

III

Eser tahlil ve tenkitleri

Doçent Dr. Sahir Erman: *Hakaret ve Söve Cürümleri*. İstanbul, 1950, sahife XVI + 272, fiyatı 5 lira.

I. *Umumî olarak.*

İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Doçenti âziz meslekdaşım Sahir Erman'ın «şeref aleyhine işlenen cürümler» mevzuu üzerinde teksif etmek istediği çalışmalarının birinci kısmını teşkil eden «Hakaret ve Sövmeye Cürümleri» adlı eseri yayınlanmış bulunmaktadır. Müellif bu kitapta umumî hakaret ve sövme suçlarını tetkik etmiş, hususî tahkir cürümlerine ancak temasla iktifa eylemiştir. Bu suretle hem daha kesretle işlenmekte olan umumî hakaret ve sövme suçları incelenmiş, hem de hususî tahkir suçlarının tetkiki bakımından büyük bir ehemmiyet ve faydası olan umumî prensip ve nazariyeler görülmüş olmaktadır. Bu prensip ve nazariyelerin, hususî tahkir suçları hakkındaki müteakip kısımlar neşredilinceye kadar, zuhuru muhtemel ihtilâfları halledebilmek hususunda bir hayli faydası dokunacaktır.

Doçent Erman, hakaret ve sövme cürümlerini ilmi bir şekilde tetkik eden bu eserinin tatbikatçılar için de faydalı olması için her çareye başvurmuştur. Tatbikatçıların uzun uzun etüdler okumağa pek vakti olmadığını, işlerine yarayacak mahkeme içtihadları bulunup bulunmadığını hemen öğrenmek istediklerini takdir eden arkadaşımız, eserin muhtelif yerlerinde zikr ve tahlil edilmiş olan ve bir çoğu neşredilmemiş bulunan iki yüzü mütecaviz mahkeme kararının hülâsalarını çıkarmış ve bunları ilmi bir tasnife tâbi tutarak bir liste halinde kitabın sonuna ilâve eylemiştir. Bu kararlar arasında Alman, İsviçre ve bilhassa Fransız ve İtalyan kararlarının mevcut olduğunu ilâve edersek ve hülâsası yapılan kararın, kitabın neresinde mevzuubahs edildiğinin de gösterildiğini söylersek, tatbikatçıların istifadelerinin ne kadar kolaylaştırılmış olduğu derhal anlaşılacaktır.

II. *Muhteva bakımından.*

Hakaret ve sövme cürümlerini mevzu edinen bu eser on dört paragraftan müteşekkildir.

Birinci paragraf girişe tahsis edilmiştir. Burada şeref mefhumu ele alınmış, objektif ve sübjektif şerefler, bunlar arasındaki münasebetler tetkik edilmiş, kanunumuzun bu iki nevi şerefi ne suretle tarif ettiği gösterilmiş ve şerefe tecavüz fiillerinin tecrim sebepleri izah edilmiştir. Yine giriş bahsinde hususî tahkir suçlarının kanunumuzdaki şekillerine de işaret edilmiş ve bunların ayrıca derpiş olunmalarındaki sebepler belirtilmiştir.

İkinci paragrafın başlığı «hakaret ve sövme suçlarının tarihi gelişmeleri» dir. Burada Roma, Cermen ve kilise hukuklarında, ortaçağda ve nihayet Fransız ihtilâline takaddüm eden zamanlardaki durum tetkik edilmiş, ahkâmı şeriyede, Osmanlı İmparatorluğunda şerafe tecavüz fiillerinin ne suretle cezalandırıldığı da izah olunmuştur.

Üçüncü paragraf, «hakaret ve sövme suçlarının bugünkü fiziyonimleri» başlığını taşımaktadır. Bu paragrafta Fransız, İngiliz, Alman, yeni İtalyan ve Türk sistemleri mukayeseli bir şekilde tetkik edilmiştir.

Hakaret ve sövme cürümlerinin müşterek noktaları dördüncü paragrafın mevzuunu teşkil etmektedir. Bu müşterek noktalar biri fail, diğeri mağdur bakımından olmak üzere iki grupta tetkik olunmuştur. Bilhassa hükmi şahsiyeti olan veya olmayan topluluklara karşı hakaret ve sövmeler ele alınmış, Ceza Kanununun kusurları ve eksiklikleri belirtilmiştir.

Beşinci paragraf, hakaret ve sövme suçlarının ayrıldıkları noktaların tetkikine hasredilmiştir. Müellif, bu hususta ileri sürülen kıstasların incelenmesi ile iktifa etmemiş, şahsî fikirlerini de izhar etmiştir. Arkadaşımız bu iki suçun birleştirilmesi fikrine muarızdır ve muayyen bir madde istinadı sistemini tercih etmektedir.

Aynı paragrafta hakarete ve sövmeğe mahsus farklı maddî unsurlar da birer birer tetkik olunmuştur. Hakaretin maddî unsurları olarak 1) madde istinadı, 2) bu maddenin tahkiri tazammun etmesi, 3) maddenin mağdura isnat ve izafesi, 4) ihtilât ele alınmıştır.

Altıncı paragraf icraya müteferri meselelere tahsis edilmiştir. Bu paragrafta hakaret ve sövme suçlarının ne vakit tamamlanmış sayılacakları, bu suçlara teşebbüsün bahis mevzuu olup olamayacağı meseleleri tetkik edilmiştir. Yedinci paragrafta da hakaret ve sövme suçlarında içtima meseleleri ele alınmıştır.

Kitabın mühim bahislerinden biri olan, hakaret ve sövme suçlarında mânevî unsur bahsi, sekizinci paragrafın mevzuunu teşkil etmektedir. Bu suçlarda kasidden ne anlaşılması lâzım geldiği hakkındaki çeşitli nazariyeler anlatılmış ve tatbikat gösterilmiştir. Müellif şahsî fikirlerini de izhar etmekte, hakaret ve sövme suçlarında umumî kasıttan ayrı

olarak hususî bir tahkir kasdinin aranması fikrine taraftar olduğunu açıklamakta, hukuka aykırılık nazariyesinin bu mevzuda tatbikini doğru bulmamaktadır (s. 156). Bu noktada da biraz durmak lüzumunu hissediyoruz. Hukuka uygunluk nazariyesinin, bir diğer söyleyişle suçun unsurları arasında bir de hukuka aykırılık unsurunun bulunması tezinin, sözü geçen suçlarda mahzurlu olduğu, bir çok hallerde hukuka uygunluk bulunamayacağı için, tahkir kasdi dediğimiz hususî kasit olmasına rağmen failin cezalandırılması cihetine gidileceği doğrudur. Fakat bu takdirde kanunun bir noksanı meydana çıkmış ve meselâ hırsızlıkta olduğu gibi, hakaret suçlarında da saikin tasrih edilmesi lüzumu anlaşılmış demektir. Eğer tahkir saikile hareket edilmesi lüzumu kanunda tasrih edilirse, bu takdirde hususî kasit aramak kanuna aykırı olmaz ve hukuka aykırılık nazariyesine başvurmağa da lüzum kalmaz.

Dokuzuncu paragrafın mevzuu hakaret ve sövme suçlarının ağırlatıcı sebepleridir. Bu bahiste bilhassa müşterek ağırlatıcı sebep olan «neşir» üzerinde durulmuştur.

Onuncu paragrafta «hakikatı maddenin isbatı iddiası» ele alınmış ve çok esaslı bir surette tetkik olunmuştur. İsbat iddiasının tarihçesi ve bu hususta bugün mevcut sistemler incelenmiş, kanunumuzun durumu izah edilmiş, isbat iddiasının tecviz edildiği istisnai hükümler anlatılmış, usulî hükümler de ayrıca tetkik edilmiştir. Müellifin bu noktadaki şahsî görüşlerine son paragraf vesilesile temas edeceğiz.

On birinci paragrafın mevzuu cezayı kaldıran veya hafifleten sebeplerdir. Ceza Kanunumuzun 485 ve 486 ncı maddeleri ve bunların 51 inci madde ile olan münasebetleri teferruatile tetkik olunmuştur. Bu bahiste, mutlak teşriî masuniyetin hukuka aykırılığı kaldırmadığı ve fakat cezalandırılabilme unsurunu kaldırdığı şeklinde ifade edebileceğimiz noktaî nazarımıza¹ değerli meslekdaşımızın da katıldığını ve bu suretle cezalandırılabilme unsuru mefhumunu da zımnen kabul ettiğini görmekten ayrıca bir hâz duyduğumuzu ilâve etmeden geçemeyeceğiz.

Hakaret ve sövme suçlarında müeyyideler on ikinci paragrafın mevzuunu teşkil etmektedir.

Usulî hükümlere tahsis edilmiş olan on üçüncü paragrafta suçun matbuat vasıtasile işlenip işlenmediğine göre farklı hükümler ele alınmış, şahsî dâva yolunun mahzurları belirtilmiş, vazife ve salâhiyet meseleleri tetkik olunmuştur.

Bu bahisde de üzerinde duracağımız bir iki nokta vardır. Evvelâ sayın müellif, Ceza Kanununun hakaret ve sövmeyi takibi şikâyete bağlı

1) KUNTER: *Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi*. İstanbul. 1949, s. 250.

tutması ile, Usul Kanununun bu suçlardan dolayı şahsi dâvayı tecviz etmesi hükümleri arasında ayrılık görmekte, bunu me hazların farklı olması ile izah etmekte ve bir telif çaresi aramaktadır (s. 244). Bulduğu çare, suçtan zarar gören kimsenin şahsi dâva yoluna gitmekte muhtar olmasıdır, yani, bu kimse, dilerse âmme dâvasının açılmasını ister, dilerse şahsi dâvayı kendi açar. Biz bu ihtiyarılık bakımından müellifle tamamen hemfikiriz. Fakat kabul etmediğimiz nokta, bunun, farklı hükümleri telif için ileri sürülmüş olmasıdır. Çünkü bizce, bir suçun takibinin şikâyete bağlı tutulması ile aynı suçtan dolayı şahsi dâva açılabilmesinin kabulü tamamen ayrı ayrı şeylerdir. Bunların mütenakıs hükümler gibi görmek ve telifi çarelerini aramak doğru değildir.

Üzerinde duracağımız ikinci nokta, Ceza Kanunumuzun 490 ıncı maddesine taallük etmektedir. Değerli meslekdaşımız da, her halde, tatbikatın tesiri altında kalarak, bu maddedeki müddeti dâva ikamesi için kabul edilmiş bir müddet saymakta ve müruruzaman müddetinin beş sene olduğunu söylemektedir (s. 248). Dâvanın altı ay içinde açılması değil de açılacak dâvanın altı ay geçmesile ortadan kalkması bahis mevzuu olduğuna göre, evvelce bir başka vesile ile belirttiğimiz gibi² bunun bir hakdüşümü değil, zamanaşımı süresi olduğu meydandadır. Netekim İtalyan doktrininde de bu mesele böylece kabul edilmiştir. Zaten 102 nci maddede «kanunda başka türlü yazılmış olan ahvalden maadasında» denilmekle böyle istisnai müddetlere işaret edilmiştir. Aynı maddede âmme dâvasının şu kadar zaman geçmesile ortadan kalkacağı gibi 490 ıncı madde metnine mütenazır bir ifade kullanmıştır.

Üçüncü bir nokta olarak da, matbuat vasıtasile işlenen hakaret ve sövme suçlarına müteallik usulî hükümlere pek kısaca temas edildiğini (s. 252), kanaatimizce hayli ehemmiyeti olan Matbuat Kanununun 54 üncü maddesindeki dâva açma süresi üzerinde durulmamış olduğunu işaret edeceğiz.

On dördüncü ve sonuncu paragraf «neticeler» i ihtiva etmektedir. Müellif muhtelif cephelerden yaptığı tetkikatından bellibaşlı üç netice çıkarmaktadır. Bunların birincisi hükmî şahısara hakarete mütedair kanunî metinlerin ıslaha muhtaç olduğu neticesidir. Bütün hükmî şahıslara karşı yapılan tañkirlerin cezalandırılacağına dair sarih bir hükmün sevk edilmesi fikrine biz de iştirak etmekteyiz. Çıkarılan ikinci netice, hakikatı maddenin isbatı iddiası hakkında kanunumuzun kabul ettiği

2) KUNTER : *Ceza Hukukunda Zamanaşımının Kesilmesi*, Adalet Dergisi, 1946, sayı 6, s. 556.

sistemin mahzurlu olduğu ve değiştirilmesi gerektiği şeklinde hülâsa olunabilir. «Âmme efkârı ve onun mümessili olan matbuat, demokratik bir cemiyette ferdler üzerinde umumî bir kontrol vazifesini görür ve görmelidir» diyen sayın müellife tamamen hak veriyor, bu murakabenin âmme menfaati mülâhazaları ile hudutlandırılması fikrine de iştirak ediyoruz. Üçüncü netice, şahsî dâva yolunun terkedilmesi, bu suçlardan dolayı şikâyete bağlı olarak resen takibat sisteminin kabul olunması temennisinden ibarettir. Müteaddit vesilelerle ileri sürmüş olduğumuz³ ve değerli hocamız Ord. Prof. Tahir Taner tarafından da desteklenmiş olan⁴ bu temenninin arkadaşımız Erman tarafından da benimsenmiş ve yeni deliller ilâvesiyle kuvvetle müdafaa edilmiş olduğunu görmek bizi ayrıca memnun etmiştir.

III. Metod bakımından.

Eser, tamamie ilmi bir metodla ve emsaline nadir rastlanacak titiz bir itina ile zengin kaynaklara başvurularak hazırlanmıştır. Yukarıda işaret edildiği gibi, tatbikatçıların da istifadesini kolaylaştırmaya çalışılmış ise de, esas itibarile bir doktrin kitabı karşısında bulunmaktayız.

Ceza Kanunumuzun hususi kısmı hakkında Türk doktrininin ne kadar fakir olduğu malûmdur. Hele hakaret ve sövme suçlarında esaslı hiç bir eser yoktur. Bu itibarla müellif, daha ziyade yabancı kaynaklara müracaat etmek lüzumunu hissetmiş ve bilhassa İtalyan doktrininden faydalanmıştır.

Malûmdur ki son zamanlara kadar her sahada olduğu gibi Ceza Hukukumuz da daha ziyade Fransız kültürünün tesiri altında inkişaf etmiştir. İtalyanların Ceza Hukukunda ileri memleketlerden biri olması ve hemen hemen aynı Ceza Kanununu tatbik etmemiz gibi sebepler gözlerimizi İtalyan kaynaklarına da çevirmemizi lüzumlu bir hale getirmiştir. Doçent Erman'ın bu eseri bu kaynaklara başvurmanın ne

3) KUNTER: *Şahsî Dâva*. Adalet Dergisi, 1944, sayı 2, s. 146; *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi için hazırlanan öntasarının beşinci kitabı müteallik maddeleri hakkında mütalâalar*. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1948, sayı 3-4, s. 569.

4) TANER: *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi için hazırlanan öntasarına ait mütalâalar*. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1948, sayı 1, s. 122.

kadar faydalı olduğunun en parlak bir misalidir. Bu vesile ile, Alman hukukuna da bir pencere açıldığını görmeği temenni ettiğimizi ilâve etmek isteriz.

Metod bakımından tenkide şayan gördüğümüz bir nokta, müellifin faydalandığı kitapların ayrıca bir liste halinde gösterilmemiş olmasıdır. Her ne kadar hemen her sahife altında zengin haşiyeler ve bibliografik notlar varsa da bunların toplu bir halde kitabın sonunda gösterilmesi, ilmi araştırmaları kolaylaştırırdı. Kitaptan istifadeyi her suretle kolaylaştırmağa çalışmak, ilmi metodun zarurî icaplarındanadır. Bunun içindir ki bugün müellif adlarına göre arama cedveleri koymak dahi imi bir teamül haline gelmiştir.

Bu çapta ilmi bir eserin mahkeme içtihatlarına büyük bir yer vermemesine imkân yoktu. Netekim Erman arkadaşımız da bu hususa büyük bir itina göstermiştir. Çoğu neşredilmemiş bir çok Türk kararları, mevzuun alâkalı kısımlarında tenkit ve tahlil edilmiştir. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, bir çok ecnebi kararlarından da faydalanılmıştır. Bu noktada şu ciheti de tenkit etmeden geçemeyeceğiz. Kararların hülâsasını tatbikatçıların faydalanması için kitabın sonuna eklenmiş bulunmaktadır. Fakat burada kararlar ilmi metodla tasnif edildiği için tatbikatçıların pek kolaylıkla aradıklarını bulabileceklerini ummuyoruz. Hiç olmazsa tasnifte tatbik edilen plân, hülâsaların baş tarafında gösterilmeli idi veya kanundaki madde ve fıkra sıraları takip olunmalı idi diye düşünürüz.

