

II

Mahkeme İctihatları

- A) Uyuşmazlık mahkemesi kararları; B) İdare mahkemeleri kararları;
C) Adalet mahkemeleri kararları.

C) ADALET MAHKEMELERİ KARARLARI

Ceza tatbikatında âmme vazifesi ve âmme hizmeti tefriki
ve avukatların durumu

YARGITAY HUSUSİ

DAİRESİ

Esas No.: 173

Karar No.: 116

Tebliğname: 7/15

4237 sayılı kanuna muhalefette bulunduğu iddiasıyla sanık İstanbul Belediyesi Elektrik, Tramvay ve Tünel İşletmeleri Müdürlüğü Hukuk İşleri eski Müdürü ve hâlen mezkûr umum müdürlük müşavir avukatı ve aynı zamanda serbest avukat Münib Hayri Ürgüblü'nün yapılan yargılanması sonunda: beraetine dair İstanbul İkinci Toplu Millî Korunma Mahkemesinden verilen 29/11/1946 tarihli ve 141/143 sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi o yer Millî Korunma savcısı yönünden istenilmesi üzerine mahallinden gönderilip C. Bassavcılığından tebliğname ile Daireye tevdi olunan dava evrakı okunup gereği düşünüldü ve aşağıda yazılı karar tesbit olundu:

4237 sayılı kanunun kimler hakkında uygulanacağı kanunun birinci maddesinde açıklanmıştır. Mezkûr kanun kendi tatbikatı bakımından kimleri şümulüne alacağını tayin ederken görülen vazife veya hizmetin âmme mahiyetini haiz olmasını kistas ittihaz etmiştir.

Âmme vazifesi devlet tarafından âmme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin, devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere taallük etmeyen ve bunlara fer'î olarak da bağlı bulunmayan faaliyetler âmme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Âmme vazifesi devletin nüvesini teşkil eder. En bariz vasfı zaruri oluşu yani devletin bu vazifeyi zaruri olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Âmme hizmetleri ise devlet tarafından ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasında alınan işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut olan zaruret vasfı yoktur. Devlet bunları cemiyetin refahı için kendi sahasına alır. Devletin faraza Eğitim, Sağlık, Ulaştırma ve Posta ve Telgraf bakımlarından sarfettiği faaliyetler âmme vazifesi zümresine dahildir. Devletin âmme hizmetlerine misal olarak yetimlere, fakirlere yardım için vücuda getirdiği teşkilât, resmi iş bulma teşkilâtı, tımarhaneler ve talebe yurtları gösterilebilir.

Şu kadar ki kanunun birinci maddesinde açıklandığı üzere kanun hükmüne tâbi olmak için ilgililerin bu vazife veya hizmetleri devlet müesseselerinde, devlet teşekküllerinde görmelerine lüzum yoktur.

Âmme vazifesine veya hizmetine taallük eden faaliyetler hususî teşekküller tarafından da devletin mürakabe ve nezareti altında görülebilir. Maarif Cemiyetinin memleketimizde kurduğu okullar maarif idaresinin mürakabesi altında âmme vazifesi gören müesseselerdir ki burada vazife alanlar kanun hükmüne tâbi olmak icap eder. Kezalik hastahane kurup işleten hususî teşebbüsler de âmme hizmeti gördükleri cihetle burada hizmet alanlar hakkında yine kanun hükümlerinin uygulanması lüzumunda tereddüt edilemez.

Bilirkişi ve tanık gibi hususî şahıslar da gördükleri vazifenin mahiyeti itibariyle kanun hükmüne tâbidirler. Çünkü bilirkişilik ve tanıklık âmme vazifesine taallük eden faaliyetlerdir.

Kanunun birinci maddesi tetkik edilince görülür ki madde âmme vazife veya hizmeti ister devlet teşekküllerinde, resmî müesseselerde ister hususî müesseselerde görülsün, ister bu kabil faaliyetler hususî şahıslar tarafından hiç bir müesseseye veya teşekküle dahil olmaksızın doğrudan doğruya sarfedilsin bütün alâkalıları sümüline almıştır.

Şu izahlara nazaran sanığın İstanbul Belediyesi Elektrik, Tramvay ve Tünel İşletmeleri Umum Müdürlüğü Hukuk İşleri Müdürlüğü zamanına ait faaliyetleriyle Umum Müdürlük müşavir avukatlığını yaptığı zamana ait faaliyetleri arasında 4237 sayılı kanun hükümlerine tâbi olmak bakımından mahiyeten bir fark mevcut olmadığı gibi serbest avukatlık sahasındaki faaliyeti de Avukatlık Kanununda tasrih edilen âmme hizmeti mahiyeti itibariyle evvelkilerle hiç bir fark arz etmemektedir.

Kanunun birinci maddesinin 2 No.lu bendi âmme hizmeti gören hususî şahısların hiç bir müesseseye veya teşekküle dahil olmaksızın sarfettikleri faaliyetlerden dolayı kanun hükümlerine tâbi olacakları hakkında hiç bir tereddüde mahal vermiyecek kat'î bir sarahatî haız bulunmaktadır.

Gerek resmî bir müessesenin hukuk işleri müdürü ve müşavir avukatı sıfatıyla gerek serbest avukat sıfatıyla sanık tarafından tanzim edilen beyannamenin ihtiva ettiği malûmatın hakikate uygun olup olmadığını etraflı bir surette meydana koyacak bir şekilde tahkikat yapılması ve tahkikat neticesinde toplanan deliller mahkemece sanığın savunmalarıyla bir arada münakaşa ve takdir edilerek hüküm tesisi gerektiği ve sanığın kendisinin mülkiyetinde bulunan gayrimenkulleri beyannamesinde gösterdiği mesru membalarla temin edip edemeyeceği bakımından bunların tapo kayıtlarında yazılı olan kıymetlerinden ziyade satın alındıkları tarihlerde ki bilirkişi tetkikatiyle taayyün edecek normal kıymetlerine istinat edilmesi icap edeceği ve normalin çok dúnunda bir ferağ bedelinin hakikate aykırılığında tereddüt edilemeyeceği ve mahkemece lüzum görülürse ferağ edenlerin ve mutavassıtların bu hususta da şahadetlerine müracaat olunabileceği ve beyannameyi hakikate uygun olup olmadığı baki-

mından esaslı bir tahkika tâbi tutmağa mahkemenin vazifeten mecbur olduğu gözetilmiyerek yerinde olmıyan mülâhazalara dayanılmak suretiyle ve sanığın serbest avukat sıfatıyla kanuna tâbi olmadığından ve bu sıfatla temin ettiği kazançlarını tesbite imkân bulunmadığından bahisle beraet kararı verilmesi yolsuz ve Milli Korunma Savcısının temyizi bu dairede yerinde olduğundan tebliğnamedeki mütalâasının reddiyle hükmün Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 321 inci maddesi uyarınca bozulmasına 4/3/1947 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay hususî dairesinin yukarıya aynen aldığımız kararı, 4237 sayılı olup kısaca beyanname kanunu diye adlandırdığımız «fevkalâde hallerde haksız olarak mal iktisap edenler hakkındaki kanun» un birinci maddesinin tatbiki vesilesile âmme hizmeti ve âmme vazifesi arasındaki farkları açıklaması bakımından çok önemlidir. Bu karar, kanunların, sevk ve vaz'ı maksadı, ruhu düşünülmezsizin, yalnız lâfızlarına bakılarak tefsir ve tatbik edilmesini isteyen görüşün bir ifadesi olmak bakımından da alâkamızı üzerine çekmektedir. Bu karar nihayet avukatlığı bir âmme hizmeti addetmesi ve her âmme hizmeti görenin kayıtsız şartsız beyanname kanununa tâbi tutulacağı tezini ileri sürmesi bakımından da üzerinde durulmağa lâyıktır.

Hâdiseyi hulâsa edelim: Bir avukattan 4237 sayılı kanuna göre bir beyanname istenmiştir. 11 Nisan 1941 tarihine kadar İstanbul belediyesi elektrik, tramvay ve tünel işletmeleri müdürlüğü hukuk işleri müdürü olan bu zat bu tarihtenberi serbest avukatlık yapmaktadır. Beyanname-de istenilen malûmat bildirilmiş ve fakat defter tutmakla mükellef olmadığı serbest avukatlığı esnasındaki kazancın kesin olarak tayinine imkân olmadığı cevabı verilmiştir.

Esas mahkemesi olan İstanbul ikinci toplu Milli Korunma mahkemesi, avukatların 4237 sayılı kanun şümulüne girip girmediğini münakaşa etmeden sanığın bu kanunun birinci maddesinin tarif ve şümulüne dâhil kimselerden olduğunu farz ve kabul etmiş, fakat sanığın yaşayış tarzı ile mal durumunun beyannamesinde bildirdiği meşru kazanç menbaları ile temini mümkün olup olmadığı üzerinde uzun uzadıya durmuştur. Mahkeme gelir ile yaşayış tarzı veya mal durumu arasında bir mukayese yaparak nisbetsizlik olduğuna karar vermek için, gelirin belli olması lâzım geldiği ve sanığın malları kendi serbest mesaisi ile ve tesbit edilemiyen geliri ile iktisap etmiş olduğu yolundaki müdafaasının hilâfını bir veçhile ispata imkân olmadığı sebeplerine dayanarak meşru kazanç menbaları dışında mal iktisap etmek fiilinin münakaşa edilemeyeceğini, muayyen maaşından başka gayrimuayyen ve gayrikabili tesbit gelir menbaı sahibi bulunduğu takdirde, memur bütün kanunî vasıfları câmi de olsa,

müktesibatının gayrimeşru olduğu iddia edilemeyeceği ve böylece 4237 sayılı kanunun uygulanamayacağı neticesine varmış ve beraet kararı vermiştir.

Yargıtay hususî ceza dairesi ise yukarıya naklettiğimiz kararla, serbest avukatların da âmme hizmeti gördüğünden bahisle sanığın beyanname kanununa tâbi olmadığı yolundaki itirazları reddetmiş ve verilmiş olan beyannamenin ihtiva ettiği malûmatın hakikata uygun olup olmadığının tetkiki lüzumuna işaretle beraet hükmünü bozmuştur.

Karşımıza çıkan müşahhas mesele şudur: Serbest avukatlar beyanname kanununa tâbi midir?

Kanaatimizce bu meseleyi halletmek için daha önce şu iki mücerred sualin cevaplandırılması lâzım gelmektedir:

1) Beyanname kanununa kimler tâbidir? 2) Beyanname kanunu ne gibi hallerde ve ne gibi şartlarla tatbik olunur?

I — Beyanname kanununa kimler tâbidir?

A. *Kanunî metinler* — 4237 sayılı kanunun birinci maddesi şöyledir: «Aşağıda yazılı olanlardan fevkalâde hallerde haksız olarak mal iktisap edenler hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur:

I — Devamlı veya muvakkat surette bir âmme vazifesi veya hizmeti gören devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur ve müstahdemleri,

II — Devamlı veya muvakkat surette, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî olarak bir âmme vazifesi veya hizmeti gören diğer kimseler,

III — 3659 sayılı kanunun mevzuuna giren müesseselerde hizmet edenler,

IV — Âmme menfaatlerine hâdim cemiyetlerin idare uzuvlarıyla ücretli veya ücretsiz memur veya müstahdemleri,

2556 sayılı hâkimler kanununu tahkik ve takibe dair olan altıncı babı hükümleri mahfuz kalmak şartıyla hâkim ve müddeiumumilerle hâkim sınıfından sayılanlar da bu kanun hükmüne tâbidirler.»

Bu maddeyi Ceza Kanununun 279 uncu maddesile mukayese etmek çok faydalı olacaktır. Bu maddenin metnini de nakledeyim:

«Ceza Kanununun tatbikatında:

1 — Devamlı veya muvakkat surette teşriî, idarî veya adli bir âmme vazifesi gören devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur, müstahdemleri,

2 — Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya

mecburî olarak teşriî, idarî veya adlî bir âmme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanununun tatbikatında âmme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

1 — Devamlı veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören devlet veya diğer âmme müessesesinin memur ve müstahdemleri,

2 — Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî bir âmme hizmeti gören diğer kimselerdir.»

B. *Ceza Kanununun tatbikatında memur ile âmme hizmeti gören kimse tefriki* — Görülüyor ki Ceza Kanunumuzun 279 uncu maddesinde iki grup kimselerin tarifi yapılmaktadır. Birinci fıkra Ceza Kanununun tatbikatında kimlerin memur sayılacağını göstermektedir. İkinci fıkrada ise Ceza Kanununun tatbikatında kimlerin âmme hizmeti görmekle mükellef kimse sayılacağı tarif edilmiştir. Birinciler için kıstas âmme vazifesi, ikinciler için âmme hizmetidir. Bu iki hüküm müstesna, birinci ve ikinci fıkraların hemen hemen aynı şekilde yazılmış olması göstermektedir ki ikinci fıkra birinci fıkradaki âmme vazifesi tâbirinin izahı maksadile sevkedilmemiştir. Zaten âmme vazifesi denilmeyip âmme hizmeti denilmiş olması da bunu teyid eder. Ceza Kanunumuz bazı maddelerde yalnız memurlardan, bazı maddelerde yalnız âmme hizmeti görmekle mükellef kimselerden bazı maddelerde de her ikisinden birlikte bahsetmiştir. Meselâ Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümlerde yalnız memur denildiği (CK 202, 206, 208, 209, 210) halde meselâ 483 üncü maddede yalnız hidematı âmmeden biri ile muvazzaf bulunan şahıslardan bahsedilmiş, 138 inci maddede ise (memur veya âmme hizmetini ifa ile mükellef olan kimse) denilmiştir. Bu da gösteriyor ki kanun koyucu memur ile âmme hizmeti göre kimseyi ayrı ayrı şahıslar olarak almakta ve âmme hizmeti görenler demediği, sadece memurdan bahsettiği yerlerde 279 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı olduğu üzere yalnız âmme vazifesi gören kimseleri kasdetmektedir. Kanun koyucu bu sistemi 1936 tadilile kabul etmiş bulunmaktadır. Eskiden kanunumuzda yalnız memur tâbiri vardı. 279 uncu maddenin tadilden önceki şekline göre de «Devletin ve vilâyet ve nahiye ve karyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette, maaşlı veya maaşsız, daimî veya muvakkat vazife görenler» memur sayılmakta idiler. Ceza Kanununun 3038 sayılı kanunla bir çok maddeleri değiştirildi. Memurdan başka âmme hizmeti gören kimseler tâbirini de ihtiva eden maddeler bu tadil esnasında kabul olunmuştur. Adalet komisyonunun gerekçesinde denildiği gibi, «Ceza Kanununun kimlerin memur sayılacağını gösteren 279 uncu maddesi, bilhassa bu lâyiha ile teklif olunan ta-

dillerden sonra, maksadı ifadeye kâfi gelmemektedir. Esasen bu noksan dolayısıyla mer'î kanunun 211 inci maddesinde 279 uncu maddedeki tarif dışında kalan bazı kimselerin de memur gibi rüşvet suçunu işleyebilecekleri kabul olunmuştur. Devletin emniyeti aleyhinde cürümler bahsinde yapılması teklif olunan tadiller dolayısıyla de memur hakkındaki tarifi daha geniş tutulması lüzumuna kani olan ve tadili teklif olunan maddelerin bazılarında memurdan başka, âmme hizmeti görmekle muvazaf kimselerden bahsedilmekte ve bunların da memur sayılacağı beyan edilmekte olduğunu gözönünde tutan encümenimiz 279 uncu maddenin de tadilini teklif etmeğe karar vermiştir». Görülüyor ki kanun koyucu âmme vazifesi gören memuru tarif ile iktifa etmemiş, kanuna giren (âmme hizmeti görmekle mükellef kimse) mefhumunu da tarif etmek zarureti duymuştur. Gerekçede «bunların da memur sayılacağı» sözleri varsa da, kanaatimizce bu kelimeler kanun koyucunun hakikî maksadını ifade etmemektedir. Eğer bunların da ceza tatbikatında memur sayılması istense idi ayrıca bir âmme hizmeti gören kimse tâbiri kabul olunmaz, 279 uncu maddede âmme hizmeti gören kimseler, ayrıca tarif edilmez, memurlar ve müstahdemler Ceza Kanununun tatbikatı bakımından âmme vazifesi gören memur ve müstahdemler, âmme hizmeti gören memur ve müstahdemler diye ikiye ayrılmazdı.

Kanun 1936 tadilinden sonra memurları ikiye ayırmıştır. Âmme vazifesi gören memurlar ceza tatbikatında memur sayılmıştır. Âmme hizmeti gören memurlar ceza tatbikatında âmme hizmeti görmekle mükellef kimse sayılmıştır. Memur statüsüne tâbi olmıyan müstahdemler veya sair kimseler de herhangi bir âmme vazifesini görmek şartile ceza tatbikatında memur sayılmıştır. Keza memur statüsü haricinde kalan müstahdemler veya sair kimseler bir âmme hizmeti gördükleri takdirde ceza tatbikatında âmme hizmeti gören kimse addolunmuşlardır. Kısaca âmme vazifesi gören herkes ceza tatbikatında (memur) sayılmaktadır, âmme hizmeti gören herkes de keza ceza tatbikatında (âmme hizmeti gören kimse) addolunmaktadır.

279 uncu maddenin bu şekilde anlaşılışı tatbikatta bazı güçlükler sebep olacak ve bazı kimselerin cezasız kalmasına yol açacaktır. Âmme vazifesi ile âmme hizmetini birbirinden ayıracak kıstas ne olursa olsun bir kısım memurların yalnız âmme hizmetini gördüğünü binaenaleyh ceza tatbikatında memur olmadığını kabul etmek zarureti hasıl olacaktır. Devlet idaresi aleyhinde işlenen zimmet, ihtilâs, irtikâp gibi suçlarda yalnız memurdan bahsolunduğu için bu kimselerin bu suçlardan dolayı cezalandırılmaları mümkün olmayacaktır. Buna sebep kanaatimizce 1936 tadilinde 279 uncu madde ile birlikte memurdan bahseden diğer maddeler-

rin de tadil edilmemiş olmasıdır. Kanun koyucu yeni bir sistem kabul ettiğine ve evvelce yalnız memurları hesaba katarken şimdi buna bir de âmme hizmeti görenleri ilâve ettiğine göre, evvelce yalnız memurlardan bahseden maddeleri birer birer tetkik etmiş olsa gerektir. Âmme hizmetini gören kimselerin de bu suçları işlemesi halinde ceza verilmesini uygun görse idi her alâkalı maddede 138 inci maddede olduğu gibi (memur veya âmme hizmetini gören kimse) tâbirini kullanırdı. Maddelerde bu şekilde bir tadilat yapılmadığından kanun koyucunun böyle bir tadili istemediği, yani âmme vazifesi değil, âmme hizmeti gören memurun zimmet, irtikâp, ihtilâs suçlarını işliyemeyeceklerini kabul ettiği neticesine varmak zaruridir. Netekim âmme hizmeti gören bir çok âmme müesseseleri memurlarının da Ceza Kanununun tatbikatında memur sayılmayacağını düşünen kanun koyucu bunların memur gibi cezalandırılmaları gereken halleri ayrıca göstermiştir. Devlet Denizyolları teşkilât ve memurları hakkındaki 3633 sayılı kanunun on birinci, Devlet Demiryolları ve limanları idare-i umumiyesi teşkilât ve vazifeleri hakkındaki 1042 sayılı kanunun altıncı maddesi, iktisadî Devlet teşekküllerinin teşkilâtı hakkındaki 3460 sayılı kanunun 43 üncü maddesi bir misal olarak gösterilebilir. Kanun koyucunun böyle düşünmediğini, bu yolda bir tetkiki ihmal ettiğini kabul etsek bile Ceza Kanunlarının kıyas yolile geniş bir surette tefsirine imkân olmadığı için kanunun ceza tatbikatında memur tarifindeki sarahat ve âmme hizmeti gören memurla âmme vazifesi gören memur arasındaki açık tefriki karşısında bu kimselerin cezasız kalmalarına katlanmaktan ve eğer icap ediyorsa - biz bunda tereddüt etmiyoruz - kanunu derhal değiştirmekten başka bir çare olmadığı kanaatindeyiz.

