeknesak temayül tespiti imkânsız görülmekte olduğundan tespit ameliyesini muhtelif hukuk nevileri için ayrı ayrı yapmak gerekir: Hiyerarşik federasyon hukukunun temayülü tahakküm istikametindedir, kilise hukuku kitle rabıtasına doğru, şehirler hukuku demokratlaşma yolunda Devlet hukuku merkeziet-

çiliğe mütemeyil bir tekâmül seyri takip etmekte ve meslekî birlikler hukuku kendini göstermektedir.

“Site ve imparatorlukların aklileşmiş hukuk sistemleri” nde müellif bu temayülü şöyle tespit ediyor:

- 1 — Ferdî hukukun gittikçe gelişmesi
- 2 — Devlete terettüp eden vazifelerin artışı
- 3 — Mukavelevî hukukun ehemmiyet kazanışı.

Klâsik kapitalist rejimde hukukun başlıca gelişme temayülleri şöyledir:

- 1 — Müsavatçı fikirlerin inkişafı
- 2 — Akli hukuka istinat
- 3 — Muhtar iktisadî zümreler hukukunun devlet müdahalesinden kurtuluşu.

Nihayet devrimiz hukukiyatının temayül istikametlerine geçen müellif, bu mevzuda şu hususları tespit etmektedir:

- 1 — İnkişaf eden muhtar zümrelerin spontane hukuku muvacehesinde ferdî hukuk sahasının daralması
- 2 — Amme hukuku sahasında kanununun, hususî hukuk sahasında da mukavelenin ehemmiyetini kaybetmesi
- 3 — Önceden tespit edilmiş hukuk yerine spontane hukukun kaim olması
- 4 — Muhtelif zümre hukukları arasındaki mücadelelerin gittikçe şiddetini arttırması.

Hukukun jenetik bakımdan gösterdiği temayüller böylece belirttikten sonra, bu temayüller üzerinde müessiriyet gösteren âmillerin tespitine geçilmektedir. Önce, “hukuk üzerine müessir âmillerin”, “daima hukukî hayattan daha süratle inkişaf etmiş olan sosyal fenomenler” de aranması gerektiği belirtiliyor, bunu müteakip te bu âmillerin bizatihi tetkikine geçiliyor.

Bu mevzuda ilk olarak ele alınan, “morfolojik âmilleri” dir. Bunlar da coğrafi ve demografik olmak üzere iki kısımda mütalâa edilmişlerdir. Coğrafi faktörlerin cemiyet üzerindeki tesirine müteallik olmak üzere Aristo, İbni Haldun, ve Montesquieu'nün isimleri zikredildikten sonra Ratzel'in fikirleri üzerinde durulmaktadır. Bu mütefekkir, coğrafi âmillerin bir taraftan içtimai müesseselere şekil verirken öte yandan da bu müesseselere muvazi olarak siyasi bir takım hareketleri tayin ettiğine kanidir. Ona göre bütün tarih, soğuk iklimde yaşayan medeni kavimlerin, sıcak ülkelerin iptidai ahalisine karşı giriştiği istilâ hareketleri ile doludur. Müteakip izahatında müellif, bir takım tarihî hâdiselerle bu müfrit tezi çürütmeğe çalışmakta ve coğrafi âmillerin cemiyet hâdiseleri mu-

vacehesinde ancak diğer âmillere birlikte müessir olabilen nisbi bir tesiri haiz bulunduğunu göstermektedir. Mauss tarafından Eskimo cemiyetlerinde yapılan tetkiklerin ortaya koyduğu hakikatler ise, coğrafi şartların geri seviyedeki ahali üzerinde fazla müessir olduğunu telkin eder mahiyettedir.

Morfolojik âmillerin ikincisini teşkil eden "demografik şartlar" ın tesiri de Aristo ve Montesquieu tarafından nazarı itibare alınmıştır. Daha sonraları Malthus'un ortaya atmış olduğu, gıda maddelerinin nüfusa nispetle daha yavaş bir tempoda arttığı yolundaki tez bugün İngiliz filozofu Bertrand Russell tarafından müdafaa edilmektedir. İtalyan sosyolog ve istatistikçisi Conrado Cini, Roma ve Yunan medeniyetlerinin olduğu gibi, Avrupa devletlerinin içinde buldukları buhranlı durumu da demografik âmillere izaha çalışır. Durkheim, maddi kesafet yanında manevi kesafete de yer vermiştir; manevi bağların fazlalığını ifade eden bu durum mevcut olmaksızın demografik hareketlerin sosyal vakıaları yaratmasına imkân yoktur.