Üç yüze yakın sahifeyi ve 154 bendi ihtiva eden bir eserde herhangi bir noktanın derhal aranıp bulunmasındaki müşkülât da aşikârdır. Her ne kadar umumî fihristi gözden geçirmek mümkün ise de mevzua göre yapılacak bir arama cedveli bu işi daha kolaylaştırırdı. Kaldı ki hakaret ve sövmenin hususî hükümlerine taallük etmeyen meselâ müselsel suç, fikrî içtimal mutlak teşriî masuniyet gibi umumî hükümler hakkında müellifin fikirlerini öğrenmek istediğimiz zaman umumî fihristten faydalanmağa da pek imkân görememekteyiz.

Derhal ilâve edelim ki ufak tefek ve bilhassa şekle taallük eden bu tenkidlerimiz kitabın «mükemmel» sayılmasına aslâ mâni değildir. Filhakika büyük bir boşluğu dolduran, uzun ve ciddi bir emek mahsulü olan bu eser, uzun zamanlar hakaret ve sövme sahasında eşine rastlayamayacağımız bir mükemmeliyettir. Değerli müellifi candan ve hararetle tebrik ederiz.

N. K.

Prof. Abdülhak Kemal Yörük, *Hukukun Umumî Prensipleri* (Ders kitabı), İstanbul 1949 [İstanbul Üniversitesi yayınları No. 423, Hukuk Fakültesi No. 93, 180 sahife].

— A —

Herhangi bir ilmi sahaya müteallik muhtelif ve münferit dalların ihtiva ettiği umumî prensipleri, mefhumları ve kaideleri mantıkî ve kapalı bir sistem halinde tesbit etmek, âdeta o ilim sahasının temel taşları halinde belirtmek meselenin mahiyetinden sudur eden ilmi bir zarurettir. Meselâ, hukuk ilmini nazarı itibara alacak olursak, bütün medenî milletlerin hukuk nizamlarınca müşterek umumî mefhumları, normları ve prensipleri mantıkî - sistematik bir şekilde tebarüz ettiren bir disiplin vardır ki biz buna umumî hukuk nazariyesi diyoruz. Umumî hukuk nazariyesinde temel mefhumlar, temel prensipler ve temel normlar hukukî - intikadî bir şekilde hukuk ilminin bittiği noktaya kadar tetkik ve tahlil edilir. Ve bu noktadan itibaren de hukuk felsefesi başlar. (Hukuk felsefesi hukukî mefhumlar, normlar ve müesseselerle muayyen bir kâinat ve hayat telâkkisi arasındaki münasebetleri; hukuk mefhumlarında, normlarında ve müesseselerinde kâinat ve hayat telâkkilerinin in'ikâs-larını araştırdıktan maada bir de mezkûr normları, mefhumları ve müesseseleri bu kabîl bir umumî - felsefî sistem içinde kavramaya, daha doğrusu onların mevkiini kültür âlemi içinde tesbit etmeğe; bundan başka müsbet hukukla adalet fikri arasında bir irtibat tesisine, müsbet hukuku bir hukuk idesine bağlamaya, böylece olması lâzım gelen hukuku bulmaya çalışır).

Umumî hukuk nazariyesi, hukukun münferit sahalarının teferrüatına girmez, sadece hukukun esas mefhumlarına, esas normlarına ve esas unsurlarına taallük eder. Buna mukabil hukuk felsefesi gerek hukukun heyeti umumîyesini, gerek hukukun muayyen bir müessesesini külli bir zaviyeden felsefî - ilmî tetkikatın mevzuu haline getirir. — Felsefede olduğu gibi hukuk felsefesinde de küllün içinde cüzüleri ve cüzülerin içinde kül araştırılıp tesbit edilmeğe çalışılır.

Buna mukabil «hukuk medhali veya başlangıcı» nın tetkik mevzuu hukuk felsefesi ve umumî hukuk nazariyesinden ayrılmaktadır. Hukuk başlangıcı, *olması lâzım gelen hukuku* bir tarafa bırakır; ve sadece şeniyette mevcut hukukun, yani müsbet hukukun umumî mümeyyiz vasıflarını, hukukun münferit sahalarını ve müesseselerini, hukukun esas mefhumlarını *ansiklopedik şekilde* inceleyen ve açıklayan bir disiplindir. Mamafih

bazan hukuk başlangıcının, hukukun münferit sahalarının ve müesseselerinin tarihi tekâmülünü de incelediği, hukukî - felsefî meselelere de temas ettiği görülmüşse de, tetkik mevzuunu bu derecede genişletmede isabet olmadığı kanaatindeyiz.

Buna mukabil hukuk başlangıcı, umumî hukuk nazariyesinin ihtiva ve münakaşa ettiği meselelere, bilhassa hukukun esas mefhumlarına temas etmek zaruretindedir. — Bir hukuk başlangıcının mevzu ve muhtevasını teşkil eden meselelerin hudutlarını çizip böylece aynı zamanda bir kıstas elde ettikten sonra şimdi muhterem Profesörün eserinin tahliline teveccüh edebiliriz.

— B —

I. Bu kitap «*hukuk medhalî*» ne müteallik bir eserde aranan bütün vasıfları, tam ve matlûp şekilde ihtiva ettikten maada dış mantıkî yapısı itibarile de insicamlı ve vahdetli bir karakter arz etmektedir. Bilhassa şeni hukukun unsurlarının, müesseselerinin ve mefhumlarının izahına tahsis edilmiş olan bahislerin tertibi tam bir mantıkî sıhhati haizdir. Bundan başka eserin muhtevası ve bu meyanda hukuka müteallik problemlerin (mefhumların, normların ve müesseselerin) teşrih, tafsil ve izahı — ilmi derinliklerinden hiç bir şey kaybetmeksizin — vazih şekilde yapılmıştır. — Bu suretle bir taraftan şekil ve esas arasında tesis ve temin edilen ahenk ve diğer taraftan muhterem müellifin, meseleleri vazedişi ve kavrayışı (ele alışı) bakımından, bu eser bir hususiyet arz etmektedir.

Eserin hususiyetini daha iyi anlayabilmek için onu «*hukuk medhalî*» mevzuunda çok uğraşmış bulunan bazı Alman müelliflerinin eserlerle mukayese etmek her halde faideden hali olmasa gerektir. Meselâ: Josef Kohler'in «*Einführung in die Rechtswissenschaft*» namındaki eserinde mevzuun unsurlarını (kısımlarını) gözden geçirecek olursak evvelâ giriş mahiyetinde bir bahse rast geliriz. Bu bahsi temel mefhumlara ve beşeriyetin tekâmül tarihi çevresi içinde hukuk tarihine mütedair umumî mülâhazalar ve izahlar takip etmektedir. Eserin bu umumî kısmından sonra hususî kısım mahiyetinde olmak üzere «*hususî hukuk ve âmmе hukuku*» na ait sahalar ansiklopedik şekilde incelenmektedir.

Adolf Merkel'in, «*Juristische Enzyklopädie*» namındaki eserine gelince : — Burada mevzu başka bir şekilde tasnif ve meseleler başka bir zaviyeden tetkik olunmuştur. Evvelâ umumî mahiyette olarak «*genel hukuk teorisi*» başlığı altında «*hukuk*» un ne olduğu ve hukukun vasıf-

ları incelenmiş, badehu hukukun muayyen mantıkî bir esasa göre bir taksimi yapılmıştır. (Süjeleri bakımından hukukun taksimi; muhtevası bakımından hukukun taksimi; teessüs şekillerine göre hukukun taksimi). Hukukun taksimi meselesini müteakip hukukun teessüsü ve hukukî münasebetler incelenmiş, bunu takiben de hukukun tatbiki, tefsiri ve hukuk ilmi tarzında adlandırılan bahisler tetkik olunmuştur. Ancak bu temellendirici umumî kısımdan sonra hukukun özel dalları hakkında mücmel izahat verilmiştir.

Richard Schmidt'in *Einführung in die Rechtswissenschaft* namındaki eserinde de temellendirici mahiyette bir umumî kısım (hukukî ehemmiyeti haiz hayat münasebetlerinin unsurları; hukuk nizamının unsurları, meselâ normlar; hukuk ve hukuk felsefesi) hususî kısım mahiyetinde olmak üzere âmme hukuku ve hususî hukuk meselelerini ihtiva eden bahislere rast geliyoruz. — Bundan başka maruf hukuk filozofu Gustav Radbruch'un eseri zikredilebilir. Bu eserde hukuk hakkında umumî mülâhazalardan maada hukukun muhtelif sahalarına temas olunmakta ve eserin sonunda hukuk ilminin mümeyyiz vasıfları hakkında izahat verilmektedir. — Nihayet Justus Wilhelm Hedemann'ın *«Einführung in die Rechtswissenschaft* namındaki eserine gelince: — Bu kitap zengin mündericacı, meselelerin vazediliş tarzı ve mantıkî sistematik yapısı itibarile temayüz etmektedir. Mufassal bir girişi müteakip dört kısımda incelenen meseleler şu bahisler altında toplanmıştır: — Genel hukuk teorisi; hukukun tarihî tekâmülüne bir bakış¹, bugünkü hukukun münferit sahalarına bakış; pratik hukukî faaliyete bir bakış!

II. Sayın Profesör Abdülhak Kemal Yörük'ün eseri mantıkî yapısı itibarile bu saydığımız eserlerden daha ziyade Josef Kohler ve Richard Schmidt'in eserleriyle mukayese edilebilir. Burada da temellendirici mahiyette bir umumî kısım ve bunu takiben de hukukun muhtelif sahalarına ve esas meselelerine müteallik münferit ve mütenevvi bahisler mevcuttur. Böyle olmakla beraber bu eser, bu saydıklarımıza nazaran bir hususiyet arz etmektedir. Umumî kısım ve hususî kısım tarzında sarîh bir tasnife rastgelinmemekte ise de mevzuubahs edilen meselelerin yerleri ve tertip sırasına göre eserin bu tarzda iki kısma ayrılması zaruridir. Umumî kısım diye tavsif ettiğimiz bölümün mantıkî - sistematik yapısı mevzuun mahiyetine tamamilen uygun bulunmaktadır. Evvelâ hukuk, mefhum

1 İlmî ve iktisadî cereyanların tarihi de ayrı bir paragrafta incelenmektedir.

bakımından tesbit ve tayin olunmakta, hukuk denilen fenomen, insan ve cemiyet karşısında tetkik ve takdir edilmekte, badehu hukukun menşei bahsine geçilmektedir. (Fenomenin mefhum bakımından tesbitinden sonra onun menşeinin tetkikine geçilmesi tabii ve mantikidir. Evvelâ fenomenin ne olduğu anlaşılmalı ve hudutları tayin edilmeli ki menşeinin tetkik ve tesbiti imkân dahiline girsin).

Hukukun menşei iki zaviyeden tetkik mevzuu olmaktadır : — İnsanlığın tekâmülü ve hukuk! Burada menfaatle hukukun ve müsavatla hukukun yekdiğerine nisbeti inceleniyor. Esasen menfaat ve hukuk, müsavat ve hukuk yekdiğerinin lâzım gayrimüfarıkı unsurlardır. Diğer taraftan hukukun menşei muhtelif mekteplerin görüşlerinin ışığı altında tetkik ve mütalâa ediliyor. Bu mevzuda muhtelif mekteplerin üç grupta toplanması meseleye bir vuzuh ve sarahat vermektedir. — Hukuk mefhumu ve hukukun menşei meselesinden sonra hukuk, bir içtimai hattı hareket kaidesi olarak diğer içtimai hattı hareket kaideleri içinde ve onlarla mukayese edilerek tetkik edilmektedir. Hukuk sosyal garantilerin² sosyal nizamlar sisteminde mütalâa edilmesi icap eden bir fenomendir. Sosyal nizamlar normlardan ve sanksiyonlardan terekküp eder. Bunlar da ahlâk, hukuk, örf ve dindir. İşte müellif, sosyal nizamların bu dört tezahürünü, merkezi sıklet hukuk fenomu üzerinde toplanmak üzere, tetkik ediyor.

Bundan başka eserde «*hukukta müeyyide*» meselesine hususî bir bahis tahsis edilmiş olması tamamiyle yerindedir. Burada evvelâ müeyyide, tarihin seyri içindeki tekâmülü bakımından incelenmiş, bilâhare tahsisan müeyyide ve hukuk, maddî cebir ve Devlet meseleleri mevzuubahs edilmiştir. — Ayrı bir bahis olarak tetkik edilen müsbet hukukun kaynakları bahsi içinde tefsir meselesine de temas edilmektedir. Bilhassa hukukun kaynaklarından kanunun tefsiri mevzuubahs olduğu için tefsirin bu bahiste incelenmesi zaruridir.

Tefsir meselesinde evvelâ muhtelif tefsir şekillerinden bahsedilmekte, bilâhare muhtelif tefsir metodlarının izahına geçilmektedir. Tefsir metodları üç grupta toplanmıştır: Şerhcilik metodu ve tarihî - sosyolojik metod; nihayet bu her ikisini mezceden ilmî metod! — Bu metodlarda merkez sıkletin hangi noktalar üzerinde toplandığı mücmel ve vâzih şekilde açıklanmıştır. — Eserin umumî kısmının mühim bir bahsi de doğrudan doğruya «*içtimai ilimler sistemi içinde hukuk ilmi*» ne tahsis

2) Sosyal garantilerin diğer sistemi ise sosyal sevki tabiiiler ve dolayısıyla egoizm ve diğerendisliktir.

edilmiştir. Bu mevzu etrafında olmak üzere sosyoloji ve hukuk ilmi; hukukî tetkiklerin ilmi karakteri; hukuk tarihi; hukuk felsefesi ve kanun koyucu gibi meseleler tafsil olunmaktadır. Hukuk tarihi ve hukuk felsefesinin ehemmiyetine işaret edilirken şu noktalar belirtiliyor: «Hukukî müesseseler meydana getirir şekilde kurulmuş olan hukuk kaideleri muayyen bir zamanda, muayyen bir cemiyette tatbik edilmekte olan hukuku teşkil eder. Bu hukuk, mevzu hukuktur. Hukuk ilminin ilk işi bu mevzu hukuku doğru olarak öğretmektir. *Fakat mevzu hukuk yaşayan ve tatbik edilen hattı hareket kaidesi olmak itibarile önemi büyük olmakla beraber, hukukî münasebetlerin düzenlenmesini sağlayan kaidelerin bir mecmuası olmaktan başka bir şey de değildir. Hukuk ilminin rolü bunu öğretmekten ibaret kalmaz. Onun, bugünün iyi anlaşılması ve yarının ihtiyaçlarının karşılanması için araştıracağı daha önemli meseleler vardır. Bunları incelemeye, üzerlerine dikkati çekmeye mecburdur.*» s. 60. Bu suretle müellif, «Hukuk» denilen fenomen karşısında ilmi tefekkürün sadece mer'î objektif hukuk nizamına, mevzu hukuka, yani sadece hukuk dogmatigine münhasır «*dar mânada hukuk ilminden*» ibaret bulunmadığına; aynı zamanda hukuk dogmatigini de ihtiva eden *geniş mânada hukuk ilminin dallarını* da ihtiva ettiğine işaret ediyor. Sulp bir dogmatizm karşısında hukukta tarihi ve felsefi tefekkürün (hukuk tarihinin ve hukuk felsefesinin) ehemmiyetleri şöyle belirtilmektedir: «Zamanımızdaki hukuk, geçmişteki şartların mahsulüdür. Zamanın hukukunu iyi anlayabilmek için geçmişin uzak yıllarında aynı isim altında yaşaya gelen hukukî müesseselerin muhtelif devirlerde ihtiva ettiği kaideleri iyice bilmek ve anlamak lâzımdır..... Bugüne gelinceye kadar geçirilen merhalelerin tarihi bilinmek suretile bir hukukçu olmak mümkün olur. Tabii bu değişmeleri bir tablo gibi göstermek maksadı temin etmez. Bunların ne gibi sebepler altında vuku bulduğunu, safhaların birbirlerine nasıl bağlı bulunduğunu anlamak gerekir. Bu suretledir ki, hukukî hâdiselerin diğer içtimai hâdiselerle olan bağlılığının derecesi de görülecektir. Hukuk kaidelerinin ve müesseselerinin, insanların gelişi güzel hevesleriyle tezahür etmediği, keyfin ve arzunun bir eseri olmadığı, bilâkis herhangi bir devirde cemiyetin siyasi, fikri, ahlâkî, iktisadî ve maddî şartlarının bir eseri olduğu, değişme sebeplerinin cemiyetin ifade ettiği terakkilerin değişmesinde mevcut bulunduğu daha iyi anlaşılacaktır.» s. 61.

Yukarıdaki satırlardan hukuk tarihinin ehemmiyeti, fakat aynı zamanda hukuk tarihi ile hukuk sosyolojisinin ehemmiyeti müsteban olmaktadır. Çünkü her ikisi de hukukun cemiyet içindeki illetlerini ve neticelerini (tesirlerini) araştırır. Hukuk tarihi münferit hukuk nizam-

larının ve objektif bakımdan muhtelif kategorilere ayrılmış hukukî sahaların «hukukî mefhumların ve müesseselerin» tekevvünleri ve tekâmülleri meselesile iştigal eder; yani hukukun illetleri ve neticeleri cemiyetin tarihî tekâmül seyri içinde tetkik olunur. — Bundan başka hukuk tarihi geniş mânada alınacak olursa, bu takdirde bu disiplinin mevzuu sadece müsbet (tarihî - şenî) hukukun tekâmülü gibi dar bir çerçeveye sığmaz. Geniş mânada hukuk tarihi adalet fikrinin tekâmül tarihi ile de alâkadardır. (Müsbet hukukun tarihi + Adalet fikri uğrunda-
daki mücadelelerin tarihi veyahut hukuk felsefesi tarihi = Geniş mânada hukuk tarihi).