279 uncu maddenin bu şekilde anlaşılmasının faydaları da yok değildir. Bir kere bütün memurların Ceza Kanunu tatbikatında da memur sayılması çok mahzurludur. Memur sıfatının bir çok suçlarda unsur olması veya ağırlatıcı sebep addedilmesinin dayandığı mülâhazalar gözönünde tutulursa en basit bir âmme hizmetini gören bir müstahdeme karşı işlenen suçların cezalarını ağırlatmanın veya bu kimsenin idare aleyhine işleyebileceği suçları daha ağır cezalarla cezalandırmanın kastedilmediği görülür. Bu gibi kimselerin gördükleri hizmet dolayısıyla oynadıkları rol, haiz buldukları hak ve salâhiyetin hududu, bunlar tarafından veya bunlar aleyhine suç işlenmesi hallerinde cezanın arttırılmasını icap ettirecek ehemmiyette değildir. Diğer taraftan maddenin bu şekilde anlaşılması 1255 sayılı tefsir kararının da mahzurlarını önlemektedir. Ceza tatbikatında memur olanların ceza takibatında da memur sayılacaklarına dair olan bu tefsir kararı, âmme hizmeti ile âmme vazifesi arasında tefrik yapılmadığı müddetçe en basit âmme hizmetini gören kimseleri bile me-

murin muhakemat kanununa tâbi tutmaktadır. Halbuki Ceza Kanununun 279 uncu maddesine göre ancak birinci fıkranın 1 ve 2 nci bendlerinde yazılan kimseler ceza tatbikatında memur addedilirse ancak bu kimselerin Memurin Muhakemat kanununa tâbi olacağı neticesine varılır ve âmme hizmeti gören memurların Memurin Muhakemat kanununa tâbi olmaları önlenir. Bu tefsir kararından, kanaatimizce, bütün âmme hizmeti görenlerin ceza tatbikatında memur sayılacağı mânası çıkarılamaz. Olsa olsa kır ve mahalle bekçilerinin polis ve jandarma gibi âmme vazifesi gördüğü, bunların yaptıkları işin âmme vazifesi olup âmme hizmeti olmadığı neticesine varılır.

C. *Âmme hizmetinin âmme vazifesinden ayrılması* — 4237 sayılı kanunun birinci maddesi tetkik edilirse görülür ki 279 uncu maddenin her iki fıkrasında yazılı kimseler de yani Ceza Kanununun tatbikatında memur sayılanlar ve âmme hizmeti gören kimseler de beyanname kanununa tâbi tutulmuşlardır. Eğer avukatlığın âmme hizmeti olduğu kabul edilseydi âmme vazifesi ile âmme hizmeti arasındaki farkı belirtecek kıstası aramak mevzuumuz dışında kalırdı. Fakat serbest avukatlığın âmme hizmeti olup olmadığını tayin için âmme hizmetinin ne olduğunu görmek, onu bir taraftan âmme vazifesinden diğer taraftan serbest ve hususî faaliyetten ayıran vasıflarını bilmek lâzım gelmektedir.

Ceza Kanunu âmme hizmeti ve âmme vazifesi tâbirlerini tarif etmemiştir. Bu tarif doktrine ve mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır. Bizde hemen umumiyetle kabul olunduğuna göre, âmme hizmeti ile âmme vazifesi arasında fark yoktur. Bu fikirde olanlar ya bu mesele üzerinde durmadan böylece kabul etmekte, yahut da adalet komisyonunun yukarıda işaret ettiğimiz tadil gerekçesindeki «bunların da memur sayılacağı» sözlerine istinat eylemekte ve âmme hizmetini tayin hususunda müelliflerin uyuşamadıklarına işaret etmektedirler. Sayın meslektaşımız Doçent Dönmezer [1] ve aziz dostumuz Ankara savcı yardımcılarında Dr. Cemil Bengü [2] âmme hizmeti ile âmme vazifesini müteradif kelimeler saymaktadırlar. Mahkemelerimiz de âmme hizmeti ile âmme vazifesini müteradif imiş gibi kullanmak ve âmme hizmeti gören memurları da âmme vazifesi gören memurlarla bir tutmaktadırlar. Meselâ gardiyanlar âmme hizmeti gördüğünden memur sayılır denilmiştir [3], keza haklarında Ba-

[1] DÖNMEZER: *Memurin Muhakematı Kanunu bakımından memur* (Mahkeme içtihatları kroniği), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1944, sayı 3 - 4, s. 822.

[2] BENGÜ: *Ceza tatbikatında memur*, Siyasal İlimler Mecmuası, 1944, sayı 158, s. 119.

[3] Yt 4. CD: 12/9/1939, 8287 - 1660 (Köseoğlu: *Hasıyeli Ceza Kanunu*, m. 279).

rem tatbik edilmeyen ölçme memurları, «gördükleri işin âmme hizmeti olduğu şüphe götürmez bir hakıktır» denilerek memur sayılmıştır [4]. Bu takdirde Devletin, belediyelerin, diğer âmme müesseselerinin bütün memur ve müstahdemlerinin bu arada tramvay biletçisinin [5] ceza tatbikatında memur sayılması icap etmektedir ki işin bu kadar genişlemesine müsamaha edemeyen Yargıtay son zamanlarda bazı istisnalar yapmak zaruretini duymuş, meselâ belediyenin ticaret kasdile işlettiği otobüslerde çalışanların [6], odacı, kaloriferci, arabacı gibi müstahdemlerin [7] ceza tatbikatında memur sayılmıyacağına karar vermiştir. Yargıtay bu son kararını bu kimselerin âmme hizmetleri görmedikleri noktasına istinat ettirmiştir. Yargıtay diğer bir kararında da «230 uncu maddede hükmü Devlet hizmetlerini gören memurlar hakkında kabili tatbiktir» demek suretile [8] memur kelimesini dar bir mânaya almak yolunu tercih etmiş, bu suretle kanunun kabul ettiği «âmme vazifesini gören memur, müstahdem ve sair kimse» kıstasını «Devlet hizmeti gören memur» şeklinde ifade etmiştir. Fakat bu şekil her Devlet hizmetini âmme vazifesi saymak neticesine vardığı ve memurdan başka kimselerin ceza tatbikatında memur sayılmasına mâni olduğu için Devlet memurlarından âmme hizmeti görenleri ceza tatbikatında memur değil, âmme hizmeti gören kimse sayan ve memurdan başka kimselerin de ceza tatbikatında memur sayılacağını kabul eden kanuna uygun değildir. Danıştay da, 1255 sayılı tefsir kararından sonra verdiği bir kararla, Devlet daireleri odacılarının Ceza Kanununa göre memur olmadığını ve bu itibarla Memurin Muhakemat kanununa tâbi bulunmadığını söylemiştir [9]. Danıştay bu kararında şöyle demektedir: «Kanun ve nizamları tatbik ve onların hüsnü tatbikına nezaret etmek ve âmme nizam ve intizamının temin ve icrası ile alâkadar olmak ve heyeti içtimaiye veya heyeti içtimaiyenin menfaati namına hizmet ifa etmek ve icra kuvvetinin mümessili olmak gibi bir âmme hizmet ve vazifesini görmeyen ve binaenaleyh ne otorite ve ne de temşiyet memurlarından olmıyan odacılar, Ceza Kanununun 279 uncu maddesinde tayin ve tarif edilen memur ve müstahdemlerden sayılmıyacağı gibi memurin kanununun tarif ettiği memur ve müstahdemler meyanına da giremeyeceğinden bunlar hakkında Memurin muha-

[4] Yt. 4. CD: 23/6/1945, 6655 - 6631.

[5] YtCG: 3/4/1944, 87 - 78 (Yargıtay kararları 1944, s. 70).

[6] TtCGk: 26/1/1942, 19 - 17, (Yargıtay kararları 1941 - 42, s. 128).

[7] Yt. 4. CD: 19/1/1945, 836 - 522, (Yargıtay kararları 1945, s. 79).

[8] YtCGk: 7/4/1941, 79 - 67.

[9] Dt 1. D: 10/1/1941, 3092 - 2900 (Bora: *Hâşiyeli Ceza Kanunu*, m. 279).

kematı kanunu hükümlerine tevfi kan takibat icrası kanunî esasa uygun olmadığından ve bu hususta tefsir ve içtihad a müstenit hukukî mesnetler de bulunmadığından maznun hakkındaki takibatın umumî hükümlere göre icrası icap eder». Görülüyor ki, âmme hizmeti görenlerin de Ceza Kanununca memur sayılacağı fikrinden hareket eden Danıştay, odacıların âmme hizmeti görmedikleri noktasına istinad etmiş ve âmme vazifesi ile âmme hizmetini açıkça ayırmamakla beraber, birincisi için otorite memuru, ikincisi için de temsilyet memuru demek suretile zımnen bir tefrik yapmış ve kıstaslarını koymuştur.

Ceza hukukunun âmme hizmeti ile âmme vazifesini birbirinden ayırdığına işaret edenler de olmuştur. Fakat Ragıp Ögel'in yaptığı gibi [10] zimmet maddesinde yalnız memur denildiği halde bu suçun hem âmme vazifesini ifa eden hem de âmme hizmeti gören memur, müstahdem veya sair kimseler tarafından irtikâp olunabileceğinin kabulü, bu tefriki faydasız hale getirmektedir. Bu tefriki kabul eden asistan Sahir Erman arkadaşımızın «ceza tatbikat ve takibatında memur» adlı henüz neşredilmemiş değerli bir etüdünde yaptığı gibi, memur denildiği yerde âmme vazifesini görenleri anlamalı ve yalnız memurdan bahseden maddelerin noksan olduğunu ve âmme hizmeti gören kimselerin de ilâvesi suretile değiştirilmesi lüzumuna işaret edilmelidir ki Ceza Kanununun yaptığı bu tefrikin ameli bir fayda ve neticesi olsun.

Ceza Kanununun âmme hizmeti ve âmme vazifesi tefriki, kanaatımızca, o kadar açıktır ki bu iki kelimenin müteradif olduğu fikir ve tatbikatının kanuna aykırı olduğu noktası üzerinde uzun uzadıya durmağa lüzum görmüyoruz. Yargıtayın ve Danıştayın bazı memur ve müstahdemleri istisna etmek isteyen içtihatları, Doçent Dr. Dönmezer'in müteradif addettiği âmme hizmet veya vazifesini tefrik için âmme kudretinin istimali kıstasını kabul etmesi ve çöpçüleri, tramvay vatman ve biletçilerini ceza tatbikatında memur saymak istemeyişi de [11] göstermektedir ki bu iki mefhum birbirinden farklıdır ve âmme hizmetini âmme vazifesi seviyesine kadar çıkarmaktansa bu gibi mütevazı memur ve müstahdemlerin seviyesine indirmek, meselâ âmme kudretini istimal etmeyen memur ve müstahdemlerin yaptıkları işlere hasretmek gibi herhangi bir kıstas bulmak daha doğru olacaktır.

Âmme hizmeti ile âmme vazifesini tefrik edecek kıstası bulmak, itiraf edelim ki çok çetindir. İdare hukukçuları daha ziyade âmme hizme-

[10] ÖGEL: *Ceza kanununa göre memur, zimmet, irtikâp*, Adliye Ceridesi 1941, s. 472, 916.

DÖNMEZER: *s. g. e.*, s. 824.

[11]

tini, âmme hizmeti sayılmıyan hizmet ve faaliyetlerden tefrika çalışmışlar, 279 uncu maddemizin bugünkü şeklinin mehazi olan yeni İtalyan kanununun memurlar hakkındaki 357 ve âmme hizmetini gören kimseler hakkındaki 358 inci maddeleri dolayısıyla de İtalyan cezacıları ve mahkemeleri âmme hizmeti ile âmme vazifesini ayıracak kıstas aramışlardır. Fakat denilebilir ki bilhassa ikinci noktada herkesi tatmin edecek bir kıstas bulunmuş değildir.

Mevzuumuzu dağıtmamak için bu noktalarda tafsilâta girmeyeceğiz. Kısaca arz edelim ki: a) Umumiyetle kabul olunan esasa göre Devletin gayeleri esaslı olan ve olmıyan diye ikiye ayrılmakta, esaslı mahiyette gayelerin elde olunmasına matuf faaliyetlere âmme vazifesi, diğerlerine de âmme hizmeti denilmektedir. Âmme vazifesinin Devlet tarafından yapılması zaruridir. Halbuki âmme hizmeti fertlere de bırakılabilir. Tahlil etmekte olduğumuz karardan anlaşıldığına göre Yargıtayı hususî ceza dairesi de bu kanaattedir. Devlet tarafından âmme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlere âmme vazifesi denilmiş, devletin devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere taallük etmeyen ve bunlara fer' olarak da bağlı bulunmıyan faaliyetler âmme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Devlet âmme hizmetlerini kendi faaliyet sahasına ihtiyarî olarak almaktadır. Bunlar da, öbürlerinde mevcut olan zaruret vasfı yoktur, b) Bazıları da âmme kudretinin müdahale etmiş olup olmadığına bakarlar. Âmme kudretinin müdahalesiyle yapılan hâkimiyet tasarrufları âmme vazifesidir, Hususî şahıslar tarafından da yapılabilen ve âmme kudretinin müdahalesini gerektirmiyen temşiyet tasarrufları da âmme hizmetine tekabül eder. Âmme kudreti kıstasını kabul edenlerden bazıları bunu devletin üstün idaresi şeklinde ifade eder ve ferdi iradesile devletin üstün yani emir ve zecr kudretile mücehhez iradesinin teşekkülüne iştirak eden kimsenin âmme vazifesini gördüğünü söylerler. Keza yine âmme kudreti kıstasını kabul edenlerden bazıları bunu, icrai karar alma veya icrai karar alacak makam veya memura gereken hukukî malzemeyi ihzar şeklinde anlatırlar, yine âmme kudreti kıstasının, hukukî tasarruf veya fiilde bulunabilme veya bu hususa âmme hukuku usulüne uygun bir surette iştirak veya yardım etme şeklinde ifade edildiği de vardır. c) Nihayet bazıları da direktif ve takdir salâhiyetini haiz memurların faaliyetine âmme vazifesi, bu salâhiyeti haiz olmıyanlarınkine de âmme hizmeti adını verirler. Âmme vazifesini az çok fikrî bir faaliyet, âmme hizmetini ise bedenî ve mekanik bir faaliyet olarak görenler de vardır.

Tekrar edelim, âmme vazifesi ile âmme hizmetini tefrik için kabul olunacak kıstas ne olursa olsun, herhalde cüz'î de olsa, bir kısım memur

ve müstahdemler ve âmme hizmeti yapan sair kimseler Ceza Kanunu bakımından memur tarifi haricinde kalacaklardır. Ceza Kanunu memur ile âmme hizmeti gören kimse arasında bir tefrik yaptığına göre bu netice zaruridir,

Ç. *Âmme hizmetinin hususî faaliyetten ayrılması.* — Âmme hizmetlerini ferdî ve hususî faaliyetlerden ayırmak için ileri sürülen kıstaslara gelince, bunları üç grupta toplamak mümkündür [12]:

1) Hukukî rejim kıstası. — Bir faaliyetin âmme hizmeti olup olmadığını anlamak için bu faaliyete tatbik edilecek hukukî rejime bakmak lâzım geldiğini söyliyene göre, âmme hizmetleri, hususî ehemmiyetlerine binaen idare edenler için ifası bir borç teşkil eden ve ayrı bir hukukî rejime tâbi tutulması lâzım gelen faaliyetlerdir.

2) Devletçe yaptırılması zarureti kıstası. — Liberal doktrinlere dayanan bu kıstas tıraftarları sırf Devlet bünyesine mahsus olan ve Devlet tarafından ifası zarurî ve mümkün bulunan normal Devlet faaliyetlerine âmme hizmeti adını verirler.

3) Kuruluş ve işleyiş kıstası. — Bu kıstası kabul edenlere göre âmme hizmetleri, umumî ve kollektif ihtiyaçları karşılamak üzere Devlet veya diğer bir âmme hükmi şahıs tarafından kurulan yahut onlar namına ve onların nezareti altında görülen hizmetlerdir.

Bu üçüncü kıstası kabul eden sayın hocamız Ord. Prof. Sıddık Sami Onar'a göre «idare fonksiyonunu alâkadar eden bütün faaliyetler âmme hizmeti mahiyetinde değildir. Bu faaliyetlerden ancak cemiyet bakımından daha büyük bir ehemmiyet ve hususiyet arzedenleri bu kategoriye ithal edilir ve bunlar kendilerine mahsus bir takım kaidelere tâbi olurlar. Umumî ve müşterek ihtiyaçlar cemiyet bakımından büyük bir ehemmiyet alınca bunların artık hususî hukuk usullerile tatminine imkân kalmaz. O zaman bu ihtiyaçlara cevap verecek teşebbüs ve faaliyetler âmme hizmeti mahiyetini alırlar ve âmme hukuku usulüne tâbi olurlar[13]». «Âmme hizmetleri esas itibarile âmme teşkilât ve vasıtalarile başarılan işlerdir. Bununla beraber ferdî teşebbüs ve vasıtalarla başarılmakla beraber mevzuları itibarile âmme hizmeti mahiyeti arzeden ve bir takım âmme hukukî salâhiyetlerinden istifade eyleyen teşebbüsler de mevcuttur. İmtiyazlı şirketler tarafından halkın umumî ve müşterek ihtiyaçlarına cevap vermek üzere görülen su, elektrik ve saire işleri bu kabildendir. Bu hallerde iş umuma arzedilmektedir. Bu faaliyetleri icra eden müteşebbis,

[12] ONAR: *İdare hukuku*, cilt 1, ikinci bası, 1944, s. 168.

