

II

Mahkeme İctihatları

A) Amme hukuku; B) Hususi hukuk

A) ÂMME HUKUKU

A — İdare hukuku; B — Ceza hukuku.

A) İDARE HUKUKU

I. Şahsi kusur ve fiilleriyle sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı idare ajan ve memurlarının şahıslarından istenilen ve idarenin, hizmet kusuru dolayısıyla ika ettiği zarardan ötürü idareden talebedilen tazminat dâvalarından ayrı bir mahiyet arzeden şahsi tazminat dâvalarının idari dâva mevzuu teşkil etmeyip adli mahkemelerin vazifesi cümlesinden olduğu hakkında 17/2/1944 tarihli Devlet Şûrası Beşinci Daire kararı.

DEVLET ŞÛRASI

5 inci Daire

E: 943/993

K: 944/379

Dâvacı: A. A.

Dâva edilen: Evkaf Umum Müdürü.

Dâvanın hulâsası: Vekâlet emri kararının (1) Devlet Şûrası tarafından ref'i üzerine bir memuriyete tayine intizar etmekte iken (2) bu müddet zarfında memurların istifade ettiği işe ve sair maddelerden istifade ettirilmemişinden bu husus için sarfettiği 319 liranın (3) umumî müdürün şahsından (5) tazmini ve bundan böyle vakıflar memurluğuna tanınan her haktan istifade ettirilmesi yolunda (4) bir karar verilmesi dileğinden ibarettir.

Dâva edilenin müdafaası: Bu gibi tazminat dâvalarının rüyetli adli mahkemelere ait olduğu mealindedir (6).

Müddeiumuminin mütalâası: Bir memurun vazifesiyle alâkasının kesilmesi hakkındaki idari muamele ve kararın Devlet Şûrasınca esasından iptali memur hakkında tatbik olunan muamelenin haksızlığının sübutu demektir (8). Her haksız muamelenin yaptığı zararın müsebbibi tarafından tazmini ise hukukun en iptidai kaidelerindedir. İdari muameleler de bu kaidenin haricinde kalamazlar. Bu sebebe ve vaziyetlere binaen dâvacıya iptal kararı üzerine yeniden bir memuriyet teklif edildiği tarihe kadar geçen zaman zarfında mahrum kaldığı maddî menfaatlerinin kendisine tazminat olarak verilmesi hükme bağlanmasının kanun ve hakkaniyete uygun düşeceği mütalâa olunmaktadır.

TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren Devlet Şûrası Beşinci Dairesi tarafından işin gereği düşünüldü.

Memurların şahıslarından istenilen ve hizmet hatalarından dolayı idareden mütalebe edilen tazminat işlemlerinden ayrı bir mahiyet arzeden şahsi tazminat dâvaları idari dâvaya mevzu teşkil edemeyeceği cihetle Evkaf Umum Müdürlüğünün şahıslarından tazminat talebine dair olan dâvanın reddine (7) ve 400 kuruş ilâm harcından geri kalan 300 kuruşun dâvacıdan alınmasına 17/2/1944 tarihinde ittifakla karar verildi.

(1) Bilindiği üzere memurlar hakkında alınabilecek ihtiyati tedbirlerden birisi de —Memurin Kanununun muaddel 60 ncı maddesinde yazıldığı veçhile— lüzumu sabit olduğu takdirde her derece ve sınıftaki memurun tayinindeki usule göre mensup olduğu vekâlet veya umum müdürlüğün emrine alınmasıdır.

Bu takdirde kanunda musarrah olduğu üzere «15 seneden aşağı hizmeti olanlara dörtte bir, 15 seneden 20 seneye kadar hizmeti olanlara üçte bir, 20 seneden fazla hizmeti olanlara yarım maaşları nisbetinde, hizmet müddetleri 15 seneye kadar olanlar için iki sene ve hizmetleri 15 seneden yukarı olanlar için üç sene müddetle maaş verilir. Bu müddetler memurun vekâlet emrine alındığı tarihten başlar.

Yukarıdaki hükme göre vekâlet emrine alınan memurlardan vekâlet emrine alındıkları tarihten itibaren hizmet müddeti 15 seneye kadar olanlar dört sene ve hizmet müddeti 15 seneden yukarı olanlar altı sene zarfında buldukları dereceye muadil veya bir derece aşağıdaki bir memuriyete tayin edilmeyenler ile tayin olunduğu halde o memuriyeti kabul etmeyenler haklarında tekaüt kanununun 13 üncü maddesi hükümleri mecburi olarak tatbik edilir. Şu kadar ki memur bu müddeti beklemeksizin kendi hakkında tekaüt kanununun tatbikini isterse mecburi hizmet müddetini doldurmuş olmak veya 1237 numaralı kanunun hükmünü yerine getirmiş bulunmak şartıyla bu isteği kabul edilir. Ancak muhakeme altına alınmış memurlar hakkında tekaüt kanununu tatbik mecburiyeti muhakemenin neticesine bırakılır.»

Sayın Hocamız Ord. Prof. S. S. Onar'ın işaret ettikleri veçhile «vekâlet emrine alınan memurun vazifesiyle alâkası kesilmiş olmakla beraber bu memur, memur statüsünden çıkarılmış, memura tanılan mali menfaatlerden tamamen mahrum edilmiş değildir... Bu menfaatlar azalmış olmakla beraber yine bir müddet devam eder. Memurdan memurluk sıfatı zail olmadıği cihetle bulunduğu derece veya bundan bir derece aşağı bir memuriyete tâyin edilebilir.» (İdare Hukuku 1942, s. 951). Profesörün ilâve ettikleri gibi: «Vekâlet emrine almada muayyen bir hizmetten daimi olarak ayrılmış olmak ve maaş hakkı tahdide uğramak gibi neticeler varsa da memur statüdeki mevkiini muhafaza etmektedir. Yeniden memur statüsüne alınma hususundaki şartlara ve hükümlere riayete mecbur olmaksızın yeni bir vazifeye nakledilebilir (s. 987).

Elhasıl «vekâlet emrine alınan memur, memur statüsünden çıkmış değildir; yalnız muayyen bir memuriyetten ayrılmıştır. Binaenaleyh memur statüsüne girmesi için yeni bir şart - tasarrufa lüzum yoktur. Ayrıca bir

cevazı istihdam kararına veya sair muameleye lüzum olmaksızın, nakil gibi, yeni bir memuriyete tâyin edilebilir.» (s. 989).

Şunu da hocamızla beraber kaydetmek lâzımgelir ki «vekâlet emrine alma salâhiyeti, bilhassa Devlet Şûrası içtihatlarına göre, takdiri bir salâhiyet olmayıp bağı bir salâhiyettir» (s. 989). Gerçekten Sayın Profesörün izah ettikleri gibi vekâlet emri kararının «tamamen veya saik unsuru bakımından takdiri bir mahiyet arz edip etmediği tereddüt ve münakaşaları mucip olmuştur. Vekâlet emrine alma kararları üzerine açılan dâvalara karşı idare, bu kararların idarî dâva mevzuu olamayacağını iddia etmiş ise de Devlet Şûrası Deavi daireleri umumi heyeti bu görüşü kabul etmemiş ve (bir memurun vekâlet emrine alınmasında âmme hizmeti menfaati itibariyle lüzumunun sübutu için ileri sürülecek sebeplerin kifayet ve ademi kifayeti hususunun takdiri idarî dâva zemini olduğuna) Devlet Şûrasının içtihadının takarrür etmiş bulunduğu ittifakla karar vermiştir. Devlet Şûrası, bu görüşünde aynı mahiyetteki diğer dâvalarda da ısrar etmiş ve diğer bir kararında da (vekâlet emri muamelesinin memurların hukukuna sâri bir muamele idariye olduğu da âşikâr olduğuna göre bunun sair idarî dâvaların tâbi olduğu usul ve kaideler) altında Devlet Şûrasında görüleceğini söyledikten sonra vekâlet emrine alma tasarrufunun takdiri bir muamele olmadığını şu suretle belirtmektedir: (Vekâletlere bu hususta verilmiş olan salâhiyet dâvalar idarî mevzuu olmayıp mutlak bir hakkı takdir olmayıp Memurin Kanununun bazı maddelerini değiştiren kanunun 3 üncü maddesinde sarahaten zikredildiği veçhile lüzumu sabit olan hususlarda tayinlerindeki usule tevfiқан memurun vekâlet emrine alınmasına cevaz veren mukayyet bir salâhiyettir. Kendisinin hiç bir lüzuma ve hiç bir gûna âmme nef'ine olmayarak vekâlet emrine alındığını ve haklarının ihlâl edildiğini dâva eden bir memura karşı kanunun bu sarîh takyitleri karşısında Şûrayı Devletin nevanma kapısını kapıyan mutlak bir hakkı takdirin kabulü imkânsızdır) (s. 952). Yukarıdaki izahattan anlaşıldığı üzere vekâlet emri kararı —tekmil diğer idarî kararlar gibi— Devlet Şûrasının kazai mürakabesine tâbidir. Binnetice aleyhine iptal dâvası açılabilir ve Devlet Şûrası, mevzuata herhangi cihetten aykırılık arzettiğine kanaat getirdiği takdirde, vekâlet emri kararını iptal edebilir.

Tahlil ettiğimiz karardan anlaşıldığı üzere hâdisemizde dâvacı, kendi hakkında müttehaz vekâlet emri kararına karşı vaktiyle bir iptal dâvası ikame etmiş ve neticede Devlet Şûrası, mevzuata herhangi noktadan muğayir olduğuna kani bulunduğundan, mezkûr kararı iptal ve refeylemiştir.

(2) Malûm olduğu üzere idarece müttehaz herhangi idarî bir kararın idarî mahkeme tarafından iptali üzerine idareye mahkeme hükmünü yerine getirmek, bunun için de gereken bütün tedbirleri almak vazifesi terettüp eder. Hiç şüphe yoktur ki bir memur hakkında ittihaz olunan vekâlet emri kararının Devlet Şûrasınca iptali de aynı kaideye tâbidir. Bu itibarla vekâlet emri kararının mahkemece ref'i üzerine idare, mevzuata herhangi cihetten aykırı olarak vekâlet emrine alındığı bu suretle sabit olan memuru ya eski vazifesine veya buna muadil bir memuriyete tâyin mecburiyetindedir.

Yukarıda tesbit ettiğimiz bu esas idare hukukunun şaşmaz bir kaide-

sidir. Ancak bu hususta tereddüdü mucip olan tek bir nokta vardır ki, o da şudur: Bir memurun idare tarafından herhangi bir suretle — meselâ ihraç, tekaüde sevk, vekâlet emrine alma gibi bir takım idari kararlarla — memuriyetinden uzaklaştırılmasını müteakıp Devlet Şûrasına müracaatla aleyhinde müttahaz karara karşı bir iptal dâvası açması ve mahkemenin de mezkûr kararı — mevzuata herhangi bakımdan aykırılığından ötürü — bozması üzerine idarenin bu memuru eski memuriyetine iade veya buna muadil bir vazifeye tâyin etmesi lâzımgelirken işbu memuriyete başka bir memur tâyin edilmiş bulunduğu ve muadil bir vazifede dahi münhal mevcut olmadığı hallerde idarenin mahkeme hükmünü yerine getirmesi hayli nazik ve çetin bir meseledir. Bu gibi ahvalde idarenin, ya memuru eski vazifesine iade edebilmek için bilâhara yerine tâyin ettiği ikinci memuru bu vazifesinden uzaklaştırması, yahut ta eski vazifesine iadesine veya muadil bir memuriyete tayinine imkân bulunmayan bu memura bu yüzden uğradığı zararları ödemesi gerekir. İşte tereddüdü mucip olan nokta: İdarenin bu iki şıktan hangisini ihtiyar zorunda olduğu hususudur. Biz, kendi hesabımıza, idarenin, memuriyetinden yolsuz olarak uzaklaştırıldığı mahkeme kararıyla sabit olan bir memuru eski memuriyetine iade mecburiyetinde olduğuna inanıyoruz. Zannımızca idare hukukunda cari olan esaslara göre kabule daha ziyade şayan olan hal tarzı budur.

Memuriyetinden haksız olarak uzaklaştırılan memurun eski vazifesine dönebilmesi için yerine tayin edilmiş olan ikinci memurun buradan nasıl uzaklaştırılabileceği meselesine gelinece; bunu başka bir yazımızda uzun uzadıya izah eyledik (bakınız: İst. Baro ağustos 1944 sah. 449-461). Burada yalnız şu kadarını söyleyelim ki: İdare Hukuku prensipleri mucibince iptal hükmü makabline şamil olduğuna göre bir memurun memuriyetinden herhangi bir suretle uzaklaştırılmasına matuf idari bir kararın mahkemece iptali üzerine mezkûr karar, hükmün mahkemedan sadır olduğu andan itibaren değil de, idare tarafından ittihaz edildiği ta ilk dakikadan itibaren batıl farzolunur. Başka bir söyleyişle karar tâ ilk dakikadan itibaren mevcut değildir. Binnetice memurun vekâlet emrine alınması, memuriyetinden ihracı, tekaüde sevki sırf fiili bir vaziyetten ibaret olup; hukuk nazarında memur, memuriyetinden hiç bir vakit ayrılmamış, uzaklaşmamıştır.

Şu halde memur, memuriyetinden hiç bir zaman ayrılmadığına nazaran ikinci memurun bu makama tâyini hukukan muteber ve sahih değildir. Zira herhangi bir tâyin muamelesinin hukukan muteber ve caiz olabilmesi için her şeyden evvel bu memuriyetin, bu makamın münhal bulunması lâzımdır. Gerçekten bir memurun ancak münhal bir memuriyete tayin edilebileceği izaha muhtaç olmayacak kadar bedihi bir keyfiyettir. Bir memur tarafından halen işgal edilmekte bulunan bir memuriyete selâven başka bir memur tayini nasıl hükümsüz ve kıymetsiz ise; bilâhara mahkemece iptal edilen bir kararın memuriyetinden uzaklaştırılmış olan bir memur yerine yeni memur tâyini de aynı derecede mâna ve hüküm ifade etmiyen bir tasarruftur.

Hulâsaten diyebiliriz ki: İptal hükmünün makable şümulü dolayısıyla bir memurun memuriyetinden uzaklaştırılmasına mütedair idari kara-

rin iptali üzerine memur bu memuriyetinden hiç uzaklaşmamış farz olunur. Memuriyetinden hiç bir an ayrılmamış olduğuna nazaran da bu makam hiç bir zaman münhal kalmış sayılamaz. Bu memuriyet münhal bulunmadığına göre de evvelki memur tarafından işgal edilmekte bulunan memuriyete yeni memur tayini hükümsüzdür. Binaberin bu ikinci tayin kararı ya idare tarafından geri alınır veya alâkadarın aleyhine açacağı bir iptal dâvası üzerine, mahkemece iptal olunur. Bu suretle ilk memur eski memuriyetine avdet etmiş olur.

Hiç şüphe yok ki bu suretle memuriyetini terk zorunda kalan ikinci memurun, bu yüzden uğramış olduğu zararların idareden tazminini istemek hakkı vardır.

Yukarıda ana hatlarını çizerek müdafaa ettiğimiz bu noktaî nazarı nazari ve ilmi esaslara tamamen uygun olduğuna inanmakla beraber; bunun memleketimizde doktrin ve mahkeme içtihadı sahasında kabul olduğuna veya olunması ihtimaline dair herhangi bir emareye rastlamadığımızı kaydetmeyi bir vazife biliriz. Dediğimiz gibi mesele tereddütü ve ihtilâfı mucip bir noktadır. Ancak şu da muhakkaktır ki — ister müdafaa ettiğimiz tez kabul edilsin, ister edilmesin — bir memurun vekâlet emrine alınması hakkındaki karar Devlet Şûrasınca iptal edildiğinde memurun — ister eski memuriyetine olsun, ister muadil başka bir vazifeye olsun — behemehal tekrardan bir memuriyete tâyini icabeylemektedir. Bir kelime ile memurun tekrardan memuriyet hayatına avdeti gerekmektedir. Bu vecibe yerine getirilmediği takdirde idare mahkeme hükmünü tenfiz etmemiş demektir. Binaberin bu gibi bir haksızlığa uğrayan memurun zarar ziyan talep etmekte haklı olduğu idare hukuku alanında hiç bir tereddüt ve münakaşayı mucip olmamakta, bilâkis müttefikan kabul edilmektedir. Yalnız şu var ki bu zararları idareye mi yoksa mahkeme kararını tenfizden imtina eden idare ajan veya memurun şahsından mı talep etmesi lâzımgeldiği ayrıca incelenmiye değer bir meseledir, ki bunu birazdan — 5 numaralı notta — halle çalışacağız.

(3) Dâvanın hulâsasından anlaşıldığı üzere dâvacı — İkinci Dünya Savaşı dolayısıyla geçirmekte olduğumuz nazik ve buhranlı zamana mahsus olmak üzere — memurların istifade edegeldikleri işe ve sair maddelerden istifade ettirilmediğinden bu husus için bir takım masraflar ihtiyar etmek zorunda kalmıştır. Başka bir deyişle dâvacı — vekâlet emri kararının iptaline rağmen — yeni bir memuriyete tâyin edilmemesi yüzünden bir takım zararlara uğramıştır.

Âşikârdır ki bu zararların husulüne sebebiyet veren hâdis: vekâlet emri kararının mahkemece iptaline rağmen memurun yeni bir memuriyete tâyin olunmaması keyfiyettir. Kısaca hâdisimizde bu keyfiyet zararın illetini teşkil eylemektedir. İşte bu illiyet rabitasının mevcudiyeti dâvacının tazminat talebini muhik ve meşru kılar. Yalnız — yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile — dâvacının bu tazminat talebini ve dâvasını idareye mi — yani Vakıflar Umum Müdürlüğü müessesesine mi — yoksa mahkeme hükmünü yerine getirmekten imtina etmekle bu zararlara sebebiyet veren idare ajan ve memuruna mı — yani evkaf müdürünün şahsına mı — dermeyan ve tevcih etmesi lâzımgeldiği caî sualdir, ki buna daha aşağıda — 5 numaralı notta — cevap vermeye gayret edeceğiz.

(4) Görüldüğü üzere, dâvacı tazminat talebi yanında mahkemeden vakıflar memurluğuna tanınan bütün haklardan istifade ettirilmesi yolunda bir karar verilmesini istemektedir.

Derhal şunu kaydedelim ki: kanaatimizce dâvacının bu gibi bir talepte bulunmasında isabet yoktur. Zira — idare hukukunda cari olan esaslara göre — İdari mahkeme, hiç bir suretle idareye emir ve direktif veremez. Ancak idarece müttahaz kararları bozabilir veya idarenin sebebiyet verdiği zararların tazminine hükmedebilir. Yoksa, idarenin yerine kaim olarak, bizzat idare tarafından alınması gereken bir karar veya tedbirinin nam ve hesabına ittihaz edemez. (Bu noktada tafsilât için bakınız: R. Sarıca, İdari Kaza 1942 s. 174-178 ve 263). Bu itibarla dâvacı hakkında evvelce müttahaz vekâlet emri kararının Devlet Şûrasınca iptali; hiç bir zaman bu memurun eski vazifesine iadesi veya yeni bir memuriyete tâynini demek değildir. Kısaca, vekâlet emri kararının mahkemece iptal ve ref'i; idare için memuru tekrardan memuriyete tâyin mecburiyetini tazamun eylediği halde hiç bir veçhile memurun yeniden bir memuriyete tâynini muamelesi yerini tutamaz. Bu cihetle vekâlet emri kararının iptali üzerine memuriyet sıfat ve salâhiyetleri kendiliğinden, otomatik bir surette avdet etmez. Mücerret ilâma istinaden dâvacı memur durumunu tekrardan ittisap edemez. Memuriyet sıfat ve salâhiyetlerinin geri dönebilmesi, alâkadarın tekrardan memur durumuna girebilmesi için idarenin —mahkeme ilâmına tevfikân— bu memur hakkında yeni bir karar ittihaz etmesi; bir kelime ile memuru yeniden memuriyete tâyin eylemesi gerekir. Aksi takdirde, yani idare alâkadar hakkında bu gibi bir karar almadıkça, tekrardan bir memuriyete tâyin etmedikçe mezkûr şahıs — ilâmın tenfiz edilmemesi dolayısıyla haksız bir muameleye maruz kaldığını her ne kadar ileri sürebilir ve bu yüzden uğradığı zararların tazminini, hâdisesine ve icabına göre, ya bizzat idareden veya ilâmı tenfizden imtina eden idare ajanının şahsından talep edebilirse de — hiç bir zaman araya idari bir karar girmedikçe, memur sıfat ve salâhiyetlerinin kendiliğinden avdet ettiğini iddia edemez. Bunun gibi hiç bir vakit mahkemeden, âdeta idarenin yerine geçerek, memuriyete iade edilmesini talep edemez; mahkemeden yeni bir memuriyete tayinini dileyemez. Kezalik memura tanınan haklardan ve menfaatlerden istifade ettirilmesi hususunda bir karar vermesini idari mahkemeden istiyemez.

Bu yoldaki bir talebin mahkeme tarafından kabulüne imkân yoktur. Çünkü, dediğimiz gibi, idari mahkeme ancak idarenin ittihaz ettiği bir kararı iptal etmek veya idarenin sebebiyet verdiği zarardan dolayı idareyi tazminata mahkûm kılmak salâhiyet ve imkânını haizdir. İdari mahkemenin salâhiyeti bundan ibaret olup; idareye emir ve direktif vermek, yol göstermek ve evleviyetle idarenin yerine kaim olarak ancak idarenin alabileceği karar veya tedbirleri ittihaz etmek salâhiyeti yoktur.

İdari mahkemece verilen bir hükmün idare tarafından ademi tenfizi halinde dahi yine böyledir. Yani idari bir kararın mahkemece iptaline rağmen idare mahkeme kararına uymasa ve ilâmı yerine getirmese, başka bir söyleyişle hüküm mucibince gereken muameleleri ifadan imtina etse dahi alâkadarın yapacağı yegâne şey: tekrardan mahkemeye baş vurma ve bu sefer mahkeme ilâmının ademi tenfizinden ötürü tazminat is-

temektir. Yoksa — tekrar edelim — alâkadar, mahkemeden idarenin ifadan imtina ettiği muameleyi onun yerine kaim olarak yapmasını dileyemez. İdari mahkeme hiç bir zaman faal idare gibi alâkadar hakkında doğrudan doğruya hukukî neticeler husule getirecek muamelelerde bulunamaz.

Bu uzun izahattan çıkan netice şudur ki: Hâdisemizde dâvacının, Devlet Şûrasından «memurlara tanınan haklardan istifade ettirilmesi yolunda bir karar verilmesi» talebi yerinde değildir. Bu dilek mahkemenin salâhiyetlerini aşmaktadır. Alâkadar, ancak ilâmın ademi tenfizi dolayısıyla bugüne değin uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilir.

Bu tazminat talebini Vakıflar Umum Müdürlüğü müessesesine karşı mı dermeyan etmesi lâzımgeldiği, yoksa bizzat Evkaf Umum Müdürünün şahsına mı tevcih eylemesi iktiza ettiğini ise derhal aşağıda araştıracağız.

(5) Görüldüğü üzere dâvacı, zararlarının tazminini doğrudan doğruya umum müdürün şahsından talep eylemektedir, ki bunda isabet olup olmadığı incelenmeye değer bir meseledir.

Gerçekten — yukarıda da istitraden temas ettiğimiz veçhile — mahkemece idare aleyhine verilmiş bir hükmün yerine getirilmemesi halinde dâvacı aşağıdaki iki şıktan birini ihtiyar edebilir. Şöyle ki, hâdisesine göre, ya ilâmı yerine getirmekten kaçınan ajan veya memurun şahsına karşı adli mahkemede — şahsî kusur ve haksız fiilinden ötürü — bir tazminat dâvası ikame eder. Yahut bizzat idare aleyhine — hizmet kusuruna veya objektif mesuliyet esasına istinaden — bir tazminat (tam kaza) dâvası açar.