Müellif, hukuk ilmi mevzuunda bir de hukuk felsefesinin ehemmiyetine temas ediyor: — «Mer'î objektif hukuk nizamını vücade getiren normları ve bunların mazideki istihalelerini tetkik etmekle hukuk ilminin vazifesi sona ermez. Gerçi bugünün hukukunu mazideki hukuk hazırlamıştır. Fakat bugünün hukuku da istikbalin hukukunu hazırlayacaktır. Hukuk ilmi, bugünün hukukunu kavrayabilmek için nazarlarını maziye çevirmekle mükelleftir. Fakat aynı zamanda müstakbel hukukun temellerini de hazırlamak vazifesiyle mükellef olduğu için istikbale de atfınazar etmelidir. Geniş mânada hukuk ilmi, bilhassa hukuk felsefesi bunu yapmalıdır. Bugünün hukuk normları (kaideleri) istikbalin hallerini ve şartlarını karşılamak, tatmin etmek durumunda değildirler.» (*Mukayese ediniz: s. 61 - 62*).

Muhterem müellif, hukuk ilmi, bilhassa geniş mânada hukuk ilmi ile vazı kanunun, faaliyetlerinde birbirlerini tamamlamaları icap ettiğini tebarüz ettirmek sadedinde ileri sürdüğü bu düşünce ve mütalâalarında şu noktalara da temas ediyor: — «Muhafazakârlık duyguları ne kadar kuvvetli olursa olsun, cemiyet hayatının ihtiyaçlarının maruz kaldığı tazyikten doğan şikâyetler hukuk kaidelerinin değiştirilmesini zarurî kılacaktır.» s. 62. İçtimaî ihtiyaçların tesir ve tazyiki ile değişmesi icap eden hukuk kaideleri acaba ne gibi bir ölçüye göre tebeddül edeceklerdir? Her halde bu değişme keyfi bir kıstasa (ölçüye) göre vuku bulmayacaktır. Bilâkis burada «cemiyetin gidişine uygun bir surette mütekâmil bir hukuka erişmek» mevzuubahstir. Bu, daha iyi bir gayeye ulaşmak demektir. O halde bunun için bazı esasları nazarı itibara almak lâzımdır. Bu esasları vazı kanun gözönünde tutmakla mükelleftir. İşte bu noktada hukuk ilmi ve hukuk felsefesi, «yeni ihtiyaçları karşılayacak hukuk kaidelerini tesis etmek isteyen» vazı kanunu tenvir eder. «Bir taraftan, geçmişte yaşamış olan müesseseleri bilen, diğer taraftan başka cemiyetler içindeki hukukî hâdiseleri tetkik eden ve bunlardan ilham alan, dünün hukukunu tetkik ederken yarının hukukunun hazırla-

nacağı yolları aydınlatan ilim adamlarının incelemeleri, araştırmaları sayesinde tatmini gereken ihtiyaçların mahiyetleri ve dereceleri anlaşılır». Müellif bu noktada hukukun, hukuk ilminin ve hukuk ilminin merkezi ehemmiyeti haiz bir meselesine temas ediyor: «Herhangi bir kanunun bir ihtiyacı karşılarken başka önemli ihtiyaçları tazyik edip etmediği tetkik olunur. *Gittikçe kıymet alan insan şahsı* hakkındaki telâkkiler gözönünde tutularak cemiyette rolünü yapabilmesi, vazifesini yerine getirebilmesi için *insan hürriyetini* ne dereceye kadar sınırlandırmak icap ettiği tayin olunur.» s. 62.

Hülâsa bir taraftan hukuk felsefesi ve hukuk ilmi diğer taraftan vazı kanun birbirlerini tamamlarlar, vazı kanun, hukuk kaidesini vazederken «ilmin mütalâalarını gözönünde tutar» aynı zamanda «ihtiyaçları karşılayacak kaideleri sezmeğe çalışırken başka yerlerde tatbik edilerek tecrübe edilmiş kaideleri öğrenmek için ilmin yardımına muhtaçtır.» Nihayet müellif hukuk ilminin ve hukuk felsefesinin vazifesini ve cemiyet içinde hukukun gayesini şöyle belirtiyor: — «Hayat durgun değil, daima hareket halinde akan bir su gibidir; değişme ve gelişme halindedir. Değişiklikler daima uzun yıllar çinde, ağır ağır olmaktadır. Bu sebeple, hukuk ilmi de cemiyet hayatını ve hâdiselerini, geçmişteki düzen şekillerini göstererek ve gelecekteki düzen şekillerini sezdirerek, halihazırdaki düzen şekliyle tetkik ve mütalâa etmek mevkiindedir. — Cemiyette hâkim olan tekâmül kanunu, onun düzenini sağlayan kaidelerden ibaret bulunan hukuka da hâkimdir. Hukuk da değişmekten kurtulamaz. Hakikatte, evvelce de izah ettiğimiz gibi, aslî hukuk fikri daima aynıdır³⁾. Cemiyet içinde *ferdlerin hürriyetle* birlikte yaşanan hayatın icaplarını uzlaştırmak daima zarurî olmuştur ve daima zarurî olacaktır. Hukukun gayesi, bu uzlaşmayı temin etmektir. Fakat bu uzlaştırma yapılırken bir taraftan insanın diğer taraftan cemiyetin meşru menfaatlerini sarsılmaktan koruyacak şartları bulmak kolay bir iş değildir». s. 63.

Müellif, hukukun gayesini, ferdin hürriyetle cemiyetin menfaatlerini uzlaştırmada aramakla telifçi ve mutedil bir noktai nazar temsil ediyor. hukukun hedefi bu itidal noktasına müteveccih olmalıdır. Hukuk, tez ve antitez olarak karşı karşıya bulunan ferd ve cemiyet dediğimiz, iki kıymetin mes'ud bir sentezini vücade getirmeğe yarayan bir imkân olmalıdır. Hukuk, ferdin haklarıyla cemiyetin menfaatlerini telif etmekle, yani *ferdin hürriyet ve menfaatleriyle diğerlerinin hürriyet ve menfaatlerini* uzlaştırmakla aynı zamanda kendine hâs kalıyeti de gerçekleştirmiş,

3) S. 2-3.

kısaca kendini bulmuş ve gerçekleştirmiş olacaktır. Mâna ve kudretini adaletten alan, imkânlarının hududunu realitelerde bulan hukuk, insanların bir arada toplu bir halde yaşamalarını temin eden bir ahenk ve tevazün kanunudur. «Hukukun gayesi ferdin hürriyetile cemiyetin menfaatlerini telif etmektir» sözü, kanaatimizce, işte bu mânayı tazammun eder.

Muhterem müellifin hukuk tarihi, hukuk ilmi, hukuk felsefesi ve vazı kanunun yekdiğerine nisbeti meselesi hakkındaki kanaatleri üzerinde bilhassa durmamızın sebebi: — İlmî tefekkür faaliyeti ile teşriî faaliyetin yekdiğerine nisbeti ve yekdiğerini tamamlaması meselesinin hukuk felsefesinin ve hukuk ilminin merkezi ehemmiyeti haiz meselelerinden biri bulunmasından ileri geliyor. Saniyen ferdle cemiyet arasındaki münasebetler ve bu münasebetlerin adalet ve hukuk prensiplerinin ışığı altında, yani âdilâne tanzimi meselesi hukukun, bilhassa hukuk felsefesinin can alacak noktalarından biridir. Hattâ diyebiliriz ki ferdi hürriyet dediğimiz şey, belki de ferdle cemiyet arasındaki münasebetlerin mümkün olduğu kadar adilâne tanziminden başka bir şey değildir. Gerçi müellif, ferdi hürriyetin bu mânada anlaşılması icap ettiğine dair herhangi bir işaret ve imada bulunmuyorsa da, *ferd* ve *cemiyetin* ve bu iki kıymet müvacehesinde hukuka, vazı kanuna terettüp eden vazifenin ehemmiyetini tebarüz ettirmekle meselenin kardinal mânasını da belirtmiş oluyor.

İşte, maruzatımızın başlarında da tesbit ettiğimiz «hukuk felsefesinin mevzu ve vazifeleri» ne bunlar da dahildir. — Yalnız bir mesele kalıyor: — Ferdle cemiyet arasındaki münasebetlerin adilâne tanzimi meselesinde ferdi insan mı, yoksa cemiyetten mi hareket etmek lâzımdır? yani bu iki kıymetten hangisi diğlerinden üstündür? Şurası muhakkaktır ki cemiyet (ve Devlet) ferdsiz, insansız mümkün değildir, insan, kıymetini kendi içinde taşıyan bir ferdiyet, bir şahsiyet olduğuna göre *insanla cemiyet arasındaki münasebetlerin*, bilhassa *ferdi hürriyetle*, *insanın sübjektif haklarıyla cemiyetin menfaatlerinin* düzenlenmesinde ve denkleştirilmesinde ve bunların izahı meselesinde *insanı* hareket mebdei ittihaz etmek lâzımdır. — Muhterem müellif, ferdin menfaatleriyle cemiyetin menfaatlerinin telifinde hukuka terettüp eden yüksek vazifeyi tebarüz ettirirken ferdin menfaaterile cemiyetin menfaatlerini iki rakip olarak karşı karşıya ikame ediyor (s. 63). Bu iki rakip arasında matlûp ahengin temini hukuka, kanuna havale ediliyor. Bu ahengin temininin hukuka ait olduğu keyfiyeti gayet tabii olmakla beraber acaba hukuk, bu ahengi temin ederken bunlardan hangisini hareket mebdei ittihaz edecektir? Yukarıda da işaret etmek istediğimiz gibi kanaatimizce hukuk (kanun),

hukuk ilmi ve hukuk felsefesi «*insan*» dan hareket ederek ferdle cemiyet arasındaki menfaatleri ve münasebetleri tesbit ve tayine çalışmalıdır. — Süje olmadan obje tasavvur edilemez. Bunun gibi *insan, ferd ve insanın tabii hakları ve hürriyetleri* kabli olarak vazolunmadan da medeni bir cemiyet kabili tasavvur değildir. Bu itibarla ferdle cemiyet arasındaki menfaatlerin ve münasebetlerin hukuk tarafından nasıl denkleştirilmesi icap ettiği ciheti araştırılırken halledilmesi icap eden birinci nokta, işte budur. (Müellif bu meselelere âmme hukuku sübjektif haklarından umumî haklar bahsinde de temas etmektedir. s. 145 ve müteakip).

Hülâsa muhterem müellif, eserinin bir çok noktalarında hukuk ilminin merkezî ehemmiyeti haiz bu problemine temas ediyor. Ve temas etmekle de hukuk ilminin ve hukuk felsefesinin birinci derecede kıymeti haiz meselelerinden birine lâyık olduğu ehemmiyeti vermiş oluyor. Bizim burada bu bahis üzerinde biraz fazlaca durmamızın sebebi, sayın profesörün bu meseledeki noktai nazarını tebarüz ettirmek isteyişimizden ileri gelmektedir.

«*Hukuk ilmini*» takip eden bahis «*mevzu hukuk*» dur. Burada hukuk normlarının iki büyük sahaya ayrıldığını görüyoruz: — Hususî hukuk ve âmme hukuku! Ayrıca bu iki sahanın tali sahaları mücmelen izah edilmekte, hususiyetleri belirtilmektedir. (S. 64 - 90).



Eserin umumî kısmı hakkındaki bu maruzatımızdan sonra şimdi «*hukukun temel mefhumları*» başlığı altında toplanan «*hususî kısım*» a teveccüh edebiliriz (S. 91 ve müteakip). Bu kısımda evvelâ şahıs, hukukî ehliyet ve hak objeleri tetkik edilmiş, müteakiben (s. 91 - 124) sübjektif hakların izahına geçilmiştir: — Hukukun temel mefhumlarının tesbitinde şahıs mefhumundan hareket etmekte hem mantıkî hem de etik zaruret vardır. Çünkü evvelâ hak süjelerinin tesbiti lâzımdır. Hukukun temel mefhumlarını vahdetli bir bütün halinde tesbit ve izah edebilmek için evvelâ hangi varlıkların, hakların hâmile olabileceği cihetinin tayini tabii ve zaruridir. Ancak şahıslar, yani *akıl ve irade ile mücehhez varlıklar*, daha doğru bir tâbirle *iradî bir karara müsteniden veyahut hali hazırda verilmiş iradî bir kararla müstakbel hareket tarzını tayin edebilme iktidar ve kabiliyetine sahip varlıklar* hakların, (sübjektif hakların) hâmile olabilirler. — İşte hak süjesi dediğimiz ve her hukuk nizamının temelini teşkil eden bu kardinal mefhumun evvel emirde vazedilmesi

lâzımdır ki hukukî ehliyet meselesi tetkik mevzuu olabilsin; Esasen hak süjesi mefhumile hukukî ehliyet meselesi yekdiğerinin lâzım gayrı müfarikidir; daha doğrusu *hak süjesi* mefhumu, hukukî ehliyet mefhumunun ve aynı zamanda sübjektif hakların mantıkî şartı evvelidir. Bu itibarla hak süjesi, hukukî ehliyet ve sübjektif haklar meselesi bir arada tetkik edilmiştir (s. 92 - 147). Bunlardan biri diğeri mantıkî ve etik zaruretle intaç eder. Bu mevzu etrafında olmak üzere hak objelerini (malları) zikretmek lâzımdır; çünkü mallar hak süjeleri (şahıslar) arasında vücut bulan hukukî münasebetlerin taallük ettiği hak objeleridir. Binaenaleyh bunların da hak süjeleri ve hukukî ehliyet meseleleriyle birlikte tetkiki sistematik bakımdan doğrudur.

Müellif, malları (hak objelerini) muhtelif zaviyelerden muayyen tasniflere tâbî tutup inceledikten sonra yine hukukun kardinal mefhumlarından biri olan sübjektif hakların tetkikine geçiyor (s. 125 - 147). (Hususî hukuk sübjektif haklar, s. 125 - 144) ve (âmme hukuku sübjektif hakları, s. 144 - 147). — Sübjektif haklara oldukça mufassal bir bahsin tahsis edilmiş bulunması tamamiyle yerindedir. Çünkü sübjektif hak mefhumu gerek âmme hukukunda gerek hususi hukukta, fakat aynı zamanda hukuk felsefesinde önemli rol oynamaktadır. Sübjektif hak mefhumunun hukuk felsefesindeki öneminden bahsederken onun *tabii hukuk* muvacehesindeki mevkiini kastediyoruz. Burada bir kere pozitivistlerin görüşü nazarı itibara alınabilir. Fakat bu görüş, sübjektif hakkın menşei meselesini tatmin edici bir şekilde halletmiyor. Şöyle ki : — Sübjektif hakların objektif hukuk nizamından istihracı lâzımdır. Yani ancak objektif hukuk nizamı tarafından bahş ve tahsis edildikleri takdirde sübjektif haklar mer'idir. Bu keyfiyet ise sübjektif hakların tekrar objektif hukuka irca edilmelerinden başka bir şey değildir. Halbuki sübjektif hakların objektif hukuktan ayrı bir varlığı ve mer'iyeti olmak lâzım gelir. Çünkü objektif hukuk, aslına bakacak olursak, müsbet hukuktan başka bir şey değildir. Halbuki müsbet hukukun karşısında başka bir hukuk sistemi vardır. Bu da sübjektif haklar sistemidir. Sübjektif hak, objektif hukuktan farklıdır ve objektif hukuka irca edilemez. Diğeri taraftan sübjektif hak, ancak objektif hukuktan müstakil olduğu, mer'iyet ve âmiriyetini objektif hukuktan almadığı takdirde ayrı ve müstakil bir kıymeti haizdir. — Bundan başka sübjektif hakkın objektif hukuka zamanî bakımdan da takaddüm etmesi lâzımdır. Yani objektif hukuktan ayrı bir «*sübjektif tabii haklar sistemi*» nin mevcudiyetinin kabulü haklı ve zarurî bir noktaî nazardır. Bu sistem, objektif hukuk tarafından ilga edilemez. Bu görüşü son bir tahlil ile şu formüllerle ifade edebiliriz.: — Sübjektif haklar, ferdin sübjektif tabii hakla-

rıdır. Ferdin fert olarak, insanın insan olarak bir takım tabii müktesep hakları, fitrî ve tahrip edilemez hakları vardır.