[13] ONAR: *s. g. e.*, s. 162.

alêlâde bir müteşebbis gibi faaliyetini yalnız istediklerine arzedemez. Umuma arz etmek ve hizmetten istifade etmek salâhiyetini haiz olan her ferdin müsavi şartlar altında ondan istifadesini temin eylemek mecburiyetindedir [14]. «Hizmetin bir müteşebbise gördürülmesi, diğer karakterler mevcut olduğu takdirde, âmme hizmeti kategorisi dışında bırakılmasını icap ettirmez. Esasen imtiyaz, müteşebbisî âmme hukuku statüsüne koyar, binaenaleyh imtiyazı âmme hizmetlerinin ifa vasıtası ve imtiyazlı âmme hizmetlerini bu hizmetlerin ifa bakımından hususî bir şekil saymak daha doğru olur [15]. Âmme hizmetleri kaideten meccanen görülür. Fakat istisnaen, işin karşılığı bir ücret sayılmıyan ve bir nevi vergi olan harç mukabili yapılır. Harcı veren, hizmetten istifade etmek için konan objektif şartı yerine getiren herkes hizmetten istifade edebilir [16].

D. *Avukatlık âmme hizmeti değildir* — Avukatlığa gelince, evvelâ mevzuat bakımından avukatlığı bir âmme hizmeti saymağa imkân yoktur. Her ne kadar Büyük Millet Meclisi 621 sayılı ve 16 Mart 1931 tarihli bir tefsir kararında «avukatlık mesleğinin alêlâde teşebbüsle serbest olarak yapılan sair mesleklerle mukayese edilemeyeceği tabidir» diyerek avukatlığı «tam serbest meslek» telâkki etmemiş ise de, bu telâkki bazılarının iddia ettiği gibi [17] avukatlığı bir âmme hizmeti olarak görmek şeklinde tefsir olunamaz. Meclis, avukatlığı âmme hizmeti saysaydı, bunu açıkça söyleyebilirdi. 1938 yılında kabul olunan 3499 sayılı avukatlık kanunu ile, Türk kanun koyucusu avukatlığın âmme hizmeti olmadığı hakkındaki noktayı daha açıkça ifade etmek fırsatını bulmuştur. Avukatlık kanununun 22 nci maddesinde «avukatlık, âmme hizmeti mahiyetinde bir meslektir» denilmiştir. Avukatlık bir âmme hizmetidir denilmemiştir. Bu iki tâbir arasında bir fark mevcut olduğu Meclisteki müzakerelerden de anlaşılmaktadır. O zamanki Adalet Bakanı Saracoğlu «biz demiyoruz ki, burada avukatlar başlı başına bir âmme hizmetini bir devlet memuru gibi vazife görecekler. Hayır, aynı zamanda bir bakkal, bir tacir, bir agent d'affaire gibi serbest değildir» sözleriyle avukatlığın âmme hizmeti olmadığını, ancak adalet dağıtma işinde mahkemelerin yardımcısı olmaları itibarile «avukatlığı Devlet elile mümkün olduğu kadar sıkı bir kontrole tâbi tutmak», bir takım kayıt ve şartlara bağla-

[14] ONAR: s. g. e., s. 163.

[15] ONAR: s. g. e., s. 164.

[16] ONAR: s. g. e., s. 316.

[17] PACALIOĞLU: *Cumhuriyet ve avukat, İstanbul Barosu Mecmuası*, 1943, sayı 10, s. 601.

mak üzere âmme hizmeti mahiyetinde bir meslek olduğu kelimelerinin ilâve edildiğini belirtmiştir. Maddede «meslek» denilmiş olması da bu bakımdan çok mânalıdır. 23 Barodan gelen ve avukatlık kanununun projesini tetkik eden mümessil avukatlara Adalet Bakanının söylediği şu sözler meslek kelimesinin âmme hizmeti mefhumuna yabancılığını göstermektedir: «Arkadaşlar, tarihte avukatlığın bazan bir meslek olmaktan çıkarılmış, bazan da bir Devlet memuriyetine kalbedilmiş olduğunu görüyoruz. Biz bu yolu kendi bünyemize uygun bulmadık. Hâkimlerle davacılar arasında tarafların hak ve menfaatlerini müdafaayı, fakat aynı zamanda doğruluk ve nezaheti kendilerine meslek edinmiş bir sınıfın lüzumuna kani olduk» [18].

Avukatlığı, idare hukuku bakımından da âmme hizmeti saymağa imkân yoktur. Avukatın faaliyeti, her ferdin faaliyeti gibi cemiyetin bir ihtiyacını karşılar. Bir tüccar nasıl müstahsil ile müstehlik arasına girerse bir avukat da ihtilâfa düşen kimselerin arasına girer, onların ihtilâflarının sulhen veya mahakemede halline yardım eder, onlara yol göstererek ihtilâfları önlemeğe çalışır. Fakat avukatlık sadece umumî ve müşterek ihtiyaçlara cevap veren bir faaliyet değildir. Avukat herhangi bir meslek arbabı gibi, bir hekim, bir mühendis, bir tüccar, bir müellif, bir gazeteci gibi şahsî ve maddî menfaatini düşünür. Bir mesleğin kayıt altına alınması onun âmme hizmeti sayılmasına kâfi değildir. Meslek, meslek olarak kaldıkça, meslekliğini muhafaza ettikçe âmme hizmeti sayılamaz. Bir avukat kendisine müracaat eden kimsenin davasını almağa mecbur değildir. Aldıktan sonra da müekkilinin vekâlet ücreti hakkı mahfuz kalmak şartile istifa edebilir. Müvekkil de avukatını azledebilir. Avukat, vekâlet ücreti hususunda tam bir serbestiye maliktir. Avukatın faaliyetini icra sırasında yaptığı zararların tazmini hususî hukuk kaidelerine göredir ve bundan yalnız avukat mes'uldür. Avukat allcağını hususî hukuk kaidelerine göre ister, müvekkilile mukavelesi hususî hukuk mukavelesidir. Avukat âmme kudretini kullanmaz. Bütün bunlar gösteriyor ki serbest avukatlık bir âmme hizmeti değildir. Aksi takdirde, memleketin iktisadiyatının ve hattâ milli müdafaanın ihtiyaçlarına cevap veren bir müteahhidi, memleketin sıhhî ihtiyaçlarını karşılayan bir hekimi veya eczacıyı, münakale hizmetini gören taksi ve kamyon şoförünü, hulâsa herkesi âmme hizmeti gören bir kimse gibi telâkki etmek icap edecektir.

E. *Beyanname kanunundaki âmme hizmetinden maksat* — Şimdiye kadar beyanname kanunundaki âmme hizmeti tâbiri vesilesile ceza kanu-

[18] SAĞNAK ve BORALIDAĞ: *Devlet camiasında avukatlık ve baro*. Ankara, 1939, s. 77.

nundaki âmme hizmeti mefhumunu izaha çalıştık. Şimdi de beyanname kanununun âmme hizmetine daha hususî ve daha dar bir mâna verdiğini göstermeğe çalışacağız.

Hükümetin 19/1/1912 tarihli lâyihasında ve İçişleri komisyonunun gerekçesinde «memuriyet hasebile eline geçen para ile makûsen mütenasip olarak üstün bir hayat yaşayanlar» dan bahsedilmiştir. Milli savunma komisyonunun gerekçesinde ise «buldukları resmi vazife ve mevkiin nüfuzunu kötüye kullanmak» tâbiri vardır. Meclis müzakereleri sırasında Refik Şevket İnce, bu kanunun âmme hizmeti gören memurları kastedtiğini, ayrıca serbest çalışanları buna tâbi addetmek mümkün olamayacağını, zira vatandaşların kazanç yollarının mütenevvi olduğunu söylemiştir. Atıf Akgöç, mahdut ve muayyen olan maaşlarla mütenasip olmıyan bir takım servetleri bulunan şüpheli memurlardan bahsetmiştir. Bütün bunlardan ve kanunun heyeti umumiyesinden anlaşılıyor ki kanun koyucu, yaptıkları âmme hizmet veya vazifesi dolayısıyla kendilerine tevdi edilen âmme para ve eşyasını veya âmme hizmet veya vazifesinin kendilerine verdiği nüfuz ve salâhiyeti kötüye kullanarak gayrimeşru surette servet edinenleri meydana çıkarmak ve bu servetleri müsadere etmek istemiştir. Şu halde para ve eşya tevdi, nüfuz ve salâhiyetin suiistimali bahis mevzuu olamıyan âmme vazife veya hizmetleri bu kanunun şumulü haricinde olmak iktiza eder. Avukatlık bir âmme hizmeti sayılsa dahi, bir avukatın bu âmme hizmeti sebebiyle haiz olduğu nüfuz ve salâhiyeti yoktur ki onu suiistimal ederek gayrimeşru servet edinmesi bahis mevzuu olsun. Avukata yine bu âmme hizmeti sebebiyle âmmeye ait para ve sair eşya da tevdi edilmez ki bunların zimmete geçirilmesi bahis mevzuu olabilsin. Hulâsa, avukatlık bir âmme hizmeti sayılsa dahi 4237 sayılı kanunun kastedtiği âmme hizmetlerinden değildir. Kanunu yalnız lâfzına göre değil, ruhuna göre de tefsir etmek lâzımdır. Bütün bu saydığımız sebeplerle gerek esas mahkemesinin ve gerek Yargıtay hususî ceza dairesinin avukatın beyanname kanununa tâbi olduğu yolundaki içtihadına iştirak edememekteyiz.

II — Beyanname kanunu ne gibi hallerde ve ne gibi şartlarla tatbik olunur?

Tahlil etmekte olduğumuz kararın karşımıza çıkardığı bu ikinci meseleyi cevaplandırmağa çalışırken avukatlığın bir âmme hizmeti olup olmadığı meselesinden tamamen uzak bulunmaktayız. Burada da cevaplandırılması gereken iki sual varid olmaktadır: 1) Âmme hizmeti olduğunda kimsenin tereddüt etmediği bir hizmeti yapan ve bu itibarla beyanname kanununa tâbi olduğu muhakkak olan bir kimseden acaba her

zaman ve her sebeple beyanname istenebilecek midir? 2) Beyanname üzerine malların müsaderesine veya sanığın cezalandırılmasına ne zaman karar verilebilecektir.

A — Beyanname hangi hallerde istenebilir? Beyannamenin hangi hallerde istenebileceğini ikinci maddenin birinci fıkrası göstermektedir: «Birinci maddede yazılı şahısların kendileriyle karı veya kocalarının veya velâyeti altında bulunan çocuklarının yaşayış tarzı veya mal durumları, gelirleriyle mütenasip olmıyanlardan bu kanun hükümlerine tevfiakan bir beyanname istenebilir». Şu halde bir kimsenin âmme hizmeti görmesi beyanname istenebilmesi için kâfi değildir. Kendisinin veya belli yakınlarının yaşayış tarzı veya malî durumlarının gelire mütenasip olmaması lâzımdır. Bu şart yoksa, yani memurun yaşayış tarzı veya malî durumu malûm ve muayyen olan kazancına uygunsa bu kanuna dayanılarak beyanname istenmenin, esas mahkemesinin pek haklı olarak dediği gibi, «Kanunun sarahatine aykırı, memurluk şerefini bozan ve ferdin hürriyet ve masuniyetini ihlâl eden bir hareket ve taarruz teşkil edeceği şüphesizdir».

Bu şartın tahakkuku için bir mukayese yapılacaktır. Bir tarafa gelir, diğer tarafa yaşayış tarzı veya malî durum konacaktır. Terazinin ikinci kefesini nisbetsiz bir şekilde ağır bastığı zaman şart tahakkuk etmiş demektir. Fakat yine kabul etmek lâzımdır ki kanunun üçüncü maddesinde sayılı olan ve beyanname istemeğe salâhiyetli bulunan makamlar bu şartın tahakkukunu kat'i olarak bilemezler. Gelirlerinin bir kısmı muayyen olmıyan memurdan beyanname isteyebilmek için idare cihazının kesin miktarı bilinmeyen geliri ortalama bir surette takdir etmesi muvafık görülebilir.

Kanunun açıkça söylemediği halde ruhundan anlaşılan bir şart daha vardır ki o da bu gelirin âmme hizmet veya vazifesinin kötüye kullanılması suretile elde edilmiş olmasıdır. Kanun muvakkat âmme hizmet veya vazifesini görenlerden de bahsediyor. Beş sene evvel askerlik yaptı diye bugün karaborsacılık yaptığı ve bu yüzden gayrimeşru servetler kazandığı ve askerlik hayatının tertemiz geçtiği malûm olan bir tüccar hakkında bu kanunun tatbik olunamayacağı şüphesizdir. 4237 sayılı kanundaki âmme hizmetinden maksadın ne olduğunu izaha çalışırken nüfuz ve salâhiyeti olan ve bu itibarla suiistimale müsait bulunan bir âmme hizmet veya vazifesi olması gerektiğine işaret etmiştik. Bunun bir neticesi de müsaderesi gereken gayrimeşru kazancın böyle bir suiistimal neticesinde elde edilmiş olmasıdır. Bunu suç olarak tesbit edemiyen cemiyet, fevkalâde bir yola başvurarak, bu şekilde suiistimal edilen ve âmme nüfuzu sayesinde zengin olan kimselerin mallarını müsadere etmeyi içtimaî

adalet icaplarından saymıştır. Bu fevkalâde istisnai tedbirin de hassasiyetle ve istisnalar mevridine maksurdur umumî prensibi dairesinde tatbiki iktiza eder.

B — Beyanname kanununun tatbiki şartları nelerdir? Kanunun istediği vasıfta bir âmme hizmeti veya vazifesi gören bir kimsenin tamamı malûm ve muayyen olan kazancı ile yahut bir kısmı muayyen, bir kısmı gayri muayyen olup idarece ikinci kısmı ortalama bir surette takdir edilen kazancı ile yaşayış tarzı veya mal durumu arasında bir nispetlilik olduğu yani âmme hizmet veya vazifesini kötüye kullanarak servet edindiği intibai hasıl olursa kendisinden beyanname istenecektir. Acaba bu beyanname üzerine mahkemenin on üçüncü maddeyi tatbik ederek ceza vermesi veya haklı olarak iktisap ettiği sabit olmıyan malların müsaderesine karar vermesi için de bazı şartlar var mıdır?

Gelirinin bir kısmı muayyen olmıyan memurdan beyanname isteyebilmek için idare cihazının ortalama bir takdirini kâfi görebiliriz. Fakat iş mahkemeye intikal ettikten sonra artık takdirle, tahminle hareket edilemez. Terazinin gelir kefesi muhteviyatının tam olarak bilinmesi kat'i bir zarurettir. Bunun içindir ki esas mahkemesinin nakzolunan kararında, kanaatimizce pek doğru olarak, dediği gibi, kazancı gayri muayyen ve gayrikabili tespit olan bir memurun yaşayış tarzı ile mal durumunun gelirleri ile mukayesesine imkân hasıl olmayacağından geliri belli olmıyan hiçbir memur hakkında geliri ile gayri mütenasip hayat sürdüğü ve mal edindiği iddia edilemez. Gelir tam olarak bilinmelidir ki on üçüncü madde gereğince bazı malların haklı olarak iktisap edilmediği sabit olabilsin ve bunların müsaderesine karar verilebilsin. Keza yine 13 üncü madde gereğince, sanığın haklı olarak iktisap ettiği sabit olmıyan mallarını müsadereden kurtarmak için gizlemesi veya kaçırması hallerinde ceza verilmek için de bu malların haklı olarak iktisap edildiğinin sabit olmaması yani gelirin tam olarak tespiti şarttır.

Âmme hizmetini gören bir kimse sayılmasa dahi, defter tutmadığı için kazancını kesin bir surette tayin edemiyen bir avukat hakkında, geliri tespit edilememesi bakımından, 4237 sayılı kanun gereğince, haksız olarak iktisap edildiği sebebiyle malların müsaderesi kararı verilemeyeceği neticesine varmış bulunuyoruz. Buraya kadar esas mahkemesi ile beraberiz. Fakat avukatlığın âmme hizmeti olduğu noktası hariç olmak üzere, Yargıtay Hususî Dairesinin bozma sebebini de varit görüyoruz. Avukatın beyanname vereceği kabul edildikten sonra mahkeme gelir malûm değil diyerek fazlasını yani haksız iktisap edilmiş kısmını müsadere edemez amma, 4237 sayılı kanuna muhalefet de yalnız bu bakımdan olmayabilir. Filhakika 13 üncü maddeye göre meselâ beyanname hakikat

hilâfı verilmiş ise suçluya altı aydan iki seneye kadar hapis cezası hük-
molunacaktır. Bu itibarla beyannamede bildirilen hususların hakikate uy-
gun olup olmadığını da araştırılmalıdır. Olabilir ki beyannamede bildi-
rilen bir husus hakikate aykırıdır. Sanık, babamdan kaldı veya piyango-
dan çıktı gibi sözlerle gayrimeşru servetinin menşeiini göstermeğe çalış-
mış olabilir. İddianamede 4237 sayılı kanuna muhalefet gibi umumî bir
tâbir kullanıldığı için burada Ceza Muhakemeleri Usulünün 257 nci mad-
desine aykırı bir vaziyet de yoktur, yani iddianamede gösterilmeyen bir
fiil karşısında da bulunulmamaktadır. Mahkemenin bu hususları da araş-
tırdıktan sonra neticede edineceği kanaate göre beraet veya mahkûmiyet
hükmü vermesi lâzımgelirdi.

Görülüyor ki müsadere kararı için ve müsadere den kurtarmak gaye-
sile gizleme ve saklamadan ceza vermek için gelirin belli olması şartı var-
dır. Fakat hilâfı hakikat beyanda bulunmaktan ve sahte vesika kullan-
maktan ceza vermek için gelirin kesin olarak belli olması şart değildir.
Sanığın hilâfı hakikat beyanda bulunduğu, beyannamede bildirilen
malûmatı teyit için sahte vesika kullandığının sabit olması kâfidir. Ka-
bule göre, Yargıtay Hususî Dairesinin bu noktaya mütedair bozma sebe-
bini bu itibarla kanuna uygun bulmaktayız,

N. K.

*

**Kiracı tarafından mecura yerleştirilen kalorifer tesisatının mütem-
mim cüz sayılıp sayılamıyacağı. — Vekâlet ücretinin hesabı.**

T. C.

TEMYİZ MAHKEMESİ
YARGITAY 4. H. DAİRESİ

SAYI

Esas	Karar
3879	3896

Mahkemesi: (Ankara Asliye İkinci Hukuk Yargıçlığı.)

Karar tarihi: 26/4/945

Karar No.: 393

Müddei: Bedia Anafarta vekilli avukat Mazlûm Kayalar.

Müddeialehy: İbrahim Fevzi Akoğlu.