Hiç şüphe yoktur ki bu iki yol arasında bir takım farklar mevcuttur. Filhakika bir kere idare ajan ve memurunun şahsına karşı bu gibi bir dâva açabilmek için ona herhangi bir kusur isnad edebilmelidir. Başka bir söyleyişle onun hâdisede şahsan kusurlu olduğunu; idare hukukunda müstâmei tabiriyle onun «şahsî bir kusur» işlediğini isbat etmek lâzımdır. (Şahsî kusur hakkında tafsilât için bakınız: R. Sarıca, İdari Kaza 1942; sah. 204-214).

Saniyen şunu da kaydetmek lâzımgelir ki herhangi bir fiilin şahsî bir fiil ve kusur sayılıp sayılmaması hayli nazik bir mesele olup; bu hususta bir takım kıstaslar mevcuttur. Hiç şüphe yok ki bu bapta son söz: ihtilâfı rüyetle mükellef mahkemeye aittir. Nihayet şunu da ilâve edelim ki ajan veya memurun ilâmı tenfiz eylememesi şahsî bir kusur teşkil ettiği hallerde ajan veya memurun şahsı aleyhinde açılacak tazminat dâvasını adli mahkemede ikame etmek gerektir. Bu gibi bir dâvayı idarî mahkeme tetkik ve rüyete asla salâhiyettar değildir. Zira —bilindiği üzere— idarî mahkeme, idare ajan ve memurlarının şahsî ef'al ve harekâtından değil, münhasıran idare hükmi şahıslarının, bir kelime ile idarenin fiil ve hareketlerinden husule gelen ihtilâfları halle salâhiyettardır. Halbuki —işaret ettiğimiz üzere— şahsî kusur bahse mevzu olan hallerde şikâyeti mucip fiil ve hareket idareye değil, doğrudan doğruya ajanın, memurun şahsına isnad ve izafe olunmaktadır. Şu halde mezkûr fiil ve hareketi idarî bir fiil ve hareket addetmeye imkân yoktur. Bînetice idarî mahkeme bu gibi bir dâvaya bakamaz. Bu ihtilâf eşhas arasında zuhur

eden alelâde bir tazminat dâvasıdır. Binaberin tetkiki adli mahkemeye aittir.

Halbuki ilâmın ademi tenfizinden dolayı dâvacının bizzat idare aleyhine bir tazminat dâvası açabilmesi için zararın şahsan teşhisi mümkün bir ajan ve memurun şahsî kusurundan ileri gelmemiş olması lâzımdır. Diğer bir tabirle zarar ya bizzat idarenin kuruluşunda, bünyesinde, teşkilâtında, işleminde ilh... tesbit olunan bir hizmet kusurundan neşet etmelidir. Veya —idarenin herhangi bir hizmet kusuru sabit olmasa bile— zarar yine idareye atıf ve izafesi mümkün bir fiilden, hareketten meydana gelmelidir. Elhasıl idare aleyhine doğrudan doğruya bir tazminat dâvası açılabilmesi için hâdisede şahsî bir kusur olmamalıdır. İşte bu takdirde zarar ya idarenin bir hizmet kusurundan veya idari bir takım mülâhazalar ve fiiller yüzünden husule gelmiş demektir. Bu gibi hallerde ilâmın ademi tenfizinden mütevellit ihtilâfı ancak idari mahkeme tetkika salâhiyetlidir. Çünkü —ortada şahsî bir kusur bulunmadığına nazaran— zararın ya bir hizmet kusurundan meydana geldiğini kabul etmek lâzımgelir ki, bu takdirde hizmet kusurundan mütevellit tazminat dâvasının idari mahkemeye ait olduğu izahtan vareste bir keyfiyettir. Yahut ta —hâdisede idareye atıf ve izafesi mümkün bir hizmet kusuru bulunmasa dahi— bu zarar yine idari bir takım mülâhazalar ve fiiller yüzünden husule geldiğine göre idare hukukunda cari olan diğer bazı esaslara göre —meselâ objektif mesuliyet, hasar veya müsavat prensiplerine tevfiikan— bu tazminat dâvasını yine idari mahkemenin tetkik ve rüyet etmesi icap eyer. Zira idari fiillerden mütevellit dâvaların yegâne tetkik mercii idari mahkeme olduğu âşikârdır. (Hizmet kusuru, objektif mesuliyet, hasar, müsavat esasları hakkında izahat için bakınız: R. Sarica, İdari Kaza 1942, sah. 214-218 ve 223-225).

Bu izahattan sonra hâdisemize dönerek diyebiliriz ki dâvacı, zararlarının tazminini umum müdürün şahsından talep ettiğine nazaran, kendisi hâdisede umum müdüre atıf ve izafesi lâzımgelen bir şahsî kusurun mevcudiyetine kani bulunmaktadır. Bu kanaatin yerinde olup olmadığına gelince; herhangi bir fiilin şahsî kusur teşkil edip etmemesi tamamen müşahhas hâdiselerin tetkik ve tahliline bağlı bulunduğuna, halbuki yukarıya naklettiğimiz dâva hulâsasından hâdisede şahsî kusuru teşhis ve tesbite yarıyacak müşahhas vasıf ve emareleri istidlâle imkân olmadığına göre meseleyi sırf nazari bakımdan mütalâa ve münakaşa etmek zorundayız.

A) Dâvacının dâvasını bizzat evkaf müdürünün şahsına tevcih ettiğini nazara alarak hâdisede müdürün —kin, garaz, kötülük veya ihmâl, lâkaydi, ilh... gibi bir takım mülâhaza ve âmillerin tesiriyle — ilâmı tenfiz etmemekle hakikaten şahsî bir kusur işlemiş olduğunu bir faraziye olarak kabul ettiğimiz takdirde bu dâvanın Devlet Şûrasında ikamesinde isabet olmadığı neticesine varırız. Zira —mantıktaki tenakus kaidesi mucibince — bir fiil ya şahsî kusurdur veya değildir. Aynı zamanda hem şahsî kusur, şahsî fiil hem de hizmet kusuru, hizmet fiili olmasına imkân yoktur. Şu halde dâvacı hâdisede ancak evkaf müdürünün şahsına isnadı lâzımgelen bir şahsî kusurun mevcut olduğuna kani bulunduğuna göre kendi nazarında idareye atıf ve izafesi mümkün bir hizmet kusuru veya

hizmet fiili mevcut değil demektir. İdareye isnad edilebilecek bir hizmet kusuru veya fiili mevcut olmadığına nazaran da ancak idare aleyhinde ve münhasıran idari fiillerden dolayı açılacak tazminat (tam kaza) dâvalarını tetkike salâhiyettar olan Devlet Şûrasında bir idare ajanı, organı, memuru aleyhine bir dâva açılmıyacağı kendiliğinden anlaşılır. Bu gibi bir dâvayı ancak adli mahkeme tetkike salâhiyetlidir.

B) Yok eğer hâdisede umum müdüre atıf ve izafesi mümkün bir şahsi kusurun mevcut olmadığını, yani ilâmın ademi tenfizi keyfiyetinin —münhal bir memuriyet bulunmaması, bütçede tahsisat fıkdanı, kırtasiyecilik dolayısıyla işlerin uzaması, ilh... gibi— tamamen idari bir takım mülâhazalar ve fiillerden neşet ettiğini yine bir faraziye olarak kabul ettiğimizde bu sefer dâvanın müdür aleyhine tevcih edilecek yerde Vakıflar Umum Müdürlüğü müessesesi aleyhinde açılması iktiza eylediği neticesine vasıl oluruz. Bu takdirde dâvanın Devlet Şûrasında açılması ve fakat husumetin evkaf müdürü yerine Vakıflar Umum Müdürlüğü müessesesine tevcihi gerekir.

C) Hâdisede hem müdürün şahsına atıf ve izafesi lâzımgelen bir şahsi kusurun hem de ayrıca idareye isnadı kabil olan bir hizmet kusurunun veya fiilinin beraberce mevcut olduğunu bir faraziye olarak kabul edersek, bu takdirde yine dâvacının Devlet Şûrasında ancak Vakıflar Umum Müdürlüğü müessesesi aleyhinde bir dâva ikame edebileceğini, müdürün şahsına karşı ise ancak adli mahkemede bir dâva açabileceğini yine kabul etmemiz lâzımgelir. (Şahsi kusurla hizmet kusurunun içtimai hakkında tafsilât için bakınız: R. Sarıca, İdari Kaza 1942 sah. 218-221).

Elhasıl, görüldüğü üzere, hiç bir şıkta, Vakıflar Müdürünün şahsına karşı Devlet Şûrasında bir dâva açılmasına hukukan imkân yoktur. Devlet Şûras: ve onun gibi diğer idari mahkemeler, ancak idare hükmi şahısları, başka bir söyleyişle sırf idare aleyhine açılan dâvalara bakarlar. Bu itibarla alelâde fertler gibi idare ajan ve memurlarının şahısları aleyhinde ikame olunan dâvalar da idari mahkemelerin vazife ve salâhiyeti dışında kalırlar. Bu gibi dâvaları ancak adli mahkemeler tetkike salâhiyetlidirler.

(6) Verdiğimiz en son izahattan anlaşılacağı üzerine müddeaaleyhin «bu gibi tazminat dâvalarının rüyeti adli mahkemelere ait olduğu» yolundaki mütalâası doğrudur.

(7) Keza eyvelki izahatımıza istinaden Devlet Şûrasının «memurların şahıslarından istenilen ve hizmet hatalarından dolayı idareden mutalebe edilen tazminat işlerinden ayrı bir mahiyet arzeden şahsi tazminat dâvaları idari davaya mevzu teşkil edemeyeceği cihetle Evkaf Umum Müdürlüğünün şahıslarından tazminat talebine dair olan dâvanın reddi» hususundaki kararının ilmi esaslara tamamen uygun olduğuna kani bulunuyoruz.

Ancak sırası gelmiş iken terminoloji bakımından bir itiraz serdetmemize müsaade edilsin: Elimizdeki ilâm suretine göre yüksek mahkeme «hizmet hâatalarından» bahseylemektedir. Bununla «hizmet kusurlarını» kastedtiği her ne kadar âşikâr ise de; hukuk terminolojimizde «hata» Fransız ve İsviçre Medeni Kanununda rızayı ifsat eden sebeplerden

«erreur» kelimesine tekabül ettiğine, halbuki «kusur» yine Fransız ve İsviçre mevzuatında haksız fiillerde bahse mevzu olan «faute» terimine karşılık teşkil eylediğine göre burada «hatâ» yerine «kusur» teriminin kullanılması lâzımgelir, kanaatindeyiz. Bahusus ki idare hukukunda müstâmel «hizmet kusuru» ve «şahsi kusur» mefhumları ilk olarak Fransada «faute de service» ve «faute personnelle» şeklinde ortaya atılmış, oradan idari rejimi kabul eden memleketlere ve bu meyanda Türkiyemize intikal etmiş bulunmaktadır.

Aynı ıstılah hatâsına Medeni Kanunumuzda da çok defa rastladığımızı, rızayı ifsat eden «hatâ» ile bir haksız fiil teşkil eden «kusur» un karıştırıldığını kaydederek Devlet Şûramızın «hatâ» kelimesi hakkındaki bu ufak hatâsı sanırız ki mazur görülür.

(8) Sayın müddeiumumi, herhangi idari bir kararın Devlet Şûrasınca iptali halinde bu suretle «yapılan muamelenin haksızlığının sabit olduğu» hususundaki mütalâaları ile idare hukukunda üzerinde durulmaya ve değilmeye değer çok önemli bir meseleye temas etmişlerdir.

Gerçekten idarece müttahaz herhangi idari bir kararın idari mahkeme tarafından iptali keyfiyetinin behemehal bir haksız muamele, bir haksız fiil, başka bir tabirle şahsi kusur veya hizmet kusuru teşkil edip etmiyeceği caî sualdir. Başka bir söyleyişle her iptal hükmünün — hâdisede ayrıca başka hususları araştırmaya lüzum olmaksızın — neticeten, otomatik bir surette bir tazminat dâvasına meydan verip veremeyeceği cidden düşünülecek bir meseledir. Fırsat zuhur etmiş iken bu önemli meseleyi de burada inceliyelim. Meseleye temas eden Fransız müelliflerinden Profesör P. Duez, La responsabilité de la puissance publique 1938 eserinde şu esasları tesbit ediyor:

A) Bir kere idari bir kararın herhangi cihetten mevzuata aykırılık arzemesi aynı zamanda bir hizmet kusuru teşkil eder. Zira âmme hizmeti ifasıyle mükellef olan ajan ve memurlara her şeyden evvel mevzuata riayet etmek vecibesi terettüp eder. Bu itibarla mevzuata mugayir bir karar ittihazi: hizmetin fena işlemiş olduğunu isbat eder. Halbuki bir âmme hizmetinin herhangi suretle fena işlemesi bir hizmet kusuru teşkil eder. Şu halde, genel bir şekilde, mevzuata aykırı karar ittihazi keyfiyetinin bir hizmet kusuru teşkil ettiğini söylemek mümkündür.

B) Yalnız şu var ki —ehemmiyet derecesi ne olursa olsun— her hizmet kusuru behemehal idare için, husule gelen zararı tazmin mükellefiyetini doğurmaz. Gerçekten Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına göre her hizmet kusuru otomatik bir surette idarenin mali mesuliyetini intaç etmez. Tazminata mesnet teşkil edebilmek için hizmet kusurunun ağır ve önemli olması gerekir. Hiç şüphe yoktur ki bu ağırlık ve ehemmiyet derecesini, hâdisesine göre müşahhas bir surette, takdir ve tesbit etmek idari mahkemeye terettüp eder.

C) Binaenaleyh, herhangi idari bir kararın mevzuata herhangi bakımdan aykırılık arzemesi idarenin muhakkak surette mesuliyetini mucip olmaz. Başka bir söyleyişle mevzuata aykırılığın, tazminata mesnet teşkil etmesi için, ağır ve önemli olması gerekir.

D) İşte yukarıda tesbit olunan bu esasa binaendir ki Fransız Devlet Şûrası her iptal dâvası neticesinde iptale mahkûm olan kararı ittihaz eden idareyi sırf bu yüzden tazminata mahkûm kılmamakta; idarenin mesuliyetine hükmetmek için — hâdiseyi müşahhas bir surette tahlil etmek suretiyle — mevzuata aykırı karar ittihazi keyfiyetinin ağır ve önemli olmasını aramaktadır.

Demek ki, Fransız Devlet Şûrasına göre, her iptal sebebi aynı zamanda her hal-ü kârda idarenin mesuliyetini intaç eden bir hizmet kusuru, bir kelime ile bir tazminat sebebi teşkil eylememektedir.

Bu izahattan anlaşılacağı üzere idari rejimin en mükemmel bir şekilde tahakkuk ve inkişaf ettiği Fransada iptal dâvasıyla tazminat dâvası arasında zarurî bir rabita mevcut değildir. Başka bir ifade ile idari bir kararın mevzuata herhangi cihetten aykırılığı dolayısıyla, mahkemece iptali keyfiyeti idarenin hâdisede muhakkak surette bir hizmet kusuru işlediğini isbat etmez. Binnetice her iptal hükmü otomatik bir surette idarenin mesuliyetini intaç eylemez.

Aynı esasların memleketimizde kabule şayan olup olmadığını tayin eylemek, hiç şüphe yok ki, Devlet Şûramıza terettüp eder. Bu cihetle, bu mesele hakkında kat'i bir hüküm verebilmek için Devlet Şûramızın içtihadına intizar etmekten başka çare yoktur.

Mamafih, kendi hesabımıza, Fransız Devlet Şûrası içtihadını tasvip etmediğimizi kaydedebiliriz. Gerçekten «kusur» — ve bu meyanda «hizmet kusuru» — tesmiye ettiğimiz şey de nihayet: Devlet nizamına, mevzuata, hukuka, bir kelime ile cemiyet dahilinde riayeti gereken kaidelere aykırı hareketten başka bir şey değildir. Bu itibarla idarenin mevzuata aykırı karar ittihaz etmesi; aynı zamanda bir hizmet kusuru işlemesi demektir. İyi kurulmuş, bünyesinde, teşkilâtında, nizamlarında, personeline, işleyişinde bir aksaklık ve bozukluk müşahede edilmeyen ideal bir idare, pek tabiidir ki, mevzuata, hukuka aykırı karar ittihaz etmez. Bu kaziyenin aksi ise şudur ki: Her ne zaman ki idare mevzuata mugayir bir karar ittihaz eder fena kurulmuş, bünyesinde, teşkilâtında, nizamlarında, personeline, işleyişinde — teşhisi belki kolaylıkla mümkün olmamakla beraber — herhangi bir aksaklık, bozukluk mevcut demektir. Kısaca bu takdirde idareye atıf ve izafesi mümkün bir hizmet kusurunun mevcudiyetini bir karine ve faraziye olarak kabul etmek gerektir.

Binaşerin muayyen ve müsemma bir memurun şahsına isnad ve izafesi mümkün bir şahsî kusurun mevcudiyeti tesbit olunmadığı hallerde idare tarafından ittihaz edilen bir kararın mevzuata herhangi cihetten aykırılığından ötürü mahkemece iptali, fikrimizce, idarenin aynı zamanda — hizmet kusuruna binaen — mesuliyetini intaç etmelidir. Zannımızca bu gibi hallerde hâdisede ayrıca bir hizmet kusurunun mevcut olup olmadığını aramaya, hizmet kusurunun mevcudiyetini isbata lüzum dahil yoktur. Zira — arzettiğimiz veçhile — mevzuata aykırı kararlar ittihaz eden bir idarenin fena kurulmuş olduğunu, kötü işlediğini, bir kelime ile idareye bir hizmet kusuru atıf ve izafe olunabileceğini bir karine ve faraziye olarak kabul etmek icap eder. Kaldı ki Devlet Şûrası Kanunumuzun 23 üncü maddesinin «A» fıkrası mucibince idare tarafından ihlâl olunan herhangi bir hakkın tamirini idareden istiyebilmek, diğer bir ifade ile ida-

rece sebebiyet verilen bir zararın idareden tazminini talep edebilmek için muhakkak surette idareye isnadı ve izafesi mümkün bir kusurun bulunması da zarurî değildir. Elhasıl Devlet Şûrası kanunu gereğince bir hakkın idare tarafından mücerret ihlâli keyfiyeti, idareye hiç bir kusur isnad edilmese dahi, idarenin mesuliyetini intaç ettiğine göre ittihaz ettiği yolsuz bir kararla alâkadarın haklarını ihlâl eden, bir takım zararlara uğramasına sebebiyet veren idarenin ihlâl ettiği hakları tamir, ika eylediği zararları tazmin etmesi lâzımgelir.

İdari bir kararın Devlet Şûrasınca iptali keyfiyetinin, idarenin behe-mehal mesuliyetini mucip olup olmayacağı meselesini bu esaslar dairesinde hallettikten sonra; bu gibi bir iptalin, kararı ittihaz etmiş olan ajan veya memurun şahsın mesuliyetini intaç edip etmiyeceğini araştıralım.

Zannımızca idare nam ve hesabına karar ittihaz eden herhangi bir ajan veya memurun mevzuata herhangi cihetten mugayir bir karar ittihaz etmesi — muayyen ve müşahhas hâdiselerden kat'an nazar — ajan veya memura kabli ve nazari olarak bir şahsî kusur isnadı için kâfi bir sebep teşkil edemez. Gerçekten — evvelce arzettiğimiz veçhile — bir fiilin şahsî bir kusur teşkil edip etmiyeceğini — hâdiseyi müşahhas bir surette tetkik ve tahlil suretiyle — tâyine yarıyacak bir takım kıstaslar mevcuttur. Bunlardan başlıcası sübjektif bir kriteriyumdur. Şöyle ki: Şahsî bir kusur mevcuttur diyebilmek için memur kötü bir insan olarak, yâni fena niyet ve maksatla, başka bir söyleyişle bir şahsî izrar kastıyla hareket etmeli veya hiç olmazsa kendisine — dikkatli bir kimsede aslâ müşahede olunamayacak — bir dikkatsizlik, ve ihmal isnad olunabilmelidir.

Görüldüğü üzere bu miyara göre bir memurun mücerret mevzuata aykırı bir karar ittihaz etmesini şahsî bir kusur addetmiye imkân yoktur. Memurun şahsî kusuruna hükmedebilmek için hâdisede ayrıca kötü bir maksat ve niyetin, memura atfı mümkün büyük bir dikkatsizlik ve ihmalin sabit olması lâzımdır.

Mesele diğer kıstaslar bakımından daha nazik olmakla beraber; yine bu kriteriyumlara binaen her yolsuz karar ittihaz eden memurun behe-mehal bir şahsî kusur işlediği iddia olunamaz.

Bu itibarla, kendi hesabımıza, sayın müddeiumuminin mütalâalarını mutlak olarak kabule şayan görmüyoruz.

Evet, her haksız muamelenin sebebiyet verdiği zararın müsebbibi tarafından tazmini lâzımgeldiğini biz de, muhterem müddeiumumiyle beraber, teslim ediyoruz. Lâkin asıl mesele: zararın müsebbibini tesbit edebilmektir. Halbuki — idare hukuku esaslarına göre — idare namına yapılan tasarruflar, idare hesabına işlenen fiiller — hâdisesine ve icabına göre — kâh idareye, kâh memurun şahsına isnad olunur. Hususiyile hizmet kusuru halinde âmme hizmetinin ifası zımında işlenen fiil idareye izafe olunduğu halde; şahsî kusur halinde memurun şahsına isnad olunmaktadır.

Bu cihetle vaziyet her hâdiseye göre değişmektedir. Binaberin, muayyen ve müşahhas bir hâdisede, idare namına ittihaz olunan bir kararın mevzuata herhangi noktadan aykırılık arzemesi — şahsî kusur kıstaslarının tatbiki neticesinde — ayrıca memurun şahsına atfı ve izafesi lâ-

zimgelen bir şahsi kusur teşkil ediyorsa mesele yoktur. Bu zararın faili: bu kararı ittihaz eden memurdur. Binaenaleyh zararın bu kimse tarafından tazmini gerekir.

Fakat memurun, bir şahsi kusur işleyip işlemediği ayrıca araştırılmaksızın ve sureti mahsusada tesbit edilmeksizin, mücerret yolsuz bir karar ittihaz etmesi dolayısıyla behemehal bir şahsi kusur işlediği iddia olunamaz. Bahusus ki memurun bu gibi bir hataya düşmesi, hüsnüniyetine rağmen — ağılebi ihtimal âmirin kâfi derecede talimat vermemesi, müşavirlerin, ehliyetsizliği... gibi — hizmetin kötü kurulmasından, fena işlemeden neşet etmiş olabilir. Bunun aksine olarak, kanaatimizce, memura ayrıca atıf ve izafesi mümkün bir şahsi kusur tesbit edilmeyen bütün hallerde idarenin mesuliyeti cihetine gidilebilir. Kısaca yolsuz bir karar ittihazından dolayı — hâdisede bir hizmet kusurunun mevcut olup olmadığını aramaya lüzum kalmaksızın — idare mesul tutulabilir.

Mamafih müdafaa ettiğimiz noktaı nazarın sırf şahsi bir görüşü ifade ettiğini; bu meselede tam bir hükme varabilmek için bu hususta mahkemelerimizin içtihatlarını beklemek lâzımgeldiğini tekrardan kaydetmeyi bir vazife biliriz.