Muhterem müellifin, eserinde umumiyetle sübjektif haklara esaslı bir şekilde ehemmiyet vermesi, meselenin mahiyetine tamamen uygundur. — Bundan başka hak süjesi, hukukî ehliyet, hak objeleri ve sübjektif haklar gibi problemlerin tetkikini *hukukî neticesi olan fiillerin* ve bu meyanda bilhassa *hukukî muamelelerin takip* etmesi, mevzuun istinat ettiği mantıkî - sistematik düşüncenin icaplarındandır. Çünkü evvelâ bu saydığımız meseleler tetkik edilmelidir ki ondan sonra hukukî muamelelerin tetkiki imkân dahiline girebilsin! Fakat diğer taraftan da hukukî muamelelerin müstakil bir bahis halinde incelenmesi de ehemmiyetlerine binaen zarurîdir. Çünkü hukukî muameleler olmaksızın sübjektif haklar herhangi bir pratik kıymeti haiz olamaz. Zira, hukukî muameleler, şahısların, hak süjelerinin, sahip oldukları sübjektif hakları gerçekleştirmeğe, şenileştirmeğe yarayan bir takım imkânlardır. Ve bu imkânlar bir takım hukukî münasebetlerde tezahür ederler. Daha doğru bir tâbirle sübjektif haklar, şahısla şahıs veyahut şahısla eşya arasındaki münasebetlerde şenileşme imkânlarını bulurlar.

«*Hukukî muamele*» mevzuunda bir de hukukî muamelenin unsurları meselesi ehemmiyet kesbetmektedir. Bu da ayrı bir bahis halinde tetkik edilmiştir (s. 158 - 173). Nihayet eserin son bahsini doğrudan doğruya hukukî fiiller teşkil etmektedir. Burada hukuka uygun ve hukuka aykırı hukukî fiiller ve bu meyanda kusur meselesi incelenmiştir (s. 174 - 176). Bundan başka hukuka aykırı fiilleri meşru kılan sebeplerin de tetkiki mevzuun mahiyeti icabındandır (s. 176 - 180).

III. Maruzatımızın başında da söylediğimiz gibi bu eser, Josef Kohler ve Richard Schmidt'in eserleriyle mukayese edilebilir. Fakat bununla beraber bu eser gerek dış mantıkî yapısı gerek muhtevası itibarile bir özellik arz etmektedir. Bilhassa lüzumsuz izahattan kaçınılmış olması, dikkat ve alâkanın hukukun *can alacak noktaları* üzerinde toplanması, keskin hatlarla ve meselelerin ilmî derinliklerine hâlel vermeksizin, hukukun mümeyyiz vasıflarının, münferit sahalarının ve mmüesseselerinin; hukukun temel mefhumlarının veciz bir tablosunun çizilmiş olması bir «*hukuk başlangıcı*»nın gerçekleştirmekle mükellef bulunduğu vazifenin yerine getirilmiş olduğuna kesin bir delildir.

İşte bu sebeple, memleketimizde sayısı az olan «*hukuk başlangıcı*» eserlerinin içinde her halde mümtaz bir mevki işgal eden bu kıymetli kitabı okuyucularımıza tavsiye etmeği zevkli bir vazife biliriz.

O. M. Ç.

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 85); Birinci bölüm *Sentetik İzah I. İcra* (ikinci bası) 1948, 390 sahife; İkinci bölüm *Metinler ve İzahı* (ikinci bası) 1950, 335 sahife.

I. — Eserin metodu :

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra ve İflâs Hukuku kürsüsü Ord. Profesörü Mustafa Reşit Belgesay 1948 yılında yepyeni bir metodla yazmaya başladığı *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* eserini iki yıllık titiz bir çalışmadan sonra ikmal etmeye muvaffak olmuştur.

Bu eserde tatbik olunan yeni metodun hususiyeti bilhassa şerh ve sistematik usullerden her birinin inkâr olunamayan faydalarının her iki usul aynı eserde mezolunarak bir araya getirilmiş olmasıdır. Gerçekten şerh usulünde kanun hükümleri daha iyi anlatılmakta, tatbikat şekilleri daha iyi gösterilmekte ve bu suretle hukuk san'atını fiilen tatbik eden avukatlarla hâkimler hergün karşılaştıkları müşkül problemlerin halli hususunda mesele üzerinde fazlaca zihin yormadan aradıklarını kolaylıkla bulabilmektedirler. Fakat, bu usul tatbikatçıları yormakla beraber hususile onların sık sık karşılaştıkları hukuk meseleleri üzerinde fazla belki de hiç düşünmelerine imkân bırakmadığından canlı hâdiselere uygun suretle tatbik olunabilmek için dinamik olmak lâzım gelen hukuk tatbikatını statik ve meflûç bir hale getirmekte, hukuk ilminin ruhunu öldürmekte ve yavaş yavaş tatbikata cevap veremeyen bir nevi nasçılık haline getirmektedir. Bu noktadan hususile tedris programlarında tatbik olunacak sırf şerh usulü hukuk ilminin tekâmül yolunda ilerlemesine mâni olarak zararlı olduğu için nazari hukuk tedrisatının da gayesine zıt bir metod olarak tezahür etmektedir. Şerh usulünde sentetik usulün aksine olarak hukukun ilmi icaplarına göre prensiplerini anlatmak kabil olmadığı gibi, tekâmülü sağlayan kritik fikirler de yürütülememektedir. Bu itibarla daha ziyade amprik olan şerh usulü hukuk ilminin tekâmülüne değil, belki hukuk san'atının dar bir zaman içerisindeki pratiklerine, skolastik bir zihniyetle gelişmiş güzel tatbikine hizmet etmektedir. Halbuki hukuk kaideleri kanun vazınının fantazi veya buyruğu yahut da kaprislerinin tatmine yarayan vasıtalar değil, bilâkis fertlerin tabii şartlarına uygun olarak yaşayabilmelerini temin için tanzim olunmuş ve sosyal hayatın düzenini sağlayan beşerî nizam kaideleri olduklarından, onları sadece oldukları gibi değil, nasıl olmaları lâzım geldiği şekilde incelemek elzemdir. Bu bakımdan kanun normlarının hukukî valörü üzerinde düşünürken ideal olan bir *lex feranda* fikrini daima göz-

den uzak bulundurmamak ve bu fikri hukuk ilmine olduğu kadar kanun yapma ve tatbik etme san'at veya tekniğine de aydınlık veren eklektik bir gaye olarak kabul etmek lâzımdır.

İlmî bilginin ilk vasfı öğretimini mücerret metoda değil, bilâkis müsbet metoda bağlamış olmasına, müsbet metod ise eski ilmin otorite metodu demek olmadığına göre, tahlil ettiğimiz eserde Profesör Belgesay'ın kabul ve tatbik etmiş olduğu yeni metod eserin ilmî gayelerine, hususile bu eseri dikkatle okuyacak olanlara lâzım gelen sağlam bilgiyi verebilmeye yetmektedir.

Prof. Belgesay tarafından tatbik olunan yeni metod İcra ve İflâs Hukuku Şerhi eserini eski basılarından farklı olarak çok daha ilmîleştirmiştir. Gerçekten, bizce ilim Sombart gibi bazı mantıkçıların eserlerinde işaret etmiş oldukları gibi sadece ve mücerret metodlu çalışma değildir; kezalik ilmî meselelerle meşgul olmaktan zevk alan kimseler meşgul oldukları ilmî meselelerde sırf kendi mevzularına ait belli ve muayyen bir metod kabul ve tatbik etmiş oldukları için âlim vasfını kazanamazlar. Çünkü, tatbik olunan her metod her bilgiye ilmî hakikatlerin istihracını kazandırmakta ve binaenaleyh daima ilmî bir karakter bahşetmemektedir. Kabul etmek lâzımdır ki, methodsuz ilim olmadığı gibi her metodla da mutlaka ilim yapılabileceği iddia olunamaz. Binaenaleyh, bir eserde tatbik olunan metod eserin ilmî gayeleri bakımından rasyonel değilse, o esere sırf metodla yazılmış olduğu için ilmî sıfatı bahşolunamaz. İşte bütün bu noktaları yıllardanberi gözönünde bulunduran muhterem Prof. Belgesay Hocalık ve Avukatlıkla meşgul olduğu uzun yıllarda yorulmak bilmez emekli çalışmalarının canlı tecrübelerine dayanarak şerh ve sentetik usullerin bir arada tevhit olunabilmesinin sırrını keşfetmek için çok zihin yormuş ve nihayet muvafık karşıladığı yeni metodunun verimlerini yeni İcra ve İflâs Kanunu Şerhi eserinde tecrübe etmek istemiştir. Bu tecrübelerin müsbet neticeeri hiç şüphe yok ki bir kaç yıl içerisinde belli olacaktır.

Prof. Belgesay sözü geçen eserinin önsözünde tatbik ettiği yeni metodun mucip sebeplerini şöyle izah etmektedir :

«Sentetik metod hukukun prensip ve teorilerini izah bakımından kanun şerhine üstün olmakla beraber tamamen onun yerini tutamayacağı tabiidir. Sentetik metod hukukun tekâmülünün takibini ve çeşitli kaideler arasında irtibat ve münasebetlerinin belirtilmesini kolaylaştırır, fakat bu metodla prensip olmayan maddelerin izahını, hattâ zikrini ihmal etmek zarureti vardır, yoksa, bütün dikkat prensipler üzerinde tekâsüf edemez. Sentetik metodla yazılan kitaplar kanun metinleri ile tamamlanmazsa faydeleri mahdut kalır. Bundan başka sentetik metodla yazılmış bir kitapta

aynı madde muhtelif bakımlardan muhtelif bahislerde izah edileceğinden okuyucuların aradıkları meseleyi bulmaları da pek kolay değildir.

Bundan ötürü, kitabımıza eklediğimiz ikinci bir bölümde maddelerin metnini yazarak her madde altında birinci bölümde verdiğimiz izahatı hülâsa ettik. Birinci bölümde doktrinal bakımından faydası az olması itibarile yazılmamış olan mahkeme içtihatlarını da bu bölümde gösterdik. Böylece ikinci bölüm birinci bölümün madde sırasile analitik bir fihristini dahi teşkil etmektedir.»

Yukarıki fikirlerinden mütehasıl kanaatle diyebiliriz ki, Prof. Belgesay İcra ve İflâs Kanunu Şerhi eserinde kabul ettiği yeni ve rasyonel metodu ile takip hukukunda ilim, takip hukuku ilminde ise pratik fayda mülâhaza etmekte; takip hukukunu hem teori ve kıstaslarını göstererek ilmileştirmek, hem de takip hukuku ilminin nazari değerini canlı hâdiseler üzerindeki pratiklerle kıymetlendirmek istemektedir. Bu suretle tatbik olunan yeni metodla biri ilmi (scientifique), diğeri ise tatbiki (applicable) iki temayülün bir arada mezzolunmak istendiği görülmektedir, ki, Profesörün yayınladıkları son eserlerinde hep bu iki temayülün bir arada meczi suretile vücuda getirilen tabir caizse *ilmî bir coexistence* vardır.

Prof. Belgesay yeni metodunda takip hukukunda da mutlak izafilik (relation) kabul etmediği gibi hukukun felsefesile meşgul olan bazı müelifler gibi canlı ve aktüel hâdiselerin hukuktan mücerret olarak durmadan (perpétuel) akışına ve sonra da ufulüne inanmamaktadır¹. Gerçekten, hukukta izafiliği mutlak olarak değil, bilâkis canlı ve aktüel hâdiselere izafetle kabul etmek ve mümasil hâdiselerde hukukun tenevvü göstermediğini anlamak doğrudur.

Hocamız Prof. Belgesay'ın da kabul ettikleri gibi, mantık kaidelerini ve lojik metodu hukukta daima tatbik edebilmek kabil olmamaktadır². Çünkü, hukukta her şeyeniyet tasavvuru (conception) muayyen bir inanışa lojik bir kat'iyetle bağlı değildir. Bu itibarla, meselâ Heraklit'in iyilik ve kötülük öklemlerinin aynı şey oldukları ve bunlar arasında aykırılık bulunmadığı faraziyesine kıyasen hukukta da müşabih mefhumlar arasında, meselâ hüsnüniyetle suiniyet arasında mutlak bir ayniyet (identité) veya teradif (synonymie) bulunduğu iddia olunamaz. Binaenaleyh,

1) Bertrand Russel'in muhtelif Amerikan Üniversitelerinde verdiği orijinal fikirlerinden mütehasıl konferanslarından mütesekkil olan *Knowledge of the External World as a Field Scientific Method in Philosophy* adlı eserine bakınız.

2) Hocamızın lojik hakkındaki fikirleri için bakınız: Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, C. III, shf. 6. Nq. 461 ve müt.

hukukçu hukukî şeyniyetleri kuvvetle tasavvur edebilir, hattâ bunlar üzerinde duygularının suretleri, image'ları altında kuvvetli fikirler de ilham edebilir, fakat positif hukuk muvacehesinde daima pratik hal suretleri gösteremez; hukuk canlı hâdiseleri ve bu hâdiseler arasındaki kompleksleri ifna edemez, sadece halledebilir; sosyal hâdiseleri fizik gibi mekanik gibi bir takım tabiat hâdiselerine benzeterek kesin neticeli hükümler aramak, hattâ basit tahminlerde bulunmak her zaman, hattâ ahvalin büyük ekseriyetinde kabil değildir. Bununla beraber Rönesans Avrupasından bugüne kadar intikal eden devirlerde sosyal problemler üzerinde de kafa yoran feylosof ve bilginler sık sık bu çareye başvurmakta kendilerini alamamışlardır. O kadar ki Durkheim bile sosyoloji metodunun kaidelerine dair kuvvetli eserinde fertle cemiyet arasındaki başkalığı ispata çalışırken, bir kimya terkininin kendi özünü meydana getiren maddelerden ayrı bir şey olduğunu kat'î surette ileri sürerek müsbet ilimlerde daima isbatlı görülmeyen benzetme ve mukayese metoduna istemeden mutlak bir karakter tanımıştır.

Şu hale nazaran, hukukçu hukuku hukukî şeyniyet olarak değil, bilâkis positif bir zemin üzerinde düşünmek ve onu daima tatbikata göre ayarlayarak kıymetlendirmeğe çalışmak lâzımdır. Bu gayeye varabilmek için de her zaman bütün unsurlarile kavranılamayan dâva veya nizaları tıpkı şairler gibi teşbih ve istiare kaidelerine ancak icabında başvurarak bir dereceye kadar çözmeye çalışmak dâvanın mahiyetini aydınlatmakta faidelidir.

Prof. Belgesay'ın yeni İcra ve İflâs Kanunu Şerhi takip hukukunun hem teorilerini hem de tatbikatını izah ettiği için nazariyatçı, tatbikatçı takip hukuku meselelerinde tenevvür etmek isteyen her hukukçuyu tatmin edecek bir eserdir. Gerçekten, eserin birinci bölümü hukuk ilmiyle meşgul bulunanlara teorik ve sentetik bilgi vermekte ve positif kanun hükümlerinin gerekçeleri üzerinde yürütülen rasyonel kritiklerle takip hukukunun ilmi izahını ve sistematüğini yapmaktadır; eserin ikinci bölümünde ise teoriler üzerinde fazlaca durulmadan hukuk san'at veya tekniğinin pratik icaplarına göre her kanun maddesi altında gerekli izahat verilerek icra ve iflâs hükümlerinin tatbikatı aydınlatılmaya, kanun hükümlerinin tatbik sahaları gösterilmeye çalışılmıştır. Bu suretle Profesör sözü geçen eserini hem nazari etüd yapmak isteyenlere, hem tatbikatçılara ve iş sahiplerine, hem de nazariyat ve tatbikatın esas prensiplerini birlikte olarak öğrenmek istirarında olan talebelere ve genç hukukçulara faydalı bir hale getirmiştir.

Eserin birinci bölümünde ileri sürülen teorik fikirler kanunun ileriki islâhında gözönünde bulundurulup benimsendiği takdirde eser kabul

ettiği teorilerile ilmi gayesine kavuşmuş olacak, tatbikat ise bu teorilerin ışığı ile kanunun garantisi altında daha ziyade tenevvür etmiş olacaktır.

Aynı kürsünün Doçenti değerli meslekdaşım Dr. İlhan E. Postacıoğlu da Profesörün sözü geçen şerhinin kabul ettiği yeni metod itibarile iki rolü olduğunu kabul etmektedir. Muhterem meslekdaşıma göre, «evvelâ üstadın hazırlamış olduğu icra ve iflâs kitaplarının bir nevi mufassal fihristi vazifesini görmek; bu suretle tatbikatçıyı ilgilendiren maddelerin sentetik eserde hangi sahifelerde izahlara tâbi tutulduğunu bir bakışta anlamak mümkün oluyor. Bu şerhin ikinci vazifesi de kanun metninde yer alan hükümlerin yanında bunların tefsiri suretile varılacak hükümlerin nelerden ibaret bulunduğunu tesbittir. Burada sayın Profesör bu hükümlere ne gibi bir muhakeme ile vasil olduğunu beyan etmemiş, sadece varmış olduğu neticeyi bildirmekle iktifa eylemiştir. Böylelikle sayın müellifin herhangi bir madde hakkında belirecek muhtelif hal tarzlarından hangisine taraftar olduğunu ilk bakışta anlamak imkânı sağlanmış bulunuyor. Bunun bir faydası da talebeye bir nevi hatırlatıcı kitap vazifesini görmesi ve aynı zamanda talebelerin daha Fakülte sıralarından itibaren kanun metni ile yakın bir temasını temin eylesidir»³.