DAVA: Dava olunanın sahip bulunduğu Etipalas nam diğer Park Palas oteli-
nin sağıl Bedrettin Akpınar şirketinin malı olup müvekkiline temlik edilen ve şirket
aleyhine dava olunan tarafından yapılan icra takibinde haczedilerek dava olunanın
yedî emanetine bırakılan 40000 lira kıymetindeki iki adet kalorifer kazanı ve 68 adet

kalorifer radyatörü ve 8 adet komple banyo ve 48 adet komple lavaboların dava olunandan alınarak müvekkiline verilmesine karar verilmesi isteminden ibarettir. İddia edilen eşyaların Bedrettin şirketinin malı olup davacı Bedriye'ye temlik edildiği ve dava olunan tarafından Bedrettin şirketinin malı diyerek haczettirildiği ve sonradan satışından vazgeçildiği ve haciz sırasında yedi emin sıfatla dava olunana teslim olunduğu anlaşılmış olmakla bu eşyaların dava olunandan alınarak davacıya teslimine ve bu eşyalara icrada satılacağı sırada ceman altı bin yedi yüz otuz dört lira kıymet takdir edilmiş olduğundan ücretli vekâlet ve harcı bu miktar üzerinden hesap edilerek tarifeye göre iki yüz altmış sekiz lira vekâlet ücretinin dava olunandan alınmasına karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraflar vekilleri temyizi dava eylemiş ve dava olunan vekil Baha Osman tarafından ayrıca duruşma yapılması istenilmiştir.

TEMYİZ KARARI

İşin duruşmaya bağlı olduğu anlaşılacak bu istem kabul edilmiş ve gün belli edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmiştir. Belli günde davacı vekil avukat Mazlûm Kayalar ve dava olunan vekil avukat Baha Osman Perçinel gelmiş olmaları ile duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan ve taraflar vekilleri dinlenildikten sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dava olunan İbrahim Fevzinin arsasına bina inşa ve on iki sene kullandıktan sonra İbrahim Fevziye devir ve terketmeği taahhüt etmiş olan Mustafa Fehminin yaptığı binanın İbrahim Fevziye teslimine dair verilen hükmün kesinleştiği anlaşılmış ise de; taraflar arasında münazaalı kalorifer kazan ve radyatörleri ile banyo ve lavaboların Mustafa Fehmi tarafından binaya takılmış veya onunla birleştirilmiş olmayıp sözü geçen binayı kiralamış olan kişiler tarafından getirilip takılmış olduğu ve sonradan ikinci kiracı Bedrettin şirketine satıldığı ve Bedrettin şirketinin de bunları noterden tasdikli temlikname ile davacıya temlik ettiği dosyada bulunan evrak mündericatından anlaşılmasına göre sözü geçen eşya; binanın mütemmim cüz'ü sayılamayıp tamamile müstakil mülkiyeti haiz ve kiracılara ait menkul mallardır. İbrahim Fevzi, Bedrettin şirketindeki alacağının temini için haczetmek suretiyle de bu eşyanın binaya Mustafa Fehmi tarafından yerleştirilmeyip Bedrettin şirketine ait olduğunu kabul etmiştir. Evvelce İbrahim Fevzi lehine verilip temyizen onanmak suretiyle kesinleşmiş olan ilâmların sadece binanın İbrahim Fevziye teslimine dair olup menkul eşyaya şümulü yoktur. İzah edildiği üzere mütemmim cüz' olmanın eşyanın asıl binadan telef veya tahrip edilmeksizin ayrılıp ayrılamıyacağına kesfen tesbit edilmemesinin hâdiseye tesiri olmadığı gibi 4 üncü İcra tarafından haciz ve yedemin sıfatla İbrahim Fevziye teslim edilmiş olan bu eşyanın ayrıca tesbit ve tayin edilmemesi de bozma sebebi teşkil etmez. Zikrolunan sebeplere binaen dava olunan vekilin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddile esas hükmün (ONANMASINA), davacının temyizine gelince: Dava dilekçesinde münazaalı eşya kıymetinin

kırk bin lira olduğu açıkça yazılı bulunmuş ve kırk bin lira üzerinden harç alınmış olmakla beraber hasım tarafından da bu kıymete bir itiraz ileri sürülmemiş olmasına binaen bu miktar üzerinden vekâlet ücreti takdir edilmek gerekli iken icraen takdir olunan kıymet üzerinden vekâlet ücretinin tahsiline karar verilmesi yolsuz ve davacı vekilinin bu hususa dokunan temyiz itirazı varid bulunmuş olmakla vekâlet ücretine müteallik hükmün (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz giderinden onanma harcının temyiz edenlerden dava olunandan ve bozma harcının da ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 27/10/1945 tarihinde Oybirliğiyle karar verildi.

I. — Kararın hülâsası. II. — Mütemmim cüz'ün asıl seye daimi bir maksatla birleştirilmesi lüzumunun nasıl anlaşılması gerektiği. III. — Federal Mahkemenin banyo tesisi hakkındaki 26/IX/1918 tarihli kararının tahlili. IV. — Tahrip keyfiyeti üzerinde durmak lüzumunu duymayan içtihatların tenkidi. V. — Mütemmim cüz' mefhumunun fonksiyonu. VI. — 2/XII/1943 tarihli Yargıtay kararının münakaşası ve mütemmim cüz'ün tarihi. VII. — Kaloriferler hakkında 2/IV/1914 tarihli Federal Mahkeme kararı. VIII. — Kiracı tarafından yapılan ilâvelerin aynen istirdat edilebileceği hakkındaki noktai nazarımız. IX. — 648 inci madde üzerinde Wieland'ın tefsirine yapılabilecek itiraz. X. — M. K. 725 inci maddesinin kiracılara ne için tesmil edilemeyeceği ve umumî netice. XI. — Müddeabih üzerinde konulan haczin davaya tesir derecesinin münakaşası. XII. — Vekâlet ücretinin hesabı.

I. — Yargıtayın bu kararı ilk bakışta hukukî hissimizi tatmin etmiş gözükmeyle beraber, dayandığı gerekçeler, derinleştirilecek olursa, Medenî Kanunun vazettiği esaslara ne dereceye kadar uygun olduğu hakkında ciddi surette bazı tereddütlere kapılmamak elde değildir. Şurası muhakkaktır ki bu karar muayyen bazı mallara mütemmim cüz vasfının tanınıp tanınmaması hususunda alâkalıların iradesine kıymet vermek bakımından oldukça orijinal bir görüşü aksettirmektedir; ve bu itibarla da hususî bir şekilde alâkamızı celbedecek ve bizi mütemmim cüz mefhumunun özü ve hükümleri üzerinde etraflı bir surette düşündürecek mahiyettedir.

Yargıtay bu kararında mevzuubahs tesisatın malsahibine karşı bina inşasını taahhüt etmiş olan şahıs tarafından konulmıyarak onun kiracısı tarafından vazedilmesini ve bilâhare mezkûr tesisatın birbirini takip eden temlik muamelelerine müstakillen mevzu teşkil etmiş olmasını gözönünde tutmuş, ve ayrıca da mezkûr kalorifer ve banyo tertibatının gayrimenkul sahibi tarafından kiracıya aidiyetinin kabulü ile kiracının borcu için haczedilmesi keyfiyeti üzerinde durmuştur.

Bu gerekçelerledir ki Yüksek Mahkeme bahsi geçen tesisatı binanın mütemmim cüzü saymıyarak müstakil hüviyeti haiz ve bu itibarla kiracılara ait bir mal telâkki etmiş ve ayrıca bu tesisatın telef veya tahrip

edilmeksizin bınadan ayrılıp ayrılamıyacağıının araştırılmasına mahal olmadığına hüküm vermiştir.

Yargıtayın hal tarzını münakaşa ve tetkik mevzuu yapabilmek için onu kısaca şu şekilde ifade edebiliriz: Kiracı tarafından binada yapılan tesisat sırf bu sebeple yani sırf kiracı tarafından vazedilmiş olması sebebiyle mütemmim cüz sayılmamak icap eder. Bahusus ki ilâve edilen tesisata alâkalılar ve bilhassa gayrimenkul sahibî mütemmim cüz vasfını tanımıyarak müstakil bir hüviyet tanımış olursa...

II. — Her ne kadar M. K. nun 618 inci maddesi mütemmim cüzün tarifini verirken ekli olan şey ile asıl şey arasındaki bağın objektif mahiyeti üzerinde durmuş, asıl şeye ilâveyi yapan şahsın sıfatını nazara almamış ise de hâdisede ilâvenin kiracı tarafından yapılmış olması bunun kira müddetine münhasır kalacağına, hiç olmazsa taraflar arasında ciddi bir karine teşkil eder. Bazı müellifler, ezcümle *Tuor* mütemmim cüzü tavsif eden hususlar meyanında mütemmim cüz ile mütemmim cüzün bağlı olduğu şey arasındaki bağın devamlı mahiyetini tebarüz ettirmektedirler. Bu münasebetle *Tuor* kanunumuzun 654 üncü maddesini zikrediyorsa da istisnai bir hükmün umumî bir kaide haline ifrağı caiz görülemeyeceğinden bu nokta üzerinde ayrıca tevakkuf etmiyerek âlim hukukunun rasyonel sahada ileri sürdüğü gerekçeleri gözönünde tutarak, onun aynen şöyle bir ifade kullanmakta olduğunu görürüz: «her hâdisede bu bağın devamlı bir mahiyet arzedip etmemesi alâkalıların iradesine tâbi bulunmaktadır. Bu itibardır ki irade muhtariyeti, bu nispet dahilinde, mütemmim cüzlerin teşekkül ve ihdasında müessir bir rol oynamaktadır.» (Sahife 452).

Bize kalırsa, mütemmim cüz mefhumu ileride uzun boylu tafsil edeceğimiz veçhile bilhassa üçüncü şahıslara nazaran kıymet ve hüküm ifade eden bir mefhum olduğuna göre alâkalıların yapılan ilâveyi muvakkat bir maksatla yaptıkları keyfiyetinin üçüncü şahıslar nezdinde belirtilmesi lüzumu vardır; yani maksadın muvakkat ve geçici mahiyette olduğu üçüncü şahısların nazarında tecessüm edebilmelidir. Bu hususta gerek Yargıtay ve gerekse *Tuor* sâkit bulunuyorlar. Filhakika kalorifer, banyo ve lavaboların kiracı tarafından vazedildiğini belirtecek bir hal mevcut olmadıkça bu maksadın üçüncü şahısların gözünden gizli kalacağı bedihidir. Biz ancak, üçüncü şahıslar tarafından anlaşılabilir durumda olan maksatlara bir kıymet izafe edilebileceğini düşünmekteyiz.

III. — Federal Mahkeme maksatların bu tefsir ve tahliline mümasil bir hâdisede kısmen ehemiyet vermiş gözükmele beraber tesisatın kaldırılması halinde binanın iktisadi bünye itibarile bir tegayyüre uğrayıp uğramıyacağı noktası üzerinde tercihan durmuş olduğu zehabını vermek-

tedir. Bu münasebetle kısaca tahlil edeceğimiz kararında İsviçrenin Yüksek Mahkemesi kiracı tarafından bina dahiline yerleştirilmiş banyo tesisatını mütemmim cüz saymamıştır (R. O. 44, sahife 392; J. d. T. 1919. 1. 181; 26 Eylül 1918 tarihli karar).

Bu hâdisede, Kanton Mahkemesi banyo kazanı ve tesisinin ve boruların büyük bir kısmının gayrimenkul tahribe uğratılmaksızın maddeten sökülebileceği gibi söküldükten sonra da kullanılamıyacağını ileri sürmek suretile bunları mütemmim cüz saymış iken, Federal Mahkeme kiracı sıfatını haiz davacının dermeyeran ettiği sebepleri benimsiyerek, başkaca gerekçe vermek lüzumunu duymaksızın, Kanton Mahkemesi kararını talep dairesinde bozmuştur. Bu sebeple mümeyyiz davacının ileri sürdüğü gerekçeleri hulâsa etmemiz gerekir. Mümeyyiz diyor ki: bir şey diğerinin mütemmim cüzü sayılabilmesi için şeylerin birbirile yalnız murtabit olması kâfi gelmeyip tarafların maksadına göre iki şey arasındaki münasebetin devamlı bir mahiyet arzemesi ve ayrılmanın asıl şeyde bir te-gayyürü mucip olması lâzımgelir. Tagayyür var diyebilmek için mütemmim şeyin ayrılması halinde asıl şey devamlı olarak tahsis edildiği maksattan farklı ticarî ve iktisadî bir karakter arzemesi iktiza eder. Aksi takdirde, yani infikâke rağmen asıl şey inşası ve gayesi itibarile iktisadî bakımdan aynı şey olarak kalmakta ise o zaman ne tagayyürden ve ne de mütemmim cüzden bahsedilemez.

Bu gerekçelerle Yargıtayın gerekçeleri arasında kısmen yakın bir benzerlik vardır. Benzerlik evvelâ iki davanın hususiyetinde toplanmaktadır: her iki davada ilâveler kiracı tarafından yapılmıştır, ve Yargıtayın meşgul olduğu hâdisede kalorifer radyatörleri yanında banyo ve lavabolar da ihtilâfa mevzu teşkil etmiştir. Saniyen gerekçeler meyanında Yüksek Mahkememiz mevzuubahs tesisatın binaya kiracı tarafından konulmuş olmak itibarile binnetice devamlı bir maksatla kurulmamış olmasını gözönünde tutmuştur ki bu mülâhaza İsviçre Federal Mahkemesinin kararına hiç te yabancı kalmamıştır. Ancak İsviçre Yüksek Mahkemesinin kararına mesnet teşkil eden mütalâa ve sebepler meyanında eşyanın ayrılması ile binada iktisadî bakımdan bir tagayyür husule gelmiyeceği noktası mühim bir yer tutmaktadır.

Yargıtay bu son görüşe yer vermemiş olmakla beraber iki memleketin Yüksek Mahkemeleri ayrıca şu noktada da birleşmektedirler ki yapılan ilâveye mütemmim cüz sıfatının verilip verilmemesi bakımından binadan tesisatın ayrılması halinde binanın hasara uğrayıp uğramıyacağı noktasının incelenmesine lüzum görülmemiştir. Filhakika Kanton Mahkemesi muhakemesini bu noktaya teksif etmişken Federal Mahkeme kararında bu noktayı çürütmek gibi bir gaye sezilmemektedir.

IV. — İşte bu bakımdan her iki memleket Yüksek Mahkemelerinin kararı bize kabili tenkit gözükmektedir. Çünkü bize kalırsa kanunumuz ilâvenin kaldırılması halinde yalnız iktisadî bünyede bir tagayyür husule gelip gelmiyeceği noktasını tebarüz ettirmemiş ve belki ondan evvel bu ayırma keyfiyetinin harabiyeti mucip olup olmayacağı noktası üzerinde durmuştur. Vakıa Tuor mütemmim cüzün fârik vasıflarını tespit ederken şeyler arasında a) samimî bir birleşme, b) maddî bir bağ, c) devamlı irtibat unsurlarını ayrı ayrı üç nokta olarak görmekte ve bu vasıflardan birinin ademi mevcudiyeti halinde o şeye mütemmim cüz sıfatının verilemiyeceği reyini kabul etmiş gibi bir hal almakta ise de bu üç nokta bize ayrı ayrı tahakkuku gereken şartlar mahiyetinde gözükmemektedir.

Bize kalırsa, 618 inci maddenin evveleminde lâfzî tefsirinden anlaşılacağı üzere ilâvenin kaldırılması halinde asıl şey'in ve hattâ ilâvenin ehemmiyetli surette hasara uğraması o şeye mütemmim cüz sıfatının verilebilmesi için kifayet edebilir[1]. Keza harabiyeti mucip olmaksızın cüzü ayırmanın asıl şeyin iktisadî bünyesinde husule getirebileceği tahavvül ve tagayyür o şeye mütemmim cüz sıfatının verilmesini kâfi gösterebilir. *Elverir ki şeyler arasında bu kıstaslardan birinin yardımı ile tezahür etmekte olan irtibat keyfiyeti ekli olan malın üçüncü şahıslar nezdinde asıl şeyin bir cüzünü teşkil etmekte olduğu kanaat ve telâkkisinin yerleşmesini mümkün kılacak bir mertebede bulunsun.*

V. — Vaziyetin üçüncü şahıslara göre mütalâa edilerek tavsif edilmesi fikrinde ısrarla durmak lüzumunu duyduğumuza göre bunun sebeplerini daha etraflı bir şekilde izah etmemiz gerekiyor. Bunun için de, mütemmim cüz mefhumunun fonksiyon ve gayesini tahlil etmek suretile

[1] Bu cihet doktrinde ihtilâfıdır. *Wieland* ve onu takiben *Belgesay* ve bir dereceye kadar *Tuor* ekli olan şeyin sökülmesi aslın harabiyetini mucip olmasa dahi bizzat kendisini harabiyete duçar etmesi halinde onun mütemmim cüz sayılabileceğini kabul ediyorlar. Ezcümle *Wieland* ağacın topraktan ayrıldığı vakit telef olmasını, toprak harap olmamakla beraber, mütemmim cüz sayılması için kâfi görüyor. *Leemann* ve onu takiben *Curti* ise ağacın mütemmim cüz sayılmasının kanunun sarîh ifadesi icabı olduğunu (M. K. m. 644) kaydederek kanunî bir sarahat olmadıkça bir şeyin mütemmim cüz olup olmadığını tayin için harabiyetin yalnız asıl şey zaviyesinden mütalâa edilmesi fikrini müreccah görmektedirler. Biz, kanunun zahiri ifadesine rağmen birinci fikre iştirak ediyoruz. Şeyler arasındaki irtibat ekli olan şeyin harap olmadan ayrılmasını mümkün kılmıyacak derecede bulunuyorsa ve eğer bu suretle tezahür eden bağıllık üçüncü şahıslar nezdinde o şeyleri birbirinin mütemmimi olarak göstermeğe kâfi ise asıl şeyin ayrıca harap olup olmayacağını araştırmaksızın ekli olan şeyi mütemmim cüz saymak zarureti vardır.

biraz evvel kabataslak çizdiğimiz formülün gerekçelerini izah etmek münasip olacaktır.

Diyebiliriz ki mütemmim cüz mefhumuna muzaaf ve hattâ üçlü bir fonksiyon tanımak kabildir. Filhakika eğer asıl şeyin harabiyetini veya iktisadî bünyesinde bir tegayyürü intaç etmeksizin ondan ayrılamıyan şeyler mütemmim cüz telâkki olunuyorsa, buna sebep aralarında fizikî veya derinden derine iktisadî bağların mevcudiyeti hasebile bu şeylerin bulunduğu muhitte üçüncü şahıslar nazarında bir kül teşkil etmeleridir. Mülkiyet hakkı aynı bir hak olması itibarile bilhassa üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade eden bir haktır. İşaret ettiğimiz sebepler dolayısıyla üçüncü şahısların pek tabii ve haklı surette bir bütün olarak telâkki ettiği şeyler ayrı ayrı hukuk sùjelerine ait bulunursa o zaman üçüncü şahısların meşru bir şekilde sahip oldukları kanaat ve itimat sarsılır. *Hakikaten üçüncü şahısların, maddeten veya iktisadî bakımdan birbirini içinde yer edinmiş olan şeyleri aralarındaki bu irtibat dolayısıyla bir kül görerek heyeti mecmuasının tek bir şahsa, asıl şeyin malikine ait saydıklarını ve bundan böyle asıl şeyin sahibile giriştikleri muamelelerde kredilerini bu kanaate göre ayarladıklarını farzetmek yerinde olur*[2].

