

KRONİK

- I — 1950 yılı mevzuatı; II — Mahkeme içtihatları;
III — Esas tahlil ve tenkitleri.

L

1950 yılı mevzuatı [*]

- A) Kanunlar; B) T. B. M. M. kararları; C) Yorumlar; D) Tüzükler;
E) Yönetmelikler; F) Bakanlar Kurulu kararları.

A) KANUNLAR;

I — Adalet işleri :

§ Kabul buyurulan 16/6/1950 tarih ve 5665 sayılı kanuna göre, Türk Ceza Kanununun 4055 sayılı kanunla değiştirilmiş olan 526 ncı maddesi şu şekilde değiştirilmiştir : Salâhiyetli makamlar tarafından adli muameleler dolayısıyla yahut âmme emniyeti veya âmme intizamı veya umumî hıfzıssıhha mülâhazasıyla kanun ve nizamla aykırı olarak verilen bir emre itaat etmeyen veya bu yolda alınmış bir tedbire riayet eylemeyen kimse, fiil ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde, bir aya kadar hafif hapis veya 150 liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır.

Şapka iktisası hakkında 671 sayılı kanunla Türk harflerinin kabul ve tatbikine dair 1353 sayılı kanunun koyduğu memnuiyet veya mecburiyetlere muhalif hareket edenler 3 aya kadar hafif hapis veya 30 liradan 600 liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır [Resmî Gazete, 17 Haziran 1950, sayı : 7535].

§ Bazı suç ve cezaların affı hakkında kabul buyurulan 14/VII/1950 tarih ve 5677 sayılı kanuna göre :

Madde : 1 — 15 Mayıs 1950 tarihinden önce işlenen suçlar hakkında takibat yapılmaz ve hükmedilmiş cezalar infaz olunmaz.

[*] Resmî Gazetenin Nisan - Aralık 1950 tarihli nüshalarından alınmıştır.

Bu madde hükmü fer'i ve mütemmim cezalar ile ceza mahkûmiyetlerinin neticelerine de şamildir.

Madde : 2 — Aşağıda yazılı bendlerde gösterilen suçlar, bu kanunun 5 inci maddesi hükmü saklı kalmak şartile birinci maddenin şümulü dışında bırakılmıştır :

- a) Türk Ceza Kanununun 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132 ve 133 üncü maddelerinde yazılı suçlarla bunların 168, 171 ve 172 nci maddelerde gösterilen şekilleri ve 135 inci maddenin 2 nci bendinde ve 136, 137, 138, 140, 141, 142 ve 143 üncü maddelerinde yazılı suçlar;
- b) Miktar ve kıymetçe (500) liradan fazla olan (500 lira hariç) zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet suçlarıyla Türk Ceza Kanununun 366, 367, ve 368 inci maddelerinde yazılı müzayede ve münakasaya fesat karıştırmak suçları ve 4237 sayılı kanunun şümulü içine giren suçlar;
- c) Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 417, 418, 429, 430 uncu maddesinin birinci fıkrasile 431, 435 ve 436 nci maddelerinde yazılı suçlar. Ancak, kaçırmak, evlenmek maksadile yapılmış ve kaçırılan kimsenin ırzına geçilmemiş ise birinci madde hükmü uygulanır.
- c) Türk Ceza Kanununun 374, 448, 449, 450 ve 451 inci maddelerile diğer kanunlarda yazılı aynı mahiyetteki adam öldürme suçları;
- d) Türk Ceza Kanununun 495, 496, 497, 498 ve 499 uncu maddelerinde yazılı suçlar;
- e) Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 94, 97, 100, 101, 102, 103 ve 104 üncü maddelerile 148 inci maddesinin (B) bendi ve yukarıdaki bentlerde Türk Ceza Kanununun maddelerine atıf suretile cezalandırdığı fiiller;
- f) Türk Ceza Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı ölüm cezasını müstelzim suçlar;
- g) Tekerrür hükümlerinin tatbikini gerektiren aynı cinsten suçlar.

Madde : 3 — Bu kanunun birinci maddesinden faydalanan hükümler, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, mahkûm oldukları cezanın zamanaşımı süresi içinde ve her halde beş yıl zarfında aşağı haddi altı aydan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı müstelzim aynı cinsten diğer bir cürüm işledikleri takdirde evvelce haklarında hükmedilmiş bulunan cezanın infaz edilmiyen kısmı aynen çektirilir.

Madde : 4 — Bu kanunun hükümleri, kanunen kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması, satılması, alınması ve memlekete sokulması suç teşkil eden veya inhisara tâbi bulunan eşyanın müsadere-sine karar vermeğe mâni değildir.

Ancak; gümrük resmi ile gümrüklerde alınmakta olan hazineye, özel idarelere ve belediyelere ait bilûmum vergi ve resimlerle ve orman mahsullerinin tarife bedellerine müteallik ilgili dairelerin her türlü talep hakları mahfuz kalmak üzere kaçak olduğu sanılan maddeler sahiplerine iade olunur.

Madde : 5 — Bu kanunun 2 nci maddesinde gösterilen cürümlerden dolayı hükmedilmiş ve edilecek cezaların üçte ikisi, hükmedilmiş ve edilen miktar iki seneden az ise (iki sene dahil) tamamı indirilir.

Ölüm cezası 20 yıl ağır hapis ve müebbet ağır hapis cezası 15 yıl ağır hapis cezasına çevrilir.

Madde : 6 — Firar halinde olup da bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren memleket içinde bulunanlar altı ay ve memleket dışında olanlar sekiz ay zarfında Cumhuriyet Savcılıklarına müracaatla teslim olmadıkları takdirde beşinci madde hükmünden istifade edemezler.

Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte asker kaçağı, izinsiz, bakaya, yoklama kaçağı ve saklı bulunanlar ve askerlikten kurtulmak için hile yapanlar kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde resmi mercilere teslim olmak şartile affolunmuşlardır.

Madde : 7 — Bu kanun hükümlerinin Hâkimler ve Memurin Kanunları ile bunlara ek kanunlara vesair hususî kanunlara tevfikân verilmiş ve verilecek idarî ve inzibatî karar ve yapılmış ve yapılacak işlemlere ve subay, askerî memur, gedikli erbaş ve erbaşların cezalarının hukuki neticelerinden olan rütbenin kaybedilmesi ve orduya subay, memur, gedikli olarak kabul olunmamak ve askerî nisbetin kesilmesi işlemlerine şümulü yoktur.

28 Şubat 1342 ve 3 Nisan 1340 tarih ve 460 sayılı Muhamat Kanununun maddei muvakkatesinde yazılı Meclis tarafından verilen avukatlık veya dâvavekilliğinden çıkarma kararları kaldırılmıştır.

Bu kararlara göre meslekten çıkarılmış olanlar Muhamat Kanunu ile kazanılmış haklara hâlel gelmemek üzere Avukatlık Kanunu hükümleri dairesinde Baroya kaydolunabilirler.

Hususî kanunara göre mercilerince verilmiş olan ve bu kanunun neşri tarihinde infaz edilmemiş bulunan para cezaları da birinci madde hükmüne tâbidir. Vergi cezaları ve misil zamları bu hükümden hariçtir.

Madde : 8 — Bu kanun hükümlerinden faydalanacak tutuk ve hükümlülerin salıverme işleri kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren 15 gün içinde tamamlanır [Resmî Gazete, 15 Temmuz 1950, sayı : 7559].

2 — Savunma işleri :

§ Kabul buyurulan 6/12/1950 tarih ve 5686 sayılı kanunun birinci maddesine göre; Birleşmiş Milletler emrine verilmek üzere askeri birlikler halinde yabancı ülkelere gönderilecek ordu mensuplarına verilecek yolluklarla yurd dışında buldukları müddetçe muhassas maaş veya ücretlerine ilâveten verilecek tazminatın ve birliğin yiyecek, giyecek, yakacak ve tedavi gibi çeşitli masraflarının miktarı ile her türlü satın almaların şekil ve ödeme tarzı Bakanlar Kurulunca tesbit olunur.

İkinci maddeye göre, Birleşmiş Milletler emrine verilmek üzere yabancı ülkelere gönderilecek askeri birliklere mensup subay, askeri ve sivil memur ve hizmetlilerle gedikli erbaşların bu durumlarının devamı sırasında yolluğa müstahak ailelerini Türkiye sınırları içerisinde ikamet edecekleri mahalle kadar gönderenlere bir defaya mahsus olmak üzere Mülkiye Harcirah Kararnamesi ve ek ve tadilleri esasları dahilinde aile yolluğu ödenir.

Üçüncü maddeye göre, yabancı memleketlere gönderilmiş ve gönderilecek olan birliklere mensup subay, askeri ve sivil memurlarla hizmetliler ve gedikli erbaşların ana vatana hava değişimi için gelmeleri icap eden hallerde ailelerinin bulunduğu veya raporlarında yazılı hastalıklarının fennen icap ettirdiği mahallere kadar geliş ve dönüş yollukları Mülkiye Harcirah Kararnamesi ek ve tadilleri hükümleri dairesinde verilir. Hava değişimi sebebiyle ana yurda gelecek ve dönecek erlere Bakanlar Kurulunca takdir olunacak zarurî masraflarile yevmiyeleri ödenir. Hava değişimini ana yurdda geçirecek olan erbaşlara ve erlere bu müddete münhasır olmak üzere aylık tayın istihkakları nakden ödenir. Bu gibilerin geliş yolluklarına ödenmek üzere mezkûr birlik komutanı emrine Bakanlar Kurulunca tesbit edilecek miktarda kredi açtırılır veya avans verilir. Birinci fıkraya göre hastalık icabı bir mahalde oturmaları fennen zarurî olan ordu mensuplarının bu mahallere kadar gelecek harciraha müstahak aile efradına da ayrıca hizmet ve avdet yolluğu verilir [Resmî Gazete, 11 Aralık 1950, sayı : 7679].

§ Kabul buyurulan 12/7/1950 tarih ve 5673 sayılı kanuna göre; Askerlik Kanununun beşinci maddesi değiştirilmiş ve bu kanuna geçici bir madde eklenmiştir [Resmî Gazete, 12 Temmuz 1950, sayı : 7558].

§ Kabul buyurulan 12/7/1950 tarih ve 5674 sayılı kanuna göre, Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar hakkındaki kanunun 3923 sayılı kanunla değiştirilen üçüncü maddesine bir fıkra eklenmiştir [Resmî Gazete, 14 Temmuz 1950, sayı : 7558].

3 — Bayındırlık işleri :

§ Kabul buyurulan 24/3/1950 tarih ve 5663 sayılı kanuna göre; Eskişehir İl merkezinde; bizzat sahipleri tarafından kısmen veya tamamen ikametgâh olarak kullanılan evlerden son sel baskınında yıkılanların sahipleri ile kiracı olarak oturdukları evleri aynı sebeple yıkılmış olanlara bu kanun hükümleri dairesinde temlik edilmek üzere yeni evler yaptırmaya Bayındırlık Bakanı yetkilidir. Yıkılan evin sahibi arsa mülkiyetinin kendisine ait olduğunu tapu kaydı ile isbat edemediği veya arsası yeni inşaata salih görülmediği takdirde yeni ev, dördüncü madde gereğince sağlanacak arsa üzerine yapılır. Bu evlerin yapılma şartları, yerleri, adedi ve 1950 Mart ayında Eskişehirdeki sel felâketi sebebiyle yapılan bağış toplamından hissesine düşen miktarın indirilmesinden sonra kalan maliyet bedelleri üzerinden isteklilere taksitle temlik edilmesi ve kiracılardan hangi şartları haiz olanlara ev verilebileceği ve istekliler arasında gözetilecek sıra esasları Bayındırlık Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararile tesbit olunur. Yıkılan evde birlikte oturan aile efradı için bu kanuna göre birden fazla ev verilemeyeceği gibi Eskişehirde kendine veya eşine ait başka bir evi olanlara da ev verilmez [Resmî Gazete, 1 Nisan 1950, sayı : 7472].

4 — Basın ve yayım işleri :

§ Kabul buyurulan 15/7/1950 tarih ve 5680 sayılı Basın Kanunu sekiz bölüm ve kırk dört maddeden ibaret olup, birinci bölüm umumî hükümlere, ikinci bölüm mevkute yayımına, üçüncü bölüm mevkute sahibinin haklarına, dördüncü bölüm basında mes'uliyete, beşinci bölüm cevap ve düzeltme hakkına, altıncı bölüm ceza hükümlerine, yedinci bölüm, basın suçlarında dâva süresine, sekizinci bölüm basın dâvalarında uygulanacak usul hükümlerine tahsis olunmuştur [Resmî Gazete, 24 Temmuz 1950, sayı : 7564].

§ Kabul buyurulan 15/7/1950 tarih ve 5681 sayılı Matbaalar Kanunu dokuz maddeden ibaret olup, birinci maddede matbaa açılmadan evvel verilecek beyannameye, ikinci madde beyannamede vukua gelecek değişikliklere, dördüncü madde basılan eserlerden iki nüshasının mahallin

Cumhuriyet Savcılığına, en yüksek mülkiye âmirine verilmesi mecburiyetine taallük eyliyen hükümleri ihtiva etmektedir [Resmî Gazete, 24 Temmuz 1950, sayı : 7564].

5 — Belediye İşleri :

§ Kabul buyurulan 7/7/1950 tarih ve 5669 sayılı kanuna göre, İdareî Umumiyeî Vilâyat Kanununa bazı maddeler eklenmiş ve bu kanunun 111 inci maddesi değiştirilmiş ve 104 üncü maddesinin bazı hükümleri kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 12 Temmuz 1950, sayı : 7556].

§ Kabul buyurulan 7/7/1950 tarih ve 5671 sayılı kanuna göre şehir ve kasabalarda mahalle muhtar ve ihtiyar heyetleri teşkiline dair olan kanuna bazı maddeler eklenmiş ve bu kanunun bazı maddeleri kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 12 Temmuz 1950, sayı : 7556].

§ Kabul buyurulan 7/7/1950 tarih ve 5672 sayılı kanuna göre, Köy Kanununa bazı maddeler eklenmiş ve 46 ncı maddesi değiştirilmiş ve bu kanunun bazı maddeleri kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 12 Temmuz 1950, sayı : 7556].

6 — Bütçe İşleri :

§ Kabul buyurulan 24/3/1950 tarih ve 5664 sayılı kanuna göre; 1950 yılı Bütçe Kanununa bağlı «A» ve «R» işaretli cedvellerde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 1 Nisan 1950, sayı : 7472].

§ Kabul buyurulan 8/12/1950 tarih ve 5688 sayılı kanuna göre; Karayolları Genel Müdürlüğü 1950 Bütçe Kanununa bağlı «A» ve «R» işaretli cedvellerde değişiklik yapılmıştır [Resmî Gazete, 16 Aralık 1950, sayı : 7684].

7 — Eğitim İşleri :

§ Kabul buyurulan 23/3/1950 tarih ve 5627 sayılı kanuna göre; teşkilâtı 2777 ve 4916 sayılı kanunlarla belirtilmiş olan Siyasal Bilgiler okulu, «İdari ilimler», «Dış münasebetler», «Maliye», «İskân ve şehircilik» adlariyle başlıca dört enstitüyü de ihtiva etmek, kendi bünyesinde mecburî yabancı dil kurlarile kendine mahsus yatılı öğrenci yurdu bulunmak ve her yıl müsabaka ile Devlet hesabına en az kırk burslu öğrenci alınmak ve Mülkiye Mektebi adile kuruluşundan bugüne kadar devam eden tesis gayeleri mahfuz kalmak ve bu şartlar altında 4936 sayılı kanun hükümlerine göre yöneltmek üzere «Siyasal Bilgiler

Fakültesi» adile Ankara Üniversitesine katılmıştır [Resmî Gazete, 3 Nisan 1950, sayı : 7453].

8 — Maaş ve teşkilât :

§ Kabul buyurulan 24/3/1950 tarih ve 5655 sayılı kanuna göre; Maliye Bakanlığı kuruluş ve görevleri hakkındaki 2996 sayılı kanunun 4910 sayılı kanunla değiştirilen birinci maddesi, aynı kanunun yedinci ve dokuzuncu maddeleri, aynı kanunun 4910 sayılı kanunla değiştirilen onuncu, on ikinci maddeleri, aynı kanunun on dokuzuncu, yirmi birinci, yirmi ikinci, yirmi üçüncü, yirmi sekizinci, yirmi dokuzuncu maddeleri değiştirilmiş; keza, İtiraz ve Temyiz Komisyonları hakkında da gerekli hükümler vazolunmuştur [Resmî Gazete, 3 Nisan 1950, sayı : 7473].

§ Kabul buyurulan 8/12/1950 tarih ve 5687 sayılı kanuna göre; Devlet Demiryolları ve Limanları idarei umumiyesinin teşkilât ve vezaifine dair olan 23 Mayıs 1927 tarihli ve 1042 sayılı kanunla bu kanuna ek ve tadillerinde değişiklik yapılması ve bu kanuna yeni bazı hükümler eklenmesi hakkındaki 31 Mayıs 1944 tarih ve 4577 sayılı kanunun dördüncü maddesi şu şekilde değiştirilmiştir : Devlet Demiryolları ve Limanları İşletme Genel Müdürlüğü, istasyonlarında ve limanlarında inzibatı temin ile mükellef olan polis ve jandarmalarla askerî inzibat subaylarına ve demiryolu muhafaza kıt'alarının tabur ve bölük komutanlarına ve sefer ulaştırmalarını düzenlemek üzere bu Genel Müdürlükle işbirliği yapmakta olan askerî ulaştırma teşekküllerine vazife görmek için idare binaları müsait bulunduğu takdirde kirasız yer tahsisine mezundur. Bu yerlerin aydınlanma, ısıtma ve kullanma suyu giderleri de adı geçen Genel Müdürlükçe ödenir [Resmî Gazete : 16 Aralık 1950, sayı : 7684].

9 — Mali işler :

§ Kabul buyurulan 5/7/1950 tarih ve 5667 sayılı kanuna göre; şekerden alınan munzam istihlâk vergisinde yapılan indirmeler onanmıştır [Resmî Gazete, 8 Temmuz 1950, sayı : 7553].

§ Kabul buyurulan 5/7/1950 tarih ve 5668 sayılı kanuna göre; Muamele Vergisi Kanununun dokuzuncu maddesinin değişik on ikinci fıkrasının «A» bendi değiştirilmiştir [Resmî Gazete, 8 Temmuz 1950, sayı : 7553].

§ Kabul buyurulan 13/12/1950 tarih ve 5691 sayılı kanuna göre; Gümrük Kanununa göre haklarında vergi muaflığı uygulanan eşyadan benzin ve benzerleri, 14/2/1949 tarihli ve 5336 sayılı kanunla konulan pul vergisinden de muaftır [Resmî Gazete, 22 Aralık 1950, sayı : 7689].

10 — Nakil vasıtaları :

§ Kabul buyurulan 26/6/1950 tarih ve 5666 sayılı kanunla, nakil vasıtaları hakkındaki 3827 sayılı kanuna bağlı «1» sayılı cedvelde değişiklik yapılmış ve bu kanuna ek 4832 sayılı kanun kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 30 Haziran 1950, sayı : 7546].

11 — Orman işleri :

§ Kabul buyurulan 24/3/1950 tarih ve 5653 sayılı kanuna göre; 3116 sayılı Orman Kanununun 1, 3, 5, 12, 17 - 19, 21, 25, 33, 35 - 37, 39, 42, 43, 81, 86, 88, 98, 99, 104, 105, 107, 109, 113 - 116, 118, 120, 125, 127, 128 ve 129 uncu maddeleri değiştirilmiştir [Resmî Gazete, 3 Nisan 1950, sayı : 7473].

12 — Öğrenci yurdları :

§ Kabul buyurulan 24/3/1950 tarih ve 5661 sayılı kanuna göre; gerçek ve tüzelkişiler tarafından yemekli ve yemeksiz öğrenci yurdları ve buna benzer kurumlar açılması ve işletilmesi Milli Eğitim Bakanlığının iznine bağlıdır. Milli Eğitim Bakanlığı bu gibi yurd ve kurumları tesbit edeceği esaslara göre denetler [Resmî Gazete, 1 Nisan 1950, sayı : 7472].

13 — Pasaport ve yabancıların ikametleri :

§ Kabul buyurulan 15/7/1950 tarih ve 5682 sayılı kanun kırk bir maddeyi ihtiva eylemekte ve sırasile giriş kapıları, pasaport veya vesika mecburiyeti, pasaportsuz veya vesikasız gelen Türk vatandaşları, pasaportsuz veya vesikasız gelen yabancılar, giriş vizesi mecburiyeti, vize muafiyeti, çıkış vizesi, Türkiyeye girmeleri memnu kimseler, mukabeleli bilmisil, istisnai pasaport ve vize kolaylıkları, harbde ve fevkalâde hallerde istisnai tedbirler, pasaportların ve vesikaların nevi-leri, harçları ve bunları vermeye yetkili makamlar, diplomatik pasaportlar, hususî pasaportlar, hizmet pasaportları, hususî hizmet pasaportları hakkında müşterek hükümler, umuma mahsus münferit pasaportlar, muteberlik müddetleri, harçları, harçtan muaflık, umuma

mahsus müşterek pasaportlar, muteberlik müddeti, harcı, umuma mahsus pasaportların alınması için şartlar, askerlik hizmeti çağında olanlar, reşit olmayanlar ve muhacirler, devlet memurları, yabancılara mahsus damgalı pasaportlar, harcı, pasavanlar ve benzeri belgeler, harcı, Türkiye dışına nakliyat yapan nakil vasıtalarının memur ve müstahdemlerine verilen vesikalar, pasaport yerine kaim olan vesikaların itası şartları, pasaport veya vesika itası memnu olan haller, Türk vatandaşlarının seyahatlerinin tahdid veya men'i, vize itasına yetkili makamlar, vizelerin nev'i ve harçları, giriş vizesinin mahiyeti, tâbiyet-sizler, giriş vizesi, harcı, Türkiyeye dönüş vizesi, müteaddit giriş vizesi, transit vizesi, harçsız turist vizesi, vizesiz gelenlerin ödeyecekleri harç ve cezai hususlar hakkında gereken hükümler vazedilmiş bulunmaktadır [Resmî Gazete, 24 Temmuz 1950, sayı : 7564].

§ Kabul buyurulan 15/7/1950 tarih ve 5683 sayılı kanun otuz dört maddeyi ihtiva eylemekte ve ikamet beyannamesi, müşterek pasaportla gelenlerin tâbi olacakları hususî muamele, Turist damgalı vize ile veya kongre, konferans vesair kültürel gösteriler için gelenlere hususî muamele, triptik vesikalarile gelenler için hususî muamele, ikametgâh tezkeresinin reddolunacağı haller, ikamet müsaadesinin süresi, ikamet tezkerelerinin müddet ve harçları, ikamet tezkerelerinin yenilenmesi, ikamet tezkerelerini kaybedenler, medenî hallerinde değişiklikler olanlar, muvakkaten Türkiyeden ayrılanların ikamet tezkereleri, Türkiye içinde ikamet ve seyahat şartları, ikamet değişmesi, iş tutan yabancıların mükellefiyeti, yanlarında yabancı çalıştıranların mükellefiyeti, siyasi mülteciler, yabancıların hüviyetlerini isbat mecburiyeti, muzır şahıslar, pasaportlarını yenilemeyenler, karar almağa yetkili makamlar, Türkiyede vazifeli diplomasi ve konsolosluk memurları aileleri ve bazı müstahdemler, istisnai sıfatları zail olanlar, kanundaki müddetlerin değiştirilmesi hakkında gereken hükümler vazedilmiş bulunmaktadır [Resmî Gazete, 24 Temmuz 1950, sayı : 7564].

14 — Sınai işler :

§ Kabul buyurulan 12/7/1950 tarih ve 5675 sayılı kanuna göre; Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu hakkındaki 5591 sayılı kanunun 23 üncü maddesi ile 24 üncü maddesinin A fıkrasının son bendi kaldırılmıştır [Resmî Gazete, 21 Temmuz 1950, sayı : 7562].

15 — Tarım işleri :

§ Kabul buyurulan 24/3/1950 tarih ve 5659 sayılı kanuna göre; Tarım Bakanlığına bağlı ve tüzel kişiliği haiz olmak üzere Ankarada

Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü kurulmuştur. Çiftliğin işletilmesi esasları Tarım Bakanlığınca tesbit edilecektir [Resmî Gazete, 1 Nisan 1950, sayı : 7472].

16 — Ticaret işleri, anlaşma ve sözleşmeler :

§ Kabul buyurulan 17/11/1950 tarih ve 5684 sayılı kanuna göre; Türkiye ile Norveç arasında mevcut 24 Şubat 1949 tarihli ödeme anlaşmasına ek olarak 22 Mart 1950 tarihinde Ankarada imzalanan protokol kabul edilmiş ve onanmıştır [Resmî Gazete, 23 Kasım 1950, sayı : 7664].

§ Kabul buyurulan 17/11/1950 tarih ve 5685 sayılı kanunla, Türkiye ile Belçika - Lüksemburg ekonomik birliği arasındaki 2 Aralık 1948 tarihli ticaret ve ödeme anlaşmalarında değişmeler yapılması hakkında 25 Şubat 1950 tarihinde Ankarada imzalanan protokol kabul edilmiş ve onanmıştır [Resmî Gazete, 23 Kasım 1950, sayı : 7664].

17 — Müteferrik işler :

§ Kabul buyurulan 14/7/1950 tarih ve 5676 sayılı kanuna göre; Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ile Milletlerarası İmar ve Kalkınma Bankası arasında akdedilen kredi anlaşmaları onanmıştır [Resmî Gazete, 24 Temmuz 1950, sayı : 7564].

§ Kabul buyurulan 14/7/1950 tarih ve 5679 sayılı kanuna göre; Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ile İtalya Cumhuriyeti Hükûmeti arasında akt ve imza edilmiş olan dostluk, uzlaşma ve adli tesviye antlaşması onanmıştır [Resmî Gazete, 24 Temmuz 1950, sayı : 7564].

§ Kabul buyurulan 8/12/1950 tarih ve 5689 sayılı kanuna göre; Radyokomünikasyon tüzüğü ile ek tüzüğünü, ilâve protokolu ve tavsiye ve kararları ihtiva eden Milletlerarası «Atlantic City 1947» Radyokomünikasyon idari konferansı vesikaları onanmıştır [Resmî Gazete, 18 Aralık 1950, sayı : 7685].

§ Kabul buyurulan 13/12/1950 tarih ve 5690 sayılı kanuna göre; Milletlerarası Çalışma Teşkilâtının Genel Konferansı tarafından, 1947 de Cenevre'deki toplantısında kabul edilmiş olan «sanayi ve ticarete iş teftişi hakkındaki 81 numaralı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi» onanmıştır [Resmî Gazete, 22 Aralık 1950, sayı : 7689].

B) T. B. M. M. KARARLARI:

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul buyurulan 12/7/1950 tarih ve 1698 sayılı karara göre, açık milletvekillikleri için bu yıl

ara seçimi yapılmaması kararlaştırılmıştır [Resmî Gazete, 14 Temmuz 1950, sayı : 7558].

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 27/11/1950 tarih ve 1701 sayılı karara göre; Birleşmiş Milletler emrinde Kore'de kahramanca savaşan aziz milletimizin fedakâr ve cesur evlâtlarına Türkiye Büyük Millet Meclisinin selâm, sevgi ve başarı dileklerinin ulaştırılmasına karar verilmiştir [Resmî Gazete, 30 Kasım 1950, sayı : 7650].

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 4/12/1950 tarih ve 1703 sayılı karara göre; dünya sulhunu kurmak ve korumak ve bu suretle medenî insanlık âleminin emniyet ve huzurunu sağlamak yolunda Birleşmiş Milletler orduları saflarında parlayan ve bütün dünyada hayranlıklar yaratan süngülerile Kore'de şanlı tarihimize yeni bir hamaset ve şahamet destanı daha katan Plevne, Çanakkale ve Dumlupınar kahramanlarının yiğit evlâtlarına Türkiye Büyük Millet Meclisinin yürekten minnet ve şükran duygularının bir kere daha duyurulmasına karar verilmiştir [Resmî Gazete, 7 Aralık 1950, sayı : 7676].

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 11/12/1950 tarih ve 1705 sayılı kararile aşağıdaki önerge kabul edilmiştir : Kırşehir Milletvekili Osman Bölükbaşı ve Mardin Milletvekili Kemal Türkoğlu'nun, 4500 kişilik silâhlı bir savaş birliğinin dünya sulhunun muhafazası gayesine hizmet etmek üzere Birleşmiş Milletler Emrine verilmesi hakkındaki Hükûmet kararının meşru olmadığı, Hükûmetin bu meselede kanun ve prensipler dışına çıktığı, Kore'ye silâhlı kuvvetler göndermek kararının Birleşmiş Milletler antlaşmasına ve Anayasamıza muhalif olduğu iddialarının cereyan eden müzakereler sonunda kat'iyen varit olmadığı gibi Birleşmiş Milletler gayesinin ve yüksek milli menfaatlerimizin icaplarından olan bu kararın alınmasında Anayasa prensiplerine ve kanunlarımıza aykırı bir cihet görülmemiş olduğundan Hükûmetin verdiği hukukî ve siyasi izahatın tasvibile gündeme geçilmesini teklif ederiz [Resmî Gazete, 28 Aralık 1950, sayı : 7694].

D) TŪZŪKLER;

§ Bakanlar Kurulunun 30/3/1950 tarih ve 3/10987 sayılı kararile, «Ankara Polis Enstitüsü ile Polis Okulları Tüzüğü» nün dört ve

dokuzuncu maddeleri değiştirilmiştir [Resmî Gazete, 21 Nisan 1950, sayı : 7489].

§ Bakanlar Kurulunun 6/4/1950 tarih ve 3/11000 sayılı kararile, «İhtiyarlık Sigortası Tüzüğü» yürürlüğe konulmuştur [Resmî Gazete, 22 Nisan 1950, sayı : 7490].

§ Bakanlar Kurulunun 2/5/1950 tarih ve 3/11194 sayılı kararile, Noter Yardım Sandığının idare ve murakabesi hakkındaki tüzük yürürlüğe konulmuştur [Resmî Gazete, 22 Mayıs 1950, sayı : 7512].

§ Bakanlar Kurulunun 19/6/1950 tarih ve 3/11415 sayılı kararile; ticaret gemilerinin teknik durumları hakkındaki tüzüğün 76 ncı maddesine bir fıkra eklenmiştir [Resmî Gazete, 4 Temmuz 1950, sayı : 7549].

§ Bakanlar Kurulunun 12/7/1950 tarih ve 3/11564 sayılı kararile, preselenmiş pamukların denetlenmesine dair tüzüğün tatbiki ileride ilân olunacak tarihe kadar tehir edilmiştir [Resmî Gazete, 21 Ağustos 1950, sayı : 7588].

§ Bakanlar Kurulunun 27/10/1950 tarih ve 3/12023 sayılı kararile, «İller Baknası Tüzüğü» nün dördüncü maddesi değiştirilmiştir [Resmî Gazete, 11 Aralık 1950, sayı : 7679].

§ Bakanlar Kurulunun 10/11/1950 tarih ve 3/12090 sayılı kararile, «Vakıflar Tüzüğü» nün otuz sekizinci maddesi değiştirilmiştir [Resmî Gazete, 11 Aralık 1950, sayı : 7679].

§ Bakanlar Kurulunun 21/11/1950 tarih ve 3/12110 sayılı kararile, Ordu İkramiye Tüzüğünün dokuzuncu maddesi değiştirilmiştir [Resmî Gazete, 27 Aralık 1950, sayı : 7693].

E) YÖNETMELİKLER:

§ Bakanlar Kurulunun 24/3/1950 tarih ve 3/10940 tarihli kararile; «Memur Yönetmeliği» ne şu geçici madde eklenmiştir : Memur konutları yönetmeliğine 13/10/1949 tarihli ve 3/9968 sayılı Bakanlar Kurulu kararile eklenen geçici madde hükmü, bu yönetmeliğe göre konut işgal eden memurlardan yeni kurulan katma bütçeli bir idareye bu idarenin kuruluşundan başlayarak bir ay içinde bağlı oldukları Bakanlıkça ihtisasları itibarile görülecek lüzum ve zaruret üzerine tayin edilenlere de şamildir. Ancak bu hükümden faydalanacakların sayısı her yeni kurulan idare için beşi geçemeyeceği gibi yeni teşekkülün konutta

oturan memurun mensup bulunduğu Bakanlığa bağlı olması da şarttır [Resmî Gazete, 13 Nisan 1950, sayı : 7482].

§ Bakanlar Kurulunun 4/5/1950 tarih ve 3/11208 sayılı kararile, 3519 sayılı Pâsaport Kanununa bir madde eklenmesine mütedair olan 3654 sayılı kanunun tatbik şeklini gösterir yönetmelik yürürlüğe konmuştur [Resmî Gazete, 23 Mayıs 1950, sayı : 7513].

§ Bakanlar Kurulunun 9/6/1950 tarih ve 3/11362 sayılı kararile, Devlet kâğıt ve basım işleri hakkındaki yönetmelik yürürlüğe konmuştur [Resmî Gazete, 29 Haziran 1950, sayı : 7545].

§ Bakanlar Kurulunun 20/7/1950 tarih ve 3/11579 sayılı kararile; Mera normlarına dair yönetmeliğin yürürlüğe konulması kararlaştırılmıştır [Resmî Gazete, 22 Ağustos 1950, sayı : 7589].

R. G. O.

II.

Mahkeme İçtihatları

- A) Uyuşmazlık mahkemesi kararları; B) İdare mahkemesi kararları;
C) Adalet mahkemesi kararları; D) İş hukuku kararları.

B) İDARE MAHKEMESİ KARARLARI :

DÂVA SALÂHIYETİ. — Mahallelerin hükmi şahsiyeti, Muhtar ve ihtiyar hey'etinin dâva ehliyeti, Mahalleli sıfatıyla fertlerin dâva salâhiyeti.

İDARE TEŞKİLÂTI VE ÂMME HİZMETİ. — Teşkilât ve hizmetlerin tâdilinde alâkadarların rolü, İdarenin salâhiyetinin hukukî mahiyeti, Kazâî murakabenin hudutları.

Mahalle Muhtar ve İhtiyar Hey'etleri Kanunu, m. 1 ve m., Vilâyet İdaresi Kanunu (4025 No. li tadhîlât), m. 2, b. e. Belediye Kanunu, m. 7, 8, 11.

Şehir ve kasabalardaki mahalleler hükmi şahsiyeti haiz değildir. Bu itibarla, muhtar ve ihtiyar hey'etlerinin mahalleler namına dâva ikamesine ehliyetleri yoktur. Ancak, muhtar ve ihtiyar hey'eti âzalarının,

mahalle teşkilâtında yapılması istenilen değişiklik dolayısıyla, alâkadar bir fert olmaları bakımından dâva salâhiyetlerini kabul etmek lâzımdır.

İdare teşkilâtının ve âmme hizmetlerinin ihdas, tebdil veya ilgasında fertler hukukan müessir bir talepte bulunamazlar; sadece atıfet yollu dilekler ve temenniler ileri sürebilirler. Bu hususta İdare, lüzum ve icâplara göre hareket edebilmek bakımından, bir takdir salâhiyetini haizdir. Binaenaleyh, tesis, tâdil veya lâğv muamelelerinin, esas bakımından yerinde olup olmadığı kazaî kontrole tâbi tutulamaz. Bununla beraber, mevzu bahis tasarrufların salâhiyet, şekil ve maksat cihetlerinden idare hâkimince tetkiki mümkün ve hattâ lâzımdır.

Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulu

E. No. : 49/313 — K. No. : 50/37

Dâvâci : Kütahya İli Tavşanlı İlçesi Moymol mahallesi sakinlerinden 900 seçmen namına mahalle muhtarı Mustafa Ömer ve İhtiyar Hey'etinden İsmail Er, Abdullah Güner, Halil İbrahim Bal.

Dâvalı : İçişleri Bakanlığı.

Dâvanın Ö. : Kuruluşundan beri köy olarak idare edilmekte olan köylerinin 945 yılında mecburi bazı sebebler tahtında şehre bir mahalle olarak ihhak edilmiş ise de o zamandanberi ümid ettikleri faide husule gelmediğini müşahede etmeleri üzerine yine köy haline inkilâp etmeleri için vaki müracaatlarının İçişleri Bakanlığınca sebep ve lüzum bile gösterilmeyerek red edildiğinden ve köy halinde oldukları zaman bütçeleri nisbetinde köyleri faide görmekte olduğu halde ihaktan sonra bu faldeyi de kaybettiklerinden ve evvelce vaki vaatler yerine getirilmemiş olduğundan ve köyden para tahsil edildiği halde su, elektrik ve lâğım vesaire gibi hususların bulunmadığından bahisle reddi yolundaki kararın iptali talebinden ibarettir.

Savunmasının Ö. : Ötedenberi köy halinde idare edilegelirken bura halkı bir mazbata ile halkın altında birinin çiftçi olup geri kalanının esnaf ve amelelikle istigal eder oldukları, köyün güzelliği ve sağlık işlerini karşılayacak emlak ve arazisi mevcut ise de ne köyün ne de sularının hakkıyla temizliği bir türlü sağlanamadığı, halkın sağlık şartlarından mahrum yaşadıkları devlet tevziatından istifade edemedikleri ileri sürülerek belediye sınıırı içine alınmaları yolundaki talep tetkik ve bu husustaki formaliteler ifa edilerek Danıştaydan geçmek suretiyle kabul edilip yüksek onaya iltiran ettiği ve Belediyeye ihhakından beri ehemmiyetsiz bir gelire kursı daha fazla sarfiyat yapıldığı, elektrik tesisatından istifadeleri için dahili sebebeğe başlandığı, su tesisatından da faydalanabilecekleri gibi kasabasının tadilat veya yeniden yaptırmak istediği imar plânında bu mahallenin de yer aldığı cihetle inkişafı bakımından oranın mahalle halinde kalması mütalâa edildiği mealindedir.

Bas Kanun Sözcüsünün D. : Tavşanlı kasabasının Moymol mahallesi halkından 900 seçmen namına mahalle muhtarı tarafından İçişleri aleyhine açılan bu dâvanın hülâsası şundan ibarettir :

Moymol mahallesi Tavşanlı kasabasının bir mahallesi olmadan köy imiş. O zaman Tavşanlı Belediyesinin bir mahallesi haline gelmekte köy halkı için bazı

menfaatler mevcut olabileceğini mülâhaza eden köy ekseriyeti usulü dairesinde tesebbüse giriserek köyün belediye sınırları içine alınmasını temin etmiş.

Şimdi ise köy statüsüne dönmeyi menfaatli bulan 900 seçmen bunu istihsale tesebbüs eylemiş ve aldığı red cevabı üzerine bu dâvayı açmıştır.

Dâvacının ileri sürdüğü menfaat mülâhazaları ile İçişleri Bakanlığının beyan eylediği kasabayı elektrikle tenvir etmek ve kasabaya teknik esaslar dahilinde temiz suya kavuşturmak ve bunlardan Moymol halkını da faydalandırmak hususu karşılaştırılırsa Moymol halkının menfaati bugünkü gibi Belediye sınırları içinde kalması icap ettirir görülmektedir.

Mahalle halkının kendi menfaatlerini daha iyi düşündüklerini bir an için kabul eylesek dahi Belediye Kanunu beldenin bir parçasının köy haline getirilmesine müsait değildir; belde veya belde aksamının ayrılması veya başka parçaların belde ile birleşmesi hakkında 1580 sayılı kanunun 7 nci maddesi köylerin beldelere ihtihakını derpiş ettiği halde hilâfına izin verir bir hüküm koymamıştır. Âmme hukuku sahasında idare teşkilâtında vücutte getirilecek değişikliklerin kıyas yoluyla ihdasına cevaz yoktur. Bu gibi statü tedbirleri ancak kanunların vereceği açık yetkiye dayanarak yapılmak lâzım gelir.

Bu sebeble Moymol mahallesi halkının arzusuna göre değişiklik yapılmak kabil değildir; böyle bir hareket kanuna uygun olamayacağı için bu hususu temine matuf talebin kabul edilmemesinde kanuna aykırı bir cihet görülememiştir.

Binaenaleyh dâvanın reddi iktiza eder.

TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulunca işin gereği düşünöldü.

Dâvayı mucip olan sebeb ötedenberi köy halinde idare edilgelirken halkın arzu ve talebine dayanarak kanuni formaliteleri ikmal ile yakın bulunan belediyenin bir mahallesi haline getirilmiş olan ve halen mahalle bulunan yerin bu şekli almasından 3, 4 sene geçtikten sonra ümit edilen faidenin hasıl olmadığı mülâhazaıyla yine ora halkının arzusu ileri sürölerek Belediyeden ayrılmasını ve tekrar köy seklüne ifrağını talep yolundaki müracaata menfi surette cevap alınmış olması keyfiyetidir.

Dâvayı açmış olan mahalle muhtar ve ihtiyar hey'eti üyelerinin hatiz oldukları bu sıfata istinad ile halkı temsilen dâva ikamesine mahallelerin hükmi şahsiyeti haiz bulunmamaları hasebiyle kanunen yetkileri mevcut değilse de mahalle halkından olan seçmenlerin vaki müracaatları üzerine İl İdaresi Kanunu hükümleri dairesinde cereyan eden muamele neticesinde talebin reddine mütedair olarak verilen idarî kararın ve menfaatin ihlâli bakımından alâkalısı bulunmak itibariyle iptall yolunda bir fert sıfatıyla dâva yetkilerini kabul etmek icap eder.

Esasa gelince: İdare teşkilâtının meydana getirilmesinde veya herhangi bir şekilde tebdil ve hattâ ilgasında nazarı teemmüle alınacak en mühim nokta görülecek lüzum ve icaplar muvacehesinde faal idarenin bir takdir ve ihafası olmak iktiza eder.

1580 ve 4025 sayılı kanunlarla ahiren mer'iyete giren İl İdaresi Kanununun idare teşkilâtı hususundaki hükümleri takdir hakkının idareye ait bulunduğunu açıkça göstermektedir.