II. — Eserin Muhtevası ve Eserde Analiz Edilen Başlıca Meseleler :

A. *Adli İcranın Lüzumu Meselesi.*

Adli icranın mı yoksa kendiliğinden veya hususî icranın mı kabulü daha doğru olduğu ve bir adli icraya lüzum olup olmadığı meselesi modern takip hukuku doktrininde müsbet görüşler tekarrür edinceye kadar müellifler arasında münakaşa konusu olmuştur. Yeni hukuk kendiliğinden ihkakı hak meselesini suç addettiği için velev hak sahibi olan kimselerin, hattâ ellerinde kesinleşmiş mahkeme ilâmı olan alacaklıların haklarını kendi kendilerine hususî vasıtalara müracaat ederek alabilmelerine âmme intizamı mülâhazasile müsaade olunmamıştır. Okadar ki, modern takip hukukunda kendiliğinden veya hususî icra mefhumunun mânası değişmiştir. Bugünkü takip hukukunda kendiliğinden veya hususî icra terimi, bir şeyin yapılmasına müteallik borcun borçlu tarafından yapılmaması halinde yetkili mahkemenin usulü dairesinde istihsal edilen iznine müsteniden bizzat alacaklı tarafından yapılmasına delâlet etmektedir⁴. Gerçekten,

3) Bz. I. E. P. Ist. Baro Dergisi, Haz. 1950.

4) Bz. *İcrada Hukuk*, kitabımız shf. 48, No. II. 122.

Borçlar Kanununun 97 nci maddesi bir şeyin yapılmasına müteallik borç borçlu tarafından kendiliğinden eda edilmediği takdirde alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere borcun bizzat kendisi tarafından ifasına müsaade olunmasını bu yüzden ileri gelen her türlü zarar ve ziyanı ile birlikte mahkmeden talep etmeye hakkı olduğunu kabul etmiştir. Şu şartla ki, Yargıtay Ticaret Dairesinin de 653/760 sayılı kararında kabul ettiği gibi borçlunun taahhüt etmiş olduğu borcun ifası hususunda mütemerrit olup olmadığı yeter derecede tespit edilebilmiş olsun⁵⁾.

Sayın Prof. Belgesay hak sahiplerinin eşya üzerinde kuvvet sarfederek veya şahıslara karşı cebir ve şiddet vasıtalarına başvurarak hak almalarını hukukun gayesine uygun görmemekte ve bu fikrini şu mucip sebeplerle varit ve makul göstermektedir : «... ferdin iddia ettiği hakkın varlığı evvelâ muhakkak değildir, sonra muhakkak olsa bile, hakkını hasis düşüncelerle lüzumsuz tazyik vasıtalarına başvurarak almasından korkulur». Hakkın cebri istifası salâhiyeti tarafsız olan icra memurlarına tevdi olunmazsa âmme intizamını koruyabilmek kabil olmaz. Devlet memurları hakların ihkakında lüzumsuz şiddet vasıtalarına müracaat etmeden itidal ile hareket ettiklerinden ve ancak lüzumlu tedbirlere başvurduklarından bu hareket tarzı hukukun gayesine uygun olur. Bununla beraber Prof. Belgesay bütün diğer müellifler gibi cebir ve şiddet vasıtalarına müracaat etmeden kendiliğinden veya hususi icrayı kabul etmektedir.

B. İcra ve İflâs Kanununun Tatbik Sahası.

İsviçre Kanton Hukukunda olduğu gibi Devletin âmme hukuku alacakları ancak haciz yolunda ve İcra ve İflâs Kanununun umumî hükümlerine tevfikân takip edilmediğinden ve muhtelif hususi hukuk kanunlarında da cebri icraya müteallik hususi hükümler sevk edilmiş olduğundan, Türk takip hukukunda İcra ve İflâs Kanununun diğer kanun hükümleri karşısındaki tatbik sahasını göstermek lüzumu hasıl olmuştur. Bu suretle Prof. Belgesay İcra ve İflâs Kanununun tatbik sahasını açık ve kesin olarak gösterebilmek için Tahsili Emval, Ticaret, Ziraat Bankası

5) Borçlar Kanununun 97 nci maddesi tatbik olduğunda borcun sukutunu mucip olan alacaklılık ve borçluluk sıfatları aynı şahısta içtima etmiş olmaz. Çünkü, alacaklı kendi hesabına, fakat borçlu namına onun mümessili sıfatıyla hareket etmektedir. Bu itibarla değerli meslekdaşım H. Sungur'un da Borçlar Kanunu ve Tatbikatı adlı kitabında kabul ettiği gibi «alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı şahısta birleşmesiyle borç ancak ifanın imkânsızlığı hududu dahilinde sabit olur». Bz. C. 1, shf. 359.

ve Medeni Kanunun ilgili hükümlerini ayrı ayrı incelemiş ve bazen yeri düştükçe bu fasıllar arasında bazen de takip eden fasıllarda tüzük ve yönetmeliklerden, Yargıtay içtihatlarından, kanunun tatbik tarzından, örf, içtihatlar ve doktrinden, mukayeseli hukukun öneminden, İc. ve İf. K. nun istilâhlarından, hüsnüniyet kaidesinden, sübjektif hüsnüniyetten, icra memurunun takdir yetkisinden, Borçlar ve Medeni Kanununun umumî hükümlerinden, ve İcra Kanununun makabline şumulünden bahsetmiştir.

İcra ve İflâs Kanunu Şerhi eserinin üçüncü babında cebri icra makamlarından bahsedilmiştir. Bu babda hususile mahkemelerle cebri icraya memur makamların fonksiyonları, vazife ve salâhiyetleri tayin olunmaktadır. Bu arada cebri icranın tatbikatında kanunun alacaklılara tanıdığı hususî salâhiyetlere de temas eden müellif, idare memurlarının salâhiyetlerinin tayini meselesinde hususile polisin icra memuruna itaati meselesinde durmuştur.

C. Polisin Cebri İcra İşlerinde İcra Memurunun Emirlerine İtaati Meselesi.

Prof. Belgesay'a göre, icra veya haciz memurunun vazifesi cebri icra olmakla beraber cebir kullanabilmek salâhiyeti yoktur. Binaenaleyh, icra veya haciz memuru cebri icra yapabilmek ve gerektiğinde borçlunun fiili mümanaatını silâh kuvvetile kırabilmek için icabında zabıtaya müracaat ederek zabıtaban fiili yardım talebinde bulunacaktır. İşte bu halde icra memurunun zabıtaya emir vermek salâhiyetinin ve zabıtabanın da bu emirlere itaat mecburiyetinin şumulünü tayin çeşitli kanunların hükümleri muvacehesinde oldukça nazik bir mesele teşkil etmektedir.

Prof. Belgesay'a göre, icra memuru mücbir haller haricinde müracaatını yetkili zabıta âmirine ve yazılı olarak yapmalıdır. Fakat, buna rağmen zabıta âmiri memurun maiyeti olmadığından onun her emrine mutlaka itaate mecbur değildir. Zabıtabanın itaat mecburiyetini kanun emretmiş olduğundan, bu mecburiyetin şumulü de yine kanun hükümleriyle taayyün etmek tabiidir. Bir halde ki mevcut kanun hükümleri üzerinde icra memuru ile zabıta arasında ihtilâf çıktığından veya zabıta icra memurunun emrine sebepsiz itaat etmediğinde icra memuru idari hiyerarşiye uyararak sırasile üst mercilere müracaat etmelidir.

İcra ve İflâs Kanununun 81 inci maddesine göre, tekmiil zabıta memurları ve köylerde muhtarlar icra memurunun cebri icraya müteallik emirlerini ifa ile mükelleftirler. Şu var ki, Anayasa âmirin kanuna muhalif emirlerine itaat eden memuru mesul ettiğinden, zabıta memurlarının emrin kanuna uygun olup olmadığını araştırmadan gözü kapalı itaat

mecburiyetleri yoktur. Aksi takdirde icra memurunun kanunsuz emirlerini icra eden zabıta memuru icra memurunun şahsî mes'uliyetine iştirak etmiş olur. Şu var ki, Türk Ceza Kanununa göre, salâhiyetli merciden verilmiş olan emrin infazı vazifeten zarurî bulunuyorsa emri icra eden zabıta memuruna cezaî mesuliyet terettüp etmez. Polis herhalde İcra Kanununun memurun takdirine bıraktığı ve açıkça kanuna muhalif addolunamayan meselelerde icra memuruna yardım etmek ve onun cebri icra sâdedinde verdiği emirlerini derhal yerine getirmek mecburiyetindedir. Aksi takdirde âmirin kanuna uygun emrini makul sebep haricinde yapmamakla işbu hareketi Türk Ceza Kanununun 230 uncu maddesine göre suç teşkil eder. Bu halde İcra ve İflâs Kanununun 357 nci maddesine tevfi kan icra dairesinin mahallî Cumhuriyet Savcılığına yazacağı müzekkere üzerine alâkalı zabıta memuru aleyhinde Memurin Muhakematına uyulmadan Savcılık makamınca doğrudan doğruya cezaî takibata başlanır.

Meseleyi daha konkrre bir hale getirebilmek için Prof. Belgesay sözü geçen eserinde şu misali vermektedir : «İcra memuru borçluya ödeme emri gönderilmeden haciz yapmak istiyorsa polis âmiri yardım talebini reddedebilir, fakat, borçlunun itirazı refedilmiş ise ref'in usulsuz olduğu, veyahut tercihen başka malların haczi iktiza ettiği gibi takdiri memura, veya mercie ait bir meselede kararı kendi kanaatine uygun bulunmaması sebeble yardımdan imtina edemez». Bz. shf. 33.

D. *İcra Memurunun Mesuliyeti Meselesi.*

Prof. Belgesay sözü geçen eserinin üçüncü babında cebri icra makamlarından bahsederken icra memur, muavin ve müstahdemlerinin tayin ve statülerinden, istiklâllerinden, nasıl istinabe olunacaklarından bahsettikten sonra hususile mesuliyetleri meselesinde hususile tatbikat bakımından çok ehemmiyetle üzerinde durulmaya değer canlı kritikler yapmıştır. Profesöre göre;

a) İcra ve İflâs Kanununun 5 inci maddesile icra memurları hakkında kabul ettiği şahsî kusur ve şahsî kusurdan doğan zararların tazminine şamil doğrudan doğruya mes'uliyet esası memurları tatbikatta daha ziyade dikkat ve ihtiyatla harekete zorlamaktadır.

İcra takip muamelelerinin yolsuzluğundan zarar görenlere karşı birinci derecede mesul olanlar muamelesinde kusuru sabit olan icra memur, muavin veya müstahdemleri; elhasıl icra dairesi adına doğrudan doğruya veya yetkili icra memurunun yahut da icra tetkik merciinin

görevlendirdiği memurlardır. Devlet bu memurların mesul olup da ödeyemedikleri zararlardan ikinci derecede mes'uldür. Bz. İc. İf. K. m. 6.

İcra memurları idare memurları gibi bir hiyerarşiye tâbi olmadıklarından kusurlu muamelelerden zarar gören üçüncü şahıslara karşı adi hukuk hükümlerine tevfikan mesul tutulmuşlardır. Fakat, bir hiyerarşiye tâbi olmamakla beraber icra memurları da resmî vazifelerini Devlet adına görürler ve resmi muamelelerinde Devleti temsil ettikleri için muamele ve tasarrufları Devlete muzaftır. İcra memurlarının statülerini idare memurlarından ayıran fark onların idare memurları gibi âmirlerinin emrile harekete mecbur olmamaları, bilâkis doğrudan doğruya İcra ve İflâs Kanununun tatbik ve tefsirine memur bulunmalarındır.

b) İcra ve İflâs Kanunu zarar ve ziyan dâvasına mahkemede bakılacağını âmir bulunduğundan, tazminatın lüzum ve şümulü Borçlar Kanununun umumî hükümlerine göre tayin edilecektir.

c) Mes'uliyetin hukukî mesned veya şartlarından olan kusur, «kanunî bir vazifenin yapılmaması, bir salâhiyeti kullanırken haksız zarara sebebiyet verilmemek için elde olan tedbirlerin alınmaması» olduğundan, «icra memuru yetkisini kullanırken alacaklının, borçlunun üçüncü kişinin meşru menfaatlerini ihlâl eederse onlara karşı mesul olacaktır».

d) Borçlar Kanununun 100 üncü maddesine göre, icra müstahdemleri «... ancak memurun kendi şahsından haklı olarak bekleyebileceği gayreti göstermemesi yüzünden cebri icra âkim kalırsa mesul olacaktır».

e) Alacaklı cebri icranın yapılmamasından icra müstahdemini mes'ul tutamaz. Çünkü, icra müstahdemi icra memurunun talimatı ile bağlı olup vazifesinin icrasında istiklâli yoktur. Bu itibarla, icra müstahdemi ancak kendisine vazife veren icra memuruna karşı mes'ul olabilir.

f) «İcra memuru memur ettiği avukat, bilirkişi veya diğer vekillerin kusurlarından da iş sahibine karşı mes'uldür». Profesör bu noktanın aydınlatılmasında federal mahkeme kararlarından canlı bir misal vermiştir. Bz. shf. 38/39.

g) İcra memuru makbul bir sebeple vazifesi başında bulunmadığı zaman mesuliyette husumet ona vekâlet eden muavinine teveccüh eder.

h) İcra memuru gereğinde Borçlar Kanununun 46 ncı maddesi delâletile manevî zararlardan da mes'ul edilebilir.

i) Zararın, kusurun ve kusurla zarar arasındaki sebep münasebetinin ispatı külfeti dâvacıya düşer. Bir halde ki, dâvacı bu hususları ispatta âciz kahrırsa hâkim Borçlar Kanununun 42 nci maddesi delâletile «ahvalin mutat yürüyüşünü nazara alarak biraz indî olarak zararın miktarını tesbit ve bu zarar memurun kusuru neticesi olduğuna karar verebilir».

j) Zarar icra memurunun kusuru ile birlikte hizmet kusurundan da ileri gelmişse hâkim Borçlar Kanununun 50 nci maddesini tatbik ederek tekml zararlarından icra memurunu mesul edebildiği gibi, kusurun ehemmiyetine göre mesuliyeti icra memuru ile Devlet arasında paylaşılabilir. Prof. Belgesay'a göre, «hizmet kusuru memurun mesuliyetini örtecek derecede önemli ise memur şahsen kusurlu olmayacağından mesul edilemez».

Daire işlerinin fena tanzimi hizmet kusuru sayılmaz, bilâkis memurun mesuliyetini istilzam eder.

Prof. Belgesay yine aynı eserinin üçüncü babında mesuliyetin şümü-lünü tayinde şahsî ve hizmet kusurlarının birleşmesi halinden, mahkemelerin İcra Kanununu nasıl tefsir etmeleri lâzım geldiğinden ve merciin salâhiyetinden bahsettikten sonra Devletin icra memurunun mesuliyetine kefaleti meselesini tamik etmiştir.

E. *İcra Memurunun Ödeyemediği Zararlardan Devletin Mesuliyeti Meselesi.*

a) Devlet memurun fiilinden ancak ona kefaleti sebeble mesul olduğundan, Devletin mesuliyetinde İcra ve İflâs Kanununun 6 nci maddesi yanında Borçlar Kanununun kefalet hükümlerini de tatbik etmek lâzımdır. Bu itibarla, «alacaklı memurun durumu müsait iken mallarını haczettirmeyip bir şeysi kalmadığı zamanda takibe başlamak, veya diğer alacaklılar tarafından konan hacze iştirak etmemek suretile kusuru neticesi alacağını alamamışsa Devleti mesul edemez». Bz. shf. 41/42.

Kanaatimizce B. K. nun 500 üncü maddesi kıyasen tatbik olduğunda alacaklı tahakkuk eden alacağını kefaletine müsteniden Devletten talep edebilmek için mevcut teminat (meselâ borçlunun mallarını) kefilin zararına olarak tenkis etmemek veyahut ta elinde bulunan delâili karşılıksız, yani sabit olan alacağı başka surette temin olunmadan elinden çıkarmamak lâzımdır. Aksi takdirde alacaklı «kefile karşı mesul olur», yani kefile karşı olan mutalebe hakkını kaybeder. Borç altına girmiş olan veyahut ta şahsî mesuliyeti sabit olan resmî memurlar ile müstahdemlere kefalette bulunulması halinde de alacaklının alacağının temi-

ninde kendinden beklenen nezareti ihmal etmiş olması veyahut ta ihmalde bulunmamış olsaydı zararların artmayacağı muhtemel bulunması şartile hüküm yine aynıdır⁶. Şu var ki, Borçlar Kanununun 495 inci maddesi takip hukukunda tatbik olunamayacağından, bu madde hükmüne tevfikan Devlet memura olan kefaletini fesh ettiğini ihbar ve bu fesih keyfiyetini üçüncü şahıslara ilân edemez. Devlet, memuru icra memurluğu vazifesinden uzaklaştırmadıkça feshi ihbarda bulunup keyfiyeti ilân ettirmiş olsa bile İcra ve İflâs Kanununun 6 ncı maddesine tevfikan yine mes'uldür.

b) Prof. Belgesay'a göre, Yargıtayın Devlet memurunun kasten sebep olduğu zararlardan istihdam eden sıfatile mes'ul olduğuna dair kararı isabetli değildir. «Doğrusu Borçlar Kanununun 55 inci maddesi müstahdemin kasten ika ettiği zararlardan istihdam edenin mesuliyetini tazammun etmez». «... icra memurunun memuriyet unvanının kendine verdiği salâhiyetlerden faydalanarak kasten zararı ika etmesi halinde adalet onun ödeyemediği zarardan Devletin mes'uliyetini iktiza ettirir».