[2] Şurasını tebarüz ettirelim ki üçüncü şahısların kanaatlerinin husule gelmesine yarayan bilgiler menbalarını ya tapu kaydında veya eşya ve gayrimenkulün fiilî durumunda bulan bilgilerdir. Yani üçüncü şahısları bu mevzuda ilzam edecek aleliyet tapu kaydıla esyanın fiilî durumudur. Mülkiyeti muhafaza sicilindeki kayıtlar mütemmim cüz mevzuunda üçüncü şahısları ilzam edecek bir kuvvette değildir. Bilfarz kalorifer ve banyo tesisatı kiracı tarafından konulmuş ve kiracının bu malları mübayaaya ettiği malzeme sahibi tesisat üzerine mülkiyeti muhafaza ettiğine dair kaydı sicilli mahsusuna geçirtmiş ise, mezkûr sicillin tetkikinden bu malların kiracı tarafından konulduğu anlaşılıyor diye muvakkat bir maksatla vazedildiklerinin üçüncü şahıslarca bilindiğini farzedemeyiz. Çünkü bu takdirde menkuller için ihdas edilmiş bir sicillin Tapu kütüğünü takyit ettiğini kabul gibi garip bir neticeye ulaşmış oluruz. Tapu kütüğündeki kayıtlar ancak gayrimenkulün haricî durumundan mütehassıl bilgilerle itmam ve tefsir olunabilir. Ezcümle tapu kütüğünde muayyen bir arsada bir bina gözüküyorsa bu bina mefhumunun neler ihtiva ettiği hususu mezkûr binanın fiilî durumu gözönünde tutularak anlaşılacaktır. Yani bina ile fizikî veya iktisadî bağı hasebile bir kül teşkil ettiği görülen şeylerin mütemmim cüz sayılması ve bina mefhumuna ithali gerekecektir. Netekim Federal Mahkeme bir şeyin mütemmim cüz sayılıp sayılmaması bakımından Mülkiyeti muhafaza sicillerinin bir rolü olmayacağını kabul etmiş, binaya eklenen şey irtibatı icabı mütemmim cüz sıfatını aldıktan sonra bu şey üzerindeki mülkiyeti muhafaza kaydının hüküm ifade edemeyeceğini karar altına almıştır (J. d. T. 1917. 1. 233). (Müteakip nota da bakınız).

İşte âmme kredisi icapları mütemmim cüzün asıl şeye tebaiyetini zaruri kıldığı gibi bilmukabele hangi şeylerin mütemmim cüz sayılmaları lüzumunun bir nevi ölçüsünü ve kıstasını da vermektedir. Mefhum ile gaye arasındaki bu içli dışlı girift ve karşılıklı münasebeti bu suretle tespit ettikten sonra mütemmim cüz mefhumunun üçüncü şahısların kredilerini yanlış esaslara istinat ettirmemelerini sağlamak gibi bir fonksiyon görmekte olduğunu sarahaten söyleyebiliriz.

Mütemmim cüz mefhumunun orijinalitesini tebarüz ettirebilmek için bu münasebetle teferruat anlamının bu fonksiyonu görmekten uzak bulunduğunu ayrıca belirtmemiz gerekir. Filhakıka, Medenî Kanununun 777 nci maddesi icabı teferruat üzerinde üçüncü şahıslara ait haklar mahfuz kalmaktadır. Binaenaleyh üçüncü şahsın üzerinde mülkiyet hakkını muteber bir şekilde tescil edilmiş bir mukavele ile mahfuz tuttuğu mallar bir gayrimenkulün teferruatından bulunursa o gayrimenkulün rehni halinde ipotekli alacaklının hakkı bu vasıfta olan teferruata şamil bulunmaz; tâbiri âhîrle bu vaziyette teferruat üzerinde aynı hak sahibinin durumu ipotekli alacağa tercih edilir (Federal Mahkemenin 22 Haziran 1934 tarihli kararı, R. O. 60. 2. 191; hulâsa olarak J. d. T. 1935. 1. 382) [3].

Mütemmim cüz mefhumunun diğer bir fonksiyonu da birbirinden, tahrip edilmedikçe veya kıymet itibarile büyük bir noksan husule gelmeksizin ayrılamıyacak kadar sıkı bağlarla bağlı olan şeylerin müstakil haklara mevzu teşkil etmemesini sağlamaktadır. Bu suretle mütemmim cüz mefhumu bir vahdet teşkil etmekte olan şeyler üzerinde ayrı ayrı hak sahiplerinin haklarını istimal sadedinde birbirleriyle çatışmalarını önle-

[3] Federal Mahkemenin bu kararına (J. d. T. 1935. 1. 382) karşı *Tuor* muhteriz bir vaziyet almaktadır. Çünkü âlim müellif mülkiyetin muhafaza kayıtlarını tespit eden sicillerin tapu kütüğü kuvvetinde olmadığını ve ihtiva ettiği kayıtların, -kütüktekinden farklı olarak- herkes tarafından sureti mutlakada bilindiği farzolanamayacağını belirtmektedir. Bize kalırsa iki sicil arasındaki farka rağmen Federal Mahkeme kararını tasvip etmek lâzımdır. Çünkü burada mülkiyeti muhafaza siciline ait kanunî hükümlere inzıam eden bir de 777 nci madde vardır. Bu madde hiç olmazsa derpis ve tanzim ettiği hususlarda mülkiyeti muhafaza siciline tapu kütüğü kuvvetini vermektedir. Sanıyen su da var ki, 777 nci maddenin 931 inci maddeye nazaran hususî bir durumu tanzim etmesi keyfiyeti de 777 nci maddenin tercihan tatbikini istilzam eder. Esasen teferruat ile mütemmim cüz arasındaki hüküm farklarından biri bilhassa burada toplanmaktadır. 931 inci madde muvacehesinde 777 nci maddeyi teferruata tatbikten imtina edersek teferruat mefhumunu kanunun tecviz etmediği bir şekilde mütemmim cüz mefhumuna yaklaştırmış ve hattâ bu mefhumla bir bakımdan birleştirmiş oluruz.

mek ve bu ihtilâf ihtimallerinin gerek asıl şey ve gerek iras edebileceği kıymet noksanlarına mâni olmak gibi esaslı bir hizmet görmektir.

Bu itibarla mütemmim cüz mefhumuna üçüncü fonksiyon olmak üzere şunu da izafe etmek kabildir ki ilâve edilen şey ile heyeti umumiye-de husule gelmiş olan kıymet fazlasını muhafaza etmek ve asıl şey sahi-binin iradesi sebkmedikçe bu kıymet fazlasının eksilmesini önlemek gibi gayeler mütemmim cüz mefhumu ile elde edilecektir.

VI. — İşte bir dereceye kadar birbirine tedahül eden bu iki fonksi-yonda mündemiç bulunan düşüncenin tesiri altındadır ki, mütemmim cüz istisna edilmek üzere asıl şeyin satılması muvafık görülmemektedir[4]. Fakat bu memnuiyetin sınırları mütemmim cüz mefhumu ile elde edilmek istenilen gayeler tarafından çizilmiş bulunmaktadır. Şunu demek istiyoruz ki, mütemmim cüz üzerinde müstakil tasarruf ancak o şeyde mütemmim cüz sıfatının devamını istilzam ettiği hallerde muteber değildir. Çünkü bu takdirde mütemmim cüz mefhumunun ihdasile önlenmek istenilen ihti-lâflar her an için melhuzdur. Lâkin buna mukabil, *o şeyin mütemmim cüz sayılmasını intaç eden şartlara nihayet vererek veya nihayet vermek ve-cibesini tekabbül ederek mal sahibi tarafından yapılan satışların tarafeyn arasında muteber olduğunu kabul gerekecektir.* Fakat gayrimenkul sahibi için mütemmim cüzü asıl şeyden ayırmak vecibesini tahmil etmeksizin mücerret mütemmim cüzün haliyle satışını tazammun eden akitler mü-temmim cüzün asıl şeye bağlılığını istilzam ettiğinden ve halbuki bu şekil mütemmim cüz mefhumu ile istihdaf edilen gayeler hilâfına olacağından muteber sayılmamak icap eder.

[4] Yargıtay 20/XI/1943 tarihli kararında bu noktaı nazarı kabul etmiş (yerin mütemmim cüzü addedilen binanın bu suretle istisnası caiz olmayacağından ve bu şartla vaki olan bey'in B. K. 20 nci maddesinin son fıkrasına ve satıştan meczum olan gazezi temlike göre bu şekildeki aktin tamamile batıl) olacağı neticesine var-mış, ve davacının bu takdirde (ihalenin butlanına istinaden bedelinin istirdadını ta-lep edebillip gazezi ihaleden hariç kalan binaya tesahüp edemiyeceğini) karar altına almıştır (Hukuk Fak. Mec. IX. sah. 838, Hıfzı Timur'un bir notle birlikte). Biz de bu kanaatteyiz. Prof. Belgesay ise satışın muteber olacağı, ve sarahaten istisna edil-miş olmalarına rağmen bilcümle mütemmim cüzleri ihtiva edeceği fikrindedir (Aynı Haklar, 3 üncü tabı, sahife 17). Prof. Belgesay'ın verdiği hal tarzı, mütemmim cüze tekabül eden kıymet farkının hangi hukuki esasa müsteniden tesviye edileceği gibi ince ve muğlâk bir meseleye bizzarure yol açtığı kadar taraflara onların iradesini aşan vaziyetleri tahmil gibi bir mahzur da tevliit etmektedir. Yargıtayın hal tarzı ise, kanunî mâni sebeble gayesine erişemiyen iradeyi bâtil saymak suretile hukuki esas-lara daha uygun ve her halde daha pratik gözükmektedir.

Bu uzun izahatı bir misalle teyit edersek, bir kimse halile kalacak surette binasını merbut olduğu arsadan müstakil olarak satamaz; fakat bilmukabele evini yıktırmayı ve enkazını satmayı muteber bir şekilde taahhüt edebilir. Ancak ilâve gerekir ki bu taahhüt tabiatile kendisi için şahsî bir borç doğurmaktadır. Çünkü bu enkaz satışını icra etmeden gayrimenkulü bir üçüncü şahsa satarsa, üçüncü şahsın iktisabı muteberdir, ve enkaz alıcısının ona karşı bir hakkı mütalebesi yoktur. Ancak burada ince bir meseleye temas etmeliğimiz lâzım... Gayrimenkulde üçüncü bir şahsın hakkı taallük etmeksizin satıcı gayrimenkulü yıktırmaktan ve teslimden imtina edecek olursa alıcının hakkı sadece tazminata mı münkalip olur?

Tetkik ettiğimiz müellifler suale müspet cevap veriyorlar (Wieland, İ. H. Karafaki, terc. sah. 40; Cevat Gücün, Hukuk Davaları, gayrimenkuller hakkında, sah. 44; Belgesay, Aynı Haklar, 3 üncü tabı, sah. 17). Yargıtay da aynı görüşe sahiptir. Sayın Karafaki'nın eserinde neşredilen 2/XI/1943 tarih ve E 3417 K 4056 sayılı karar, Yüksek Mahkemenin bu reyde bulunduğunu gösteriyor[5]. Filhakika deniliyor ki (... dava sırasında bina hâlen yıkılmamış bulunduğu tarafların ifadelerinden anlaşıl-makta olmasına ve gerçi enkaz olarak bir binanın satılması hakkında sözleşme yapmak caiz ise de *mütemmim cüz fekkine bayi icbar olunamayacağına...*). Halbuki bu gerekçeyi umumî ve mutlak bir hakikat olarak kabul etmeğe imkân bulunmadığını söylemek mecburiyetindeyiz.

Hattâ bilmukabele ileri sürmekliğimiz icap eder ki mütemmim cüzün merbut olduğu asıl şeyden ayrılarak teslimi taahhüt edilmiş olduğuna göre prensip itibarile aynen icrayı temin zarurîdir[6]; meğer ki bu aynen icra keyfiyeti Von Tuhr'un tebarüz ettirdiği gibi alacaklıya temin edeceği menfaatla mütenasip olmayacak şekilde borçlu için fahiş zarar ve masrafları mucip olsun. Von Tuhr bu istisnayı varit göstermek için şu misali veriyor: «Evini satmazdan evvel satıcı bu eve o şekilde bir şey birleştirmiştir ki

[5] Bu kararın bir suretini arkadaşımız Doç. Timur'un himmetile görebildik. Karar kitapta 2/XI/1943 tarihli olarak kaydedilmisken, gördüğümüz suretinde 2/XII/1943 tarihini taşımaktadır.

[6] Netekim biçilmemiş veya topraktan ayrılmamış mahsulün satışı halinde, satıcı teslim vecibesini ifa etmezse müsterinin aynen teslim davası açmasını tabii karşılamak ictiza eder. Vakıa bazı müellifler (ezcümle Belgesay, İc. ve İflâs Hukuku, cilt I, sah. 311) bu gibi mahsulâtın, mütemmim cüz olmak itibarile müstakillenn satılamayacağını söylüyorsa da, buna mukabil diğer müellifler bu gibi satışların taraflar arasında muteber olduğunu haklı olarak kabul ediyorlar (Jaeger, 94 üncü madde şerhi, No. 3).

bu şeyin ayrılıp teslimi mümkün bulunmakla beraber binayı lüzum ve haddinden fazla zarara uğratacaktır. Bu takdirde hâkim karşılıklı menfaatleri tartacak, icabında alacaklının aynen ifa talebini reddeyliyecek, ve onun lehine yalnız tazminata hükmedecektir. İşte bu takdirde edanın (edimin) «yapılmaz bir şey» olduğunu söylemek kabildir.» (Partie générale du C. fédéral des Obligations sah. 487).

Görülüyor ki V. Tuhr ancak hususî sebeplerin mevcudiyeti halinde istisnâî olarak mütemmim cüzün aynen teslim mükellefiyetinin bertaraf edilebileceğini söylüyor. Hattâ değerli âlim bu münasebetle Leemann'ı zikrederek, muayyen bir şeyi teslim vecibesinin bu şeyin mütemmim cüz sıfatını alması ile nihayet bulmıyacağını ve prensip itibarile baki kalmakta devam edeceğini kaydediyor.

Bu mülâhazalar Yargıtayın 2/XII/1943 tarihli kararına iştirak etmek için bize kâfi geliyor. Hele bir evin tamamen enkaz halindeki satışının şu bakımdan prensip itibarile aynen kabili icra gözükmesi icap eder ki muayyen bir cüzün, mütemmim cüz kalmakta olan diğer parçalardan fekki güçlük gösterir ve kalan kısma fazla zarar iras edebilirse de mütemmim cüzün heyeti umumiyesile kaldırılmasında bu mülâhaza ve endişelerin yer bulması beklenemez. Bir kimsenin malını tahrip yetkisi mevcut olduğuna göre tahribi taahhüt yetkisi de bizzarure mevcuttur; ve bu taahhüdünün aynen icrası prensip itibarile caiz olmak gerekir, elverir ki bahis mevzuu olan taahhüt kâfi derecede sarih olsun.

Mütemmim cüz mefhumunun mahiyet ve hükümlerini bu suretle tespit ettikten sonra yazdıklarımızı hulâsa ederek bir neticeye bağlamak icap ederse diyeceğiz ki «*asıl şeyle gerek maddî ve gerek iktisadî bakımdan mevcut bağları hasebile üçüncü şahıslar nazarında bir küll teşkil eden şeyler o şeyin mütemmim cüzünü teşkil eder.*» Mükerreren işaret ettiğimiz üzere mütemmim cüz kanun icabı asıl şey sahibinin mülkiyetine dahil bulunduğu ve mülkiyet ise bilhassa üçüncü şahıslara nazaran hüküm ifade eden bir hak olduğuna göre mütemmim cüzü üçüncü şahıslar cephesinden tarif etmenin kanunun esas ve ruhuna olduğu kadar pratik icaplara da uygun olduğu kanaatindeyiz.

Binaenaleyh bir şeyin mütemmim cüz sayılıp sayılmaması için Tuor'un da bir münasebetle işaret ettiği gibi malın bulunduğu mahaldeki alâkadar muhitin görüşüne göre hareket etmek lüzumu vardır. Esasen Medenî Kanun 618 inci maddesile bu hususta mahallî örfe atıf yapmak suretile, keyfiyetin üçüncü şahıslar cephesinden mütalâası lüzumunu ortaya koymuştur. Her ne kadar bu hükmün, mehaz kanunda kanton hukuku hükümlerine atfı temin maksadile konduğu ileri sürülebilirse de

kanton hukuku hükümlerine atıf yapmak keyfiyeti haddi zatında muhitteki telâkkilere yer vermek lüzumu ile kabili izahtır.

VII. — Vazettiğimiz tarifin ışığı altında mütalâa edilecek olursa gerek banyo ve lavaboların ve gerek kalorifer tesisatının mütemmim cüz olduklarını teslim etmek gerekecektir. Hattâ bugünkü telâkkilerimizle bir evin, süknaya tahsis edilen bir binanın evveleminde banyo ve lavaboya ve ancak ikinci derecede kalorifere ihtiyacı olduğuna ve her iki nevi tesis bina ile az çok bir irtibat halinde bulunduğuna göre ilk bakışta banyo ve lavaboların ve su borularının mütemmim cüz teşkil ettiklerini daha kolaylıkla itiraf etmek mümkündür. Halbuki Federal Mahkeme kiracı tarafından konulmuş banyo tesisatına mütemmim cüz sıfatını esirgemişken «bina dahilinde inşa edilip onunla yekvücut olan ve ona sürekli bir şekilde tahsis edilen kalorifer tesisatının gayrimenkule inkılâp etmiş olduğunu kararaltına almıştır.» (R. O. 49. 2. 113, 2/IV/1914 tarihli kararı).

Şüphesiz ki biz kaloriferler hakkında ittihaz edilmiş bu kararı netice itibarile tasvip ediyoruz. Ancak aynı hal tarzının banyo ve lavabolara da teşmil edilmesi fikrindeyiz. Nihai olarak ve bir kere daha tebarüz ettirmekliğimiz icap eder ki, bize göre tahsisin muvakkat veya sürekli olduğu hakkında gözönünde tutulacak kıstas alâkalıların hakikî niyet ve tasavvurlarından ziyade bu niyet ve tasavvurlarının üçüncü şahıslar nezdinde ne şekilde anlaşıldığıdır. Kalorifer ve banyo ve bilhassa lavabo tesisleri üçüncü şahıslar nazarında hâdisede başkaca hususiyet olmadıkça binaya devamlı bir maksatla yerleştirildiği zehabı bulunduğundan mütemmim cüz sayılması iktiza eder.