*
**

II. İdari bir karara ittilâ hâsıl olduğu hallerde iptal dâvası müddetinin ittilâ tarihinden itibaren cereyan edeceği; imtihan mü-nasebatının idari kazanın murakabesi dışında kalacağı; iki sene aynı sınıfta kalanların kayıtlarının terkinî lâzımgeleneceği hakkında 22/4/1944 tarihli Devlet Şûrası Beşinci Daire kararı.

DEVLET ŞÛRASI

Beşinci Daire

43/1372

K: 279

Dâvacı: A. A.

Dâva edilen: Maarif Vekâleti.

Dâvanın H: Tıp Fakültesi beşinci sınıf imtihanlarını muvaffakiyetle vererek altıncı sınıfa geçtiği Fakültece ilân edildiği cihetle 1941 yılı ortalarına kadar altıncı sınıf derslerine devam ettiğini ve bilâhara Fakültece beşinci sınıf imtihanlarında Hijiyen dersinden muvaffak olamadığının tebliği ile tekrar beşinci sınıf imtihanlarına sevkine ve yapılan imtihanlarda da Marazi Teşrih dersinde kopya yaptığı iddiasıyla imtihanın iptali ile sınıftan döndürülmesine ve iki sene aynı sınıfta kalmış addiyle de kaydının terkinine itirazla Vekâlete kopya yapmadığı yolundaki müracaatı hasebile açılan tahkikat üzerine de işbu tahkikatın Profesörler tarafından yapılması ve ne kendi ve ne de imtihanda bulunan diğer Profesörün malumatına müracaat edilmeksizin Vekâletçe imtihanının iptali ile kaydının terkin edilmesi muamelesinin doğruluğunun Vekâletçe bildirildiğinden bahisle hakkı müktesse-

binin muhafazası suretiyle 5 inci sınıf imtihanlarına sokulmasının yolsuzluğuna (1) veya bitaraf bir heyet huzurunda Marazi Teşrih dersinden tekrar imtihana tâbi tutulmasına (2) ve kaydının terkin muamelesinin bozulmasına (3) karar itası talebinden ibarettir.

Dâva edilenin M. H.: Dâvacının 40-41 ders yılını müteakıp ve 2/II/1942 yıllarında kaydının terkin edildiği ve eski Darülfünun zamanında verilmiş bir imtihanı olmadığı ve geçtiği hakkında ilân yapılmadığı ve her dersi müteakıp imtihan neticesinin kendisine bildirildiği ve talebenin kotrolünü temine yarayan staj listesine isminin sehven yazılmasının kendisine bir hak bahşedemeyeceği ve Marazi Teşrih hocasının haksızlık ettiği iddiasının varit olmadığı ve Hoca tarafından yazılı imtihanda kopya yaptığı ve sözlüde de cevap vermediğinin bildirildiği me-alindedir.

Müddeiumuminin mütalâası: Dâvanın Devlet Şûrası kanununun 32 nci maddesiyle muayyen olan mehlın iktizasından sonra açıldığı anlaşıldığından verilen arzuhalin bu noktadan reddi icabedeceği mütalâa olunmaktadır.

TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren Devlet Şûrası Beşinci dairesi tarafından işin gereği düşünüldü:

Dâvacının son sınıfa geçtiği ilân edildiği halde tekrar beşinci sınıf imtihanlarına tâbi tutulmasının yolsuz bulunduğu ve hakkı müktesebinin muhafazası icabettiği yolundaki iddiasının tetkikine kendisinin yapılan tebligat üzerine 40-41 ders yılında imtihana girmek suretiyle yolsuzluğunu iddia ettiği hâdiseye fiilen ittilâı sabit olduğundan ve dâvasını ise 15/7/1943 tarihli arzuhalle açmış olduğundan bu talebinin tetkikine müruru müddet manidir (4).

Kopye yapmadığı cihetle sınıfta döndürülmemesi icabettiği hakkındaki iddiasına gelince talebenin imtihan münasebatı ve imtihanlar üzerine numara verilip verilmemesi ve numara tayin ve takdiri hususları idari dâvaya mevzu teşkil edebilecek tasarruflardan değildir (5).

İki sene aynı sınıfta kalanların kayıtlarının terkinini ise talimatname icabı olmasına ve müddeinin ise üç sene üst üste üçüncü doktora imtihanlarında muvaffak olamadığı anlaşılmasına göre kaydının terkinini yolunda yapılan muamlede yolsuzluk yoktur (6). Dâvanın reddine ve 400 kuruş ilâm harcından geri kalan 300 kuruşun da dâvacıdan alınmasına 5/2/944 tarihinde ittifakla karar verildi.

(1, 2, 3) Görüldüğü üzere dâvacı, Devlet Şûrasından üç talepte bulunmaktadır. Şöyle ki bir kere yeniden beşinci sınıf imtihanlarına sokulması hususundaki kararın iptalini istemektedir. Saniyen —birinci talebi kabul olunmadığı takdirde — alâkadar, yüksek mahkemeden bitaraf bir heyet huzurunda yalnız Marazi Teşrih dersinden tekrar imtihana tâbi tutulması hususunda bir hüküm ittihaz eylesini dilemektedir. Nihayet kaydının terkindeki kararın bozulmasını talep etmektedir.

Derhal şunu kaydedelim ki, hâdiseyi tahlile lüzum kalmadan dahi, ikinci talebi kabule imkân olmadığını söylemek lâzımdır. Zira — bir evvelki Devlet Şûrası kararını incelerken 4 numaralı notta söylediğimiz veçhile — idari bir mahkemeden ancak idarece müttehaz bir kararın iptali istenebilir. Yoksa bu kararı tadil, tashih etmesi ve evleviyetle faal idare yerine kaim olarak idare edilenler hakkında doğrudan doğruya hukuki bir takım neticeler husule getirebilecek bir takım idari muamelelerde bulunması, tedbirler alması, kararlar vermesi talep olunamaz.

İşte bundan ötürüdür ki, dâvacının, yüksek mahkemeden, bitaraf bir heyet huzurunda tekrardan Marazi Teşrih dersinden imtihan olunması hakkında bir karar ittihazını istemesi yerinde değildir.

İmtihan neticeleri, takdiri mesailden olmak itibariyle, idari mahkemenin kazai mürakabesi dışında kalmakla beraber; dâvacının beşinci sınıf imtihanlarına tekrardan sokulması hususundaki idari kararın — mevzuata, hukuka herhangi cihetten aykırılığı sabit olduğunda — Devlet Şûrasınca bozulabileceği şüphe götürmez bir hakikattir. Lâkin Yüksek Mahkemenin bu kararı iptal etmeksizin sadece dâvacının tekrardan Marazi Teşrih dersinden imtihana tâbi tutulması hakkında karar ittihaz etmeye salâhiyeti olmadığı da muhakkaktır.

(4) Karardan anlaşıldığı üzere Yüksek Mahkeme, dâvacının birinci talebini — müruru müddet noktasından — reddetmiştir. Gerçekten alâkadar beşinci sınıf imtihanlarına yeniden 1941 yılında tâbi tutulmuştur. Mahkemenin çok güzel olarak belirttiği veçhile dâvacı tekrardan beşinci sınıf imtihanına tâbi tutulması hakkındaki karara — 40-41 ders yılında imtihana girmek suretiyle — fiilen muttali olmuştur. Halbuki dâvacı bu kararın bozulmasını Devlet Şûrasından 15. 7. 1943 tarihli arzuhaliyle istemiştir.

Demek ki karara ittila tarihinden itibaren 90 günden pek uzun bir müddet geçmiştir. Şu halde, Devlet Şûrası Kanununun 32 nci maddesine göre, dâvanın tetkikine müruru müddet bakımından imkân yoktur.

Yüksek mahkememiz, dâva müddetini ittila tarihinden başlatmakla iptal dâvalarında bu müddetin yalnız tefhim ve tebliğ tarihine göre hesaplanmayıp; icabında ittiladan itibaren de cereyan edebileceğine işaret etmektedir. Kısaca Devlet Şûramız, yukarıdaki kararıyla, ittila keyfiyetinin iptal dâvalarında dahi dâva müddetine mebbe teşkil edebileceğini anlatmış oluyor.

Bu münasebetle, Devlet Şûrasının görüşüne ötedenberi iştirak ettiğimizi kaydetmek isteriz. Filhakika 1942 de neşrettiğimiz İdari Kaza kitabımızda, iptal dâvalarında 90 günlük müddetin mebbeini tesbite çalışırken, bu meseleye temas etmiş ve demiştik ki: «Bu mebbei tayin için aşağıdaki esasları nazara almak icabeder:

1 — Şayet dâvanın mevzuunu teşkil eden karar dâvacıya tefhim veya tebliğ edilmiş ise; müddetin başlangıcı — Devlet Şûrası kanununun 32 inci maddesinde (dâva açmak müddeti kararların alâkahılara usulü dairesinde tefhim veya tebliğinden itibaren 90 gündür) denildiğine göre — kararın tefhim veya tebliğ tarihidir.

2 — Şayet karar, dâvacıya tefhim veya tebliğ edilmiş değilse; müddetin mebdet: karara ittila tarihi olmak gerektir. Filhakika herhangi bir karar — herhangi bir sebeple — alâkadara tefhim, tebliğ edilmemiş olabilir. Lâkin alâkadara — herhangi bir suretle — karara muttali olmuş olabilir. Hâdisede dâvacının karara ittila hasıl ettiği de sabit olabilir. Bu takdirde kanaatimizce dâvacının karara ittila tarihinden itibaren 90 gün içinde dâva açması icabeder. Bu gibi hallerde müddetin başlangıcını — tara kaza dâvalarına kıyasen— ittila tarihi olarak tesbit etmek lâzımgelir. Filhakika Devlet Şûrası Kanununun 32 nci maddesi — tam kaza dâvalarından bahsederken — (dâva açmak müddetinin idarî vazifelerin ifası vesilesiyle vukubulan fiiller hakkında icraya ittila tarihinden itibaren 90 gün) olduğunu söylüyor. Kanaatimizce iki dâva müddetlerinin başlangıcında âhenk temin etmek iktiza eyler.»

Zannımızca Devlet Şûrası bu son kararıyla, eski görüşünü teyit etmiş oluyor. Gerçekten bundan evvel Yüksek Mahkememiz bir hâdisede dâvacının, kendisine tebliğ edilmemekle beraber muttali olduğu bir karara karşı müddeti içinde dâva açmamış olmasından dolayı; diğer bir dâvada da bir kararın kendisine tebliğinden evvel muttali olduğu günden itibaren 90 gün zarfında dâva açmadığı için dâvasını reddetmiş bulunuyordu (bakınız: D. Ş. K. Mecm. sayı 3, sah. 22-23 ve sayı 16 sah. 65-66).

(5) Görülüyor ki Devlet Şûramıza göre talebenin «imtihan münasebatı idarî dâvaya mevzu teşkil edebilecek tasarruflardan değildir.»

Zannımızca Yüksek Mahkememiz yukarıya naklettiğimiz bu formülü ile imtihan münasebatının takdiri mesailden olduğunu; binnetice kazâi mürakabe dışında kaldığını anlatmak istemektedir.

Bu formülün, terminoloji bakımından, tamamen yerinde olduğunu sanmıyoruz. Filhakika:

A — Bir kere, zannımızca —Devlet Şûrasının kararında kullandığı ibarenin hilâfına olarak— takdiri mesail idarî dâvaya mevzu teşkil edebilir. Ancak mahkeme, bu dâvayı tetkik neticesinde, herhangi bir hususun idarenin takdir salâhiyetine dahil olduğuna kanaat getirirse dâvayı intihâen reddeder. Bu itibarla idarenin takdirine bağlı hususların *idarî dâvaya mevzu teşkil edemeyeceğini* söyleyecek yerde; bu hususların neticeten *kazâi mürakabeye tâbi olmadığını* beyan etmek daha doğru olur.

Zira biz, sayın hocamız Ord. Prof. S. S. Onar'la beraber, bir tasarrufun ancak hükümet tasarrufu sayıldığı hallerde mahkemece mesmu olmuyacağına ve mahkeme tarafından iptidaen reddolunacağına, yoksa idarenin takdir salâhiyetine istinaden yaptığı tasarruflardan çıkan dâvaların mahkemece tetkik olunabileceğine ve mahkemenin sadece takdir salâhiyetine taallük eden hususlarda mürakabesini kullanamayacağına kani bulunuyoruz. (İdare Hukuku 1942 bilhassa s. 250-251).

B — Saniiyen şunu da kaydedelim ki: İmtihan üzerine talebeye verilecek numaranın takdir ve tayini muamelesi tamamen takdiri mahiyette

olmak ve her türlü kazai mürakabenin dışında kalmakla beraber; imtihan tasarrufunun bu mahiyette olmıyan ve tamamıyla hukuk kaideleriyle bağı bulunan safha ve unsurları da vardır. Bu itibarla imtihan işinden çıkacak bir dâvanın hükümet tasarrufları hakkındaki prensiplere göre değil takdir salâhiyeti hakkındaki eşaslara göre tetkiki icabeder.

(6) Karardan anlaşıldığı üzere Devlet Şûrasına göre dâvacının birinci talebi — yani beşinci sınıf imtihanlarına tekrardan sokulması hakkındaki kararın iptali hususundaki dileği gibi üçüncü talebi yani kaydının terkinin hakkındaki kararın bozulmasına dair dileği — de kabule şayan değildir. Filhakika, Devlet Şûrasının belirttiği üzere, iki sene sınıfta kalanların kayıtlarının terkinin Üniversite talimatnamesi icabındandır.

Dâvacının ikinci talebine gelince; yüksek mahkeme bu noktada sü-kût etmekle pek haklı olarak, bunu bir hükme dahi bağlamaya lüzum görmediğini anlatmıştır.

*
**

III. Doçentlik imtihanları münasobetiyle verilen tezlerin tetkiki ile kabul edilip edilmemesi hususunda ittihaz olunan kararların takdiri mesailden bulunduğu cihetle kazai murakabe dışında kalacağı; tedrisat işlerinde kat'i ve nihai muameleyi tesise ancak Maarif Vekâleti salâhiyettar olduğuna göre Üniversite Rektörlüğüne husumet tevcih edemeyeceği hususunda 9/3/1944 tarihli Devlet Şûrası Beşinci Daire kararı.

DEVLET ŞÛRASI

Beşinci Daire

43/1665

K: 92

Dâvacı: A. A.

Dâva edilen: İstanbul Üniversitesi

Dâvanın hulâsası: 1942 yılında Göz Kliniği Doçentliği için açılan müsabaka imtihanına dahil olduğu ve tezinin tetkik olunarak kabul edilmediğini, bunun üzerine tekrar tetkiki ve tez ve vesikalarının iadesi hakkındaki müracaatlarının reddine itirazla tekrar tetkiki ve vesikalarının iadesi ve acılarına mukabil takdir olunacak maddi ve manevî tazminatın itası talebinden ibarettir.

Dâva edilenin M. H.: Üniversitenin hükmi şahsiyeti olmadığı cihetle dâvaya muhatap olamayacağı mealindedir.

Müddeiumuminin mütaleası: Filhakika İstanbul Üniversitesi hükmi şahsiyeti ve idari muhtariyeti haiz başlı başına hukuki bir mevcudiyeti olan millî âmme müesseselerinden madut bulunmayıp Maarif Vekâletine bağı bir bilgi ve irfan müessesesi ise de hususî talimatnamesiyle bunun idaresi Rektöre verilmiştir. Rektör de Üniversitede Maarif Vekâletinin mümessilidir. Bu sıfatla bütün Üniversite ilerinin mesul merciidir. Dâvacı da Üniversite

işlerinden şikâyet ve dâvada bulunmakta olmasına göre Rektörlüğe mümessil sıfatıyla husumet teveccüh edeceği şüphesizdir. Bazı idari muamele ve mukarreratın Maarif Vekâletinin tasdikiyle tekemmül etmesi de hukuki vaziyeti değiştiremez. Zira Vekiller Heyeti kararıyla meriyete konmuş olan Üniversite talimatnamesi Rektörlüğe Üniversite işleri hakkında tam ve kâmil bir temsil salâhiyeti vermiş bulunmaktadır. Bu itibarla Rektörün husumet itirazı varit bulunmadığından bu cihetin karara bağlanarak keyfiyetin müddealeyhe tebliğinin usul ve kanuna uygun düşeceği mütalea olunmaktadır.

TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren Devlet Şûrası 5 inci Dairesi tarafından işin gereği düşünüldü.

İmtihanda verilen tezlerin tetkiki ile kabul edilip edilmemesi hususunda ittihaz olunan kararlar takdiri mesailden olduğu cihetle dâvacının tezinin tekrar tetkiki hakkındaki talebi idari dâva mevzuu teşkil edemez (1). Verdiği vesikaların iadesi hakkındaki talebine gelince, idari dâvalarda husumet kat'i ve lâzimülcra tasarrufu nihai surette tesis eden makama teveccüh eder. Hâdisede ise dâvacının talebi Maarif Vekâletince reddedilmiş bulunmasına göre Üniversite Rektörlüğüne husumet tevcihinde doğruluk görülememiştir (2). Dâvanın reddine ve 400 kuruş ilâm harcından geri kalan 300 kuruşun da dâvacıdan alınmasına 12/I/1944 tarihinde ittifakla karar verildi.

(1) Karardan anlaşıldığı üzere Devlet Şûrası, çok doğru olarak doçentlik imtihanlarında verilen tezlerin tetkiki ile kabul edilip edilmemesi hususunda ittihaz olunan kararları takdiri mesailden addetmektedir.

Ancak zannımızca şu noktaya işaret etmek lâzımgelir ki doçentlik imtihanı toptan ve her bakımdan idarenin takdirine tâbi bir mesele değildir. İlâmda tasrih olunduğu veçhile ancak doçentlik tezinin kabulü veya reddi, imtihan safhalarına göre namzedin ilmi ehliyetinin kâfi olup olmadığı hakkındaki karar takdiri bir keyfiyettir. Netekim Yüksek Mahkememiz, diğer bir hâdisе münasebetiyle 5/7/1944 tarihli ve 43/1765 - K/44-854 numaralı kararında bir doçentin, İstanbul Üniversitesi doçentlik sınavı talimatnamesindeki eşkâle riayet edilmeksizin yapılan muamele neticesinde imtihanın son safhasını teşkil eden kolokyomda muvaffak olmadığı hakkında müttehaz kararın iptalini istemesi üzerine bu talebi kabul ve tetkik etmiştir. Neticede «İstanbul Üniversitesi doçentlik sınavı talimatnamesinin 12 inci maddesi namzetlerin fakülte meclisine sevkini sözlü ve yazılı imtihanlara ait raporların mevcudiyeti şartına talik etmiş olduğu halde müddeinin sözlü imtihanları hakkında böyle bir rapor alınmadan Fakülte meclisine sevk edilmiş olduğu anlaşılmasına binaen yapı-

lan muamelenin mezkûr maddenin derpiş ettiği usule mugayereti zahir ve bu sebeple iptali mucip bulunmuş olmakla bu esas dairesinde muamele **Ma** edilmek üzere itiraz olunan kararın bozulmasına» karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, mahkeme doçentlik imtihanının tâbi olduğu eşkâl ve merasimi haklı olarak takdiri bir mesele saymamış, bu hususlarda kazai mürakabesini kullanmıştır.

Yukarıdaki esasın doçent tayininde olduğu gibi ordinaryüs profesör tayininde dahi tatbiki gerektiği muhakkaktır. Netekim Devlet Şûrası, bir profesörün, açılan tedavi kliniği ve farmakodinami ordinaryüslüğüne bu dersin 1933 yılındanberi hocalığını yapan kendisi ile fizyopatoloji hocası B.B. nin namzet gösterildiği, lâkin — İstanbul Üniversite talimatnamesinin 39 uncu maddesine tevfikân — yalnız kendisinin inhlâl eden ordinaryüslüğe ait ders kitabı olduğu ve bu dersin 5 senelik profesörü bulunduğu halde kendisi tayin edilecek yerde diğer namzedin Fakülte profesörler meclisince yapılan intihapta ekseriyet kazanmasını müteakıp Rektörün inhasiyle Maarif Vekâletince tayin edilmesine itiraz ile mezkûr tayin kararının — talimatnamenin 39 uncu maddesine aykırılığına binaen — iptalini istemesi üzerine 11/4/1944 tarihinde 43/2025 - K. 426/44 sayılı aşağıdaki kararı ittihaz etmiştir:

«İstanbul Üniversitesi talimatnamesinin 39 uncu maddesi ordinaryüs profesörlerinin Fakülte profesörlerinden seçileceğini göstermekte olup bu madde namzetlerin sırf münhal olan derse ait zümre profesörlerinden seçileceği yolunda bir inhisarı tazammun etmemektedir. Keza mezkûr maddede ordinaryüs profesörlüğe intihap edilebilmek için mevcut şartlardan birisine taallük eden (dersine ait kitabı olmak ve başka ilmi neşriyat ile memlekette mevki tutmuş olmak) ibaresindeki dersine ait eser kaydını mutlaka intihap edileceği kürsü dersine ait eser olarak mukayyet bir şekilde anlamaya da gerek işbu maddenin ve gerekse bu maddenin dahil olduğu bölümün ihtiva ettiği mâna mütehammil değildir. Bu itibarla tayinde şekli ve usulî bir noksan yoktur.

İlmi kudretin tayini ise ilmi bir heyetin takdiri ile tezahür etmiş olmasına ve esasen bu kabil takdirler idarî dâvaya mevzu teşkil eden idarî tasarruflar zümresinden bulunmamasına binaen bu cihetin de tetkiki idari kaza sahasının dışında kalır.

Binaenaleyh ilmi bir heyetin ekseriyetine istinad eden bir kimsenin vekâletçe ordinaryüs profesörlüğe tayininde talimatnameye mugayir bir cihet bulunmadığından dâvanın reddine ittifakla karar verildi.»

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme, bu kararıyla, ordinaryüs profesör tayini muamelesinin tamamen takdiri bir muamele olmadığını; tâyinin bir takım şartlarla mukayyet bulunduğunu; mahkemenin bu şartların tahakkuk edip etmediğini araştırabileceğini, elhasıl tayin tasarrufunun şekil, usul ve esas bakımından kazai mürakabeye tâbi olduğunu anlatmıştır. Ancak, hâdisede, tayin muamelesi ne şekli ve usulî bakımdan, ne de esas noktasından herhangi bir aykırılık arzemediğinden ve itiraz üniversite organlarının takdir salâhiyetine karşı dermeyan olduğundan Devlet Şûrası tabiatıyla tayin kararını neticeten iptal etmemiştir. Filhakik Yüksek Mahkeme ilmi kudretin tâyini hususunu, haklı olarak, takdiri bir

iş telâkki eylemiş; binnetice bu noktada kazai mürakabesini icra edemeyeceğini söylemiştir .

Bütün bu izahattan anlıyoruz ki gerek doçent, gerekse profesör tayini muameleleri tamamen birer takdiri tasarruf teşkil etmiyorlar. Bu muamelelerin ilmi ehliyetin takdiri gibi bazı noktaları ve kısımları takdiri mesailden addolunuyor. Lâkin bu hususlar haricinde kalan noktalar idarenin takdirine tâbi bulunmuyor.