Bizce, memurun sırf şahsî maksatlarla kasten ihtiyar etmiş olduğu muamele ve tasarruflarından mütevellit zararlardan Devleti bilâkis mesul tutmamak daha doğru görülebilir. Maksat takip hukukunda prensip itibarile kabul edilen Devletin malî mesuliyetinin mesnetlerini değiştirmek değil, bilâkis bulunan veyahut ta mevcut mesnetlerin lojik gayelerine uygun olup olmadıklarını yahut ta Devletin mesuliyetini tecviz eden prensibi hukuken haklı gösterip göstermediklerini araştırmaktır. Bu suretle hareket edildiğinde memurun zarar tevlit eden bir muamele veya tasarrufu kasten yaptığı sabit olunca nazari olarak kanun dışı addolunmak gereken bu hareketi Devlete mal etmeye imkân görülemeyeceğinden kastî veyahut ta keyfî hareketlerinin neticesinden Devletin

6) İsviçre Federal Mahkemesinin 23/1/1935 tarihli kararına göre, «Borçlar Kanununun 500 üncü maddesindeki teminat mefhumu çok geniştir. Bu mefhum alacaklıların müşterek teminatını teşkil eden borçlunun mameleki üzerindeki haklardan daha geniş olup alacaklıya alt bilûmum şahsî ve aynı teminatlara şâmilidir. Muayyen bir alacaklıya kefaletli alacaklıya kefaletli alacağının temini için hususî bir hakkın tanınmış olması lâzım ve kâfidir. Şöyle ki, bu hakkın kullanılması alacaklının yerine halef olacak olan kefillin borçlunun yerine yapmış olduğu tediyelerden en az sûrette mutazarrır olmasını mümkün kılsın. Kıymetsiz teminatın yok olması bizzat alacaklının kefillere karşı olan mesuliyetini istilzam etmez». Bz. H. Sungur, Borçlar Kanunu ve Tatbikâtı, Cilt II, Aktin Muhtelif Nevileri, shf. 336, No. 3.

mesul tutulamayacağı fikri ileri sürülebilir. Bu halde kasten hareket etmiş olan icra memurlarının sebebiyet verdikleri zararlardan Devlet teşkilât, servis veyahut ta hizmet kusuru olmadıkça mesul edilemez. Bittabi bu halde icra memurları müstakillen vazife gördüklerinden kasti hareketlerinde Devlet onlara nezarete kusur isnadile de mesul tutulamayacaktır. Bununla beraber kanaatimizce Devletin mesuliyetinde bu nokta üzerinde düşünürken memurun sabit olan kastinin yahut ta kastine delâlet eden muamele ve tasarruflarının icra servisle ilgili veyahut ta resmî vazifenin şümülüne dahil olup olmamasına göre bir tefrik yapmak daha âdil olacaktır.

Hizmet kusuru, ezcümle icra servislerindeki kuruluş hataları, teşkilât, noksanlıkları veyahut ta kadroların pek dar tutulmuş olmaları zararın husulünde âmil olması halinde memurun kasti ile meşgul olmadan Devleti mesul tutmamak 6 ncı maddenin lojik gaye ve gerekçeleri ile izah olunamaz. Fransız Danıştayının bu mevzu ile yakından ilgisi bulunan 24 Haziran 1949 tarihli kararını analiz eden Hocamız M. R. Belgesay Pratik Hukuk Mecmuasında yayınladığı bu karar altındaki notunda bu noktai nazara tamamen taraftar görünmemektedir. Kendilerine göre, «her ilçeye bir icra memuru, bir icra muavini tayin edilemez». Bu itibarla meselâ ilçede kendisine muavin tayin edilmemiş olan icra memurunun vazifeten memuriyet mahallinden ayrıldığı bir sırada «başka bir yerde haciz yapamamasından Devlet mesul edilemez».

Bizce, İcra ve İflâs Kanunu daha birinci maddesinde «her Asliye Mahkemesinin kaza dairesinde lüzumu kadar icra dairesi bulunacağını» âmir olduğundan, ve yine her kazada bir Asliye Mahkemesi bulundurulması kanunen emrolduğundan, kazalarda umumiyetle görülen iş hacmine göre lüzumu kadar icra memur ve muavini bulundurmayan Devlet işbu teşkilât eksikliğinden ileri gelen zararlardan kanunen mesul olmak lâzımdır. Aksi takdirde hak sahiplerinin kanunun garanti etmek istediği hakları Adalet Bakanının bir ilçeye memur tayin edip etmemekteki indî takdirine tâbi olur ki, bu da kanun vazunun maksadına aykırıdır. Hattâ, bizce Adalet Bakanı yeter derecede memur bulamadığı için tayin yapmamış olsa bile teşkilât kusurundan ileri gelen zararlardan Devlet yine mesuldür. Çünkü adaletin icrasını Devlet kendi üzerine ve inhisarına almış ve âmmeye karşı taahhüt etmiştir.

Kanaatimizce, kasti muamele ve tasarrufları doğrudan doğruya icra servisine taallük ettikçe Devletin üçüncü şahıslara karşı bu muamele ve

7) Bz. Pratik Hukuk Mecmuası, 15 Aralık 1949, shf. 85, No. III. Fransız Danıştayının 24/6/1949 tarihli kararı münasebetile Ord. Prof. M. R. Belgesay'ın notu.

tasarrufların zararlı neticelerinden kendisini kurtarabilmesi âdil değildir. Meselâ aynı zamanda müstacel görünen iki haciz talebinden birisini velev kasten intaç etmeyen icra memur veya müstahdeminin işbu kasti ihmalinden husule gelen ve memurun sabit olan aczi neticesinde tazmin olunamayan zararlardan Devlet memurun kastini ileri sürerek mesuliyetten kurtulamamak lâzımdır. Kezalik, meselâ haciz yolunda takip olunan bir kimse hakkında haciz kararı veren fakat daha haciz kararını infaz etmeden borçlu lehine vaki ödeme tekliflerini gayrı ahlâki hisler beslediği için sırf borçluya eziyet etmek veya tanıdıkları yahut ta kliyanları nezdinde itibarını kırmak kastile kabul etmeyerek lüzumsuz yere haciz kararının tatbikine tevessül eden ve bu suretle müstacel olan diğer hacizleri zamanında vaz ve tatbik edemeyen suiniyet sahibi icra memurunun dahi vakti zamanında intaç edemediği hacizlerin borçlular bu arada mallarını kaçırdıkları için semeresiz kalmalarından doğan zararlardan da kefil sıfatile Devleti mesul tutmamak kanun vazının gerçek maksadına uygun değildir. Fakat, bilâkis kasti veyahut ta keyfi muameleleriyle hak sahiplerinin zararlarını mucip olan icra memurlarının bu hareketleri servisle birgüna ve doğrudan doğruya ilgisi bulunmaz veyahut ta resmî vazifenin şümulü içerisinde addolunamazsa husule gelen zararlardan Devletin mesul tutulmaması lâzım gelir.

Kanaatimizce, icra memurunun mücerret kasti muamele veya hareketleri değil, bilâkis sırf vazifesine taallük etmeyen kasti muamele veya hareketleri Devlete mal edilemez. Bizce, Devletin mesuliyetten memurun kasti hareketi sebebine dayanan beraati şartı kasti hareketin taallük ettiği resmî muameleden mücerret halde tezahür etmiş olması halinde bahis konusu yapılabilir. Bu bakımdan, meselâ haciz kararının tatbiki veyahut ta mahçuz malların paraya çevrilmesi sırasında bu mallara kasten zarar veren veyahut ta vazifesi haricindeki kasti teşebbüslerle bu malların para etmemesine sebebiyet veren memurun bu suretle tebarüz eden kasti husule gelen zararlardan Devletin mesuliyetine sebep teşkil etmez.

Yargıtay IV. üncü Hukuk Dairesi kasti hareketlerinden kim zarar görmüş ise haksız fiil faili addolunan memura umumî hükümler dairesinde husumet tevcih edebileceğini kabul etmiştir. Yargıtaya göre, Borçlar Kanununun 41 inci maddesi gereğince istihdam ettiği şahısların haksız fiil ve hareketlerinden dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat dâvalarının mercii rüyeti adliye mahkemeleridir; ve bu türlü dâvalarda kusurun bulunup bulunmadığının ve delillerin takdiri yetkili Adalet Mahkemesi Yargıcına aittir. Şu var ki, Yargıtayın yine IV üncü Hukuk Dairesi 16/7/1942 tarih ve 1925/2034 sayılı kararında Devletçe istihdam edilen

memurların idari muamele ve kararlarından dolayı zarar ve ziyan mütelebesi bu kararın Devlet Şûrası tarafından ref veya iptal edilmesine mütevakkıf olduğunu kabul etmişti.

Yargıtay IV üncü Hukuk Dairesinin bu eski kararını İcra ve İflâs Kanununun 6 ncı maddesinin sarih lâfzı ve bu madde hükmünün gerekçeleri ile izah etmek imkânı yoktur; 6 ncı madde icra memurlarının idari muameleleriyle meşgul olmuş olmadığından sözü geçen karara memurun idari muamelelerini tefrik etmek suretile de bir tatbik sahası bulmak kabil değildir⁸.

c) Prof. Belgesay pek haklı olarak icra memuru hakkında ittihaz olunan tazminat hükmünün Devlet aleyhine kaziyei muhkeme teşkil etmediği fikrindedir. Gerçekten, Devlet dahil olmadığı bir dâvada verilen kararın isabetli olmadığını iddia ve kendini müdafaa edemediğinden, zarar gören kimse memur aleyhine açtığı dâvayı Devlete ihbar etmemişse, memur aleyhindeki hükmün kaziyei muhkemeliğini ileri sürerek Devletin mesuliyetini isteyemez. «Devlet dâvacı alacaklı tarafından ihbar üzerine dâvaya müdahale etmemişse ancak tarafın memurla uyuşması veya onun ağır kusur neticesi hatalı hüküm verildiğini iddia edebilir».

Kanaatimizce, bu esas tatbikatta yapılabileceği melhuz olan bir çok suiistimleri önlemektedir. Çünkü, aksi takdirde mağdur memurla veyahut ta memur mağdurla anlaşarak suiistimal yolunda Devleti kolayca mesul ettirebilmeleri kabil olacaktır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 237 nci maddesine göre bir dâvanın neticesinde kaziyei muhkeme teşkil eden hüküm nisbi olduğundan ancak dâvanın tarafları arasında mevcuttur. Şu var ki, mağdur memur aleyhine açtığı tazminat dâvasını Devlete ihbar etmişse Devlet bu dâvaya müdahale etmese bile sonradan kendi aleyhine açılacak olan dâvada artık evvelce ittihaz olunan hükmün doğru olmadığı ve kendisini ilzam edemeyeceği itirazlarında bulunamaz. Hocamız Ord. Prof. M. R. Belgesay bu esası hususile tarafın memurla uyuşması veya onun ağır kusur neticesi hükmün ittihazında hataya düşülmesi halinde kabul etmektedir. Hocamıza göre, Devlet aleyhine açılacak olan mesuliyet dâvasında Devlet evvelce memur aleyhine ittihaz edilmiş olan hükmün yanlış olduğunu iddia edememek için ihbar üzerine evvelki dâvaya herhalde müdahale etmiş olmak lâzımdır.

Kanaatimizce dâva kendisine ihbar edilen Devlet dâvaya müdahale etmezse dâvada ihbar eden kimsenin hilesi veyahut ta ağır kusuru bulunmadıkça ittihaz olunan hükme itiraz edemez. Bz. HUMK, m. 51.

8) İst. Barosu Derg. Haz. 1950 sayısında çıkan makalemize bakınız.

Diğer taraftan, zarar gören kimseler husumeti mesul memurla beraber Devlet aleyhine birlikte olarak da tevcih edebilirler. Bu halde Devletin mesuliyeti mesul memurun zararı ödeyememesi şartına bağlıdır.

d) Prof. Belgesay'ın «taraf memur aleyhine açtığı tazminat dâvasında onun borcunu ödeyememesi şartına muallâk olarak Devlet aleyhine de hüküm istemesine engel» olmadığı hususundaki mülâhazası Yargıtayın içtihatları muvacehesinde kritik konusudur⁹⁾.

Prof. Belgesay, kusurlu muameleleriyle hak sahiplerinin zararlarını mucip olan icra takip muamelelerini ihtiyar ettikten sonra yabancı memekete firar eden veyahut ta diğer herhangi bir sebeple vazifesinden ayrılarak ikametgâhını derhal yabancı memlekete nakleden icra memurunun mukim bulunduğu yabancı memlekette de takip ettirebilmek maksadile yabancı memleketin mahallen yetkili otoritelerini mahalli kanunlarına göre diplomatik veyahut ta alelâde usulde harekete getirebilmek yolu (Requisitionsweg) daima açık olmadığından, Devletin mesuliyetini mutlaka memurun aczi şartına tâbi tutmak zarar görenlerin hukuku için tehlikeli görmektedir. Bu noktadan yabancı memlekete kaçan veya ikametgâhını nakleden memurun henüz tabiiyetinde bulunduğu Devleti malen mesul ettirebilmek için memurun milli ülkede mukim bulunması halinde olduğu gibi yabancı memlekette de herhalde şahsen takip edilmesi gerektiği fikrinde ısrar etmek kanun vazınının maksadına aykırıdır. Gerçekten, kanun vazı sevkettiği İcra ve İflâs Kanununun 6 ncı maddesi hükmü ile Devlet adına doğrudan doğruya vazife gören icra memurlarının kusurlu muameleleriyle sebep oldukları zararları hak sahiplerine karşı garanti etmek ve adaletin icrasında ve filhal tesliminde her türlü ihmal ve suiistimalleri önlemek istemiştir. Bu itibarlardır ki, Borçlar Kanununun 486 ncı maddesi hükmünü kıyasen Devletin icra işlerindeki malî mesuliyeti hakkında da tatbik ederek kusurlu muameleleri bulunan memurun milli ülkede takibine imkân yoksa aczi sabit olmadan da Devletin mesuliyetini kabul etmek âdil ve kanunun maksadına uygundur. Kaldı ki, İcra ve İflâs Kanunu mutazarrır olan kimseye karşı Devletin mesuliyetini mücerret zararın «kusuru yapandan veya kefilinden istifası mümkün olmaması» şartına bağlamıştır. Altıncı madde hükmünün sarîh lâfzından anlaşılacağı veçihle kanun Devletin takip hukukundaki mesuliyetini memurun yolsuz muamelesinden mutazarrır olan

9) Mahkemelerin şarta muallâk hüküm verebilmeleri sadedinde Yargıtay'ın içtihatları ve kritik mülâhazalarımız için *İflâs Hukukunda Konkordato* adlı kitabımıza bakınız. Shf. 91, No. 37 ve Not No. 26.

kimsenin zararlarını tazmin ettirememesi şartı ile umumiyetle kabul etmiş, yoksa kendisine kusur atfolunabilen kimsenin iç veya dış memlekette mukim bulunup bulunmamasına veyahut ta bu kimse aleyhine takibat yapılabilip yapılamamasına göre herhangi bir tefrik yapmak suretile takyit etmemiştir.

F. *İcra Memurunun ve Devletin Mesuliyeti Dâvasının Zamanaşımının Tajini Meselesi.*

a) Prof. Belgesay'a göre, İcra ve İflâs Kanunu Borçlar Kanununun hükümlerine mütenazır olarak icra memuruna karşı mesuliyet dâvasını zararın öğrenildiği tarihten bir ve herhalde zarar doğuran fiilin vukuundan itibaren on yıllık zamanaşımına tâbi tutmuşsa da zarar doğuran fiil aynı zamanda Türk Ceza Kanununun daha uzun zamanaşımına tâbi tuttuğu bir suç teşkil ettiğinde tazminat dâvasının zamanaşımında daha uzun olan zamanaşımı süresi tatbik olunacaktır. Fakat, ceza zamanaşımı bir yıllık değil, bilâkis on yıllık zamanaşımı yerine kaimdir. Diğer taraftan, «taraf zararlı netice veren fiili öğrenmiş ise zamanaşımı değişmez surette bir yıldır. Bu süreyi bilerek geçiren taraf zararına razı olmuş sayılır», Bz. shf. 43.