Bir tesekkül ve taazzuvun vücut bulması veya ayrılması ve şekli diğere kalbi gibi hususat dolayısıyla iptidaen halkın arzısı bulunsa dahi bu konuda idarenin

lüzum ve icap görmeyip kanunî formaliteye girismemesi hali fertlere dâva hak ve salâhiyeti veremez. İdarenin kanunlarla haiz olduğu takdir hakkının istimaliyle bir teşekkülün meydana gelmesi yolundaki müracaatların bir atıfet talebini tazammun etmesinden ileri geçemez.

İdarenin bu talebi, ademi kabul yolundaki tasarrufatı idari dâvaya zemin teşkil etmeyeceği cihetle belediyeden iştirak ile yeniden köy teşkilî talebinin tetkik kabiliyeti görülmemiştir. Bu sebeble talebin reddine ve 400 kuruş ilâm harcından geri kalan 300 kuruşun da dâvacılardan alınmasına 10/9/1950 tarihinde çoklukla karar verildi.

Yukarıya dercolunan Danıştay kararı, hukuk tekniği ve hukuk siyaseti olmak üzere, iki bakımdan tetkike şayandır.

I — Hukuk tekniği bakımından, mezkûr kararda, iki mühim mesele mevzu bahis olmaktadır: idarî iptal dâvasında dâvacının ehliyet ve salâhiyeti, idare teşkilâtı ve âmme hizmetlerinin tâdili keyfiyeti.

1) Malûm olduğu üzere, iptal dâvasının açılabilmesi için, herşeyden önce, dâvacının dâva ehliyetini haiz olması (ki bu şart, adli olsun, idarî olsun her çeşit dâvada aranır), bundan başka da, bir menfaatin ihlâl edilmiş bulunması lâzımdır.

a — Dâva ehliyeti, H. U. M. K. delâletiyle Medenî Kanun ahkâmına göre taayyün eder. Şöyleki, hakikî şahıslardan reşit ve mümeyyiz olanlar asaleten veya bir avukatı tevkil suretiyle dâva ikame edebilirler; medenî hakları istimale ehil olmayanlar ise, kanunî mümessilleri marifetile veya bunların tayin edeceği avukat vasıtasile dâva açabilirler. Hükmi şahıslara gelince; bunlar, gerek hususî hukuk grupuna ve gerekse âmme hukuku grupuna dahil olsunlar, temsil yetkisini haiz olan organları elile dâva salâhiyetlerini kullanabilirler; bittabi burada da avukatlara vekâlet verme esası caridir. Bu umumî prensipler dışında, Fransız Devlet Şûrasının bir içtihadına göre, idare hukukunda âmme hükmi şahıslarının uzuvları da, sırf organların salâhiyet ve vazifelerini koruyabilmeleri için, kendi namlarına iptal dâvası ikame edebilirler (R. Sarıca, İdarî Kaza, İstanbul, 1942, s. 54 ve m.).

Dâva ehliyetini tanzim eden kaideleri böylece tespit ettikten sonra, hâdisemizde mahalle muhtar ve ihtiyar hey'etinin dâva açmağa ehil olup olmadıklarını araştırabiliriz.

Bilindiği gibi, mahalle teşkilâtı şehir ve kasabalarımızda ötedenberi mevcut olan, tabii bir teşekkül ve hakikî bir cüz'ü tam iken, 10 Haziran 1933 tarihli ve 2295 numaralı bir kanunla lâğvedildi. Fakat, on sene gibi kısa bir zaman sonra, bu teşkilâtın yeniden ihdasına ihtiyaç hasıl oldu

ve 10 Nisan 1944 tarihli ve 4541 sayılı, şehir ve kasabalarda mahalle muhtar ve ihtiyar hey'etleri teşkiline dair kanun ısdar edildi. Ancak bu yeni mahalle teşkilâtı ile eskisi arasında bir takım esaslı farklar mevcuttur. Filhakika eski mahalleler, dünkü köyler gibi, tabii bir taazzuvun mahsulü olup, mahalli ihtiyaçlara cevap veren ve hükmi şahsiyet evsafını haiz birer ademi merkezîyet idaresi idi. Bugünkü mahalle teşkilâtı ise, münhasıran kanun vazınının eseri olup, Devlet hizmetleri gören ve merkezîyetle ademi merkezîyet sistemleri arasında yer alan bir teşekküldür. Halihazır mahallelerin hükmi şahsiyeti haiz olduğunu iddia etmek güçtür. Gerçi, bunların organları olan muhtar ve ihtiyar hey'etleri, köy, belediye ve vilâyette olduğu gibi, seçim yolu ile meydana gelmektedirler. Lâkin, bugünkü mahalleler kendilerine mahsus bir patrimuvana sahip olmadığı gibi, her hangi hususî ve mahalli bir gaye ve menfaati gerçekleştirmek mevkiinde de değildirler; bunlar sırf devlet hizmeti gören (4541 No. lu kanun m. 3) icraî karar alamayan yardımcı bir teşkilâttan ibarettir. Muhtarların ifa ettiği vazifelere karşılık olarak iş sahiplerinden aldıkları paralar tamamen şahıslarına terkedilmiş olduğundan muhtarlıklar birer (office) mahiyetinde telâkki edilebilir, yani eski devirlerin devlet memurları vaziyetindedirler. Bunların ve ihtiyar hey'etlerinin intihap usulü ile iş başına gelmeleri keyfiyeti, mahallelere hükmi şahsiyet izafesi için kâfi bir sebep sayılamaz. Zira seçim ,sureti umumiyede âmme ajanlarının bir (recrutement) şeklidir, intihap yolu ile Devlet memurluğu statüsünde de yer almak imkânı vardır. Gerçi Prof. Waline (*Traité élémentaire de Droit Administratif*, 5^e éd., Paris, 1950, p. 184), seçim usulünü ademi merkezîyet sisteminin vasıtalarından biri olarak zikretmektedir. Lâkin bu intihap ameliyesinin, hususî menfaatlerin korunmasına çalışacak organların teşkili için cereyan etmesi lâzım geldiğini tasrih etmekte ve bu hususta Fransadaki (arrondissement) teşkilâtını misal olarak göstermektedir. Bu hal, kısmen bir ademi merkezîyet ifade ederse de, hükmi şahsiyetin mevcudiyetini istilzam etmez. Hususile bizdeki mahalle teşkilâtına hükmi şahsiyet izafesine kat'iyen imkân yoktur. Çünkü, yeni mahalleler sırf kanun vazınının eseri olduğuna göre, bunlara hükmi şahsiyet tanıyıp tanımamak hususunda onun sarih iradesi mevcut olmalıdır. 4541 numaralı kanunda ise, mahallelerin hükmi şahsiyeti haiz olduğuna dair bir hüküm yoktur.

Şu hale nazaran mahalleler, pek cüz'î nisbette ademi merkezîyet vasfını haiz olmakla beraber, merkezîyet unsurları galip olan bir Devlet teşekkülüdür. Böylece mahalleler, belediye hükmi şahısları ile vilâyet, kaza ve nahiye merkezleri arasında yer alan muhtelif mahiyette bir teşkilât manzarası arz etmektedirler. Bu bakımdan onları, 10 Haziran 1949

tarihli ve 5442 numaralı yeni İl İdaresi Kanununun 52 nci maddesile kurulan Bucak Meclisleri ve Komisyonları teşkilâtına benzetebiliriz. Bu meclis ve komisyonlar da, Vilâyet hükmi şahsı ile nahiye idari taksimatı ortasında mevki alan, ademi merkezîyet ve merkezîyet unsurlarını nefsinde cem'eden muhtelit bir teşekküldür. Bunların da, merkezîyet vasfı galip olduğundan, bir Devlet teşkilâtı sayılması lâzım gelirse de, 5442 sayılı kanunun 56 ncı maddesi hükmünce, belediye ve köylerin teşkil edeceği mahallî idare birliği vazifelerini ifa ettikleri zaman, istinaen hükmi şahsiyeti haiz bir ademi merkezîyet idaresi vasfını alacaklarını kabul etmek lâzımdır.

Halbuki mahalleler hiç bir zaman hükmi şahsiyeti haiz olamayacaklarından muhtar ve ihtiyar hey'etlerinin mahalleleri namına dâva ikamesine aslâ salâhiyetleri yoktur. Fakat acaba bunların organ sıfatile bir iptal dâvası açmağa yetkileri kabul edilemez mi ? Bu da mümkün değildir; çünkü mahalle bir idare hükmi şahsı olmayınca, muhtar ve ihtiyar hey'eti de uzuv vasıf ve salâhiyetini taşıyamaz, binnetice dâva ehliyeti de kabul edilemez. Devlet hükmi şahsı içinde erimiş olan mahallelerin muhtar ve ihtiyar hey'etleri Devletin organları arasında da yer almadıklarına göre, bu cihetten de kendilerine bir dâva ehliyeti tanınamaz. Kaldı ki, bu takdirde dâva ehliyeti sâbit olsa bile, menfaat şartı tabakkuk edemeyeceği için dâva salâhiyeti yine de kabul edilemez. Çünkü bir hükmi şahsın organının tâbi olduğu şahsiyetten ayrılmak hususunda, kendi vazife ve salâhiyetlerini korumak bakımından, bir menfaati olduğu ciddi surette iddia edilemez : dâvanın istihdaf ettiği gaye bizatihî dâvacılık sıfatının mesnedini nefyeder mahiyettedir. Şu halde, muhtar ve ihtiyar hey'eti hiç bir surette mahalleyi temsilen dâva ikamesine salâhiyetli değildir.

Danıştay yüksek hey'eti de, mevzu bahis dâvayı mahalle namına muhtar ve ihtiyar hey'etinin açmış olduğunu kabul etmiş olacak ki, pek doğru ve yerinde bir kararla bu sıfatlarına istinad ile dâva ikamesine salâhiyetli olmadıklarını içtihad etmiştir. Ancak, ilâmın «Dâvacı» hanesindeki ibarelere kıymet ve mâna vermek caiz ise, dâvanın mahalle namına ve tekmil ihtiyar hey'eti âzalarının iştirakile açılmış olduğunu kabul etmek güçtür. Zira, dâva, «mahalle sakinlerinden 900 seçmen namına» ve sadece muhtarla ihtiyar hey'etinden üç üye tarafından ikame edilmiş görünmektedir. Bu yolda hareket edilmiş olmasının sebebi de, aşağıda tafsil edileceği üzere, her halde 4025 sayılı kanun gereğince, bu gibi ayrılma taleplerinin başlangıçta o kısımda sakin belediye müntehiplerinin ekseriyeti tarafından vaki olması lüzumu göz önünde tutulmuş bulunmasıdır. İdari müracaatın ekseriyet tarafından yapıldığını gören alâka-

darlar, bunun bir devamı şeklinde tecelli eden kazai müracaatın, yani dâvanın da keza ekseriyet tarafından açılması icap edeceğini düşünmüş olmalıdırlar. Şayet vaziyet bu merkezde idi ise; yüksek idare mahkemesinin, muhtar ve ihtiyar hey'eti âzalarına halkı temsilen dâva ikamesine salâhiyetleri olmadığını bildirirken, mahallelerin hükmi şahsiyeti haiz bulunmadıkları mucip sebebine değil, Baroda mukayyet avukat olmayanların başkaları namına dâva açmağa yetkileri bulunmadığı esasına istinad etmesi lâzım gelirdi. Mesele bu şekilde mütalâa edilseydi, şimdi göreceğimiz gibi, muhtar ve ihtiyar hey'eti âzalarına, bu sıfatlarına istinaden değil de, bir fert olmak itibarile dâva hakkının tanınması daha kolaylıkla mümkün ve kabili izah olurdu.

Gerçekten Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulu, muhtar ile ihtiyar hey'eti âzalarından üçüne, mahalle namına dâva ehliyetini haiz bulunmadıklarını beyan ettikten sonra, «talebin reddine mütedair olarak verilen idarî kararın ve menfaatin ihlâli bakımından alâkalısı bulunmak itibariyle iptali yolunda bir fert sıfatıyla dâva yetkilerini kabul» etmiştir. Hâdisede menfaat şartının tahakkuk edip etmediğini münakaşa etmeden önce, bu suretle vaki «Conversion» amelîyesini incelemek lâzımdır. Şöyle ki, Danıştay, mahalle namına açıldığını kabul ettiği bir dâvada, hükmi şahsiyetin ademi mevcudiyeti dolayısıyla, müracaatı ehliyetsizlik noktasından red ettiği halde, aynı dâvayı alâkadarların «fert» sıfatlarına izafe ederek iptidaen kabul etmiş bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile dâvacı mevkiinde bulunan mahalle hükmi şahsını kaldırarak, yerine re'sen «fertleri» ikame etmiştir; yani dâvacıyı değiştirmiştir. Halbuki mahkeme, nasıl ki bir dâvada husumet yanlış tevcih edildiği zaman hasmı re'sen tebdile salâhiyetli değilse, aynı şekilde dâvacıyı da kendiliğinden değiştirmeye yetkili olmamalıdır. Gerçi denilebilir ki, muhtar ve ihtiyar hey'eti de mahalle hükmi şahsiyetini teşkil eden camia içinde yer aldığına göre, burada bir ikameden ziyade, mevcuddan bir kısmın ihracı, diğerlerinin ipkası mevzuubahistir. Lâkin, bu muhakeme hükmi şahsiyet nazariyesi bakımından hatalıdır; çünkü hükmi şahıs kendisini terkip eden hakiki şahıslardan tamamen başka ve müstakil bir şahsiyete sahiptir; o hakiki şahısların mecmuundan ibaret değildir, bunların dışında yepyeni bir şahsiyettir. Kaldı ki mahallenin hükmi şahsiyeti bulunmadığı daha önce ifade ve tespit edilmiş idi. Bu itibarla, «conversion» veya ikame amelîyesine başvurmadan, mahalle namına açılan dâvanın «fert» lere mal edilmesine hukukan imkân yoktur. Hâkimin bu amelîyeyi re'sen icra etmesi caiz değildir. Bununla beraber, Danıştayın mevzuubahis içtihadı, pratik bakımdan, tasvip ve takdire şayandır. Zira böyle liberal davranmayıp, formalist bir zihniyetle hareket edilmiş olsaydı, bu gibi dâvaların iptidaen

reddedilmesi lâzım gelirdi ki, bu ne alâkadarların ve hattâ ne de menfaatını müdrik bir idarenin lehine olur; iyi bir idare, hâkimin mürakabesini kendisi için lüzumlu ve faydalı bir muamele telâkki eder ve mümkün mertebe bunu teşvike ve kolaylaştırmaya çalışır.

Mamafih hâdisemizde Danıştayın, ameli mülâhazalarla, böyle müsamahakâr davranmış olmasına, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, hacet yoktu. Filhakika dâva, mahalle sakinlerinden 900 seçmen namına ikame edilmiş olduğuna göre, müntehip sıfatını haiz buldukları muhakkak olan muhtar ve ihtiyar hey'eti âzasının hakikatte hem mümessil ve hem de temsil edilen rolünü ifa etmeleri dolayısıyla, kendi şahısları namına asaleten dâva açmış durumda olduklarını kabul etmek lâzımdır. Fakat bu şahıslar Baroda mukayyet avukat sıfatını taşımadıkları ve usulen diğer seçmenlerden vekâlet almadıkları için, kaza mercileri önünde onları temsile salâhiyetleri yoktur. İşte bu yolda bir muhakeme ile, muhtar ve ihtiyar hey'eti âzalarının açmış oldukları dâvada ehliyetle sahip buldukları neticesine varılarak, müracaat iptidaen red edilmekten kurtarılabilir.

b — İptal dâvasının ikamesi için, dâvaya ehliyet kâfi olmayıp, ayrıca bir menfaatin de bulunması lâzımdır. İptal dâvasında salâhiyet, ancak menfaat şartının mevcudiyeti ile tahakkuk edebilir. İhlâl edilen bir menfaatin dâvaya yol açabilmesi için bir takım vasıfları haiz olması iktiza eder (R. Sarıca, op. cit., s. 57 ve m). Ancak iptal dâvasında aranan menfaat şartının en mühim hususiyeti, muayyen ve mahdut bir çerçeveye ithal edilebilmesidir. Diğer bir ifade ile, bir idarî karara karşı dâva açılabilmesi için, bunun bir menfaati ihlâl etmiş olması kâfi değildir; dâvacıyı, açıkça belirmiş bir alâkadarlar zümresi içinde müteessir etmesi zaruridir. (M. Chenot'nun mütalâanamesi, C. E., 10 Février 1950, Gicquel, R. p. 100). İşte Fransız Devlet Şûrası bu esastan hareket ederek, bir komün, bir vilâyet ve bir müstemlekenin vergi mükelleflerinin, bu sıfatlarına istinaden iptal dâvası ikame edebileceklerini içtihad etmiştir. Fakat devletin vergi mükellefleri, böyle belirli bir alâkadar kategorisi teşkil edemeyecekleri için, vatandaşların sırf bu sıfatlarına dayanarak açtıkları dâvalar kabul edilmemektedir. İlâve etmek lâzımdır ki, Fransız Devlet Şûrası sadece bir arazi parçası ile mahdut alâkadarlar grupuna dâva hakkı tanımakla kalmamış, tayin ve tespiti kabül olan her türlü ilgililer zümresine bu salâhiyeti tanımıştır. Meselâ muayyen bir dinin mütekitlerinin, muayyen bir âmme hizmetinden istifade edenlerin, muayyen bir intihap dairesine bağlı olanların ve muayyen bir mahal sakinlerinin, mensup oldukları kategorilerin menfaatlerini ihlâl eden tasarruflara karşı

sırf bu sıfatla dâva ikame edebilecekleri kabul olunmaktadır. Bu cümleden olmak üzere Fransız Devlet Şûrası, bir mahal sakinlerinin komün hudutlarının genişletilmesi (C. E., 28 Décembre 1854, Rousset, S. 55. 2. 363), bir komünün merkezinin değiştirilmesi (C. E., 22 Juillet 1892, Samuel, S. et P. 94. 3. 67) hakkındaki muamelelere, iptal dâvası yolu ile itiraz etmekte menfaatleri ve binnetice salâhiyetleri bulunduğunu içtihad etmiştir.

Danıştayımız da, Fransız Devlet Şûrasının bu içtihadından mülhem olarak, Silivri Belediyesinin, çiftçi hayvanat ve traktörlerini korumak vazifesiyle de mükellef olmak üzere, tayin edeceği kır bekçilerinin ücretlerini karşılamak maksadile yaptığı ücret tarifesinden menfaati haleldar olan belde ahalisinden ve zürradan bir kimsenin ikame ettiği iptal dâvasını iptidaen kabule şayan görmüştür (D. 6. d., 17 Temmuz 1946, Ahmet Kemal, K. D., 33. 78). İşte, yukarıda münderiç bulunan karar da bu içtihadın tatbikatına ait diğer bir misalden ibarettir. Filhakika Moy-mol mahallesi sakinleri, muayyen ve mahdut bir alâkadarlar kategorisi teşkil ettiği gibi; bunlardan her birinin kendi ikamet mahallerinin toplu ve medenî ihtiyaçlarını en iyi şekilde tatmin edecek idarî teşkilât statüsüne ve âmme hizmetlerine sahip olmakta büyük ve açık menfaatleri vardır. Bu itibarla, adı geçen mahallede mukim reşit ve mümeyyiz her şahsa, semtlerinin belediyeden ayrılarak müstakil bir köy haline getirilmesi talebini reddeden idarî karara karşı bir iptal dâvası açabilmek imkânı tanınmak lâzımdır. Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulu pek doğru ve yerinde olarak, muhtar ve ihtiyar hey'eti âzâlarının, mahalle sakinleri sıfatıyla, iptal dâvası salâhiyetini haiz olduklarını kabul etmiştir.

2) İdare edilenlerin, bir mahal sakini sıfatıyla, dâva salâhiyetlerini tanımak, kendilerini alâkadar eden idarî muamele ve kararları her bakımdan mutlak olarak tenkid edebileceklerini kabul etmek demek değildir. Bu durum sadece, fert olarak ikame edecekleri dâvaların iptidaen kabul edilerek esastan tetkik ve rü'yet edilebileceğine delâlet eder. Diğer bir ifade ile, bu gibi dâvaların açılması başlangıçta hiç bir manie maruz olmayıp, ancak intihâen ve neticeten bir redle karşılaşması ihtimali vardır. Gerçekten bahis mevzuu hâdisede de, böyle kazaen münakaşası kabil olmayan bir mesele mevcuttur.

Bu mesele, idarî teşkilât ve âmme hizmetlerinin tanzimi hususunda idare edilenlerin, esas itibariyle ve kaideten bir müdahale ve tesir icra edememeleri keyfiyetidir. Çünkü, «âmme hizmetlerinin ihdasında, ilgasında ve işleme tarzının tayin ve tespitinde Devlet geniş bir muhtariyete sahiptir, yani Devlet bu teşkilâta dahil olanların veya olmayanların, istifade edenlerin hususî menfaatlerini nazara almaksızın, âmmenin ve

hizmetin menfaatlerinin icap ettirdiği her şeyi serbestçe yapabilir. Bütün bu hükümler ferdin hususi vaziyet ve menfaatlarının dışında kalan birer statut teşkil eder, binaenaleyh âmme hizmetlerinin kurulması ve işlenmesi karşısında ferdin sübjektif bir hakkı mevcut olmamak icap eder.» (S. S. Onar, İdare Hukuku, I. 2. bası, İst. 1944, s. 312). Bu bakımdan genel Kurulun, hükmün «esas» kısmının başında vazettiği kaide, doktrine ve Fransız jürisprüdansına tamamen uygundur. Şöyle ki, Fransız müelliflerine göre, idare teşkilâtının ve âmme hizmetlerinin tanzim ve tadilinde idarenin haiz olduğu takdir salâhiyeti, bu mevzuda âmme menfaatlerinin hususi menfaatlara galebe çalması ve tercih edilmesi keyfiyetinden başka, fertlerin idareyi bir tanzimi tasarruf yapmağa zorlayamamasından ve vesayet makamlarının ademi merkezîyet idarelerini bir hususu ifaya icbar hususunda idare üzerinde müessir olamamasından ileri gelmektedir. Filhakika tanzim salâhiyeti ile idarî vesayet kudreti, âmme hizmetlerinin ve teşkilâtının tanziminde idarenin sahip olduğu belli başlı vasıtalarlardır. Gerçi bazı ahvalde, bu gibi muamelelerin ferdî ve muşahhas kararlarla yapılması mümkün ve muhtemeldir. Lâkin yeni bir âmme hizmetinin tesisine müsaade edip etmemek tamamen idarenin takdirine bırakılmıştır, çünkü yeni bir teşkilâtın ihdası bir takım salâhiyetlerin bunun tarafından istimalini istilzam eder ve olabilir ki, mevcut makamlar esasen bu salâhiyetleri kullanmakta ve hizmetleri ifa etmektedirler; işte bu gibi tekerrürlere, rekabetlere ve karışıklıklara meydan vermemek için, idareye bir hareket serbesti temin etmek lâzımdır. (Bu hususta bak. : P. Montané de la Roque *L'inertie des pouvoirs publics*, Paris, 1950, p. 231 et s.). Bununla beraber, bir hizmetin ihdasını istihdaf eden taleplerin idarece reddine dair verilen kararlar, esas itibarile, takdirî tasarruflardan olduğundan kazaî mürakabeden hariç bırakılırlarsa da; bu yolda alınan müsbet kararların mevzu hukuk kaidelerine uyguniuk derecesi bazı noktalardan kazaen tetkik edilebilirler. Fransız Devlet Şûrasının bu hususlara temas eden bir çok kararları vardır (yeni bir misal : C. E., 28 Mars 1945, Devouge, R. p. 64). Keza, idarî teşkilâta yapılacak tadilat usulünde, alâkadarların müracaat ve tahriki üzerine bir tahkik muamelesine tevessül edilmesini kanun emrediyorsa, idare bunu yerine getirmek mecburiyetindedir; hattâ vâki talebi neticeten reddedecek olsa bile... Gerçekten idare, âmme hizmetlerinde, esas bakımından, değişiklik yapıp yapmamakta muhtardır, fakat bu hususta idare edilenlere kanunen tanıyan mütekaddim usulî muamelelerin icrasını talep hakkına da her halde önce riayet etmek mecburiyetindedir (C. E., 6 Mars 1936, Commune de Sury le Comtal, R. p. 295). Bu iki hal müstesna, fertlerin âmme hizmetlerinin ve idarî teşkilâtın tanzimine müteallik tasarruflara, esas yönünden

müdahale ve itiraz salâhiyetleri yoktur. Nitekim, Fransız Devlet Şûrası, bir (paroisse) tesisi hakkındaki talebi reddeden bir belediye kararına karşı açılan dâvayı (C. E., 19 Novembre 1926, Ville de Strasbourg, R. p. 989) ve bir köy mahallesinin okulu lâğvedilerek, diğer bir komün okuluna bağlanmasına dair olan Vilâyet İlk Öğretim Komisyonunun kararını geri alması hususundaki müracaati reddeden tasarrufu aleyhine ikame edilen dâvayı (C. E., 13 Novembre 1924, Commune de Laxou, R. p. 884), takdire müteallik olmaları hasebile, esas cihetinden reddetmiştir.

Bu sonuncu kararda mevzuubahis olan hâdise, Danıştayın yukarıdaki ilâmına esas teşkil eden dâvaya çok benzemektedir. Filhakika, her iki dâvada da, idarî teşkilât ve âmme hizmetinde yapılan değişikliğin kaldırılarak eski halin iadesi istihdaf edilmektedir. Şu kadar varki, Fransadaki hâdisede, yapılan idarî tadilâtın akabinde düzeltilmesi istendiği halde, bizim dâvamızda alâkadarlar, vaki değişiklik bir müddet mer'i olduktan sonra, umulan faydalar temin edilemediği mülâhazasile, eski vaziyete, dönülmesini talep etmektedirler. Bu şekle dâva, idarî teşkilâta adeta yeni bir tadil yapılmasını tazammun etmektedir. Ancak, Baş Kanun Sözcüsünün mütalâası hilâfına, mevzuatımız, hiç değilse hâdisenin cereyan ettiği tarihte, alâkadarlara bu yolda bir talepte bulunmak salâhiyetini açıkça bahşetmekte idi. Şöyle ki, 1580 sayılı Belediye Kanununun 7 nci maddesi, belde aksamının belediyeden ayrılarak bir köy haline kalbedilmesine cevaz veren bir hükmü muhtevi değil idi ise de; dâva zamanında mer'iyette bulunan 12 Mayıs 1941 tarihli ve 4025 sayılı, Vilâyet İdaresi Kanununun, 2 nci ve 71 inci maddelerini değiştiren Kanun, adı geçen kanunun 2 nci maddesinin E bendinde şu hükümleri sevketmekte idi : — Bir mahalle veya semtin belediye sınırlarından ayrılarak müstakil köy haline konması veya mevcut bir köyle birleştirilmesi aşağıdaki şekilde yapılır : — Ayrılma talebi o kısımda sakin belediye müntehiplerinin ekseriyeti tarafından imzalı bir mazbata ile vuku bulduğu takdirde belediye meclisi, vilâyet idare hey'eti ve umamî meclisin mütalâaları alındıktan sonra Dahiliye Vekâletinin tasvibi ile olur. Ayrılmaya vali tarafından re'sen lüzum görüldüğü takdirde ayrıca o parça belediye müntehiplerinin belediye seçimi usulü dairesinde reyleri de alınmak lâzımdır.» İşbu hüküm, 4025 numaralı kanunun ilga ettiği 15 Haziran 1938 tarihli ve 3451 sayılı Vilâyet İdaresi Kanununun 2 nci ve 71 inci maddelerini değiştiren 3001 sayılı kanunun 1 inci maddesini tadil eden kanunda da, ufak tefek farklarla, mevcut idi. Bundan başka, 1580 sayılı Belediye Kanununda, belde aksamının ayrılarak, müstakil köy haline kalbedilmesi keyfiyeti açıkça derpiş edilmemiş ise de, 7 nci maddede «... veya diğer komşu belde veya köylerin sınırı dahiline... girmesi. »

ne imkân verilmiştir. Ancak halen mer'î olan ve 4025 numaralı kanunu ilga etmiş bulunan 5442 sayılı yeni İl İdaresi Kanununda bu hususta bir hüküm yoktur. Bu hüküm fıkdanı dolayısıyla acaba bugün artık idari teşkilâta bu yolda değişiklikler yapılması mümkün değildir, denilebilir mi ? Kanaatimizce hayır ! Çünkü bir köyün bir belediyeye ilhakı suretile birleştirilmesine cevaz verildiği müddetçe (acte contraire) nazariyesine göre, bir belde aksamının da belediyeden ayrılarak müstakil bir köy haline getirilmesi hukuken mümkündür. Yukarıda zikrettiğimiz mülga 3451 numaralı kanunun bu hususta Belediye Kanununun 7 nci maddesine bir atıfta bulunmuş olması bu noktai nazarı te'yid eder mahiyettedir. Danıştayın, kararda yeni İl İdaresi Kanununu da ayrıca zikretmiş bulunması, bu bakımdan manidardır.

Ancak şurası da muhakkaktır ki, idare, sarîh bir metin mevcut olmasa da, bu yolda bir değişiklik yapmağa salâhiyetli olmakla beraber, bu yetkisini kullanmak hususunda hiç bir zaman icbar edilemez. Zira, İdare Hukuku prensipleri olduğu gibi, «1580 ve 4025 sayılı kanunlarla ahiren mer'iyete giren İl İdaresi Kanununun idare teşkilâtı hususundaki hükümleri takdir hakkının idareye ait bulunduğunu açıkça göstermektedir.» Fakat 4025 numaralı kanun yukarıda işaret ettiğimiz veçhile, alâkadarlara bir müracaat hakkı tanımış olduğundan, idare, neticede talebi reddedecek olsa bile, bu husustaki mütekaddim muameleleri ifa etmek mevkiindedir; aksi takdirde red kararı iptale maruz kalır. Hâdisemizde idarenin «kanunî formalitelere girişme» diği ve vaki müracaatı doğrudan doğruya reddettiği anlaşılmaktadır. Danıştay bu «halin fertlere dâva hak ve salâhiyeti veremeyeceğini», zira «takdir hakkının istimaliyle bir teşekkülün meydana gelmesi yolundaki müracaatların bir atıfet talebini tazammun etmesinden ileri geçemeyeceğini» içtihad etmiştir. Kanaatimizce bu sureti hal tamamen isabetli sayılamaz. Şöyle ki bu mevzuda idareye tanınan takdir salâhiyeti mutlak olmayıp, sadece neticede bir hareket serbestisi bahşetmektedir. Yani kanun idareyi, müracaat üzerine bir takım muameleleri yapmak hususunda iptidaen bağlamış, ancak mevzuubahis talebi is'af edip etmemek bakımından ve intihaen serbest bırakmıştır. Bu suretle kanun vaziinin idare edilenlere tanımış olduğu bir imkân ve teminatı nez'etmek doğru olmasa gerektir. Çünkü bu müracaat hakkı, âmme hizmetlerinin ve idare teşkilâtının tanzim ve tadilinde fertlerin haiz olduğu yegâne salâhiyettir. Bu yetkinin kullanılması, idari sahada demokratik esaslara kısmen yer verilmesini sağladıktan başka, bazı ahvalde idarenin kendisine de faydalı bir işaret ve rehberlik vazifesi görebilir. Filhakika, bir tetkik ve tahkik sonunda varılacak karar, re'sen yapılacak bir muameleden her halde daha salim ve icaplara daha uygun

tecelli eder. Esasen, Danıştay içtihatlarınca da müeyyed bulunan İdare Hukukunun bir prensibine göre, idarenin tetkikat ve tahkikat icra etmeden yaptığı muameleler iptal edilmek lâzımdır. İşte bu umumî prensibin tatbikatı cümlesinden olan 4025 sayılı kanunun hükmüne hâdisede riayet edilmeyerek bir red kararı verilmişse, bu tasarrufun şekil noktasından iptali icap ederdi.

Mamafih bu yoldaki bir iptal hükmü, idarenin alacağı ikinci bir kararla, vaki talebi esastan reddetmesine mâni olamaz. Zira idare işte bu noktada bir takdir salâhiyetine sahiptir ve bunun kazaen tetkik kabiliyeti yoktur. Gerçekten «bir teşekkül ve taazzuvun vücut bulması veya ayrılması ve şekli diğere kalbi gibi hususat dolayısıyla iptidaen halkın arası bulunsa dahi bu konuda idarenin lüzum ve icap görmeyip... bu talebi ademi kabul yolundaki tasarrufatı idarî dâvaya zemin teşkil edemez.» Bu kabil muamelelerin idarî dâvaya mevzu olamaması, hükümet tasarruflarında görüldüğü gibi, açılan dâvaların iptidaen mesmu bulunmamasını icap ettirmeyip, sadece takdire taallûk eden unsurların kazaen tatbik ve münakaşasına girişilememesini tazammun eder. Yoksa idarenin bağı salâhiyeti dahilinde kalan hususların kazaî murakabeye tâbi tutulması mümkün ve lâzımdır. Binaenaleyh Danıştayın «... belediyeden iftirak ile yeniden köy teşkili talebinin tetkik kabiliyeti görülmemiştir.» tarzındaki ifadesini bu yolda anhyarak, bu mevzua müteallik dâvaların ancak esas cihetinden ve intihaen, takdir salâhiyetinin mevcudiyeti sebebiyle, reddedilebileceğini kabul etmek daha doğru ve yerinde olur.

Filhakika, böyle müracaat üzerine idarenin verdiği menfi mahiyetteki red kararları, netice itibarile takdire taallûk edeceğinden kazaî murakabeye pek te müsait değilse de; idare teşkilât ve âmme hizmetlerinde idarenin re'sen yapacağı müsbet muameleler hukuka aykırılık arzedebileceğinden bunların hâkimin kontrolünden geçirilmesi iktiza edebilir. İşte bu ikinci kategoriye giren tasarrufların kazaen tetkikini sağlayabilmek için, her iki halde ikame edilecek dâvaların iptidaen mesmu olduğunu kabul etmek zarureti vardır. Aksi takdirde idare, âmme hizmetlerinin ve idare teşkilâtının tanzim, tadil ve ilgasında, kendini tamamen serbest sayabilir ve bunun neticesinde bir takım yolsuz ve usulsüz vaziyetler tahaddüs edebilir.

Bu gibi tehlike ve mahzurları önlemek maksadile olacak ki, Fransız Devlet Şûrası son zamanlarda, takdir salâhiyetine kat'iyen yer vermeyerek, âmme hizmetlerinde değişiklik yapan idarî tasarrufları tekml unsurları bakımından sıkı bir murakabeye tâbi tutmaktadır. Nitekim, yukarıda mezkûr 10 Şubat 1950 tarihli Gicquel kararında, Kanun Sözcüsü

takdir salâhiyetinin mevcudiyetinden bahsetmesine rağmen, Devlet Şûrası ihtilâfı esas cihetinden de tetkik ederek iddianın sâbit olmaması sebebiyle dâvayı intihâen reddetmiştir. Bizim hukukumuzda da muteber ve kabili tatbik olan bu içtihadın Danıştayca benimsenmesi temenniye şayandır. Böylece idare, âmme hizmetlerinin ve idare teşkilâtının ihdas, tâdil ve ilgasında da, daha sıkı bir kazaî mürakabeye tâbi tutulmuş olur.

II. — Hukuk siyaseti bakımından, Danıştay kararı iki hususu ilham etmektedir : idare edilenlerin âmme hizmetlerinin ve idare teşkilâtının tanzimindeki rolü ve idarenin kazaî kontrolünde toplulukların müsait durumu.

1) Malûm olduğu üzere vatandaşlar memleketin siyasi hayatına ancak dört senede bir rey vermek suretile iştirak edebilirler ve bir kerre mümessillerini seçtiler mi, artık onlar üzerinde ve faaliyetleri hakkında her hangi bir tesir icrasına salâhiyetleri yoktur. Seçim yolu ile teşekkül eden mahallî idarelerin uzuvları hakkında da bu mülâhaza kısmen varittir. Kısmen diyoruz, çünkü bu organların faaliyeti idarî mahiyette olduğundan kazaî mürakabeye müsaittir. Bunun gibi, Devlet idare hayatında icra uzvunun âmme hizmetlerini tanzim sadedinde aldığı karar ve tedbirler de mahiyeten kazaî kontrole elverişlidir. Fakat bu mevzuda idareye, esas itibariyle, takdir salâhiyeti tanınmış olduğundan, umumî ve müessir bir mürakabe icrası kabil olmamaktadır. Halbuki, fert olarak vatandaşlar, siyasi hayat ve faaliyetten ziyade, idarî icraat ve muamelelerle alâkadar olurlar; çünkü günlük ve maddî hayatlarına doğrudan doğruya tesir icra eden idarî âmme hizmetleridir. Bu itibarla idare edilenlere, âmme hizmetleriyle idare teşkilâtında yapılacak değişiklikleri tenkid ve münakaşa imkânını bahşetmek faydalı ve lüzumludur. Âmme hizmetleri mevzuunda kazaî kontrole yer verildiği nisbette idarî demokrasi gerçekleşebilir.

Bu sebep ve mülâhazalara binaen, Danıştayın yukarıdaki kararda menfaat şartını gayet geniş tutarak, açılan dâvayı iptidaen kabul etmiş olması takdire ve bu liberal içtihadını ihtilâfların esasına da teşmil etmesi temenniye şayandır.

2) Böyle kollektif menfaatlerin ihlâl edildiği hallerde dâva salâhiyetinin tanınmasile, fertlerin behemehal ve nasıl olsa dâva açacaklarını zannetmek fazla iyimserlik olur. Çünkü bu menfaatler, idare edilenleri tek başlarına dâva ikamesine sevk edecek mahiyet ve vüs'atte değildir. Bundan başka fertler, daha ziyade şahsî menfaatle müteharrik olduklarından, umumun istifadesini temin edecek bu kabil dâvalar için gayret ve masraf ihtiyar etmek istemezler. Nihayet vatandaşlar, dâva açmak suretile, idare makamlarının ve adamlarının husumet ve garazlarını şahıslarına celbetmekten, haklı olarak, çekinebilirler. Filhakika,

yalnız memleketimizde değil, Profesör Waline ve Kanun Sözcüsü M. Odent'in ifadelerine nazaran Fransada dahi, dâvacıların bu mahzuru hesaba katmaları ekseriya lâzım gelmektedir. İşte bu gibi kollektif menfaatlerin mevzu bahis olduğu ihtilâflarda dâvacı mevkiini cemiyet veya sendikaların işgal etmesi hatıra gelebilir. Nitekim Fransada kollektif mahiyetteki dâvaları ekseriya bu kabil hükmi şahsiyeci haiz alâkadar toplulukların tahrik ettiği görülmektedir. Gerçekten, fertlerin dâva açmak istemeyecekleri hallerde dernek ve sendikaların kazai yollara tevessül etmelerine mâni olacak her hangi bir mahzur varit değildir. Bir kerre azalarının menfaatlerini korumak bu teşekküllerin gayesine dahil bulunduğundan, dâva salâhiyetleri mevcut olduğu gibi, bunu kullanmaları da vazifeleri cümlesindedir. Diğer taraftan, bir ferdin ihtiyar edemeyeceği gayret ve masrafı, umumun menfaatini temin bakımından, daha kolaylıkla göze alabilirler. Nihayet, dâva topluluk namına ikame edilmiş olacağından anonim bir dâvacının idarenin husumetinden çekinmesi de mevzu bahis olamaz.

Bu itibarla, Fransada olduğu gibi, memleketimizde de kollektivitelere iptal dâvası yolunu, mümkün mertebe, açık bulundurmamak lâzımdır. Nitekim, tetkik mevzuumuz olan hâdisede, muhtar ve ihtiyar hey'eti âzaları, ağılebi ihtimal bu mülâhazalarla, kendi hesaplarına değil de, mahalle seçmenleri namına hareket etmeği muvafık görmüşlerdir. Binaenaleyh, dernek ve sendikaların dâva ikame etmelerini teşvik ve teshil etmek her bakımdan faydalı ve lüzumludur.

L. D.



C) ADALET MAHKEMESİ KARARLARI :

Sui niyet sahibi zilyetlerin ecir misilîe mükellef olup olmadığı

Yargıtay Tevhidi İctihad Genel Kurulundan çıkan
8/3/1950 tarih ve 22/4 sayılı K. örneği

Elindeki gayri menkulü istihkak dâvacısına geri vermeğe mecbur tutulan kötü niyetli zilyedin bu zilyedlikten hiç bir zarara uğramamış olan dâvacıya ecir misilî adı altında bir para vermesi gerekip gerekmiyeceği hususunda Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 18/6/1945 tarihli ve 1416/3079 sayılı kararıyle Dördüncü Hukuk Dairesinin 2/2/1945 tarihli ve 1958/340 sayılı karar uyarısında İctihad uyusmazlığının

mevcudiyeti Adalet Bakanlığının 8/8/1945 tarih ve 44 sayılı yazısıyla bildirilmesine mebni toplanan Tevhidi İctihad Genel Kurulunda keyfiyet incelenerek : Sonuçta .

İstanbul Belediyesinin mezarlık olarak kullanılmak üzere mülkiyetini iktisab etmiş olduğu bir gayri menkulün bir parçasına Yakup, bir parçasına da Hüsnü adındaki şahıslar gasb suretiyle el komuslardır. Belediye bunlardan her birine karşı ayrı, ayrı istihkak dâvası açmış bunların tahliyelerine ve onar senelik ecri mislin kendilerinden tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Belediye bu toprak parçalarını her hangi bir şekilde kullanmak istediği halde zilyetliğinin gasbedilmiş olması yüzünden kullanamadığını ve zarara uğradığını iddia etmemiştir.

Belediyenin iddiası kendisi zarar görmüş olsun, olmasın dâva edilenlerin, arsaları kullanmaları ve ondan istifade etmiş bulunmaları dolayısıyla bir ücret vermekle mükellef oldukları düşüncesine dayanmaktadır.