Burada belki enteresan bir tefrik yapmak akla gelebilir. Denilebilir ki ilâveyi yapan kiracı ile malsahibi münasebetlerinde eklenen şeyi mütemmim cüz saymamak ve buna mukabil üçüncü şahıslar nazarında o şeyi, - üçüncü şahısların bu hususta edinecekleri kanaate uygun olarak - mütemmim cüz telâkki etmek menfaatler vaziyetine en iyi uyan bir hal tarzı olacaktır. Ancak kanunumuz taraflar arasında ve üçüncü şahıslara karşı olmak üzere iki türlü mütemmim cüz anlamına yer vermemiş olduğundan, bu tarzda bir tefrik cüretli ve belki de hatalı bir hal sureti teşkil etmekten hâli kalmamaktadır.

VIII. — İtiraf edelim ki binaya eklenen şey bilhassa kiracının eseri olduğu vakit mütemmim cüz mefhumunu dar bir sahaya hasretmek gibi bir temayül insiyakî olarak duyuluyorsa buna sebep ilâveyi yapan şahsa eklediği şeyi aynen geri almak imkânını sağlamak düşüncesidir.

Halbuki aynı gayeye mütemmim cüz mefhumuna dokunmadan varmak kabildir kanaatindeyiz. Filhakika, gayrimenkul sahibinden gayri bir kimse tarafından gayrimenkule eklenmiş olan şeyin bu kimse tarafından

geri alınabilmesi o şeyin mütemmim cüz sıfatını almamış olmasına her zaman için vabeste değildir. Çünkü Medenî Kanun asla sahip olanın heyeti umumiyesine de malik bulunacağını ifade etmiş ve bu suretle mütemmim cüzler üzerinde istihkak iddialarının serdine imkân bırakmamış ise de istirdat hakkını tabiatile mahfuz tutmuştur. İstirdat talebinin ise, mücerret mevzuubahs şeyin mütemmim cüz sıfatını almış olması hasebile tazminata münkalip olacağını emredecek bir hukuk kaidesi yoktur. Bilâkis haksız mal iktisabı mefhumu bu iktisaba mevzu teşkil eden mal veya kıymetin müktesibin mamelekinde kabili teşhis bulunduğu müddetçe prensip itibarile alacaklıya aynen iadesini âmir bulunmaktadır (Von Tuhr, sah. 382 ve zikrettiği Oser II, 1). Sade bu aynen iade vecibesinin bazı hudutlarla mukayyet olduğunu derhal söylemekliğimiz icap eder. Bu hudut ta daha evvelce tebarüz ettirdiğimiz veçhile aynen iade keyfiyetinin, alacaklıya temin edeceği menfaatle mütenasip olmayacak şekilde borçlu için ağır külfeti mucip olmasıdır. (Bakınız: VI ncı paragrafa ve Von Tuhr'dan naklen verdiğimiz misale). Çünkü aksi takdirde aynen iadeyi istemekte gösterilecek ısrar hüsnüniyete münafi düşer.

Bu fikre kuvvet veren mülâhaza sadece hüsnüniyet mefhumuna dayanmıyor; belki bunun yanında ayrıca elde edilmiş olan kıymet fazlasının geniş miyasta eksilmesini önlemek gibi ikinci bir düşünceye de istinat ediyor... Bu düşünce esasen Medenî Kanunun muhtelif maddelerinde tecelli etmektedir. Ezcümle Medenî Kanunun 648 inci maddesi husule gelmiş kıymet fazlalıklarının (plus-value'nün) muhafazasını içtimal menfaate uygun gördüğü için fahiş zararı mucip oldukça, asla malik olanın iradesi hilâfına tefrikine cevaz vermemiş, ve bu takdirde iade mükellefiyetinin tazminat ödemek borcuna münkalip olacağını beyan etmiştir. Keza 725 inci madde intifa hakkı sahibinin gayrimenkule yaptığı sarfiyat için intifa müddetinin nihayetinde tazminat istemeğe hakkı bulunduğunu ve ancak malik tazminatı ödemekten imtina eylediği takdirde ki yaptığı tesisleri gayrimenkulü eski haline getirmek şartile kaldırabileceğini bildirmiştir. Keza 907 nci madde zilyedin şeyin reddini istiyen malikten yapmış olduğu zarurî ve faydalı sarfiyatın iadesini istiyebileceğini söylemekte ve birinci kademedede aynen istirdat hakkından bahsetmektedir. Sadece malik kıymetlerin tazminine talip olmadıkça zilyed kendi tarafından asıl şeyle birleştirilen ve zararsız sayılması mümkün olan ziyadeleri refedebilir denilmiş, ve ziyadenin muhafazası bu hükümlerle temin olunmak istenilmiştir.

İşte kıymet fazlasının muhafazası düşüncesi hüsnüniyet kaidesile mezcedilince kiracının yapmış olduğu ilâveleri, fahiş bir zararı müeddi

olmadıkça aynen istirdada hakkı olduğu neticesine varmaktayız[7]. Netice itibarile hâdisemizde 648 inci maddenin icaplarına göre hareket etmiş oluyoruz ki bu maddenin evvelâ bu şekilde tatbikine ve saniyen uğraşmakta olduğumuz faraziyeğe teşmiline iki yönden itiraz etmek kabildir. Şimdi bu muhtemel itirazları cevaplandırmak icap ediyor.

IX. — Türk Medenî Kanununun 648 inci maddesi için Wieland gayrimenkul sahibinin malzemenin fekkini malzeme sahibinden istemek hakkını haiz bulunduğunu, bilmukabele malzeme sahibinin ise bunları kaldırmağa yetkisi bulunmadığını yazıyor (Wieland, 671 inci madde şerhi, Karafakı terc. s. 198). Biz bu kanaatte değiliz. Vakıa, T. M. K. 648/İ. M. K. 671 inci maddesi fahiş bir zararı müeddi olmadıkça gayrimenkul sahibinin malzemenin kaldırılmasını istiyebileceğini söylemiştir. Fakat bu demek değildir ki aynı şartlar altında malzeme sahibi malzemesini kaldırıp almak hakkından mahrum olsun... Kanundaki ibare gayrimenkul sahibine nazaran sevk edilmiş olduğundan bu şekli ifade kullanılmıştır. Yoksa kanun yalnız gayrimenkul sahibine münhasır kalacak şekilde bir hakkı hiyar tanımak istemiş değildir. Esasen hal tarzları arasındaki tenazur malzeme sahibine de ilâveyi refetmek hakkının tanınmasını zarurî kılar. Tuor da aynen şöyle diyor: «alâkalı malikler (yani gerek malzeme ve gerek gayrimenkul malikleri) hüsnüniyet sahibi iseler, herbiri mülkiyetin kendilerine izafesini istiyebilecekleri gibi infikâki de talep edebilirler.» (Tuor, sah. 473)

Hüsnü niyet sahibi malzeme sahibinin umumî prensipler mucibince haiz olduğu aynen istirdat talebini kendisinden. 648 inci maddede nezedden bir sarahat olmadığına göre Tuor'un tefsir tarzını Wieland'ın tefsirine üstün tutmak lüzumunu duyuyor ve böylelikle 648 inci maddenin tatbik şekli hakkında noktaî nazarımıza karşı Wieland'ın mütalâasına istinat olunmak suretile serd edilebilecek birinci itirazı cevaplandırmış oluyoruz.

X. — Hal tarzımıza karşı ileri sürülecek ikinci tenkit hâdiseye 648 inci maddenin 725 inci maddeye tercihan tatbik edilmiş olmasında toplanacaktır. İtiraf gerektir ki bu tenkit evvelkinden daha ciddidir. Zira, kiracının durumu alehtlak intifa hakkı sahibinin durumuna yakın olduğundan birden diğerine geçmek kolay gözükür. Saniyen binalara yapılan ilâvenin hususiyeti bakımından da 725 inci madde 648 inci maddeye nazaran ayrıca bir yakınlık arzeder. Çünkü 648 inci madde daha ziyade toprak üzerinde

[7] Belgesay başka bir münasebetle mısai kabildin kalorifer kazanının binaya zarar vermeden kaldırılabilir seylerden bulunduğunu kaydediyor. (Aynî Haklar, 3 üncü tabı, sah. 81). Hâdisede başkaca hususî bir durum olmadıkça biz de kalorifer kazanının fazla zararı mucip olmadan kaldırılabilir mevaddan bulunduğunu sanıyoruz.

yapılmış inşaatı kastederken 725 inci madde alelittlak bilcümle ilâveleri kastetmektedir. Esasen bazı müellifler ezcümle sayın hocamız Ord. Prof. Belgesay kiracı tarafından bina dahilinde yapılmış ilâvelere intifa hakkına kıyasen 725 inci maddenin tatbik edilmesi fikrindedirler. (Sahife 83, Aynî Haklar 3 cü tabı).

Bize kalırsa, kiracının gayri menkule ekleyip fahiş bir zararı müeddi olmadan kaldırabileceği ilâveleri arzu ve iradesi hilâfına gayrimenkul sahibine, velev tazminat mukabilinde olsun mal etmek, umumî prensiplere nazaran bir istisna teşkil edeceğinden 725 inci maddenin ihtiva ettiği hükümleri mevridine hasretmek ve kiracılara teşmil etmemek daha muvafık olur. İntifa hakkı sahibinin tasarruflarında vekâletsiz tasarrufta olduğu gibi mal sahibinin menfaati bahis mevzuu olduğu ve yapılan ilâvelerin devamlı ve bırakılmak maksadile yapıldığı farzolunabilir ve 725 inci maddenin sevki bu mülâhazalarla anlaşılabilirse de bilâkis kiracının yapmış olduğu ilâvelerin muvakkat bir maksatla ve geri almak niyetile yapılmış olduğunu kabul etmek hakikî icaplara daha ziyade uyar. Nihayet şu da var ki 725 inci madde mucibince tazminat itası, kiracının yalnız sarf ettiği parayı nakit olarak karşılayabileceğinden malzeme fiyatında arada husule gelebilmiş olan fiyat yükselmelerinden ilâveyi yapan şahsın mahrum olmasını intaç edecek ve bittabi kendisini tatmin etmekten uzak bulunacaktır. Kolaylıkla söküp alınabilecek bir takım tesisatı hüsnüniyetle ve galip ihtimalle tekrar geri almak maksadile yapmış olan bir kiracıya arzu ve iradesi hilâfına böyle bir âkıbet hazırlamak yani istirdat hakkını cebren tazminata kalbetmek her halde adalet ve nısfete de aykırı düşecektir.

Velhasıl bir malı mütemmim cüzü sayıp saymamak hususunda tarafların iradesine, —bu irade üçüncü şahıslarca malûm olmaması bakımından— esas itibarile kıymet verilemez ise de bilmukabele binaya eklenen şeyi, fâhiş bir zarar mevzuubahs olmadıkça, şahsî bir hak neticesinde geri almasını sağlamak suretile ilâveyi yapan şahsın iradesine hürmet ve riayet göstermek tasvibi gereken bir hal tarzı addolunmalıdır. Çünkü bu şekil mütemmim cüz mefhumundan beklenen gayelere münafi düşmediği gibi fertlerin iradesini azamî bir şekilde değerlendirmek imkânını vermektedir.

Bu dolambaçlı izahatımızdan sonra nihayet şu neticeye varıyoruz ki kiracı tarafından yapılmış olsa bile kalorifer banyo tesisatı ve lāvabolar Yargıtayın içtihadı hilâfına binaen mütemmim cüzüdür; ancak kiracının mal sahibinden bunları aynen geri istemek salâhiyeti vardır. Gayrimenkul sahibinin ancak fâhiş bir zararın vukua geleceğini ispat etmek suretile bu tarzda Yargıtayın gerekçelerinden ve mütemmim cüz hakkındaki

telâkkisinden esaslı bir şekilde ayrılmakla beraber verdiği hal tarzının netice itibrlile ileri sürdüğümüz bu izahat ışığında tasvip edilebileceğini sanıyoruz.

XI. — Karardaki gerekçelerin münakaşasını tamamlamak için şimdi, mal sahibinin kalorifer ve saire üzerine haciz koydurmuş olması keyfiyetinin davada değerli bir mesnet teşkil edip edemeyeceğini araştıralım.

Bir şeyin mütemmim cüz telâkki edilip edilmemesinde tarafların iradesinden ziyade üçüncü şahısların tasavvur ve telâkkileri rol oynadığından mal sahibinin haciz talebine ve hâdiseye bu şekilde hareket etmiş olmasına büyük bir kıymet izafe edilemez. Zaten icra memuruna hitaben yapılan irade beyanları mahkeme önünde yapılmış beyanlarla ezcümle ikrar ve kabul gibi muamelelerle aynı seviyede tutulamaz. Kaldı ki istihkak davasında alacaklının evvelki müdafaa sebepleriyle mukayyet olduğu ve yeni sebeplere de istinat edemeyeceği de sureti mutlakada söylenemez. İcra ve İflâs Kanununun muaddel 97 inci maddesi borçlu için (üçüncü şahsın iddiasının kabulü kendi aleyhine delil teşkil eder, ve ilerde bu ikrarı hilâfına hiç bir iddiada bulunamaz) demiş diğer alâkahların hattı hareketini takyit etmemiştir.

Esasen ayrıca ve bilhassa tebarüz ettirmek gerekir ki hâdisemizdeki dava İcra ve İflâs kanununun istihdaf ettiği mânada bir istihkak davası olmaktan çıkmıştır. Hakikaten İcra ve İflâs kanununun tanzim ettiği istihkak davasının mevzuu üçüncü şahıs tarafından serd edilen iddiaların alacaklının haciz hakkını takyit edip etmediğini açığa vurmaktadır. (Jaeger, fransızca tercümesi sah. 375, cilt I). Halbuki tahlilini yapmakta olduğumuz davanın icranın devam veya tatili ile bir alâkası kalmamış, çünkü müddeaaaleyh mevkiinde bulunan şahıs borçlunun haiz olabileceği hakka istinat etmekten sarfınazar ederek müdafaa sebebi olarak müstakilen müddeabih üzerinde mülkiyet iddia etmiştir. (Nitekim daha evvelce de mahcuz malın satışını talep etmekten her halde bu mülâhazalarla vazgeçmiş bulunuyordu). İşte bu sebeptir ki dava tetkik mercii önünde değil tabii olarak Asliye Hukuk Mahkemesi önünde cereyan etmiştir[8]. Bū-

[8] Mahcuz mallar üzerindeki istihkak iddialarının Asliye mahkemesine doğrudan doğruya arzolanabileceğini hocamız Belgesay kabul ediyor, çünkü 1940 tadilatının mahkemelerden bu gibi ihtilâfları hal yetkisini ref etmediğini kaydediyor. (İc, ve İf. Hukuku sah. 361). Biz ise, üçüncü şahıs ile alacaklı arasında tekevvün eden davada üçüncü şahıs borçlunun hakkına istinaf edeceğinden ve borçluya alt hakların alacaklı tarafından istimali ise ancak hususî hükümlerin müsaade ettiği nispet ve şekillerde calz görülmek gerektiğinden 97 nci maddenin sarîh ifadesi hilâfına üçüncü şahsın tetkik merciiinden gayrı bir kaza merciiinde alacaklıya tevcihi husumet edemi-

tün bu durum muvacehesinde müddeaaaleyhin müddeabihi evvelce alacaklı sıfatile haczetmiş olması keyfiyeti meselenin halline medar olacak mahiyette görülmemek iktiza eder.

Acaba başka bir cepheden bu haciz keyfiyetine bir mâna atfetmek mümkün müdür? Kalorifer ve saireye haciz koymakla alacaklı bunların asıl şeyden ayrılması hususuna rıza göstermiş telâkki olunabilir mi?

Bu سوالin tetkikine girişmezden önce hatırlamamız icap eder ki asıl şeyin sahibi mütemmim cüzün ayrılması hususunda bir taahhüde girişmişse bu taahhüt muteberdir ve prensip itibarile aynen kabili icradır. (Bakınız VI numaralı paragraf). Demek ki mal sahibinin bu yolda bir muvafakati sebk etmiş ise o zaman bu irade beyanı hâdisenin halline müessir olabilir. Fakat bizce mücerret kalorifer ve saireye haciz koydurmak talebi mezkûr mütemmim cüzülerin ayrılması taahhüdü mânasına gelemez. Çünkü konversiyon nazariyesinin bir nevi tatbiki demek olan bu tefsir tarzına haciz talebinde bulunan şahsın takip ettiği iktisadi gaye mâni bulunmaktadır. Filhakıka haczi vazettiren şahıs kalorifer vesair mütemim cüzüleri mülkünden ayırmak değil belki bu suretle mülküne katfi olarak ilhak gayesini takip etmiştir. Mütemim cüzü aslından ayırmak taahhüdünün ancak sarıh bir veçhe gösterdiği takdirde muteber sayılması vızumu ayrıca hatırlanacak olursa bu ivicaçlı yoldan gidildiği takdirde dahi hâdisedeki haciz keyfiyetinin davalı aleyhine bir unsur teşkil edecek mahiyette bulunmadığını kabul etmek gerekir. Bu bakımdan da, Yargıtayın verdiği gerekçeler, eğer aldanmıyorsak, tenkide şayan görülmek iktiza eder. Ancak sui tefehhümleri önlemek için tekrar edelim ki Yüksek mahkememizin hâdisede verdiği gerekçeleri benimsememle beraber varmış olduğu neticeyi evvelce uzun boylu izah ettiğimiz sebepler muvacehesinde kabili müdafaa addetmekteyiz.

XII. — Nihayet Yargıtayca ücreti vekâlet hakkında ittihaz edilmiş olan karara tamamen iştirak ettiğimizi bildirelim. Davayı kaybeden tarafa tahmil edilecek vekâlet ücreti hususunda Avukatlık kanununun 131 inci madesi doğrudan doğruya tarifeye atıf yapmakta, tarifede mahkûmunbihi esas tutmaktadır. Mahkûmunbihi tayin edecek makam ise, davaya yabancı bulunan icra dairesi değil, talep ve müdafaa ile mukayyet olarak hakkı takdirini kullanacak olan mahkemedir. Müddeabih davacı tarafından 40.000 lira kıymetinde gösterilmiş ve harç bu miktar üzerinden verilmiş olduğu halde buna karşı müddeaaaleyh, —Yargıtayın haklı

yeceği mütalâasındayız. Mahkemede bahis mevzuu olabilecek olan istihkak iddiaları tarafeynin müstakilen aynı bir hak iddiasında buldukları davalar olacaktır. Nitekim hâdisede dava Asliye hukuk mahkemesi tarafından görülmüştür.

olarak tebarüz ettirdiği veçhile— hiç bir itirazda bulunmadığına göre Yüksek mahkememizin bu noktaya matuf bozma kararı kanun hükümlerine tamamen ugun düşmektedir.