Kanaatimizce, bir senelik zamanaşımı süresi Devlet aleyhine tatbik olunmamak lâzımdır. Çünkü, Devlet memurun aczi şartına bağlı olarak mesul tutulabileceğinden, memurun aczi sabit oluncaya kadar bir senelik zamanaşımı süresi mürur edebilir¹⁰.

b) Prof. Belgesay'a göre, «memur aleyhine aciz vesikası alınmadan Devlet aleyhine takip yapılamayacağından memur ve Devlet aleyhine zamanaşımı aynı günde başlayamaz», Profesörün bu fikri İsviçreli şarih Jaeger'in muktai nazarına uygundur.

G. *İcra Zabıtları ve Zabıtların İspat Kuvveti Meselesi.*

Prof. Belgesay sözü geçen eserinin 66 No.lı paragrafında zabıtları tarif ettikten sonra icra zabıtlarının tetkikine ve gereğinde bu zabıtlardan resmî suret istemeğe kanunun yetki verdiği alâkalıların kimler olduğunu göstermektedir. Profesöre göre, zabıtları tetkikte alâkalı olanlar cebri icranın yürümesinden meşru menfaatleri itibarile zarar gören kimselerdir. Fakat, bir kimse manevî menfaatleri itibarile de alâkalı addolunabilir. Alâkanın takdiri icra memuruna aittir. Fakat, icra memuru

10) Bakınız *İcrada Hukuk*, kitabımız, shf. 31, No. 67.

alâkanın ispatı hususunda tedariki güç deliller isteyemez. İcra memuru zaptı tetkik etmek isteyen kimsenin alâkasızlığını imkânsız görmedikçe zaptı tetkik ettirmelidir.

Prof. Belgesay pratikte sık sık görülen suiistimallerin önlenmesi noktasından gayet haklı olarak zaptın hilâfı sabit olmadıkça kat'î delil teşkil ettiği hususundaki kaideyi şu şartlara bağlamaktadır :

a) Zabıt münderecatı itibarile silinti ve kazıntıdan salim olarak şüpheli görünmemelidir;

b) Zabıtta münderecatı hakkında şüphe uyandıran mütenakız fıkralar bulunmamalıdır;

c) Zaptı tanzim eden memurun zabıt münderecatile şahsen bir alâkası bulunmamalıdır;

Gerçekten, memurun, «meselâ borçludan tahsil ettiği parayı alacaklıya verdiği dair tanzim ettiği zabıt kendi lehine delil olamaz».

d) Kanunun muayyen bir şekle tâbi tutmuş olduğu muamelelerin o şekle uygun oldukları görülmeden zabıtta tevsik olunmamaları^{10/1}.

H. *Para ve Değerli Şeylerin Tevdi Meselesi.*

Prof. Belgesay'a göre;

a) İcra ve İflâs Kanununun 9 uncu maddesi borçlunun şarta muallâk yatırdığı paralara da şamildir.

b) İcra memuru kendisine tevdi olunan paraları nihayet ertesi günü sağlam bir bankaya yatırmazsa, paranın faizinden ve ziyandan mes'ul olur. Profesörün pek haklı olarak işaret ettiği gibi burada mesuliyete esas olan faiz kanunî faiz miktarıdır. Gerçekten, memurun bu halde «sebebiyet verdiği zarar banka faizine inhisar et» mektedir.

c) İsviçreli müellif Jaegerle birlikte Prof. Belgesay icra memurunun bankaya tevdi ettiği paraların faizinden alacaklıların mahrum bırakılmalarını haklı olarak tenkit etmektedir. Profesörün bu husustaki noktai nazarı gözönünde bulundurularak Adliye Harç Tarifesi Kanununun 83 üncü maddesini tadil etmek yerinde olacaktır.

Kanaatimizce, Adliye Harç Tarifesi Kanunu 83 üncü maddesinde bankaya yatırılan paraların faizinin Devlete ait olduğunu tasrih etmişse

10/1) Şekil meselesi için *Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti*, kitabımıza bakınız, shf. 15 ve müt.

de bu hüküm rasyonel bir gerekçeye dayanmamakla kritik konusudur. Devlet kanunî takip harçlarını ayrıca tahsil ettiğinden, tevdi olunacak teminat paralarının faizinden istifade etmemek lâzımdır. Nitekim, Jaeger (bz. Art. 9 Nr. 6), Blumenstein (bz. Schuldbetreibungsrecht, S. 47 Bern 1911) gibi tanınmış İsviçreli müellifler tevdi sadedinde bankalara yatırılacak paraların faizinden ilgililerin faydalandırılmamalarında hiç bir hukukî sebep gösterilemeyeceğinde müttefiktirler.

Kanunun tevdi olunan paraların sağlam bankalara yatırılması mükellefiyetini vazetmekteki lojik gerekçe, hiç bir naktî kıymeti her ne suretle olursa olsun ölü sermaye olarak tutmadan işletmek ve ilgilileri de sermayelerinin medenî semerelerinden mahrum bırakmamaktır.

Sağlam bir bankaya yatırılmak üzere kendisine tevdi olunan teminat paralarını sağlam bir bankaya yatırmayıp yedinde veya dairesinde emrinde bulunduracak olan icra memuru bu paraların faizinden veya ziyandan mütemerrit bir borçlu gibi ilgililere karşı mes'uldür. Şu var ki, bu mesuliyet, ancak, paraları sağlam bir bankaya mücerret tevdi etmemekten ileri gelen zararlara şâmil olabileceğinden, icra memuru yüzde beş kanunî faizden değil, bilâkis sağlam bankaların ödedikleri mutat faizden mes'ul olmak lâzım gelir.

Prof. Belgesay eserinin tevdi meselesini takip eden paragraflarında icra memurlarının ve icra hâkimlerinin reddinden, memur ve merciin yapması yasak olan işlerden, icra dairelerine yapılan ödemelerden, icra tetkik mercilerinin statüsünden, tetkik mercilerinde tatbik olunan muhakeme usulünden, icra hâkimlerinin mesuliyetlerinden, icra dairelerinin teftişinden, icra memurları hakkında tatbik olunan disiplin cezalarından, ve kanunun icra takip muamelelerini bağladığı sürelerden bahsetmektedir.

İ. *Tatil ve Talik Süreleri Hakkında İcra ve İflâs Kanununun 19 ve 56 ncı Maddelerinin Tatbik Sahalarının Tayini Meselesi.*

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu bakımından sonu pazara veya kanunî bir tatile (légalement ferié) tesadüf eden müddetin ertesi güne kadar (madde 31), bilâkis sonu tatile (des ferié) veya talike tesadüf ederse üç gün daha uzaması (madde 63) gerektiğine işaret eden Prof. Belgesay kanunun sözü geçen iki maddesinin tatbik sahalarının tayini meselesi üzerindeki ihtilâflara kısaca temas ettikten sonra Türk hukukunda bu meseleyi halletmek için Yargıtayın sevkettiği 25.4.1944 tarihli tevhidî içtihat kararını analiz etmiştir. Kendilerine göre : «İcra ve İflâs Kanunu müddetlerin başlama ve bitme zamanlarını tayin eden 19 uncu maddede müddetin (sonuncu günü bir tatile tesadüf ederse tatili takip eden günde

biter) diye yazılı olan fıkra ile talikin müddetlere göre neticelerini bildiren 56 ncı maddede (müddetin nihayeti bir tatil veya talik gününe tesadüf ederse müddet tatil veya talikin hitamından sonra üç gün daha uzatılır) suretinde olan fıkradaki tatil kelimeleri gerçi söz itibarile birbirinin aynı iseler de kullanıldıkları yerlere göre ayrı ayrı mefhumlara delâlet etmektedirler. Bu kelimenin her iki maddede aynı mâna ve mefhumda kullanılmış olduğunu kabul etmek kanuna aynı konu etrafında birbirine zıt iki kaide ve hüküm konulabileceği neticesini verir ki böyle bir ihtimalin kanun vazınca asla düşünölmeyeceği tereddüt olunmaz bir keyfiyet olduğu gibi 56 ncı maddenin 19 uncu madde hükmünü iptal için konulmuş olmasını farz etmekle kanun vazıundan beklenmeyen bir mantıksızlık olur.

2739 sayılı kanun ile bayram ve bütün tatil günleri tayin ve tadat olunmuştur.

H. U. M. K. nun 162 nci ve C. M. U. K. nun 40 ncı maddelerinde müddet ve mehillerin hesabında müddetin veya mehlin son günü pazara veya herhangi bir tatile rastlarsa tatilin ertesi günü biteceği yazılı olan bu hüküm ve mevzua muvazi olmak üzere İc. K. nun 19 uncu maddesinin kabul olunduğunda ve bu suretle İc. K. nun tatbikatına giren her türlü müddetlerin son günü 2739 sayılı kanun ile belli tatil günlerine rastlarsa tatili takip eden günde bitmesinin istendiğinde hiç şüphe edilemez. İc. K. nunda yazılı bütün maddeler icra işlerinde çabukluk temini için asıllarına göre oldukça kısaltılarak tayin edilmiş iken usul kanunlarının kabul ettiği kaidelere aykırı olarak son günü pazara rastlayan müddetin üç gün daha uzatılması ciddi bir lüzum ve zarurete istinat etmeyeceği gibi bu yolda bir tefsir de kanunun maksadına uymaz.

Sözü geçen İc. K. nun maddelerinin İsviçre İc. ve İf. K. daki asıllarile yapılan mukayeselerinde dahi 19 uncu maddedeki tatil kelimesile pazar gününün ve kanun ile tayin olunmuş diğer bayram günlerinin ifade ve kastedildiği ve 56 ncı maddemizin aslı olan İs. K. nun 63 üncü maddesinin Takip tatilleri kelimesinin de kanunî bayram günlerinden başka ve ayrı olan diğer dinî bayram günlerini müfit olduğu görölmüş ve aslına göre dinî bayram günlerini kasteden takip tatilleri kelimesinin kanunumuza sadece tatil kelimesile nakledildiği anlaşılmıştır.

56 ncı maddedeki tatil kelimesinin delâlet ettiği hakikî mefhum bu suretle belli olunca 19 uncu maddenin yukarıda beyan olunan hüküm ile kendiliğinden anlaşılır bir hal alır.

Beyan olunan bu mütalâalara mebni son günü 2739 sayılı kanunda bildirilen tatillere rasthyan müddetlerin İc. K. nun 19 uncu maddesi mucibince tatili takip eden günde biteceğine ve kanuni olmayan bir tatil düşünülmemiş ve bu kabil günler için ayrıca hüküm konmamış olduğu cihetle son günü icra takibinin tatbiki zamanlarına tesadüf eden müddetlerin ve 56 ncı madde hükmünce talikin hitamından sonra üç gün daha uzatılması icab edeceğine 24 Mayıs 944 tarihinde reylerin ikisini geçen çoğunluğu ile karar verildi».

J. Takip Muamelelerine Karşı Şikâyet Hakkından ve Şikâyet Hakkının Kullanılmasından Çıkan Meseleler.

Prof. Belgesay eserinin yine üçüncü babında şikâyet hakkından ve bu hakka müteferri meselelerden bahsetmektedir. Bu fasılda Profesörün ilk meşgul olduğu mesele kimselerin şikâyet hakkı olduğudur. Profesöre göre, icra takip muameleleri meşru menfaatlerine dokunduğu derecede üçüncü şahıslara da şikâyet hakkı tanınmalıdır. Kezalik kanuna göre, birinci alacaklılar toplantısının kararlarına karşı iflâs idare memurlarına da şikâyet hakkı tanınmıştır. Prof. Belgesay posta müvezzinin dahi tebliğ işinde icra dairesinin memuru sayılacağından usulsüz muamelesinden mercie şikâyet olunabileceğine dair Federal Mahkemenin kararını makul karşılamıştır. Prof. Belgesay'a göre, takip olunan alacağı temellük eden kimseler, bir muamelenin islâh veya iptalinde şahsî menfaati olanlar, kanunen mezun olanlarla mümessil ve avukatlar, hattâ borçlunun mallarından faydalanan aile efradı da şikâyet edebilir. Gerçekten, Federal Mahkemenin de kabul ettiği gibi kanun borçlunun bazı mallarını sadece kendisinin değil, ailesinin menfaati noktasından da hacizden muaf tutmuştur. Binaenaleyh, bu nevi malların haczi sadece borçlunun değil, onun ailesi efradının meşru menfaatlerini de ihlâl eder.

Profesöre göre, icra memurunun kendi muamelesinden şikâyet hakkı yoktur. Federal Mahkemenin memurun şikâyete mevzu teşkil edebilecek olan kararını islah edebileceğine dair içtihadı makuldür. Federal Mahkeme 21 Mayıs 1937 tarihli kararında icra memurunun yaptığı usulsüz satışın borçlunun iflâsı üzerine iflâs idare memuru sıfatile şikâyet edebileceğini kabul etmişti¹¹.

a) *Şikâyet edilemeyen işler* : Prof. Belgesay'a göre, halli mahkemelerin vazifesi içerisinde olan işlerden ötürü tetkik merciine şikâyet

11) Bz. Journal des Tribunaux II 126. 1937.

olunamaması kaidedir. Bu halde yapılan müracaatla kanunî süre de kesilemez. Bz. shf. 73.

Takip hukukunda, medenî hukuk hükümlerine tevfikân karşılıklı irade beyanile yapılan muamelelerin neticesinden zarar görenler de şikâyet edemezler. Bu hususta Prof. Belgesay şu noktaya misal olarak işaret etmektedir :

«... meselâ icra memuru haczettiği malı kiraya vermişse mukavele- nin tatbikinden, batıl olup olmamasından çıkan ihtilâflar mercide değil, mahkemede çözülebilir».

Profesöre göre, şikâyet üzerine merciin salâhiyeti ancak takipte iştiraki olan kimseler hakkında mevcuttur. Bu itibarla, «... meselâ takip edilen alacak kendisine temlik edildiğini iddia ile tahsilât yapmış olan kişiyi merci şikâyet yolu ile ödemeyi iptal ederek aldığı parayı geri vermeğe zorlayamaz. Üçüncü şahıs icra dairesinden yanlışlıkla tahsil ettiği parayı rızasile iade etmezse aleyhine usulen takibat yapılmak gerekir. Üçüncü şahıs aleyhine yapılacak icra takibine itiraz ile kendine vaki ödemenin hataya istinat etmediğini iddia edebilir. Bu halde, memur mahkemeye müracaatla istirdat dâvası açmak gerektir». Bu hal sureti İsviçre Federal Mahkemesinin 5 Mart 1935 tarihli kararında kabul edilmiştir¹².

K. *Merci Kararlarının Temyizi Meselesi.*

Prof. Belgesay'a göre, İcra ve İflâs Kanununun 363 üncü maddesi muvacehesinde merciin temyiz olunamayan kararları istisnaîdir. Bu keyfiyet ise tatbikatta icra hâkimlerinin kanun hükümlerini başka başka mânalandırılmalarına imkân vermesi bakımından mahzurludur. Merciin tekml kararlarına temyiz kabiliyeti tayin etmeyen kanun hükümleri kanunların memleketin her yerinde aynı anlayışla tatbikine imkân bırakmadığından rasyonel değildir. Binaenaleyh, İsviçrede olduğu gibi 363 üncü maddedeki takyidatı kaldırmak daha doğru olacaktır.

Prof. Belgesay temyiz sürelerinde de bir umumîlik kabul edilmemesini tenkit etmektedir¹³.

Prof. Belgesay'a göre, takip hukukuna müteallik temyiz tetkikatı da Hukuk Usul Kanununda derpiş olunan şartlar dairesinde yapılmak lâzımdır. Binaenaleyh;

12) Bakınız Journal des Tribunaux. II. 117. 1935.

13) Temyiz süresi üzerindeki kritik mülâhazalarımız için bakınız *İcrada Hukuk* kitabımız, shf. 116, No. 327.

a) Maddî vakıaların takdirindeki hata veya hükme müessir olan delillerin nazara alınmamış yahut ta takdir salâhiyetinin maddi hâdiselerin icaplarına uygun kullanılmamış olması bozma sebebi teşkil eder.

b) Merciiin usulsüz ittihaz ettiği kararı usulsüzlük temyiz eden kimsenin meşru menfaatlerine dokunmamışsa bozulmamak lâzımdır¹⁴.

c) Temyiz dilekçesinin bir sureti usulen diğer tarafa tebliğ olunmak lâzımdır.

Temyiz dilekçesi tetkik merciiine verilebileceği gibi doğrudan doğruya Yargıtaya da gönderilebilir. Profesöre göre, merciiin ceza işlerine dair kararının temyizi merci kalemine zaptettirilecek bir beyanla da kabil olabilir. Temyizde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre verilmesi gereken teminat depo aranmaz. Bz. shf. 84.