Mahkeme taraflar arasında bir bağit münasebeti bulunmadığını ve Belediyenin bu kullanma dolayısıyla bir zarara uğramadığını göz önüne alarak dâvayı reddetmiştir.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Hüsnü hakkındaki kararı onanmış, Dördüncü Hukuk Dairesi ise, Yakup hakkındaki kararı «başkasının mülkünü haksız olarak zabt edenlerin ve kullananların ecri misil ve mükellef olacakları» gerekçesiyle bozmuştur.

Dördüncü Hukuk Dairesinin zararını isbata muhtac olmaksızın gayri menkulün mislinin getirebileceği bir kira karşılığı istemeğe hakkı olduğu neticesi çıkmaktadır.

Taraflar arasında bir bağit bulunmadığı için Belediyenin kira karşılığı isteyebileceği tasavvur olunamaz.

Borçlar Kanununda gasbın kiracı sayılarak kira karşılığı ile mükellef tutulacağına dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi âdi ve hasilât icarına dair maddelerden ve borçlara ait bütün kaidelerden böyle bir hüküm çıkarmak da mümkün değildir.

Zira, başkasının malını haksız olarak kullanmak bağit hükümlerine tâbi bir hukuki muamele olmayıp Borçlar Kanununun haksız fiillerinden doğan borçlara müteallik hükümlerine tâbi haksız bir fiildir.

Haksız fiillerin borç doğurması ise haksızlığa uğrayan kimsenin bu yüzden zarar görmüş zarara uğramış olması şartına bağlıdır.

Zarar mamelekte bir eksilme husule gelmesiyle vücud bulacağı gibi zararın tazmini borcu da ancak kanunda yazılı olan hallerde doğup tazmin borcunu doğuracağı kanunda yazılı olmayan fiillerin sebebiyet verdiği zararlar bir tazmin dâvasına konu olamazlar. Böyle bir zarara uğrayanlar ona katlanmaya mecburdurlar.

Kanun koyan haksız fiil ile sebepsiz iktisabı birbirinden ayırmış olduğu için başkasının malını haksız olarak kullanmanın bir sebepsiz iktisap teşkil edeceği, bundan sebepsiz iktisab borcu doğacağı da düşünülemez. Çünkü, burada bir iktisab yoktur. İktisap ancak hukuki bir muamele ile olur. Gasıpta ise, ne bir taraflı, ne de iki taraflı bir hukuki muamele vardır.

Gasb onu işleyen haksız bir fiildir ki, bununla gasbeden hem kanunun yasasına hareket etmiş hem de malını gasbettiği kimsenin kanunun koruduğu zilyedlik hakkını ihlâl etmiş olur.

Başkasının elinde bulunan şey'i gasbeden vey ona tecavüz eyleyen kimse gasb ve tecavüzdten ileri gelen zararı tazmin edeceği Medenî Kanununun 895, 896 ucu

maddelerinde yazılı olduğu gibi bunun şümulü de 908 inci maddede açıkça gösterilmiştir.

Belediyenin «ecri misil» adı altındaki isteğini toplanmış ve toplanması ihmal edilmiş semerelerin tazmini isteği şeklinde anlamak iddiayı bu şekilde yorumlamak da mümkün değildir.

Belediyenin böyle bir istekte bulunabilmesi semere toplamak ve şeyi semerelendirmek niyetinde bulunmuş olmasına bağlıdır. Belediye böyle bir iddiada bulunmamıştır.

Semere toplamayı ve şeyi semerelendirmeyi kurmamış ve böyle bir niyette bulunmamış olan kimsenin ne toplanan semerelerin ne de toplanması ihmal edilen semerelerin tazminini istemeye hakkı vardır. Çünkü, bu halde semerenin toplanması veya toplanmamasının ihmal edilmesiyle şey'in malikinin mamelekenden bir eksilme vukua gelmemektedir. Malik bir zarara uğramamaktadır.

Malikin bu yerdeki durumu mülkiyet hakkını terkedene kimsenin durumu gibidir. Terkolanın şey'e el koyan kimse isede ile mükellef olamayacağı gibi «meselâ buhran sebebiyle toplama masrafını korumayacağı dolayısıyla malikin tarlada veya ağaçların başında bıraktığı mahsulü ve semereleri toplayanlar da iade ile ve tazmin ile mükellef tutulamazlar».

Yukarıda yazılı düşünce ve sebeplerden dolayı başkasının gayri menkulünü haksız olarak zabtedip kullanmış olan kötü niyetli kimsenin o gayri menkulü haksız olarak elinde tutmuş olmasından doğan zararları ve elde ettiği veya elde etmediği ihmal eylediği semereleri tazmin ile mükellef olup bir zarara uğramamış olan malik veya zilyede ecri misil adı veya başka bir ad altında her hangi bir tazminat vermekle mükellef olmadığına 8/3/1950 tarihinde çoklukla karar verildi.

I. — Kararın hülâsası; II. — Zilyetliğin iadesi probleminin münhasıran zarar mefhumu çerçevesinde mütalâa edilmesinin tenkidi; meselenin taşıdığı hususi mahiyet; semerelerin iadesinde mülkiyet hakkı esaslarının cari olduğu; III. — Semerelerin iadesi mükellefiyetini, mal sahibinin mevzuubahs semereleri elde etmek niyetine bağlı gören Yargıtay görüşünün tenkidi; ve bu hususta 906 ve 728 inci maddelerden istihraç edilebilecek deliller; IV. — Semerelerin iadesi hakkında müelliflerin fikri; V. — Semerelerin istihsali hususunda zilyet tarafından yapılan sarfiyatın kendisine ödenip ödenmeyeceği; VI. — İhmal edilen semerelerin tazmini; VII. — Bu husustaki ölçüler ve ecri misil mefhumu; VIII. — Muhtelif ölçüler arasında mal sahibine tanınabilecek hakkı hıyar; IX. — Ecri misil mefhumunun ipkısı lüzumu; X. — Tevhidi içtihat kararı hakkında vasil olunan umumî netice; XI. — Yeni karar muvacehesinde 25/5/1938 t. tevhidi içtihat kararının akıbeti; XII. — Tevhidi içtihat kararının fiiliyattaki mahzurları.

I. — Gayri menkul hukukuna ait ötedenberi ihtilâflı kalmış, uzun olduğu kadar çetin münakaşaları davet etmiş bir mes'eleye taallük eden bu Yargıtay kararının nazari ve amelî ehemmiyeti aşîkârdır. Bu karar bir bakımdan ecri mislin tâbi olduğu müruru zaman hakkındaki 1938 senesi tevhidi içtihat kararından rücuu ifade etmekte ve diğer cihetten bu mevzuda yeni esaslar vaz eylemektedir. Karar mücerret olarak nazara alındığı vakit mantikî bir teselsüle dayandığı ve tatminkâr bulunduğu hissi-ni uyandırıyor da verdiği hal tarzı naçiz noktâi nazarımıza göre Türk

ve İsviçre hukukunun esaslarına uygun düşmüyor. Hattâ Türk Cemiyetinin ihtiyaçları bakımından da kararın isabeti bızce şüpheli kalmaktadır.

Yargıtay ihtilâf konusunu şöyle hülâsa ediyor : «Belediyenin, iddiası kendisi zarar görmüş olsun olmasın dâva edilenlerin, — bız ilâve ediyoruz : sui niyet sahibi zilyet oldukları ileri sürülerek — arsalari kullanmalar ve ondan istifade etmiş bulunmaları dolayısıyla bir ücret vermeye mükellef oldukları düşüncesine dayanmaktadır. «Mesele böylece vazedildikten sonra Yargıtay muhakemesini şöyle yürütüyor : gasıbın kiracı sayılacağına dair bir hüküm olmadığına göre kendisinin kira namile birşey ödemesi lâzım gelmez. Burada haksız iktisaptan ta bahse mahal yoktur. Zira iktisap ancak hukuki bir muamele ile olur. Bilmukabele gasıb haksız bir fiil teşkil eder. Haksız fiilin borç doğurması ise haksızlığa uğrayan kimsenin zarar görmüş olması şartına bağlıdır. «Semere toplamayı ve şeyi semerelendirmeyi kurmamış ve böyle bir niyette bulunmamış olan kimsenin ne toplanan semerelerin ne de toplanması ihmal edilen semerelerin tazminini istemeğe hakkı vardır» Çünkü böyle bir niyeti yoksa mamelekenden birşey eksilmiş olduğu söylenemez. Binnetice zarar malikin gasbedilen malı semerelendirmek niyet ve tasavvurunda olmasına vabestedir; ve böyle bir niyetin ademi ispatı halinde (veya hiç olmazsa fıkdanı halinde) mal sahibi için bir tazmin hakkı mevcut değildir.

II. — Bu muhakeme silsilenin muhtelif parçalarına ayrı ayrı itirazlarımız vardır. Fakat başlıca tenkidimiz yukarıda karardan aynen nakledip kararın özünü ve ruhunu teşkil eden kazıyeye müteveccih olacaktır. Evveleminde meselenin yalnız ve yalnız haksız fiil çerçevesinde vazedilmiş olmasını doğru bulmuyoruz. Her ne kadar Yargıtay kararının metninde görüleceği veçhile M. K.nun 895 ve 896 ncı maddelerinden ve 908 inci maddeden bahsetmiş ise de, o maddedeki hükümleri haksız fiile müstenit tazmin fikrinin basit ve tabii bir neticesi olarak telâkki eder görünmüştür.

Doğrusu zilyetliğin ve semerelerin iadesi probleminin münhasıran haksız fiil çerçevesinde mütalâa edilmesi ilk defa Yargıtay içtihadı vesilesile ortaya çıkmış değildir. Bu noktai nazarı ünlü müellifler ezcümle sayın Fuat Hulûsi Demirelli, Jean Rossel ve bir dereceye kadar merhum Cevat Gücün tarafından paylaşılmış görmekteyiz¹. Biz bu görüşe muarız olduğumuzu gizlemeyeceğiz.

1) Demirelli, Adalet Dergisi 1938 sah. 731-743 ve zikrettiği Jean Rossel'in yazdı mütalâası; Gücün, Gayri menkul dâvaları sah. 36 ve keza Hidayet Aydınar, İstanbul Barosu Mec., s. 1940.

Muhalefetimiz iki sebepte toplanıyor. Evvelâ zilyetliğin iadesi mevzuu Medenî Kanununun 906, 907 ve 908 inci maddeleri tarafından tanzim edilmiş olduğundan meselenin bu maddeler çerçevesinde mütalâa edilmesi gerekir. Hususî hükmün umumî hükümlere tercihan tatbik edilmesindeki zaruret burada da varittir². Yüksek Mahkememizin birçok vesilelerle sadık kalmış olduğu bu tefsir kaidesinden bu mevzuda ayrılması doğru değildir.

Saniyen semerelerin iadesi keyfiyeti zarar mefhumundan müstakil bir mahiyet arz eder. Bu cihet evvelâ kanunun sarîh ibaresinden anlaşılmaktadır. Kanun 908 inci maddesinde sarahaten zararları ve elde ettiği veya elde etmeği ihmal eylediği semereleri demek suretile bu noktai nazarı teyit etmiştir. Sonra şu da var ki, semerelerin iadesi keyfiyeti zarar ziyan mefhumunun bir neticesi olmaktan ziyade ferin asla tebeyyeti, mütemmim cüzün merbut olduğu malın sahibine ait olması fikrinin bir neticesidir. (M. K. mad. 620 ve 644/2 nci fıkra). Kanunun aynı haklar hakkında kurduğu sistem bunun böyle olmasını emretmektedir. Ancak nısfet ve adalet düşünceleriyle mütemmim cüz telâkkisinin zarurî bir neticesi olan bu durum hüsnüniyet sahibi zilyetler lehine bertaraf edilmiş, ve 907 nci maddede hüsnü niyet sahiplerinin semereleri tazmin mükellefiyetinden vareste kalacakları bildirilmiştir. Fakat tabiatile sui niyet sahibi zilyetlerin aynı müsadekârlıktan istifade etmeleri için hiçbir sebep yoktur.

Demek oluyor ki, semerelerin iadesi hakkındaki hükmün temelini zarar fikrinde değil fakat mülkiyet ve mütemmim cüz telâkkisinde aramak icap eder. Nasıl ki gasp edilen malı iade mecburiyetini haksız fiil mefhumuna istinat ettirmeğe mahal bulunmuyor ve bunun için 618 inci madde mucibince mülkiyet hakkına istinat kâfi geliyorsa³ keza semereler için

2) Kemalettin Utku, La restitution de la possession selon les art. 939 - 40 du C. C. S. thèse Geneve 1939, sah. 12; IV üncü paragraf No. 1.

3) Bu hususta von Tuhr da şunları okuyoruz: birşeyin malikin elinden alınması bir zarar teşkil etmez; zira mülkiyet hakkı olduğu gibi baki kalmaktadır. Bu takdirde 41 inci maddeye müstenit zarar ziyan dâvası değil zilyetlikten veya mülkiyet hakkından neşet eden istihkak dâvası mağsup malın iadesini temin eder. Mal sahibi ancak maldan mahrumiyet kendisine bir avantaj kaybettirdiği veya mal kendisine tahrip edilmiş bir halde iade edildiği taktirdedir ki, bir zarara duçar olur. Öser farklı bir reydir. (Madde 43, IV). Doğru kanaatta olan Becker biraz evvel tafsül olunan bu mülâhazalardan zarar ziyan halinde sayarı kabul olan indirmelerin malın iadesi mevzuunda tatbik edilemeyeceği neticesini istibrac eylemektedir. Alman

mütenazır bir hal suretinin kabulü zarurîdir (M. K. 618/2 ve 519). Binaenaleyh sui niyet sahibi zilyet mağsup malın semerelerini gayri menkulün malikine mülkiyet hakkının icabı olarak iade ile yükümlüdür. Bu noktai nazarın bir neticesi de semereler kabili teşhis kaldığı müddetçe onlar üzerindeki hakkın aynı bir mahiyet taşıması olacaktır⁴.

Bu noktai nazarın ikinci ve mevzuumuz bakımından çok daha mühim bir neticesi de semereleri iade mükellefiyetinin, malikin bu bakımdan bir zarara uğrayıp uğramadığını yani mezkûr semereleri elde etmek niyetinde bulunup bulunmadığını araştırmağa mahal kalmaksızın mevcut olmasıdır. Eğer semereler istihlâk edilmiş veya zilyedin mamelekine tefriki kabil olmayacak şekilde karışmışsa o zaman aynı mütalebe hakkı şahsi borca, tazminat hakkına münkalip olacaktır⁵. Fakat dikkat edilsin

Medeni Kanun sisteminde 249 un isabetsiz tarifi malın iadesinin zarar ziyan şeklinde telâkki edilmesine müsaittir. Fakat şahsi hak dâvası ile aynı hak dâvası arasında Alman kanununda mevcut bu itibası İsviçre Borçlar Kanunu sahasına intikal ettirmemek lâzımdır.» (paragraf 12, Not 16) *Partie générale du Code fédéral des Obligations*).

4) Müelliflerden Ostertag 906 - 808 inci maddelerden nes'et eden dâva hakkını şahsi mahiyette görmektedir. (Keza Prof. Hirsch, Füzull isgalden doğan tazminat talepleri, Medeni Kanunun XC inci yılı için sah. 795). Dr. Utku da bu görüş mutlak şeklinde kabul etmektedir. (s. g. e., sah. 11). Biz bu noktai nazarı ihtirazlı kayıt dermeyan etmeden kabul edemiyoruz. Filhakika semereler kabili teşhis kaldığı müddetçe mal sahibinin bunlar üzerindeki hakkı aynı mahiyettedir. Ancak bu durum fiiliyatta daha ziyade istisnai mahiyet arz ettiğinden zikrettiğimiz müellifler ihtimal bu fiili durum hasebile kanaatlarını nüanslı bir şekilde ifade lüzumunu duymamışlardır. Her ne ise, adı geçen müelliflerin sisteminde dahi malsahibi, sui niyet sahibi zilyedin yetistirdiği semereleri eline geçirilmişse bunları iade ve tazminle mükellef olmayacaktır. Halbuki Yargıtay IV üncü Hukuk Dairesi 15/12/1944 tarihli kararında (Adliye Dergisi 1945 sah. 70) «bir tarla sahibi kendi rizası olmaksızın tarlasında ekim yapılması halinde ancak o tarlanın ecri mislini isteyebilir; mansulü zaptetmeğe hakkı yoktur. Burada M. K. nun 649 uncu maddesi tatbik olunamaz.» demiştir ki, bu noktai nazarı doğru bulmuyoruz. Zilyedin sui niyeti halinde mal sahibinin mahsulâta temellük hakkı mutlakdır. Hâdisede zilyedin hüsnü niyet sahibi olduğu tebarüz ettirilmediğine göre, bu karar doğru değildir. Zilyet kendisini hüsnü niyetle kiracı zannederek zeriyaı yapmış olsaydı o zaman mahsulâtı temellük etmesi ve buna mukabil ecri misille mükellef tutulması yerinde olurdu.

5) Filhakika tazminatın muttarif bir kaide olarak nakten ifası gerektiği söylenemez. Roma hukukundan farklı olarak Alman Medeni Kanunu § 249 da aynen

semerelerin tazmini bahis mevzuu olduğu zaman mal sahibinin mevzuu-bahs semereleri istihsal etmek irade ve iktidarını haiz olup olmadığı veya ne nispette haiz bulunduğu göz önünde tutulmayacak, bilâkis mal sahibine aidiyeti mülkiyet ve mütemmim cüz⁶ mefhumunun zarurî bir icabı olan malın telef ve ziyandan dolayı mal sahibinin maruz kaldığı zararın telâfisi bahis mevzuu olacaktır. Bu telâfi şekli de zilyedin ya mislen semereleri iade etmesi veyahut nakten tazmin eylemesi suretile tahakkuk edecektir⁷.

Görülüyor ki, izah tarzımızda haksız fiil ve tazmin fikrinin büsbütün bertaraf edileceğini söylemiyoruz. Ezcümle mal sahibine aidiyeti kanun icabı bulunan semerelerin istihlâkinde tazmin ölçüsünü bize ledelhace haksız fiil mefhumu verecektir. Keza semerelerin iadesinin karşılayamadığı başkaca zararlar gasıp fiilinden neş'et etmişse bunların da ayrıca tazmini gerekecektir. Ve bu tazminat taleplerinde mal sahibi isterse haksız fiil sebebine dayanmak iktidarını haiz bulunacaktır. Çünkü nihayet gasıp haksız bir fiildir, ve gasbın neticeleri 908 inci madde tarafından tanzim edilmiş olmakla beraber bu durum mal sahibinin icabı halinde haksız fiil mefhumuna müracaatına mâni değildir⁷. Fakat öyle sanıyoruz

tazmin fikrini kaldıran kabul etmiş ve fakat aynı zamanda icabı halinde nakli tazminata da yer vermiştir. İsviçre Medeni Kanunu zararın mahiyetine intibak edecek tazmin şekline hâkimin karar vereceğini bildirmiştir. Binaenaleyh müddeaealeyh için pek ağır bir külfeti dahi olmadıkça ve mağdurun da iradesine muhalif düşmedikçe hâkimin mislen iadeye zarar fallini mahkûm etmesine bir mâni yoktur, hattâ bu şeklin tercihi uygundur (Bk. von Tuhr, § 15, keza Oser, Mad. 43, No. 10: a ve c; Seçkin tercemesi sah. 399). Nakten tazminata esas tutulacak bedel hakkında Heride 29 No.lu nota bakınız.

6) Ağaç ve meyvelerin mütemmim cüz olmaktan ziyade kanun icabı gayri menkul sayılması fikri de Heri sürülmemiş değildir. Ağacın sökülmesi halinde asıl şeyin tahrip olmayacağı düşüncesi bu telâkinin mesnedin iteskil eder (Bk. Kiracı tarafından yerleştirilen kaloriferin mütemmim cüz sayılıp sayılmayacağı hakkındaki kroniğimizde, Hukuk Fakültesi Mecmuası 1947). Biz burada mütemmim cüz ketimesini daha ziyade Fransız hukukundaki (accession) (ferin asla bağlılığı icabı asıl sahibine ait olması) fikrini ifade etmek üzere kullanıyoruz.

7) «Bir hakkın istihsalı için bir kimsenin muhtelif dâva haklarına sahip olması ve bu dâva haklarından tercihine göre birine müracaat etmesi keyfiyeti nadir değildir ve bunda hiçbir suretle anormal bir durum yoktur.» (Capitant, Les grands arrêts de la Jurisprudence civile, s. 236).

ki, 908 inci madde bir yandan zarara da yer vermiş olduğu ve diğer yandan bu maddede mal sahibi lehine doğan hakkın şartları haksız fiile nazaran çok daha basit ve mesuliyet derecesi daha şümüllü bulunduğu için zilyede karşı yalnız 908 inci madde ile ihticac etmek belagan ma belâğ kâfi gelecektir. Ezcümle zararın vukuunda ayrıca kusur şartının aranmasına 908 inci madde bakımından lüzum olmayıp sadece zilyedin kime iade etmek gerektiğini bildiği takdirde mücbir sebebin iras ettiği zararlardan da mesuldür.

Elhasıl 908 inci maddenin sui niyet sahibi zilyede tahmil ettiği mükellefiyet iki maddede toplanmaktadır : a - zararın tazmini; b - semerelerin iadesi ve eğer semereler istihlâk edilmiş veya iktitafı ihmal olunmuş ise bunların bedelinin tazmini. İşte malikin istihkak dâvasına merbut veya müstakil olarak açacağı semere dâvasının bu çerçevede içinde halli ve karara bağlanması icap eder⁸.

Beyana hacet yoktur ki, 896 ncı maddenin semerelerden bahsetmemesi yukarıda ileri sürülen sistemin kabulüne mâni değildir. Çünkü 896 ncı madde zilyedin alelîtlak yani sui niyet sahibi olsa dahi haiz bulunduğu dâva hakkını istihdaf etmekte ve bu itibarla semerelere tabiatile yer vermemektedir. Semerelere tesahüp edebilmek hakkı esas itibarile malike ait olup hüsnü niyet sahibi olmak şartile zilyede ancak iktitaf ettiği semereleri muhafaza yetkisi tanınmıştır. Bu sebeple 896 ncı maddede semerelerden bahsedilmemesi gayet tabiidir. Esasen mülkiyet hakkının bir veçhesini teşkil eden istifade ve intifa hakkına tecavüz halinde malikin gasıba karşı haiz olacağı hakları 896 ncı madde çerçevesinde mütalâa etmek doğru değildir⁹. Şüphesiz malik menfaat görürse zilyet olmak itibarile bu maddeye dayanmak selâhiyetini haizdir. Fakat o onun bileceği bir şeydir. Mülkiyet hakkını ispatta güçlük çekmediği bilcümle ahvalde kendisinin 908 inci maddeye göre mütalebesini serdedeceği şüphesizdir.

III. — İmdi bu mülâhazaların ışığı altında Yargıtay kararına atfı nazar edecek olursak görüyoruz ki, Yüksek Mahkeme, semere toplamayı ve şeyi semerelendirmeyi kurmamış olan kimsenin toplanan semerelerin tazminini istemeğe hakkı olmayacağını çekinmeden beyan etmiştir. Öyle sanıyoruz ki kararın başlıca hatası burada yani elde edilmiş semerelerin

8) Bu hususta çok sarıh olarak Prof. Hirsch, s. g. makalesi s. 795.

9) Bu temayüle bilhassa Demirelli'de (s. g. makale bilhassa s. 736 ve Jean Rosset'de tesadüf ediyoruz (s. g. makale sah. 741). ,

iade ve tazminini *mal ssahibinin mevzubahs semereleri istihsal husu-
sunda niyet ssahibi olması şartına tâbi kılması keyfiyetinde toplanıyor.*

Doğrusu sui niyet sahibi zilyedin elde ettiği semereleri iade ile yükümlü olduğu hakkındaki kanunun mutlak ibaresini ve mülkiyet ve mütemmim cüz mefhumlarının bu zarurî neticesini Yargıtayın bu şekilde takyide hakkı yoktur. Fikrimizi basit bir misal ile izah etmek istersek bir şahsın ihmal neticesi birkaç senedir ekimsiz ve bakımsız bıraktığı tarlasını diğer biri sui niyetle eline geçirerek ekerse, mal sahibi mülkiyet hakkına istinatla gasıbın tahliyesini isteyebileceği gibi füzulî şâgilin topladığı mahsulün iade ve tazminini de talep hakkını haiz bulunacaktır. Kanunun açık lâfzı bu merkezdedir. Aynı haklar hakkında kanunun kurduğu sistemin ruhu da bunu âmirdir. Halbuki Yargıtay sisteminde misalimizde mal sahibi mevzubahs tarlayı ekmek niyet ve tasavvurunda olduğunu ispat edemeyeceğine göre gasıbın elde ettiği semerelerin iadesini isteyemeyecektir ki, yukarıda arzettiğimiz mülâhazalar icabı bu noktai nazarın hatalı olduğuna inanıyoruz.

Vasıl olduğumuz kanaati takviye için meselenin ayrıca şu cepheden de ele alınması kabildir. Malik araziyi işlemek niyetinde olduğunu ispat etmemişse henüz toplanmamış semerelerin akıbeti ne olacaktır ? Cevap iki şıktan hali değildir : ya toplanmamış semerelerin malike aidiyeti kabul edilecek yahut ta bunların gasıba ait olması iktiza edecektir. Yargıtay bu noktaya dokunmamış bu birbirine zıt iki cevaptan hangisine iltihak ettiğini beyan etmemiştir. İki ayrı ihtimale göre muhakemeyi sevk ederek tevhidî içtihat kararının isabetini münakaşa etmekliğimiz yerinde olacaktır.

Eğer toplanmamış semerelerin mal sahibine aidiyeti kabul ediliyorsa bu semerelerin gasıb tarafından toplanması halinde semereler üzerindeki mülkiyetinin gasıba intikal ettiği nasıl söylenebilir ? Zira semerelerin toplanması ve devşirilmesi fiili yalnız bir halde devşirene mülkiyetin izafesini mümkün kılar ki, o da zilyedin hüsnü niyet sahibi olması halidir. Binaenaleyh toplamakla dahi semerelerin sui niyet sahibi zilyedin mülkiyetine intikal etmemesi lâzım gelecektir. Şu halde bu semereleri sui niyet sahibi zilyet istihlâk etmişse o zaman gayrı menkul malikine ait bir malı telef etmiş demektir ki, bu sebeple zimmetine tazmin borcunun terettüp ettiği aşikârdır. Fikrimizi daha açık ifade edelim : madem ki toplanmadan evvel semereler mal sahibinin idi, toplayan sui niyet sahibi oldukça toplandıktan sonra da bu semereler mal sahibinin kalmakta, istihlâki halinde de semereleri telef etmiş olan şahsa tazmin borcu terettüp etmektedir. Zira mal sahibinin mevzuubahs araziyi işlemek

niyeti olmasa dahi kendisine aidiyeti hukuk kaideleri icabı olan bir malın telef ve istihlâkından dolayı zarara uğradığı, ve bu sebeple tazminata hak kazandığı muhakkaktır. Ve binaenaleyh ortada mamelekte bir eksilme bir zarar yoktur diyen Yargıtayın görüşü hatalıdır.

Fakat şimdi bu kaçınılmaz neticeden kurtulmak için ikinci şikâin kabulü cihetine gidilemez mi? Acaba mal sahibinin elde etmek niyetinde olmadığı meyveler üzerinde hiçbir hakkının olmadığı ve binnetice bunların gaasıba ait bulunması gerektiği söylenebilir mi? Doğrusu tevhidî içtihat kararının mantığı bunun böylece kabulünü zararı kılar. Çünkü aksi taktirdir biraz evvel gösterildiği veçhile gaasıb için tazmin borcundan kurtulmayı imkân yoktur. Demek oluyor ki, Yargıtay kararının son müdafaa ilâhı bu kaziyenin kabulünden ibarettir. Fakat hemen itiraf edelim ki bu kazıye hattı zatında şayamı kabul bir şey değildir.

Fillakika bu hususta kanunun başka vesilelerle vazettiği iki hükümden eyeviyet delili istihraç etmek mümkündür. Evvelâ kanunun 728 inci maddesi intifa hakkının nihayete ermesi halinde intifa hakkı sahibinin zeriyyatı neticesi hasil olan semerelerin toplanmadan önce malike aidiyetini teyit ile yalnız mal sahibi için sarfiyatın iadesi vecibesini vazediyor. Diğer cihetten B. K. nun 294 üncü maddesi de ziraî bir gayrı menkul müstecirinin icar aktının feshi halinde devşirilmemiş semereler üzerinde bir hak iddea edemeyeceğini beyan eylemiştir. Demek ki, sui niyet sahibi zilyet bir intifa hakkı sahibine veya bir hasılat icarı müstecirine kıyas edilse ile devşirilmemiş semereler üzerinde hak iddea edemeyecektir. Kendisinin ayrıca sui niyet sahibi olduğu düşünülürse malikin lâkaydisi sabit olsa dahi ve semereler münhasıran kendi eseri de bulunsa, bunlar üzerinde bir hakkı mevcut olmaması *evleviyetle* tezahür eder. Binaenaleyh tevhidî içtihat kararının bu bakımdan dahi müdafaaası bizce mümkün değildir. Hülâsa edelim : sui niyet sahibi şagil hiçbir zaman, gaspettiği arazi üzerinde intifa hakkı sahibi olmadığına göre bu arazi üzerindeki semereleri iktitaf etmiş olsun olmasın tesahüp eylemeğe hakkı olamayacağı bedihidir. Bu itibarla mal sahibinin mevzubahs semereleri yetiştirmek niyetinde olup olmaması hiçbir suretle haizi tesir değildir. Bizce bu cihet bir hukukî mütearife kadar açık gözüküyor.

IV. — Esasen müelliflere bir atfı nazar edecek olursak Yargıtayın telâkkisinde hemen hemen yalnız kaldığımızı görürüz. Ostertag'da şöyle okuyoruz : «Sui niyet sahibi zilyedin sui niyetle zilyet bulunduğu sırada elde ettiği semereler, *bu semereler münhasıran zilyedin kendi vasıtalarile elde edilmiş olsa bile ve mal sahibi o müddet zarfında bizzat onları elde etmek iktidarını haiz bulunmasa dahi* iade edilir. İstihlâk veya temlik

edilmiş menfaatlar hak sahibinin mahrum kaldığı kıymeti üzerinden tazmin edilmek lâzımdır»¹⁰.

Homberger de zilyedin mal sahibinin elde edebileceği semereleri tazminle mükellef olduğunu kaydetmekle beraber şöyle diyor : «Bundan mada zilyet aynı zamanda hak sahibinin bizzat elde etmediği geliri de hak sahibine tahsise mecburdur (Meselâ işletmedek. ıslahat gelir fazlasını)»¹¹.

Profesör Hirsch de şimdiye kadar birkaç yerde zikrettiğimiz şayanı dikkat makalesinde semereleri iade mükellefiyetinin zarardan müstakil bir mahiyet taşıdığını pek güzel tebarüz ettirmiştir¹². Esasen biz şahsen aynı kanaati bu meseleye kısaca dokunduğumuz doktora tezimizde de müdafaa etmiştik¹³.

Nihayet Prof. M. Reşit Belgesay tevhidî içtihat kararına mevzu teşkil etmiş olan kararlardan birini doğrudan doğruya tahlil sa'edinde şöyle diyor : «908 inci madde hükmüne göre bir yeri haksız işgal eden kimse bu işgali yüzünden malikin hakikaten uğradığı zararı ödeyecek, ayrıca bu yeri işleterek aldığı veyahut alabileceği semereleri tazmin edecektir»¹⁴.

Aynı mevzu ile uğraşmış Fransız müelliflerine gelirsek biran için bu kanaati sarsacak bir hisle karşılaşacakmışız gibi oluyoruz. Fakat bu geçici bir intibadır. Paris İstinaf Mahkemesinin 29 Temmuz 1868 tarihli kararında¹⁵ zilyedin şahsi mesaisi neticesi elde ettiği semereleri iade ile mükellef olmadığı belirtilmiştir. Fakat bu kararı zikreden Picard derhal ilâve ediyor ve diyor ki : «malik yalnız sâfi gelirin iadesini isteyebilir. Yani malın mukannen gelirini elde etmek için sene be sene zarurî olan masrafların tenzilinden sonra geri kalan kısmı talep edebilir; zira bizzat gayri menkulü elinde tutsaydı bu sarfiyata katlanmak mecburiyetinde idi»¹⁶.

10) Ostertag, madde 940, No. 9.

11) Homberger, Madde 940, No. 11.

12) Hirsch, s. g. makalesi.

13) Postacioğlu, Gayri menkullerin ferağına müteallik akıtlarda şekle riayet mecburiyeti, sah. 204 ve müteakip (1945).

14) Belgesay, Pratik Hukuk Mecmuası, 1949 sah. 11 - 12.

15) D. P. 68, 2, 239.

16) Planiol - Ripert Traité de Droit civil kolleksiyonunun III üncü (Les Biens) cildi, sah. 347 paragraf 364.

Picard'ın bu sözlerinden anlaşıldığı veçhile kastedilen şey semerelerin olduğu gibi değil belki zilyedin gerekli sarfiyatının tenzilinden sonra kalacak kısmının iadesi mecburiyetidir. Yoksa şahsî mesai neticesi elde edilen mahsulün sui niyet sahibi zilyede mal edilmesi bahis mevzuu olmamak icap eder. Netekim Baudry - Lacantinerie de aynı kanaatı bestemekte, semerelerin safi kârının iadeye mevzu teşkil etmesi gerektiğini, zilyedin semereleri istihsal hususundaki sarfiyatı tenzil edilmediği surette bunun mal sahibi zimmetine kaydı gereken bir haksız iktisap teşkil edeceğini beyan etmektedir¹⁷. Esasen Fransız Medenî Kanununun hükümleri bu bakımdan çok sarihtir. Fransız M. K. 547 nci maddesinde mesai mahsulü olsun tabii olsun bilcümle semerelerin asla bağılıkları hasebile malike ait bulunduğunu beyan etmekte ve 548 inci madde de ayrıca şöyle demektedir : malın husule getirdiği semereler üçüncü şahıs tarafından yapılan sürme, ekim ve diğer mesai masraflarını ödemek şartile malike ait bulunur. Binaenaleyh Fransız kanunundan ve doktrininden Yargıtayın görüşünü destekleyecek bir delil istihracı mümkün değildir.

V. — Ancak tevhide içtihat kararında münakaşa mevzuu olmamış bulunmakla beraber bu münasebetle semerelerin iadesi problemi ile ilgili bir meseleye dokunmaklığımız yerinde olacaktır. Biraz evvel zikrettiğimiz Fransız kanunundan farklı olarak kanunumuzda cevapsız kalmış olan bu mesele sui niyet sahibi zilyedin yaptığı ekim ve devşirme masraflarının iadesi gereken semerelerden tenzili lâzım gelip gelmeyeceğidir.

Bu hususta iki zıt noktai nazarla karşılaşmak imkânı vardır. Kanunumuz semerelerin iadesini mutlak olarak emrettiğine göre sui niyet sahibine bu imkânı tanımak doğru olmaz¹⁸. Vakıa sui niyet sahibinin zarurî sarfiyatının tenzil edileceğini kanun bildiriyorsa da bu sarfiyat şeyin idamesine matuf olan masraflardır¹⁹. Her ne kadar semere istihsaline matuf masrafların da kanunun anladığı mânada masraf mefhumuna ithal edilmesi fikri şayanı kabul bir düşünce ise de bu masrafların zarurî değil fakat faydalı masraflar meyanına girdiği de ayrıca nazarı itibara alın-

17) Baudry - Lacantinerie, Traite de Droit civil VI cilt, No. 327.

18) Adı geçen doktora tezimizde bu noktai nazar iler sürülmüştür. Profesör Hirsch te, meseleyi doğrudan doğruya istihdaf etmemiş olmakla beraber bir dereceye kadar aynı kanaatta olduğu hissini vermektedir. Adı geçen makalesindeki şu cümle bu bakımdan calibi dikkattir : «Eğer (zilyet) ... mutad kira bedelini aşan bir fayda temin etmişse sui niyetinin «cezası olarak» bu fazla menfaati de iade ile mükelleftir.»

19) Netekim Wieland bu fikirdedir.

mak lâzımdır¹⁹ bis. Binaenaleyh 908 inci maddenin zarurî masrafların tenzil edileceği hakkındaki ibaresinden ekim masrafları için ihticaç etmek kabil değildir. Sui niyet sahibi zilyet bakımından pek vahim olabilecek bu görüş tarzını desteklemek için ilâve edilebilir ki, biraz evvel zikredilen 728 inci madde ekim masraflarının *intfa hakkı sahibine* iadesini derpiş ettiğine göre²⁰, ve keza B. K. nun 294 üncü maddesi müstecire aynı hakkı tanıdığına nazaran, mevzuubahs sarfiyatın ödenmesi ancak işgalleri muteber bir hukukî sebebe dayanan ve binnetice sarfiyatı *hukukan yapmağa mezun olan* şahıslara tanınmıştır.

Fakat bilmukabele mal sahibinin semereleri, bunların istihsalı için gereken sarfiyat tenzil edilmeden tesahüp eylesenle bu sarfiyat bakımından haksız bir iktisapta bulunduğunu ileri sürmek kabildir. Her sebepsiz iktisap, iktisapta bulunan hüsnü niyet sahibi olsa bile, kanunun tayin ettiği ölçülerde iade ve tazmine mevzu teşkil ettiğine göre 728 inci maddenin mefhumu muhalifinden istihraç edilmek istenilen delilleri bu suretle bertaraf etmek mümkün gözükebilir. Bu teze karşı da mal sahibinin, sarfiyata tekabül eden kıymetleri iadeye mecbur kalmaksızın, semereleri temellük etmesinin sebepsiz olmadığı, mülkiyet hakkının bir icabı ve neticesi olduğu, ve hattâ kendi ihmal ve kusuru neticesi diğerini zengirleştirmiş olan kimsenin haksız mal iktisabı hakkındaki kaidelere müsteniden bir hakkı mütalebesi olamayacağı belki bir dereceye kadar ileri sürülebilir²¹.

Mamafih bu derece sert bir görüşü tahfif için de 649 uncu maddenin ikinci fıkrası ortaya konabilir, ve kanunun mülkiyet hakkını bu gibi hallerde yapılan ilâveyi malikin hiç masraf yapmaksızın tesahüp etmesi için kâfi bir hukukî mesnet telâkki etmediğinin bu madde münasebetile delilini vermiş olduğu söylenebilir. Fakat bunun için de ihtimal sürüm ve ekimin 655 inci maddede bahsi geçen fidan dikmeye muadil tutulması

19 bis) Semerelerin istihsalı hususundaki sarfiyatın faideli masraflardan madud olduğu hakkında bk.: von Tuhr, § 17, s. 109; Utku, s. 48, No. 2.

20) Şayanı dikkatir ki Fransız M. K. 548 inci maddesine rağmen intifa hakkı mevzuunda 585 inci maddesile farklı bir hüküm vazetmiş, ve intifa hakkı sahibinin yaptığı sarfiyatı mal sahibine (ve bilmukabele mal sahibinin yaptığı sarfiyatı intifa hakkı sahibine) ödettiremeyeceğini kabul etmiştir. Bu hal tarzı Colin ve Capitant tarafından gayrı adillâne ve gayrı mantıklı telâkki edilyorsa da karışık hesapları ve binnetice ihtilâf ve dâvaları önlemek bakımından faydadan hali olmadığı da teslim edilmektedir. (Bilhassa Savatier bu kanaattadır).

21) Colin ve Capitant, *Traité de Droit civil*, cilt II, No. 240, sah. 229.

icap eder. Fidan dikilmesi, bağ yetiştirilmesi hakkındaki hükümlerin sürüm ve ekimlere müşabih sayılması ne dereceye kadar tecviz edilebilir? Acaba burada göz önünde tutulması gereken ölçü ekime müteallik yapılan masrafların dikime tekabül edecek ve ona kıyası caiz gösterecek derecede ehemmiyetli olup olmadığı mıdır? Diğer cihetten ekim ile dikim arasındaki fark dikilen ağaçların daimi bir istifadeye mevzu teşkil etmesi değil midir? Hâdisemizde 649 uncu maddenin kıyasen tatbikine gidildiği takdirde bu mühim farkın göz önünde tutulmamış olması bir tenkit ve muhaze mevzu sayılamaz mı?

Belki de bu mevzu Medenî Kanununun 1 inci maddesinde bahsi geçen, hâkimin vazı kanun sıfatı ile tanzim etmesi gereken kanun boşluklarından biridir. Elhasıl bilhassa bu son düşüncenin tesiri altında kalarak ve kanunun şuraya buraya serpiştirdiği hükümlerden ve ezcümle sebepsiz mal iktisabı mefhumunun temsil eylediği adalet ve nasafet düşüncesinden mülhem olmak suretile ve her halde bu hususta gerekli masrafın asgarî değerini geçmemek ve mal sahibine elde edeceği semerelerle tazmini icap eden sarfiyat arasında bir menfaat marjı bırakmak şartile²², ekim ve devşirme masraflarının muayyen bir nispet dahilinde tazmini cihetini iltizam etmek Türk Medenî Hukuk sistemine değilse bile hiç olmazsa adalete aykırı bir hal tarzı olmasa gerektir. Bu hal tarzını, uzun tereddütlerden sonra ileri sürerken hâkimin bu nevi hâdiselerde bir dereceye kadar vazı kanun vazifesini göreceğini hesaba katarsak mal sahibinin sarıh menine rağmen gaasıbın semereler için sarfiyat yapması halinde bu sarfiyatın tazmine mevzu teşkil etmeyeceği ve zilyedin sui niyet derecesine göre tazminat miktarında indirmeler yapılabileceğini de ayrıca kabul muvafık olur.

VI. — İstihsal edilen semerelerin iadesi hakkındaki bu izahatı müteakip artık elde edilmesi ihmal edilen semereler hakkındaki noktaî nazarı-mızı belirtmek ve Yargıtay görüşünü münakaşa etmek bir hayli kolaylaşmıştır.