(2) İlâmdan anlaşıldığı veçhile dâvacı, dâvasını İstanbul Üniversitesi aleyhine ikame etmiş; dâva olunan Üniversite — hükmi şahsiyeti haiz olmadığı cihetle — dâvaya muhatap olamayacağını ileri sürmüş; müddei-umumi de üniversitenin hükmi şahsiyeti haiz bulunmadığını ve bir âmme müessesesi olmadığını kabul ve teslim etmekle beraber — İstanbul Üniversitesi talimatnamesinin 3 ve 5 inci maddelerini nazara alarak — Rektörün Maarif Vekâletinin mümessili olduğuna göre bu sıfatla Üniversite işlerinden çıkan dâvalarda hasım olabileceği neticesine varmıştır. Gerçi Üniversite talimatnamesi bazı hususlarda Üniversite heyetine, Rektöre, profesörler meclisine ve dekanlara icrai kararlar almak salâhiyetini tanımaktadır. Fakat — 2252 sayılı kanunla vaktiyle hükmi şahsiyeti haiz bulunan Darülfünun ilga edildiğine ve 2467 numaralı kanunla da Üniversite, muvazenei umumiyeye alındığına göre — Üniversitenin hukuki bakımından müstakil bir mevcudiyeti olmadığı, bir kelime ile bir idare hükmi şahsı sayılamıyacağı âşikârdır.

Bu itibarla yukarıda ismi geçen Üniversite organlarının haiz oldukları salâhiyetler âmme müessesesi şeklindeki bir idare hükmi şahsına değil, sadece tevsi mezuniyet prensipine müstenit ve Maarif Vekâletine, dolayısıyla Devlet hükmi şahsına muzaf sayılmak icabeder.

İdari dâvalarda ise husumetin ancak idare hükmi şahıslarına tevcihi lâzımgeldiğine nazaran Üniversiteye karşı — ne doğrudan doğruya, ne de Rektörün temsil sıfatına binaen Maarif Vekâletine izafeten — bir dâva açılmıyacağı muhakkaktır.

Bu itibarla doçent tayini kararlarının — İstanbul Üniversitesi talimatnamesinin 42 nci maddesinde musarraha olduğu veçhile — Maarif Vekâletinin tasdikiyle tekemmül ettiğini, başka bir söyleyişle dâvacı hakkında müttahaz kararın kat'i ve nihai olarak Maarif Vekâletince alındığını ayrıca nazara almıya dahi hacet kalmaksızın Üniversite aleyhine açılan dâvanın — yukarıdaki esasa tevfiқан — husumet noktasından reddi lâzımgelir.

Görüldüğü üzere Devlet Şûrası dâvanın reddini sırf bu son sebebe istinad ettirmiştir. Devlet Şûrasının diğer bir hâdisede, bir Üniversite talebesi tarafından Üniversite aleyhine açılan dâva münasebetiyle aynı içtihatla bulunduğunu, 13/6/1944 tarih ve 44/584 sayılı kararında «tedrisat işlerinde kat'i ve nihai muameleyi tesise Maarif Vekâleti salâhiyettar olmasına ve vekâletlerce yapılan kat'i muamelelerde ise husumetin bu muameleyi tesis eden vekâlete tevcihi iktiza etmesine binaen Rektörlük aleyhine açılan dâvanın reddine» karar verdiğini de kaydedelim.

B) CEZA HUKUKU

Mevkufen geçirilen cezanın tecilli :

TEMYİZ İLÂMI

Dikkatsizlik neticesi Gülbende'yi silâhla yaralıyarak ölümüne sebebiyet vermekten suçlu Asım oğlu Halil Topuz'un C. K. nun 455/1. 54. 47/3 üncü maddelerine tevfikân dört ay hapsine ve 15 lira para cezası alınmasına ve işbu cezasını mevkufen ikmal etmiş olduğu anlaşıldığından 15 lira ağır para cezasının da 29 uncu maddeye tevfikân beher gün bir lira itibarile mahsubunun icrasına ve ayrıca hapis ve ağır para cezalarının infazına mahal olmadığına ve gerçi suçlu vekili tarafından müvekkil hakkındaki cezanın tecili talep edilmiş ise de cezayı mevkufen ikmal eylediği cihetle cezanın teciline de mahal olmadığına dair Kastamonu Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 29/II/943 tarihli hükmün temyizden tetkiki C. M. U. liğinden istida edilerek dâva evrakı C. Başmüddeiumumiliği yüksek makamından tebliğname ile Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Başka sebep zikredilmeksizin tecil talebinin, cezasının mevkufen ikmal edildiğinden bahsile reddine karar verilmesi.

Yolsuz ve C. Başmüddeiumumisinin temyiz itirazı yerinde bulunmuş olduğundan hükmün tebliğnamede yazılı mütalâa gibi ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 14/I/944 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Metnini yukarıya nakleylemiş bulunduğumuz Temyiz kararı, tecil talebinin, sırf cezanın mevkufen ikmal edildiğinden bahs ile reddine karar verilemeyeceğini beyan eylemektedir. Daha açık ifadesi lâzımgelirse, sadece mevkufen ikmal edilmiş olması, cezanın teciline mâni olmaz.

Kanaatımızca Temyiz Mahkememizin bu kararını hem mevzuata uygun ve hem de maksada muvafık telâkki etmek lâzımgelir.

Filhakika kanun tecilin şartlarını ve dolayısıyla müessesenin tatbık olunamayacağı halleri teker teker ve tahdidi bir surette tâyin eylemiş bulunmaktadır. Kanunun bahş ve şartlarını tayin eylemiş bulunduğu hak ve imkânlar, içtihadî olarak yeni şart ve unsurlar ilâvesi suretiyle daraltılamaz. Aksi hareket umumî tefsir prensiplerine aykırı olur. Bu bakımdan Temyiz Mahkememizin kararı, her şeyden önce, mevzuat ve tefsir prensipleri bakımından yerindedir.

Sözü geçen karar maslahata uygunluk yönünden de doğrudur: Tecil, Ceza Kanunumuzun 89 uncu maddesinin ihtiva eylediği şartlar içinde suçlunun lehine mevzu bir tedbirdir: O halde bu nimetten sırf mahkûmiyet müddeti içinde mevkuf bulundu diye mahkûmu istifade ettirmemek makul gözükmez, filhakika böyle bir hal tarzı suç işliyen kimseyi, kanunun 89 uncu maddesinde beyan edilen şartları haiz bulunmuş olmasına rağmen kendi iradesi olmaksızın sırf âmme otoritesi tarafından tahmil edilmiş bu-

lunan bir tedbir dolayısıyla kanunun bahşeylemiş bulunduğu bir nimetten faydalandırmamak olur.

Yine başka bir noktai nazardan «tecilin maksadı suçluyu cezaevine sokmamaktır; başka bir diyişle hürriyetini tahdit etmemektir. Suçlu tevkif edilmek suretiyle hürriyeti tahdit edilmiştir, hattâ bütün ceza müddetini kaplıyacak surette uzun müddetle hürriyeti tahdit olunmuş, iş olup bitmiştir! Artık bu nevi bir cezanın tecili mevzuubahs edilmemek lâzımgelir» de denilemez. Filhakika Ceza Kanunumuzun 95 inci maddesinin 4055 sayılı kanunla vaki tadilinden sonra tecilin mahkûma bahşeyliyeceği fayda sadece cezanın çektirilmemesinden, hâdisemizde hürriyetin tahdit olunmamasından da ibaret değildir. Gerçekten kanunun 95 inci maddesinin yeni aldığı şekle nazaran tecil müddeti içinde maddenin I ve II numaralı bendlerinde yazılı olduğu derecede suç işleyen şahısların «... cezası tecil edilmiş olan mahkûmiyeti esasen vaki olmamış sayılır.». Fail bu suçu işlememiş sayılacaktır. Bu itibarla mahkûm, sözü geçen ceza tecil edilmese idi tâbi tutulması icabedecek olan ceza mahkûmiyetlerinden mütevellit hak kaybetmelerine hak tahditlerine maruz kalmıyacaktır. Bundan başka hakkında tekerrür hükümleri de tatbik edilmeyecektir.

Ancak mevkuften çekilmiş olan ceza tecil edilir ve kanunumuzun 95 inci maddesinde yazılı olan müddetler içinde mahkûm yeniden bir suç işlerse vaziyet ne olacaktır? 94 üncü maddemizde «cezası tecil edilen mahkûm hazır ise mahkemenin reisi cezanın tecil edildiğini tefhim ettikten sonra yeniden bir suç işlediği takdirde 95 inci madde hükmü dairesinde tecil olunan ceza çektirilmekle beraber sonraki cürüm cezasının dahi şartlarına muvafık olduğu takdirde, tekerrürden dolayı arttırılacağını kendisine ihtar eder» denilmiştir.

Bizce, bir kere tekerrürden dolayı cezanın arttırılması mevzuunda hiç bir mesele yoktur. Filhakika evvelce de bir yazımızda tebarüz ettirmiş bulunduğumuz veçhile (Hukuk Fakültesi Mecmuası cilt IX. sayı 3-4, s. 805) biz — Temyiz Mahkemesinin bu mevzudaki 31 esas, 14 karar sayılı ve 25/V/942 tarihli tevhibi içtihat kararına muhalif olarak — tecil edilmiş olan cezanın tekerrüre esas teşkil edeceği kanaatindeyiz (bu husustaki tafsilât için sözü geçen yazımıza bakınız). Esasen Temyiz mahkemesi de sözü geçen ve mucip sebepleri, üçe irca edilebilecek olan tevhibi içtihat kararında, bunlardan bilhassa «tekerrürün en mühim şartını teşkil eden infaz halinin müeccel cezada tahakkuku mümkün olmayacağı» mucip sebebine dayanmakta bulunduğuna ve tetkik eylediğimiz faraziye içinde ise tecil edilmiş olan ceza âdeta aynı zamanda infaz edilmiş sayılmak icabedeceğine nazaran, tekerrür hükümlerinin bu halde tatbikının Temyiz Mahkememizce kabul edileceği şüphesiz gözüküyor. Gelelim mevkuften geçirmiş bulunduğu cezası tecil edilmiş bulunan mahkûmun, 95 inci maddede yazılı müddetler içinde yeniden bir suç işlemiş bulunması faraziyesine: Bu halde tabii olarak tecil edilmiş olan cezayı bir daha çektirmemek ve sadece yeni işlenen suçun cezası ile birlikte tekerrür hükümlerini tatbik etmek lâzımgelecektir.

Dolandırıcılık :

TEMYİZ İLÂMI

Kendilerine bekçi süsü vererek iki teneke gaz yağı ile köylerine gitmekte olan iki köylünün götürmekte oldukları gaz yağlarının kaçak olduğundan ve yakalılarak haklarında tahkikat yapacaklarından bahsile müştekileri kandıracak mahiyette hile ve sania istimal etmek suretiyle bu iki köylüden beş lira alarak dolandırıcılıkta bulunmaktan maznun Sadık oğlu Cuma Ali Çobanoğlu ve Abdullah Varol ve Hüseyin oğlu asker Turan Kepeneğin bilmuhakeme; sübutu fiillerine mebni hareketlerine uyan Ceza K. nun 503 ve cürüm mevzuunun hafif kıymette görülmesine mebni 522 ve Turan'ın yaşı sebebiyle 56 ıncı maddelerine tevfikan ve neticeten Cumalı ile Abdullahın birer ay hapis, onaltışar lira altmışar kuruş ağır para ve diğer maznun Turan'ın da yirmibeş gün hapis ve on üç lira 80 kuruş ağır para cezasıyla mahkûmiyetlerine dair verilen hükmün temyizen tetkiki maznunlardan Abdullah ve Cuma Ali taraflarından istida kılınmasına mebni Temyiz Dördüncü Ceza Dairesince tetkik olunarak; dolandırıcılık suçunun tekemmülü için mukabil tarafın hüsnü niyet ve safiyet sahibi olması lâzımgelmesine ve hâdisede ise rüşvet adı altında para veren karşı tarafın bundan mahrum bulunmasına göre tatbikte isabet bulunmaması yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle; yeniden yapılan duruşma sonunda: Hâdisede; paranın kullanılan hile ve sania karşısında düşülen hatâ neticesi olarak safiyetle verildiği, verenin köylü olmalarından ve hile ve saniaya mevzu teşkil eden gaz yağının kaçak olmaması ve ortada tahkiki mucip bir cihet bulunmaması keyfiyetlerinden ve hâdisenin mahal ve oluşundan istidlâl edilmiş olup bunun aksine bir delil elde edilememiş ve bu itibarla işbu hâdisede (paranın rüşvet adı ile verildiği ve verenin hüsnü niyet ve safiyetten mahrum bulunduğu) keyfiyeti mevzuubahs olamayacağı aşikâr bulunmuş olduğu beyanile eski hükümde ısrara dair Malatya Asliye Ceza Mahkemesinden bu kerre verilen 27/12/943 tarihli hükmün dahi temyizen tetkiki suçlu Cuma Ali ve Abdullah taraflarından müddetinde istida ve yokluk ilmühaberi ita edilerek bu baktaki evrak Başmüddeiumumlüğün; usul ve kanuna uygun olan hükmün tasdikı talebini natak 1/3/944 tarihli tebliğnamesiyle birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Dâva evrakı ve duruşma zabıtnamesi münderecatına ve müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla varid olmıyan temyiz itirazlarının reddiyle mezkûr hükmün tebliğname veçhile tasdikına ve altıyüzer kuruş temyiz ilâmı harcının müstedli temyiz mahkûmlardan tahsiline 13/3/944 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Temyiz Mahkemesi umumi ceza heyeti bu karariyle dolandırıcılık cürmü mevzuunda üç esaslı meseleye temas eylemiş ve hal tarzları göstermiş bulunmaktadır.

1) Dolandırıcılık cürmünün teşekkül edebilmesi için, haksız menfaatin zarara uğrayan şahsın hulûs ve saffetinden istifade suretiyle temin

olunması, yani bu ikisi arasında bir sebebiyet alâkasının mevcudiyeti lâzımdır.

2) Dolandırıcılık cürmünde esaslı bir unsur teşkil eden hulûs ve saffetin herkes için umumî ve şamil olarak ve objektif bir surette ölçülmemesi bilâkis her hâdiseye göre mağdur nazara alınmak suretiyle, sübjektif olarak araştırılması ve tesbit olunması icabeder.

3) Temyiz Mahkemesinin, dolandırıcılık mevzuunda verilen hükümleri bu iki nokta bakımından da tetkik ve kontrol salâhiyeti vardır.

Şimdi sözü geçen esaslar hakkındaki mütalâalarımızı, sonuncudan başlamak suretiyle ifade edelim:

Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunumuzun kabul eylemiş bulunduğu esaslara nazaran Temyiz Mahkemesinin vazifesi ilk derece mahkemeleri tarafından verilen hükümlerdeki kanuna muhalefet hallerini kontrol etmek ve bunların mevcudiyetlerini tesbit eylediği hallerde verilen kararları bozmaktır. Yoksa maddî vakıa ve hususiyetlerinin tesbiti keyfiyeti, bidayet mahkemelerinin kontrolü kabul edilmeyen hakkı takdirlerine taallük eder. Bu itibarla yukarıda 1 ve 2 numara altında gösterilen esasların tatbikattaki maddî mevcudiyetlerini tesbit ederken hatâ edilmiş bulunduğu esbabı mucibesıyla Bidayet Mahkemesi tarafından verilen hüküm Temyiz Mahkemesince bozulmamak icabeder.

Temyiz Mahkememiz, yukarıda 1 ve 2 numara altında ifadesine çalıştığımız esaslar ile dolandırıcılık cürmü bakımından, Bidayet Mahkemelerinin üzerinde ehemmiyetle durmaları ve cürmün teşekkülü için mevcudiyetini aramaları icabeden çok yerinde iki prensipi teyid eylemiş bulunmaktadır.

1) Bir kere birinci nokta bakımından, haksız menfaatin, zarara uğrayanın hulûs ve saffetinden istifade suretiyle temin olunması, yani bu ikisi arasında bir sebebiyet alâkasının mevcudiyeti lüzumunu, kanun istimal eylediği «her kim, bir kimseyi hulûs ve saffetinden bilistifade kandırarak mahiyette sanıalar veya hileler yaparak hataya düşürüp ... haksız bir menfaat temin ederse» ibareleriyle açık olarak ifade eylemiş bulunmaktadır: Haksız menfaatin hulûs ve saffetten bilistifade temin olunması lâzımgeldiğinden menfaat, hulûs ve saffetten istifade olunmaksızın temin edilmiş bulunduğu takdirde tabii olarak suçun unsuru mevcut olmayacağından suçta teşekkül etmiyecektir.

Fakat hulûs ve saffetinden istifade edilmek suretiyle fiile hedef olan şahsın verdiği şeyden mahrumiyetine saik olan emeli gayrı ahlâki olsa meselâ hâdisemizde olduğu gibi rüşvet vermek suretiyle gazlarını kurtarmak bulunsa bile, suç yine teşekkül eder; yeter ki, biraz önce de söylendiği veçhile, haksız menfaatin temini için fallin hulûs ve saffetinden istifade edilmiş olunsun (dolandırıcılık cürmü hakkındaki tafsilât için bakınız: Sulhi Dönmezer: Dolandırıcılık cürmü. İstanbul Baro Mec. yıl 1943, sayı 9, s. 546).

2) Temyiz kararının tebarüz ettirmekte bulunduğu prensiplerden mühim olan bir diğeri de, dolandırıcılık cürmünde esaslı bir unsur teşkil eden hulûs ve saffetin herkes için umumî ve şamil olarak ve objektif bir surette

ölçülmemesi ve bilâkis her hâdiseye ve onun hususiyetine göre mağdur nazara alınmak suretiyle sübjektif olarak araştırılması ve tesbit olunması idl.

Yabancı literatür ve mahkeme içtihatlarında bu nokta daha ziyade hile ve sanialar bakımından mevzuubahs edilerek şu suretle vaz olunmaktadır: Hile ve saniaların mevcudiyeti yalnız objektif bakımdan na tetkik olunacak, yoksa dolandırılan şahsın kandırılma kabiliyeti de nazara alınmak suretiyle iş sübjektif cihetten de tetkik edilmek lâzımgelcek midir?

Bu suretle vazolunduğu takdirde de meselenin aynı olarak kaldığı muhakkaktır.

Fransız Temyiz Mahkemesi oldukça eski bir kararında «... çünkü bu sania (hâdisede mevzuubahs sania) insanlara müşterek olan alelade tahmin ve idrak kabiliyetini saptırabilecek mahiyette ve daha çok fazla olarak tüccarların ticaret muamelelerindeki düşünce ve makuliyetini ihlâl edebilecek mahiyette değildir...» demekte idi. Bu karariyle Fransız Temyiz Mahkemesi hile ve sanialardaki aldatma kabiliyetinin aldatılan şahsın vaziyet ve haline göre mütalâa olunarak sübjektif bakımdan nazara alınmasını değil fakat hilenin objektif bakımdan mütalâa edilerek akıl ve zekâ kabiliyeti vasat bir kimseyi, aldatacak mahiyette bulunmasını lüzumlu görüyordu.

Kanaatimizce bu mevzuda objektif telâkki dolandırıcılığa hedef olan şahısların daha ziyade bir zekâ ve kabiliyete muhtaç bulunmaları icap eylediği iddiasıyla en kaba hileleri tecziye eylememek ve bilhassa himayeye muhtaç olan mahdut ve zayıf zekâlı kimseleri korumamağa müncer olurdu. Bu bakımdan Temyiz Mahkememizin kararının çok yerinde olduğu açıktır.

Kız kaçırma suçunda maddî unsur :

TEMYİZ İLÂMI

Reşit olmyan Güllüyü biliştirak zorla kaçırmağa tam derecede teşebbüsten suçlu Mehmet oğlu Haydar Duman ve Salih oğlu Hasan Demircan ve Hüseyin oğlu Mehmet Demirkolun bilmuhakeme fiillerinin subutuna ve mezburenin Haydar'la evlenmesini temin maksadile suçun işlenmiş olduğunun anlaşılmasına ve Hasan Demircan hakkında takdiri tahfif sebebinin kabulüne mebnî Ceza Kanununun 403/1. 62. 433. 55/3. 59. 38 inci maddelerine tevfikân Demircan'ın dört ay ve diğerlerinin altışar ay ağır hapislerine ve 100 lira zararı manevinin suçlulardan müteselsilen tahsilile itasına dair Kocaeli Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 12/1/944 tarihli hükmün temyizen tetkiki C. müddeiumumiliğinden istida edilerek dâva evrakı C. Başmüddeiumumiliği yüksek makamından tebliğname ile Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Köyün düzlüğünde hindi gütmekte iken suçlular tarafından cebren kaçırılan mezburenin suçlu Haydar ile Hasan'ın elinden Kirazoğlu çiftliği ile Erikderesi arasından Derbent istikametinde gelirlerken arabacı İlyas tarafından kurtarıldığı ve kaçırıldığı mahal ile kurtarıldığı yer arasında lâakal

bir saatten ziyade bir mesafe olduğu da şahadet cümlesinden olduğu ve köy sınırından harice çıkarılmak ve bir saat uzaklaştırılmak suretile suçluların nüfuz ve tesiri altına girdiği ve suça ait bütün ef'ali icraiye ikmal olunması itibarile suç tamam olduğu halde suçluların hareketinin yazılı şekilde tavsif olunması.

Yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla varit olduğundan hükmün ceza M. U. K. nun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine 2/3/944 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yukarıya metni nakledilmiş bulunan temyiz kararı, Ceza Kanunumuzun 430 uncu maddesinde ifadesini bulan adam kaçırmak cürmünün maddi unsurunun ne suretle tahakkuk edeceğini gösteren bir prensipi ortaya koymaktadır. Malûm olduğu üzere kanunumuzun 430 uncu maddesinde «cebri şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadiyle reşit olmıyan kimseyi veya şehvet hissi ile evli bir kadını kaçıran veya bir yerde alıkoyan kimsenin...» cezalandırılacağından bahsedilmiştir. Fakat kaçırmaya teşebbüs ile bunun tamamlanması vaziyetlerini tesbit bakımından tatbikatta tereddütlere düşülmektedir.

Fransız Ceza Kanunu kaçırmaya unsurunun tahakkuku bakımından düşülebilecek olan tereddütleri izale maksadiyle, mevzua taallük eden 354 üncü maddesinde muhtelif ihtimalleri kapsayacak surette geniş bir tarif vermiş bulunmaktadır: Kanun vazı bu hususta istimal eylediği kelimelerle kaçırmanın bütün şekillerini göstermek istemiş âdeta tatbikatta yalnız kaçırmaya kelimesinin tahdidî bir mâna ifade ettiği zannolunmasından korkmuştur. Fakat kanaatimizce Fransız kanununun tetkik eylediğimiz mevzu bakımından şayanı dikkat noktası kaçırmanın tamam oluşu veya teşebbüs derecesinde kalışı noktalarını hal bakımından bir esasî muhtevi bulunuşudur. Filhakika maddeye göre kaçırmanın tamam olmuş sayılması için, küçükleri, idare yahut otoriteleri altına tevdi veya emanet edilmiş buldukları kimselerin koydukları mahalden, çıkarmak lâzımdır.

Eğer kaçırmaya müteallik bulunan icra hareketleri yapılmış bulunmakla beraber, küçük sözü geçen mahalden ayrılmış olmazsa fiilin teşebbüs derecesinde kaldığını kabul etmek iktiza edecektir. (Bu noktalar için bakınız: Garçon: Code pénal annoté. Art 354. s. 980 No. 11 ve sonrakiler; Garraud: Traité théorique et pratique du Droit pénal français cilt V, s. 696 ve sonrakiler).

Biraz yukarıda da kaydelediğimiz veçhile kanunumuzun 430 uncu maddesinde kaçırmanın sureti tahakkukuna müteallik bir işaret mevcut olmadığından tatbikatta kaçırmanın tamamlanması ile teşebbüs derecesinde kalışını birbirinden tefrik bakımından tereddütlere düşülmekte idi. Meselâ Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi 2876 esas ve 306 karar sayılı ve 25/1/938 tarihli bir kararında «her üç suçlunun mağdureyi sürüklemek suretiyle bulunduğu mahalden yüz metrelik bir mesafeye kadar götürmelerine göre kaçırmaya teşebbüsün tam derecede bulunduğu kabulüne mani sebeplerin izah kılınmaması yolsuz olduğuna» karar vermiş ve âdeta kaçırma unsurunun muhtelif derecelerinin tâyini bakımından mağdurun bulundu-

ğu mahal ile götürüldüğü mahal arasındaki mesafenin kısa veya uzun olu-şunu bir miyar olarak almak istemiştir.