İ. E. P.

Vasiyetname yolu ile tesis, — Tescilin mahiyeti

T. C.

YARGITAY BİRİNCİ HUKUK

DAİRESİ

Sayı: E. 1365 — K. 1074

Mütevaffa Vehbinin hali hayatında iddia olunan kitapları vasiyet tarikile Süleymaniye Kütüphanesine vakfetmiş olduğu şahadetle sabit olmuş, mübrez vasiyetnamenin tarihine nazaran hâdisede tatbiki lâzım gelen Kanunu Medeninin 74 üncü maddesi mucibince vasiyet tarikile dahi tesisin vücut bulacağı musarrah ise de yine bu tarikile dahi yapılan tesislerin tescil edilmediği cihetle davanın reddine dair İstanbul Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesinden sadır olan hüküm Maarif Müdürlüğü vekili tarafından temyiz olunarak nakzi talep olunmakla mezkûr hüküm, ilâm ve evrakı müteferriası bittetik icabı müzakere olundu:

Karar:

Tesisin vasiyet yolile yapılmış ve vasiyetnamenin Kanunu Medeninin 485 inci maddesine uygun olarak [1] tanzim edilmiş olduğu anlaşılmuş olmasına ve Kanunu Medeninin 74 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yazılı (tesisın mahkeme siciline kaydı) icra olunacağına mütedair olan hüküm tesisin sıhhati için konulmuş bir şart olmayıp ancak kanunun vasiyet hakkında beyan ettiği şekillerden birile vücut bulan tesisin şahsiyeti hükmiye iktisabı için mahkeme siciline kaydı lüzumunu mukayyit bulunmasına mebnî hâdisede kanunun bu kast ve vazıları gözönüne alınarak ona göre dava ve ihtilâfın halli icap ederken mahkemece bundan zühul ile ilâmda yazılı olduğu üzere vasiyetnamenin tesli edilmemiş olduğundan bahs ile davanın reddine karar verilmesi muhalifi kanun olduğundan ve nakız talebi bu sebeple varid görüldüğünden H. M. U. K. m. 428 e tevfikan (nakına) tarihinde ittifakla karar verildi.

Bu kararda, birisi tâli diğeri daha esaslı olmak üzere, iki noktaya temas edilmektedir: Birisi vasiyetname yolile bir tesisin vücuda getirilip

[1] *İstanbul Barosu Dergisi'nin* Mart 1947 sayılı nüshasının 143 üncü sahifesinden naklettiğimiz bu kararın metninde —her halde bir zühul eseri olarak— 458 ci madde yazılıdır. Bu madde ıskatın hükümlerine ait olup mesele ile alâkası yoktur. 485 inci madde ise el yazısı ile vasiyetname şekline ait olup hâdisemizle alâkalıdır.

getirilemeyeceği, diğeri de tescile müteallik hükmün hukukî mahiyetidir. Bunları sırasile ele alarak Yargıtayın mutalâalarını inceliyelim:

I. — *Vasiyetname yolu ile tesis.*

Bir tesisin vasiyetname ile ve kanunun vasiyetnameler için derpiş ettiği resmî, el yazılı ve şifahî şekillerden herhangi birile yapılabileceği şüphe götürmeyen bir açıklıkla kanunda bildirilmiştir. Filhakika, kararda da zikredildiği gibi, Medenî Kanununun 74 üncü maddesi:

«Tesis, resmî bir senetle yahut vasiyet tarikile vücut bulur.»

Kaidesini vazettikten sonra 473 üncü maddesi de:

«Tasarruf nisabının tamamı yahut bir kısmı vakfolunabilir.»

Demek suretile bir tesisin ölüme bağlı tasarruflardan ancak vasiyetname ile yapılabileceğini ve miras mukavelesile buna cevaz olmadığını bildirmektedir. Bu kaide tasarrufun şekil şartıdır. Muhtevası da ancak tasarruf nisabı dahilinde olabileceğini bildirilmektedir ki bu da esasa müteallik şarttır.

Asliye Mahkemesi de Yargıtay da bu noktayı kabul etmiş bulunmaktadırlar. Asliye Mahkemesinin karar hülâsasından tesisin «vasiyet» tarikile yapıldığı, Yargıtay kararından ise bu vasiyetnamenin Medenî Kanununun 485 inci maddesine uygun olarak, yani «el yazısı ile vasiyetname» şeklinde meydana getirildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda da söylediğimiz gibi vâkıf meydana getireceği tesisi isterse el yazısı ile vasiyetname, isterse resmî vasiyetname şekillerinden birile meydana getirebileceği gibi fevkalâde hallerde şifahî şekli de ihtiyar edebilir (M. K. m. 478, 479 - 484, 485, 486 - 488) [2]. Bunlar arasında tesisin meydana getirilmesi bakımından, nifaz ve müessiriyet bakımlarından hiçbir fark yoktur; yeter ki kanunun aradığı şekil unsurları, bu vasiyetnamelerin herhangi birinde tamamiyle ve eksiksiz olarak mevcut bulunsun.

Hâdisede el yazısı ile vasiyetnamenin iptali talep edilmediğine göre, el yazısıyla yapılmış olan vasiyetnamenin kanuna uygun bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla tesise tahsis olunan mallar (kitaplar) ve tahsis ciheti (Süleymaniye kütüphanesi) vasiyetnamede bildirilmiş bulunmaktadır. Ancak asliye mahkemesi kararında müphem kalan, hattâ kanaatımızca mütenakıs gibi görülen bir nokta vardır; filhakika tesise tahsis olunan mallarla bu malların tahsis ciheti «şehadetle sabit» bulunduğu bildirilmektedir. Şifahî vasiyetnamede, vasiyetçinin son arzularını zapteden iki şahit bulunursa da, el yazısı ile vasiyetname tamamiyle gizli ola-

[2] Tafsilât için bak: Dr. Ferit Hakkı Saymen, Medenî Hukukumuzda hükmlî şahıslar, İstanbul 1944, sah. 245 - 246.

rak yapıldığına göre, bu tarz vasiyetnamelerde şehadete yer olmadığı gibi, yazılı bir vesika ortada dururken ve buna hiç bir veçhile itiraz vaki olmamış iken, niçin ve ne suretle şahit dinlendiği ve vasiyetnamede bildirilmiş olan hususların şehadete sabit bulunduğu keyfiyetini anlamak çok müşküldür. Yargıtay kararında buna müteallik hiç bir kayda, hattâ bir imaya dahi tesadüf olunamamaktadır. Bu cihetin herhalde tasrih ve iza-hı icap ederdi.

II — Tescilin mahiyeti:

Mevzuu bahsolan mesele şudur: Medenî kanununun 74 üncü maddesinin 2 nci fıkrası tesisin mahkeme siciline kaydı icra olunacağını bildirmekte bulunmasına göre, bu tescilin yaratıcı (ihdasî) veya bildirici (izharî) olup olmadığının tayinidir. Yani tescil, mevcut olan hükmî şahsiyeti ancak üçüncü şahıslara tanıtmak gayesini güderek ona bir şey ilâve etmiyorsa, bildirici, izharîdir; halbuki hükmî şahsiyet ancak tescilden sonra meydana geliyorsa, hükmî şahsiyet tescil ile tekemül ve tahakkuk ediyorsa, bu takdirde tescil yaratıcı, ihdasîdir. Kanunumuzda cârî olan sistem hangisidir?

1. Medenî Kanununun tesislere müteallik 74 üncü maddesinin 2 nci fıkrasındaki hükmü lâyıkile ihata edebilmek için hükmî şahıslara ait umumî bir kaide vazeden 45 inci maddeyi gözönünde bulundurmak ve meseleyi bu madde ışığı altında mütalâa etmek zaruridir.

45 inci maddenin birinci fıkrası aynen şöyledir:

«Başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere teşekkül eden cemiyet ve şirketlerle kendilerine hâs bir mevcudiyeti ve muayyen bir gayesi bulunan müesseseler, sicillerine kayırtlarını icra ettirmekle şahsiyet iktisap ederler.»

Ticaret Kanununun hususî hükümlerine tâbi bulunmaları itibarile burada yeri olmıyan şirketleri bir tarafa bırakırsak, bu maddeye göre cemiyetler ile müstakil ve muayyen gayeli müesseseler ancak tescil ile şahsiyet iktisap edebilirler. Binaenaleyh Medenî Kanunumuz hükmî şahısların şahsiyet iktisaplarını tescile tâbi tutmuş ve bu tescili de izharî değil ihdasî kılmıştır. Şurasını derhal ilâve etmek lâzımdır ki, bu madde hükmü cemiyetlere müteallik Medenî Kanununun 53 üncü maddesile gayri kabilli telif bir durum yaratmaktadır. Filhakika bu 45 inci madde hükmî şahsiyetin iktisabı için tescil sistemine bağlanmış bulunurken mezkûr 53 üncü madde cemiyetler için serbest teşekkül sistemini nizamlamakta ve ezcümle şöyle demektedir:

«Siyasî, dinî, ilmi, bedii, hayrî cemiyetlerle eğlence ve idman cemiyetleri ve asıl gayeleri iktisadî olmıyan diğer cemiyetler, *nizamnamelerinin*

de cemiyet olarak teşekkül arzusunu izhar etmekle şahsiyet iktisap eder.»

Bu hüküm, 28/6/1938 tarihli ve 3512 «Cemiyetler Kanunu» nun birinci maddesini tadil eden 11/6/1946 tarihli ve 4919 sayılı kanunda tekrarlanmış bulunmaktadır. Muaddel birinci maddenin 2 nci fıkrasına göre:

«Dernekler (yani cemiyetler), tüzüklerinde (yani nizamnamelerinde) dernek olarak kurulmak isteğini açığa vurmakla tüzelkişilik (yani hükmi şahsiyet) sahibi olurlar.»

Bu iki maddeye göre, cemiyetler, serbest teşekkül sistemine tâbi olarak, cemiyet halinde meydana gelme iradesini nizamnamesinde izhar etmekle şahsiyet iktisap etmiş olacaktır; halbuki 45 inci madde ise cemiyetlerin de diğer hükmi şahıslar gibi tescil ile ancak şahsiyet iktisap edebileceğini bildiriyor. 45 inci madde ihdasî tescil sistemini 53 üncü madde ise serbest teşekkül sistemini tervic etmiş bulunmaktadır ki bunların bir arada bağdaşması kabil değildir.

Bu tehalüfü nasıl ortadan kaldırmak kabildir? Mehaz İsviçre Medeni Kanununun 45 inci maddemize tekabül eden 52 nci maddesi okunursa, mezkûr 45 inci maddemizin hem yanlış ve hem de eksik olarak tercüme ve iktibas olunduğu görülür. Filhakika mehaz kanunun 52 nci maddesi şöyle tercüme olunabilir:

«Korporatif şekilde kurulan şirketlerle kendilerine hâs bir mevcudiyeti ve muayyen bir gayesi bulunan müesseseler ticaret siciline kaydolunarak şahsiyet iktisap ederler.

«Âmme idare ile âmme müesseseleri, iktisadî bir gaye gütmeyen cemiyetler, dinî tesisler ve aile tesisleri bu hükümden müstesnadır.»

Bu maddeye göre tescil bakımından hükmi şahısları muhtelif gruplara ayırmak kabildir:

a) Korporatif şekilde meydana getirilen şirketler, Rossel'e göre anonim ve kooperatif şirketler ancak tescil ile şahsiyet iktisap ederler.

b) Müesseseler de ancak tescil ile şahsiyet iktisap ederler. Bu müesseseler (Etablissements) nelerdir? Kanun bunu tasrih etmemiş olmakla beraber, İsviçre doktrini bu tâbire tesislerin (Fondations) gireceğini kabul etmektedir. Filhakika Rossel «kendisine hâs bir mevcudiyeti ve muayyen bir gayesi bulunan müesseseselere» yani tesislere gelince, ileride izah edilecek olan 80 ve 89 uncu maddelere atıfta bulunmakta ve bu ifadesile tesisleri bu müesseseler meyanına ithal etmiş bulunmaktadır [3]. Tuor'da aynı kanaattedir [4]. Binaenaleyh tesisler ancak tescil ile şahsiyet iktisap ederler ki bu hüküm 74 üncü maddede tekrarlanmış bulunmaktadır.

[3] Rossel et Metha, cilt I, sah. 125, no. 179.

[4] Tuor, § 15, II, a, no. 1, sah. 103.

c) İktisadî gaye güden cemiyetler de tescile tâbidir. Burada cemiyet kâr paylaşmak gayesini gütmemekle beraber âzaları arasında iktisadî veya malî bazı muameleler yaptırmayı istihdaf edebilir. Meselâ âzasını tasarrufa alıştırmak için kumbara tevzi ederek cârî hesap açmak gayesini güden bir cemiyet, şirket olmamakla beraber tamamen ideal gaye güden cemiyetten de ayırmak lâzımdır. Üçüncü şahısların hâtaya düşmemesini temin için kanun bunları da tescile tâbi tutmuştur. Netekim Medenî Kanunumuzun 54 üncü maddesi «gayesine erişmek için ticarî şekilde icrayı sanat eden bir cemiyet kendisini sicille kaydettirmekle mükelleftir» kaidesini vazetmektedir [5].

d) Tescile tâbi olmıyan hükmi şahıslar ise âmme idareleri ve âmme müesseseleridir. Bunlar esasen Medenî hukuk çerçevesi dışında bulunmaktadır. Bunlar ekseriya hususî bir kanunla şahsiyet iktisap ederler.

e) Gayesi iktisadî olmıyan cemiyetler de tescile tâbi bulunmamaktadır. Medenî Kanunun 53 üncü maddesile muaddel Cemiyetler Kanununun 1 inci maddesinin 2 nci fıkrasına ve mehzadan yanlış ve eksik tercüme olunan 45 inci maddemize tekabül eden 53 üncü maddeye göre bu cemiyetler serbest teşekkül etmek mazhariyetini haizdirler. Netekim Medenî Kanununun 54 üncü maddesinin 1 inci fıkrası da bu gibi cemiyetler için tescilli ihtiyarî kılmakla kaideyi teyid etmektedir. Bu fıkra aynen şöyledir: «Nizamnamesi müessisler tarafından kabul edilmiş ve idare heyetini teşkil etmiş olan her cemiyet, *kendisini sicile kaydettirebilir.*»

f) Dini tesisler ile aile tesisleri de tescilden müstesnadır.

Hükmi şahıslara müteallk umumî bir hükmü ihtiva eden 45 inci maddemizi mehzazın metni yardımıyla açıklamış bulunurken [6] tesislerin şahsiyet iktisap edebilmeleri için tescile tâbi olduklarını da kaydetmiş oluyoruz.

2. İşte bu umumî hükme uygun olarak 74 üncü maddemiz tesislerin ancak tescil ile şahsiyet iktisap edebileceklerini tekrarlamaktadır. Şu halde burada artık tescilin ihdasî veya ihzarî olup olmadığını araştırmaya mahal yoktur; zira 74 üncü madde 45 inci maddeye bağlı bulunduğu ve bu

[5] Tafsilât için bak: Ferit H. Saymen, ismi geçen eser, sah. 57 v. d.

[6] 28/11/1945 tarih ve E. 13/ K. 15 no. lı Tevhidî İctihat Kararı, kanunumuzun tefsirinde mehzaz kanuna bakmaktan vazgeçemeyeceğimizi bildirmektedir. Biz de buna istinaden bu karışık meseleyi aydınlatmaya gayret ediyoruz. Bu karar ve karar hakkındaki notumuz için bak: Hukuk Fakültesi Mecmuası 1947, cilt XIII, sayı 1, sah. 343 v. d., bilhassa sah. 357 - 359.

madde hükmüne nazaran şahsiyetin ancak tescil ile iktisap olunabileceği bildirildiğine göre kanun tescili ihdası olarak kabul etmiş bulunuyor.

Filhakika doktrin de meseleyi bu şekilde kabul etmektedir. Ancak ufak bazı farklarla.

a) Ezcümle Profesör Samim Gönensay şu mütalâadadır: «Tesisin vücade gelmesi ve şahsiyeti hükmiye iktisap etmesi için lâzım gelen şekillerden bir ikincisi de, 74 üncü maddenin ikinci fıkrasında münderiç olduğu üzere, tesisin mahkeme siciline kayıdır. Tesis resmî bir senetle veya vasiyet tarikile vücade getirilmediği surette batıl olacağı gibi, sicile kaydedilmedikçe de şahsiyet iktisap edemez. Vakfın şahsiyet iktisap edebilmesi için sicile kaydı meşrut olması, vakfın aleniyetini temin ederek vakıf ile münasebette bulunacak şahısları, vakfın gaye ve teşkilâtından haberdar etmek ve alehusus vakfın hükümet tarafından teftiş ve mürakabesini temin ve teshil etmek maksadına müstenittir [7].»

Profesör Esat Arsebük de aynı kanaatte bulunarak, «tesisin tescili lâzımdır. Mameleke hükmi şahsiyet ancak tescil ile izafe edilebilir» demektedir [8].

Rossel ve Mentha da aynı fikirde bulunmaktadırlar. Bu müellifler aynen şöyle demektedirler: «Kanunumuzun kat'î metni, tesislere hukukî mevcudiyetin izafesi için sicile kaydı şart kalmıştır. Halbuki bu şart öntasarıda mevcut değildi. Almanca raportör M. Huber'in Millî Mecliste bildirdiği gibi: (Şahsiyet iktisabı için, bir aleniyet tedbirinin hakikî faydalar sağlayacağını ve pek şiddetli bulunmıyacağını eksperler komisyonu takdir ve kabul etmiştir.) Tescil sadece bir intizam tedbiri olarak vaz edilmiş değildir; yaratıcı bir şekil kıymetini haizdir, şahsiyetin meydana gelmesi için zarurîdir» [9].

b) Görülüyor ki bütün bu müellifler tescili zarurî bir şekil şartı olarak kabul etmektedirler. Halbuki diğer bazı müellifler ise tescilin lüzumunu inkâr etmemekle beraber bir tefrik yapmakta bir yandan tesisin teşekkülünü, diğer yandan da hükmi şahsiyet iktisabını birbirinden ayırmaktadır. Yani tesisin doğması, teşekkül etmesi, vücut bulması için resmî senet veya vasiyetnamede bir tesis meydana getirmek iradenin izhar edilmiş olması kâfidir. Bu suretle teşekkül eden tesis henüz hükmi şahsiyeti haiz değildir, tâbir caiz ise cenin halindedir. Medenî haklardan istifade edebilir, fakat medenî hakları henüz mutlak şekilde kullanamaz,

[7] Samim Gönensay, Medenî Hukuk, cilt I, İstanbul 1936, sah. 190 - 191.

[8] Esat Arsebük, Medenî Hukuk, cilt I, İstanbul 1938, sah. 343 no. V.