Nüfus olaylarının hukuk üzerindeki tesirleri, vasıtasız ve vasıtalı olmak üzere iki bakımdan ele alınmaktadır. Birinci şekil, nüfus hâdiseleri karşısında alınacak hukukî tedbirler olup mevzuumuzu fazla ilgilendirmez. Demografik şartların, hukukî müesseselerin gelişmesi üzerinde gösterdiği müesseriyet ise, jenetik hukuk sosyolojisi şahsında mütalâalar serdeden birçok mütefekkirin dikkatini çekmiştir. Bilfarz Gurvitch yerleşik cemiyetlerin, ferdi mülkiyetin, mukavelevî hukukun ortaya çıkışında bu nevi âmillere yer verdiği gibi, Durkheim da, işbölümü sağlamak suretiyle nüfus hareketlerinin gösterdiği tesire, iadevî hukuk tipinin meydana gelişinde çok mühim bir mevki ayırmaktadır. Halbwachs ise, nüfus kesafeti ile demokratik rejim arasında bir münasebet görmüş, münakaale imkânlarının artmasının da feodaliteden monarşiye geçişi hazırladığını ileri sürmüştür. Bouglé de, büyük şehirlerin, müsavatçı telâkkilerin doğumuna yol açtığı fikrindedir.

Hukukî hâdiselerin iktisadî şartlarla olan münasebeti de çok eski devirlerden beri mütefekkirlerin nazarı dikkatini çekmekten geri kalmamıştır. Müellif bu mevzuda şu isimleri zikretmektedir: Eflâtun, Aristo, Seneca, Confüçyus. Ancak, bu münasebet, iktisadî hâdiselerin gelişme temposuna muvazi olarak daha sonraki asırlarda sistemli bir tarzda tetkike mevzu yapılmıştır. Meselâ XVII ci asır İngiliz mütefekkiri James Harrington siyasi rejimlerle servetin inkisamı arasında sıkı bir münasebet görmekte, XIX cu asrın ilk yarısında ise Alman mütefekkiri Raumer bütün siyasi müesseselerin, iktisadî şartlara tâbi bir durumda olduğunu bildirmektedir.

Bu suretle umumi mülâhazalar nihayetlendikten sonra eserde, hukuk ile iktisat arasındaki münasebetlere müteallik üç görüşün izahı ele alınmaktadır.

Bu görüşlerden birincisi tarihi materyalizm mektebidir. Mektebin kurucusu bulunan Karl Marx, gençlik eserlerinde, içtimai realitenin derinliğine tabakalarını şöyle sıralıyordu: Maddî istihsal kuvvetleri, istihsal münasebetleri, ferdi veya maşerî gerçek şuur, ideolojik üst - yapı. Bu suretle, ferdi ve sosyal şuurun bir tezahürü telâkki ettiği spontane hukuk, gerçek bir mahiyet kazanmaktaydı. Mütefekkir sonraki eserlerinde, ilk iki tabakayı "alt - yapı", son ikisini de "üst - yapı" olarak birleştirmek suretiyle, hukukun reel varlığını da red yoluna gitmiştir.

Bahsin geri kalan kısmında mülkiyet, miras aile, borç ve devlet gibi hukukî müesseselerin, "alt - yapı" yı teşkil eden istihsal şartları ile izahı verildikten sonra mektebin tenkidine geçiliyor. Çağdaş İngiliz filozofu Bertrand Russell'in marksizme karşı yönelttiği tenkit, istihsal şartlarını tayin eden "beşer zihni" ne yer vermemiş olması noktasındandır. J. Schumpeter, sınıflar arasındaki münasebetin daima mücadele hali olmadığına dikkati çekmekte, Jean Lhomme ise sınıf kıstasını mülkiyette bulmanın hatalarını bildirmektedir. Mülkiyetin teessüsünde dinî ve sihrî esasların rolü de tarihî materyalizm tarafından ihmale uğratılmıştır. Gurvitch ise marksizmi şu iki bakımdan tenkit etmektedir: Hukukun bir gölge hâdise şeklinde izahı anti - sosyolojiktir; cemiyetin, istihsal münasebetlerinin heyeti umumiyesi olduğu iddiası noktasındadır.

Hukuk ile iktisat arasındaki münasebetlere müteallik ele alınan ikinci görüş, Stammeler'in noktai nazardır. Alman mütefekkirine göre, iktisadi maddenin şeklini teşkil eden hukuk, iktisadın bir mantikî şartı evveli mahiyetindedir. Hukukla iktisat arasında bir takım çatışmaların zuhuru, bu iki mevzuun madde - şekil münasebetini haiz bulunmadığını gösterdiği gibi, bütün içtimai hâdiseleri iktisadiye ircaın da hatalı olması bakımından Stammeler'in görüşleri tenkide uğramıştır.