Bu kere, çok yerinde olarak yüksek mahkeme «...kaçırıldığı mahal ile kurtarıldığı yer arasında lâakal bir saatten ziyade mesafe olduğu da şehadet cümlesinden olduğu ve köy sınırından harice çıkarılmak ve bir saat uzaklaştırılmak suretiyle suçluların nüfuz ve tesiri altına» girilmesi itibariyle suça ait bütün ef'ali icraiyenin ikmal edilmiş olduğuna karar vermiş bulunmaktadır.

Mezkûr karara nazaran kaçırmada icra hareketleri suç kurbanının bulunduğu yerden cebri şiddet ile ayırılmasından ibarettir; icra hareketlerinin tamamlanışını tayin bakımından nazara alınacak kriter ise: Kaçırılan kimsenin tamamıyla, suçlunun nüfuz ve tesiri altına girip girmediğidir. Eğer mağdur, kaçırılan kimsenin tamamıyla nüfuz ve tesiri altına girmişse fiil tamamlanmış, aksi takdirde, teşebbüs derecesinde kalmış sayılmak icabeder.

Mağdur ne zaman failin nüfuz ve tesiri altına girmiş sayılır? Derhal ifade edelim ki bu noktanın tesbiti Temyiz Mahkemesinin kontrol salâhiyetine malik bulunmadığı Bidayet Mahkemesinin hakkı takdirine taallük eden bir keyfiyettir. Kanaatimizce bu noktanın ne suretle tahakkuk edeceği mevzuunda umumî ve şamil bir prensip vazolunamaz. Suç kurbanının götürüldüğü mahallerin bulunduğu mahalden olan uzaklığı, şehir dışına ve hücre bir köşeye götürülmüş olması, kaçırılan kimselerin fazla adette bulunmaları ve güçlü kuvvetli oluşları gibi muhtelif noktaların, suç kurbanının failin nüfuz ve tesiri altına tamamıyla girip girmediğini tayin bakımından, nazara alınması icabeder.

- 1) *Mecburi ehli hibre*
- 2) *Ceza Kanununun 251 ve 281 inci maddeleri*

TEMYİZ İLÂMI

Takdiri tahfif sebebinin vücudiyle birlikte vazifesini yaptığı sırada Bekiri hükûmete ait silâhla yaralı olarak daimî malûliyetine sebebiyet vermekten suçlu Şerif Ali oğlu Bekçi Osman Çeviğin ceza kanununun 456/3. 457/1. 281. 251. 59 uncu maddelerine tevfikân üç sene yedi ay on altı gün ağır hapsine dair Uşak Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 3/12/943 tarihli hükmün temyizen tetkiki suçlu tarafından istida ve yokluk kâğıdı ita edilerek dâva evrakı C. Başmüddeiumumiliği yüksek makamından tebliğname ile temyiz mahkemesi birinci ceza dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

1 — Raporlara göre tesbit edilen daimî malûliyetin uzuv tatilî mahiyetinde olup olmadığı hakkında adli tıp işleri meclisinin mütalâası alınmak lâzımgelirken bu cihetin noksan bırakılmış olması.

2 — Suçlunun fiilî vazife esnasında işlemeden dolayı 251 inci maddede ile cezası artırılmış ve bu suretle memuriyet sıfatı nazara alınmış olmasına göre ayrıca 281 inci maddenin tatbikına mahal olmadığına düşünülmemesi.

Yolsuz ve temyiz itirazları ve rapora ait tebliğnamedeki mütalâa bu sebeplerle yerinde olduğundan hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 321 inci maddesi mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine ve 500 kuruş bozma harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 14/1/944 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Temyiz mahkememiz bu kararıyla biri ceza muhakemeleri usulü ve diğeri ise ceza hukukuna taallük eden iki nokta üzerinde durmuş bulunuyor:

1) 456 ncı maddenin 3 üncü bendinin tatbikında «raporlara göre tesbit edilen daimi malûliyetin uzuv tatili mahiyetinde olup olmadığı hakkında arılı tıp işleri meclisinin mütalâası alınmak lâzımgelir».

2) Bir memur tarafından vazife sırasında bir suçun ika olunması halinde Ceza Kanununun 51 inci maddesinin tatbik olunduğu vaziyetlerde fiil aynı zamanda 281 inci maddenin hükümlerini ihlâl eylemiş bulunsa dahi fiile terettüp eden ceza sadece 251 inci madde nazara alınmak suretiyle arttırılır; aynı zamanda 281 inci madde de tatbik olunmaz.

1) Temyiz Mahkemesi birinci noktaya taallük eden biraz yukarıda nakleylemiş bulunduğumuz kararıyla, âdeta 456 ncı maddenin 3 üncü bendine göre olan uzuv tatili hallerinde mahkeme için ehli hibreye müracaatı mecburi olduğunu tesbit eylemiş bulunuyor. Esasen Temyiz Mahkememiz muhtelif tarihlerde vermiş bulunduğu diğer kararlarda 456 ncı maddeye göre olan uzuv tatili ve âzanın daimi zâfı hallerinin ehli hibreye müracaat suretiyle tâyini icabedeceğini tesbit eylemiş bulunmaktadır. Meselâ, bu kabilden olarak yüksek mahkeme 62 esas, 73 karar ve 18/V/936 tarihli bir kararında «iki dişi kırılan mağdurun çığneme uzvu olan dişlerinde devamlı zaaf olup olmadığının fennen tesbiti icabedeceğine» karar vermiş bulunmaktadır. Esas itibariyle fen ve sanata taallük eden bu cihazların tâyini keyfiyetinin, birçok hallerde, mahkemece ehli hibreye bırakılması icabedeceği noktası üzerinde fazla söz söylemeğe lüzum yoktur. Fakat mesele hukuki bakımdan ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun kabul ettiği esas prensipler cihetinden mütalâa edilince, mahkemeye ehli hibreye müracaat hususunda, bir mecburiyet tahmil eyliyen bu kararı yerinde telâkki etmemek lâzımgelecektir.

Gerçekten Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz «ne gibi hallerde ehli hibreye müracaat mecburi olduğunu sarıh bir surette söylememiş olduğu için bunu, prensip olarak, hâkimin takdirine bırakmış olduğu ileri sürülebilir». Ancak bazı hallerdedir ki, hâkimin ehli hibreye müracaat mecburiyetinde olduğu sevk edilen hükümlerden anlaşılmaktadır. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 74, 79, 83 üncü maddelerinde olduğu gibi. (Tahir Taner: Ceza Muhakemeleri Usulü Dersleri 1944, s. 201).

2) Ceza Kanunumuz 251 inci maddesinde, bir memurun vazife esnasında bir kimse aleyhine bir cürüm işlemesi halinde, kanunda yazılı olmayan hallerde, o cürme kanunen terettüp eden cezaya üçte bir miktarının zammolunacağını tesbit eylemiş yani fiilin vazife esnasında işlenmesi ba-

linde memuriyet sıfatını bir ağırlaştırıcı sebep olarak kabul eylemiştir. Yine Ceza Kanunumuz 281 inci maddesinde, bir kimsenin cürüm işlemek için haliz olduğu memuriyete ait kuvvet ve vasıtaları kullanması takdirinde, eğer kanun esasen memuriyet sıfatını nazarı itibara almamış ise, irtikâp olunan cürüm için tâyin olunacak cezanın altıda birden üçte bire kadar tenzil olunacağını beyan eylemiş bulunmaktadır.

Görülüyor ki 251 inci maddeye göre suçun ika olunması halinde kanun vazı mutlak olarak kanunen terettüp eden cezaya üçte birin ilâve edileceğini tasrih eylemiş bulunduğu halde 281 inci maddeye göre cürüm işlenirken memuriyete ait kuvvet ve vasıtaların kullanılması halinde cezanın altıda birden üçte bire kadar arttırılması hususunda hâkime salâhiyet vermiş, yâni 251 inci maddedeki vaziyeti daha vahim telâkki ederek cezanın daha fazla arttırılmasını icabettiren bir durum telâkki eylemiştir. Bu itibarla —Temyiz kararının taallük eylediği hâdisede olduğu gibi— fiilin aynı zamanda, hem 251 ve hem de 281 inci maddeler ahkâmını ihlâl eylemiş bulunması halinde, Ceza Kanunumuzun 79 uncu maddesindeki umumi esasın tatbiki icabı olarak sadece 251 inci maddenin tatbiki lâzımgelir. Bundan başka kanun 281 inci maddenin tatbikını, başka bir hükmünün memuriyet sıfatını ayrıca nazara almamış bulunması kaydına, talik eylemiştir. Biraz yukarıda da söylediğimiz veçhile 251 inci maddenin tatbikının en mühim şartı fiilin ifayı vazife sırasında işlenmiş olması ile beraber fiili işliyenin memuriyet sıfatı olduğundan, mevzuubahs faraziyede sadece 251 inci maddenin tatbik olunması icabeder. Bu mülâhazalar dolayısıyla Temyiz kararını yerinde bulmaktayız.

İtihadî sarhoşluk halinde 572 nci maddenin tatbiki

TEMYİZ İLÂMI

Polis memuru Ali Kaya'ya defatle âdiyen hakarete bulunmak ve sarhoşluktan maznun olup başka bir sarhoşluk fiilinden infaz edilmemiş bir lira hafif para cezası mahkûmiyeti bulunan Sadık oğlu Salih Öncel'in 3005 sayılı Meşhut Suçlar Kanununa göre bilmuhakeme hareketine uyan Ceza Kanununun 482/3, 571, 76 ve 89 uncu maddelerine tevfikân üç gün hapis ve bir lira on kuruş ağır ve iki lira hafif para cezası ile mahkûmiyetine ve bu cezaların teciline ve müeccel eski mahkûmiyetinin infazına dair verilen hüküm mâfevk C. M. U. liğinin temyizine binaen temyiz dördüncü ceza dairesince tetkik olunarak; şahadet suretine ve hâdisenin oluş şekline göre hakaretin vazifeden mütevellit olup olmadığının düşünülmemesi ve 572 nci madde yerine 571 inci madde ile ceza tayini yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle yeniden yapılan duruşma sonunda; her ne kadar suçlunun, iddiası ile âmme dâvası açılmış ise de; müşteki polis memurunun hâdisе sırasında serbest olup vazifede bulunmadığı şahit komiser Rifki ve polislerin duruşmadaki ifadelerinden ve müştekinin karımla birlikte gazinoya girdiyordum yolunda vâki beyanatından anlaşılması ve binaenaleyh, suçlunun polise ifa ettiği vazifeden dolayı hakaret ettiğine dair kanaat verici bir delil elde edilememiş ve filhakıka suçlu sarhoş olduğu halde başka-

sına tecavüzde bulunmuş ve ancak bu tecavüzü müstakil bir suç olduğu için ayrıca bu cihetten de ceza görmüş olmasına göre 572 inci madde ile suçluyu tekrar cezalandırmak aynı fiilden dolayı iki defa ceza vermek demek olacağından bu husus ceza mevzuatına ve kanun vâzîinin maksadına aykırı bulunmuş ve yalnız 572 inci maddede yazılı tecavüzün müstakil bir suç olmadığı zamanlarda mezkûr maddenin tatbiki zaruri olup bu gibi hallerde tatbikına imkân olamayacağı kanaatiyle suçluya bu hükümde sarhoşluktan dolayı 571 inci madde ile bir lira hafif para cezası tayin ve hükmedilmiş ve dairei müşarünileyhanın mümasil hâdiselerdeki noktai nazarı da bu merkezde bulunmuş olduğundan ve saireden bahsile eski hükümde ısrara dair Milâs Asliye Ceza mahkemesinden bu kerre verilen 31/12/943 tarihli hükmün dahi temyizden tetkiki mafevk Muğla C. M. U. lîği tarafından müddetinde istida edilerek bu babaki evrak Başmüddelumumîliğîn; hâdisede mağdurdan gayriye tecavüz unsuru bulunmadığına ve yaptığı hareketler suç teşkil ederek dâva mevzuu olduğuna ve bu itibarla da tecziye edilmiş bulunmasına göre sarhoşluğa müteallik ısrar hükmünün tasdiki ve hakarete mütedair bozma sebebi varid ve uyulmak icabederken eski kararda ısrar edilmesi yolsuz görüldüğünden hükmün bu cihetten bozulması talebini natık 22/2/944 tarihli tebliğnamesi ile birinci riyaset dairesine gönderilmekle umum ceza heyetinde okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Hakaretin vazifeden mütevellit olup olmadığının düşünülmemesi noktasına matuf ısrar kararı varid ise de, tecavüz ve umumun istirahatini selp derecesine varan sarhoşluklarda 572 inci maddenin tatbiki zaruri olması itibariyle buna ait bozma sebebi varid ve uyulmak icabederken bu cihetten de eski hükümde ısrar olunması yolsuz ve kanuna aykırı görülmekle mezkûr ısrar kararının yalnız bu noktadan dolayı Ceza M. U. K. nun 326 nci maddesine tevfikan bozulmasına 13/3/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi.

Ceza Kanunumuzun 571 inci maddesinde «bir kimse, umumi veya umumun girebileceği yerlerde halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkartacak surette ve âşikâr bir halde sarhoş olarak yakalanırsa... cezalandırılacağından» bahsedilmiş, 572 nci maddede ise, 571 inci maddede gösterilen surette sarhoş olup ta başkasına tecavüz ve umumun istirahatini selbedenlerin iki aya kadar hafif hapis cezasıyla tecziye olunacağı tesbit edilmiştir.

Mehazimiz olan 1889 İtalyan kanununda — aşağı yukarı aynı ibareleri muhtevi olarak — 571 inci maddemize tekabül eden 488 inci madde mevcut bulunduğu halde 572 nci maddemize tekabül eden bir hüküm yaktur. Esasen, kanaatimizce kanunumuzun 547 nci maddesi müvacehesinde bu maddeye olan lüzum da pek anlaşılabilir. Daha açık ifade eylemek lâzımgelirse âdeta 547 ve 572 nci maddeler farklı müeyyidelerle aynı mevzuu tecrim ediyor gözükmektedirler. Her ne hal ise! burada bizi asıl alâkadar eden ve metnini nakleylemekte bulunduğumuz Temyiz kararına da mevzu teşkil eden mesele 572 nci maddede mevzuubahis tecavüz Ceza Kanunumuzun aynı zamanda bir diğer hükmünü de — meselâ hâdisemizde olduğu gibi 482 nci maddesini — ihlâl eylediği takdirde failin bu müstakillen ihlâl edi-

len madde ile birlikte aynı zamanda 571 inci madde delâletiyle 572 nci maddeye göre mi yoksa sadece 571 inci maddeye nazaran mı tecziye olunması icabedeceği noktasıdır.

Hâdisemizde bidayet mahkemesi «... fiilhakika suçlu sarhoş olduğu halde başkasına tecavüzde bulunmuş ve ancak bu tecavüzü müstakil bir suç olduğu için ayrıca bu cihetten de ceza görmüş olmasına göre 572 nci madde ile suçluyu tekrar cezalandırmak aynı fiilden dolayı iki defa ceza vermek demek olacağından bu husus ceza mevzuatına ve kanun vazunun maksadına aykırı bulunmuş ve yalnız 572 nci maddede yazılı tecavüzün müstakil bir suç olmadığı zamanlarda mezkûr maddenin tatbiki zaruri olup bu gibi hallerde tatbikına imkân olmayacağı...» esbabı mucibesıyla sadece 571 ve 482 nci maddelere göre tecziye icabedeceği kanaatinde bulunan Temyiz Mahkemesinin hükmü bozması üzerine umum ceza heyeti «tecavüz ve umumun istirahatini selp derecesine varan sarhoşluklarda 572 nci maddenin tatbiki zaruri» olacağı kanaatini izhar eylemiştir.

Görülüyor ki Temyiz Mahkemesi, kararında, esbabı mucibe dermeyan etmemektedir.

Bir, bidayet mahkemesinin çok makul olan esbabı mucibesini objektif olarak kabul etmekle beraber bu esbabı mucibenin sözü geçen hâdiseye kabili tatbik olmadığını zannediyoruz. Fiilhakika, Bidayet Mahkemesinin sözü geçen esbabı mucibesıyla vardığı netice yerinde olurdu. Eğer 572 nci madde, sadece, 571 nci maddede gösterilen surette sarhoş olup ta başkasına tecavüz edenleri cezalandırırsa idi! Fakat şurası var ki 572 nci maddenin tatbik olunabilmesi için sadece başkasına tecavüz kâfi değildir, aynı zamanda umumun istirahatinin de selbedilmiş olması lâzımgelir. Daha açık ifadesi lâzımgelirse 572 nci maddenin tatbik olunabilmesi için failin 571 inci maddede yazılı surette sarhoş olması ve başkasına tecavüz etmekle beraber aynı zamanda umumun istirahatinin de selbi lâzımdır. Bu itibarla 571 inci maddede yazılı surette sarhoş olup ta mağdura 482 nci maddede yazılı şekilde tecavüz olunması suretiyle 572 nci maddenin ihlâl halinde cürmî hareket bir değildir; onda fazla olarak bir kısım vardır: Umumun istirahatinin selbi. Cürmî hareketin birliği esbabı mucibesıyla faili 571 nci maddeden cezalandırmak, umumun istirahatinin selbi keyfiyetini ihmal eylemek ve dolayısıyla verilen ceza ile bütün cürmî hareketi itfa etmemek olur. Bu itibarla Temyiz Mahkemesince varılan netice yerindedir.

1) *Ceza Kanununun 64 üncü maddesi*

2) *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 239 uncu maddesi*

TEMYİZ İLÂMI

Hâkim Ali Rıza'yı taammüden öldürmekten sureti katliyede ölüm cezasına mahkûm çocuk Mehmed'i işbu suça azmettirmekten suçlu Habib oğlu şöhretli Ali oğlu Adıyaman jandarma kumandanı Muzaffer Savcı'nın Ceza Kanununun 64/2, 450/4 üncü maddelerine tevfikân ölüm cezasına çarptırılmasına dair Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesinden bozma üzerine verilen 22/11/943 tarihli hüküm resen temyiz tetkikine tâbi olduğu gibi duruşma

suretile temyizen tetkiki suçlu tarafından da istida ve para depo edilmesine mebni dâva evrakı C. Başmüddeiumumiliği yüksek makamından tebliğname ile Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle ceza muhakemeleri usulü K. nun 318 inci maddesi mucibince 1944 senesi martının 18 inci Cumartesi duruşma günü tayin kılınmış ve mevkuf bulunan suçlu ile vekiline usulen tebligat ifası için davetiye yazılmıştı.

O gün hâkimler heyeti dairei mahsusada toplandı. C. Başmüddeiumumiliği muavinlerinden Hayrünnisa ve suçlu vekili Fehmi Kural huzurlarile celse açıldı.

Hüküm resen temyize tâbi olduğu gibi suçlu tarafından müddeti içinde duruşma da istenmiş olduğu anlaşılmağa muavin ve vekilin muvafık görülen talep ve mütalâaları veçhile duruşmalı temyiz tetkikatı yapılmasına oybirliğile karar verilerek tefhim edildikten sonra işin izahına dair olan raportör aza S. Orhun imzalı rapor okundu.

Raportör aza S. Orhun rapora ilâve edilecek başka bir cihet olmadığını söyledi.

Vekil: dosyada mevcut temyiz lâyhası münderecatını tavzihen müdafaatta bulunarak hükmün bozulmasını istedi.

Muavin: tebliğnamede yazılı olduğu üzere,

1 — 18/11/943 tarihli celsede suçlu vekili tarafından gösterilip dinlenmeleri musırren istenilen müdafaa şahitleri dinlenerek şahadetlerinin takdiri icabederken yazılı şekilde celp ve istimalarına mahal görülmediğine karar verilmesi,

2 — Suçlu tarafından verilmiş ve kaydedilmiş olan 22/11/943 tarihli istidanın okunmamış olması,

3 — Suçlu Muzaffer tarafından çocuk Mehmede para vâd ve ita edildiğine dair beyanatta bulunan şahitlerin ifadelerinin; bu cihete de şamil bozma kararından sonra bu defaki ittihaz olunan hükme esas tutulmuş olmasına ve tahkikat evrakı münderecatına göre suçu icra eden çocuk Mehmet'in hâkim Ali Rızayı para mukabilinde öldürdüğü ve bu suretle katil suçunu işlemekte şahsi menfaati olduğu göz önüne alınarak bu suçu işlemeğe azmettiren suçlu Muzaffer hakkında 64 üncü maddenin son fıkrasının tatbiki icabedip etmiyeceğinin mevzuubahs ve münkaşa olunmaması,

Yolsuz olduğundan hükmün bozulmasını talep etti.

Son sözü sorulan vekil: Müdafaa ve izahına ilâve edilecek başka bir cihet olmadığını söylemekle duruşmanın bittiği ve vaktin darlığına mebni işin müzakeresile karar ittihaz ve tefhiminin 25/3/944 tarihine bırakıldığı anlatıldı.

O gün hâkimler heyeti dairei mahsusada toplandı. Bütün dâva evrakı okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı konuşuldu ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

1 — Muharrikin tahrik için para vermesi keyfiyeti hemfiil ile fail arasındaki rabıtaya muzaf bir fiil olup kanunun aradığı husus ise suçu işlemekte faili asılın maktule karşı ayrıca beslediği niyeti hususiye olmasına göre tebliğnamenin 3 üncü bendinde yazılı mütalâa varit görülmemiştir.

2 — Suçlu vekilinin sübuta ve vasfa taallük eyliyen itirazları da evvelki ilâmlarda yazılı mucip sebeplere ve ceza umumî heyetinin suçun vasfı hakkında ittihaz eyediği karar müeddasına nazaran yerinde görülmemiştir.

Suçlu 18/11/943 tarihli celsede maktulü öldürmek hususunda suçlunun maktule karşı beslediği şahsi sebeplerin de inzımam eylediğini iddia ve bu ciheti isbat sadedinde müdafaa şahitleri olduğunu beyan eylemiş ve delillerin geç irat edilmesi dinlenmeleri için mâni bir sebep teşkil etmeyip geç irat edilmesinin sonradan ittilâ hasil olmasından ileri gelmesi mümkün bulunmuş olmasına ve talebi vakiin reddi için müdellel bir sebep te gösterilmemiş bulunmasına nazaran müdafaa şahitlerinin dinlenmesi icabederken dinlenmemeleri,

Yolsuz ve temyiz itirazlarıyla tebliğame münderecatı bu itibarla varit olduğundan hükmün ceza muhakemeleri usulü kanununun 307, 308, 321 inci maddeleri mucibince bozulmasına ve evrakın yerine iadesine ve hüküm resen temyize tâbi bulunması hasebile bilâ lüzumu kanunî depo edilen paranın geri verilmesine 25/3/944 tarihinde çoğunlukla karar verilerek muavin Affan huzuru ve vekil Fehmi Kural'ın ademi huzur ile usulen tefhim edildi.

Metni yukarıya naklolunan Temyiz kararında biri Ceza Kanunumuzun 64 üncü maddesinin ikinci fıkrasına ve diğeri Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 212, 215 ve 239 uncu maddelerine temas eden iki esaslı mesele mevzuubahs edilmektedir.