Temyiz satıştan başka muameleleri durdurmadığından temyiz olunan karar Yargıtayda derdest iken haciz yapılabilirse de satışa tevessül olunamaz, hattâ Profesöre göre, satış için gerekli olan ihzarî muameleler de yapılamaz. Diğer taraftan temyiz olunamayan bir kararın temyizi satışı da durdurmamak lâzımdır.

Prof. Belgesay eserinin dördüncü babında cezaî hükümlerden, ezcümle borçlu hakkında ceza tatbikinden, borçlunun hapisle tazyikinden, borçlunun Tahsili Emval Kanununa göre hapsinden, müflis borçlunun cezalandırıldığı hallerden, taksiratlı ve hileli iflâstan, itibaren iadesinden, iflâsına karar verilmeyen borçlu hakkında tatbik olunan cezalardan, ceza tayinine salâhiyetli merciden, cezaî takip şartlarından, hükmi şahıs nam ve hesabına işlenen suçlarda mesuliyetten, suçların içtimaidan ve suç ve cezanın sukutu sebeplerinden bahsetmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu Şerhi eserinin altıncı babı icra takibine tahsis olunmuş ve bu babın birinci faslında umumî bilgi verildikten sonra ikinci faslında salâhiyet hükümleri analiz edilmiştir. Prof. Belgesay bu hükümlerin analizinde ilâmlı ve ilâmsız takipleri tefrik ederek incelemiştir.

Prof. Belgesay ilâma müstenit takiplerde kanunun icra dairelerinin salâhiyetlerini tahdit etmemesini hususile alacaklıların alacaklarını az masraf, sür'at ve kolaylıkla alabilmelerinin temini gerekçesile izah etmekte; ve alacaklının meşru bir menfaati yokken takip yapması zor ve masraflı bir yer icra dairesine müracaatını hakkın suiistimalinin memnuiyeti kaidesine tevfikân caiz görmemekte; ve bu gibi hallerde bu

14) Profesör bu noktada dâva hakkını meşru menfaat şartına bağlayan teoriye taraftar olmaktadır.

türlü müracaatları icra memurunun resen reddedebileceğini kabul etmektedir. Bz. shf. 107/108.

Prof. Belgesay, ilâmsız takiplerde salâhiyetten bahsederken talebenin imtihan mesuliyetine esas tutmadığı yıldızlı 176 No.lı paragrafta icra dairelerinin salâhiyetlerinin tahdidini itirazların kolay çözülmesi mucip sebeble değil, bilâkis «bütün alacaklıların hacze iştiraklerini kolaylaştırmak, takip masraflarını azaltmak» mülâhazası ile izah etmektedir. Profesöre göre, «lüzumsuz karışıklıkları, gecikmeleri önlemek, zaruret olmadıkça istinabeye lüzum kalmadan icra takibini bitirmek, böylece hem alacaklının, hem de âmmenin menfaatini korumak için icra takiplerine yalnız borçlunun ikametgâhında bulunan daireyi salâhiyetli addetmek doğru olur». Gerçekten, borçlunun malları umumiyetle ikametgâhı mahallinde bulunduğundan, alacaklılardan her birinin borçluyu o mahal icra dairesinde takip edebilmeleri işlerin icaplarına uygundur.

Kanaatimizce, hususile ilâmsız takiplerde salâhiyetli daire Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre tayin olunur. Bu itibarla İsviçrede olduğu gibi alacaklı yalnız borçlunun ikametgâhı icra dairesinde değil, hakkını dâva edebileceği yer icra dairesinde de takipte bulunabilir. Meselâ akitten doğan alacaklarda vaziyet böyledir.

Sözü geçen eserin altıncı babının üçüncü faslında icra takibine ehliyetten, ezcümle yabancı memlekette oturanlarla medenî haklardan istifade veya medenî hakları kullanma yetkisi olmayanların ehliyetinden bahsolunmaktadır. Dördüncü fasıl ise icra takibine vekâlet bahsine ve beşinci fasıl takip şartlarına tahsis edilmiştir. Bu fasılda takip şartlarını evvelâ umumiyet itibarile tayin eden Profesör, takipleri para ve paradan başka alacaklara göre tefrik ederek inceledikten sonra icra edilebilen vesikalardan bahsetmektedir. Bu noktada oldukça geniş tafsilât verilmekte hususile İcra ve İflâs Kanununun 38 inci maddesi analiz edilerek ilâm teriminin hukukî mânası belirtildikten sonra borcun sukutu karinesinin takip hukukundaki canlı tatbikatı gösterilmektedir. Bu fasılda ayrıca feragat ve kabul müesseselerinden, noter senetlerinden, temyiz ve icra kefaletlerinden de bahsedilmiştir.

Eserin altıncı faslı takip talebine, hususile takip talebinin şekline ve ihtiva etmesi gereken kayıtlara dairdir. Profesör burada da yine ilâmlı ve ilâmsız takiplere göre bir tefrik yapmakta; ve takip talebinin zaman aşımını kesen neticesini belirtmektedir.

Eserin yedinci faslı icra ve ödeme emirlerine tahsis edilmiştir. Yine bu fasılda icra ve ödeme emirlerinde yazılacak kayıtlarla borçluya verilecek müddetler gösterilmiştir. Çok şayanı dikkat bir nokta varsa o da profesörün itiraz bahsini müracaat yolları arasında müstakil olarak

incelemeyip bilâkis yedinci fasla tahsis ettiği icra ve ödeme emrine müteallik bahisler arasında incelemesidir. Bu keyfiyet sayın Profesörün kabul ettiği rasyonel tasnife yeknazarda vukuf peyda edemeyenlerce Profesörün itiraz bahsine lâayık olduğu ehemmiyeti tanımadığı noktadan tenkitlere mahal verebileceğinden haklı olarak endişe etmemizde âmil olmaktadır.

İtiraz bahsinde Profesör 33 üncü maddeye göre, takip ilâmlı da olsa icra takibini durdurmağa mahkemenin salâhiyeti olmadığını kabul etmektedir. Kendilerine göre 33 üncü maddede gösterilen sebeplere dayanan itirazlar resmî veya alacaklı tarafından ikrar dilen bir vesika ile ispat olunmadan merci tarafından kabul olunamaz. Diğer taraftan 33 üncü maddede gösterilen sebepler haricinde borçlunun merciden takas ve mahsup talebinde bulunmak hakkı da mahfuzdur. Fakat, Profesörün taraftar olduğu Yargıtayın 28.11.1935 tarihli kararına göre, takas edilecek alacak imzası alacaklı tarafından kabul veyahut resmen tasdik olunmuş bir vesika ile ispat olunmak lâzımdır. Yine Profesörün kabul ettiğine göre, «borçlunun müdafaasını ispat eden vesikanın bilhassa alacağın düştüğünü tevsik maksadile yazılmış bir makbuz olması gerekmez. Borcun düştüğünü şüpheye mahal bırakmadan ifade eden herhangi bir yazı itirazın ref'i için yeter».

Profesör itirazın ref'i bahsini incelerken sahtelik itirazı ve ilâmın butlanı iddiası gibi nazik meseleleri de aydınlatmıştır. Bundan sonra faslın takip eden bahisleri sırasile itiraza ehliyet, itirazın süresi, itirazın hükmü, süreye tâbi olmayan itiraz, itirazın mahkeme ve merci kararile iptali, itirazın kat'i ref'i, muvakkat ref'i, muvakkat ref'in hükümleri, borçtan kurtulma dâvası, itirazın kabul veya ref'i kararının temyizi, haksız ödenen paranın geri alınması, bahisleridir. Bu bahisleri takip eden dokuzuncu fasıl icra takiplerinin tatil ve taliki sebeplerine tahsis olunmuştur. Bu fasılda da ilk önce takip muamelelerinden bahseden Profesör tatil ve taliklere kâfi derecede yer vermiştir.

Kitabın takip eden babı cebri icra yollarını anlatmaktadır. Bu babın ilk faslında Profesör kendine has bir terimle vasıtalı icradan bahsetmekte, hususile menkul malların cebri icrasından, çocuk tesliminden, gayrimenkullere dair hükümlerin, bir şeyin yapılmasına dair kararların ve irtifak haklarına dair hükümlerin icrasından bahsetmektedir.

Gayrimenkullere dair hükümlerin icrasında Profesör kaide olarak: teslimi hükmolunan gayrimenkulde bulunan takip harici malların o esnada hazır bulunmayan borçlunun vekiline, ailesi efradına veya hizmetkârlarına teslim olunabileceğini ve buradaki vekil teriminin icra takibine salâhiyet verilen avukatı değil, bilâkis borçludan mallarını muhafaza için

sarih veya zımnî salâhiyet alan kimselere delâlet ettiğini kabul etmektedir. Bz. shf. 165.

Eserin yedinci babı borçlunun mallarının paraya çevrilmesine tahsis edilmiştir. Bu babın birinci faslında teminat borcu için takipten, ikinci faslında ise çeşitli paraya çevirme yollarından bahsedilmiştir. Bu faslında ise çeşitli paraya çevirme yollarından bahsedilmiştir. Bu faslında Profesör iflâs yolunda takipten bahsederken tüccarların haciz yolunda takiplerinin memlekette kredileri azalttığına işaret etmiştir¹⁵. Yine bu faslında rehin veren borçlular hakkında kabul edilen istisnai takip yolları ve bu yolların fayda ve mahzurları belirtilmeye çalışılmıştır. Profesöre göre, «rehinli alacaklı alacağı taksite bağlanmış ise taksit için borçluyu rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip edemez». Bz. shf. 179. Buna mukabil rehin yabancı memlekette ise o yabancı memleket kanunu hacze cevaz veriyorsa alacaklının haciz talebine hakkı mahfuzdur. Gerçekten, Federal Mahkemenin de kabul ettiği gibi Profesör malların üzerindeki hakların buldukları memleket kanununa tâbi olmaları gerektiğini Devletler hususî hukukunda yürüyen bir kaidenin icaplarından olarak kabul etmektedir.

Eserin takip eden babı (takip eden bab diyoruz çünkü, bütün itinaya rağmen maalesef babların sıralarının matbaada karıştırıldığı görülmektedir) haciz yolunda takibe tahsis olunmuştur. Profesör bu babın birinci faslında borçlunun mal beyanı mecburiyetinden ve bu mecburiyetin müeyyidelerinden bahsetmektedir.

Profesör mal beyanından bahsederken yedi günlük itiraz müddetini mal beyanı hakkında da bir sukutu hak müddeti olarak kabul etmiştir. Bundan maksat şudur ki, borçlu mal beyanına ancak yedi gün içerisinde borcunu ödememesi veya borcuna itiraz etmemesi halinde mecburdur.

Profesöre göre, mal beyanı mecburiyetinin hacizden evvel kabul edilmiş olması sırf haczi kolaylaştırmak maksadına müstenittir.

İflâs veyahut ta rehlin paraya çevrilmesi yolundaki takiplerde borçluların mal beyanına mecburiyetleri yoktur.

Borçlu beyan ettiği mallarında sıra gözetmeye mecbur değildir. Beyan olunan mallarda tercih sırasının tayinini memur takdir edecektir.

Mal beyanı mecburiyeti sadece takip olunan alacağı ödemeye yeter miktarda mal gösterilmesine değil, fazla olarak gelir kaynaklarına göre borcun ne suretle ödeneceğinin gösterilmesine de şamildir. Profesör bütün varidatını bildiren borçlunun merciin takdirine göre cezalandırılmasını

15) Tüccarların takibinde Türk sisteminin mahzurları için *İflâsta Hukuk* kitabımıza bakınız (hazırlanmaktadır).

kanunsuz addetmektedir. Gerçekten, bir fiilin cezaî mesuliyeti istilzam edebilmesi için fiilin failine isnat olunabilmesi mümkün olabilmelidir. Buna karşılık Profesör beyannamesinde taahhüt ettiği şartlar dairesinde borcunu ödememiş olan borçlunun derhal cezalandırılmasını kabul etmektedir. Bz. shf. 184.

Birinci faslın takip eden paragraflarında üçüncü şahısların mal beyanı mecburiyetlerinden, mal beyanının neticelerinden, mal beyan etmeyen borçlunun tazyikinden, mal beyanında bulunmayan borçlu hakkında ceza tatbikinden, müflisin mal meyanı mecburiyetinden; ikinci fasılda haciz talebinden, üçüncü fasılda takipsiz hacze iştirakten, dördüncü fasılda haczedilemeyen mallardan, beşinci fasılda haczin yapılmasından, altıncı fasılda haczin neticelerinden, yedinci fasılda haczedilen malları muhafaza tedbirlerinden, sekizinci fasılda haczedilen mallar hakkında istihkak iddiasından, dokuzuncu fasılda hacze iştirakten, onuncu fasılda haczedilen malların paraya çevrilmesinden, bunu takip eden fasılda paranın paylaşılmasından, dokuzuncu fasılda borç ödenmeden aciz vesikasından bahsedilmiştir. Bütün bu fasıllarda bilhassa üzerinde durulan meseleler arasında;

L. Takipsiz Hacze İştirak Meselesi, de vardır.

Kaide olarak hiç bir alacaklı önceden takip yapmadan diğer bir alacaklının talebile başlanan hacze iştirak edemeyeceğini kabul eden Profesör, kanunun istisnaen borçlunun eşine, çocuklarına, vâsi ve kayyımına; küçükler ve vesayet altında bulunanlar namına sulh mahkemesine; ilâma müstenit nafaka alacaklısına; evlenme, velâyet, vesayet ve nafakadan mütevellit alacakları için önceden takip yapmadan başkası tarafından vazedilen hacze mahçuz malın tutarı vezneye girinceye kadar aynı derecede iştirak hakkını tanıdığına işaret etmiştir. Prof. Belgesay'a göre, bu esası derpiş eden İcra ve İflâs Kanununun 101 inci maddesinin gayesi, «vaktinde mahkemeye müracaat etmesi ahlâkî sebeplerle kabil olmayan alacaklının gözü önünde borçlunun malları başkaları tarafından haczedilmesi sebebiyle artık harekete geçmesinde zaruret belirince, bu sefer de hüküm alıncaya kadar geçecek zaman içinde borçlunun mallarının haczedilen alacaklılar arasında kendileri hariç olarak paylaşılmasına yer vermektedir». Bz. shf. 198/199.

Prof. Belgesay gayet haklı olarak karı veya kocadan her biri diğeri hakkındaki hacze takipsiz iştirak edebilmek için alacağı evlenmeden doğmuş olmak lâzım geldiğini kabul etmektedir.

Nafakaya gelince nafakadan mütevellit borç da analık babalık sıfatlarına bağlı kanunî bir borç olduğu için, çocuklar nafaka hakları sebebiyle bu haklarını ilâma bağlamadan takipsiz hacze iştirak edebilirler.

Prof. Belgesay, «sulh yargıcına kayyım tayin ederek takipsiz hacze iştirak edebilmesi için icra memuru borçlunun velâyeti veya vesayeti altında bir kasır bulunduğunu anlayabildiği hallerde haczi haber vermeğe mecbur tutulmak yerinde ol» acağı kanaatindedir. Bz. shf. 201.

Prof. Belgesay, talebenin imtihan mesuliyetine tâbi tuttuğu eserinin 396 ncı paragrafında takipsiz hacze iştirak taleplerine karşı yapılan itirazları alelâde itirazlardan şu neticeleri itibarile tefrik etmektedir :

a) Bu itiraz hüküm itibarile alacaklının hacze iştirakine mani olmaz;

b) Bu itiraza hasım olan alacaklı işbu itirazın tebliği tarihinden itibaren yedi gün içerisinde alacağını dâva etmezse iştirak talebi sakit olur.

c) Bu itirazın ref'i ne tetkik merciinin salâhiyeti yoktur. Profesör bu husustaki kanaatinin aksine sekolunmuş olan 29.3.939 tarihli Yargıtay kararını hatalı bulmaktadır.

Prof. Belgesay İcra ve İflâs Kanunu Şerhi eserinin son babını teşkil eden onuncu babda rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipten bahsetmekte ve bu arada mevzu ile ilgili yeter derecede umumî malûmat verdikten sonra rehnin paraya çevrilmesi yolunda açılan takiplerde hususî hükümlere bağlanmış olan takip talebi ve ödeme emrinden, rehin veren üçüncü şahsın hukukî vaziyetinden, rehnin paraya çevrilmesi usulünden, rehnin yetmemesi vesikasından ve nihayet rehinli alacaklının temerrüdünden bahsetmiştir.

Takip hukukumuzun tekmlil ana meseleleri ve esas prensipleri yanında bir hayli teferruatını Ord. Prof. Belgesay'ın kendisine has selis üslûbu ile açık ve vazih olarak aydınlatmış olan İcra ve İflâs Kanunu Şerhi mevzuunun taallûk ettiği bakir sahada çok tatminkâr bilgiler vermiştir. Bu noktadan sözü geçen şerh yukarıda eserin metodu sadedinde de işaret ettiğimiz gibi nazariyatçı, tatbikatçı her hukukçuyu tatmin edecek kuvvettedir. Takip hukuku kütüphanemizde büyük bir boşluğu doldurmuş olan değerli eserinden ötürü muhterem Ord. Profesörümüzü candan tebrik ederiz.