Yargıtay elde edilen semerelerin iadesini mevzubahs semerelerin bizzat malik tarafından istihsal edilmesi kararına mütevakkıf gördüğün-

22) Yapılan sarfiyat 1.000 lira tutmuş, fakat o sene zahire fiyatları düşerek sadece 1.000 liralık mahsul elde edilmişse, sarfiyatı olduğu gibi tenzih ve malsahibine hiçbir şey verilmemesi muvafık olmaz. Mezkûr yerin senevi kırası bilfarz yüz lira ise, sui niyet sahibinin bunu asgarî olarak temin etmesi lâzımdır. Çünkü müemmen olan bir geliri ihmal ederek yaptığı ekimin rizikosuna sui niyet sahibi zilyedin katlanması lâzımdır. Bu hususta VII nci paragrafta da bk.

dei ihmal edilen semereler hakkında da *evleviyette* aynı şartı aramıştır. Evleviyette diyoruz, çünkü şimdi münakaşasını yapmakta olduğumuz faraziyede zilyet bilfiil semere iktitaf etmemiş olduğuna göre, malikin araziyi işletmek niyet ve tasavvuru kabili ispat olmadığı hallerde zilyedin bu tarzda farazî semerelerin değerini iade ile mükellef tutulması, mevcudiyeti asla muhakkak olmayan bir zararın tazmini mânasına geleceğinden şüphe ile karşılanırsa yeridir. Çünkü evvelki şıkta mal sahibinin zararı, kendisinin araziyi işlemek kararında bulunup bulunmamasından müstakil olarak şu bakımdan muhakkak idi ki, kendisine mütemmim cuz ve mülkiyet hakkının bir neticesi olarak ait bulunan semerelerin istihlâkı bizzarure onun mamelekinde bir eksilme ifade ediyordu, ve bu itibarla Yargıtay görüşünün doğru olmadığını tereddütsüz söyleyebiliyorduk. Halbuki şimdi meşgul olduğumuz şıkta semere namına birşey olmadığından gayri menkul sahibinin mamelekinde vuku bulduğu muhakkak sayılacak bir eksilmeden bahsetmek kolay değildir. Bu bakımdan insan tevhidii çtihat kararına hak vermek için bir temayül duyabilir.

Fakat kanunumuzun sisteminin münhasıran zarar fikri üzerine kurulmamış olduğu ve zararın yanında ve bundan müstakil olarak gerek hakiki ve gerek farazî semerelerin iadesini âmir olduğu nazarı itibare alınırsa tevhidii içtihat kararına bu meselede dahi iltihak etmemek iktiza eyler. Yüksek Mahkemenin noktai nazarı daha ziyade (ex lege ferenda - şayanı arzu kanun) bakımından bir kıymet ifade edip mevzu hukukun sarih hükümleri müvacehesinde hususî bir değer taşımamaktadır. Nettekim Hombberger'de şu satırları okuyoruz.: «... Semere denince aynın bütün hasılatı anlaşılır. Zilyed hak sahibi nezdinde de (biz ilâve ediyoruz bir mücbir sebep tahtında) ziyaa uğrayacağını ispata muktedir olamadığı semereler ihmal edilmiş hükmündedir. *Bizzat mal saahibinin iktitaf etmeyeceği semerelerden dolayı zilyedi mesul tutmanın doğru olup olmadığı mucibi tereddüt ve münakaşadır.* Ancak elde edilmesi ihmal olunan semerelerin KANUNDA SERAHATAN ZİKRİ *zarurî olarak bizi bunu kabule sevkeder.*»

VII. — Şimdi ihmal edilen semerelerin ne şekilde değerlendirilmesi bahsini de incelediğimiz vakit zarurî olarak ecri misil mefhumile karşılaşacağız. Bu sebeple şimdi de ihmal edilen semerelerden ne anlaşılacak lâzım geldiğini tasrihe çalışmaklığımız uygun olacaktır.

Burada da bir dereceye kadar muhtelif kanaatlarla karşılaşıyoruz. Bir telâkkiye göre ihmal edilen semereler sui niyet sahibi zilyedin şahsî vasıtalarile elde edebileceği semerelerdir²³. Bu noktai nazar bazı ahvalde

23) Hombberger, zikri geçen eser ve No. bk: 11 No. 10 nota.

aşırı derecede haksız neticelere isal edebilir²⁴. Filhakika araziye tecavüz eden gaasıbın kudretine göre tazmin vecibesinin az veya çok olması doğru olmasa gerektir²⁵.

Benimsediğimiz diğer telâkkiyi ise şu suretle formüle edebiliriz : kanun burada bir faraziye koyduğuna nazaran ihmal edilen semereleri normal ve umumî şartları gö zönünde tutarak *in abstracto* hesaplamak ve gayri menkulün emsaline nazaran getireceği hasılatı esas ittihaz etmek doğru olur. Ancak bu farazî mahsul bedelinden mevzubahs semerelerin elde edilmesi için yapılması gereken sarfiyatın beşinci paragrafta izah edilen esaslar dairesinde tenzili ayrıca muvafık olacaktır. Ve ozaman elde edilecek rakam müdahale edilen yerin kira bedeline bir dereceye kadar yakın bulunacaktır.

Nihayet üçüncü ve daha ziyade besatet arz edecek bir telâkki de şu olacaktır : ihmal edilen semereden sadece hukukî semereyi anlamak lâzımdır; yani bundan fuzulen işgal edilmiş arazinin getireceği kira anlaşılmalıdır. Bu noktai nazar merhum Şemsettin Temizer tarafından müdafaa edilmiştir²⁶. Sayın Temizer muhakemesini şöyle yürütüyordu : madem ki 907 nci maddedeki semere tâbiri tabii semereler yanında hukukî semereleri de ihtiva etmektedir^{26 bis}, aynı zümreye mensup 908 inci maddedeki semerelerin farklı bir tefsire tâbi tutulması için hiçbir sebep yoktur. Profesör Hirsch de bu kanaata kayıtsız şartsız iştirak etmektedir²⁷.

VIII. — Biz de *yerine göre* ikinci veya sonuncu telâkkiye iltihakı uygun buluyor daha doğrusu bu hususta mal sahibine bir hakkı hıyar tanıyoruz. Bir misal ile izah edelim : bir yere müdahale edildiği takdirde o yerin bilfarz 10.000 kilo buğday getireceği, ve bu mahsulü almak için o sene yapılması gereken masraflar 600 lira ise, buğdayın o sene için kilosu 20 kuruştan satılacağı kabul edilse mal sahibi ihmal edilen semere

24) Kemalettin Utku, s. g. e., sah. 94-95.

25) «Bilfarz büyük bir çiftlik sahibi komşusunun tarlasına müdahale etmiş, fakat müdahale ettiği sahanın ancak cüzi bir kısmını ekmiştir. Şimdi bu tarlanın gaasıbın elindeki tamamen modern vasıtalarla sürüldüğü takdirde elde edilecek mahsul bedelini hesaplamak suretile bu bedeli gaasıba ödettirmek hiçbir adalet kaidesine sığmaz zannındayız.» (s. g. doktora tezimiz, sah 204).

26) Şemsettin Temizer, Adalet Dergisi, 1938, sahife 1113-1124.

26 bis) Netekim muahhar bir tevhidî icthaf kararı bilvasıta bunu kabul etmiştir. (1-3-1950, E. 11/K. 2, Resmî Gazete, 30 Haziran 1950, No. 7546).

27) Heride profesör Hirsch'den naklettiğimiz satırlar abakınız.

bedeli olarak 1.400 lira dâva edebilecektir. Olabilir ki, o sene o arazinin emsali yerler 1.000 lira kiraya verilmişti. Eğer gayrı menkul sahibi ecri misil ile iktifa etmek isterse, birinci hesap şeklini ihtiyar etmeyerek 1.000 lirayı dâva edecektir. Bunda verdiğimiz misalde menfaati yoksa da istihsal sırasında buğday piyasasının sukutu neticesi kilo bedeli 10 kuruşa kadar düşmüşse o zaman ecri misil şikkını ihtiyar etmesinde menfaati açık bulunacaktır. Demek ki hal ve vaziyetin icabına göre mal sahibi iki şikarasında tercihini yapabilecektir.

Mal sahibine tanıdığımız bu hakkı hiyarın mesnedi hukukîsi nedir? Burada zarar mefhumuna müracaata mecbur kalıyoruz. Bu hususta da von Tuhr'un izahatını tekrarlayacağız. Sayın üstadın ifade eylediği veçhile mal sahibi gasbedilen şeyin gasıp tarihindeki kıymetini veya hüküm anındaki değerini dâva etmek yetkisini haizdir. Zira mal kendisinden gasbedilmeseydi o tarihte onu satabilirdi. (Burada von Tuhr haklı olarak o tarihte satmak niyet ve tasavvurunda olduğunun ispatı şartını aramıyor). Bilmukabele mal arada kıymetlenmişse mal sahibi kendisinden gasıp tarihindeki kıymeti değil, fakat hüküm tarihindeki kıymetini istemek selâhiyetini de haizdir. Zira mal gasbedilmemiş olsaydı kendisi bu tarihte mağsup malı elinden çıkarmakla yüksek bedelden istifade edebilirdi (keza burada da malı daha önce satmayacağı hakkındaki iradesinin ispatına mahal görülmüyor)²⁸.

İşte bu muhakeme tarzından mülhem olarak ihmal edilen semereler hakkında da mal sahibine mümasil bir hakkı hiyar tanımak bize mümkün gözüküyor. Füzuli işgal hâdisesi olmasaydı mal sahibi gayrimenkulünü ya kiraya vermek yahut bizzat işlemek yetkisini haiz bulunacaktı. Mülkiyet hakkının zarurî bir neticesi olarak haiz bulunduğu bu hakkı hiyarı gasıp tarihinde ve gasıp dolayısıyla kullanamamış ise, şimdi kullanmasına imkân vermek lâzımdır. Vakıa hâdisatın inkişafından önce kullanılacak hakkı hiyarla inkişafından sonra istimal edilecek tercih arasında mühim bir fark mevcuttur. Birinde müstakbel konjonktürün rizikosunu mal sahibinde kalacak, diğerinde ise mal sahibi fiyatların ve kıymetlerin zaman içindeki tahavvülünü göz önünde tutarak bu tercihi kendi menfaatına en uygun şekilde yapabilecektir. Rizikonun gaasıba yükletilmesi ağır ve fakat hukukî ve âdil bir neticedir. Gaasıb buna kusuru ve sui niyet hasabile tahammül göstermek mecburiyetindedir.

28) von Tuhr, sah. 104 ve 53 No. lu notu asarâhaten şöyle kaydediyor: (malî) malîkin arada satabileceği keyfiyeti üzerinde durmağa mahal yoktur. Olsa olsa bu cihetin ispatı müddeaaaleyhe bırakılabilirse de ekseriyeti ahvalde buna imkân yoktur.

Bu mülâhazaların, elde edilen semerelerin tazmini bakımından da rolü vardır. Sui niyet sahibi zilyedin elde ettiği semerelerin bedeli ya bu semerelerin devşirilmesi tarihindeki kıymeti yahut da dâvacının dâva tarihindeki (hüküm tarihindeki) bedeli üzerinden hükmedilebilecektir. Mal gasbında olduğu gibi semerelerin gasbında da hak sahibine bu tarzda bir hakkı hiyar tanımak bizce zarurîdir. Sadece tabiatile semereler cinsi itibarile saklanabilecek cinsten değilse (meselâ kurutulmaya müsait olmayan kara üzüm gibi) o zaman dâva tarihindeki kıymet bahis mevzuu olmayıp gasıp tarihindeki veya semerenin mahiyeti icabı istihlâki iktiza eden en geç tarihteki değerinin esas tutulması iktiza eder²⁹.

29) Wieland da bu görüşü destekler mahiyette bir kanaat izhar etmiştir. (Zilyed temlik eylediği semerelerin kıymetini tedkiye ile mükelleftir. Bu hususta meselâ her hangi bir fiyatla satış sonuncunda hakikaten elde edilen bedel değil, belki zilyedin elverişli bir zamanda satması halinde alabileceği kıymet nazara alınmalıdır. Schneider 90/1) (Karafakih tercümesi, madde 908, No. 1). Bu noktai nazara acaba eski bir tevhidî içtihat kararı muhalif midir? 12/XI/1930 tarihli tevhidî içtihat kararında (Temyiz kararları 1930-34, sah. 20) şöyle deniliyor: «tarlada yığın veya demet halinde iken hasara uğratılan mahsulâtın hini istihlâktaki kıymet üzerinden tazmini gerekir.» Bu karar mevzubahs mahsulün henüz misliyat vasfını ve müstakil bir hüviyet almadığını göz önünde tutmuşa benzemektedir. Öyle ki, henüz mütemim cüz vasfından busbütün ayrıldığı söylenemeyecek olan mahsule vaki zarar gayri menkule iras edilen zarar hükmünde tutulmuştur. Kararın basındaki hülâsada bu mahsulâtın henüz misliyat mahiyetini almadığı belirtilmiştir. O suretle ki kararın mefhumu muhafilinden şu mânayı çıkarabilmek imkânı vardır: semereler müsahhas hale geldikten sonra istihlâk ve telef halinde mislen tazmin edilmeleri tahtı hükme alınabilecektir. (Bk. 5 No. lu nota). Ve bu suretle hak sahibi için hüküm tarihindeki bedeli temin etmek imkânı sağlanmış olacaktır. Şunu da ilâveten arz edelim ki biz, hattı zatında 1930 tarihli tevhidî içtihat kararının isabetine kaül değiliz. Yığın ve demet halinde de olsa iras edilen zararın tazmini için zarar tarihindeki kıymeti değişmez bir ölçü olarak almak doğru değildir. Belki istihlâk edilen o demetlerden hak sahibinin elde edebileceği en yüksek değeri, ve binnetice icabı halinde hüküm tarihindeki kıymeti zarar failine ödettirmek lâzımdır.

Nihayet Fransız mahkeme içtihatları İsviçreli müelliflere müsteniden müdafaa ettiğimiz bu esasları teyit ediyor. Zarara uğrayan kimsenin maruz kaldığı zararı tamamen telâfi etmek lüzumu Fransada müstakar bir kalde olarak kabul edilmekte, ve bu kaldenin zarurî neticesi olarak tazminat miktarının tayini için hüküm tarihi esas ittihaz edilmektedir. Meğer ki haksız fiilin vuku bulunduğu tarihten beri mağsup malın kıymetinde bir tenezzül husule gelmiş olsun. Yalnız bu son takdirde tazminat haksız fiil günündeki rayic üzerinden hesaplanmak lâzım gelecektir. Zira calınan esham

IX. — Her ne ise bu hakkı hiyar hakkındaki mütalâamız mucibi münakaşa addolunsa bile mal sahibine *asgarî olarak*, gayri menkulün füzulî işgal altında kaldığı müddetçe emsali mahallerin getirebileceği kirayı temin etmek vecibesi her halde daha az tereddütle karşılanmalıdır. Zira ihmal dilen semereler ibaresinin asgarî mânası budur, ve bu da doğrudan doğruya ecri misil mefhumunu tekabül etmektedir. Eski hukumuzun tesiri altında kalmakla muaheze edilemiyecek Prof. Hirsch'in sarîh beyanı cidden pek mânîdardır : 908 inci maddenin mânası bir şeye sui niyetle zilyet olan kimse hak sahibine yalnız fiilen iktisap ettiği semerelerin iadesini değil o şeyden mutad istifadeyi temin etmiş gibi tazminle mükelleftir. Her halde bu iktisadî noktadan ecri misilden başka bir şey değildir. Kanunumuzun kastına göre hak sahibi en az sui niyet niyet sahibi zilyedin o şeyi mutad üzerine kullanmasından doğacak menfaatlardan istifade eder vaziyette bulundurmalıdır. Demek oluyor ki, sui niyet sahibi zilyed hak sahibine asgarî olarak mutad kira bedelini (ecri misli) tazminle mükelleftir. Eğer gayri menkulden daha fazla istifade etmiş ve mutad kira bedelini aşan bir fayda temin etmişse, sui niyetinin cezası olarak elde ettiği bu fazla menfaatı da iade ile mükelleftir»³⁰.

sirkat tarihinden itibaren bir tenezzül kaydetmişse sahibi zilyetliğinden bi gayri hakkın mahrum edilmeseydi bu eshamı kurun sukutundan önce satabilir, ve sirkat tarihindeki kıymeti elde edebilirdi. (Revue trimestrielle de Droit civil 1946, sah. 230 ve s. 314, 1947 s. 331. Mazeaud'ların notu ve zikrettikleri kararlar ezcümle Aimes İstinaf Mahkemesinin 26 Şubat 1947 ve Fransız Yargıtayı Ceza Dairesinin 6 Haziran 1946 tarihli kararı; sunu da eksik kalmamak için kaydedelim ki eğer mağdur mağsup malın yenisini hükmü beklemeden tedarik etmişse o zaman tazminata esas mağsup malın ikamesi bedeli olacaktır, keza Mazeaud'lar aynı mecmuada). Mamafih Belçika kada adaletin ve kanunun emrettiği bu hal tarzları kabul edilmemiştir. Belçika jürisprüdansı tazminat bahsında zararın vukuu tarihini sasmaz bir nokta olarak almaktadır. Paranın büyük kıymet tahavvülü gösterdiği zamanlarda bu hal tarzının sebebiyet olabileceği haksızlıklar izahtan varestedir. (Aynı mecmua 1946, s. 230 Mazeaud'ların notu). (Bunu takip eden 29 bis No. ya Bk.).

29 bis) Tam bir tazmini temin maksadile zararın hüküm tarihinde taktiri lüzumu hakkında Fransız içtihatlarının müstakar manzarası son aylarda mükerreren teyyüt etmiştir. (Bk. Revue trim. de Droit civil 1950, s. 63, 194, 365 ve nehayet Fransız Yargıtayının 10 Mayıs 1950 tarihli kararı aynı mecmua s. 505). Şayanı dikkattir ki, artık Belçika içtihatları da eski hatalı görüşlerini terkederek aynı yola girmişlerdir (28 Aralık 1949 tarihli Bruxelles İstinaf Mahkemesinin kararı. — Rev. trim. 1950 sah. 505).

30) Hirsch, sözü geçen makalesi; keza Utku, sah. 95 «Böylelikle kanun vazısı kötü niyetli zilyedin mesuliyetini son haddine kadar götürmüştür.

X. — Şimdi tevhidî içtihat kararı hakkında toplu bir hükme varmak iktiza ederse fikrimizi şu suretle hülâsa edebiliriz : kararda füzulî müdahillerin ileride kabristan olarak kullanılacak araziye vaki müdahaleleri şekli tasrih edilmemiş olmakla beraber bunların orada zeriyyat yaptıkları anlaşılmaktadır. Münhasıran kendi emekleri mahsulü de olsa elde edilmiş semere ve hasılatın mal sahibi olan Belediyeye aidiyeti bizce şüphe götürmez. Belediyenin açtığı dâvada bu yolda bir mütalebe ileri sürmediği için mahkemenin bu hususta müspet bir karara varması mümkün görülmez ise de, mahkeme dâvacı Belediyenin mezkûr semerelere müteallik olmak üzere dâva açmakta muhtar bulunduğunu aynı kararda belirtirdi. Mahkeme için böyle bir mecburiyet olduğu söylenemez ve bu hususta sükûtu ihtiyar etmenin muvafık olacağı belirtilirse bilmukabele tebarüz ettirmek gerektir ki, Yargıtay bu mevzuda sükutu tercih etmemiş ve bilâkis mal sahibinin böyle bir hakkı olmayacağını sarahaten beyandan çekinmemiştir. Halbuki işte bu görüşü kabule imkân yoktur. Bu noktai nazara karşı serdedilebilecek tenkitleri evvelki satırlarımızda ve bilhassa III üncü paragrafta tafsilâtile açıklamış olduğumuzdan o izahatımıza atıfla iktifa ederiz.

Saniyen evvelki izahatımızdan da anlaşıldığı üzere zilyedin semereleri tazmin mükellefiyetile muhatap tutulması için füzulî işgalin taallük ettiği yerin mahiyeti icabı semere veya irat getirir neviden olması iktiza etmez. Madem ki füzulî şâgil o yeri semeredar kılmıştır, temin ettiği semereleri iade ve tazmine mecbur olduğu kanunumuzun aynı haklar hususunda ittihaz ettiği sistemin netice ve icabıdır. Tâbiri âhîrle kanunun maksadı füzulî şâgile gasıp suretile elde ettiği semere ve bu semere mefhumuna girebilecek sair menfaatları mal sahibine ya aynen veya icabına göre nakten iade ettirmektir. Yargıtayın muhakemesini münhasıran mağdur zaviyesinden sevk etmesi ve onun mamelekinde bir eksilme vuku bulup bulmadığını araştırması doğru değildir. Zira meselenin bir de gaasıbın mamelekinde gasıp sebebile bir fazlalık olup olmadığı zaviyesinden mütalâa edilmesi, ve böyle bir artma mevcut ise ferin ve mütemmim cüzün asla tebeyyeti icabı mevzubahs fazlalığın mal sahibine aynen veya nakten iade ettirilmesi lâzımdır. Elde edilen veya ihmal edilen semerelerin tazmini kaidesi işte bu hukukî fikri tecessüm ettirmektedir.

Eğer meselemizin haksız mal iktisabı çerçevesinde bir hal tarzına bağlanması icap etseydi o zaman gayrı menkul sahibinin mamelekinde bir eksilme vaki olup olmadığını araştırmak doğru olurdu. Çünkü haksız iktisapta iade borcunun doğum şartı sadece bir tarafın mamelekinde bir fazlalık husule gelmesi değil, fakat aynı zamanda bu artmanın diğer mamelekte bir eksilmeye tekabül etmesidir. Halbuki meselemizin haksız

mal iktisabı çerçevesi içinde mütalâa edilmeyeceği hususunda Yargıtayla mutabıkız³¹. Binaenaleyh bu sebeple de meşgul olduğumuz hâdisenin hususiyetini bir kere daha teslim etmeliğimiz icap ediyor. Yani gasıbın mamelekinde gasıp dolayısıyla bir fazlalık husule gelmiş ve bunun mütem-mim cüz veya semere şeklinde telâkkisi mümkün bulunmuş ise o zaman bu fazlalığın mal sahibine tazmin ettirilmesini temin etmek lâzımdır. Binaenaleyh bir kimse umumî bir yola tecavüz suretile bir bina inşa etse Belediye hem o binayı yıktırmağa ve hem de binanın ayakta bulun-uğu müddetçe ecri misil istemeğe hak kazanır. Tekrar ediyoruz, bu bakımdan tecavüz edilen yerin irat getirir neviden olmasına ihtiyaç yok-tur. Çünkü gasıp o yerde bina kurmak ve binadan intifa etmekle mame-lekinde bir fazlalık vücuda gelmiştir; binayı muteber bir hukukî sebep neticesi bir başkasından kiraladığı yer üzerinde kursaydı o zaman işgal ettiği arsa için bir kira ödeyecekti. İşte mümasil bir yere ödeyeceği kira bedelini gasbı neticesi tasarruf eylemekle mamelekinde bir artış husule gelmiş ve bu artış o yerin hukukî semeresine tekabül eder mahiyette bulunmuştur. Bundan böyle mal sahibine ecri misil namı altında bir bedel ödemesi, noktai nazarımıza göre, modern hukuk prensiplerine uygun düşecektir. Tevhidi içtihat kararından önce aynı hâdise hakkında Hukuk Umumi Hey'etinin (her gasıp fiilinin ecri misli icap ettirdiği) hakkındaki vecizesi bugün için dahi hakikati ifade etmektedir³². Buraya kadar ver-diğimiz izahat bunu göstermeğe kâfi gelmişse, bu yazımız gayesine ulaşmış sayılacaktır.

XI. — Ancak sözlerimize nihayet vermeden önce 25/5/1938 tarihli tevhidi içtihat kararının akıbetini kısaca gözden geçirmek ve nihayet tenkidini yaptığımız bugünkü kararın fillî kıymeti üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Müruru zaman hakkındaki 1938 tarihli tevhidi içtihat kararı ecri misli tazminat olarak tavsif değilse bile tevsim etmiş, fakat hükümleri ve neticesi itibarile kira bedeline müşabih görerek beş senelik müruru zamana tâbi olacağı fikrini kabul eylemişti. Halbuki şimdi tevhidi

31) Ancak muclip sebeplerde Yüksek Mahkememizden ayrılıyoruz. Şöyle ki, Yargıtay haksız iktisabın sadece hukukî bir muamele neticesinde husul geleceğini kabul ediyor. Halbuki haksız iktisabın bir maddî fiil neticesinde de husule gelmesi kabillî tasavvurdur. Meselâ bir başkasının malzemesile yapılan inşaat vaziyetinde olduğu gibi. İnşaat veya fidan dikme aktî bir vecibenin icrası mahiyetini haiz bulun-madıkça hukukî muamele mahiyetini değil sadece bir fiilî vasfını haizdir. (Aubry de Rau cilt XII s. 395, Not 5).

32) 6/10/1948 t. E./4-22-2 K. 71, Pratik Hukuk Mec. seri II. sah. 11.

içtihat kararı meselenin sıklet merkezini münhasıran zarar ve tazminat fikrinde görmektedir. Bu itibarla 1938 tarihli tevhidî içtihat kararının bu son karardan sonra kıymetini muhafaza edip etmiyeceğ cidden pek meşkûttur. Zilyetliğin iadesi meselesini haksız fiil çerçevesinde görmeyen müellifler bile müruru zaman meselesinin haksız fiile kıyasen hal edilmesi fikrini ızhâr etmişlerdir³³. Yargıtay haksız fiil tezini bu defa sara-haten kabul etmiş olduğuna nazaran bu noktai nazara evleviyetle iltifat etmesi ve beş senelik müruru zamanı terk eylemesi lâzım gelecektir ki bu durumun maslahata uygunluğu hakkında şüpheyeye kapılmamak elde değildir.

XII. — Esasen müruru zaman noktasından katı nazar yeni tevhidî içtihat kararının fiiliyatta ne gibi akisleri olabileceği hususî bir şekilde münakaşaya değer.

Yeni kararın mal sahibinin lâkaydisine rağmen toprağı işleyene bir nevi prim temin etmesi gibi sosyal bir fayda sağladığı söylenebilirse de bunun yanında füzulî işgal hâdiselerinde teşvikkâr bir rol oynamasından cidden ürkülebilir. Bu ise zannımızca küçümsenmeyecek bir mahzurdur. Zira bugün Türkiyemizdeki füzulî işgal dâvaları her halde diğer memleketlerle kıyas kabul etmeyecek derecede fazladır. Bu hususta elimizde istatistikler yoksa da münteşir kararların mukayesesini bu gibi hâdiselerin Fransa ve İsviçrede seyrek olduğunu göstermesine mukabil bizde gerek kararların kesreti ve gerek münakaşaların şiddeti bilâkis bu nevi füzulî müdahalelerin nadir vakıalar olmaktan uzak olduğunu ortaya koyan bir delildir. Gasıp fiillerini bir dereceye kadar önleyecek bir tetbir de her halde füzulî işgal hâdisesinin hukukî neticelerini gaasıp aleyhine en sert bir şekilde tespit etmek olacaktır. Kanun bu müeyyideyi vermemiş değildir. Uzun boylu tahlilini yaptığımız 908 inci maddenin hattâ bir dereceye kadar cezaî bir mahiyet taşıdığını bile söylemek kabildir³⁴. Binaenaleyh bu müeyyideyi haiz olduğu bütün şiddetile tatbik etmek imkânı mevcut iken bunu gaasıp lehine en müsait bir şekilde tefsir etmek maslahat bakımından doğru olmasa gerektir.

Kaldı ki, tevhidî içtihat kararı mevzuu haksız fiil çerçevesinde görüldüğü için mal sahibine mağsup malını semeredar kılmak tasavvurunda

33) Utku, z. g. e., sah. 103 ve zikrettiği Homberger; mamafih Prof. Hirs bu noktai nazara iştirak etmemektedir. Sayın profesör 908 inci maddede ifadesini bulan vecibenin kanunî ve nevi şahsına münhasır bir vecibe olduğunu nazarı itibare alarak kanunda başkaca serahat bulunmadığı cihetle bu mevzuda on senelik müruru zamanın yürümesi iktiza edeceği fikrini müdafaa etmektedir.

34) B.: VII nci paragrafın sonunda Prof. Hirs'ten nakledilen satirlara.

olduğunu ispat gibi her zaman yerine getirilmesi kolay olmayan bir ispat yükü de tahmil etmiştir. Diğer cihetten mal sahibinin lâkaydisini bir haktan ferağat şeklinde tefsir eylemek de doğru olmasa gerektir. Böyle bir telâkki cidden fuzulî şâgillerin cesaretini arttıracak bir mahiyette olduktan başka³⁵ hukukî esaslara da uygun düşmemektedir. Zira zımnî feragat veya zımnî irade beyanı mevcuttur diyebilmek için beyan sahibinin müsbet bir takım fiil ve hareketlerine ihtiyaç vardır. Ve sükûtun muayyen istisnalar haricinde kaideten hukukî netice husule getirmedeği hukukî mütearifelerdendir.

Diğer cihetten tazminat hususunda da Yargıtayın esas ittihaz ettiği prensipler mağdurun bütün zararlarını karşılayacak mahiyette değildir. Bir vesileyle tenkidini yaptığımız 1930 tarihli tevhidî içtihat kararında kabul edildiği veçhile mağsup malın istihlâk tarihindeki kıymetinin şaşmaz bir ölçü olarak alınması aradaki fiyat yükselişlerinden dolayı mal sahibinin bilfiil duçar olacağı zararların tazminsiz kalmasını intaç etmektedir. Bu durum da haksız fiil faillerinin ve gaasıpların gözünü korkutacak mahiyette değildir. Bizde bu nevi mala tecavüz hâdiselerinin sık sık tekerrürüne ihtimal tazminat esaslarında tutulan hasis ölçünün bir dereceye kadar tesiri olmaktadır.

Binaenaleyh naçiz reyimize göre yalnız tahlil ve tenkidini yapmış olduğumuz 8/3/1950 tarihli tevhidî içtihat kararından rücu ile iktifa edilmeyerek aynı zamanda tazminat hususunda Yargıtay içtihatlarında yerleşmiş ölçüleri de bir an evvel terk etmek memleketimizin hukukî hayatı için hayırlı olacaktır.

I. E. P.



Aleyhte düzeltme yasağı ve vazife cihetinden bozma

T. C.

YARGITAY

İÇTİHADI BİRLEŞTİRME GENELKURULU

Esas : 21

Karar : 1 A. K.

Tarih : 15/2/1950

Müktesep hak düşünceyle vazife cihetinden bozma yapıp yapılamıyacağı hususunda Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 18/4/1946 tarih ve 3902 ve 7/12/1949

35) Dündar Devres, İstanbul Barosu Mecmuası, Haziran 1950 bu karar hakkındaki notu. Mamafih kararın verdiği hal tarzı karşısında bu müellifin durumu pek sarıh değildir. Edindiğimiz intiba kendisinin kararda belliren muhtelif düşüncelerden bazılarını kabul etmemekle beraber esas itibarile kararı tasvip eylediği merkezindedir.

tarih ve 15089 sayılı kararlarını havi ilâmları arasında meydana gelen içtihat uyumsuzluğunun çözülmesi mezkûr Daire Başkanlığının 20/12/1949 tarihli yazısıyla istenilmesine mebnî toplanan İçtihadî Birleştirme Genelkurulunca yapılan tartışma ve inceleme sonunda :

Yukarıda yazılı Dördüncü Ceza Dalresinin ilâmlarında gösterildiği üzere mahkemenin görev dışında bir dâvayı hükme bağlamış olması halinde bu hükmün sanığın temyizi üzerine müktesep hakka hâlel gelmemek üzere bozulduğu halde, diğer bir ilâmda, dâvanın görev dışında hükme bağlanması halinde; aleyhe bozma sebebi saymadığının gösterilmesiyle iktifa edildiği anlaşılmıştır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 307 nci maddesinde «Temyiz, ancak hükmün, kanuna muhalif olması sebebine müstenit olabilir. Hukuki bir kaidenin tatbik edilmemesi yahut yanlış tatbik edilmesi kanuna muhalefettir» denilmiştir. Hukuki kaidenin ne gibi hallerde ihlâl edildiğini birer birer saymak mümkün olmadığından kanun, bu hususun takdirini Yargıtaya terketmiş olduğundan Yargıtay Ceza Daireleri; kanunun herhangi bir hükmüne riayet edilmemesi halini, bozma sebebi sayıp saymamakta takdir hakkına malik bulunmakta ise de, kanuna mutlaka muhalefet sayılan hallerde behemehal hükmün bozulması zarureti vardır. Bu haller Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 308 inci maddesinde sekiz bend altında gösterilmiştir. Mahkemenin kanuna muhalif olarak dâvaya bakmağa kendini vazifeli görmesi hali de mezkûr 308 inci maddenin dördüncü bendinde irae edilmiştir. Yargıtay Ceza Daireleri kendisine sevkedilen işlerde yalnız temyiz dilekçesinde ve lâyihasında gösterilen noksan ve hatalara tahkikatlarını hasretmeyip kanun hükmünün herhangi bir surette ihlâl edildiğini gördüğü surette hükmü bozmak ve muayyen hallerde hükmü bozduktan sonra dâva evrakını o mahkemeye tekrar göndermek suretile işin intacının uzamasına mahal bırakmaksızın esas hakkında da karar vermek yetkisine malik bulunmaktadır (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, madde, 320, 322). Yargıtay Ceza Daireleri, mahkemenin görev dışı verilen bir hükmünü bozduğu takdirde yetkili mahkemeyi tayin eder ve işi vazifeli mahkemeye gönderir (Usul Kanunu 323). Ancak, sanığın temyizi üzerine bir hükmün görev cihetinden bozulmuş olması halinde; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326 nci maddesi ile kabul edilen esas dairesinde evvelki hüküm ile tayin olunan cezadan daha ağır ceza tatbiki madelet kaideleri ve müktesep hak mülâhazası ile telifi mümkün olmadığından sanığın müktesep hakkının mahfuz tutulması lâzımdır.

Netice : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 308 inci maddesinde mutlaka muhalefet sayılan haller meyanında mahkemenin kanuna muhalif olarak dâvaya bakmağa kendisini vazifeli görmesi hali de mevcut olmasına nazaran görev dışında verilen bir hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi halinde dahi, mezkûr Usul Kanununun 326 nci maddesi ile kabul edilen esas dairesinde müktesep hakka hâlel gelmemek üzere her halde hükmün bozulması icap ettiğine 15/2/1950 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

1 — Mesele ve tarihçesi :

İçtihadî Birleştirme Genelkurulunun 15 Şubat 1950 tarihinde verdiği yukarıki kararın hallettiği mesele şu şekilde ifade olunabilir : Sanık

lehine temyiz olunduğu zaman vazife cihetinden bozma yapılabilecek midir? Eğer hüküm bozulacaksa, vazifeli mahkemeden verilecek yeni hüküm, eskisinden daha ağır cezayı ihtiva edebilecek midir?

Bu mesele istinaf ve temyize şamil olmak ve aleyhte düzeltme yasağı meselelerinin bir çeşidini teşkil etmek üzere hemen her memlekette bahis mevzuu olmuştur. Fransada ilk derece mahkemesinin hatalı tavsifine dayanan bir karardan sonra İstinaf Mahkemesinin vazifesizliğini ileri sürmesini Yargıtay kabul etmemiş, sanığın daha ağır bir suç için daha başka vazifeli mahkemelerde muhakeme edilmesini, aleyhte bozma yasağına aykırı bulmuştur¹. Mamafih bizzat sanığın vazife meselesini ileri sürmesi², yahut vazife meselesinin sanığın vaziyetini ağırlatmayacağıının muhakkak olması³ gibi hallerde vazife hususunun âmme intizamına taalûk etmesi kaidesine istisna kabul etmeğe yani aleyhte bozma yasağını üstün tutmağa lüzum duyulmamıştır.

Meselenin Fransız mahkemelerince halli, temyiz bakımından çeşitli şekiller arz etmiştir. Eğer sanık ilk defa temyizde vazife meselesini ileri sürmüştü, İstinaf Mahkemesi resen bu hususu nazara alamayacağından, bu talep kabul edilmemiştir⁴. Eğer savcı da istinaf etmiş ise, bu takdirde İstinaf Mahkemesinin vazife hususunu tetkik etmesi icap edeceğinden vazifesizlik iddiası ilk defa temyizde sanık tarafından ileri sürülse dahi nazara alınmıştır⁵. Bu son vaziyette Yargıtayın resen vazife meselesini tetkik etmesi de kabul olunmuş, Yargıtay Asliye Mahkemesini vazifesiz sayarak dâvayı Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir⁶.

Bu son karar aleyhte düzeltme yasağına karşı Yargıtayın koyduğu ilk ciddi tahdid olarak karşılanmış⁷, aleyhde düzeltme yasağı an'anesini mahkemelerin pek tutmadıklarını belirttiği söylenmiştir⁸.

1930 tarihli İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu bu hususta sarih bir hüküm sevk etmiştir. 515 inci maddeye göre istinaf eden sadece sanık ise, mahkeme eski cezadan nev'i ve miktar itibarile daha ağır bir

1) Fransız Yargıtayı : 7/3/1931, 13/2/1932, 4/4/1935.

2) Fransız Yargıtayı : 22/10/1840, 12/2/1864.

3) Riom İstinaf M. : 13/2/1896.

4) Fransız Yargıtayı : 12/12/1868, 26/7/1873, 4/4/1935.

5) Fransız Yargıtayı : 25/7/1885, 3/7/1920, 22/3/1934.

6) Fransız Yargıtayı : 24/1/1930.

7) EHRHARD : *L'interdiction de la «reformatio in pejus»*. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1939, III, 482.

8) DONNEDIEU DE VABRES : *Traité de droit criminel*, 1947, s. 868, not 5.

ceza vermemek ve ilk derece mahkemesinin vazifesini aşmamak şartıyla, suçun hukuki tavsifini değiştirebilecek hattâ ağırlaştırılabilecektir. Demek ki İstinaf Mahkemesi birinci derece mahkemesinin vazifesizliğini görse dahi bir şey yapamıyacak, yeni tavsifi ileri süremeyecek ve evrakı vazifeli mahkemeye gönderemeyecektir. Bu hükme sebep olarak, asıl vazifeli mahkemede dâva görülmesinin tamamen akademik mahiyet alacağı ve daha ağır bir ceza verilmesine imkân olmadığı gösterilmektedir⁹.

Bizde, Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun yürürlükte olduğu zamanlarda dahi bu mesele ile karşılaşmıştır. Kanunda aleyhde düzeltme yasağını koyan açık bir hüküm olmamasına rağmen bu yasak içtihat yolile kabul edilmişti¹⁰. Bunun bir neticesi olarak istinafta vazife bakımından bozmada kabul edilmemiştir. Meselâ ilk derece mahkemesince cünha nev'inden görülerek mahkûmiyet kararı verildikten sonra yalnız sanık tarafından istinaf olunması üzerine İstinaf Mahkemesinin fiilin cinayet nev'inden olduğu beyanı ile evrakı müstantikliğe vermesi temyizce doğru görülmemiş, İstinaf Mahkemesinde sanığın cünha derecesinde muhakemesine devam olunmasına karar verilmiştir¹¹.

Yukarıki tevhidî içtihat kararından öğrendiğimize göre, Dördüncü Ceza Dairesi bir meselede iki zıd karar vermiş, bunlardan birinde müktesep hakka hâlel gelmemek üzere hüküm bozulmuş ve dâva vazifeli mahkemeye gönderilmiş, diğesinde aleyhe bozma sebebi sayılmadığının gösterilmesiyle iktifa edilmiştir.

2 — Meselenin hal şekli :

İçtihadî Birleştirme Genelkurulu, yukarıki kararla, ihtilâfı halletmiş, mütenakız içtihatları birleştirmiştir. Vardığı hal şeklini şöylece ifade edebiliriz : Sanığın lehine temyiz olunan hüküm, müktesep hakka hâlel gelmemek üzere, her halde bozulmalıdır. Bozmadan sonra ne yapılacağı açıkça gösterilmemiş ise de 326 ncı maddenin tatbikinden bahsolunduguna göre vazifeli mahkemeye gönderileceği ve yeniden muhakeme sonunda yeniden karar verileceği anlaşılmaktadır.

9) MANZINI: Trattato di diritto processuale penale italiano, 2. bası, C. 4, 1946, s. 562.

10) KUNTER: *Aleyhte düzeltme yasağı*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1950, III-IV,

11) İstida Dairesi: 11 Ağustos 1327 (*Mecmuai Mukarreratı Temyiziye*, 1327, Ceza kısmı, s. 506), 1 Nisan 1328 (*aynı eser*, 1328, s. 103).

Bu kararın gerekçelerini şöyle hülâsa etmek mümkündür :

1) Mahkemenin vazifesiz olması kanuna mutlaka muhalefet hallerindedir ve bu hallerde bozma zaruridir.

2) Yargıtay vazifesizlik sebeble hükmü bozunca vazifeli mahkemeyi tayin eder ve işi ona gönderir.

3) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326 ncı maddesinin koyduğu aleyhte düzeltme yasağı hükümleri mahfuzdur. Kararda müktesep hakka hanel gelmemek üzere denilmiştir.

3 — Hal şekli ve gerekçeleri hakkında düşündüklerimiz :

Biz bu kararın, 326 ncı madde hükümlerinin mahfuz olacağı noktasını tasvip etmekte fakat bozmanın zaruri olduğu ve bozmadan sonra işin vazifeli mahkemeye muhakkak gönderilmesi icap edeceği noktasına iştirak edememekteyiz.