Hukuk - iktisat münasebetleri mevzuunda üzerinde durulan üçüncü görüş, bunların mütekabil tesirlerini kabul eden noktai nazardır. Bu mevzuda müellif, L. T. Hobhouse, G. C. Wheeler ve M. Ginsberg tarafından hazırlanan "İptidai Kavimlerin Maddî Kültürü ve Sosyal Müesseseleri" isimli eserden almış olduğu iki tablo sunmaktadır. Tabloların ortaya koyduğu netice, Sombart'ın fikirleriyle hemahenktir; yani aynı iktisadi bünyeye sahip çeşitli topluluklarda farklı sosyal müesseselerin mevcudiyetine ve iktisadi yapısı farklı topluluklarda da aynı içtimai müesseselere rastlanabilmektedir.

Gurvitch'in mütaleası ise, "muhtelif cemiyet tiplerinde kâh ekono-

minin hukukî gerçekliğe müessir olarak onu değiştirici faktör rolünü oynadığı, kâh hukukun ekonomiye önderlik ettiği” merkezindedir.

Eserin 34 cü paragrafı, “manevî ve fikrî faktörlerin hukuk üzerinde tesiri” ne tahsis olunmuştur. Manevî sahada henüz bir farklılaşmanın ortaya çıkmadığı iptidai cemiyetlerde bu faktörler dinî - sihrî bir karakter taşır. Her ikisi de tabiat üstü bir inancın mahsulü bulunan din ve sihir arasındaki fark, ikincisinin dünyevî hâdiselerin halli gayesine yöneltilmiş bir istimal tarzına bürünmüş olmasındadır. Bu iki müessese ilk olarak hukukta rastlanan şekli unsurların ortaya çıkışında amiliyet göstermiştir. Bahsin bu kısmında müellif bu şekli hususların, eşyada meknuz sihrî kuvvetin kötülüklerini bertarafa mahsus bir gayeyle ihdas edildiklerini göstermek üzere misaller vermektedir.

Bu bahiste ikinci olarak ele alınan mevzu, “sosyal hukuk neveleri üzerinde dinî tesirler” dir. Burada önce, iptidai cemiyetlerde ailenin taşıdığı dinî karakter belirtiliyor. Bundan sonra ise, dinî şeflerin siyasi liderlere inkılâbı ile vücut bulan amme hukukunun meydana gelişinde dinin oynadığı rol bahis mevzuu edilmektedir. Ancak, müellif bu mevzuda, potlaç âdetlerinde görüldüğü üzere, iktisadî âmillere de yer ayırıyor.

Diğer kısımda ise, insan hayatına karşı işlenen hareketlerin dahi, dinî inançların tesirinde suç telâkki edilmeğe başlandığı belirtilmek suretiyle “ceza hukukunun dinî menşei” ortaya konmaktadır.

Sosyal hukukun menşei meselesinde ilk olarak Frazer’in fikirleri cerhedilmekte ve bu nevi âmillerin, zümreler hukukunu meydana getirdiği iddia olunmaktadır. Filhakika bazı ilim adamlarının son araştırmaları klanda dahi, “büluğ yaşına varmış genç zümreleri”, “asıl manasıyla cins birlikleri”, “kulüpler”, “gizli sihrî birlikler” gibi bir takım kısmî toplulukların mevcudiyetini ortaya koymuştur. İşte sihrin tesiri böylece “infiratçı karakterdeki sihir cemiyetlerinin muhtar zümre hukukuna inhisar eder.” Devletin, yekûnî cemiyetin teşekkülünde ise, “hem iktisadî, hem dinî, hem de sihrî âmillerin müşterek tesirlerini aramak lâzımdır”.

Ferdiyetin ve dolayısıyla “ferdî hukuk” un ortaya çıkışında da din ve sihrin tesiri olmuştur. Frazer, ferdiyetin teşekkülünü, ruhu tarafından kâtilin taciz edileceğine inanma neticesi vücut bulan sihrî mahiyette bir takım “temizlenme merasimleri” nde bulmaktadır. Gurvitch ise katil suçunun teşekkülünü, şahıslanmış tanrıların ortaya çıkışı hâdisesiyle münasebettar görür. Ona göre sihrin tesiri, ölenin “mana” sını kendine kalbetmek lüzumu gibi dolambaçlı bir yoldandır.