1) Ceza Kanunumuz, azmettirmeği, suçun işlenmesinde birinci derecede müessir bir hareket olmak itibariyle, âdi teşvik ve tahrikten daha vahim addettiği için, 64 üncü maddenin 2 nci fıkrasında, azmettirenler hakkında fiile mahsus cezanın hükmolunacağını tasrih etmiş ve bu suretle kendilerinin müstakil fail gibi cezaalandırılmasını iltizam eylemiştir. (Tahir Taner: Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu şerhi. s. 535 ve sonrakiler). Ancak maddenin 2 nci fıkrasının ikinci cümlesinde «fiili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olduğu sabit olursa azmettiren şahsın cezasının» indirileceği kabul edilmiştir. Fakat burada mevzuubahs olan şahsi menfaat, azmettirenin para vermek veya vâdetmek gibi temin eylediği menfaat haricinde maddi failin suçu işlemekte ayrıca mevcut şahsi bir menfaattir (Tahir Taner: s. g. eser s. 536).

Yoksa sırf azmettirenden temin olunacak şahsi menfaat dolayısıyla, asli failin fiili ika eylemiş bulunması halinde, azmettirene verilecek ceza tenzil olunmaz. Temyiz Mahkememiz de yukarıdaki kararında bu esası şu ifadesi ile çok güzel olarak tebarüz ettirmektedir: «Muharrikin tahrik için para vermesi keyfiyetli hem fill ile fail arasındaki rabıtaya muzaf bir fill olup kanunun aradığı husus ise suçu işlemekte faili asılın maktule karşı ayrıca beslediği niyeti hususiye olmasına göre tebliğnamenin 3 üncü bendinde yazılı mütalâa varid görülmemiştir.»

2) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun kabul eylediği umumî esas bütün delil ve vakıaların tahkikat safhalarında toplanması ve bu suretle duruşmanın bir celsede bitirilmesidir. Bu esasın, tarafların iddia ve müdafaalarını dermeyan bakımından zorluklara sebebiyet vermemesini de başlıca riayet olunması lâzımgelen bir esas telâkki eden kanun 212 ve 215 inci maddelerinde bu hususu temine medar olmak üzere lüzumlu tedbirleri almış ve maznunun «şahit veya ehli hibrenin davetini yahut müdafaa

delillerinin toplanmasını istediğinde bu delillerin taallük ettiği vak'aları göstermek suretiyle bu baptaki istidasını duruşma gününden en az beş gün evvel mahkeme reisine» vereceğini, «doğrudan doğruya davet ettirdiği veya duruşma sırasında getireceği ehli hibre ve şahitlerin isimleriyle mesken veya ikametgâhlarını Cümhuriyet Müddeiumumisine vakit ve zemaniyle bildireceğini» beyan eylemiştir.

Bununla beraber ceza davasının gayesi, hakikatların olduğu gibi anlaşılacak maznunun suç faili olup olmadığının tesbiti ve fail ise müstahak olduğu cezanın tamam olarak tayini bulunduğundan «bir delilin veya isbat olunacak vak'anın geç irad edilmesi, ikamesi talebinin reddine sebep olamaz.» (C. M. U. K. m. 239, fıkra 1).

Bununla beraber yine dâvanın bir celsede bitirilmesi daima ve imkân olduğu her an riayeti icabeden bir esas olduğundan «deliller dâvayı uzatmak maksadiyle ikame olunamaz» (C. M. U. K. m. 238, fıkra 2).

Ancak 239 uncu maddemizin ilk fıkrasının dikkatle mütalâa olunması lâzımgelir. Kanaatimizce 239 uncu maddenin 1 inci fıkrası ne zaman olursa olsun irad olunan her türlü delilin ikamesi talebinin kabul olunacağını hiç bir suretle ifade eylemez. Bu hususta 239 uncu maddemizin ibaresine dikkat edilmek lâzımgelir. Maddemiz bir delilin veya isbat olunacak vak'anın mücerret geç irad edilmesinin, onun ikamesi talebinin reddine sebep olmayacağını ifade eylemektedir. Yâni esaslı olan ve dâvaya tesir edebilecek mahiyette bulunan bir delil geç irad olundu diye reddolunamaz. Fakat geç irad olunan delil «caiz değilse, lüzumsuz ve ehemmiyetsiz ise, evvelce ikame edilmiş ise, maksada elverişli değilse, esasen hakikatı ifade ediyorsa» (Dr. Otto Schwarz: Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu şerhi, çeviren Rifat Taşkın, s. 434 ve sonrakiler) dâvayı uzatmak maksadiyle ikame edilmemiş bulursa bile reddolunabilir. Daha açık ifadesi lâzımgelirse 239 uncu maddedeki prensipin yegâne istisnasını 238 inci maddenin 2 nci fıkrası teşkil eylemez. Biz, 239 ve 238 inci maddeleri bu suretle anlamaktayız.

İmdi, metnini yukarıya nakleylemiş bulunduğumuz Temyiz kararının taallük eylediği hâdisenin tafsilâtını bilmediğimizden, delilin iradı talebini reddeden Bidayet Mahkemesi kararını ne için bozduğunu bilmiyoruz. Bununla beraber, irad eylediği esbabı mucibeden Temyiz Mahkemesinin de yukarıda arzolunan esasları kabul eylediği zannedilebilir.

Filhakika, yüksek mahkeme «delilin geç irad edilmesinin sebebi dâvayı uzatmak değildir ve binaenaleyh ikamesi talebinin reddi yolsuzdur» demiyor. Fakat «... ve delillerin geç irad edilmesi dinlenmemeleri için mâni bir sebep teşkil etmeyip sonradan itilâ hasıl olmasından ileri gelmesi mümkün bulunmuş olmasına ve talebi vakiin reddi için müdellel bir sebep te gösterilmemiş bulunmasına nazaran müdafaa şahitlerinin dinlenmesi icap ederken dinlenmemeleri...» diyor. Demek oluyor ki geç irad olunan delillerin ikamesinin reddi hususunda müdellel sebep gösterilmiş bulursa idi Temyiz Mahkemesince hüküm tasdik olunabilecekti. Esbabı mucibenin hangi hususa taallük eylemesi icap ettiği de ilâmda tasrih olunmadığından, Temyiz Mahkememizin, dâvayı uzatmaktan başka bir sebeple de geç irad olunan delillerin ikamesinin reddini kabul eylediği istidlâl olunabilir.

B) HUSUSİ HUKUK:

- a) Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihat Umumi Heyeti kararları;
b) Temyiz Mahkemesi kararı.

A) TEMYİZ MAHKEMESİ TEVHİDİ İÇTİHA T UUMUMİ HEYETİ KARARLARI

1944 yılında Yüksek Temyiz mahkememiz tarafından memleketteki tatbikatı birleştirme sadedinde alınan en mühim tedbirin, senetsiz tasarruf olunan gayrimenkullere taallük eden haklardaki keşmekeş ve tezeb-zübe nihayet veren 9/2/1944 tarihli tevhidi içtihat kararı olduğu şüphesizdir.

Memleketimizin gayrimenkul tasarrufunda pek müzminleşen bir derdini esaslı surette teşfiyeye çalışan bu hayati karar her bakımdan dikkate değer.

Malûm olduğu üzere Hicri 1274 tarihli arazi kanunu memleketimizdeki gayrimenkul nev'iyetlerini mülk, miri, vakıf, metrûk, mevat diye beşe ayırmış ve kendilerinde tedavül kabiliyeti bulunmayan gayrimenkullerin maadasında temessük veya senedi, tasarruf nişanesi olarak kabul etmiştir. Sonraları tasarruf kanunu bu senede hüccet, mahiyetini izafe ederek işaret olunan gayrimenkullerin senetsiz tesahübünü men'ylemiştir. Bu men'i kayfiyeti timar ve zaamet usulü dolayısıyla ötedenberi pek çok aksamı temessük ve tapu senetleriyle tasarruf edilegelen miri nev'iyetini halz ziraat gayrimenkulleri ve rakabesi vakfa ve menfaat mülkiyeti ef-rada ait olup mütevellilerinden alınan senetlerle tasarruf olunan vakıf mahaller (icareteynli, icarei vahidei kedimeli, mülk aksamdan âri mukataai kadimeli vakıflar) için ehemmiyetli bir değişiklik husule getirmemiş ise de 1318 tarihine kadar mabeyn senetleriyle veya şeriye mahkemesi hüccetleriyle tesahüp olunan ve ekseriyetini meskûn mahaller teşkil eden gayrimenkullerin tesahüp ve temellükü hususunda büyük bir inkılâp husule getirmiştir. Gayrimenkulü iktisapta kanunen muayyen şekli tahakkuk ettirmenin neticesi olarak bu memnulyetin tesisi sırasında müruru zamanın memleketimizde bir iktisap sebebi olarak kabul edilmemesi bu kabîl gayrimenkullerde miri arazi için bir iktisap sebebi olarak mevcut bulunan hakkı karar (on senelik müruru zaman) müessesesinin fertlere sezet edinebilmek dolayısıyla temin edegeldiği kolaylıkların benzerini elde etineğe mâni olmuştur. Filhakika en uzun müruru zaman müddetlerinden fazla temadi eden zilyetliklerden bile meşru bir netice istihsali, müruru zamanı müstakil bir mülkiyet sebebi olarak kabul eden ve fakat gayrimenkullerde ayrıca mahkeme kararı arayan yeni Medeni Kanunumuzun meriyet mevkiine vaz'ına kadar mümkün olamamıştır.

Vakıa halkın ihtiyacını tazyik eden bu imkânsızlıktan doğan güçlükleri hafifletmek ve uzun müddet ellerinde bulunan gayrimenkulleri tapu sicilline namlarına kayıt sadedinde kendilerini mahkemelere müracaat külfetinden vareste bulundurmak için tapu idarelerinin mahkemeleri tav-sit etmeksizin yapabilecekleri tesciller vaktiyle 810 numaralı kanun ile istikra olunmuş ve bu sayede senetsiz tasarruf edilegelen gayrimenkullerin senede raptları mahkemeden karar almağa lüzum kalmaksızın şöyle böyle bir intizam altına alınmış idi. Fakat mülk gayrimenkullerde asır-

lardanberi devam eden intizamsızlığı izaleye tatbik sahası mahdud olan böyle bir tedbir kâfi gelemezdi. Bahusus «tevsia» kabllinden olan bu tedbiri idari kanundur diye mevridine hasretmek ve kanunun bâhis bulunduğu komisyonlardan iş geçmedikçe mahkemelere müracaat hakkı tanımamak gibi yanlış ve kanunun ruhuna büsbütün aykırı tatbikler işaret olunan faydayı da hiçe indirmişti. Halbuki bu kanun:

A.) Senet ve kayıtlarda mazmuna taallük etmiyen hataların, mekadirin hududa tevafuk etmemesi halinde çıkan fazlaların tashihi, B.) ve hakkı karar ile senetsiz tasarrufların senede raptını mahkeme kararı alınmaksızın tapu idarelerinin yapabileceklerini kabul ediyordu. Zilyedler bu sayede az çok külfetsiz, masrafsız tashihan veya tecdiden senet alabiliyorlardı.

Vakıa yeni Medeni Kanun mer'iyet mevkiine girince muarız hükümleri ihtiva ediyor diye bu kanun mülga addolundu. Fakat Medeni Kanun dahi bahsi geçen 810 numaralı kanunun istikra ettiği halleri ana kaidenin müstesnalari olarak nazara aldığı için tatbikatın cereyan şekline halel ârız olmadı. Nihayet Büyük Millet Meclisi Adliye Encümeni Meclisin kararına iktiran eden malûm mazbatasıyla memleketin en büyük hayati bir meselesini ilgilleyen mühim noktaları tavih etti. Bu mazbatada 810 numaralı kanun gibi mahkemeye müracaata mâni olmuyor, yalnız «tevsia» kabilinden olarak tescil için bazı kolaylıklar vücuda getiriyordu ki bunları şu suretle toplamak mümkündür:

1 -- Mübadil, mütegayyip, menkul eşhastan metrük yerlerin muhacir ve mübadillere veya bedel alınarak talibine tefvizi için tapu idareleri mahkemeyi tavsit etmeksizin resen senet verecektir. Çünkü Medeni Kanun buna mâni değildir.

2 -- Tapuda kaydı olmayıp evvelce tasarruf edildiği de anlaşılmıyan yerler sahipsiz sayılacakları cihetle Devlete ait bulunacaklarından bunların satış ve tefvizlerinde de mahkeme kararı alınmaksızın resen senet verilecektir.

3 -- Yeni kanundan evvel tahassül etmiş iktisabi müruru zamanlar müktesip hak teşkil ettikleri cihetle bunların hakkı karara müstenit tasarruf senetleri yine mahkeme kararı alınmaksızın verilecektir. Fakat kanunun meriyetinde müruru zaman haddine balığ olmiyanların sonradan tatbikat kanunu hükümlerine tefvikan mütenasiben mahsubiyet suretiyle tahassül eden müruru zaman hâdiselerinde senet verilebilmek için yeni Medeni kanunun hükümlerini nazara almak lânmgelecektir. Yani tapu idaresi resen senet vermeyip tescil için mahkeme kararı arayacaktır. Şu kadar ki bu suretle müktesep hak durumu nihayet arazi emiriyede cari bir hakkı karar hâdisesi olduğuna göre tatbik sahası bu nevi araziye münhasır kalarak evvelki kanuna göre hakkı kararda tahakkuku aranan şartın mevcudiyeti ve tapuda başkası namına mukayyet bulunmamak keyfiyeti nazara alınacaktır.

4 -- Senetsiz tedavülle şahısların tasarrufunda bulunan yerler. Bunlar, iki kısma ayrılmaktadır:

A.) Tapuda hiç bir suretle kaydı bulunmiyanlar ki zilyedin esbabı temellüke binaen tasarruf ve temellükü nizasız olarak müruru zaman

haddine yani mülk gayrimenkullerde on beş ve miri gayrimenkullerde on seneye balığ ise veya zilyedin elinde kanunen muteber meselâ icra vasıtasıyla tebliği mümkün olmayan kat'i ilâm, vakfiye, mübayaa, istihkâm, ihbar hücceti gibi vesika varsa bunlar için de mahkeme kararı alınmaksızın senet verilecektir. Arazii emiriyede müstakil bir tasarruf sebebi olan on sene nizasız tasarruf esasına müstenit hakkı karar bakımından bu hüküm müvecceh ise de diğer gayrimenkullerde evvelki hükümlere nazaran iktisabi müruru zaman tecelli edemiyeceğine göre bu kısım gayrimenkullere taallük eden hüküm mesnedsizdir. B.) Tapuda kaydı olup ta zilyedin uhdesinde bulunmayanlar ki intikal gibi kaydı nakil için kanuni bir sebep mevcut değil ise tapu idaresinin resen bir muamele yapmayıp mahkeme kararına intizar etmesi tasrih olunmakla beraber bu kısım hakkında da idari kolaylık bulunması temenniye lâyık görüldüğünden dolayı Devletçe 9/6/1929 tarihinde tapu kayıtlarından hukuki kıymetlerini kaybetmiş olanların tasfiyesine mütedair ve yine «tevsiâ» esasına müstenit 1515 numaralı kanun neşredilerek idari senet verme bakımından mevcut boşluk doldurulmuştur. Bu kanun da kayıtları ve gayrimenkulleri şöylece iki kısma ayırır:

1 — Medeni Kanunun meriyetinden mukaddem müsakkaf ve bu hükümdedekiler (bağ, bahçe, arsa) da on beş, diğer arazide on sene iktisap şartlarını haiz (malik sıfatıyla, hüsnüniyetle, nizasız) olarak zilyedlerin elinde kalan ki bunun için de iki ihtimal nazara alınmaktadır:

A.) Zilyedlere kayıt sahibinin gayri resmî bir akdi veya hukuki muamelesi ile geçenler ki mahkeme kararı alınmaksızın zilyedleri namına tescil edilerek senet verilecektir. Yalnız bu tescile karşı alâkahıların kayıt tarihinden itibaren üç sene içinde mahkemeye müracaatla iktisap sebepleri aleyhine dâva açmağa salâhiyetleri vardır. Bu kanunun icra suretini gösteren nizamname hükümlerine nazaran tapuca yapılacak ru tescilin süstesna haciz veya rehin kaydının mevcudiyeti hâlidir. Zira bu takdirde alâkadarın rızası veya mahkeme kararı ile kayıt, ref ve terkin olununcaya kadar zilyed namına tescil muamelesini yapmağa cevaz yoktur.

B.) Zilyedlere kayıt sahibinin böyle bir akdi ve hukuki muamelesi olmaksızın geçenler ki bunun için de iki ihtimal nazara alınmıştır:

a) Ortada hiç bir akit yoktur, artık mahkemeye sevk zaruridir.

b) Ortada salâhiyetli olmayan kimsenin akdi vardır. Bu takdirde kayıt sahibinin elinden çıktığı tarih ile zilyedin elinde bulundurduğu müddet nazara alınarak evvelki hükümler bu durumda zilyede temellük hakkı tanıyorsa ki arazii emiriyede hakkı karar dolayısıyla bu mümkündür, mahkeme kararı alınmaksızın yine senet verilecektir. Tanımıyorsa mahkemeye sevk lâzımgelsecektir.

2 — Medeni Kanunun meriyetinden mukaddem bu müddetleri doldurmaksızın zilyedleri elinde bulunanlar ki bunlar hakkında kaydı taslih için mahkeme kararı almak zaruridir.

Bu mevzuat ile nazari sahada yapılan fedakârlık görülüyor ki arazii emiriyeden maada gayrimenkuller için de müruru zamanı bir temellük ve tasarruf sebebi olarak kabulden ibarettir.

Halbuki mülkün terk ile metrük olamayacağı esasına istinad eden evvelki hukukun müruru zamanı temellük sebebi olarak kabul etmemek yo-

lundaki telâkkisi Arazi Kanununun hakkı karar müessesesiyle ve muasır mevzuattan yeni Medenî Kanunumuza in'ikâs eden hükümleriyle kuvvet ve kat'iyetini kaybetmiş olduğuna göre gayrimenkulün müruru zaman ile iktisabı feyzini yalnız arazi emiriye için değil tescil kabiliyetini haiz bütün gayrimenkuller için kabul etmek umumî maslahata hâdim bir tedbirdir. Memleketimiz için ilmî münakaşaların çok üstünde hayati ehemmiyet arzeden bu meselede nazariyat bakımından yapılan şu fedakârlığa karşı ilim mensuplarını müteselli kılacak pek büyük menfaatlerin elde edilmiş bulunduğuna şüphe yoktur.

Bahsi geçen 1515 numaralı kanunun tatbikında Temyiz Mahkemesinin Birinci Hukuk Dairesiyle Üçüncü Hukuk Dairesi arasında noktai nazar ihtilâfı hasıl oldu. Bu ihtilâfları da şu suetle toplamak mümkündür:

1 — 1515 numaralı kanunun birinci maddesindeki şartların tahakkuku halinde tescil keyfiyetinin bu kanunun tatbik şeklini gösteren nizamname hükümleri dairesinde evvelemlerde tapu memurlarına müracaatla nizamnamede yazılı tapu komisyonlarınca verilecek karara istinaden yapılması düşünüldüğüne göre bu tarika müracaat edilemeden resen dâva açmak veya bir dâvada dâfi bulunmak suretiyle bu kanunun hükümlerinden istifade edilip edilmeyeceği,

2 — Tescil muamelesinin tekemmülünden sonra üç sene içinde alâkâhları mahkemeye müracaat edebilecekleri hakkındaki birinci maddenin son fıkrası hükmünün tapu ile tasarruf olunan gayrimenkulde müruru zaman cereyan etmeyeceğine göre müddetle takyidi caiz olup olmayacağı,

3 — Harici iktisap sebebine dayanılarak bir gayrimenkulün iktisabı mümkün olamayacağı cihetle tapu komisyonu kararına dayanılarak yapılan tescil aleyhine ancak kayıt sahibi tarafından mahkemeye müracaatla itiraz edilebileceğine göre harici iktisap sebebine istinaden zilyedin ademî tescil kararı aleyhine mahkemeye bilmüracaat itiraza salâhiyeti bulunup bulunmayacağı.

Bu defa Temyiz Üçüncü Hukuk Dairesi reisliğinin müzekkeresi üzerine işaret olunan ihtilâfın mevzuunu teşkil eden ilâmlar Temyiz Umumi Heyetince celbolunarak yapılan derin incelemeler neticesinde sudur eden tevhidî içtihat kararı yukarıda üç noktada toplanan ihtilâfları aynen şu suretle halletmiştir:

«Medenî Kanununun meriyetinden evvel beyi, ferağ ve taksim gibi gayrimenkule müteallik tasarruflar bazı kuyud ve merasime tâbi idi. Söyle ki 1318 tarihli bir irade ile âdi senetlerle vukubulan bey ve şiradan mütevellit dâvaları mahkemeler istimadan menolunmuş ve mülga arazi kanunı mucibince arazinin ferağ ve taksimi de memuru iznine mütevakkıf bulunmuştu. Ancak bazı zorluklar altında gerek mülk gayrimenkulde ve gerek arazide efrat arasında harici temlik ve ferağlar müsamaha edilmeyecek miktarda çoğalmış ve zilyedler tarafından nizasız ve fasılasız kayıt sahipleri veya halefleri müvacehesinde müruru zaman haddini müteceviz ve hattâ kırk elli sene gibi uzun müddet tasarruf olunarak ve elden ele geçerek yarım asıra yakın bir zaman zarfında Devletçe umumî bir tapu tahriri icra edilmemiş olmasından dolayı tapu kayıtlarının takriben yüzde otuzu hakikat ve vakia mutabakatını ve binnetice vusuk ve kıymet-

lerini zayıf etmiştir. Gerçi ahiren hükümetçe umumî bir tahririn lüzumu takdir olunarak kadastro yapılmağa başlanmış ise de bu işin ikmalî uzun zamana mütevakkıf olup halbuki bir taraftan Medenî Kanunun gayrimenkullere ait hükümlerinin hüsnü tatbiki ve diğer taraftan kıymetini kaybeden tapu kayıtlarının vüruk ve itibarının idesi âcîl bir zaruret halinde bulunduğundan 1515 numaralı kanunun neşrine mecburiyet hasıl olmuştur. Esbabı mucibe mazbatalarıyla kanunun ünvan ve birinci maddesinin mutlak ibaresinden müsteban olduğu üzere: 1 — Bu kanunla eski hükümlere göre muteber veya gayri muteber iktisapların bazı kayıt ve şartlarla tanınması istihdaf olunmuş ve mahkemeye müracaat hakları derkâr olan hak sahipleri zilyedlere mahza bir sühulet olmak üzere doğrudan doğruya tapu dairelerine müracaatla bu iktisaplarını tescil ve tapuya raptettirebilmeleri esasî kabul ve kanunun üçüncü maddesinde gösterilip muahharan tanzim olunan 14 mayıs 1930 tarihli nizamname ile tapu dairelerince yapılacak tetkikat ve tahkikatın şekil ve sureti tayin ve izah olunmuştur. Biraz evvel işaret olunduğu üzere «tapu defterlerinde mukayyet olup ta gayri resmî surette âharın mülkiyetine geçen ve Kanunu Medeninin meriyet tarihine kadar müsakkaf ve bu hükümde bulunan bağ ve bahçe veyahut arsaların on beş ve diğer arazinin on sene malik sıfatıyla nizasız ve fasılasız hüsnüniyetle tasarruf altında bulunduran zilyedleri namına tapu dairelerince tescil ile tapu senetleri verilir. Şu kadar ki kayıt tarihinden itibaren üç sene zarfında alâkadarların mahkemeye müracaatla birinci fıkradaki iktisap sebepleri aleyhine dâva açmağa salâhiyetleri vardır.» diye yazılı olan birinci maddesiyle vazolunan ve gayrimenkul mülkiyetine ve hukukî iktisabına taallük eden hüküm. 2 — Bu kanunun yalnız tapu dairelerince muteber ve idarî bir kanun olarak telâkkisine ve bu telâkki neticesi zikri geçen üç sene zarfında alâkadarların mahkemeye müracaat ve haricî iktisap muteber olmadığı iddiasıyla bu tescillî iptal ettirebilmeleri mümkün olacağı yolunda bir içtihadı müsaît olmadığı gibi. 3 — Mesele hukukî bir mahiyet taşımak ve kanun tapu dairelerine müracaat edilmeksizin mahkemede dâva ikame edilemeyeceği hakkında bir kayıt ve sarahati de ihtiva etmemek itibarıyla zikri geçen iktisapların dâva ve defî dâva zımında dermeyan olunamayacağı suretinde bir içtihadı dahi müsaît bulunmamaktadır. Kaldı ki bir taraftan bir gayrimenkulün tapuya tesciline ve diğer taraftan mahkemece bu tescilin iptaline cevaz vermek ve bir gûna men ve takyit olmadığı halde sırf medenî ve hukukî bir mahiyette olan bir hak için sahibini mahkemeye müracaattan mahrum bırakmak ne usulü teşri ile ne de hakların himayesi için mevzu asıl ve esaslarla kabîlî tevkif değildir. Netekim kanunun lâyhasıyla Büyük Millet Meclisi Adliye ve Maliye Encümenlerinin esbabı mucibe mazbataları bu cihetleri açıkça irae ve teyit etmektedir. Binaenaleyh birinci celsede sülûsan ekseriyet hasıl olmadığından müteakıp 9/2/1944 tarihli celsede 19 muhalif reye karşı 34 rey ile ve mutlak ekseriyetle üçüncü hukuk dairesinin 1515 numaralı kanunun muhtevî olduğu hükmün hukukî olduğu ve doğrudan doğruya mahkemelere müracaatla dâva veya defî zımında dermeyan olunabileceği merkezinde olan içtihadı muvafıkve musiptir.»