A — *Kanuna mutlaka muhalefet hallerinde bozma zaruri değildir.* Mahkemenin kendisini kanuna muhalif olarak vazifeli görmesi filhakika 308 inci maddenin 4 üncü bendinde kanuna mutlaka muhalif hal olarak gösterilmiş bulunmaktadır. Bunda tereddüde mahal yoktur. Fakat acaba bu hallerde bozma zarurimidir? Biz bu noktada içtihadı birleştirme kararının gerekçesine iştirak edememekteyiz. Şöyle düşünüyoruz :

a) Kanuna muhalefet hali temyiz sebebidir (m. 307). Kanuna muhalefeti kaideten Yargıtay takdir eder. Fakat kanun koyucu sekiz halde kanuna muhalefet olduğunda tereddüt edilmemesi için 308 inci maddeyi sevk etmiştir. Görülüyor ki 307 ve 308 inci maddeler arasında netice bakımından farklı bir hüküm yoktur. Her ikisi de kanuna muhalefet halinin bulunup bulunmadığını tesbit etmektedir. Fark bu tesbiti yapan merci bakımındandır. Birisinde kanun koyucu kendisi tesbit etmiştir. Diğerinde tesbit işini mahkeme yapacaktır.

b) Kanuna muhalefet halinde hükmün bozulup bozulmayacağı, bir diğer söyleyişle kanuna muhalefete terettüp eden hükümler başka maddelerde yazılıdır. Kanuna muhalefeti tesbit maksadile sevk edilmiş olan 308 inci maddeden faydalanmağa imkân yoktur. Kanuna muhalefetin kaide olarak bozmayı gerektireceği 321 inci maddenin sarahatinden anlaşılmaktadır. Mamafih bu kaidenin istisnaları da yok değildir. Filhakika kanuna muhalefetin hükme tesiri olacak derecede olması lâzımdır. Filhakika 320 ncı maddede Temyiz Mahkemesinin tetkik

edeceği hususlar sayılırken «hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse» Yargıtayın talep olmasa da bu noktaları tetkik edeceği yazılıdır. Bundan anlaşılan şudur ki hükme tesiri olmayacak derecede kanuna muhalefet edilmiş ise, ortada kanuna muhalefet olduğu halde nazara alınmayacak, hüküm bozulmayacaktır. Temyiz lâyhalarında gösterilmiş olan kanuna muhalefet halleri için de aynı şekilde hareket edileceği tabiidir¹². Şu halde mesele kanuna muhalefet hali mevcut bulunduğu her vaziyette bu hatanın neticede verilen hükme müessir olabilip olamayacağını tetkik etmeği icap ettirmektedir. Filhakika 308 inci maddede yazılı hallerin büyük bir ekseriyetinde hataların hüküm üzerinde tesir etmiş olması ihtimali vardır. Ve hata yapılmamış olsaydı hükmün başka suretle verilmesi mümkündür. Bu itibarla mutlaka kanuna muhalefet hallerinin büyük bir ekseriyetinin bozmayı gerektireceğinde şüphe yoktur. Mamafih 308 inci maddeyi hataların bozmayı gerektireceği yolunda kanuni bir faraziye olarak kabul etsek dahi¹³ bu faraziyenin aksinin isbatı kanaatimizce caizdir ve bunu menedecek açık bir hüküm de yoktur. Bir misal alalım. Duruşmada sanığa isnad olunan suçun dâvayı gören mahkemenin vazifesini geçtiği anlaşılmakta fakat aynı duruşmada sanığın suçu işlemediği veya suçun zaman aşımı ile düştüğü de görülmektedir. Bu takdirde mahkeme beraet veya düşme kararı verirse, kendini kanuna aykırı olarak vazife görmüş sayarak muhakkak bozmak mı lâzım gelecektir? Biz bu suale hayır cevabını vereceğiz. Netekim Alman tatbikat ve nazariyatı da bu yoldadır¹⁴. Görülüyor ki mahkemenin kendini vazifeli sayması muhakkak bozmayı gerektirmeyecektir. Bu hatanın verilmiş olan hüküm üzerinde müessir olup olmadığı veya tesir edebilip edemeyeceğine bakılacaktır.

B — *Bozma halinde işin muhakkak vazifeli mahkemeye gönderilmesi de zarurî değildir :*

a) Kanuna muhalefet sebebi, bozma sebebi sayılıp hüküm bozulduğu takdirde kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre Yargıtay ya 322 nci maddede yazılı hallerde esasa da karar verecek yahut işi hüküm

12) SCHWARZ ve LÖWE de hüküm ile ihlâl edildiği iddia olunan kanun arasında bir alâkanın mevcudiyetini kabul ederler. Bak. SCHWARZ : *Alman Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu Serhi*, Ankara, 1939, s. 603.

13) SCHWARZ da bu faraziye fikrini kabul edenlerdendir (s. 606).

14) LÖWE : *Die Strafprozessordnung*, 19. bası, m. 270, n. 4.

mahkemelerinden birine gönderecektir. Esasa karar verilmesi halleri yeniden muhakemeyi gerektirmeyen hallerdir. Yargıtay muhakeme yapamayacağından yeniden muhakemeyi gerektiren hususlarda esasa bittabi karar veremezdi. Bundan anlaşılıyor ki, işin esas mahkemesine gönderilmesi, eğer bozulmaya uyulacaksa yeniden muhakeme yapmak içindir. Demekki ancak yeniden muhakeme yapılması zarurî hallerde iade bahis mevzuudur. Yoksa şu veya bu sebeple bozmadan sonra değil. Meselâ Yargıtay Başsavcılığın iddiasına mutabık olarak kanunda yazılı cezanın aşağı haddini tatbik etmeği muvafık görürse veya vak'anın daha ziyade tenvirine hacet kalmaksızın beraete karar verilmesi iktiza ediyorsa, hatanın tashihi mümkün ise esasa hüküm edecektir. Vazifesiz mahkemenin verdiği hükümler hakkında da bu madde neden tatbik edilemesin? Meselâ vazifesiz mahkemenin yaptığı tetkikat hâdisede meselâ meşru müdafaa olduğunu tesbit ediyorsa Yargıtay hükmü bozup neden beraete karar vermesin? Yahut yapılmış olan muhakemeye göre başka mahkemenin vazifesine giren yeni tavsife göre aşağı haddin tatbiki muvafık görülüyorsa neden bozup cezayı tatbik edemesin?

b) Kanaatimizce 323 üncü maddeden de faydalanmağa imkân yoktur. Bu madde filhakika mahkemenin kendisini haksız olarak vazifeli görmesinden dolayı hükmün bozulması halinde Temyiz Mahkemesinin işi eski mahkemeye değil vazifeli sayılan mahkemeye göndereceğini göstermektedir. Bu madde her vazifesizlik sebebiyle bozmada muhakkak iade lâzım geleceğini göstermek için değil, fakat esas hakkında hüküm verilemeyip dosyanın bir hüküm mahkemesine iadesi bahis mevzuu olduğu zaman eski hükmü veren mahkemeye değil fakat asıl vazifeli mahkemeye gönderileceğini bildirmek için sevk edilmiştir. Zaten maddenin matlabı da hükmün gönderilip gönderilmeyeceği değil, gönderilirse nereye gönderileceği meselesinin bahis mevzuu olduğunu açıkça göstermektedir.

a ve b bendlerinde arzettiğimiz hususlardan çıkan netice şu olmaktadır ki, mahkeme kendini kanuna aykırı olarak vazifeli saymış ise bu bir bozma sebebidir. Fakat bozmadan sonra ne yapılacağı hakkında umumî hükümlerden ayrılmağa mahal yoktur. Eğer esasa karar vermek mümkün ise Yargıtay esasa karar vermelidir, değilse dosya vazifeli mahkemeye iade edilmelidir. İlâve edelim ki, tevhibi içtihat kararı bu noktayı meskût bırakmış, ancak hükmün bozulabilip bozulamayacağı meselesini halletmiştir.

C — *Kanuna muhalefet bozmayı ve bozma da yeniden muhakemeyi gerektiriyorsa hükmün bozulması ve dâvanın iadesi mecburidir.* Tatbıkatta

çok defa hükme müessir olmayacak diye bozmayı gerektiren bir çok kanuna muhalefetler bozma sebebi sayılmamaktadır. Bîhassa mevzuumuzu alâkadar eden 326 ncı madde dolayısıyla bu yolda kararlar verildiğine sık sık rastlamaktayız. «Kanuna uygun değilse de mümeyyiz sanık olduğundan bu cihet aleyhe bozma sebebi sayılmamıştır» formülünü ihtiva eden kararlar sayılamıyacak kadar çoktur¹⁵. Hattâ daha ileri gidildiği ve hiç tetkikat yapılmadığı da vakidir. Netekim bir hâdisede aleyhe bozmadan sonra mahkeme bazı noktalarda bozmaya uymuş bazı noktalarda ısrar kararı vermiştir. Hükümü yalnız suçlu temyiz etmiştir. Umumî Heyet «bu kere son kararı yalnız maznun temyiz etmesine göre hükmün ısrar kısmı maznunun lehine olmakla aleyhine tetkikatı temyiziye icra edilemeyeceği cihetle» diyerek uyma kısmı hakkında dairece tetkikat icra edilmek üzere evrakın Başsavcılığa geri verilmesine, hem de ittifakla, karar vermiştir¹⁶. Bu yolda tatbikat kanaatimizce kanuna şu sebeplerle aykırıdır :

a) 326 ncı maddede açıkça «yeniden verilen hüküm» den bahsolumaktadır. Demek ki hüküm bozulacak, yeniden duruşma yapılacak, sadece neticede eski ceza ağırlatılamıyacaktır. Bugünkü müstakar tatbikat ise yeniden hüküm verilmesine mâni olmaktadır.

b) Karar tasdik edildiği için hüküm kesinleşmekte, hatalar tashih edilememektedir. Halbuki temyiz yolunun kabul edilmesine sebep hatalı mahkeme kararlarının düzeltilmesidir.

c) Yeniden muhakeme yapılması füzulî değildir, hattâ İtalyan Kanununun gerekçesinde iddia olunduğunun hilâfına olarak tamamen akademik de değildir. Zira Yargıtayın işin esasına hüküm edememesi hali bahis mevzuu olduğuna göre, yeniden muhakeme yapılması bilâkîs lüzumludur. Mesele sadece ceza meselesi değildir ki nasıl olsa ağırlaşmayacak denilsin. Fakat cezanın miktarından başka hususların da tahkiki, tesbiti lâzımdır. Bir misal olmak üzere suçun tavsifini ele alalım. Mahkeme hususi evrakta sahtekârlık diye tavsif etmiş, Yargıtay

15) Misal olmak üzere şu kararları gösterelim. 1. C. D. : 30/11/1949, 2905 - 2682 (*Son İctihatlar*, Eylül 1950, s. 1102); 30/5/1950, 2191 - 2405 (*Son İctihatlar*, Eylül 1950, s. 1104); 4. C. D. : 12/2/1942, 1175 - 200 (BETİL ve KUMRULU : *CMUK*, m. 326); 16/12/1943, 7387 - 7140 (*neşredilmemiştir*), 30/3/1946, 3211 - 4098 (*neşredilmemiştir*).

16) CGK. : 17/1/1938, 14 - 13 (*neşredilmemiştir*).

resmî evrakta sahtekârlık görmüş, aleyhe bozma sebebi saymamıştır. Mahkeme emniyeti suiistimalden mahkûm etmiş, Yargıtay zimmet ama bozma sebebi sayılmaz demiştir¹⁷. Kanaatimizce bütün bu yanlış tavsifler bozma sebebi sayılmalı, yeniden muhakeme gerekiyorsa dâva mahkemeye iade olunmalı idi. Mahkeme bozmaya uysa ve eski cezayı ağırlatmasa dahi, tavsif bakımından aleyhte ağırlatma yasağı olmadığına göre, yeni mahkûmiyet resmî evrakta sahtekârlık veya zimmet suçundan dolayı olmalıdır. Mahkemenin bir cürmü kabahat diye tavsif etmesi halinde de eğer hüküm bozulmazsa o kimse kabahatten mahkûmiyet ile kurtulacaktır. Halbuki cürüm veya kabahatten veya şu veya bu suçtan dolayı mahkûm olmanın farkları bazan mühim olabilir. Bu farklar arasında tekerrürü ve affı bilhassa saymak lâzımdır. Meselâ resmî evrakta sahtekârlık veya zimmet suçları affedilmeyip hususi evrakta sahtekârlık veya emniyeti suiistimal suçları affedilirse, yukarıki misallerde suçlular lâyük olmadıkları halde afftan istifade edeceklerdir. Evvelki mahkûmiyet, sırf temyiz bozması yüzünden kabahatten olduğu için sonraki cürümlerinin cezası tekerrürden dolayı arttırılamıyacaktır.

Bütün bu mülâhazaları vazife bakımından da tekrar edebiliriz : Vazife bozma sebebidir. Yeniden muhakeme lâzım geliyorsa, bunun vazifeli mahkemede yapılması lâzımdır. Cezanın 326 ncı madde dolayısıyla ağırlatılamaması, yeniden muhakeme yapılmaması için bir sebep teşkil edemez.

4 — Netice :

15/2/1950 tarihli yukarıki tevhidî içtihat kararı hakkındaki maruzatımızı şöylece hülâsa edebiliriz :

1 — Her kanuna muhalefet muhakkak bozma sebebi değildir. Tevhidî içtihat kararının gerekçe olarak aksini kabul etmesi bu sebeple doğru değildir.

2 — Mahkemenin kendini kanunsuz olarak vazifeli sayması bozma sebebidir. Tevhidî içtihat kararının neticesine bu sebeple iştirak etmekteyiz.

3 — Her bozmadan sonra, isterse vazifesizlik sebeble olsun, iade zarurî değildir.

17) 1. CD. : 30/11/1949, 2905 - 2682 (Son İçtihatlar, Eylül 1950, s. 1102).

18) CGK. : 8/1/1945, 326 - 5 (negredilmemiştir).

4 — Yeniden muhakeme suretile hatanın tashihi lâzım gelen hallerde iade zaruridir.

5 — Bozmanın cezaya aleyhte tesir edememesi, hükme tesir edememesi demek değildir. Aleyhte düzeltme yasağı bozmaya mâni değildir.

N. K.



Resmî evrakta sahtekârlık — Bir varakanın «resmî evrak» tan madût sayılabilmesi için gereken şartlar — Memurun ve diğerkimselerin resmî evrakta sahtekârlık yapması — Hakil-i mühürleri kötüye kullanma — Reformatio in peius

T. C.

YARGITAY

BİRİNCİ CEZA DAİRESİ

Tarih : 30/11/1949

Esas no : 2905

Karar no : 2682

Resmî evrakta sahtecilik yapmaktan sanık oğlu Posta Telgraf Bas-müdürlüğü İdare Kalem memuru nin yapılan yargılaması sonunda, İdarece mutemed tayin edilmemiş olduğu halde, Sümerbank İplik Dokuma Müessesesi Müdürlüğüne yazdığı 30/7/1947 tarihli yazının imza yerine ele geçirdiği iptal edilmiş mührü basmak ve başmüdür muavini nin imzasını taklid etmek suretile, hususi evrakta sahtecilik yaptığının anlaşılmasına mebni TCK. nun 345 inci maddesine tevfikan bir sene hapsine dair İstanbul Mahkemesinden verilen 2/6/1949 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş ve para depo edilmiş olduğundan dâva evrakı C. Bassavcılığı Yüksek makamından tebliğname ile Yargıtay Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle, okunup iş anlaşıldıktan sonra, gereği konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi :

Daire ihtiyacı için bazı esya almak üzere sanığın mutemed tayinine mütedair olan varakanın mahiyeti itibarile hususi evraktan addi, kanuna uygun değilse de, mümeyyiz sanık olduğundan bu cihet aleyhe bozma sebebi sayılmamış ve yapılan duruşmaya ve toplanan delillere ve mahkemenin kanaat ve takdirine göre sanığın da subuta ilişkin itirazları varit bulunmamış olduğundan reddile temyiz olunan hükmün tebliğnamede istenildiği gibi onanmasına ve 2200 kuruş onanma harcıının sanıktan alınmasına ve depo parasının gelir kaydına oybirliğiyle karar verildi (*).

(*) Son İçtihatlar, 1 Eylül 1950, VII, V, sah. 102.

Metnini yukarıya naklettiğimiz karar, biri esas diğeri de usule mütedair iki meseleyi halletmektedir.

Esas meselesi, evrakta sahtekârlık suçlarında, bir varakanın ne vakit «resmî varaka» sayılacağıнын tayininden, usul meselesi de, yalnız sanığın temyizi üzerine vâki bozmanın, mümeyyiz sanığın aleyhine tesir icra edip etmiyeceğinin tespitinden ibarettir.

Bununla beraber, «*reformatio in peius*» adı verilen ve bizim CMVK m. 326/2 de ifadesini bulan usule müteallik meseleyi, kıymetli meslekdaşımız Doçent Dr. Kunter, başka bir yerde yazacağı bir makale dolayısıyla, etraflı bir şekilde inceleyeceği cihetle, biz bu mesele üzerinde durmayarak, yalnız bir varakanın resmî evraktan madût telâkki edilebilmesi için vücudu gereken şartlarla, resmî evrakta sahtekârlık suçunun memur ile memur olmıyan diğerkimseler tarafından işlenmesi ve resmî evrakta sahtekârlık yapmak maksadile hakiki mühürlerin kötüye kullanılması hususlarınıı tetkikle iktifa edeceğiz.

Ele aldığımız Yargıtay kararından anlaşıldığına göre, hâdisede muayyen bir mahallin PTT memurlarından olan sanık, İdarece mutemed tayin edilmediği halde, Sümerbank İplik Dokuma Müessesesi Müdürlüğüne hitaben, kendisinin mutemed tayin edildiğine dair bir mektup yazmış ve ele geçirdiği iptal edilmiş daire mühürünü vazetmek ve başmüdür muavininin imzasını taklid eylemek suretile mektubu imzalamıştır.

Hâdiseye elkoyan esas mahkemesi, taklid edilen mektubu hususi evraktan madût telâkki ederek, fiili bu nevi evrakta sahtekârlık diye vasıflandırmış ve bundan bâhis olan 345 inci maddeyi tatbik etmiştir.

Buna mukabil, Birinci Ceza Dairesi, «daire ihtiyacı için bazı eşya almak üzere sanığın mutemed tayinine mütedair varakanın mahiyeti itibarile hususî evraktan» addini kanuna uygun bulmamıştır.

Demek oluyor ki, bütün mesele, muayyen bir vazife ile tavgif edilmemiş olan bir memurun, kendisini tavgif edilmiş gibi gösteren ve o memura bu vazifeyi vermeğe salâhiyettar olan yüksek memurun imzası taklid edilmek suretile imzalanan bir varakanın hususî evraktan mı, yoksa resmî evraktan mı madût olduğunu tespitten ibaret bulunmaktadır. Bunu tespit edebilmek için de, evvelemirde, «resmî evrak» tâbirinden neyin anlaşılmak lâzım geldiğini tayin etmek iktiza eder.

Bir kere, şurasını belirtelim ki, kanunumuz resmî evrakı târif etmemiş ve bu vazifeyi doktrin ve içtihada bırakmıştır. Kanaatimizce, resmî

varaka, bir memur tarafından, icra ettiği fonksyon sebebiyle tanzim olunan yazıdır¹.

Bu târif şimdiye kadar doktrinde ileri sürülmüş olan bazı târiflerden ayrılmaktadır.

Bir kere resmî memur tarafından tanzim edilmiş olan bilcümle vesaiki resmî evrak addeden eski doktrinden² ayrılmaktadır. Çünkü, bir memur icra ettiği fonksyonla hiç bir alâkası olmıyan bir varaka da tanzim edebilir ve bu halde — ilerde tafsilâtile göreceğimiz veçhile — her hangi bir hususî şahıstan farkı bulunmaz.

Keza resmî evrakın mevcudiyeti için, memur tarafından tanzim olunan vesikanın gereken şekilde olmasını ve bu keyfiyetin varakadan zâhir bulunmasını şart koşan târiflerden de³ ayrılmaktadır. Fikrimizce, böyle bir şartın tasrihine lüzum yoktur, zira bir keyfiyet «sakat varakalar» meselesine teferru eden ve bu mevzuda kabul edilen kriterlere halli gereken bir cihettir⁴. Hattâ bu şartın tasrihi yanlış neticelere götürebilir. Filhakika şekil noksanı dolayısıyla, resmî bir varaka daima bu mahiyetini zayi etmiyebilir.

Verdiğimiz târif, 339 uncu maddenin metnine sıkı surette sadık kalan bazı müelliflerin târiflerinden de ayrılmaktadır. Gerçekten bunlara göre, bir memur tarafından memuriyet vazifesinin icrası sırasında tanzim olunan her varaka resmî evraktan madûttur⁵. Kanaatimizce varakanın mücerret memuriyet vazifesinin hini icrasında tanzim edilmiş olması kifayet etmez. Bir memur vazifesini icra ederken, bu vazife ile alâkadar olmıyan bir varaka tanzim edebilir. Asıl aranacak nokta, tanzim olunan

1) ERMAN, *Evrakta sahtekârlık suçlarında resmî evrak tâbiri* (SBO Dergisi, 1949, IV, 1-2, sah. 100 ve son., bilhâ, sah. 129).

2) Tafsilât için bk.: CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, C. IX, Firenze 1923, § 3750; CRIVELLARI-SUMAN, *Codice penale interpretato*, C. VII, Torino 1896, sah. 215, na. 71.

3) Bu târifler hakkında bk.: MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, C. VI, Torino, 1950, na. 2224; NAPODANO, *Faîsità in atti* (Suppl. Riv. Pen., C. IV, sah. 146 ve son.); NEGRI, *Dei reati contro la pubblica fede*, in COGLIOLO, *Trattato di diritto penale*, C. II, K. 1/A, Milano 1893, sah. 454.

4) Sakat varakalarda sahtekârlık hususunda bk.: ERMAN, *Evrakta sahtekârlık suçlarında «varaka» mefhumu* (HFM, 1949, XV, 1, sah. 167 ve son.).

5) Bu târif hakkında bk.: ZERBOGLIO, *Dei delitti contro l'ordine pubblico, la pubblica fede e la pubblica incolumità*, Milano, tarihsiz, sah. 272.

varaka ile memurun icra ettiği fonksyon arasında bir illiyet rabitasının bulunup bulunmadığıdır⁶. Şu suretle ki, varakanın tanzim sebebi, onu tanzim eden memurun vazifesinde mündemiç ise, yani o vazifeyi icra ettiği için ve etmesi hasebile memur mevzubahs vesikayı vücade getirmişse, resmî varaka vardır; aksi takdirde — yani varaka ile icra olunan vazifenin mahiyeti beyninde sözü geçen illiyet rabitası tesis olunamıyorsa — ortada hususî bir yazı mevcuttur.

Demek oluyor ki, bir varakaya «resmî» mahiyetini izafe edebilmek için, şu iki şartın bulunması iktiza eder : 1) varakanın bir memur tarafından tanzim edilmiş olması ve 2) bu tanzim keyfiyetile memurun icra ettiği fonksyon arasında bir illiyet rabitasının mevcut, yani varakanın icra olunan vazife muktezası tanzim edilmiş bulunması⁷.

Şimdi bu iki şartı ayrı ayrı inceleyelim.

1) *Varakanın bir memur tarafından tanzim edilmiş olması* : Bu şartın aydınlatılabilmesi için Ceza Kanununun tatbikatında kimlerin memur sayıldıklarını görmemiz icabeder. Ancak bu mevzudaki görüşümüzü evvelce arzetmiş olduğumuz cihetle, burada tekrarı zait telâkki ederek, bir âmme vazifesi gören, yani hukukî bir tasarruf veya fiilde bulunan veya böyle bir tasarruf yahut fiile âmme hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak eden her şahsın Ceza tatbikatında memur olduğu neticesini tekrarlamakla iktifa edelim⁸. Yalnız şurasını belirtelim ki, «kanunen mahkemeler ve resmî daireler huzurunda muteber sayılan evrakı tanzime mezun olan kimseler» de — yalnız evrakta sahtekârlık suçları bakımından — memur sayılırlar (m. 349/1).

6) MIRTO, *La falsità in atti*, 2. tabı, Roma 1946, sah. 98.

7) Bu itibarla GARRAUD'nun «fonksiyonları hasebile hareket eden ve sıfatları dolayısıyla yazılara resmîyet izafe eyleyen memurlar tarafından tanzim edilmiş olan yazılar» şeklindeki târifile (*Traité du droit pénal français*, C. IV, Paris 1922, no. 1410), İsviçre Ceza Kanununun 110uncu maddesinin 5inci bendindeki «bir merci, fonksyonu hasebile hareket eden bir yüksek memur, bu sıfatla hareket eden bir memur tarafından idrar olunan bilcümle evrak resmi evrak addolunur» mealindeki târifini verdiğimiz târifeye yakın bulmakla beraber, vazife ile varaka arasındaki zaruri illiyet rabitasını kâfi derecede belirtmemeleri yüzünden tatminkâr telâkki etmemekteyiz.

8) Bk.: ERMAN, *Ceza tatbikat ve tâkibatında memur* (SBO Dergisi, 1947, II, 3-4, sah. 235-276).

2) *Tanzim olunan varaka ile memurun icra ettiği vazife arasında sebebiyet alâkasının bulunması* : Ancak varakanın resmî varaka mahiyetini iktisab edebilmesi için, mücerret bir memur tarafından tanzim edilmiş olması kâfi gelmez; diğer bir tâbirle, bir memur tarafından tanzim edilen her vesika, resmî evraktan madût değildir. Bunun için başka bir şartın bulunmasına da lüzum vardır, o da memurun icra ettiği vazife ile tanzim olunan varaka arasında bir sebebiyet alâkasının mevcudiyetidir.

İzah edelim : resmî varaka mefhumu, biri şekli, diğeri maddî iki unsurdan tereküp eder; şekli unsur, varakanın resmî bir memur tarafından tanzim edilmiş olmasından, maddî unsur da memurun faaliyeti-
nin tezahürünü ifade etmesinden ibarettir. Fakat bu faaliyetin bir tezahürü demek olan varaka ile, varakanın sebebi tanzimi arasında zarurî bir münasebet bulunmalı, şu suretle ki, memur ifa ettiği fonksiyon sebebiyle ve bu fonksiyonun zarurî icabından olarak o varakayı tanzim etmiş olmalıdır⁹. Aksi takdirde, yani görülen vazife ile varakanın tanzimi arasında böyle zarurî bir alâka bulunmadığı ahvalde, bu keyfiyet memurun varakayı tanzim ederken kendi haiz olduğu salâhiyet ve iktidarı kullanmadığını, kanunen başka bir memura tanınmış olan yetkileri istimal eylediğini ifade eder. Bu gibi salâhiyet tecavüzü hallerinde memurun ifa ettiği faaliyetle varakanın tanzimi arasında hiç bir münasebet bulunmadığı, vesikanın bu faaliyet dolayısıyla ve sebebiyle tanzim edilmediği, yani bu faaliyetin varakaya resmîyet izafe eylemediği, netice itibarile resmî varaka tâbirinin maddî unsurunun gerçekleşmediği anlaşılır.

Nitekim bir İtalyan İstinaf Mahkemesine göre «resmî bir memuriyet-ten sâdir olan ve bu memuriyete ait bir muameleyi açığa vuran her varaka, ceza tatbikatında resmî varaka sayılır»¹⁰.

Yargıtayımızın da bu noktai nazarı kabul ettiği şu karardan anlaşılmalıdır : «... Ceza kanununda resmî evrakın târifi yapılmamış olup, ancak 339 uncu madde sarahatine nazaran resmî memurların vazifeleri icabı tanzim eylemiş oldukları evrakın resmî evraktan madût olacağı bedihî olmasına...»¹¹. Keza Birinci Ceza Dairesinden verilen 19/10/1946 gün ve 2138 esas sayılı kararda¹² da şöyle denilmektedir :

9) MIRTO, *loc. cit.*

10) Firenze Ist. Mahk., 8 Nisan 1918 (BRUNO, *Codice penale*, Firenze 1920, sah. 310, not 2).

11) CGK, 17/5/1942 - 49/48 (BAŞOL, *TCK nin evrakta sahtekârlık hükümleri hakkında bir tetkik*, İstanbul, 1944, sah. 23).

12) Son İctihatlar, III, 3, sah. 122.

«Hâdisenin mahiyeti Tünel ve Tramvay İdaresinin, bedeli işçiler tarafından tesviye edilmek suretile, ticarî bir müessese olan Yerli Mallar Pazarından işçiler namına mal alınmasına tavassut edilmesinden ibaret olmasına ve bu husus hakkında yazılan tezkere ve tanzim olunan liste âmme müessesesi olan İdarenin vazifei asliyesine tallük etmeyip, işçilerin şahsına muzaf bir muamele olması itibarile, hususî evraktan madûd bulunmasına ve tezkerenin müessese tarafından yazılmasına muamelenin mevzuu ve mahiyetine göre, mezkûr tezkereye resmiyet izafe edemeyeceğine mebni, sanığın hareketinin 345 inci maddeye uygun olup olmadığı düşünülmezsizin... karar verilmesi yolsuzdur».

Demek oluyor ki, Yargıtayın düşüncesine göre, varakaya resmiyet izafe eden cihet, onun bir âmme müessesesi (daha doğrusu bir memur) tarafından yazılmış olmasından ziyade, varakanın müessesenin (yani memurun) vazifei asliyesine taallük etmesi, varaka ile sözü geçen vazife arasında doğrudan doğruya bir illiyet münasebetinin bulunmasıdır¹³.

Şimdi, bir varakada bu iki şart bulununca, bu varaka «resmî evrak» tan madûd sayılır ve sözü geçen varaka *sahih* olur. Bu şartlar hakikatte bulunmadığı halde, mevcutmuş gibi gösterildiği takdirde ise, *sahte* bir resmîvaraka, yahut, resmî evrakta sahtekârlık mevzu bahis bulunur.

Ancak işbu sahtekârlık da, ya bir memur tarafından veya memur olmıyan bir kimse tarafından ika edilebilir.

Filhakika, bir kimse memur olduğu ve muayyen bir varakayı tanzime esas itibarile salâhiyettar bulunduğu halde, sahte bir varaka meydana getirebilir veya yine kendisinin *sahih* olarak meydana getirdiği böyle bir varakayı bilâhère tağyir edebilir. Bu takdirde memur tarafından resmî evrakta sahtekârlık vardır ve — tekrar edelim — bu nevi sahtekârlık varaka ile vazife arasında mevcut olan bir illiyet rabıtasına istinad etmekte, memur esasen *sahih* olarak tanzimine salâhiyettar olduğu bir varakayı sahte olarak meydana getirmektedir : İşte böyle bir vaziyettedir ki, kanunumuzun 339 ve 340 inci maddeleri tatbik edilebilecektir.

Yalnız şurasını belirtelim ki, 339 ve 340 inci maddelerdeki «memuriyetini icrada» ve «memuriyetini icra halinde» tâbirleri ile ifade edilen bu illiyet şartı bulunmadığı, yani bir memur tanzimine salâhiyettar olmadığı bir varakada fikri veya maddî sahtekârlık yaptığı takdirde, artık *memurun* resmî evrakta sahtekârlık icra ettiği ileri sürülemez : bu

13) ERMAN, s. g. evrakta sahtekârlık suçlarında resmî evrak tâbiri, sah.

vaziyette *memurdan gayri kimsenin* resmî evrakta sahtekârlık yapması mevzubahstır¹⁴ ve ancak 342 nci madde kabili tatbiktir¹⁵.

Demek oluyor ki, 342 nci maddede sözü geçen «*resmen memur olmıyan kimse*» tâbiri, yalnız 279 ve 349 uncu maddeler gereğince esasen memur olmıyan şahısları değil, fakat kendi vazifesinin dışında kalan resmî bir varakada sahtekârlık yapan bir memuru da ifade eder. Nitekim 1930 İtalyan Ceza Kanununun 342 nci maddemize tekabül eden 482 nci maddesi, her türlü tereddüde mâni olmak gayesile, «*hususî bir şahıs veya vazifesinin dışında bir memur*» ibaresini kullanmaktadır.

Bu telâkki tarzına jürisprüdans sahasında da yer verilmiş olduğunu müşahede etmekteyiz.

Ezcümle Fransız Yargıtayı 29 Haziran 1944 tarihli bir kararında¹⁶, «*faiil, âmme mercilerinin terhisi gereğince, sahtekârlık mevzuu olan hâdisenin hakikate uygunluğunu tasdik salâhiyetini haiz olduğuna göre, sahtekârlık fiili, vazifenin icrası sırasında vâki olmuş sayılmak lâzımdır*» diye içtihat etmiştir.

Mehaz kanunu tatbik ederken, İtalyan mahkemeleri de bu mülâhazalardan mülhem olmuşlardı. Meselâ Yargıtay 28 Ocak 1899 tarihli bir kararında¹⁷ şöyle demektedir : «*Bir varakaya resmî denebilmek için, bir memur tarafından tanzim edilmiş olması kifayet etmez; muhteva itibarile ve icra olunan fonksyona nisbetle salâhiyet dairesine girmesi de lâzım gelir... Şayet bir hayır müessesesi menfaatine açılmış hesabı cariden yalnız müdür tarafından imzalanan çekler vasıtasile para çekilebiliyorsa, bir çekte müdürün imzasını taklid eden müessese veznedarı, kendi vazifesinin icrasına dahil olmıyan bir sahtekârlık ika etmiş olur ve binnetice 275 (bizim 339) inci maddeye tevfikan değil, fakat 278 (bizim 342) inci maddeye tevfikan cezalandırılmak icab eder*». Trani İstinaf Mahkemesi de «*275 inci maddedeki suç, sahteliğin memur tarafından kendi vazifesinin icrası sırasında tanzim edeceği ve edebileceği evrakta taallük etmesi halinde manzur olur*» demiştir¹⁸.

14) MANZINI, *s. g. e.*, sah. 720, na. 2262, II; 1922 tabı na. 2002, I. b.

15) CIVOLI, in PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale*, C. VIII, Milano, 1909, sah. 79.

16) *Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation*, 1944, Cilt CXL, sah 241.

17) BATTISTA, in CONTI, *Giurisprudenza*, C. II, Milano 1916, sah. 551, na. 198 - 201.

18) Trani Ist. Mahk., 28 Kasım 1895 (BATTISTA, in CONTI, *s. g. e.*, sah. 558, na. 321.

Aynı kıstas İtalyan Yargıtayınca 1930 Ceza Kanunundan sonra da bu mevzuda esas ittihaz edilmiştir. Ezcümle 22 Mayıs 1936 tarihli bir kararda şöyle denilmektedir¹⁹ : «Şüphe yoktur ki, Ceza Kanununun tatbikatında bir memur tarafından kendi vazifesinin icrası sırasında tanzim olunan evrak, resmî evraktan madüttür ve hacizde bulunan adli memurca tanzim olunan zabıt varakası resmî evraktır, çünkü kanunun kendisine tanıdığı salâhiyet çevresi dahilinde bizzat memur tarafından icra olunan muameleleri tevsik etmektedir».

Yargıtayımızın da bu esası kabul eylediğini söyleyebiliriz. Gerçekten Yüksek Mahkeme, 6/2/1936 tarihli bir kararında²⁰, şöyle demektedir : «Suçlunun para alıp makbuz doldurmağa memur olmamasına göre, başkaları namına yatırdığı para üzerine vezneden aldığı makbuz üzerinde tahrifat yapması kendisine para verenleri dolandırmak kasdile işlenmiş bir suç olmayıp ta, 339 uncu maddedeki suç unsurunun kabul edilmiş olması yolsuzdur». Esas hakkında isabet olup olmadığı meselesinden kat'annazar, fikrimizce bu karar memur tarafından resmî evrakta sahtekârlık suçunun işlenebilmesi için, failin kendi vazifesinin çevresi içine giren bir varakada sahtekârlık yapması lüzumunu ifade etmektedir. Filhakika, kararın mefhumu muhalifinden anlaşıldığı veçhile, fail «para alıp makbuz doldurmağa memur» (yani salâhiyetli) olsa idi, vazifesi cümlesinden olmak üzere bizzat tanzim edebileceği makbuzda yapacağı sahtekârlık 339 uncu maddeye tevfi kan cezalandırılabilirdi.

Bununla beraber, vazifesi dışında hareket eden memur, sahtekârlığın ikai hususunda vazifesine ait kuvvet ve vasıtaları kullanmışsa, 281 inci madde gereğince cezasının arttırılması muktazidir.

Bütün bu mülâhazalardan sonra, asıl mevzuumuza avdet edelim.

Bir kere, hâdisede, fail kendisinin mutemed tayin edildiğine dair olan mektubu tanzime salâhiyetli değildir : bunun böyle olduğu, mektubun altına kendi imzasını değil, fakat başmüdür muavininin imzasını vazetmesinden anlaşılmaktadır. Şu halde, fail esasta memur ise de, kendi vazifesi dahilinde olan bir varakada sahtekârlık yapmadığı cihetle, 339 ve 340 inci maddelerin tatbiki düşünülemez.

Ancak, tanzim edilen varaka ile bu varakayı tanzim etmiş gibi gösterilen başmüdür muavininin vazifesi arasında, yukarda sözü geçen illiyet rabıtası mevcuttur : filhakika hem başmüdür muavini, Dairesinin bir memurunu mutemed olarak tayine salâhiyettardır, hem de bu mutemed

19) *Annali di Diritto e procedura Penale*, 1936, sah. 70.

20) I CD., 6/2/1936; 558/190 (KÖSEOĞLU, *TCR*, 1944, sah. 345).

tayini işi, yukarda zikredilen Birinci Ceza Dairesinin 19/10/1946 gün ve 2138 esas sayılı kararında olduğu veçhile, memurlar namına mal alınmasına tavassut gibi Dairenin vazifei asliyesine teferru etmiyen bir cihete değil, tahlil etmekte olduğumuz kararda belirtildiği üzere *daire ihtiyacı için* bazı eşya satın almak maksadına müstenittir.

Demek oluyor ki, Sümerbank İplik Dokuma Müessesesine hitaben yazılan mektup, bunu tanzime salâhiyettar bir memur tarafından yazılmış zannını vermekte olduğu gibi, o memurun vazifesi sebebiyle tanzim edilmiş olduğu zehabını da vermekte, binnetice bir varakanın resmî evraktan madût olması için vücudu gereken her iki şartı haizmiş gibi görünmektedir.

Bu itibarla hâdisede resmî evrakta sahtekârlık vardır, ve bu sebeple Birinci Ceza Dairesinin kararı yerindedir, fakat bu sahtekârlık bir *memur* tarafından ika edilmiş olmadığı cihetle, 339 ve 340 nci maddeler değil, ancak 342 nci maddenin tatbiki muktazidir.

Sözü geçen varakanın sahte olarak tanzimi sırasında iptal edilmiş daire mühürünün istimaline gelince, kararda bu nokta üzerinde durulmuş değildir.

Evveleminde, şurasını tespit edelim ki, Ceza Kanunumuzun altıncı, bâbının «Devlete ait mühürler ve damgalarla sair alâmetlerde sahtekârlık» başlığını taşıyan ikinci faslında korunan mühürler, halen vazife gören Türk mercilerine ait mühürlerdir, zira ancak bunların istimalidir ki, tasdik veya tevsik muameleleri hakkında âmmece beslenen itimadı sarsabilir²¹.

Hâdisede kullanılan mühürler — iptal edilmiş bulunmakla beraber — halen faaliyette olan bir Türk merciine ait bulunmak itibarile, sözü geçen faslın taklit veya tağyirini yahut kötüye kullanılmasını menettiği mühürlerden madûttur.

Ancak, bu mühür sahte olmadığı cihetle, ortaya çıkan suç şekli, 336 nci maddede derpiş olunan «hakikî mühürleri veya tasdik ve tevsike mahsus âletleri kötüye kullanma» suçudur.

Şimdi, şayet hâdisede kullanılan mühürün kâğıt üzerinde bıraktığı iz, işbu mühürün iptal edilmiş olması hasebile, her türlü iğfal kabiliyetini ref'edecek mahiyette ise, o zaman kullanılan vasıta âmmenin itimadını sarsmağa mutlak surette elverişli olmadığı cihetle, suç teşekkül etmez.

21) ERMAN, *Devlete ait mühürler ve damgalarla sair alâmetlerde sahtekârlık* (İst. Baro Der., 1949, IX, sah., 517 ve son.).

Buna mukabil, sözü geçen mühür, iptal edilmiş olmasına rağmen, iptal edilmemiş mühürlere müşabih ve iğfal kabiliyetini haiz bir eser bırakmakta ise, 336 ncı maddedeki suçun tahakkuk edeceği şüphesiz ise de, bir kimsenin evrakta sahtekârlık suçunu işlemek maksadile, hem tamamen veya kısmen sahte bir varaka meydana getirmesi, hem de 336 ncı maddedeki suç işleme halinde, ne gibi bir hükmün terettüp edeceği meselesi, halledilmek iktiza eder.

Bir kere, böyle bir vaziyette, fikrî içtima kaideleri tatbik edilemez. Filhakika, fikrî içtimanın mevzuahs olabilmesi için, tek fiilin, yani tek neticenin mevcut olması lâzım gelir²²; halbuki hâdisede biri tamamen veya kısmen sahte bir resmî varaka tanzim etmek neticesi veya fiili, diğeri de hakikî bir mühürü kötüye kullanma neticesi veya fiili mevcuttur ve bu itibarla fail kanunun iki maddesini ihlâl eden iki fiil icra etmiştir²³.

Hâdisede mürekkep suç vaziyeti de derpiş olunamaz; filhakika, resmî evrakta sahtekârlıkta bulunmak için, yazılarda sahtekârlıktan maada, bir mühürün kötüye kullanılması lâzım gelse, diğeri bir tâbirle, sözü geçen mühür varakanın mütemmim cüzünü teşkil etse dahi, varakanın vücudunu istilzam ettiği mühür, hakikî ve onu istimale salâhiyettar bir kimse tarafından kullanılan mühürdür²⁴, yoksa sahte veya kötüye kullanılan bir mühürün resmî evrakın mütemmim cüzü olduğunu beyana imkân yoktur. Kaldı ki, resmî bir varakanın vücade gelmesi için bir mühür taşımasına zaruret de yoktur : resmî varakanın mevcudiyeti için mühür taşıması zarurî olmadığı gibi, işbu mühürde sahtekârlık yapmadan da resmî evrakta sahtekârlıkta bulunmak mümkündür.