Mülkiyet hakkının ortaya çıkışında da dinî ve sihrî âmillerin tesiri bahis mevzuudur. Filhakika iptida’ cemiyetlerde bir kısım eşyaya atfolunan kudsiyet, kollektif mülkiyetin doğumunu sağlamıştır. Roma hu-

kukunda at, eşek, öküz gibi hayvanların satışı şekle bağlı bir karakter taşımaktadır. Bonfante bu durumu, adı geçen hayvanların haiz bulunduğu iktisadî öneme atfeder; Gurvitch ise bu hayvanların dinî merasimlerde muhtelif hizmetler ifa etmekte olmalarının müessiriyetine, yani dinî âmillerin tesirine taraftardır. Ailelerin gayri menkule tesahüp imkânını elde etmeleri de gene dinî mahiyetteki "ocak" ın tesiriyle vaki olmuştur.

Ferdî mülkiyetin menşei ise, insandaki "mana" nın, temas ettiği eşyaya geçmesi ile bu eşya ile o insan arasında bir rabitanın tahassül ettiği, tarzındaki bir sihrî inanca irca olunmaktadır. Akitlerde rastlanan muayyen şekiller de, alacaklının borçluyu bağlaması gayesine dayanan sihrî bir merasim menşesine dayanır.

Müellif, müteakip izahatında, beşerî müesseselere hâkim olmak hususunda dinin, tesirini gittikçe kaybettiğini göstermeye çalışmıştır. Gerçekten kavmî veya millî dinlerin zuhuru ile dinî müessese, ahlâkî bir mahiyet almağa başlamıştır. Bu safhada hukukî hayatın temeli, mücerret din değil, belki dinî şekle bürünmüş bulunan ahlâkî telâkkilerdir.

Bundan sonra ise müellif, millî dinlerin, devlet, kaza hakkı, millî camia, kollektif mesuliyet gibi "hukukî kadro ve müesseseler üzerinde tesirleri" nden bahsetmektedir. Bunu takiben bir bahiste de "cihanşumul dinlerin hukukî kadro ve müesseseler üzerinde tesirleri" ele alınmıştır. Artık burada dinî kaidelerin muhatabı camia değil de bizzat insan olduğuna göre ilk tesir, ferdî mesuliyet üzerinde kendini gösterir. Millî camianın selâmeti gayesiyle doğmuş millî dinlerde rastlanmasına imkân olmıyan din - dünya ihtilâfı da cihanşumul dinlerin zuhuruyla zarureten ortaya çıkmaktadır.

Bu ihtilâf budizm ile ilk hristiyanlıkta dinî telâkkilerin dünyevî işlere lâkayit kalması neticesini doğurmuştur. Hristiyanlığın sonraki devirlerinde ve bilhassa Saint Thomas'da ise Devlet, "Allah'ın hâkimiyetini yeryüzünde tesise hâdim bir vasıta" telâkki edilmeğe başlanır. Protestanlık mezhebine gelince bu telâkki devleti, kilise karşısında tamamen müstakil ve dünyevî işlerin tanzimi mevzuunda en yüksek otorite şeklinde görmektedir. İnsanın ahıretteki mevkiini, dünyevî amellerinin tayin edeceği esastan hareket eden islâmiyette ise din ve dünya ikiliği mevzuu bahs olmamıştır.

Ferdî dünyevî zevklere bağlıyan bir rabita olması zaviyesinden hristiyanlık aile müessesesine karşı da pek müspet bir tavır takınmamış; ancak, bir zaruret olması neticesi bunu, gayet sıkı şartlar altında ve ruhanî sınıf hariç olmak üzere, kabul etmek mecburiyetinde kalmıştır. Müesseseyi beşerî zaviyeden nizamlıyan protestanlıkta bu tahditleri kabul et-

memektedir. İslâmiyet te aile müessesesini beşeri bir vakıa şeklinde kabul ve islâhı yolunda hükümler sevk etmiştir.

Mülkiyet hakkını kabul etmekle beraber İsa'nın servete karşı takınmış olduğu tavır menfidir. Daha sonraları ise hristiyan mezheplerinin mülkiyete karşı aldıkları vaziyet birbiriyle pek uyuşmamaktadır. Hattâ katolikler arasında dahi, mülkiyet hakkını kabul eden ve etmeyenler olmak üzere bir ikilik vardır. Protestanlık ta serveti, Max Weber'e göre kapitalizmin zuhuruna imkân verecek şekilde, adeta dinî bir fazilet telâkki etmiştir. Müslümanlığa gelince burada insani - ahlâki esaslarla mahdut bir mülkiyet hakkı telâkkisi hâkimdir.