Görülüyor ki Yüksek Mahkeme senetsiz tasarruflar için 1515 numaralı kanunun «tevsia» kabîlinden olarak aldığı musîp tedbirin umumî ve hukukî

mahiyetini bu baptaiki kararıyle tebarüz ettirmiş ve halka kanunun feyizlerinden geniş nisbette istifade imkânını temin ve tatbikatı tevhit suretiyle aziz yurda paha biçilmez meşkûr bir hizmet ifa etmiştir.

E. M.

B) TEMYİZ MAHKEMESİ KARARLARI

I. — Sadakatsizlik neticesi boşanmada hediyeilerin geri alınması; hibe den rücu:

Temyiz Mahkemesi ikinci hukuk dairesi 15.II.944 tarih ve 4383/660 esas karar sayılı kararında kocanın karısı için yaptığı masrafların ve verdiği şeylerin iadeye tâbi olup olmadığını tetkik dolayısıyla hibeden rücu meselesine temas etmekte ve Medeni Kanunun «mutad hediyeer» tabirinin şumul sahasını tayin eden ve bunların iade ve tenzile tâbi olmayışının sebebini gösteren mühim bir içtihatla bulunmuştur.

Karar; sadakatsizlik dolayısıyla karısı aleyhine boşanma kararı istihsal eden koca ile karısı arasında «mütehaddis mütekabil eşya ve hilliyat dâvasına taallük etmektedir. Dâvacı koca «müddeialeihin yedinde bulunan zati eşyasıyla sadakatsizliğine binaen hibeden rücu hakkı olduğundan araalrında evlilik kaim iken hibe ve temlik eylediği eşya ve hilliyatın alverilmesini» dâva etmekte ve dâva edilen karı da bu eşyanın kocası elinde kaldığından bahisle istirdadını mütekabilen dâva eyliyerek «verilen eşya, ilbas ve iâşe vazifesi icabı ve hilliyat hediye olarak verildiğinden rücu hakkı olmadığını» def'an dermeyan eylemektedir. Mahkeme dâvacının hilliyat hakkındaki iddiasını kabul etmiştir.

Temyiz Mahkemesi kararı tasdik etmekte ve hibeden rücu ve eşyaların geri alınması hakkında şu esasları koymaktadır: «Evveleminde bu temliklerin sebep ve mahiyetini mütalâa ve tetkik etmek icabeder. Bunlar iki kısma ayrılmaktadır. Bir kısmı kanuni bir borcun ifası zımında verilen ve diğeri hibe veya hediye suretiyle temlik olunan mallardır. Borçlar Kanununun 234 üncü maddesinin son fıkrasında yazılı olduğu üzere ahlâki bir vazifenin ifası hibe sayılmadığı gibi kanuni bir borcu ifa zımında verilen şeyler de hibe sayılmıyacağıının ve binaenaleyh bunda rücs bahis mevzuu olamıyacağıının kabulü zaruridir.

Ancak mezkûr kanunun 244 üncü maddesinde yazılı sebeplerden birinin tahakkuku halinde hibeden rücu olunabileceğinden hibe mahiyetinde olan hediyeerde de aynı hüküm cari olması iktiza eder. Gerçi Medeni Kanunun 609 uncu maddesinde mutad olan hediyeerinin iadeye tâbi olmadığı ve 507 nci maddesinin üçüncü fıkrasında âdet üzere verilen hediyeer tenkise tâbi bulunmadığı beyan olunmakta ise de mutad hediyeerinin iadeye tâbi olmaması mirasa mahsuben verilmiş olması ihtimali mevcut bulunmamasından ve tenkise tâbi olmayışı mal kaçırmak kasdi melhuz bulunmadığından ileri gelmektedir. Binaenaleyh illetleri tamamen ayrı olduğundan hediyeerden rücuu bunlara kıyas caiz değildir.»

Temyiz Mahkemesi evliliğın devamı sırasında yapılan masrafların ve verilen şeylerin geri alınması meselesinde tabii veya nakıs borçlar teori-

sine istinad etmekle hem ortaya kuvvetli bir esas koymakta ve hem de hâdiseyi kanunun tamamen ruhuna uygun bir surette halletmektedir. Filhakika Borçlar Kanununun hibeyi tarif eden 234 üncü maddesinin son fıkrasında da «ahlâki bir vazifenin ifası da hibe sayılma» yacağı tasrih edilmekle bu kanunun 62 nci maddesinde temas edilen tabii borçlar teorisi hibe de tatbik olunmaktadır. Binaenaleyh karı koca arasında verilen hediyelerde de tarafların mali ve içtimai durumuna ve mahalli örf ve âdetlere göre evliliğin tabii icaplarından sayılacak hediyelerin hibe hükmünden hariç tutulması kanunun ruhuna tamamen uymaktadır.

Yüksek mahkeme Medeni Kanunun 507 ve 609 uncu maddelerini tamamen ayrı bir illete müstenit görmekte ve hediye rücuun bunlara kıyası caiz olmadığını içtihat buyurmaktadır. Yüksek mahkemenin bu maddelerin illeti ve mucip sebebi olarak gösterdiği teoriyi çok kuvvetli görmekle beraber, bu maddelerin de tabii borçlar teorisiyle de izah edilebileceğini zannediyoruz. Filhakika ahlâk kaidelerinde örfün mühim bir hissesi olmasına göre mutad hediyeler de ahlâki bir vecibenin ifası sayılabilir.

Yalnız mahkemenin hükmünde ve Temyiz Mahkemesinin kararında bir nokta biraz karanlık kalmaktadır: Gerek Asliye Mahkemesi ve gerek Temyiz; eşya, ilbas ve iâşe masraflarıyla hediye olarak verilen hılliyyat arasında mutlak bir tefrik yapmakta ve ancak masraf kabilinden olan ve istihlâke maruz bulunan şeylerin yapılmasını ve verilmesini ahlâki bir borcun ifası saymakta ve hılliyyatı alelâde hibe sayarak rücu hükümlerine tâbi tutmaktadır. Biz Yüksek Mahkemenin koyduğu prensibin mutlak bu neticeye varacağını zannetmiyoruz. Bugün örfümüze ve aile ahlâkiyatımıza göre kocanın karısına; kendisinin ve allesinin mali ve içtimai durumuyla mütenasip menkul ve gayrimenkul hediyeler vermesi ahlâki bir vazifenin ifası sayılmak icabeder. Şu hale göre ister hılliyyat ve hattâ ister gayrimenkul olsun kendilerinden istihlâk edilmeksizin istifade edilen eşyanın iadesi meselesinde de tarafların mali ve içtimai durumları göz önünde tutularak müşterek hayatın örf ve icabı olarak verilmesi mutad hediyeleri ahlâki bir vazifenin ifası sayarak hibe ve iade hükmünden hariç bırakmak daha doğru olur zannediyoruz. Fakat tarafların mali ve içtimai durumlarına nazaran fevkalâde ve bir fedakârlık mahiyetinde sayılan hediyelerin hibe sayılması doğru ve haklıdır.

S. S. O.

II. — Temyiz Dördüncü Hukuk Dairesi 28/III/944 tarih ve 336/975 tarihli kararında Borçlar Kanununun 126 nci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı «erzak bedelinden» doğrudan doğruya müstehliklere verilen erzak bedeli maksut olup bu fıkradaki erzak bedelinin iâşe subaylarının zimmetlerine geçirdikleri iddia olunan erzak ve iâşe bedellerine şümulü bulunmamış ve bu gibi zimmet dâvaları Borçlar Kanununun 60 nci maddesinde yazılı müruru zaman hükümlerine tâbi bulunmuş) olduğunu tasrih buyurmuştur.

Mesele ilk bakışta basit görünmekle beraber dolayısıyla mühim bir prensipe de temas etmekte ve halleymiş bulunmaktadır: Bir subayın

zimmetine geçirdiği erzak bedelinin tâbi olacağı müruru zamanı 126 ncı maddede bahsedilen erzak alım ve satımı akdine tatbik edilecek kısa «istisnai bir akdi müruru zaman mahiyetine» olmadığı gayet tabiidir. Fakat subayın vazifesini sulistimal etmesinden doğan borcun mahiyeti ve tâbi olacağı müruru zaman nedir? Bu mesele memur veya subayla Devlet arasındaki hukuki rabitanın mahiyeti ile yakından alakalıdır. Eğer bu rabıtayı akdi mahiyette sayarsak yani memur veya subayla Devlet arasında bir akdin mevcudiyetini kabul edersek memurun vazifesini sulistimal etmesi bu akdin hükümlerini ihlâl mahiyetinde olacağı için bundan doğan borcun da akid müruru zamanına, yani on senelik müruru zamana tâbi olması icabeder.

Temyiz Mahkememiz, evvelce bu görüşü kabul buyurmakta ve Devlet tarafından memurlar aleyhine ikame edilen bu nevi dâvaları on senelik müruru zamana tâbi tutmakta idi. Halbuki memurla Devlet arasındaki rabitanın bir akid olmadığı, memurun bir şart - tasarrufla memur statüsüne girerek bu statünün vecibelerine tâbi olduğu ve salâhiyetlerinden istifade ettiği bugün idare hukukunun bir mütearifesidir. Şu halde memurun Devleti ızrar eden fiillerinin de birer haksız fiil sayılması zaruridir.

Son zamanlarda Temyiz Mahkemesi bu esası kabul buyurmuş ve memurlar aleyhine açılan bu nevi dâvaların bir senelik müruru zamana tâbi olacağını içtihat etmişti. Tahlil ettiğimiz bu karar da bu içtihadı tekrar ve teyid buyurmaktadır.

S. S. O.

III. — Temyiz Dördüncü Hukuk Dairesi 10. IV. 944 tarih ve 1146/1141 sayılı kararında zarar ve ziyan meselesinde illiyet rabıtası meselesine temas etmektedir. Hâdise, bir köy muhtarının askerlik mükellefiyetine tâbi olmayan bi kimseyi garaz ve husumet neticesinde askere sevk etmesinden ve bu kimsenin bu yüzden üç ay iş ve gücünden kalmasından husule gelmiştir. Temyiz Mahkemesinin içtihadına göre, «garaz ve husumetin sübutu halinde de askerlik şubesi cevabına göre dâvacının 914 doğumlu olduğu ve henüz askerlik sırasının gelmediği askerlik şubesinde de malûm bir keyfiyet olduğundan şubenin dâvacıyı hizmet ettirmeyip köyüne iade etmesi icabederdi. Binaenaleyh dâvacının üç ay askerlik yapması, askerlik şubesinin fiil ve muamelesinden neşet edip doğrudan doğruya müddei-aleyhin fiilinden ileri gelmemesine yani müddei-aleyhin fiili ile zarar arasında illiyet irtibatı mevcut bulunmadığına binaen müddei-aleyh ancak dâvacıyı askerlik şubesine sevk etmiş olduğundan dolayı mesul olabilip üç ay hizmet ederek iş ve gücünden kalması dolayısıyla doğan zararlardan mesul bulunmamış iken kantuni bu noktanın nazara» alınmaması bir nakız sebebidir.

I. — Medeni hukukumuzda zararın şumulü ve illiyetin Fransız Medeni hukukuna nazaran çok geniş olduğu malûmdur. Filhakika borçlar hukukumuzda zararın ve tazminin şumulünde tek illiyetin aranmadığı, araya başka illetler girse de bu illetlerin asıl fiil ile mürtebit bulunmasının asıl fialle mesuliyet tevcihi için kâfi olduğu tekmil müelliflerce ve İsviçre Federal Mahkemesince kabul edilmektedir. Hattâ bir kimsenin bir bacağı-

nin kırılmasına sebep olan failin mağdurun diğer bir hâdise neticesinde ve fakat birinci bacağıının sakat olmasından uğrıyabileceği zararları, ke-zalik bir yangına sebebiyet veren kimsenin bu yangının sebebiyet verebi-leceği şirketlerden husule gelecek zararları tazminle mükellef tutulacağını hemcn her müellif tarafından misal olarak zikredilmektedir. Hukukumuz illiyeti, yalnız aklen ve işlerin tabii cereyanına göre husule gelebilecek za-rarlarla tahdit eylemekte, birinci fiile inzımam eden zelzele, kaza vesaire gibi hâdisenin tabii seyrinden değil fevkalâde ve beklenilmeyen hallerden husule gelen zararları illiyet rabıtasının dışında görmektedir. Birinci hal-lerde yani ilk fiilden, velev ki başkalarının müdahalesi veya illetlerin araya girmesiyle olsun, aklen ve halin icaplarından doğabilecek netice-lerde tam illiyet rabıtası bulunmakta ve bunlar tazminin şumul sahasına girmektedir. İkinci hallerde yani meselâ, geciken bir trenin kazaya uğ-raması gibi hallerde ise tam illiyet rabıtası yoktur.

Askere sevkedilen bir kimsenin hakiki durumu anlaşılınca kadar işinden, gücünden kalması gayet tabii bir keyfiyettir. Filhakıka bir muh-tarın suiistimali neticesinde kendisine tevdi edilen bir kimsenin durumunu iyice tetkik etmek şubenin bir vazifesidir. Fakat bu işin biraz gecikmesi, muhtarın fiili ile bunun aklen ve işlerin tabii cereyanının neticesi olan iş-ten kalma keyfiyeti arasındaki tam illiyet rabıtasını katedemez. Olsa olsa muhtarın bu tehhüre sebebiyet verenlere rücu etmesi veya tehhürde mağdurun müterafik kusuru varsa bundan dolayı tazminatın tenkisi müm-kün olur. Binaenaleyh kanaatimizce muhtarın haksız fiili ile mağdurun işinden kalma suretiyle uğradığı zarar arasında tam bir illiyet rabıtası mevcut olduğundan bu noktaya matuf nakzı borçlar hukukumuzda uygun görmüyoruz.

2 — Tazminat derecesinin takdirinde failin kusurunun ağırlığının göz önünde bulundurulması da Borçlar Kanunumuzda tasrih edilmekte-dir. Hâdisede muhtar, garaz ve husumeti neticesinde yani kasten fiili işlediğine göre mağdurun zararlarının da geniş bir surette kendisine taz-min ettirilmesi hem adalet, hem ahlâk ve hem de Borçlar Kanunumuzun sarahati iktizasındandır. Bu bakımdan da bu içtihada iştirak etmiyoruz.

3 — Temyiz kararına göre muhtar «ancak dâvacıyı askerlik şubesine sevketmiş olduğundan dolayı mesul ola» bilecektir. Askerliğe sevkın neti-cesi adamın işinden gücünden kalmasıdır. Yoksa şubeye kadar götürül-mesi pek hafif bir zarar husule getirir. Eğer mağdur askere sevkedilmek dolayısıyla bir memuriyet veya hizmetten çıkarılmak gibi bir zarara uğ-ramamış ise muhtarın garaz ve husumetle, kasten işlediği haksız fiil ne-ticesiz kalmış olacaktır.

4 — Hâdisede askerlik şubesinin hükmi şahsiyeti yoktur. Binaenaleyh şubeye hukuki bir mesuliyet tevcih edilemez. Memurların da şahsi bir ku-surları olduğu anlaşılammıştır. Şu halde mesele, Devletin mesuliyeti me-selesi şeklini almaktadır. Yukarıda da arzedildiği gibi muhtarın sevket-tiği bir kimsenin durumunu incelemek ve ona göre nihai bir karar ver-mek idarenin vazifesi olduğundan birçok askerlik işleri arasında bu tet-kikatın da üç ayda bitirilememesinde belki idare mazur bulunduğuna göre bir hizmet kusuru da gbrülmüyebilir ve idareye de mesuliyet tevcih edi-

lemez. Neticede mağdur, muhtarın garaz ve husumeti neticesinde işinden kaldığı ve zarara uğradığı halde zararını ne kasdı olan muhtara ve ne de idareye tazmin ettiremeyecektir. Bu da her zararın mutlaka tazminini emreden medenî hukukumuzla idare hukukumuzun sarahatine uygun değildir.

5 — Muhtarda bir Devlet ajanı sıfatı da vardır. Askerlik muameleleri de muhtarın bir ajan sıfatıyla ve Devlete izafeten yaptığı idari muamelelerdendir ve hattâ eski klâsik tabiriyle bir hâkimiyet tasarrufudur. Şu halde bundan doğacak mesuliyet Devlete teveccüh etmez mi? Ve böyle bir âmme hizmetinin ifasından, hâkimiyet tasarrufundan doğan dâva Devlet Şûrasında açılmak lâzımgelmez mi?

Bu nokta da tetkike değer. Ancak hâdisede muhtarın garaz ve husumetinden bahsedildiğine göre bir hizmet kusuru değil şahsi bir fill ve kusur vardır. Bu bakımdan hâdisе tamamen medenî hukukun ve adliye mahkemesinin tatbik ve salâhiyet sahasına girer. Bu itibarla yüksek mahkememizin vazife hakkındaki zımnî görüşlerine tamamen iştirak ediyoruz.

S. S. O.

IV. — Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesinin 21/I/1944 tarih ve Esas 57, Karar: 134 sayılı kararı münasebetiyle tetkik edilecek iki mesele vardır:

1 — Belediye istimlâk kararından rücu edebilir mi?

2 — Belediyenin istimlâk kararından rücu edebilip edemeyeceği hususu adli mahkemelerce tetkik ve hükme bağlanabilir mi?

1 — İstimlâk, amme menfaati kaydıyla yapılan bir idari tasarruftur. Bir yerin istimlâki için ittihaz olunan idari karardan bilâhara dönmek, istimlâk muamelesinden vazgeçmek mümkündür.

3710 numaralı kanuna göre istimlâk kararı belediyeleri mutlak surette bağliyan bir karar değildir. Bedelin ödenmesi ile nihayet bulacak olan istimlâk muamelesinden vazgeçilebilir. Belediye istimlâk bedelini ödedikten sonradır ki, mülkü istimlâk edilen şahıs için bozulması caiz olmıyan bir hak tekevvün etmiş olur. Bu takdirde belediye mülkü iade ile paranın istirdadı salâhiyetini halz değildir; hattâ mülkün âmme menfaatına kullanılması imkânı kalmamış olsa dahi.

Netekim 3710 numaralı kanunun 22 nci maddesindeki: «İstimlâk olunan yerlerde yapılması mukarrer olan inşaat ve tesisattan belediye vazgeçer ve muameleyi iptal ederse veya istimlâk muamelesinin katileşmesinden itibaren üç sene içinde belediyece birinci maddede yazılı istimlâk lüzumunu icap ettiren herhangi bir tesisat yapılmıyarak istimlâk olunan yer olduğu gibi bırakılırsa, sahipleri istimlâk bedelini iade ederek o yeri geri alabilirler.» hükmü ile şahısların mülkiyet haklarının ancak âmme menfaatine dayanılarak ihlâl edilebileceği esastan doğan istimlâk hakkının belediyelerce kötü kullanılmasına meydan bırakılmamış aynı zamanda istimlâk muamelesinin katileşmesinden sonra muamelenin iptalinin mülkü istimlâk olunan şahsa bir borç yüklemeyeceği yani belediyede mülkün iadesiyle evvelce vermiş olduğu bedelin istirdadı salâhiyeti

bulunmadığı fakat buna mukabil umumî menfaat kaydı ortadan kalkınca mülk sahibinin bedeli red ile mülkünü geri alabileceği tespit olunmuştur.

Yine bu kanunun 23 üncü maddesine göre bir sene içinde istimlâk muamelesi ikmal ve bedel tevdi edilmediği takdirde mülk sahibinin takyit edilen hakları tamamen avdet edecektir. Bu hüküm kanaatimizce, mülküne belediyece el konmamış olduğu takdirde, mülk sahibine istimlâk bedelini talep etmek salâhiyetini vermez, ancak istimlâk bedelinin ödenmemiş olmasından dolayı tasarruf hakkının eskiden olduğu gibi devamını tazammun eder.

Bir bütçe içinde sarfiyat ve tediyatta bulunması kanunî bir zaruret olan belediyenin istimlâk edilecek yerler için bütçesinde tahsisat bulunması lâzımdır. Belediye mahkemenin hükmü ile, takdir ettiği istimlâk bedelinden fazlasını tediye etmek mevkiinde kaldığını gördüğü zaman istimlâk muamelesinden vazgeçebilir.

Kanunun 16 ncı maddesi mahkemeye müracaat edilen hallerde duruşmadan evvel istimlâk olunacak gayri menkullere hemen vaz'ı yed olunması belediyelerce zarurî görülürse, vaz'ı yed edilecek gayri menkulün takdir edilen kıymeti % 20 fazlasile milli bankalardan birine yatırılarak makbuzunun mahkemeye tevdi edileceğini âmirdir.

İstimlâk muamelesinin tekemmülü: a — Takdir edilen kıymete müddeti içinde itiraz edilmemesi halinde bedelin malike veya namına bir milli bankaya tevdi ile,

b — Kıymete itiraz ile mahkemeye müracaat edilmiş ise, takdir edilen bedelin % 20 fazlasile milli bankaya tevdi suretile mülke el koymakla olur.

Netekim yukarıda bahsettiğimiz 23 üncü maddenin son fıkrasında bir sene içinde istimlâk muamelesi ikmal ve parası tediye edilmezse gayri menkûl sahibinin mutlak tasarruf hakkının avdet edeceği gösterilmiştir.

Yukarıdanberi verilen izahların bizi götürdüğü netice şu oluyor ki, belediye bedeli tediye etmemiş buldukça istimlâk muamelesinden vazgeçebilir ve mülkünün istimlâkine karar verilmiş olan şahsın bedele itiraz ile açmış olduğu dâvanın bu hususta hiç, manî rolü yoktur.

İdari bir tasarrufta bulunmak salâhiyetini haiz olan makamın o kardan rücu etmesi mümkündür, elverir ki, alâkalı şahıs için tekemmül etmiş bir hak mevcut olmamış bulunsun.