Bu itibarla, mühürlerde sahtekârlıkta bulunulması veya bertakrip ele geçirilen hakikî bir mührün kötüye kullanılması, resmî evrakta sahtekârlık suçunun unsurunu teşkil etmez ve binnetice ortada mürekkep suç vaziyeti manzur olamaz.

Şu halde bu iki suç arasında, hakikî içtima kaidelerinin tatbiki iktiza eder. Nitekim, İtalyan Yargıtayı «fırın işçilerine mahsus hüviyet varakasının sahte olarak tanzimi ile, işbulma kurumuna ait hakikî mühürlerin

22) KUNTER, *Fikrî içtima sebepleri suçların birleştirilmesi* (HFM, XIV, 1-2, 319); ERMAN, *Adam öldürme - İnhiraf - Taammüdün intikali - Fikrî içtima* (HFM, XVI, 1-2).

23) MANZINI, *s. g. e.*, sah. 562, na. 2198.

24) MANZINI, *s. g. e.*, sah. 548, na. 2184, IV.

bu varakaya vazı suretile kötüyeye kullanılması, iki ayrı suç teşkil ederler ve bunlar arasında hakiki içtima kaideleri tatbik olunur»²⁵ diye içtihat eylemiştir.

Netice itibarile, hâdisede mevzubahs fiili — 339 ve 342 nci maddelerden hangisinin tatbik edileceğini tasrih etmemekle beraber — resmî evrakta sahtekârlık addeden Birinci Ceza Dairesinin kararına iştirak etmekte isek te, hakiki mühürlerin kötüyeye kullanılması fiili üzerinde durulmamış olmasını bir nakise telâkki ettiğimizi belirtmek isteriz.

S. E.



**Hakaret — Karşılıklı tahkir — Teşriî masuniyetin
hukukî mahiyeti ve şumulü**

T.C.

YARGITAY

DORDÜNCÜ CEZA DAİRESİ

Tarih : 22/6/1950

Esas No. : 2818

Karar No. : 7902

Rize Milletvekili Fahri Kurtulus'a nesren hakaret etmekten sanık Cumhuriyet gazetesi sahip ve başmuharriri Nadir Nadi, Yazı İşleri Müdürü Mehmed Cevad Başkut, Mekki Sait, Doğan Nadi'nin yapılan yargılama sonunda CTK.nun 482/son, 273, 80, 485/1, 95 ve 89 uncu maddeleri gereğince birer ay onar gün hapis ve 45'er lira 30 ar kurus ağır para cezaları ile mahkûmiyetlerine ve Mekki'nin cezasının ertelenmesine ve diğerlerinin ertelenmiş cezalarının ayrıca infazına ve hükmün Cumhuriyet gazetesinde neşrine dair İstanbul 7 nci Asliye Ceza Yargıçlığından verilen 10/1/1950 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi sanıklar ile müdahil tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı onama isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü :

1 — Haddi zatında suç mahiyetinde bulunduğu hükümde kabul edilen sözlerin Meclis kürsüsünde söylenilmesi sebebiyle Anayasanın 17 nci maddesince ceza sorumluluğundan müstesna olmasının bunların hakaret mahiyetini kaldıramıyacağı ve 485 inci maddenin 2 nci fıkrasının uygulanması için karşılık hakaretin tâkip ve dâva konusu olmasının şart bulunmadığı ve bundan maada Meclis kürsüsüne münhasır olan Anayasanın 17 nci maddesindeki istisna ve muafiyetin Meclis dışında kalan

25) İt. Ygt., 18 Şubat 1941 (MANZINI, s. 9. s., sah. 562, not 31).

parti grupuna şamil olamayacağı gözetilmeden 485 inci maddenin 2 nci fıkrası yerine 1 inci fıkrasına gidilmesi, bozmayı gereklendirmiş ve itirazlar bu bakımdan yerinde görülmesi olduğundan onama isteminin reddile hükmün bozulmasına oybirliğiyle karar verildi. (*)

Metnini yukarıya naklettiğimiz karar, hakaret suçunda karşılıklı tahkir müessesesinin esasına ve teşrii masuniyetin hukuki mahiyetile şumulüne taallük etmesi itibarile gayet ehemmiyetli olduğu gibi, memleketimizde ilk defa olarak karara bağlanan bir hâdiseye mütedair bulunması bakımından da ayrıca calibi dikkattir.

Hâdisede Milletvekili olan müdahil, bir gazete sahip ve başmuharriri ile diğer muharrirlerine Parti Meclis Grupunda ve Büyük Millet Meclisi Umumî Heyetinde hakaret etmiş, gazete sahip ve başmuharriri ile diğer yazarları da gazetelerinde cevap vererek, bilmukabele ve neşren hakarete bulunmuşlardı.

Milletvekilinin şikâyeti üzerine dāvaya elkoyan İstanbul 7 nci Asliye Ceza Mahkemesi, gazete sahip ve başmuharriri ile yazı işleri müdürünü ve diğer muharrirleri Ceza Kanununun 485 inci maddesinin 1 numaralı fıkrasına müsteniden mahkûm etmişti.

Bu fıkranın mahkemece tatbik edilmesinden de anlaşıldığı veçhile, asliye mahkemesi milletvekilinin ilk olarak Mecliste ve Parti Grupunda, gazetecilere hakaret etmesini *haksız* telâkki etmiş, fakat gazetecilerin cevabı ile vâki tahkir arasında nisbet görmediği cihetle (nitekim 80 inci maddenin tatbiki gazetede neşriyatın tevali etmiş olduğunu anlatmaktadır) cezayı indirmekle iktifa eylemiştir.

Buna mukabil Yargıtay, teşrii masuniyetin sadece ceza sorumluluğunu kaldırıp, sarfedilen sözlerin hakaret mahiyetini bertaraf edemeyeceği mülâhazasile, 485 inci maddenin 2 nci fıkrasının tatbiki gerektiği gibi, Parti Grupunda söylenen sözler hakkında mutlak teşrii masuniyetin mevzubahs olamayacağı esbabı mucibesile, hükmü ittifakla bozmuştur.

Hâdiseyi bu şekilde telhis ettikten sonra, memleketimizde kazâi emsali bulunmayan bu kararın hallettiği muhtelif meseleleri ayrı ayrı inceleyelim.

Birinci Mesele : Mutlak teşrii masuniyetin hukuki mahiyeti.

Malûm olduğu veçhile, mutlak teşrii masuniyet dolayısıyla, bir milletvekili ne Meclis içindeki oy, düşünce ve demeçlerinden, ne de Meclisteki oy,

(*) Son İctihatlar, 1 Eylül 1950, VII, V, 32, 1103.

düşünce ve demeçlerini Meclis dışında söylemek ve açığa vurmaktar sorumlu değildir (Anayasa, m. 17) ve bu mesuliyetsizlik «teşrii vazifenin istilzam ettiği tabii bir kaidedir»¹.

Bu böyle olmakla beraber, mutlak teşrii masuniyetin hukukî mahiyeti bir hayli münakaşalara yol açmış olan bir cihettir.

Filhakika bazı müellifler masuniyetin, milletvekilini kanuna riayet mecburiyetinden vareste kıldığını iddia etmiş², diğer bazıları masuniyetin suçtaki «hukuka aykırılık» unsurunu kaldırıldığını ve binnetice milletvekilinin işlediği fiilin haksız sayılamıyacağını ileri sürmüş³, hattâ Alman İmparatorluk Mahkemesi, Yargıtayımızın halline davet olunduğu hâdiseye müşabih bir vaziyette, bu son noktai nazarı terviç eylemiştir⁴.

Buna mukabil, bizim de iştirak ettiğimiz bir noktai nazara göre, mutlak teşrii masuniyet suçun hukuka aykırılık unsurunu kaldırmayıp, sadece cezalandırılabilme unsurunu bertaraf eder⁵.

Bu kanaatte olan müelliflerden Bettiol, telâkkisini şu şekilde izah etmektedir :

«Masuniyet hallerini Ceza Kanununa tâbi olmak mecburiyetinin birer istisnası addetmek, bu «îmtiyazlı» eşhasın işgal ettikleri mevki ve icra eyledikleri vazifeden inbias eden zaruretlerin dışına çıkmak olur. Bu zaruretler, modern Devlette, mevkileri ve icra ettikleri vazifeler nazara alınmaksızın, bilâistisna bütün fertleri ihata eden hukukî ve cezaî esaslardan bu gibi şahısların muaf sayılmaları gibi sun'î bir çareye başvurmağa lüzum olmaksızın da temin edilebilir. Şayet hakikaten bu gibi kimselerin kanunlarla bağlı olmadıkları mevzubahs olsa idi, bunlara karşı meşru müdafaa tecviz olunmamak iktiza ederdi, çünkü yaptıkları hareketleri cezaen tavsif imkânsızlığı karşısında, bu hareketlerin «haksız» bir tecavüz teşkil etmeleri asla mümkün olmazdı. Bundan başka, aksı halde, masuniyetten istifade eden bir kimsenin fiiline başkalarının iştiraki de

1) TANER, *Ceza Hukuku*, İstanbul, 1949, sah. 208.

2) Bu müellifler için bk.: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano 1949, sah. 76.

3) ALTAVILLA, *Delitti contro la persona ecc.*, in FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, 4. tabı, Milano 1935, na. 508.

4) Alman Imp. Mah., 5 Mart 1881 (BERNER, *Trattato di diritto penale* (Terc. BERTOLA), 2. tabı, Milano 1892, sah. 388, not 1.

5) Aynı kanaatte: ANTOLISEI, *s. g. e.*, sah. 76; SABATINI, *Instituzioni di diritto penale*, Umumî Kısım, C. I. Catania, 1946, sah. 166; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, C. I, Milano 1947, sah. 370.

teviz edilemezdi, çünkü iştirak daima talî bir mahiyet arzeder ve asli fail tarafından hukuka aykırı bir fiilin ika edilmiş bulunmasını tazammun eyler. Ceza normunda iki unsur vardır; bunlardan biri kaide diğeri müeyyidedir; şu halde ceza normu iki emri ihtiva eder: biri zarar verici muayyen bir hareketten tevakkî etmesi için ferde, diğeri ise müeyyideyi tatbik etmesi için hâkime müteveccihdir. Bu itibarla, sözü geçen masuniyet, normun kaidevî unsurunun müessiriyet ve mer'iyetine tesir etmez, bu unsur anlamak ve istemek kabiliyetini haiz olup, hukuk nizamı dahilinde yaşayan bütün fertlere bilâistisna şamildir; masuniyet yalnız müeyyide unsuruna taallük eder, tatbik edilemeyen şey bu müeyyidedir, çünkü cezaî normun ceza müeyyidesini tatbik etmeleri için hâkimlere müteveccih olan ikinci emri mefkuttur. Binnetice mevzubahs masuniyet, cezadan muafiyeti icabettiren şahsî bir sebepten ibarettir»⁶.

Keza değerli meslekdaşımız Doçent Dr. Nurullah Kunter de, mutlak teşriî masuniyetin yalnız cezalandırılabilme unsurunu kaldırdığını ve fiilin hukuka aykırı olmakta devam ettiğini kabul etmekte ve meselâ mutlak teşriî masuniyeti dolayısıyla cezalandırılmıyan bir fiili işleyen milletvekili hakkında İctüzük hükümleri gereğince disiplin cezasının verilebileceğini söylemektedir⁷.

Filhakika İctüzüğün 187 nci maddesi «arkadaşlarından birine yahut birkaçına hakarete veya sözle tehditte bulunmak» fiilini «kınama» cezasını gerektiren bir hal olarak kabul ettiği gibi, «kişi özlüğü ile uğraşma» yı da «uyarma» cezasını müstelzim bir fiil addetmiştir (m. 183, 184); bir kimseye hakaret etmek veya sövmek te onun şahsiyeti ile uğraşmak demektir.

Demek oluyor ki, mutlak teşriî masuniyetten istifade eden milletvekilinin Meclis içinde (ki bu tâbirden neyin maksut olduğunu ilerde inceleyeceğiz) bir arkadaşına yahut mebus olmıyan bir kimseye karşı yaptığı hakaret veya sövme, cezalandırılabilme unsurunun ademi mevcudiyeti dolayısıyla suç teşkil etmezse de, hukuka aykırı yani haksız olmak vasfını muhafaza eder. Hattâ kanunumuzun 485 inci maddesinin ikinci fıkrasının metni dahi bu noktai nazarı ayrıca teyid ve takviye etmektedir.

Gerçekten fıkrada «iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa» denmekte olup, hakaret veya sövme sözleri kullanılmamıştır. Açıktır ki, bir fiile «hakaret» veya «sövme» denilebilmek için, bütün unsurların ve bu meyanda cezalandırılabilme unsurunun mevcut olması iktiza eder. İşte kanun bu unsurlardan biri mevcut olmasa ve binnetice

6) BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo 1945, sah. 108 - 109.

7) KUNTER, *Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949, sah. 230.

hakaretâmiz söz veya yazı teknik mânada hakaret veya sövme adını iktisab etmese bile, karşılıklı tahkire müsaade etmiştir. Binanealeyh, cezalandırılabilme unsurunu kaldıran mutlak teşriî masuniyet, milletvekilinin yaptığı fiile hakaret veya sövme denilmesine mâni olursa da, bunun bir *tahkir* sayılmasına ve 485 inci maddenin 2 nci fıkrasının tatbiğine engel olamaz. Nitekim Yargıtayımız da «485 inci maddenin 2 nci fıkrasında, kanunen suç teşkil eden hakaret denilmemesine ve mağdurun sabit olup ancak ihtilât unsuru bulunmadığından suç sayılmayan sözlerinin de hakaret (tahkir denilse idi daha doğru olurdu) teşkil etmesine göre, bazı mütalâalar serdile o fıkra yerine birinci fıkranın uygulanmasında isabet» olmadığına karar vermiştir⁸.

Keza bir İtalyan mahkemesi de, mümasil bir hâdisede şöyle içtihat etmiştir : «Anayasanın 51 inci maddesindeki imtiyaz (ki mutlak teşriî masuniyetten ibarettir), Parlâmento âzasının nutukları hakkında, bunlar başkasının şerefini ihlâl etseler bile, her türlü adli tâkibatın yapılmamasını icabettirir, fakat tecavüze maruz kalan vatandaş hakaretâmiz isnatları reddetmek ve âmme efkârı muvacehesinde vâki bu ithamı yine efkârı umumiye huzurunda cerhetmekten menedemez. Tahkir kasdı ve binnetice suç, hakarete bulunan kimsenin meşru müdafaa maksadile ve maruz kaldığı tahkiri cerh gayesile hareket ettiğinin isbat olunması halinde mevzubahs olamaz»⁹. Nitekim, tahlil ettiğimiz Yargıtay kararının verilmesine sebep olan hâdisede İstanbul 7 nci Asliye Ceza Mahkemesi de «Anayasanın 17 nci maddesi (Milletvekili sorumsuzdur) derken, müdafaa hakkını takyid eden hüküm ve zabıtalara koymamıştır. Milletvekilinin hak ve vazife icaplarına uygun hareketleri, sorumluluğu davet etmediği gibi, haksızlık vasfını da taşımaz ve bu itibarla milletvekilinin iz'acına, haysiyetinin sarsılmasına ve her şeyin üstünde olan büyük vazifesinin aksamasına da meydan vermez. Müdahil Cumhuriyet gazetesinin tenkitlerine İçtüzük hükümlerine uymıyan şekilde ve hakaret ifade eder tarzda cevap vermese idi de, gazete ve muharrirlerinin bir yolsuzluğunu ileri sürse idi,

8) IV CD., 8/11/1945 - 9947/11228, (KÖSEOĞLU, *Hasıyeli Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 1950, sah. 595).

9) Verona Bld. Mahk., 4 Temmuz 1911 (MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, C. VIII, Torino 1922, sah. 278, not 4): hâdisede Pozzato adlı bir milletvekili, hâkim Ronca'ya Meclis kürsüsünden hakaret etmiş, Ronca da ona gazete makaleleriyle cevap vermiş ve Pozzato'nun şikâyeti üzerine açılan dâvada Ronca'yı bizzat Manzini müdafaa etmişti.

vazifesini yapmış olurdu ve bu fiilinde haksızlık aranmazdı» demiştir¹⁰. Bu sözlerin mefhumu muhalifinden anlaşıldığı veçhile, vazife hududunu aşan ve İctüzük hükümlerince disiplin cezasını gerektiren bir tarzda hareket eden milletvekilinin fiili hukuka aykırıdır, diğer bir tâbirle 485 inci maddenin 2 nci fıkrasındaki «haksız tahkir» i meydana getirir. İlâve edelim ki, fiilin hukuka aykırı olabilmesi için, hukuk nizamınca teviz edilmemiş olması kâfi olup, bilfarz milletvekili hakkında İctüzük hükümlerinin tatbikile bilfiil disiplin cezasının verilmiş olması şart değildir¹¹.

Demek oluyor ki, milletvekilinin işlediği fiil «haksız» olmak vasfını muhafaza etmekte, ancak mutlak teşriî masuniyet cezalandırılabilme unsurunu kaldırdığı cihetle, bu haksız hareketinden dolayı kendisinin cezalandırılması mümkün bulunmamaktadır.

Nitekim Dördüncü Ceza Dairesi de, hâdisemizde, aynı noktai nazarı benimsemiştir. Filhakika sözü geçen Daire, «haddi zatında suç olan sözlerin Meclis kürsüsünde söylenilmesi halinde, milletvekilinin ceza sorumluluğundan müstesna» olduğunu ve fakat işbu keyfiyetin bu sözlerdeki «hakaret mahiyetini» kaldıramıyacağını beyan eylemektedir. Diğer bir tâbirle, mutlak teşriî masuniyet sadece cezaî mesuliyete — yahut, çok daha yerinde bir deyişle, suçun cezalandırılabilme unsuruna — tesir etmekte, yoksa fiilin suç olma mahiyetini — yahut, yine çok daha yerinde bir tâbirle, suçun hukuka aykırılık unsurunu — kaldırmamaktadır.

Mutlak teşriî masuniyetin mahiyeti hakkında cereyan eden bu nazari münakaşaların tatbikî kıymeti çok büyüktür : 485 inci maddenin birinci ve ikinci bentleri gereğince, hakaret eden kimsenin cezasının tahfif veya iskatı için, tahkire sebebiyet veren yahut ilk olarak hakarete bulunan şahsın bu fiilinin «haksız» olması şarttır¹²: imdi mutlak teşriî masuniyet, hukuka aykırılık unsurunu kaldırarak olursa, milletvekilinin fiili de haksız olamayacağı cihetle, onun tahkiri üzerine hakarete bulunan kimsenin cezasını ne indirmeğe ne de kaldırmağa imkân bulunamayacaktır. Buna mukabil, mutlak teşriî masuniyetin hukuka aykırılığı kaldırmayıp, cezalandırılabilmeye tesir ettiği kabul edilirse, 485 inci maddenin 1 veya 2 nci bentlerinin tatbiki de mümkün olacaktır.

10) 10/1/1950 - 950/1 (ERMAN, *Hakaret ve sövme cürümleri*, İstanbul, 1950., sah. 226).

11) ERMAN, *s. g. e.*, sah. 226 - 227.

12) ERMAN, *s. g. e.*, sah. 222 ve 234.

İşte Dördüncü Ceza Dairesi, bu son noktai nazarı terviç hususunda İstanbul 7 nci Asliye Ceza Mahkemesinin kararına iştirak etmek suretile, fikrimizce, hakikaten takdire değer bir karar vermiş ve en salim nazarı esaslara bağlanmıştır.

İkinci Mesele : Mutlak Teşrii Masuniyetin Şümüli.

Malûm olduğu veçhile, Anayasanın 17 nci maddesi, milletvekilinin *Meclis içindeki* oy, düşünce ve demeçlerinden ve bunların Meclis dışında tekrarlanmasından mesul olmayacağını tespit etmekle beraber, bu «Meclis içinde» kaydından ne anlaşılacak lâzım geldiğini belirtmemiştir.

Doktrinde bu tâbirle Umumi Heyetle Komisyonların kastedildiği ileri sürülmekte¹³⁾, Dördüncü Ceza Dairesi de, tahlil etmekte olduğumuz kararında, «Meclis içinde» ibaresinin, «Meclis kürsüsü» ne münhasır olduğunu ve sadece milletvekillerinden mürekkep Parti Gruplarının Meclis dışında kaldıklarını söylemektedir.

Halbuki, İctüzüğün 18/6/1947 tarihinde tâdil edilen 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası Parti Meclis Gruplarını «Büyük Millet Meclisi içinde, onun çalışmalarile ilgili çalışmalar yapan birer teşekkül» addetmiştir. Bu hüküm doğru veya yanlış olabilir; fakat hakikat şudur ki, bu hüküm mevcut oldukça, Parti Meclis Gruplarının «Meclis dışında» sayılmalarına imkân yoktur : İctüzük, bir kanun olmamakla beraber, «Meclisin iç hayatında onu teşkil eden üyeler ve doğrudan doğruya bu Meclise tâbi olanlar için bir *kanun vasfını haizdir*»¹⁴⁾. Bu böyle olunca, İctüzüğün bir hukuk kaidesi olduğu ve bu hukuk kaidesinin Parti Meclis Gruplarını Meclisin içinde addetmek suretile, Anayasanın 17 nci maddesindeki mutlak teşrii masuniyetin sözü geçen Gruplarda izhar edilen oy, düşünce ve demeçler hakkında da cari olmasını, yani milletvekilinin bu Gruplardaki faaliyetinden de mesul tutulmamasını iltizam eylemiş bulunduğu kendiliğinden anlaşılmaktadır.

Bu sebepler dolayısıyledir ki, Dördüncü Ceza Dairesinin buna muhalif olarak, Parti Meclis Gruplarını Meclis dışında addeden noktai nazarını, bir hukuk kaidesi olan İctüzüğün muaddel 22 nci maddesine mugayir telâkki etmekteyiz.

13) TANER, *s. g. e.*, sah. 208.

14) MICELI, *Modern Parlamentolar* (Çev. AKGÜÇ), Ankara, 1946, sah. 54.

Üçüncü Mesele : Karşılıklı tahkir sebebine istinad için, ilk tahkir eden aleyhine dâva ikamesinin şart olup olmadığı.

Dördüncü Ceza Dairesi bu mevzuda «485 inci maddenin 2 nci fıkrasının uygulanması için karşılık hakaretin tâkip ve dâva konusu olmasının şart bulunmadığı» nı beyan etmektedir.

Şurasını belirtelim ki, mehzaz kanunun tatbikinde, bu hususta, tereddüt edilmişti¹⁵. Buna mukabil doktrin sahasında böyle bir şartın aranmak lâzım gelmediği fikri hâkim bulunmakta idi¹⁶. Keza Alman İmparatorluk Ceza Kanunu (§ 198) ile yeni İtalyan Ceza Kanunu da (m. 599/3), mukabil dâva açılmadığı takdirde dahi karşılıklı tahkir hükümlerinin tatbik edilebileceğini tespit eylemiştir. Yargıtayımız da «485 inci maddenin ikinci fıkrasının tatbiki, mukabil dâva açılmasına bağlı değildir»¹⁷ demek suretile, bu son görüşe taraftar olmuştur. Keza İstanbul 7 nci Asliye Ceza Mahkemesi de, tahlil ettiğimiz kararla bozulan hükmünde, «kanunumuzun yazılış tarzına göre hakaretlerin mütekabil olduğunu kabul için her iki hakaretin mahkemeye aksettirilmiş olmasına lüzum ve zaruret yoktur»¹⁸ demek suretile, aynı telâkkiyi benimsemiştir.

Biz de bu noktâi nazara iştirak etmekteyiz : filhakika kanun sadece tahkirlerin karşılıklı olmasını şart koşmuş, yoksa dâvaların da mütekabil olmalarını iltizam etmemiştir : bu itibarla böyle bir kayıt koymak, evveleminde, kanuna muhalif olur¹⁹. Sonra bir kimsenin dâvacı sıfatile ileri sürebileceği bir talebi, def'an dermeyan edememesi usul hukukunun umumî sistemine mugayir olur²⁰. Bu itibarla mutlak teşriî masuniyet

15) *Dâva şartı lehinde* : İt. Ygt., 25 Nisan 1915 (BRUNO, *Codice Penale*, Firenze 1920, sah. 576, not 2); 8 Nisan 1913 (CIRUZZI e BATTISTA, in CONTI, *Giurisprudenza*, C. III, Milano, 1923, sah. 468, na. 42); *aleyhinde* : 16 Şubat 1921, (MANZINI, *s. g. e.*, sah. 476, not 3).

16) CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, C. III, Firenze 1923, § 1841; MANZINI, *s. g. e.*, sah. 476; ALIMENA, in PESSINA, *Enciclopedia*, C. IX Milano 1909, sah. 947.

17) Ygt. CGK., 17/11/1941 (EREM, *Gerekeçli Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 1948, sah. 483, not 3).

18) Yukarda not 10 da zikredilen karar.

19) MANZINI, *loc. cit.*; İt. Ygt., 16 Şubat 1921 (SALTELLI e ROMANO-DI FALCO, *Commento*, 2. tabı, C. IV, Torino 1940, na. 1213).

20) CARRARA, *loc. cit.*

dolayısıyla aleyhine dâva açılmayan bir mebusa karşı da, dâvalı taraf karşılıklı tahkir def'ini dermeyan edebilir²¹.

Dördüncü Mesele : Karşılıklı tahkirin kabulü için, mütekabil tahkirler arasında bir muadeletin bulunmasının şart olup olmadığı.

Tahlil etmekte olduğumuz karar bu meseleyi doğrudan doğruya ve sarahaten halletmemektedir. Ancak — yukarda da işaret ettiğimiz veçhile — asliye mahkemesi, 485 inci maddenin birinci fıkrasıyla birlikte, 80 inci maddeyi de tatbik etmekle, mukabil tahkirlerin tevali etmiş olmalarını nazara almış ve karşılıklı tahkirler arasında adet ve vahamet bakımından bir muadelet olmadığı içindir ki, 485 inci maddenin 2 nci fıkrasını tatbik etmemiştir. Halbuki Dördüncü Ceza Dairesi, böyle bir muadeletin bulunmaması halinde de 485 inci maddenin 2 nci fıkrasının tatbiki gerektiğini ifade etmek ve hükmü bozmak suretile, karşılıklı tahkir müessesesinin mevcudiyeti için mütekabil hakaretler arasında adet veya vahamet itibarile bir mümaseletin bulunmasına lüzum olmadığını da ifade etmiş olmaktadır.

485 inci maddenin 2 nci fıkrasının tatbiki için, karşılıklı tahkirler arasında muadelet bulunmasının lâzım gelip gelmediğini tespit edebilmek için, karşılıklı tahkir müessesesinin hukuki mahiyetini aydınlatmak iktiza eder.

Bir fikre göre, bu müessese medeni hukukta ve Roma ceza hukukunda hususî suçlar hakkında cari olan «takas» nazariyesinin ceza hukukuna tatbik edilmesinden başka bir şey değildir²². İşaret edelim ki, nazır Zanardelli, mehz kanununun 1887 tarihli Tasarısı hakkındaki esbabı mucibe lâyihasında bu noktai nazara istinad etmişti²³.

Diğer bir telâkkiye göre ise, karşılıklı tahkir müessesesinin takas nazariyesile izahı doğru olmaz. Bir kere «takas olabilmek ve ceza vermek için, tecavüz ile müdafaa arasında tam bir muadelet aramak icab edecektir»²⁴; halbuki kanun karşılıklı tahkirler arasında adet ve vahamet bakımından bir muadeleti iltizam etmiş değildir²⁵. Zira, aksi takdirde,

21) ERMAN, s. g. e., sah. 229.

22) ALTAVILLA, in FLORIAN, s. g. e., na. 501, ALIMENA, in PESSINA, s. g. e., na. 485.

23) MANZINI, s. g. e., sah. 468, not 5.

24) TANER, s. g. e., sah. 404.

25) SALTELLI e ROMANO - DI FALCO, s. g. e., sah. 344, na. 1213, MANZINI, s. g. e., sah. 469.

iki hakaretâmiz söze, hiddetine kapılarak, kazara üç kelime ile mukabele eden kimse hakkında, mahsup neticesi arta kalan üçüncü sözü için ceza tertip etmek, her hâdisede söylenen sözleri adet ve vahamet itibarile tartmak gibi garip bir netice hasıl olur. Kaldı ki, kanun, tecavüzle mukabele arasında muadelet aradığı hallerde, işbu mukabelede ifrata varılmış olmasını, yani mezkûr muadeletin bulunmamasını ayrıca nazarı itibare almıştır; 50 nci madde ile 461 inci maddenin ikinci fıkrasını misal kabîlinden zikredebiliriz. Halbuki 485 inci maddenin 2 nci fıkrasında, mukabelede ifrata varılmak şeklinde olsa bile, muadeleti hiç olmazsa zimnen ifade edebilecek bir tâbir kullanılmış değildir. Her ne kadar, tahlil ettiğimiz kararla bozulan asliye mahkemesinin ilâmında, «iki tarafa muzaf olan hakaretlerin şekil ve şumulünü, tarz ve tesir derecesini gözde tutmak, adalet ve hâkimin vicdanını tatmin bakımından şarttır» ve binnetice «hakaretler arasında ifade ve şumul bakımından ahenk olması, doğmuş manevî zararların aynı derecede bulunması» iktiza eder denilmişse de²⁶, suçların kanuniliği prensibi dolayısıyla, Ceza Kanununun tahdidî olduğu ve binnetice metin ve ibaresi genişletilmek suretile tatbik edilemeyeceği, nihayet kanunun sükûtunun maznunu müstefit kılacağı malûmdur²⁷.

Binaenaleyh, kanunun aramadığı bir şartı iltizam etmek ve bu suretle kanunu maznunun aleyhine tefsir etmek ceza esasatına aykırı olur : cezai mevzuatta hâkim, ancak hâdisenin maddî cihetleriyle kanunun sarahaten tecviz ettiği hallerde takdir hakkını haizdir; bunun dışında kalan vaziyetlerde, kanunu olduğu gibi, kendisinden hiç bir şey katmaksızın tatbik etmekle mükelleftir. Hâkim kanunu kendi şahsî his ve kanaatlerine aykırı bulsa bile, her türlü tashih edici yorumdan kaçınmak zorundadır²⁸. Bu itibarla karşılıklı tahkir müessesesini şikâyet veya dâvadan zimnen vazgeçmiş olmakla izah etmek iktiza eyler²⁹ : tahkire mislile mukabele eden kimse, bu hareketile, mütecaviz aleyhine adli mercilere müracaat etmek hakkını iskat eylemektedir; kanun, mütecavize verilen cevabı cezaya muadil saymış³⁰, mağdur da, mukabelede bulunmakla, kendisini kâfi derecede tatmin etmiştir³¹.

26) Yukarda, 10 numaralı notta zikredilen karar.

27) TANER, s. g. e., sah. 137.

28) EREM, *Türk Ceza Hukuku*, Ankara 1950, sah. 15.

29) MAGGIORE, *Diritto penale*, C. II ,K. 2, Bologna, 1948, sah. 844.

30) MANZINI, *loc. cit.*

31) CARRARA, *Compensazione delle ingiurie* (Opuscoli, C. III, Prato 1878, sah. 261 ve son., bilhassa sah. 279).

Şu halde, karşılıklı tahkir müessesesinin takas nazariyesile izahı terviğ edilmeyince, bu müessesesinin tatbiki için müteakbil tahkirler beyninde bir muadelet aramağa da lüzum bulunmadığı anlaşılır. Bu bakımdan Dördüncü Ceza Dairesinin, mukabil tahkirlerin tevalisinin 485 inci maddenin 2 nci fıkrasının tatbikine mâni teşkil etmiyeceği hususundaki noktai nazarına biz de iştirak etmekteyiz³².

Beşinci Mesele : Karşılıklı tahkirin sabit olması halinde, 485 inci maddenin 2 nci fıkrası yerine, 1 inci fıkrasının tatbik edilebilip edilemiyeceği.

Bu mevzuda Dördüncü Ceza Dairesi, yukarda yegân yegân incelediğimiz esbabı mucibeye isnatla, «485 inci maddenin 2 nci fıkrası yerine 1 inci fıkrasına gidilmesi» ni bozmayı gerekli addetmiştir.

Filhakika, hususî bir tahrik hali olan 485 inci maddenin 1 inci fıkrasının tatbiki için bulunması lâzım gelen ilk şart, tahriki teşkil eden bir fiilin mevcudiyetidir³³. Ancak bu fiilin hem mütecavizin şahsına karşı bir şiddet istimali şeklinde tecelli etmemesi, hem de bir hakaret veya sövme teşkil eylememesi de meşruttur.

Gerçekten, 485 inci maddenin 1 inci fıkrası, diğer fıkralarla memzucen tetkik edilince, bu fıkrada mevzubahs olan «haksız hareket» in 3 üncü fıkradaki «şiddet» le, 2 nci fıkradaki «tahkir» den gayri bir hareket olması lüzumu anlaşılır. Diğer bir tâbirle 485 inci maddenin 1 inci fıkrası, mağdurun failin şahsına karşı şiddet kullanmakla onu tahkir etmek dışında kalan haksız bir hareketile suçta sebebiyet vermesi halinde tatbik edilebilir.

İşte bütün bu mülâhazalar dolayısıyla, Dördüncü Ceza Dairesinin şüphesiz ki emsal teşkil edecek olan bu kararına, bir noktası müstesna olmak üzere, iştirak ettiğimizi belirtmek isteriz. **S. E.**



III

Eser tahlil ve tenkidleri

Prof. Dr. Faruk Erem, *Adalet Psikolojisi*, Ankara 1950, shf. 272, fiyatı 6 lira.

Kıymetli meslekdaşımız Prof. Faruk Erem bu eseri ile memleketimizde Adalet Psikolojisi sahasındaki ilk kitabı neşreylemiş bulunmaktadır.

32) Bu hususta daha etraflı malûmat için bk.: ERMAN, s. g. e., sah. 221.

33) ERMAN, s. g. e., sah. 233.

«Adalet Psikolojisi» nin Ankara Hukuk Fakültesi programlarında yer aldığı tarihten itibaren fasılasız olarak bu dersi muvaffakiyetle okutmuş bulunan kıymetli arkadaşımız mezkûr eserde bir kaç yıldır devam eden mesaisini taçlandırmış ve yalnız talebesinin değil fakat bütün hukukçular ailesinin mesaisinden faydalanmasını temin eylemiş bulunmaktadır.

Hukuk tatbikatına ve bilhassa ceza hukuku tatbikatına yardımcı olan mevzuların Hukuk Fakültelerinde tedris olunmasına başlanması hukuk zihniyetimiz bakımından hakikaten bir ilerlemeye delâlet eylemektedir. Şekilci ve kanuncu bir hukuk tedrisatının adaletin tevzii bakımından lüzumlu olgunluğa malik hâkim ve hukukçuların yetişmesine imkân vermediği muhakkaktır. Hele çeşitli fikir cereyanlarının daima zıddiyet halinde bulunduğu ve bulunmasına müsaade olduğu demokratik rejimle idare olunan memleketlerde, hâkimin bütün sosyal hayatı ihtiva eden, ve her türlü cemiyet tezahürleri hakkında hüküm veren hayatî ehemmiyetteki rolü bakımından fonksiyonunu yapabilmek için lüzumlu ve zarurî bulunan bütün yardımcı ilim şubelerile teçhiz olunması bir emri kat'i teşkil eder. Fakültelerimizin tedrisatında, geçen yirmi sene içinde, bazı itiraz ve muhalefetlere rağmen, bu yola girilmiş olmasını en derin bir hâz ile karşılamak lâzımdır.

Faruk Erem'in eserini bilhassa bu hüküm ve müşahedemiz dolayısıyla büyük memnuniyetle karşılamış bulunuyoruz. Kanunları nihayet insanlar için inşa ve tatbik ediyoruz; yoksa bir çeşit ve bir makasla kesilmiş suçlu insan için faaliyette bulunmuyoruz. Hâkimi kanunların otomatizminden kurtararak yaşayan varlıklarla temasın icap ettirdiği zihniyeti onda tesis için, Adalet Psikolojisi en başta gelen tenevvür vasıtasıdır.

Faruk Erem'in eseri bir giriş ile üç bölümden mürekkeptir. Girişte adalet psikolojisinin gayesi izah edilmekte ve bu bilginin pratik bakımdan temin eyliyeceği hususlar tebarüz ettirilmekte, tasnifi yapılmakta bu psikolojinin genel psikolojideki yeri izah olunduktan sonra metod bakımından tahlillere geçilmektedir.

Eserin birinci bölümü suçlu psikolojisine taallük eylemektedir. Eserin üzerinde en çok durulmuş bulunan kısmını teşkil eden bu bölümde ceza hukuku bakımından muhtevaları çok sınırlı olarak malûm bulunan mefhumlar geniş tahlillere tabi tutularak izah edilmektedirler. Bu bahiste en ziyade ilgimizi çeken bahisler (irade, şuur, gayri şuur ve suçluların tasnifi) bölümleri olmuştur. Müellifi bu bahisleri yazarken gösterdiği muvaffakiyetten dolayı ayrıca tebrik eylemek lâzımdır.

Eserin ikinci bölümü usul psikolojisine taallük ediyor. Bu bölümden bilhassa tatbikatçıların öğreneceği çok şeyler vardır.

Nihayet eserin üçüncü bölümü mahpusun psikolojisine taallük eylemektedir. Memleketimizde infaz hukuku ve ilmi sahasında hemen hemen hiç bir şeyin henüz neşrolunmadığını ve bu sahada nelere muhtaç bulunduğumuzu bilenler için eserin bu kısmı baha biçilmez kıymet taşımaktadır.

Bu kronik yazısını bitirirken aziz müellife bir teşekkür borcumu da ödemek lüzumunu hissediyorum. Kıymetli meslekdaşım eserin ön sözünde suç hâdisesinin sosyolojik cephesinin de biran evvel ele alınmasını temenni eyledikten sonra hazırlamakta olduğumuz (Suç Sosyolojisi) adlı eseri de bildirmek nezaketini göstermiştir. Kendisine bilhassa teşekkür ederim. Hukuk ilmimiz için gösterdiği bu yeni gayretten dolayı en hararetle tebriklerimizi de ifade ederim.

S .D.



Privatdozent Dr. iur. Hans Nef, *Gleichheit und Gerechtigkeit.*, Zürich 1941, (Polygraphischer Verlag AG.) 128 sahife.

Tahlil ve izahına çalışacağımız bu eser, her ne kadar bundan on sene evvel, bir habilitation etüdü (doçentlik tezi) olarak intişar etmişse de hukuk felsefesinin mihrakını teşkil eden, merkezi ehemmiyeti haiz problemlerden biri olan «adalet ve müsavat» in, daha doğrusu «adaletle müsavat arasındaki münasebetler» in, şayanı dikkat bir felsefi - ilmi izahını teşkil ettiğinden, sayın okuyucularımızın tetkik nazarlarına arzetmeği faydalı buluyoruz.

Müellifin bu eserde ve bu eserle takip ettiği gaye, adaletin mahiyetini araştırıp tesbit etmektir. (*Adaletin mahiyetine «müsavat meselesi» nin tesbit ve münakaşasıyla yaklaşılmaya çalışılmaktadır*). Felsefe yolile hukukun mahiyeti kavranmaya çalışıldığı takdirde ergeç adalet problemile karşılaşılması zaruridir. Fakat adalet problemine, ister müstakil tefekküre ister bu mevzuda mevcut kitabiyata müsteniden olsun, yaklaşmaya teşebbüs edildimi, «müsavat» mefhumile meşgul olmak bir zaruret halini alır. Müellif, bu suretle adalet probleminin müsavat mefhumuna mutlak bağılı bulunduğunu anlatmak istiyor. Esasen muhtelif adalet nazariyeleri müsavat mefhumunu şu veya bu şekilde tetkikatın mevzuu haline getirirler.

Müellif, müsavatın mahiyetinden adaleti izaha yarayacak olan neticelerin şimdiye kadar tam olarak ve lâıyık veçhile istidlâl edilmediğini de ilâve ediyor. Mamafih eserin sıklet merkezi ve gayesi adalet probleminin izahı bahsi üzerinde toplanmakta olup müsavat mefhumunun tesbit ve münakaşasına tahsis edilmiş bulunan kısım daha ziyade adalet probleminin anlaşılıp kavranmasına yarayan ihzari mahiyette bir medhaldir. Müsavat mefhumu haddizatında felsefi bir meseledir. Ve bu kabîl bir felsefi meselede hukukçu, kendi noktai nazarını filozofların bu bahiste ileri sürdükleri fikirlerle tevsik ve tarsin etmek arzu ve hattâ vazifesini taşır. Bu sebeple müellif, bu mevzuda filozofların düşüncelerine esaslı şekilde dikkat nazarını çekmekten ve hattâ bu düşünceleri uzun uzadıya zikretmekten sarfınazar edemediğini bilhassa belirtiyor. Esasen hukuk felsefesi, felsefenin bir dalı olduğuna göre, tetkik ettiği mevzularda umumî felsefeden mutlaka istiane etmek mecburiyetindedir. Herhangi bir phaenomen, meselâ burada hukuk, tetkik olunurken filozofların da araştırmaları neticesinde vardıkları noktai nazarlara, görüşlere ve nazariyelere lâıyık olduğu önemi vermek, bu suretle hukuk hakkındaki nazariyeyi emin bir temele istinat ettirmek lâzımdır. Ancak bu istikamet takip edilirse, hukuk felsefesi de bizi hakikata götüren bir yol olur.

Eserin sıklet merkezinin daha ziyade adalet problemi üzerinde toplanmış bulunduğunu, buna mukabil müsavat mefhumunun tesbit ve münakaşasına tahsis edilmiş olan kısmın hazırlayıcı ve temellendirici mahiyette olduğunu bilhassa belirtmiştik. Bu maksatla «müsavat» meselesine tahsis edilmiş olan kısımda mantıkî bir sıra takip edilerek ilk önce müsavatın şartları, müteakiben müsavat mefhumu tetkik edilmektedir. Ondan sonra mutlak müsavat, nisbî müsavat, tahsisan kemmi bakımdan müsavat, insanlar arasındaki müsavilik ve gayrimüsavilik¹ meseelleri tetkikatın mevzuunu teşkil ediyor.