“Yemin, fahiş faiz, cinsî suçların cezalandırılması, mukaddes eşyanın veya ibadet hürriyetinin korunması” gibi bugün dahi mevcudiyet gösteren dinî âmillerin hukukî vakıalar üzerindeki müesseriyeti bu şekilde son bulmakta ve “ahlâki faktörlerin hukuk üzerindeki tesiri” ne geçilmektedir. Müellifin bu sahada bahis mevzuu ettiği faktör, mücerret “ahlâk idesi” olmayıp nisbî bir mevcudiyet gösteren ahlâki nizamdır. İşte böylece mütehavvil bir karakter taşıyan bu nizamın tahavvül sürat ve kabiliyeti hukuktakinden daha fazla olduğu cihetle ahlâk kaideleri, hukukun tekâmülüne tesir imkânı bulmaktadır.

Bilfarz esaret, düello gibi mevzularda bu hususun misallerini görmek kabildir. Ahlâki değerler aynı zamanda, “tabii hukuk” şekli altında hukuk kaidelerinin meşruiyet kıstasını da teşkil ederler. Bununla beraber istisnai bazı hallerde hukuk, ahlâkın önüne geçmek suretiyle onun ideali mevkiinde bulunabilir. Ancak bu gibi vaziyetlerde dahi hukukun, vermek istediği istikameti sağlayabilmesi, “maşerî şuurda kaynaşmaya başlayan ahlâki terakkinin meknî olarak mevcudiyetine bağlıdır.”

Hukukun tekâmülü aynı zamanda “bilgi seviyesi” nin de tesiri altındadır. Bu tesir “hak süjesi ve ehliyet”, “hak objesi” gibi mevzularda görülebilir.

Eserde, çeşitli felsefi cereyanların hukuk üzerindeki tesirine de işaret edildikten sonra son olarak “siyasi ideolojiler ve hukuk” mevzuu ele alınmıştır. “Belirli siyasi parti veya hükümetlerin propaganda nazariyeleri” olan ideolojiler, “hukuka yukarıdan ve emrî bir şekilde tesir ederler”. Mussolini'nin, faşist hukuku nazariyatçısı Michle Bianchi'ye, iki ay zarfında meydana getirilmesini emrettiği faşist ideolojinin anahatlarına işaret eden müellif, bu “sun'î ve cebri sosyal hukuk ifratının muvaffak olamadığının kabul” edilmesi fikrindedir. Müellifin, hemen hemen aynı karakteri taşıyan “nasyonal - sosyalist” ideolojisi hakkındaki fikri de bundan pek farklı bir mahiyet taşımıyor.

Bütün bu “yeni hukukî istihaleler, hakiki ve spontane içtimai ra-

bitaları şekillendirmekte” olmayıp “ancak hukukun en sathî kabuğunu değiştirmişlerdir”. İctimai hayatsa “yalnız sathî değiştirmekle istihale ettirilemeyecek kadar mudildir”.

İşte “hukuk sosyolojisinin vazifesi, bu mudil realitenin istihale âmilinin çeşitliliğini belirtmek ve dogmatik mülâhazalara kıymet vermemeyi öğretmekten ibarettir.”

Bu suretle kendi sahasında, Prof. Hirş ve Prof. Fındıkoğlu'nun denemelerinden sonra yurdumuzda üçüncü hukuk sosyolojisi denemesi sayılabilecek olan bu eserin, sadık bir kitabiyatını yapmış bulunuyoruz. Bir başka fırsatta bazı problemleri, tenkidî zaviyeden ele almak tasavvurundayız. Şimdilik yalnız bir noktaya işaret edelim. Müellif, bazı rejimlerdeki hukukî istihalelerin mahiyetinden bahsederken, bunların ancak “sathî bir kabuk değiştirme” den ibaret olduğunu kaydediyor. Acaba bu noktadan hareket ederek Türk hukukiyatının bir asırdan beri ne gibi “sathî kabuk değiştirme” ler veya “hakikî şekillendirmeler” e sahne olduğunu tetkike matuf bir cereyanı hukukçular, sosyologlar, hattâ sosyal meselelerle ilgili muharrirler ve romancılar arasında vücade getiremez miyiz? Sayın doçentin, eserinin bir yerinde* de dokunduğu bu nokta, genç bir ilim branşı halinde üniversitelerimizde gelişmeye başlayan Türk Hukuk Sosyolojisi'nin, kanaatimize göre, belkemiğini teşkil eden bir noktadır.

T. Ö.

*) Sh. 206.