Hâdisenin esasî itibariyle temyiz mahkemesinin verdiği karar kanaatlarımıza uygun değildir.

2 — İdari tasarruflar dolayısıyla çıkan ihtilâfların tetkik mercii, hilâfına kanunî sarahat olmadıkça, adli mahkemeler değil, idari mahkemelerdir.

Belediyelerce âmme menfaati kaydile bir istimlâk kararı alınması ve bilâhara bu karardan vazgeçilmesi idarî tasarruflardır. Bu tasarruflardan birincisi hakkında Devlet Şûrasının da tetkik salâhiyeti mevcut olmamakla beraber, ikincisi hakkında vukubulan müracaata göre bir hüküm vermek doğrudan doğruya Devlet Şûrasının salâhiyeti içindedir.

Adli mahkemelerin salâhiyeti kanunda gösterilen hususlarda dâvaları kabul etmek ve onlar hakkında karar vermektir ibarettir.

Halbuki Temyiz Mahkemesi belediyenin istimlâk kararından vazgeçmeğe salâhiyetli olmadığına karar vermiş bu suretle salâhiyetinin hududunu aşmıştır.

Bu cihetten de temyiz mahkemesi kararının kanunlar ve umumî hukuk prensiplerine uygun olmadığı kanaatindeyiz.

A. K. Y.

V. — Temyiz Mahkemesi dördüncü hukuk dairesi 20/3/1944 tarih ve Esas: 844, Karar: 876 sayılı kararında; vazifedar olmıyan mahkeme huzurunda yapılan ikrarın muteber olduğunu, dâvanın diğer bir mahkemede rüyet edilirken nazarı itibara alınması gerektiğini tespit etmektedir.

Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununda (mad. 236) dâva evrakında veya hâkim huzurunda iki taraftan birinin veya vekilinin sebkeden ikrarının muteber olduğu ve bundan ancak maddî bir hatadan neşet ettiği sabit olmadıkça rücu caiz olmıyacağı hükmü mevcuttur.

Kanunun bu hükmü umumî surette hâkim huzurunda vâki olan ikrarlar hakkında mı, yoksa dâvayı salâhiyettar olarak rüyet eden hâkim huzurunda vâki olan ikrarlar hakkında mı tatbik edileceği meselesi üzerinde durulacak bir noktadır.

Ord. Prof. Bay Mustafa Reşit Belgesay (Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu Şerhi, cilt 2, sahife 32): «evvelki bir dâvada vâki olan ikrar aynı taraflar arasında da olsa bir dâvada kat'i delil olamaz... diğer bir râvada vâki olan ikrarlar, mahkeme harici bir ikrar sayılarak takdiri bir delil olur.» Mutlak salâhiyetli olan mahkemede vukubulan ikrar adli ikrardır. (Hukuk ve Ceza Usulu Muhakemesinde deliller, 1940, sahife 130) demektedir.

Ord. Prof. Bay Vasfi Raşit Seviğ de (Yeni Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu sahife 179): «Rüyet edilen dâvadan gayri bir dâvada vâki ikrar rüyet edilen dâva için mahkeme haricinde bir ikrar addolunur.» demektedir. Bu hal sureti Vod Kantonu usul kanununa da uygun bulunmaktadır.

Temyiz Mahkemesinin muteber tanınmasını istediği ikrar görülmekte olan bir dâva zımında salâhiyettar olmıyan sulh hâkimi huzurunda vâki olmuş ve bilâhara dâva salâhiyetli asliye hâkimi huzurunda rüyet edilirken nazarı itibara alınmamış olan bir ikrardır.

Bizim burada temas etmek istediğimiz nokta da bir hâkim huzurunda vâki olan ikrarın bir başka dâva zımında dahi olsa diğer bir hâkim huzurunda nazarı itibara alınması lâzımgelip gelmediğidir.

İkrar, biri dâva evrakında veya mahkeme huzurunda, diğeri haricte ve bir tarafın sırf maddî vakıalara münhasır olmak üzere, hasmı tarafından ileri sürülen bir hususu tasdik etmek maksadile beyanda bulunmasıdır. Birinci şekilde kat'i delil, ikinci şekilde takdiri bir delildir.

Her türlü şüpheyi bertaraf edecek surette, samimiyetle vukubulmuş olması halinde bu beyan yapan şahsı ilzam eder. Bu sebepledir ki, kanun vazı, bir taraf hâkim huzurunda veya imzasile verdiği dâva evrakında hasmının ileri sürdüğü bir vakıayı tasdik mutazammın bir beyanda bulunmuş ise artık bu ikrarın sıhhat ve samimiyetinde tereddüt edilemeye-

ceği mefruz olduğundan bunu kanuni bir delil addetmiş ve ikrarda bulunan şahsın ikrarı ile ilzam edilmesi lüzumunu emretmiştir. Ancak maddi vakıalar üzerinde iki taraftan birinin iddiası diğer tarafın ikrarı ile husule gelen birlik tarafların iradesine tâbi hususlara müteallik bulunmuş olmalıdır.

Bir hâkim huzurunda veya dâva evrakında herhangi bir maddi vakıanın iddia veçhile doğruluğunu kabul ve tasdik etmek maksadile yapılan bir ikrarın, mahkeme haricinde olduğu gibi, latife ve nezaket eseri olabileceği farzedilemez; ikrarı yapan şahıs mahkemenin bu ikrarı göz önünde tutarak hüküm vereceğini bilmekte olduğuna göre ikrarın ciddiyetine hükmetmek lâzımgelir.

Hâkim huzurunda vaki olan ve kat'i delil addedilen adli ikrarda, diğerinden farklı olarak mukirri ilzam eden bir hususiyet görülmesinin sebebi budur. Ciddiyetle vukubulmuş bir beyandan rücu ancak hataya istinat etmek suretile mümkün olabilir.

Hâkim huzurunda vuku bulan ikrar, ciddiyetinden şüphe edilemeyecek bir hususiyet arzettiği için mukirri ilzam etmekte olduğuna göre bir mahkemede yapılmış olan ikrarın diğer bir mahkemede dahi kati bir delil olduğuna kani bulunuyoruz.

Nitekim, aynı maddedeki "mahkeme haricindeki ikrarı teyid edecek delâil ve emare mevcut ise hâkim buna binaen hüküm verebilir" hükmü, hariçte bir ikrarın vuku bulup bulmadığını, bulmuş ise, ciddiyet ve samimiyetle mi vukubulmuş olduğu hakkında iki tarafın gösterip dayanacağı delil ve emareleri hâkimin tartarak hüküm verebileceğini ifade eder. Şüphesiz haricen vukubulan ikrar takdiri bir delil değildir. Yani hâkim bu ikrarı muteber addetmiyebilir de; fakat muteber telâkki etmediği takdirde de makul mucip sebeplere dayanmak mevkiindedir.

Maddi bir vakiayı tasdikten ibaret olan ikrar, iddiasını ispat etmek mevkiinde bulunan tarafın gösterdiği bir delil değil, diğer tarafın hasmının iddiasını tasdik eden ve kendi aleyhine netice doğuracak olan bir beyandır. Bu beyan mahkeme haricinde vaki olmuş ise mutlaka nazarı itibara alınması lâzımgelmez. Fakat bundaki hususi mahiyet hâkim huzurunda vukubulan ikrarda yoktur. Binaenaleyh bir mahkeme huzurunda vaki olan ikrarın dâvayı gören hâkim huzurunda vukubulmamış olduğundan dolayı takdiri bir delil olması gerekmez. Hâkim huzurunda vukubulmuş olan ikrarın, vukubulduğu mahal itibarıyla kendisini teyid edecek delâil fe emarenin mevcudiyeti kaydından müstakil olarak vukuuna, ciddiyet ve samimiyetine inanılmak lâzımgelir.

A. K. Y.

VI. — Temyiz Mahkemesi dördüncü hukuk dairesinin 31/III/1944 tarih ve Esas: 40, Karar: 1014 sayılı kararına göre; ecnebi memlekette akdedilen mukavelelerde kabul edilen faiz miktarı Türkiyede faiz hakkındaki ahkâm ile tespit edilen azami miktarı mütecaviz ise fazla miktar hükmedilmemelidir. Ecnebi kanununun tatbiki hakkındaki kaide mutlak olmayıp umumî intizamı, adap ve ahlâkı ihlâl etmemek kayıtlarıyla mukay-

yettir; faiz hakkındaki hükümler âmme intizamı esasına dayanmaktadır. Bu gibi âmme intizamı kanunları hükümlerinin hususî mukavelelerle ihlâl edilemeyeceğine binaen faiz hakkında Türk kanunları ahkâmının tatbiki icabeder.

Dahili hukukta âmme intizamına, ahlâk ve âdaba aykırı mukaveleler muteber olmadığı gibi, Devletler Hususî Hukukunda da, hâdiseye tatbiki gereken ecnebi kanunun tatbiki âmme intizamına, umumi ahlâk ve âdaba aykırı olmamak lâzımgelir.

Umumi olarak hal sureti böyle olmakla beraber, âmme intizamının müdahalesi bir tek şekilde göz önünde tutulacak bir mesele değildir. Bir hakkın ihdası ile meydana gelmiş olan bir hakkın neticelerini istihsal bakımlarından âmme intizamının müdahalesi aynı mahiyet ve şekilde tecelli etmez.

Herhangi bir ecnebi kanunun salâhiyeti altında bulunan bir şahsın başka bir memlekette bu kanuna dayanarak ihdas etmek istediği bir hak veya hukukî vaziyet o memlekette âmme intizamına ahlâk ve âdaba aykırı olursa salâhiyettar ecnebi kanunun tatbikine müsaade edilemez: Millî kanununa göre yeğenile evlenmesi mümkün olan bir Almanın memleketimizde yeğenile evlenmek hususundaki talebi milli makamlarımız tarafından reddedilmek lâzımgelir; çünkü bunlar arasındaki karabet medeni kanununa göre evlenmeye mani sayılacak derecededir, doğrudan doğruya âmme intizamına taallük eder. Fakat salâhiyettar kanunun idaresi altında yeğenile evlenmiş olan bir Almanın evlilik bağından doğan bütün haklarını memleketimizde kullanmak hususunda adli makamlarımızdan yardım dilemesi halinde bu isteğinin yerine getirilmesi lâzımdır. Salâhiyettar kanunun idaresi altında iktisap edilmiş olan haklara hürmet edilmesi milletlerarası münasebetlerde emniyet ve istikrarı sağlar.

Ecnebi bir memlekette salâhiyettar kanuna dayanarak iktisap edilmiş hakların her memlekette hörmete şayan sayılması dahili hukukta kanunların makale şümulü olması kaidesinin dayandığı prensiplere dayanmaktadır.

Filhakika âmme intizamına aykırı olduğu takdirde müktesep haklara da bir dereceye kadar hürmet edilmemesi yine Devletler Hususî Hukuku esaslarından ise de bu hususta âmme intizamının, haklar ihdasında olduğundan daha çok dar bir sahada rol oynadığı hususunda pek çok müellifler birleşmiş bulunmaktadır. Bu hususta Niyobet'nin «Manuel de Droit International Privé» kitabında etraflı izahlar görülmektedir.

Bu umumi mülâhazalardan sonra meselemize dönelim:

Temyiz Mahkemesi kararındaki âmme intizamı kanunlarının hususî mukavele hükümlerile ihlâl edilemeyeceği hakkındaki fıkra hâdiseye temas eden bir mülâhazanın eseri gibi görülmemektedir. Bu gibi kanunların idaresi altında bulunarak yapılan mukavelelerin muteber olmayacağına şüphe yoktur. Ancak salâhiyettar kanunların idaresi altında ve hükümlerine aykırı olmayarak akdedilen mukavelenin, başka memlekette hükümlerini infaz ettirmek mevzuubahs olduğu vakit Temyiz Mahkemesinin ileri sürdüğü esas mutlak değildir.

Acaba ecnebi bir memlekette akdedilmiş bir mukavele ile kabul edilen faiz miktarı bu husustaki ahkâmımızın caiz gördüğünden fazla olursa bu âmme intizamına aykırı olur mu?

Birçok memleketlerde faizin azamî miktarı tespit edilmiş, bu miktardan fazlasının ödenmesi şartile yapılan mukavelelerde faiz şartının bu azamî miktar ile mukayyet olduğu tasrih edilmiş bulunmaktadır.

Salâhiyettar kanunun idaresi altında ve hükümlerine uygun olarak mukavele akdeden bir şahıs bu mukavele hükümlerine riayetsizlikten dolayı çıkacak ihtilâfın hangi memleket mahkemelerinde görüleceğini kaatiyetle kestiremez; hattâ ekseriyetle mukavelenin akdedildiği mahal tarafların ikametgâhının bulunduğu mahal olmakla, derpiş edilen kanunun tatbik edileceğinden emin bulunabilir. Âkidi, herhangi bir kanuni emri ihlâl etmek maksadile hareket etmediği halde, binnetice kötü niyetin cezası olan bir müeyyideye maruz kılmak da adalete aykırı olur.

Faiz hakkında her memlekette iktisadî şartlar göz önünde tutularak hüküm konmuştur; binâenaleyh faiz talebinde, mukavelenin faize taallük eden hükmünün mukaveleye tatbik edilecek kanuna uygun olması kâfidir. Mukavelenin mahiyetine göre tâbi olacağı kanun ne olursa olsun, faizin azamî haddi meselesinde hâkimin kanununun tatbik edilmesi lâzımgeldiği hakkındaki Savigny'nin fikri bir tarafa bırakılmıştır.

Armenjon: Başka bir memlekette akdedilen ve mahalli prensiplere göre makbul olan bir mukavele ile taahhüt ettirilen faiz miktarının âmme intizamının sahası haricinde görülmekte olduğunu yazmaktadır (Precis de Droit International Privé, cilt 2, No. 127).

Valery: Faiz tahdidatının ahlâkî değil iktisadî mülâhazalara müstenit bulunduğunu beyan ile, Fransada azamî haddi tespit edilmiş olan miktardan fazla faiz şartının, mukaveleye tatbik edilecek kanuna uygun olmak şartile, muteber olduğunu söylemektedir (Manuel de Droit International Privé 1914, No. 667).

Pillet: Fransada azamî miktarın fevkinde yapılan bir faiz taahhüdünün kabul edilemeyeceğini, fakat bunun ecnebi memlekette makbul bir surette taahhüt edilmiş olan fazla miktarda faizin talebine mâni olamayacağını yazmaktadır (Traité Pratique de Droit International Privé, cilt 1, sahife 123-124).

Despagnet: Fransada faize müteallik ahkâmın, Fransada akdedilen bütün mukaveleler için bir âmme intizamı kaldesi olduğunu fakat ecnebi memlekette mevzuata uygun olarak yapılan faiz taahhütlerinin Fransadaki haddi azamî ile mukayyet olmaksızın Fransa mahkemelerinde dâva açılarak talep edilebileceğini, hattâ faizin resûlmala zammının memnuiyeti hakkında da aynı hal suretinin tatbik edileceğini yazmaktadır (Precis de Droit International Privé, 1904. No. 308).

Oser, Bağlamlar Kanunu Şerhinde: «Faiz ödeme vazifesinin muhtevası, şumulü ve yapımı hakkında ana bağlamın hukuku tatbik olunur. Bilhassa faiz işlemesinin başlangıcı ve sonu ve faizin miktarı hakkında hal böyle olmak lâzımdır. Hele faiz tahditleri, mürekkep faizin yasaklığı ve azamî faizin tespiti meseleleri mahkeme yerinin hukukuna (Lex foriye) göre

değil bu meselelere tatbiki mümkün olan hukuka göre hallolunur» demektedir (Prof. Dr. Hüseyin Avni Göktürk tarafından tercüme 1935, sahife 109, No. 90).

Seine Inferieur Hukuk Mahkemesi 6 birincikânun 1929 tarihli kararında falzın azamî haddinin mukavelenin akdedildiği mahal kanunile tayin edileceği prensipini bilvesile zikretmiştir (Journal Clunet 931, sahife 1062-1063).

Gerek umumî surette müktesep hak hakkındaki nazariyeler gerek muhtelif müelliflerin faiz hakkında Devletler Hususî Hukuku prensiplerine uygun olan mülâhazaları karşısında Temyiz mahkemesinin noktai nazarına iştirak edememekteyiz.

A. K. Y.

VII. — Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesinin 23/9/1944 tarihli ve Esas: 2524, Karar 2627 sayılı kararı:

Dâva: Dört sene bilfiil öğretmenlik etmek ve daha evvel ayrıldığı takdirde üç maaş nisbetinde tazminat vermek kayıt ve şartıyla deniz gedikli erbaş okulu öğretmenliğine tayin edilmiş olan müddeialeyhin, okulun Mersine nakli üzerine vazifesine devam etmemek suretiyle taahhüdünü ihlâl etmiş olduğundan bahisle üç maaş tutarı olan 360 lira tazminatın kendisinden tahsiline karar verilmesi talebinden ibarettir. Müddeialeyh, Türkiyede ikinci bir deniz gedikli erbaş okulu olmadığına göre taahhütnamede tarafların Kasımpaşadaki okulu kasdettikleri âşikâr olduğunu ve taahhütnamenin okulun İstanbulda bulunduğu ve ikametgâhının da İstanbulda olduğu sırada tanzim edilmiş ve kendisi de İstanbulda vazifeye başlamış olduğunu ve borcun doğumu zamanında ve halen dahi İstanbulda ikamet etmekte olmasına göre kendisi için mahallî ifa İstanbul olmak lâzımgeleceğini ve mezkûr taahhütnamenin Mersine şümulü olmayacağını def'an dermeyan eylemiştir.

Asliye Mahkemesi «müberraiz taahhütnameye nazaran taahhüdün, okulun İstanbulda bulunması ile mukayyet olduğu hususunda bir gûna sarahati ihtiva etmemesine ve bilâkis taahhütnamenin, tayin olunduğu yere kadar harcirah istememek hususundaki kaydı ile de taahhüt mevzuunun İstanbula inhisar etmediği tezahür eylesine ve taahhütnamenin sarîh metnine göre okul her nerede olursa olsun vecibenin ifası lâzımgelmesine ve bu itibarla Borçlar Kanununun 73 üncü maddesinin 3 üncü bendinin hâdiseye şümulü görülmemesine ve müddeialeyhin, hizmeti kısmen ifa ettiğinden bahisle tazminat miktarının tenkisine matuf talebi, tarafların mesleğe ait hususî sebep ve mülâhazalarla, tayin edilen müddetin sonuna kadar ifayı vecibeye mecbur kalmasını teminen işbu miktar tazminatı tayin etmiş olmalarına nazaran varid olmadığı gibi tazminat miktarı da fahiş görülmemesine mebnî tazminat miktarının tenziline mütedair def'i de yerinde görülmemesine binaen müddeialeyhin bilcümle müdafaatının reddiyle bermucibi taahhüt 360 lira tazminatın dâva tarihinden itibaren % 5 faizi ile birlikte M. aleyhten tahsiliyle dâvacıya verilmesine» karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesi bu kararı iki sebepten nakzetmiştir.

1 — Bu sebeplerden biri hâdisede borcun mahalli ifası taraflarca zimnen İstanbul olarak tayin edilmiş olduğu ve tayin edilmemiş bile olsaydı Borçlar Kanununun 73 üncü maddesinin 3 üncü bendi hükümünce ifa mahalli yine İstanbul olmak lâzımgeldiği halde bunun aksine karar verilmiş olmasıdır. Temyiz Mahkemesi kararı aynen şöyledir:

«Her ne kadar taahhütnamede dâvalının öğretmenliğini taahhüt ettiği deniz gedikli erbaş okulunun İstanbul dışına çıkarıldığı takdirde taahhüdünün hükmü olamayacağı hakkında bir kayıt ve sarahat yoksa da; Borçlar Kanununun 73 üncü maddesi hükümlerine göre borcun ifa edilmesi lâzımgelen yer zimnen de tayin olunabilir. Taahhüdün vukubulduğu tarihte deniz erbaş okulu İstanbulda idi. Dâvalı bu okulda dört sene öğretmenlik etmeyi ve aksi takdirde tazminat vermeyi taahhüt etmiştir. Taahhüt zamanında okulun İstanbulda bulunması ile bu okulda çalışma borcunun yapılacağını taraflar zimnen kabul etmiş sayılacağı gibi adı geçen maddenin 3 üncü bendi mucibince bu misillü çalışma borçları hilâfına bir şart olmadıkça borcun doğduğu zamanda dâvalının oturduğu İstanbulda ifa edilmek lâzımgelir. Hilâfına bir şart yoktur. Yani okulun İstanbul dışına çıkarıldığı takdirde de öğretmenlik yapacağını dâvalı taahhüt etmemiştir. Binaenaleyh dâvalı taahhütten sonra okulun nakledildiği Mersinde çalışmaya icbar edilemez. Bu sebeple cezai şartla da mükellef tutulamaz. Bu nokta göz önünde tutulmuş olarak cezai şartın kendisinden tahsiline karar verilmesi yolsuzdur.»

Yüksek Mahkemein bu noktadan kararı nakz için dermeyan ettiği mucip sebeplerin isabeti aşıkârdır. Açık ve kanuna tamamen uygun olan bu sebeplere ilâve edecek bir cihet yoktur. Her ne kadar Asliye Mahkemesi kararında «taahhütnamenin sarîh metnine göre okul her nerede olursa olsun vecibenin ifası lâzımgelmesine ve bu itibarla Borçlar Kanununun 73 üncü maddesinin üçüncü bendinin hâdiseye şümulü görülmemesine» kayıt ve ibaresi mevcut ise de yüksek mahkemece tetkik edilmiş olması tabii olan taahhütnamede böyle bir kayıt ve sarahatin mevcut olmadığı Temyiz kararının mucip sebeplerinden anlaşılmaktadır.

2 — Asliye mahkemesi kararının Temyiz Mahkemesince bozulmasını mucip ikinci bir sebep te «mezkûr kararın kabulüne göre de dâvalının kısmen çalıştığı müddete düşen cezai şartın indirilmesi lâzımgelirken bu lüzuma da riayet olunmamasının kanuna muhalif» görülmüş olmasıdır. Yani yüksek mahkemeye göre Asliye Mahkemesinin kararı veçhile taahhüdün ihlâl edilmiş olduğu kabul edilmiş olsa bile müddeialeyhin kısmen çalışmış olması sebebiyle çalıştığı müddete düşen cezai şartın indirilmesi lâzımdır. Halbuki böyle bir lüzuma delil olacak kanuni bir hüküm yoktur. Bilâkis cezai şartın maksat ve gayesine nazaran borcun kısmen ifa edilmiş olması halinde de ceza yine tamamıyla tediye edilmek lâzımdır. Nettekim Borçlar Kanununun 158 inci maddesi de bu mütalâayı teyid edecek mahiyettedir. Diğer taraftan borç kısmen ifa edilmemiş olmakla da cezanın tâbi olduğu şart yine tahakkuk etmiştir. Borçlar Kanununun 161 inci maddesinin son bendi hükümünce hâkimin fahiş gördüğü cezaları tenkis mükellefiyeti tamamıyla ayrı bir meseledir. Müddeialeyhin kısmen çalışmış olması, cezanın indirilmesi için kanuni bir sebep teşkil etmediği gibi

bu tenzil için fikrimizce muhik diğer herhangi bir sebep de mevcut değildir. Hususan ki dâvalı çalıştığı müddet için meşrut olan ücretini de şüphesiz istifa etmiştir. Binaenaleyh müddelaleyhin taahhüdünü ihlâl eylediği kabul edilse bile çalıştığı müddet için birgûna tenzilât yapılmaksızın cezanın yine tamamıyla tedlyesine hükmedilmek bize daha doğru görünmektedir.

A. S. G.