Eserin sıklet merkezini teşkil eden adalet meselesi yedi paragraftan ibaret olup şu noktalar üzerinde toplanmaktadır : Adalet mefhumunun şümülü, adaletin istinat ettiği baş mefhum nedir, yani adaletin mefhumu evveli nedir? Adalette hususiyet arzeden noktalar nelerdir? Adaletin neveleri, adaletin neveleri ve vahdeti, adaletin izafiliği meselesi, hukukta adalet! Eserde umumî felsefe ve hukuk felsefesi çerçevesi içinde izah ve münakaşa edilen noktalardan mühim gördüklerimiz üzerinde durarak

1) Eşitlik ve eşitsizlik.

onları tahlile çalışacağız, diğerlerini sayın okuyucularımızın tetkik nazarlarına bırakacağız.

Eserin birinci kısmında evvelâ müsavatın şartları, mantık ve bilgi nazariyesi zaviyesinden tetkik edilmektedir. Esasen eserin hususiyetlerinden biri de, adaleti alâkadar eden meselelerin felsefi esaslara göre izah edilip temellendirilmiş olmasıdır. İşte bu mevzu etrafında ve bu mânada olmak üzere müsavatın iki şartı vardır : Bunlardan biri «*farklı olma*» şartı, diğeri de «*kabili mukayese olma*» şartıdır. Yani birbirine müsavi olduğu iddia edilen iki şeyin evvelâ birbirinden farklı olması, saniyen birbirile kabîlî mukayese olması lâzımdır. Birbirlerine müsavi olan şeylerin aynı zamanda birbirlerinden farklı olmaları icap ettiği şartı vehlei ûlâda garip görünürse de bunun, bu zehabın *müsavatla ayniyetin* aynı mânayı tazammun ettiğini zannetmekten ileri geldiğini belirtmek lâzımdır. Bu itibarla evvelâ müsavatla ayniyetin aynı şeyler olmadığını, yani mutlak bir müsavat bulunmadığını tebarüz ettirmek gerekir. Esasen müellif de bu noktalara temas ediyor. O halde burada mevzuubahs olan şey, nisbî müsavattır. Mamafih şimdilik biz, bu meseleyi bir tarafa bırakıp kitaptaki sırayı takip ederek müsavatın şartlarını, müellifin düşüncelerine müsteniden tahlil ve izaha çalışalım :

a) *Bütün eşya* hakkında verilen hükümler bir tefriki şart koşarlar. Binaenaleyh eşyanın yekdiğerine müsavi olduğu hakkındaki hüküm de evveleminde bir tefriki şart koşar. Müsavat mefhumu ve müsavatın mahiyeti hakkında herhangi bir neticeye varmadan evvel bu kazıyyenin vazedilmesi lâzımdır. Çünkü bu kazıyye, tekmlil bilginin ve tekmlil hükümlerin *bir tefriki* şart koştuğu mütearifesinin (axiom) mantıkî bir neticesidir. (Mukayese ediniz : s. 4). Acaba bu niçin böyledir? Çünkü tekmlil bilgi bir tefrikiyle başlar. Esasen «*ben*» den, benim şahımdan, benim Süjemden gayri şeylerin de mevcut olduğu hakkındaki bilgi bir tefrikiye dayanır : Yani «*ben*», süje, «*ben*» den gayri olanı, süjeden gayri olanı kendi karşısına ikame eder, «*süjeden gayri olan*» ı kendi nefsinden farklı bir obje haline getirir. İşte böylece düşünen ve bilen süjenin haricinde bir takım (şey) ler mevcut olduğuna dair bilgi bu tarzda vücut bulur; yani bir tefriki, süjenin, kendini süjeden gayri olandan tefrik etmesine dayanır. Bundan başka «*tefrik*», diğeri her türlü bilginin hareket mebdaini teşkil eder. Meselâ objenin yani «*süjeden gayri olan*» ın kısımlara, uzuvlara ayrıldığı, *muhtelif şeylerden* tereküküp ettiği keyfiyetini de muhtelif unsurları birbirinden ayırmakla, tefrik etmekle anlarız. Bundan başka süje, uzuvların, kısımların nasıl olduklarını, ne gibi

vasıfları haiz bulduklarını da anlayabilmek için bunlar evvelâ «*primaer bir akt*» ile yekdiğerinden tefrik edilmiş olmalıdır. Nihayet objenin münferit kısımları ve uzuvları arasındaki münasebetlerin tesbiti de, yine bu kısımlar ve uzuvlar yekdiğerinden *tefrik* edildikten sonra imkân dahiline girer (s. 1).

Madamki objeler hakkında herhangi bir hüküm verirken, evvel emirde onları birbirinden tefrik etmek lâzımdır, o halde iki veya daha ziyade şeylerin yekdiğerine müsavi oldukları keyfiyetinin tesbitine, «*mezkûr şeylerin yekdiğerinden tefriki*» ameliyesi takaddüm etmelidir (s. 2).

İki şeyin yekdiğerine müsavi olduğu iddiasının, evvel emirde bir *tefriki* şart koştuğu anlaşıldıktan sonra müsavatın birinci şartı olarak şu kazıyyeyi ikame edebiliriz : *Ancak birbirinden farklı ve ayrı şeyler, yekdiğerine müsavi olabilirler.* Daha doğrusu ancak birbirinden farklı olan şeylerin yekdiğerine müsavi olup olmadıkları mevzuubahs olabilir (bakınız : s. 4/5²). Bu kazıyyeyi veya bu prensibi şu şekilde ifade etmek mümkündür : Müsavilik veya gayri müsavilik iddiası en aşağı (iki şeyi) şart koşar. Müellif, bu kazıyyeyi temellendirmek için icap eden izahati veriyor ve bu meyanda muhtelif müelliflerin bu mevzudaki düşüncelerini bilhassa belirtiyor (s. 5 - 6).

b) Müsavatın birinci şartı, *iki veya daha ziyade şeylerin birbirinden farklı, daha doğrusu kabili tefrik olmaları* keyfiyeti idi. Fakat iki şeyin yekdiğerine müsavi oldukları veya olmadıkları hakkında bir hüküm verebilmek için bu şart kâfi değildir. Buna bir ikincisinin inzımamı icap etmektedir. Bu da iki şeyin yekdiğerine *kabili mukayese olabilmesi* cihetidir. Bu da ancak, yekdiğerine mukayese edilecek iki veya müteaddit şeylerin bir bakımdan veya müteaddit bakımlardan müşterek cepheleri, müşterek noktaları ihtiva etmesi lâzımdır. Fakat herhangi bir suítefeh-hüme mahal kalmamak üzere ilâve etmek icap eder ki müsavi olup olmadıkları bilmukayese tesbit edilecek şeylerin müşterek cephelerini, müşterek taraflarını herhangi bir kalite veya vasıfta aramak doğru değildir. Bilâkis bu kabil kaliteleri veya vasıfları ihtiva edebilme imkânı bakımından iki veya müteaddit şeyler arasında bir de iştirak mevzuubahstir. Meselâ müsavat zaviyesinden mukayese edilecek iki şeyin bu

2) Bu kazıyyenin ifade ettiği mânayı iyice kavrayabilmek için eserin ikinci paragrafını teşkil eden müsavat mefhumu bahsini tetkik etmek lâzımdır (s. 10 ve müt.).

mânada müşterek tarafları, her ikisinin de «kırmızı» vasfını (sifatını) haiz olmalarında değil, bilâkis her ikisinin de «renkli» olmalarında tecelli eder. Bu noktanın ehemmiyetini müellif şu şekilde izah ediyor : Her iki şeyin bir rengi haiz olmaları, onların kabili mukayese oldukları cihetini tesis eder. Her ikisinin kırmızı olmaları ise, bu bakımdan yekdiğerine müsavî olduklarını ifade eder (s. 7).

Müteaddit şeylerin müşterek taraflarının, mukayese için bir istinat noktası olarak, ileri sürülmesi mezkûr şeylerin bir «*tertium comparationis*» idir. Böylece müsavat üç taraflı bir münasebet manzarası arz etmektedir. Çünkü müsavat meselesinde, yekdiğerile mukayese edilen (a) ve (b) objelerinden başka bir de «*tertium comparationis*» yani bir (c) lâzımdır. Çünkü bu (c) ye nazaran (a) ve (b) arasında bir iştirak ve mütabakat tesbit edilir. Yalnız burada bir noktaya dikkat etmek icap eder : «*tertium comparationis*» bir ve aynı şeyin «diğer iki şey» için müşterek bir münasebet noktası haline gelmesi suretile mezkûr iki şey arasında müsavat mevzuubahs olur. (c) nin binefsihi aynı olması (a) ve (b) arasındaki müsavat münasebeti için şartı evveldir. Yalnız şu noktayı belirtmek lâzım gelir ki bu «*tertium comparationis*» in ayniyeti yine doğrudan doğruya müsavat münasebetinin şartı olmayıp *evvel emirde ilk plânda* mukayese, dâha doğrusu kabili mukayese olma keyfiyeti için bir şarttır. Ve bu «*kabili mukayese oluş*» müsavatın tesbitini temin eden şarttır. Meselâ «*renklilik*» kabili mukayese olmanın şartıdır (burada renklilik *tertium comparationis*dir). Müsavatın (müsavat münasebetinin) şartı ise ikinci bir müşterek noktanın mevcudiyetine ihtiyaç gösterir. (Meselâ «*tertium comparationis*» e taallûk etmek üzere bir vasfın mevcudiyeti !). Meselâ kırmızı olma ! bu kırmızı olma keyfiyeti, renge taallûk eden müşterek bir vasıf olarak tecelli eder. Demek ki burada yekdiğerinden farklı iki müşterek şeye dikkat etmek lâzımdır. Evveâ «*renklilik*» dediğimiz birinci müşterek kalite ki bu müsavilik veya gayri müsaviliğin tesbitine yarayan ve kabili mukayese olma keyfiyetini tesis eden şarttır. İkincisi de müşterek vasıf olarak kırmızılıktır ki bu da renk itibarile tesbit edilecek müsavatın şartıdır. Demek ki birinci *tertium comparationis* kabili mukayese olmanın şartını (renklilik), ikincisi ise müsavat münasebetinin şartını (meselâ kırmızı renk) teşkil etmektedir (s. 8).

Mukayese dediğimiz şey esasen bir «*ayırt etme*» yi tazammun eder. Bu «*ayırt etme*» ameliyesile objelerin hangi münasebetler bakımından yekdiğerine müsavî oldukları ve yine hangi bakımlardan yekdiğerine müsavî olmadıkları bulunur... Objeler, şu veya bu bakımdan yekdiğerile ka-

bili mukayese olmalıdır. Aksi takdirde yekdiğerile karşılaştırılmaları kabil değildir. Ve yine objeler ancak bazı muayyen münasebetler dahilinde yekdiğerine müşabih ve müsavi olabilecekleri için bu münasebetleri, bu mukayese noktalarını arayıp bulmak lâzımdır ki onları birbirleriyle mukayese edebilelim. Fakat tesbit edilmiş olduğu gibi, kabili mukayese olma keyfiyeti müsaviliği veya gayri müsaviliği tesbite kâfi değildir. İşte bu sebeple ikinci bir müşterek noktaya ihtiyaç vardır (s. 9).

A

Müellif, müsavatın şartlarını tesbit ettikten sonra bu mevzudaki izahatını şu noktalar etrafında topluyor : Müsavat mefhumu, mutlak müsavat, nisbî müsavat, tahsisan kemmî mânada müsavat, insanların müsaviliği ve gayrimüsaviliği ,eşitliği ve eşitsizliği).

a) *Müsavat mefhumu meselesi :*

Müsavat, mefhum itibarile, tesbit edilirken onun bundan evvel, hülâsaten, izah edilmiş olan şartlarını hareket mebdei ittihaz etmek icap eder. Müellif, müsavat mefhumunu araştırırken işte bu mebdeden hareket ederek evveleminde mutlak, sureti kat'iyede veya bilâ istisna bir müsavatın mevzuubahs olamayacağını, ancak nisbî bir müsavatın kabul edilebileceğini misallerle ve bu vadide bazı müelliflere istinat ederek izah ediyor. İki şeyin yekdiğerine müsavi olup olmadığını anlayabilmek için, belirtilmiş olduğu veçhile, bir «tertium comparationis» e, müsavat münasebetinin tesisine medar olacak bir rüyet ve münasebet noktasına ihtiyaç vardır (s. 8 ve 12). Müsavat mefhumunu tayin ederken bu ciheti unutmamak lâzımdır. Bu itibarla iki şey ancak bu kabil bir rüyet noktasına nazaran müsavi veya gayri müsavi olabilirler.

Bundan şu iki netice çıkmaktadır : Müşterek rüyet noktasına azaran yapılan mukayeseden, ancak iki şeyin yekdiğerine müsavi olduğu anlaşılır. Mademki iki şey, ancak müşterek bir münasebet noktası olarak vaz ve ikame olunan bir üçüncü şeye nazaran müsavi olabiliyorlar, o halde mutlak bir müsavat, sureti kat'iyede bir müsavat yoktur. Ancak müşterek mukayese ve münasebet noktasına nazaran nisbî bir müsavat vardır. Müellif bu ciheti bir misalle belirtmeğe çalışıyor (bakınız : s. 10 - 11). *Muhtelif büyüklükte iki kırmızı yuvarlağı nazarı itibara alacak olursak, müsavatın tesbitinde zarurî olan iki şartın bulunduğunu görürüz. Birinci şart : bunların birbirlerinden farklı oluşlarıdır. Yani*

bunlar iki ayrı küredir. İkinci şart ise : *Bunların kabili mukayese oluşlarıdır*. Her ikisinin rengi, şekli ve hacmi vardır. İşte bunlar, mezkûr kürelerin birbirile mukayesesini mümkün kılan «*tertia comparationis*» dir. Bu her iki küreyi «*renk*» bakımından mukayese edersek görürüz ki bunlar yekdiğerine müsavidirler; fakat sadece renk bakımından müsavidirler; yoksa *sureti kat'iyede* müsavi değildirler. *Şekil bakımından* yapılacak bir mukayese dahi aynı neticeyi verir. Lâkin hacımları bakımından mukayese edildikte bunların *bu bakımdan* gayrimüsavi oldukları görülür. O halde aralarında sureti kat'iyede bir eşitsizlik de mevzuubahs değildir (mukayese ediniz : s. 10 - 11).

Müellif, bu misalden anlaşılacağı veçhile, ancak nisbî bir müsavatın mevcut olabileceğini, bu keyfiyetin de doğrudan doğruya «*kabili mukayese olma*» şartile alâkadar bulunduğunu belirtiyor. Yalnız burada bir mesele kalıyor : Acaba mevzuubahs iki yuvarlak her cihetçe yekdiğerine müsavi ve meselâ her ikisi de aynı büyüklükte oldukları takdirde mutlak müsavattan bahsolunamaz mı ? Bu, vehlei ûlâda doğru gibi görünürse de, yine bir müşkülle karşılaşılır. Çünkü dikkat edilecek olursa, «*yuvarlak*» lar *diğer her bakımdan* müsavi olsalar bile yine *bir bakımdan*, yani işgal ettikleri *mekân bakımından* gayrimüsavidirler. Şayet bu da varit değilse, o vakit müsavatın zarurî şartı olan «*farklı olma*» şartı mevcut değil demektir. Aynı zamanda aynı mekânda bulunan bir şey, tek şeydir, aynı şeydir (s. 11). Aynı olmak ve müsavi olmak keyfiyetleri ise aynı mânâyı tazammun etmezler. Binaenaleyh iki şeyin yekdiğerine mutlak surette müsavi olmaları mevzuubahs olamaz (s. 11 - 12). Müellif, bu ciheti temellendirmek maksadile muhtelif müelliflerin bu mevzudaki görüşlerini zikrediyor (s. 12 - 13).

Müellif, mutlak müsavatın imkânsız bir şey olduğunu, ancak nisbî, yani bir şeye nispet edilmek şartile bir müsavattan bahsedilebileceğini tebarüz ettirdikten sonra, bu keyfiyetin müsavatın tarifi meselesinde mühim rol oynadığını söylüyor. Müsavatın bir vasıf değil, bilâkis bir münasebet olduğu da bilhassa zikrediliyor (bakınız : s. 13 - 17).

Kitabın üçüncü paragrafı (mutlak müsavat) başlığını taşıyor; fakat müellif mutlak müsavat diye bir şeyin mevcut olamayacağını, bunun yerine ayniyet demenin daha muvafık olacağını söylüyor ki bu noktainazar doğrudur. Bu cihetin takviyesi zımında kendi noktai nazarile bir çok müelliflerin bu mevzudaki tarif ve görüşlerini zikrediyor (s. 18 - 23). O halde, belirtilmiş olduğu gibi, ancak nisbî müsavat mevzuubahs olabilir. «*şey*» ler ancak *bazı muayyen münasebetler dahi- linde* yekdiğerine müsavi ve *diğer münasebetler* bakımından gayrimü-

savidirler. Binaenaleyh bir veya müteaddit bakımlardan yekdiğerine müsavi olan tekmiş şeyler bizzarur aynı zamanda bir diğeri bakımdan veya müteaddit bakımlardan gayrimüsavidirler. Bu itibarla meselâ iki şey aynı zamanda daima yekdiğerine müsavi olabildikleri gibi bazı bakımlardan da gayrimüsavidirler. (*Nisbî müsavat meselesi hakkında bakınız : s. 24 - 31*). İnsanlar arasındaki müsavat meselesinde bu «*nisbî müsavat*» ehemmiyet kesbetmektedir.

Müellif bir de tahsisan kemmi bakımdan müsavat meselesine temas ediyor. Müellife göre mutlak müsavatın imkânsız bir şey olduğu tesbit edilmişti. Tekmil müsavat nisbidir. Yani *her bakımdan* yekdiğerine müsavi iki şey yoktur; aksi takdirde mezkûr şey, aynı şey olmak icap ederdi ki böyle bir vaziyette de artık müsavattan bahsedilemez. Çünkü aynıyet ve müsavat başka başka mefhumlardır. Binaenaleyh yekdiğerine müsavi iki şey, ancak bazı bakımlardan müsavidirler, diğeri bazı bakımlardan da gayrimüsavidirler. Bu hakikate, herkesçe malûm bir fenomen aykırı imiş gibi görünmektedir : *Riyazî müsavat!* Meselâ riyaziyede «*müsavi*», «*muadele*», «*müsavat*» tan bahsedildiği zaman nisbî bir müsavat kastedilmez. Yekdiğerine müsavi iki üçgen mevzuubahs ise, burada muayyen rüyet noktasına göre herhangi (nisbî) bir müsavat kastedilmemektedir. Bu müsavat, sureti kat'iyede bir müsavattır; yani mutlak bir müsavat mevzuubahstir. Halbuki mutlak müsavatın mantıkî bakımdan imkânsız olduğunu, bu gibi hallerde ancak aynıyetten bahsedilebileceğini tebarüz ettirmiştik (mukayese ediniz : s. 32). Mamafih riyaziyenin taallûk ettiği mevzuların mahiyetini yakından tetkik edecek olursak, bu tenakuz ortadan kalkar. Riyaziye dediğimiz disiplin acaba münhasıran neden bahseder? Bir kere riyaziye evvelemerde adedlere taallûk eder. O halde riyaziyede evvelemerde kemmiyet rol oynar. Yani riyaziyenin mevzuu «*bizatîhi kemmî olan*» dır. O halde riyaziyede *mahzâ bir abstraksiyon* mevzuubahstir. *Kemmiyet reel şeylerin muayyen bir cephesi olarak onlardan tecrit edilir ve münferiden tetkik olunur.* «*Mahz kemmiyet*» müşahhas olarak mevcut değildir. Binaenaleyh dünyanın hiç bir yerinde mahz kemmiyete rast gelinmez. Bu sadece bir abstraksiyondur. Meselâ daima yüz frank, yüz lira, yüz tane elma mevzuubahs olabilir. Fakat biz zihni bir abstraksiyon amelîyesile «*yüz*» ü müstakil ve mücerret bir hale getirebiliriz ve böylece onu, aynı şekilde tecrit edilerek müstakil hale getirilmiş kemmiyetlerle mukayese edebilir ve onunla bu kemmiyetler arasında bir münasebet tesis edebiliriz. İşte bunu yapan, riyaziyedir. Riyaziye abstraksiyonlarla iştigal eder. Bu sebeple taallûk ettiği mevzular, ideal varlığa dahildir ve real varlıkla bir tezağ teşki ederler (mukayese ediniz : s. 32 - 33).

Mademki riyaziye sadece kemmiyetlerle iştigal etmektedir, o halde riyazî müsavat sadece kemmiyetler arasında bir müsavattır. Kemmi müsavat ise «*başka bir şeye nazaran ve nisbeten müsavat*» ı tazammun etmez. Çünkü kemmiyet bizzat bir münasebettir. Zira burada real şeylere dahil bir münasebein tecrit edilerek münferiden tetkiki mevzuubahstir. Binaenaleyh artık hangi münasebet dahilinde bir müsavatın mevcut olduğu suali irad edilemez, yani nisbî müsavat mevzuubahs olamaz. O halde eşyadan, kemmiyet dediğimiz bir *tertium comparationis* ayrılmış ve müstakillen tetkik mevzuu haline getirilmiştir. Demek ki burada mevzuubahs olan, başka karakterde bir müsavattır. Daha doğrusu mevzuubahs olan, bizzat bir münasebettir ve asıl mesele, bizzat bu (münasebet) in dahilinde müsavatın mevcut olup olmadığıdır. Müellif, bu ciheti tavzih sadedinde zikrettiği misale tekrar temas ederek diyor ki : Artık burada her iki kırmızı yuvarlak birbirile mukayese edilmekte ve renk, şekil ve hacım bakımından bir müsavatın tesbitine çalışılmamaktadır. Bilâkis daha ziyade bu kabil bir münasebet, bir noktai rüyet, yani hacım, demek ki kemmi olan bir şey tecrit edilip yalnız başına incelenmekte ve bizzat bu noktai rüyet dahilinde müsavat mevcut olup olmadığı, yani bizzat hacımların müsavi veya gayrimüsavi olup olmadığı suali irad olunmaktadır. İşte bu tamamile başka bir mesele olup bu mevzu dahilinde bu cihete temas edilmemişti. (s. 33 - 34). Fakat bu cihet müsavat mefhumunun tetkikinde bir tarafa bırakılabilir. Çünkü burada bir abstraksiyon, şeniyette tesadüf edilmeyen fenomenlerde müsavat meselesi mevzuubahstir.

Bundan başka müellif, kemmi müsavat hakkında bu ve buna benzer mütalâalardan sonra, bazı filozof ve müelliflerin bu mevzudaki görüşlerini belirtiyor (s. 35 - 38).

b) *İnsanlar arasında eşitlik ve eşitsizlik meselesi :*

Müellif, eserinin bu paragrafında, bundan evvelki paragraflarda elde edilen neticelere istinat ederek, insanlar arasında eşitlik ve eşitsizlik meselesini ele alıyor. Kendisinin de tebarüz ettirdiği gibi eşitlik meselesine dair incelemeler, kitabın asıl mevzuunu teşkil eden adaletin tetkik ve izahını hazırlayıcı mahiyette bulunmaktadır. Buraya kadar olan izahatta merkezi sıklet bilhassa hukuk bakımından mühim görünen noktalar üzerinde toplanmıştı. Meselenin mihrakını hukuk ve adalet teşkil ettiğine göre adalet meselesinin temellendirilmesi işinde muayyen bir fenomen üzerinde daha durmak ve bu fenomeni eşitlik noktainazarından tetkik etmek icap ediyor. Bu, (insan) dediğimiz fenomendir.

Müellif, bizzat insanı asırlardanberi meşgul etmiş bulunan bu şayanı dikkat problemi, yani insan problemini «eşitlik» meselesi noktasından ve adalet meselesinin izahına medar olmak üzere mücmel, fakat esaslı şekilde bir tetkike tâbi tutuyor (s. 39 - 50). İnsanlar arasında eşitlik mevzuunda insan probleminin ön plânda gelmesi, bunun bir bakıma antropolojik bir karakter taşıdığına da delâlet eder; fakat burada bahis konusu olan antropoloji, tabiat ilmi anlamında olmayıp fikrî ilim anlamında bir antropolojidir. Müellif, doğru olarak şu noktayı da belirtiyor : Hukuk ilmine müteallik bir etüdde, başa antropolojik bir mütalâayı ikame etmek, antropolojik mülâhazalardan hareket etmek ilk bakışta tuhaf gibi görünürse de, cemiyet felsefesi tarihine bir göz atılırsa beşeri cemiyet ve organizasyonuna dair her ehemmiyetli teoriye, nihayetün-nihaye bir antropolojinin, insan hakkında muayyen bir görüşün temel vazifesi ifa ettiğini görürüz. Bu itibarla cemiyet ilmini alâkadar eden münferit bir meselenin tetkikine de ilk önce insanın mevzuubahs münasebet dahilinde tetkik edilmesi icap ettiği keyfiyeti hayret edilecek bir şey değildir. Böylece müellifin, adalet mefhumu ve meselesinin tahlil ve izahında, temellendirici mahiyette olmak üzere, üzerinde durduğu *müsavat problemini* : mantık ve bilgi nazariyesi bakımından tafsil ettikten sonra — adaletin ilk plânda insanı alâkadar etmesi hasebile — bir de antropolojik bakımdan, insan bakımından tetkik konusu haline getirmesi tabii addedilmek icap eder. Mamafih şunu da ilâve edelim ki eserin (6) ncı paragrafını teşkil eden «*insanların eşitliği ve eşitsizliği*» meselesinin tarzı tetkikine, önceki paragrafların eşitliğe müteallik ihtiva ettikleri esas düşünceler temel ittihaz olunmuştur; yani evvelki paragrafların dayandığı ana düşünce ve metod, burada da kendini göstermektedir. Bunun da böyle olması tabii ve bedihidir.

Tekmil hukukun insanlar tarafından ve insanlar için vazedildiği; insanların içtimaî müşterek hayatının bir nizamı olduğu, münferit insanlara vecibeler yüklediği ve haklar tanıdığı belirtildikten sonra her objektif normun önünde sonunda bir suretle «*insan*» a taallük ettiği... ilâve ediliyor (s. 39). İşte böylece yasama dahi, hukukun (kanunun) vaz'ı dediğimiz hâdise dahi, insanı ve onun hususiyetini hareket mebdei ittihaz eder. Her hukuk normu, muhteva itibarile, insanın hususiyetine racidir ve hukukta (yani gerek kanunun vaz'ında gerek kanunun tatbiğinde) *müsavat* meselesi mevzuubahs olduğu hallerde de evveleminde insanların eşitliği alâkanın mihrakını teşkil eder. Burada zihinleri meşgul eden kat'î mesele şudur : İnsanlar veyahut muayyen münferit insanlar eşitmidirler değilmidirler? Ve badehu bu suale verilecek cevap,

kanunların vaz'ı ve tatbikindeki kararlara hareket mebdei olur. İşte bu sebeple, bu mevzu etrafında olmak üzere, insanı bir de ayrıca eşitlik noktai rüyetinden kavramak ve buraya kadar olan izahattan tahassül eden neticeleri bu meseleye de tatbik etmek ihtiyacı hasıl olmaktadır (mukayese ediniz : s. 39).

Müellif, «*insan*» mevzuunda eşitlik problemini incelerken şu kaziyeden hareket ediyor : *İnsanlar eşittirler ve aynı zamanda eşit değildirler.* Bazı müelliflerin, bu kaziyenin yalnız bir kısmını ele alarak ona bir takım neticeler bağladıkları; halbuki, bir bütün teşkil etmesi hasebile bu kaziyeye parçalanamayacağı için kısımlarının da yalnız başına kısmî, münferit bir hakikati ifade edemeyecekleri; binaenaleyh kaziyenin kısımlarından birini hareket mebdei ittihaz etmenin tek taraflı ve yanlış neticelere isal edeceği; mezkûr kısımların, yalnız başına nazarı itibara alınmalarının sureti kat'iyede yanlış olduğu tebarüz ettirildikten sonra hakikatin ancak kaziyenin bütününde aranması lâzım geldiği, bu itibarla insanların bazı bakımlardan müsavi ve bazı bakımlardan gayrimüsavi oldukları; insanların «*bu bakımdan*» müsavi oldukları belirtilince bu hükümde «*şu bakımdan*» da gayrimüsavi oldukları mânasının mündemiç bulunduğu ilâve ediliyor (s. 40 - 41). Müellif, insanların müsavi ve aynı zamanda gayrimüsavi oldukları kaziyyesinin, bu paragrafa (§ 6, s. 39-50) takaddüm eden paragraflardaki mülâhazalardan tahassül ettiğini sarahaten belirtiyor (s. 41). müsavattan, insanların müsavatından bahsedilince hiç olmazsa en az «*bir bakımdan*» aralarında yine bir fark mevcut olmak lâzımdır. Bunun da varit olduğu bedihidir; çünkü meselâ insanların her cihetçe müsavi oldukları kabul edilse bile, aralarında mekânî bakımdan yine bir fark vardır. Çünkü yer yüzünde bir çok insanlar bulunduğu gibi onlar aynı zamanda birbirlerinden uzak ve yeryüzünün muhtelif yerlerine dağılmış, yayılmış vaziyettedirler. Bir kere bu bakımdan insanlar arasında bir eşitsizlik görülür; ve bu keyfiyet te hukukî hayatta bir rol oynar. Fakat iş bununla bitmiyor; zira tecrübe bize göstermiştir ki insanların müsavi olmadıkları haller ve münasebetler çoktur. Hattâ bunlar insanların müsavi oldukları hallerden ve münasebetlerden daha fazladırlar.

Müellif, bu noktaları böylece tesbit ettikten sonra bir kere insanların, insan mefhumu zımnına ithal edilebildikleri noktasında müsavi olduklarını, bu itibarla insan olmaları hasebile müsavi olduklarını belirtiyor (s. 41). Yani insanlar, insanı insan olarak tesis eden her hususta müsavidirler; fakat «*insan olmak*» dediğimiz zaman ne anlarız. Bu mefhumun hususiyetleri nedir? İnsan olmak haysiyetiyle müsavi

olmanın ne olduğunu anlamak için mutlaka bu suali irat etmemiz lâzımdır. Bu soru, aynı zamanda insanın tanımı meselesi ile alakadardır. İnsanın tanımı mevzuubahs olunca da burada antropolojinin mihrakını teşkil eden bir soruyla karşılaşmış oluyoruz. Çünkü tanıtıda şu noktaya dikkat etmek lâzımdır : Diğer kavimlerden ayrık edici hususi unsurunu tesbit etmek! (*differentia specifica*). Bu, o kadar kolay değildir Buna mukabil (*genus proximum*) u tesbit etmek ise pek o kadar güç değildir. Müellif, insan kavimunun tesbitinde, insanın tanıtısında de «*differentia specifica*» nın tespitinin pek o kadar kolay olmadığını zikrediyor; çünkü burada insanı, insan olarak diğer canlılardan ayrık etmemizi mümkün kılacak hususiyetlerin tayini mevzuubahstir. Halbuki (*genus proximum*) u tayin etmek kolaydır : İnsan canlı bir varlıktır; o, bütün fenomenler sistemi içinde canlılar kategorisine dahildir. İşte böylece insanın tanımı meselesinde «*differentia specifica*» yı da nazarı itibara almak icap ettiğini belirten müellif, eserin çerçevesi içinde bu meseleye temas etmeğe imkân olmadığını belirttikten sonra insan problemi hakkında tenevvür etmek için antropolojiye müracaat etmeği işaret ve bu meyanda «*Werner Sombart*» ı zikrediyor. (Bakınız : s. 42 ve haşiyeye). Esasen eserin gayesi, bu meselenin halline çalışmak değildir. İnsanlar arasında eşitlik mevzuubahs olurken, evveleminde gözönünde tutulacak cihet, insanların, insan olmak hasebile, birbirleriyle müsavi olduklarıdır. Bu noktada insanlar müsavi olmakla beraber diğer bazı bakımlardan müsavi değildirler. Meselâ insanları birbirinden farklı gruplara, kategorilere ayırmak mümkündür. İnsanlar, cinsî bakımdan, yaş bakımından, zekâ ve kabiliyet bakımından farklıdır; yani müsavi değildirler. Müellif, bu ciheti tamik ettikten sonra şu neticeye varıyor : Bütün insanlar, insan olmak hasebile, müsavidirler; fakat yine bütün insanlar ferdiyetleri, ferdi hususiyetleri itibarile müsavi değildirler. Bu, kat'îdir; yani bu noktada iki insan arasında bile aslâ müsavat yoktur. Diğer bakımlardan ise bazı insanlar müsavi değildir, bazıları ise kendi aralarında müsavidirler. Bu son noktaya müsteniden, insanları büyük veya küçük gruplara ayırmak ve onları bu gruplar içinde toplamak mümkündür. Bu gruplar dahi birçok hallerde tekату etmektedir. (Bu cihetler hakkında bakınız : s. 43 - 44).

Bundan başka eserde insanların eşitliği ve eşitsizliği meselesi, muhtelif devirlerin ve bu meyanda muhtelif filozof ve müelliflerin bu mevzudaki telâkkileri tezarüz ettirilmek suretile tetkik olunmaktadır. Her ne kadar burada muhtelif filozofların ve müelliflerin görüşlerini zikretmek yerinde olursa da, maksadımız eserin umumî hatlarını

göstermek olduğuna göre, bundan sarfınazar ediyor, sadece mezkûr noktalara müteallik izahati muhtevi sahifelere atıf yapmakla iktifa ediyoruz (s. 44 - 50).

B) ADALET MESELESİ

Bu meselede evvelâ adalet mefhumunun vüs'at ve şümulü ve müteakiben adaletin asli (baş) mefhumu meselesi; adaletin hususiyetleri meselesi; adaletin nevileri; adaletin nevileri ve vahdeti; adaletin izafiliği; hukukta adalet incelenmektedir.

a) Müellif, adalet mefhumunun vüs'at ve şümulünü tayin meselesinde adaleti, mefhumî bakımdan açıklamadan önce bu fenomeni bütün şümulü ile kavramaya çalışmak gerektiğini belirtiyor ve bu gayeye ulaşmak için nasıl bir metod tatbiki lâzım geldiği cihetini misallerle izah ediyor (s. 51 - 53, 54). Yine bu mevzu etrafında olmak üzere hukukçuya göre adaletin iki muhtelif mânası bulunduğunu belirtiyor : Bir kere adalet, müsbet hukukla mutabakat mânasına gelmek üzere kanuna, hukuka uygunluk mânasını tazammun eder; fakat bir de müsbet hukuk, âdil veya gayriâdil olabilir. Müsbet hukukun muhtevası hakkında adalet noktaî nazarından bir kıymet hükmü verilebilir ve verilmek icap eder. Bu ikinci şıkta adalet, müsbet hukukun karşısına bir postulat olarak çıkıyor. İşte adalet tetkik edilirken, onun bu iki tezahür şeklini gözönünde tutmak gerektir; fakat iş bununla bitmiyor. Adaletin bu iki tezahür şekli tesbit edilmekle adalet denilen fenomenin tamamı yine kavranmış olmaz. Gerçi hukukî sahaya taallûku cihetinden adalet, yukarıda zikrettiğimiz şekillerde tecelli eder. Yani kanuna, müsbet hukuka uygunluk ve müsbet hukukun, kanunun âdilliği! Fakat biz, hukukun hiç mevzuubahs olmadığı ahvalde de adaletten bahsederiz. Bundan anlaşılır ki adalet sadece hukukî sahaya münhasır değildir; bilâkis hayatın her sahasına sâri ve şamil bir şeydir. (Müellif bu ciheti misallerle izah ediyor, s. 55 - 57). Lâkin biz, adaleti sadece insanlarla onların fiil ve hareketerine, vücade getirdikleri nizamlara izafe etmeyiz. Bazan *mukadderatı* da âdil veya gayriâdil diye vasıflandırırız. Bu da adaletin başka bir tezahür şeklidir. Nihyet Allahın da adaletinden bahsedilir. Adaletin tazammun ettiği bu sonuncu mâna da adalet dediğimiz fenomene dahildir.

b) *Adaletin baş mefhumu yahut mefhumu evveli meselesi :*

Eserde belirtilmiş olduğu veçhile, adaletin bir tek değil, muhtelif baş mefhumları vardır. Meselâ bazılarına göre adalet bir fazilettir,

Diğer bir kısım filozof ve mütefekkilere göre adalet bir fiil ve harekettir. Diğer bazıları ise adaleti, bir zihniyet olarak kavramak isterler. Bundan başka adaleti, bir ide veyahut bir ideal addedenler bulunmuştur. Karakter itibarile adalete bir postulat, bir norm nazarile bakan müellifler de mevcuttur. Nihayet adaleti kıymet mefhumu zımında mütalâa etmek, onu, kıymetler sistemi içinde kavramak suretile, bir kıymet addetmek teşebbüsünde bulunan müelliflere de rast gelinmektedir. Bu, adaletin bugünkü modern telâkkilerinden biridir. Buna göre, adalet, etik bir kıymettir. Müellif, adaletin bu muhtelif baş mefhumlarını, *Sokrat*'tan başlayarak ve muhtelif filozof ve mütefekkilere takiben zamanımıza kadar olmak üzere, münekkah ve vazıh şekilde tafsil ve teşrih ediyor (s. 58-62).

Eserin müellifi adaletin bu muhtelif baş mefhumlarını müdafaa eden mütefekkilere hepsinin haklı olduğunu belirttikten sonra adaletin bütün bu mefhumların zımına ithal edilebileceğini söylüyor, çünkü burada, haddizatında, adaletin muhtelif mefhumlarından ziyade adaletin muhtelif cephelerden mütalâası; adaletin muhtelif tezahür şekilleri mevzuubahstir. Binaenaleyh buna rağmen adalette mefhumî vahdet temin edilebilir; bu da, adalete hâs vasfın tayini ile mümkündür. Bu öyle bir vasıf olmalıdır ki adaleti hangi baş mefhumun zımında mütalâa edersek edelim, yine değişmesin! (Yani adaleti diğer faziletlerden veyahut diğer kıymetlerden ayırmamızı mümkün kılacak hususî vasfın tesbiti)! Adaletin muhtelif baş mefhumlarını kullanma imkânlarına rağmen vahdeti temin edecek bir unsur lâzımdır. Ancak böylelikle vahdetli bir mefhum temin edilebilir (bakınız : s. 62 - 63). Netice itibarile müellif, adaletin bu muhtelif kavranış şekillerinin doğru olduğunu ve hepsinin yanyana ahzı mevki edebileceklerini belirtiyor; çünkü bunlar haddizatında bir ve aynı şeyin muhtelif tezahür şekillerini tazammun etmektedirler. (Mukayese ediniz ve daha fazla izahat için bakınız : s. 63 - 64).

c) *Adalete hâs vasıflar nelerdir? «differentia specifica».*

Müellife göre, 62 nci sahifeden 64 üncü sahifeye kadar olan izahatta da belirtildiği veçhile, adaletin tek mil zikredilen tezahür şekillerini (baş mefhumlarını) ihata edecek müttehit bir mefhum bulmak lâzım ve mümkündür; fakat böyle müttehit bir mefhumun mevcut olması için evveleminde öyle bir vasıf bulunmalıdır ki adalete — nerede ve nasıl tezahür ederse etsin — hâs olsun ve aynı zamanda adaleti diğer fenomenlere karşı hudutlandırın. Adaletin bu karakteristik vasfını

aramakla, adaletin tarifi meselesinde en mühim noktaya temas etmiş oluyoruz : «*differentia specifica*» meselesi! Müellif, bu meselede evvelâ bir tefrikin mümkün olup olmadığını inceliyor ve buna müsbet bir cevap verirken «*Walther Burckhardt*» in bu mevzudaki görüşünü münakaşa mevzuu yapıyor ve müellif, adalet hakkındaki kendi görüşü ile «*Burckhardt*» in görüşünün kabili telif olmadığını tebarüz ettiriyor. Buna rağmen «*Burckhardt*» in görüşünün de şayanı dikkat olduğunu kaydetmeden geçemeyeceğiz. (Bakınız : s. 65 - 67 ve 85 - 86).

Müellif, adaletin mefhumî bakımından kavranması imkânlarını araştırmakla haklı ve isabetli bir yol takip etmiştir. Bununla beraber bazı müelliflerin, «*adaleti tarif zaruret*» ini varit görmediklerini, onlara göre insanın fitrî bir adalet duygusuna sahip olduklarını belirttikten sonra bu müelliflerden bazılarını zikrediyor. Hakikaten insanın böyle fitrî bir adalet duygusuna sahip olup olmadığı, şayet sahip ise, bunun izahı meselesi başka bir bahsin, etik bahsinin mevzularından bulunmaktadır. Fakat böyle bir duygunun mevcudiyeti kabul edilse bile,

3) Her ne kadar insandaki fitrî adalet duygusunun tetkik ve izahı etik bahsinin mevzularından bulunmakta ise de, adalet mefhumunun tesbitinde yine ihmal edilmesi mümkün olmayan bir keyfiyettir. Gerçi müellifi alâkadar eden cihet, adaleti bir fenomen olarak tetkik ve yine bir fenomen olarak adalet mefhumunu, yani ampirik adalet mefhumunu tesbit etmektir; fakat mefhumun hudutlarıyla iktifa etmek ve o hudutlarda kalmak bir eksikliği tazammun eder. Mefhumdan ideye yükselmek icap edeceğine göre ideye isal coen yolları araştırmak zaruridir. Beserdeki adalet duygusu ise, adalet idesinin insan ruhundaki bir refleksi, bir tecelli tarzıdır. Adalet duygusunun fitrî olup olmadığı meselesi etiğin mevzuuna dâhil ise de, adalet probleminin bihakkın tetkikinde bu duygunun ihmal edilmemesi lâzımdır. Biz o kanaatteyiz ki adalet problemini lâayık vechile aydınlatılabilmek için onu bir taraftan mefhum olarak diğer taraftan da ide olarak nazarı mütalâaya almak icap eder.

Gerçe adalet duygusunun iyice kavranması için onun su veya bu şekilde vazih bir tasavvur haline gelmesi, suurlaşması lâzımdır. Adalet mefhumunu tayin ederken sadece adalet duygusundan hareket etmek bizi istediğimiz neticeye isal etmez. Fakat bu duygu, ampirik - psikolojik bir karakter taşımakla beraber kökleri, insan ruhunun hududsuz derinliklerinde yani entelijibi - ideel âlemde bulunduğu için hukuk idesi probleminde ehemmiyet kesbeder. Duygunun mefhumlaşması lâzımdır; fakat mefhumlaşmak, duygunun hududunu teşkil etmez; sadece onun kavranmasını, müellifin belirttiği gibi, diğer duygulardan iyice tefrik edilmesini temin eder. Adaletin mefhum bakımından vazihan tespiti ise bizi adaletin idesini taharri vazifesinden olduğu gibi bunların her ikisinin ayrı ayrı; fakat bir arada esaslî surette tetkik ve münakaşasından tahlis etmez.

bu keyfiyet bizi sağlam bir hukuk mefhumu aramak vazifesinden tahlis etmez. Hattâ adlet duygusundan bahsedilmesi dahi bir adalet mefhumunu şart koşar. Çünkü adalet duygusunun yanında başka duygular da vardır. Adalet duygusundan bahsedebilmek için adalet hakkında muayyen bir tasavvura, muayyen bir adalet mefhumuna sahip olmamız gerekir. (Daha fazla izahat için bakınız : s. 67 - 69).

Müellif, adaletin saydığımız bütün baş mefhumlarını ihata edecek müttehit bir mefhumun zaruretine işaret ederken bu mevzuda adalete kesin olarak hâs ve aynı zamanda adaleti diğer fenomenlere karşı sınırlandırarak formülün araştırılması icap ettiğini belirtmişti. Adaletin «*differentia specifica*» sı bahsinin sıklet merkezini teşkil eden bu mesele üzerinde ehemmiyetle durulmakta ve bu meyanda «*müsavi muamele*» formülünden hareket olunmaktadır. Eserde adalet idesinin yerine adalet fenomeninden hareket edildiği için mantıkî ve metodik bakımdan bu bahiste de yine fenomen noktai hareket ittihaz olunarak mesele tasrih ve teşrihe çalışılmaktadır. Müellif, bu meselenin izahında bazı misaller zikrediyor ve burada «*müsavi ölçüye göre muamele*» nin, «*müsavi ölçü ile ölçülmenin*» mevzuubahs olduğunu tebarüz ettiriyor. Ancak müsavi olanın, yani ancak müsavi olanların (ister hâdise, ister insan olsun) müsavi bir hüküm ve muameleye tâbi tutulması icap ettiği noktai nazarını müdafaa ediyor. Böylece «*müsavi ölçüye göre muamele*» düsturunun hukukî sahaya tatbiki meselesi üzerinde durulmakta ve bu arada misallerle mevzu üzerinde derinleşilmektedir. İnsanların, mukadderatın adaletsizliğinden bahsederken de bu formüle istinat ettikleri belirtilmektedir (Bakınız : s. 69 - 75). Müellif, insanların mukadderattan adalet beklediklerini, yani tenasüp ve tevazün temin eden, müsavi ölçü ile ölçen bir hareket tarzı istediklerini ve beklediklerini kaydetmektedir. Burada şayanı dikkat bir noktaya temas ediliyor : Mukadderat, bu yer yüzündeki beşerî hayatı, müsavi ölçü ile ölçmüyor. İşte bunun böyle olması, yer yüzündeki beşerî hayatın mukadderat tarafından maruz bırakıldığı ebedî haksızlıktır. Mukadderatın bu haksızlığı, insanları, Allahın adaletine ilticaya sevketmektedir. Çünkü bu, mukadderatın yer yüzündeki adaletsizliğinin mütenazırı bulunmaktadır. İnsanların Allahın adaletinden bekledikleri nedir? Bir tevazündür. Yani yer yüzünde kaybedilen şeyi telâfi etmek; kusurluyu cezalandırmak, bir hakka müstahak olanın ivazını, mükâfatını sağlamaktır. Bu ilâhî, bu dinî adaletin mahiyeti, dünyada vukubulan aksaklıkları, ahenksizlikleri düzeltmekte ve bunu yaparken müsavi bir ölçü tatbik etmekte, yani herkesi müsavi bir ölçüye göre ayarlanmış bir muameleye tâbi tutmakta mündemiçtir (s. 73 - 74).

Müellif, adaletin mefhumî vahdetini müsavi muamelede (yani müsavat ve muamele unsurlarında) arıyor ve bu keyfiyette problematik ciheti bilhassa ve bilâşüphe *müsavat mefhumunda görüyor*, (mukayese ediniz : s. 75). Adaleti, diğer mefhumlara karşı sınırlandırarak olan (müsavi muamele) formülü üzerinde bilhassa durulmakta ve bu mesele muhtelif müelliflerin görüşleri de tebarüz ettirmek suretile incelenmektedir (bakınız : s. 76 - 83). Adaletin mefhumî vahdetini temin gayesile başka mebdelerden de hareket edilmiştir. Misal olarak *Eflâtun'un*; bundan başka halihazır hukuk felsefesinin başlıca mümessillerinden Othmar Spann'ın, Julius Binder'in, Arthur Baumgarten'in, Rudolf Stammler'in, Walther Burckhardt'ın görüşleri zikredilmektedir (s. 84-86).

d) *Adaletin neveleri :*

Adaletin neveleri meselesi tetkik olunurken yine müsavi muamele mefhumu ele alınmakta, bilhassa burada müsavatın, müsavi muamelenin⁴ muhtelif mânaları tazammun ettiği belirtilmektedir (s. 87 - 88). (Müsavi muamele, müsavi ölçü ile, aynı ölçü ile ölçmek keyfiyetile sıkı sıkıya ilgilidir) (s. 87). İki türlü müsavi muamele mevzuubahstir ve adaletteki bu iki türlü müsavi muamele teşrih ve tafsil edilirken *Aristo'nun* bu mevzu-daki meşhur tefrikinden hareket edilmektedir : İki türlü müsavi muameleye, yani *müsavi ve aynı ölçülere* göre muameleye iki türlü adalet teka-bül eder : tevzin edici adalet ve tevzi edici adalet ! Adaletin bir üçüncü nev'i yoktur. Belki bu nevelerden birine ithal edilmek üzere tâli neveler mevzuubahs olabilir (s. 89). Buna rağmen adaletin bir üçüncü nev'i olduğu iddia edilmiştir : Kefaret = iustitia vindicativa; fakat haddizatında kefarete üçüncü bir adalet nev'i değildir, çünkü kefareti müsavatın yanına ikame edemeyiz; bilâkis kefarete, müsavatı şart koşar ve ona dahildir. Çünkü kefarette müsavi olan müsavi olanla misâllenir. Bu itibarla adaleti üç nevi halinde mütalâa eden müelliflere değil, *Aristo'nun* taksimine müsteniden iki nevi olarak kabul eden müelliflere iltihak etmek lâzımdır (s. 89 - 91).

e) *Adaletin neveleri ve vahdeti :*

Müellif, adaletin müsavat esasına dayanan bir muamele, müsavi ve aynı ölçülere dayanan bir muamele olduğunu; fakat bu «*müsavi muamele*»,

4) Müsavi muamele = müsavi ve mütenasip ölçülere göre muamele = müsavi olanı müsavi, gayrimüsavi olanı gayrimüsavi bir muameleye; fakat aynı ve mütenasip muameleye tâbi tutma!

nin yani burada (müsavi) mefhumunun muhtelif mânaları tazammun ettiğini belirtiyor. Bu keyfiyet, kendisinin adalet mefhumunu temellendirirken, daima müracaat ettiği bir esas olarak tezahür etmektedir. Bundan başka müellife göre nasıl ki iki türlü müsavi muamele varsa, buna tekabül etmek üzere iki türlü de adalet vardır. Fakat iki türlü adalet tefrik ve temyiz edilmesi de adalette vakdetin ihlâl edildiği tarzında bir huzursuzluk, bir endişe tevhit eder. Gerçi mefhumî bir vahdet mevcuttur; tekmil adalet, müsavi ölçülere göre muamele esasına dayanır. Yani müsavi muamele her iki adalet nev'i için varittir. Fakat bu mevzuda asıl mesele şudur : Mûta ve münferit bir hâdisede âdil olan taraf, adaletle uygun cihet nedir? Meselâ kanun vazı bize : «Âdil olabilmesi için hukuk nizamına nasıl bir şekil ve hüviyet verilmesi icap ettiğini» soracak olursa kendisine : Herkesi, müsavi ölçülere göre bir muameleye tâbi tutmak icap ettiği tarzında bir cevap veririz; fakat acaba bu muamele, hangi mânada müsavi ölçülere göre bir muamele olacaktır. Müsavi ölçüye göre muamele muhtelif mânaları tazammun ettiğine ve buna uygun olarak adaletin muhtelif neveleri bulunduğuna göre her münferit ve mûta hâdisede bunlardan hangilerinin mevzuubahs olacağı meselesi ehemmiyet kesbeder. Demek ki mühim olan cihet, adalet meselesinin, adaletin her iki nev'i arasında yapılacak doğru ve isabetli tercih meselesine inkilâp ve intikal ettiği; *(yani tevzin edici adalet mi, yoksa tevzi edici adalet mi kabili tatbiktir meselesi)*.

Müellif, bu mühim mesele üzerinde haklı olarak durmakta ve burada şu iki problemi halle çalışmaktadır : Adaletin her nev'inin (yani tevzin edici adaletin ve tevzi edici adaletin) ayrı ve muayyen bir tatbik sahası bulunduğu keyfiyeti ile her iki adaletin terkibi meselesi, yani her iki adaleti ihtiva ve ihata eden daha yüksek bir prensip meselesi! İnsan zihnini asırlardanberi meşgul etmiş bulunan bu mesele, yine muhtelif filozof ve mütefekkirlerin bu vadideki görüşleri tebarüz ettirmek suretile incelenmekte ve bir neticeye bağlanmaya çalışılmaktadır. (Bakınız : s. 92 - 100).

Müellif, netice itibarile adaletin, yani tevzi ve tevzin edici adalet nevelerinden hangisinin münferit ve müşahhas hâdiselere kabili tatbik olduğu keyfiyetinin izafî bir karakter arzettiğini belirtiyor. Tevzin ve tevzi edici adaletin karakterleri üzerinde tekrar durularak, bilhassa müsavi olanın müsavi ve gayrimüsavi olanın da gayrimüsavi bir muameleye tâbi tutulması formülü tekrar ele alınmakta; tevzin edici adalette herkes doğrudan doğruya müsavi muameleye tâbi bulunmakta, tevzi edici adalette ise aynı ve müsavi ölçüye göre hareket edilmekte, fakat

herkese müsavi değil, gayrimüsavi hisseler tevzi edilmektedir. Bu mesele muhtelif filozof ve müelliflerin görüşüne müsteniden tafsil ve tamik ediliyor ve neticede şu noktai nazara varılıyor : Müşahhas hâdiselerde tevzin edici adaletin mi, yoksa tevzi edici adaletin mi tatbik edilmesi lâzım geldiğini adalet prensipi bize gösteremez, (nihayet, bu formal bir prensiptir). Bu, mevzuubahs şeylerin eşitliği veya eşitsizliği meselesindeki noktainazarımıza tâbidir. Bu noktainazarın intihabı ise adalet postulasının dışında bulunan rüyet noktalarına göre taayyün eder. Çünkü bu meselede adalet susmaktadır. Adalet postulasının dışında bulunan rüyet noktaları, muhtelif kâinat ve hayat telâkkileridir. Müellif, adaleti izafi addetmekle beraber kendisinin ileri sürdüğü bu izafilik karakteri yine bir hususiyet arz etmektedir. (Mukayese ediniz : s. 101 - 117).

C) NETİCE

Müellif, haklı olarak, adaleti hayatın bütün tezahürlerine sâri ve şamil bir şey addettiği için eserinin son paragrafında bir de hukukta adalet meselesini incelemektedir. Kendisinin bu mevzuda nasıl bir neticeye vardığını tebarüz ettirmeyeceğiz. Bu neticenin nasıl bir manzara arzedeceği, esasen eserin bu noktaya kadar tetkik ettiğimiz kısımlarından anlaşılır. Eserin heyeti umumiyesi hakkında verilecek hükme gelince : Bir doçentlik tezi olan bu etüd, aynı zamanda müsavat ve adalet meselesine mütedair literatürde, muhakkak ki, mümtaz bir mevki işgal etmektedir; çünkü adalet ve müsavat hemen hemen bütün cephelerinden tetkike tâbi tutulmuş; ana problemler, derinliklerinden hiç bir şey kaybetmeksizin, teksif edilmiş bir şekilde tafsil olunmuştur. Esasen mevzuun sistematik yapısına bir nazar atfedildiği takdirde, müellifin müsavat ve adaletin kardinal meseleleri üzerinde esaslı şekilde durduğu anlaşılır. Bundan başka eserin telifinde müracaat edilen me hazların zenginliği calibi dikkat olup müsavat ve adalet bahislerinin mezahları ayrı literatür fihristleri halinde gösterilmiştir. Bu me hazlar, müsavat ve adalet problemini tetkik etmek isteyenlerin müracaat edebilecekleri en mühim eserlerden tereküp etmektedir.

Eserin hususiyetini burada şu bakımdan bir kere daha belirtelim ki (adalet) bir fenomen olarak ele alınmakta ve bu fenomenin hayatta ve hukukta muhtelif suret ve şekillerdeki tezahürleri incelenmek suretile adaletin mahiyetine ve şumulüne nüfuza çalışılmaktadır; bu teşebbüste müellifin muvaffak olduğunu söyleyebiliriz; fakat bizim, eserde eksikliğini hissettiğimiz cihet, adaletin sadece *bir fenomen olarak* nazarı

mütalâaya alınıp *ide olarak* pek o kadar belirtilmemiş bulunmasıdır. Esasen müellif de adaleti bir ide olarak incelemeğe pek mütemayil görünmüyor; ve adalet idesinin tazammun ettiği mânanın tetkik edilen mevzuda pek aktüel olmadığını ihsas ederek, adaleti ide olarak kavramaya çalışan müelliflerin bu teşebbüslerini haklı bulmakla beraber, onu yine sırf bir fenomen olarak tetkik eylemekte ısrar ediyor. Mamafih adalet idesini de tamamilen ihmal etmiyor; bunun da ehemmiyetini belirtiyor. Yalnız adalet probleminin tetkikinde idenin ön plânda gelmesi icap ettiği keyfiyeti fenomene feda edilmiş veyahut fenomenin içinde inhilâl etmiş benziyor. Halbuki ide ile fenomenin karşı karşıya ikame edilerek bunların yekdiğerine nisbeti vazıhan belirtmek icap eder. Biz o kanaatteyiz ki bir adalet fenomeni gibi bir adalet idesi de vardır. Adaleti bir fenomen olarak kavramak suretile tetkik etmek, onu mefhumî bakımdan tesbit ve tayin etmek bittabi ihmal edilemez. Onun için müellifin, adalet fenomenini incelemesi doğrudur. Yalnız bu fenomeni, idenin ışığı altında incelemek lâzımdır. Çünkü her fenomen bir ideye bağlıdır; âdeta idenin zaman ve mekân içinde, realiteler içinde ve halinde tezahürüdür. Her fenomenin arkasında bir ide saklıdır. Daha doğrusu her fenomen bir idenin, «*Kant*» in tâbirile konuşacak olursak, bir (*noumen*) in refleksidir. Burada mevzuubahs olan şey, adalet fenomeni olduğuna göre onun hakikî mânasını idede, kabli ve mutlak bir kategoride, yani adalet idesinde aramak lâzımdır. Fenomen, hayatın zaman ve mekân içinde cereyan eden realitelerinde tecelli eden bir şeydir ve bu itibarla da izafidir; fakat fenomen, bir başka şeyin refleksi olduğu için bir de o başka şeyi nazarı itibara almak gerekir. Meselâ burada adalet fenomeni mevzuubahstir. Biz bu fenomeni, mefhumî bakımdan kavrarsak, sadece ampirik bir şeyi kavramış oluruz; fakat adaletin *hakikî mânasını* ancak idenin ışığı altında anlayabiliriz her ne kadar adalet fenomen olarak realitede mahdud ve izafi şekilde tecelli ediyorsa da mânasını yine mutlak bir merciden, ideden almaktadır; onun için *fenomen olarak* izafiliği, *noumen olarak* mutlaklığına tesir etmez. Adalet, fenomen olarak, realitede izafidir ve mahduttur; fakat *hakikî mânasını* ideden alır; yani ide olarak mutlaktır.

Müellif, adaleti sadece fenomenal âlemde tezahür eden bir şey olarak değil de, aynı zamanda menşei «*noumenal*» âlemde bulunan mutlak bir kıymet olarak mütalâa etseydi⁵⁾, işaret ettiğimiz eksikliği hissetmiyecektik.

5) Gerçi müellif, adaleti bir ide, bir kıymet olarak mütalâa eden müelliflere işaretlerle adaleti bütün bu cephelerden kavramak icap ettiğini belirtiyorsa da, adaletin bütün bu cephelerini yine geniş bir adalet fenomeni içinde mütalâaya çalışıyor.

Fakat şunu da söyliyelim ki her insanın problemler karşısındaki davranışı, onun temsil ettiği kâinat ve hayat telâkkisinin bir neticesidir. Binanealeyh müellifin adaleti sırf bir fenomen olarak nazarı itibara alması da, noktai rüyet olarak seçtiği hayat telâkkisinin zaruretle müncer olduğu bir keyfiyettir. Belirttiğimiz noktalardan sarfınazar ederek, tekrar edelim ki müellif, adalet *fenomenini* esaslı ve vâkıfane bir şekilde incelemiş ve bu eserile bugüne kadar telif edilenler içinde orijinal bir mevki işgal eylemiştir. Hukuk felsefesi literatürüne, adalet probleminin esaslı bir tetkik ve tettebbuu olarak, katılan bu eserin, taşıdığı ilmi kıymet itibarile, her cihetçe *şayarı tavsiye* olduğunu bilhassa belirtmek isteriz.

O. M. Ç.



Giulio Battaglini, *Diritto penale, Parte generale*. Üçüncü bası, Padova, Cedam, 1949, 724 sh., 2300 lîret.

Pavia Üniversitesinin Ceza Hukuku Ord. Profesörü ve Ceza Kanunu Tadil Komisyonu âzası Giulio Battaglini, Ceza Hukuku (Umumî Kısım) adlı eserinin yeniden gözden geçirilmiş ve ilâveli üçüncü basısını neşretmiş bulunmaktadır. İtalyada büyük bir otorite olan müellifin hususî ve orijinal görüşleri vardır. Bilhassa suç unsurları bakımından hususiyet arzeden bu görüşlere kısaca temas etmek ve bu değerli eseri takdim etmek istiyoruz.

Battaglini'nin «Ceza Hukuku», tam ilmi anlayışla hazırlanmış bir eser mükemmelliğini arzetmektedir. Bu arada araştırmaları kolaylaştırmak için beş çeşit fihristi ihtiva ettiğini bilhassa belirtmek isteriz. Bunlardan birincisi, sahife numarasına göre hazırlanmış, plân - fihristtir. İkincisi mevzua göre tertip edilmiş tahlilî fihristtir. Bu fihristin çift kolon üzerine dizilmiş 28 sahife tuttuğunu söylersek, müellifin ona haklı olarak verdiği ehemmiyetin büyüklüğünü de göstermiş oluruz. Üçüncü fihrist, müelliflerin isimlerine göre hazırlanmıştır. Memleketimizde her nedense pek taammüm etmemiş olan böyle bir fihristin ilmi araştırmalar için ne kadar faydalı olduğu aşikârdır. Dördüncü fihrist kanunlara göre

Halbuki fenomenle fenomen ötesini vazihan tefrik ederek bunların yekdiğerine nispetini açıklamak lâzımdır.

tertip edilmiştir. Beşinci fihrist cezaî hükümleri ihtiva eden ve kitapta sözü geçmiş bulunan kanun, nizamname ve kararnameleeri ihtiva etmektedir.

724 sahife tutan Ceza Hukukunun umumî kısmında müellif en büyük ehemmiyeti (suç nazariyesi) ne vermiştir. Filhakika ön mefhumlara tahsis edilmiş olan birinci kitap 106, ceza vesair hukukî vasıtaları mevzu edinen üçüncü kitap 156 sahife tuttuğu halde suç nazariyesinden bahseden ikinci kitap eserin 404 sahifesini işgal etmektedir.

Ön mefhumlar bahsi üç faslı ihtiva etmektedir. Birinci faslın mevzuu Ceza Hukuku mefhumudur. Müellif bu fasılda hukukun şekil ve muhtevasından ve ceza hukukunun hususî vasıflarından, tarihî tekâmülünden, maddî ve usulî ceza hukukundan, yardımcı ilimlerle münasebetinden bahsetmektedir. Bu faslın 17 sahife tutması, bilhassa ceza tarihinin ne kadar muhtasar tutulduğunu göstermektedir. Hakikaten İtalyada bugün hâkim olan tedrisat tarzı, ceza hukukunun tarihçesi ve bilhassa mektep mücadeleleri üzerinde fazla durmamak şeklindedir. Kitabın diğer bahislerinde de şu veya bu mesele hakkında çeşitli görüşler izah edilirken hep şahıslar nazara alınmış, mektep ve zümre gibi topluluk ifade eden tâbirlere ve bunlara izafe edilen fikirlere yer vermemeğe itina edilmiştir.

İkinci fasıl kaynaklara ve tefsirlere tahsis edilmiş, üçüncü fasılda da Ceza Kanununun tatbikine ait meseleler ele alınmıştır. Bu faslın üç bölümü vardır : Birincisinde zaman, ikincisinde yer itibarile tatbik meseleleri, üçüncüsünde de maddî ve usulî imtiyazlar tetkik edilmiştir.

Suç nazariyesine ayrılmış olan ikinci kitap beş faslı ihtiva etmektedir. Birinci faslın mevzuu suç mefhumudur. Bu fasılda araştırma metodu, suç tarifleri, suç unsurları, suç faili, suç mağduru, suç ile medenî ve idarî hukuka aykırılıklar münasebetleri, cürüm ve kabahat tefriki, suçu ortadan kaldıran sebepler tetkik edilmiştir. Çeşitli suç şekillerinin topluca ele alınmamış olması da dikkate şayandır. Suç çeşitlerinden, taksimin taallük ettiği hususların tetkik edildiği yerlerde bahsedilmiştir.

Metod meselesinde müellifin fikirleri dikkate şayandır. Battaglini ceza hukukunun mevzuu olan suçun, kriminolojinin mevzuu olan suç gibi müşahhas ve hakikî suç olmadığını, bilâkis hukukî normlarla tanzim edilmiş mücerret bir suç olduğunu ve suç nazariyesi kurmak için müsbet hukuku esas tutmak lâzım geldiğini söylemekte, müsbet hukukun mantikî sistematizasyonu icapları çok defa nazara alınmadığı için İtalyada son zamanlarda çok mücerret ve çok müphem suç nazari-

yeleri kurulduğunu ilâve etmektedir. Müsbet hukuka bağlı kaldığı içindir ki Battaglını, suç nazariyesinde 1930 tarihli İtalyan Kanununa dayanarak maddî ve manevî unsurlara bir üçüncüsünü, cezalandırılabilmeyi ilâve etmiştir.

Battaglını unsurları (tipik fiil - kusurluluk - cezalandırılabilme) diye ifade etmektedir. Kanunî tipe uygun fiil mânasına gelen (tipik fiil) umumiyetle kabul edilen maddî unsura, (kusurluluk) ise manevî unsura tekabül ettiği halde (cezalandırılabilme) müellifin hususiyetini teşkil etmektedir.

İkinci fasıl suç unsurlarına tahsis edilmiştir. Bu bahsin her biri bir unsura ayrılmış üç bölümü vardır. Tipik fiil bölümünde müellif suç tiplerinin kanunda gösterilmesi lüzumuna işaret etmekte ve tipiklik ile hukuka aykırılığın ayrılmasına itiraz etmektedir. Görülüyor ki müellif tipik fiil adını verdiği diğer unsurla hem maddî unsuru hem tipiklik unsurunu hem de hukuka aykırılık unsurunu ifade etmektedir¹. Tipik fiil bahsinde fiilin ön şartları ile fiilin unsurları olan hareket, netice ve maddî sebebiyet tetkik edilmiştir. Bu fasılda Fransızların yaptığı gibi teşebbüsten bahsedilmeyişi de dikkate şayandır.

İkinci bölümün mevzuu suçluluktur. Bunun ön şartı olarak isnat edilebilme (ehliyet) ve bunu kaldıran veya azaltan sebepler, kusurluluğun çeşitleri, kusurluluğu kaldıran sebepler bu fasılda tetkik edilmiştir. Müellif objektif mes'uliyet meselesi ile de meşgul olmuş, İtalya Ceza Kanununun objektif mes'uliyet matlahabını taşıyan maddesinde tam mânasile objektif bir mes'uliyet derpiş edilmediğini, çok hafif bir taksir ile iktifa edildiğini söylemiştir.

İkinci fasılın üçüncü bölümü suçun cezalandırılma unsurundan bahsetmektedir. Cezalandırılabilmeyi İtalyada ilk defa müstakil unsur sayan Battaglını bu fikrini müsbet hukuka dayanarak izah etmekte ve yeni İtalyan Kanununun bilhassa cezalandırılabilme şartlarını kabul etmesinden bu neticeyi çıkarmakta ve milletvekilliği dokunulmazlığı ile meşru müdafaa vesaire gibi cezaî hukuka aykırılığı kaldıran sebepleri ve suçun düşmesini izah için cezalandırılabilmenin unsur olarak kabulü icap edeceğini söylemektedir. Görülüyor ki meşru müdafaa, mecburiyet gibi sebepler müellife göre hukuka aykırılığı değil fakat cezalandırılabilmeyi kaldıran sebeplerdir. Fihakika müellif hukuka aykırılığı bir unsur olarak kabul etmediği için bu neticeye varmaktadır.

1) Tafsilât için bakın, KUNTER : Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1949, sahife 41.

Üçüncü fasıl suçun sirkonstanlarına ayrılmış ve burada, umumi ağırlatıcı ve hafifletici sebepler ele alınmıştır.

Dördüncü fasıl tamamlanmamış suçlardan bahsetmekte, teşebbüsün nevilerini göstermektedir.

Beşinci fasıl da iki bölüme ayrılmıştır ve bunlarda suçlunun ve suçun taaddüdü meseleleri tetkik olunmuştur.

Ceza vesair hukukî vasıtalar başlığını taşıyan üçüncü kitabın beş faslının başlıkları da şunlardır : Ceza mefhumu ve ceza sistemi, cezanın tadilli, tatbiki ve infazı, cezanın düşmesi, medenî müeyyideler, emniyet tedbirleri.

Profesör Battaglini'nin bu eseri İtalya ceza hukukunun vardığı son merhale hakkında etraflı bir bilgi vermekte, fikirlerinin bir kısmı kabul edilmese dahi, insanı hakikaten doyuracak bir olgunluk arz etmektedir.

N. K.



Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, *Umumî Âdap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler*, İstanbul Üniversitesi yayınları No. 258, Hukuk Fakültesi No. 55, İstanbul 1950, İsmail Akgün Matbaası, 293 sh., fiyatı 460 Krş.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin çok değerli Ceza Hukuku Profesörlerinden Dr. Sulhi Dönmezer «Umumî Âdap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler» serlevhasını taşıyan ve çok ciddi bir mesai mahsulü olan eserini neşretmiş bulunmaktadır; eser müellifin 1945 yılında neşretmiş olduğu «Umumî Âdap ve Aile Nizamı Aleyhinde Cürümler» başlıklı kitabını itmam eder mahiyettedir. Her ne kadar kitabın üzerinde «ikinci bası» diye bir ibareye rastlanmakta ise de, eser, birincinin sadece yeni baştan gözden geçirilmek suretile ikinci tab'ı şeklinde olmayıp, aynı zamanda onun ikmal edilmiş yeni şeklinin ifadesidir. Filhakika, müellifin 1945 te neşretmiş bulunduğu eser 765 sayılı Türk Ceza Kanununun sekizinci babının birinci, ikinci ve üçüncü fasıllarını yani umumî âdap aleyhine işlenen suçları ihtiva etmekte idi; 1950 de intişar eden eser ise, Ceza Kanunumuzun 8 inci babının tamamını muhtevidir ve şu suretle kitapta, aile nizamı aleyhine işlenen cürümler de tamamıyla yer almış bulunmaktadır.

İtiraf etmek lâzım gelirken bu son şekli içinde eser, memleketimizde ceza hukuku külliyyatında mevcut bir boşluğu bihakkın dolduracak bir değer ve vasıf taşımaktadır. Filhakika ve bilindiği veçhile Türkiyemizde

Ceza Kanununun hususi kısmına müteallik toplu bir eser olmadığı gibi, bu kısımda yer alan muhtelif suç gruplarını bütün unsurları ve esaslarile mevzu ittihaz eylemiş eserler de yok denecek kadar azdır; işte müellif, bu bakımdan tamamilen bakir bir sahayı ihata ederek, memleketimizde eşhas aleyhine işlenen cürümlerden sonra ve belki de bunlara çok yaklaşacak nisbette ve kesretle ika edildikleri adedi bilgilerle sabit olan suçlar grupunu en müteferri esasları içinde ve dikkate şayan bir vukuf ve dirayetle bu eserde tetkik etmiş bulunmaktadır.

Okuyucularımıza tanıtmağı şeref bildiğimiz ve çok faydalı bulduğumuz bu değerli eseri muhtevası bakımından kısa bir tetkike tâbi tutmak muvafık olur :

Eserde, «Umumî Âdap ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler» ayrı iki «paragraf» ı muhtevi bir «giriş» ve iki müstakil «bölüm» de tetkik ve mütalâa olunmuştur.

I. «Giriş» in birinci paragrafı «genel esaslar» a, ikinci paragrafı «umumî âdaba aykırı olan ve aile nizamına taallük eden fiillerin tecziyesindeki eski ve yeni temayüller» e tahsis olunmuştur.

A) Değerli Profesör «genel esaslar» başlığı altında umumî âdap ve aile nizamına aykırı suçları mütenevvi cephelerden ve umumî bir surette mütalâa ederek, bu suçların bilhassa memleketimiz bakımından adedi durumunu kriminolojik, adli, tıbbî zaviyeden görünüşlerini, kanunumuz bakımından nevilerini ve bu bakımdan mehzaz kanunla en yeni kanunlardan biri olan İsviçre Ceza Kanunu ile aramızda mevcut farkları, ve nihayet, Türk Ceza Kanununda bulunmayan umumî âdap ve aile nizamına aykırı olan suçları, mukayeseli bir şekilde tetkik ve tahlil eylemiştir.

B) «Giriş» in ikinci paragrafına mevzu ittihaz edilmiş olan ve «umumî âdaba aykırı olan ve aile nizamına taallük eden fiillerin tecziyesindeki eski ve yeni temayüller» e gelince : Müellif bu kısımda birbirinden müstakil üç devreye işaret etmiş, birinci devreyi, eski zamanlardan başlatarak 18 inci asrın ortasına kadar getirmiş, ikinci devreye bu asrın ortasını mebde, Birinci Dünya Harbinin sonunu münteha olarak almış, nihayet Birinci Dünya Harbini takip eden devreyi de üçüncü devre olarak vasıflandırmıştır. Bu çeşitli devrelerde, bilhassa umumî âdaba aykırı olan suçların cezalandırılmalarında esas olan düşünce tarzı üzerinde mukayeseli tetkikler yapmak suretile duran müellif, ikinci paragrafın sonunda, Türk Ceza Kanununda mevcut ve umumî âdap

aleyhine işlenen cürümleri muhtevi 8 inci babının ikinci karakteristiğini tebarüz ettirmiştir.

• II. Eserin «giriş» kısmını takip eden «birinci bölüm» ü «umumî âdap aleyhinde işlenen cürümler» den bahistir. Bu bölüm, «müşterek hükümler» istisna edilecek olursa, kanundaki sıra takip edilmek suretile ü? «fasıl» da tetkik edilmiştir.

A) Birinci fasılda «umumî mülâhazalar» ı müteakip çeşitli paragraflar içinde «ırza geçmek», ve bu cürmün muhtelif şekilleri, «ırza tasaddi cürmü», her iki cürmün ağırlatıcı sebepleri, bunlardan dolayı yapılacak «takibat» ve bu suçlardan dolayı mahkûmiyetin neticeleri incelendikten sonra, «edep ve iffete alenen tecavüz ve âdaba muhalif hareketler suçları», «sarkıntılık cürmü», «alacağım diye kandırıp kızlığı bozmak cürmü» nihayet «neşir vasıtalarile veyahut sözle veya diğer şeylerle umumî âdaba tecavüz cürümleri» tahlil edilmiştir.

B) Birinci bölümün ikinci faslının çeşitli paragraflarında müellif, kız, kadın ve erkek kaçırmak ve alakoymak cürümleri üzerinde durmuş, bunların hafifletici ve ağırlatıcı sebepleri ile, bu suçlarda takibat ve ve bunlardan dolayı hüküm giymiş olmanın kanunî neticelerini tebarüz ettirmiştir.

C) Birinci bölümün üçüncü faslına gelince : Bu fasılda «fuhşiyata tahrik» i ele alan müellif, önce ve birinci paragrafta umumî surette fuhşiyata tahrik suçları ve kadın ve çocuk ticareti suçları mevzuunda milletlerarası çalışmaları, ikinci paragrafta genel olarak fuhuş ve «fuhuş ve fuhuş ile bulaşan zührevî hastalıklarla mücadele nizamnamesinin hükümleri» ni, belirttikten sonra, müteakip paragraflarda kanunumuza göre fuhşa teşvik suçunun üç ayrı şeklini, fuhuş için aracılık ve kadın ticareti cürümlerini, nihayet, fuhşa tahrik suçlarında hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, bu suçların beynelmilel tecziyesi ve bu suçlardan dolayı hüküm giymenin neticelerini tetkik ve mütalâa eylemiştir.

III. Kitabın «ikinci bölüm» ü «aile nizamı aleyhine işlenen cürümler» i ihtiva etmektedir.

Dört müstakil faslı muhtevi bulunan bu bölümün birinci faslı «aile nizamı aleyhine işlenen cürümler» mevzuunda genel bilgilere, ikinci faslı «zina cürmü» ne, üçüncü faslı «nesep cürümleri» ne, nihayet dördüncü faslı da «ailenin terki» suçuna tahsis edilmiştir; bu dördüncü bölümde, Medenî Kanunumuzda mevcut hükümleri tetkikten sonra, terkin tarifini ve muhtelif şekillerini ele alan müellif, ailenin terki

mevzuunda münakaşa edilmesi lâzım gelen meselelere, suçtan faydalanacak olan kimselere, direkt ve endirekt metodlara, suçun takibi için talep olunan şartlara ve usule temastan sonra, ailenin terki suçunun milletlerarası veçhesini, bu suç bakımından mevzuatımızın durumunu ve bu meyanda İcra ve İflâs Kanununun 344 üncü maddesini incelemekte ve tahlil eylemektedir.

Profesör Sulhi Dönmezer'in eserinin muhtevası buraya kadar kısaca arzedeğediğimiz meselelerin tetkikine matuftur; çok değerli müellifin üzerinde durduğu bütün meseleleri teferruatile burada mevzuubahs edebilmek imkânsızlığı karşısında, biz, eserin, çok önemli telâkki ettiğimiz şu üç umumî vasfına işaretle iktifa edeceğiz :

1) Müellif, eserinde ayrı ayrı ele aldığı ve umumî âdap ve aile nizamı aleyhine işlenen cürümlere müteallik her müessesenin tarihçesini yapmış ve bu tarihçede müesseselerin tekâmülü seyrini takiben vardığı merhaleleri prensipler suretinde ifade ederek bu prensiplerin modern ceza mevzuatı içindeki şekillenişlerini bihakkın tebarüz ettirmek meharretini göstermiştir.

2) Kanunumuzun 8 inci babında tecrim ve tecziye edilen bu fiillere matuf tetkiklerin en dikkate şayan vasıflarından biri de müellifin, geniş bir ölçü dahilinde yabancı memleketler mevzuatını göz önünde bulundurmak suretile, kitabını, mukayeselere imkân bahşedecek surette kaleme almış olmasıdır.

3) Nihayet, esere en büyük değer kıymetini tefvize medar olan esaslardan biri de, kıymetli Profesörün sırf nazari esaslar içinde kalmayıp tetkik eylediği her meseleyi tatbikat bakımından değerlendirmesini bilmiş olmasıdır. filhakika, memleketimizde kesretle işlenmekte olduğuna yukarıda temas eylemiş bulunduğumuz bu cürümlere müteallik içtihatlarla, eserde, mebzulen tesadüf edilmektedir. Diğer taraftan eserin tatbiki kıymeti sadece müellifin hemen her mevzu ve meselede Türk Temyiz Mahkemesinin çok mütenevvi kararlarını tahlil etmesinden değil, aynı zamanda mukayeselere bihakkın imkân bahşedecek surette ve hususile İtalyan ve Fransız Temyiz Mahkemelerinin kararlarına da yer vermiş olmasından neş'et eylemektedir.

Görülüyor ki değerli Profesör tarafından kaleme alınmış olan eser, sadece bu mevzularda nazari tetkikler yapacak olan hukukçular için değil, aynı zamanda tatbikatçılarımız için de geniş faydalar sağlayacak hakikî bir kıymet taşımaktadır.

Memleketimiz ceza külliyyatında büyük bir boşluğu dolduran bu çok değerli eserinden dolayı kıymetli meslekdaşımızı tebrik, eseri bütün hukukçulara hararetle tavsiye eder, Profesör Sulhi Dönmezer'in Ceza Hukuku kütüphanemize Ceza Kanunumuzun hususî kısmına müteallik yeni eserler kazandırmasını gönülden temenni eylerim.

N. Ş.



Hilmi Özarpat, *Askerî Ceza Yargılama Usulü Hukuku*, ikinci basım, Harp Okulu Basımevi, 1950, sh. 288.

Ankara Harp Okulu'nun Hukuk, Ceza ve Usul Hukuku değerli başöğretmeni Hilmi Özarpat «Askerî Ceza Yargılama Usulü Hukuku» adlı eserinin 2 nci tab'ını neşretmiş bulunuyor. Değerli müellif bu eserin ilk tab'ını 1949 da yapmıştı. Kitabın ikinci defa basılması sebepleri meyanında — müellifin de ikinci tab'ın önsözünde belirttiği veçhile — bilhassa bazı kanunlarda yapılmış olan tadilât yer almaktadır. Gerçekten, bir taraftan 5572 sayılı kanunun Kadastro mahkemelerini ilga etmiş olması, bu bahsin birinci tab'ından çıkarılmasını istilzam etmiş, diğer taraftan kitaba, İş, Uyuşmazlık, Deniz Müsadere mahkemelerile Yüce Divan bahisleri ithal edildikten başka 5464 sayılı kanunla vazifeleri genişletilmiş olan Su'h Mahkemeleri bakımından ilgili değişiklikler ikinci tabıda yer almış bulunmaktadır.

Müellif eserinin bu ikinci tab'ında Askerî Ceza Usul Hukukuna müteallik bütün mevzuları 21 müstakil «paragraf» ta derin bir vukuf ve dirayetle tetkik etmiş bulunmaktadır.

İlmî bir tertip ve tasnif içinde kaleme alınmış olan bu eserin çeşitli mümeyyiz vasıfları meyanında dikkate şayan bir tatbiki değer taşımakta olmasını da ayrıca tebarüz ettirmek isteriz; filhakika, müellif, kitabında hemen her mevzuda Askerî Temyiz Mahkemesile Türk Temyiz Mahkemesinin çeşitli kararlarına yer vermek suretile, askerî kazanın tatbikatile meşgul olanlar için kıymetli faydalar sağlamak imkânını da vermiş bulunmaktadır.

Çok değerli bir hâkim ve hukukçu olduğunu yakından bildiğimiz Hilmi Özarpat'ı cidden faydalı bir eser vermiş olmasından dolayı tebrik eder, askerî kaza mevzuundaki vukuf ve ihtisasından hukukçuları

faydalandırmak yolundaki neşir faaliyetine devam etmesini temenni eyler, değerli eserini okuyucularımıza hararetle tavsiye ederiz.

N. Ş.



Yaşar Çıkla, *Ceza ve Askeri Ceza Hukukunun Genel Hükümleri*, ilk basılış, Harp Okulu Basımevi, 1950, shf. 135.

Harp Okulunun Hukuk, Usul Hukuku ve Askeri Ceza Hukuku öğretmenlerinden Yaşar Çıkla «Ceza ve Askeri Ceza Hukukunun Genel Hükümleri» başlığını taşıyan bir kitap neşretmiş bulunmaktadır.

Eser bazı umumî bilgilerin ifadesinden ibaret olan «giriş» i takiben üç büyük «kısım» da tertiplenmiştir. Her kısmı çeşitli mevzulara muhtas müstakil «fasıl» lara ayrılmış olan eserin bütünü, Umumî Ceza Kanunumuza atıflar ve bu bakımdan mukayeseler yapılmak suretiyle Askeri Ceza Kanununda mevcut hükümlere ve bu hükümlerin kıymetlendirilmesine mütealliktir.

Müellif — eserinin önsözünde de işaret edildiği veçhile — bazı umumî esasları belirtmek ve bazı mukayeselere imkân verebilmek zımnında Ceza Hukukunun nazariyyatına bazan da Ceza Kanununa müteallik hususlarda Ord. Prof. Dr. Tahir Taner'in «Ceza Hukuku, Umumî Kısım» adlı eserinden geniş ölçüde faydalanmış, ancak bu eserde mevcut fikirleri benimsemesini ve açık ve temiz bir üslûpla ifade etmesini bilmiştir.

Değerli arkadaşımız Yaşar Çıkla'nın eserini Askeri Ceza Kanununda mevcut hükümlere nüfuz etmek istiyen hukukçularımıza tavsiye eyler, müellifi tebrik ederiz.

N. Ş.