[9] Rossel et Mentha, cilt I, sah. 172 - 173 no. 260.

mevcudiyetini üçüncü şahıslara karşı dermeyeran edemez. Şahsiyeti iktisap edebilmesi için tescil olunması lâzımdır. Bundan sonra tam ehliyeti haiz bir hukukî varlık olarak meydana gelmiş bulnur [10].

Profesör Hıfzı Veldet de aynı fikirde bulunarak diyor ki: «Yukarıki şekillere (yani resmî senet veya vasiyet şekillerinden birine) riayet olunarak yapılan bir *tesis meydana gelmiş, fakat henüz tüzel kişilik iktisap etmemiştir*; bunun için Medenî Kanununun 45 inci maddesi ve yukarıda zikrolunan 74 üncü maddenin ikinci fıkrası gereğince, tesis mahkeme siciline kaydedilmek lâzımdır» [11].

Profesör Mustafa Reşit Belgesay da bu hususta oldukça açık bir ifade kullanarak şu satırları yazmaktadır: «Vakıf teşekkül etmek için resmî tesis senedinin veya vasiyetnamenin tanzimi lâzım ve kâfi ise de şahsiyet iktisap edebilmek için 45 inci madde mucibince siciline kaydedilmek te lâzımdır» [12].

Profesör Tuor da aynı kanaati izhar etmektedir: «Aile vakıfları ile dinî vakıflar müstesna bu iki muamele (yani vasiyetname veya resmî senet) tesisi henüz yaratmaz; bu muameleler tesise ancak bir hayat nüvesi verir; tescilin icra olunabileceği ve şahsiyetin iktisap edilebileceği temeli teşkil eder» [13].

Görülüyor ki doktrinde, tesisin şahsiyet iktisap edebilmesi için tescilin yapılması zarurî görülmekte ve bu tescile (tâbir pek de kullanılmamakla beraber) ihdasî bir mahiyet izafe olunmaktadır. Ancak ayrılık, tescilden evvel tesisin mevcut bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Bir kısım müelliflere göre tescil yapılmadıkça tesisin hiç bir mevcudiyeti yoktur; diğer bir kısımlarına göre ise tesis mevcuttur, ancak şahsiyet iktisap edebilmek için tescile ihtiyaç vardır.

Asliye mahkemesi ile Yargıtay arasındaki görüş farkı da bu aynı doktrinal nokta üzerinde toplanmaktadır: Asliye mahkemesi tescil yapılmadıkça tesisin hiç bir mevcudiyeti olmayacağı kanaatinde bulunmuş iken, Yargıtay bilâkis bu tescilli «*tesisin sıhhati için konulmuş bir şart olmayıp ancak kanunun beyan ettiği şekillerden biri ile vücut bulan tesisin şahsiyeti hükmiye iktisabı için*» kanunun aradığı bir şekil unsuru olarak telâkki etmekte ve doktrinde belirmiş olan ikinci noktai nazarı tervic etmiş bulunmaktadır.

[10] Ferit H. Saymen, İsmi geçen eser, sah. 60, b; 247, no. 2.

[11] Hıfzı Veldet, Medenî Hukuk, cilt I, İstanbul 1945 sah. 249, no. 2.

[12] Mustafa Reşit Belgesay, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, 4. bası, cilt I, İstanbul 1945, sah. 219, no. 3.

[13] Tuor, § 17, no. I, b, sah. 113.

3. Bu hususta kıyas pek de caiz olmamakla beraber tesis ile olan yakın benzerliği dolayısıyla bir emsal aramak icap ederse, Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden evvel memleketimizde mevcut olan vakıfları bir nizama bağlamak için ısdar olunan Vakıflar Kanunu - belki de müktesep hakları korumak düşüncesiyle daha ileri giderek - tescili emretmiş olmakla beraber bu muameleye ihdasî bir mahiyet vermemiş, bilâkis bunu tamamen izharî olarak kabul etmiştir. Filhakika mezkûr kanunun 7 nci maddesine göre:

«Vakıfların mahkeme veya vakıf kütüğüne kaydedilmiş olup olmaları şahsiyetlerine hâlel getirmez. Şimdiye kadar tescil edilmemiş olan mülhak ve mazbut vakıfların bu kanun hükümleri yürümeğe başladığından itibaren beş yıl içinde vakıflar kütüğüne kaydedilmeleri mecburidir. Bu müddet içinde kaydedilmemiş olanlar yine hükmi şahsiyetlerini kaybetmezler. Ancak kayıt ile mükellef olanlar mesul olur...»

Görülüyor ki Vakıflar Kanunu gayet sarîh olarak tescili hükmi şahsiyetin iktisabı için bir şart olarak aramamakta, hükûmetin kontrol ve mürakabesini temin etmek, üçüncü şahıslar tarafından tanınmalarını sağlamak için sadece bildirici, izharî olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Yargıtay kararı bu bakımdan da yerindedir.

4. Ancak bu kararda muallakta kalmış olan ve bazı iltibaslara meydan vermesi mümkün görülen bir noktaya temas etmek istiyoruz. Filhakika kararda aynen şu ibare kullanılmaktadır:

«...Ancak kanunun vasiyet hakkında beyan ettiği şekillerden birile vücut bulan tesisin şahsiyeti hükmiye iktisabı için siciline kaydı lüzumu...»

Bu ibareden anlaşılacağına göre tescil hakkında yukarıdanberi yaptığımız tahlillerin ancak vasiyet tarikile meydana gelen tesisler hakkında muteber olacağıdır: Karar «ancak» kelimesini kullanarak sadece bunları kastetmiş gibi görülüyor.

Hiç şüphe yok ki hayatta yapılan ve resmî senede bağlanmış bulunan tesisler hakkında da tescil aynı mahiyeti haiz olacaktır. Zira tesisin şu veya bu suretle meydana gelmesinin tescilin hukukî mahiyetine hiç bir suretle tesiri olmamak lâzım gelir ve olamaz da. Binaenaleyh tesisin ister vasiyetnameler hususunda kanunun derpiş etmiş olduğu üç şekilden herhangi birile veya resmî senet ile meydana gelmesi tescile asla tesir icra etmez. Kararda bu nokta da belirtilmiş olsaydı daha isabetli olurdu kanaatındayız.

Gabin — Müzayaka — İstifade şartı [1]

T. C.

YARGITAY BİRİNCİ HUKUK

DAİRESİ

No.: Esas: 6096 - Karar: 5306

Tarihi: 28/12/1946

Mahkemesi: İstanbul Asliye on birinci Hukuk Yargıçlığı

Davacı: İhsan Karcı

Davalı: Şaziye

İstanbulda Beşiktaşta Serencebey yokusunda 25 numaralı evde oturan emekli binbaşısı Dr. İhsan Karcı vekilli avukat Abdülkerim Güneytin, aynı yerde ve halen Ankara'da Bankalar karşısında Kocabaş apartimanında üç numarada oturan Muhammer Kocabaş yanında Şaziye Kocabaş aleyhine; müekkilinin kardeşi bulunan davalı müekkilinin hulûs ve saffetinden bilistifade müekkilini iğfal ederek müstereken mutasarrıf buldukları Beyoğlunda Mecidiyeköyü Asfalt sokağında kâin 38 ada, 1 parsel numaralı ve yine Mecidiyeköyünün Karkuyusu mevkiinde 44 ada, 7 parsel numaralı ve keza Asfalt sokağında 4 pafta, 38 ada, 3 parsel sayılı arazilerin 1024 hissede 260 hissesini gaönlü fahiş ve 1000 lira gibi cüz'î bir bedel mukabilinde satın alarak namına tescil ettirmiş ve 1000 lira bedelli de tediye etmiyerek ancak 526 lira ödemiş olduğundan alınan tapunun iptali ile müekkilî namına tashihine ve tedbir kararının hüküm kat'ilesinceye kadar devamına karar verilmesi talebi ile açtığı davadan dolayı yapılan yargılamada iddia olunan gayrimenkullerin ferağ muamelesinin 3 kânunuevvel 1943 tarihinde yapılmış ve bu tarihten bir sene gecmeden 15/4/1944 tarihinde dava açılmış olmasına göre hâdisede müruru zaman mevcut olmadığından davalı vekilinin bu noktaya matuf itirazının reddine karar verildikten sonra yapılan inceleme sonunda:

Tafsilâtı mahkeme tutanağının incelenmesinden anlaşıldığı gibi davalının davacının ihtiyar ve tecrübesiz olmasından ve hiffetinden bilistifade iğfal ederek heyeti umumiyesi 34.315 lira değerinde bulunan iddia olunan gayrimenkul hisselerin 1000 lira gibi cüz'î bir bedel mukabilinde davacıdan satın almağa muvaffak olduğu ve ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu şühudun şehadetî ve bilirkişî raporları ve sigorta şirketinden ve tapu sicil muhafızlığından gelen cevaplar gibi yekdiğerini teyid eden kuvvetli delillerle anlaşılmış olduğundan Borçlar Kanununun 21 inci maddesine tevfikân davalıya yapılan satışın iptali ile bedelli meblî olarak verilen 1000 liranın davacıdan alınarak davalıya verilmesine ve iddia olunan gayrimenkul kaydının davacı namına tashihine ve ittihaz olunan tedbiri ihtiyatî kararının

[1] Müfrit Erkuayumcu tarafından toplamp «İleri Hukuk» Mecmuasının Nisan 1947 tarihli ve 22 sayılı nüshası sah. 304 den alınmıştır.

hüküm kat'leşinceye kadar devamına dair İstanbul Asliye 11 inci Hukuk Yargıcılığın-
dan verilen ilâmın dairece duruşmalı olarak incelenmesi davalı vekilinin istemesile
izahatları dinlendi.

Temyiz Kararı:

Davacı, Borçlar Kanununun 21 inci maddesinde yazılı şartlardan müzayaka ha-
line dayanmış ve şahit dinletmiştir. İstima edilen şahitler davacının satış yaptığı za-
manda yaşlılığı münasebetile doktorluk yapamadığından ve aldığı tekaüt maaşı ken-
disini geçindirmeğe yeterli olmadığından ve o sırada da oğlu müteverrim ve kızı
apandisitlen ameliyata ihtiyacı bulunduğundan işbu müzayaka halile gayrimenkulü-
nü davalıya sattığını söylemiştir. Şahitlerin bu beyanatından anlaşıldığına göre da-
vacı ile davalı arasındaki akıdde kendileri hazır bulunmamışlar ve bittabi davalının
davacının bu müzayaka halinden ne suretle istifade ederek bu satışı vukua getirdiğini
izah edememişlerdir. Mahkeme de bu hususta başka delil aramamış olmasına rağmen
davalının, müddeinin müzayaka halinde bulunmasından ve hulûs ve saffetinden isti-
fade ettiğinin tahakkuku lâzım geldiğine kail olmuş ve 9/5/1946 tarihli celsede müd-
dealeyle müzayaka halinde bulunmasından ve hulûs ve saffetinden istifade ederek
müddeabih gayrimenkulleri cüz'î bedelle satın aldığına dair davacıya resen and içir-
miştir. H. U. M. K. 356 ncı maddesi de ancak iddia olunan hususun kat'î delillerle
ispat edilmemiş olduğu veyahut iddia olunan hususu ispat için irae olunan delillerin
hüküm verilecek derecede kanaat vermediği takdirde resen yemin teklif edebilir. Da-
vacıya müddealeyle ne suretle kendisinin müzayaka halinden istifade suretile bu
akdi vukua getirdiği hakkındaki delili sorulmamıştır. Binaenaleyh davalının, müd-
deinin müzayaka halinden istifade suretile bu akdi vukua getirdiği anlaşılmamakla
beraber satış tarihinde gayrimenkullerinin fazla kıymetli olduğunu iddia eden akıl
ve suuru yerinde ve münevver olan davacının yaşadığı şehir itibarile her zaman
başka alıcı bulabileceğine göre ne gibi sebep ve saiklerle davalıya dün bedelle sat-
mağa mecbur olduğu da karar mahallinde izah edilmemiştir.

Yukarıda yazılı sebeplere binaen verilen kararda isabet görülmediğinden ve
temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına obyir-
liğile karar verildi.

I — Hâdise :

Asliye mahkemesi kararile Yargıtay kararından anlaşılacağı üzere hâ-
dise şu şekilde vukua gelmiştir. Mütekait hekim binbaşı diğer bir kimse ile
bir takım gayrimenkullere birlikte malik bulunmaktadır. Yaşının ilerlemiş
olması dolayısıyla mesleğini icra edemiyen binbaşı ancak tekaüt maaşile ge-
çinmek zorundadır. Bu arada oğlu veremli ve kızı da apandisitli olup ameli-
yata muhtaçtır. Gayrimenkullere kendisiyle birlikte malik bulunan şeriki bu
durumdan istifade ederek 35 bin liraya yakın kıymette bulunan gayrimen-

kulleri 1000 lira mukabilinde satın almış, satış muamelesi tapuya tescil olunmuş, ve satıcıya bu bedelin de ancak 500 kûsur lirası verilmiştir. Davacı bundan sonra gabin sebeble akdin iptaline gitmiş, davalı müruru zaman def'inde bulunmuş ise de mahkeme müddetleri hesaplıyarak bir senelik müddetin henüz geçmemiş olduğunu tesbit ederek bu def'i reddetmiş ve esasa girişerek akdin iptaline karar vermiştir.

II — Kararın tahlili :

a) Asliye mahkemesinin mütalâası :

Asliye mahkemesi : 1. Gayrimenkullerin değeri olan 35 lira ile satış bedeli olan 1000 lira arasında açık bir nisbetsizliğin bulunduğu şahitlerin şahadeti, bilirkişi raporları, sigorta şirketi ve tapu sicil muhafızlığı mütalâalarına dayanarak kanaat getirmiştir.

2. Satıcının mütekaît bulunup tekaüt maaşile gecinmekte olması, oğlunun veremli ve kızının ameliyata muhtaç apandisitli bulunması hâdiselerini müzayaka şartının tahakkuku için kâfi görmüştür.

3. Alıcının bu hallerden istifade ettiğini teklif ettiği yeminle tayin ve tesbit eylemiştir.

b) Yargıtayın mütalâası :

Yargıtay da şu mütalâalara dayanarak asliye mahkemesinin mütalâalarını çürütmüştür:

1. Şahitler akdin in'ikadı sırasında hazır bulunmadıklarından davacının bulunduğu müzayaka halinden davalının ne suretle istifade ettiğini izah edememişlerdir.

2. Mahkeme davacıya da bu istifadenin ne suretle vukua geldiğini sormaksızın davalıya resen yemin teklif etmiştir ki buna salâhiyeti yoktur (H. U. M. K. m. 356).

3. Davacının şuuru yerinde ve münevver bir kimse olması, alıcısı fazla bulunması ihtimali çok olan İstanbul gibi bir şehirde ikamet eylemesi gözönünde bulundurularak ne gibi sebep ve saiklerle davalıya dûn bir bedelle gayrimenkullerini satmağa mecbur olduğu tesbit olunmamıştır.

c) Düşüncelerimiz :

Yargıtay kararı ile asliye mahkemesi kararındaki esbabı mucibeyi karşılaştırarak aşağıdaki hususları tesbit etmek mümkündür.

1. Borçlar kanunumuzun 21 inci maddesi:

«Bir akdde ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretile vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.

Bu müddet, akdin in'ikadından itibaren cereyan eder.»

Kaidesini vazetmekle, gabini görünürde iki, hakikatte üç unsura bağlamış bulunmaktadır. Bir çok müellifler bu noktayı gözden kaçırarak gabin için ivazlar arasında açık nisbetsizlik gibi birisi objektif; müzayaka, hiffet ve tecrübesizlikten istifade gibi diğeri de sübjektif iki şart aramakla iktifa eylemişlerdir [2]. Bu müellifler hiffet, tecrübesizlik ve müzayaka ile bunların birinden istifadeyi bir arada mütalâa etmişlerdir. Halbuki bu iki unsuru birbirinden ayırmak zaruridir. Filhakika:

a) İvaz ile mukabil ivaz arasındaki *nisbetsizlik* akdin in'ikadı anında objektif olarak takdir edilmek icap eden bir unsur olduğundan buna objektif şart denilmektedir.

b) Gabine maruz kalanda aranılan hiffet, müzayaka veya tecrübesizlik hali ancak *magbuna nazaran* sübjektif bir şarttır.

c) Halbuki magbunun bu hallerinin birinden *istifade edilerek akdin meydana getirilmesi* magbuna nazaran değil, fakat *diğer âkit tarafa nazaran* yine sübjektif bir şarttır [3].

Binaenaleyh birisi magbuna diğeri karşı âkid tarafa nazaran vaz edilmiş olan bu iki şartı bir arada mütalâa etmek ne kanun vazının maksadı, ne de ilmi bakımdan pek yerinde olmaz. Bu itibarladır ki bazı müellifler bu şartları birbirinden itina ile ayırmaktadırlar [4].

Yargıtay da bu görüşe uygun olarak «istifade şartını» diğer «sübjektif haller» den ayırmaktadır [5].

2. Müzayaka hali: İsviçreli hukukçu Dr. Fritz Funck'un tarifine göre: «Kendisinin veya yakınlarından birinin maddi veya manevi tamamîyetini yahut içtimai vaziyetini tehdit eden bir zararın mevcudiyetin-

[2] E. Arsebük, Borçlar Hukuku, İstanbul 1943, cilt I, § 45, no. II, 1 ve 2, sah. 471-474. Hacı Adil, Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 1929, cilt I, sah. 121; Samim Gözensay Borçlar Hukuku, İstanbul 1934, sah. 47. - Aynı müellifin Borçlar Hukuku, İstanbul 1943, § 21, sah. 124 - 125. Mustafa Reşit Belgenay, Borçlar Kanunu Şerhi, cilt I, İstanbul 1942, sah. 33 no. 2. Fritz Funck, Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 1938, cilt I, sah. 36 no. 1.

[3] Tafsilât için bak: Dr. Ferit H. Saymen, Gabinde ivazlar arasında açık nisbetsizlik (Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, cilt XI, sayı 3 - 4, sah. 144 v. d.)

[4] Kemalettin Birsan, Borçlar Hukuku Dersleri, 2. bası, cilt I, İstanbul 1944, sah. 82 - 83. - Ferit H. Saymen, Borçlar Hukuku (ders notları) 1946 - 1947, sah. 85 - 87 ve not 3 teki makale,

[5] Yargıtay 15/15/1935 tarih ve E. 2349/K. 1907 no. 1 karar (Temyiz Kararı, Hukuk kısmı, 1935, sah. 325 no. 260) ile yukarıda dercolunan karar.

den korkmak müzayaka halinde bulunmak demektir» [6]. Görülüyor ki müzayaka maddî olabileceği gibi manevî de olabilir. Kendisinde bulunacağı gibi yakınlarının bir veya bir kaçında da bulunabilir. Bunun mevcudiyetini kabul için iki unsura ihtiyaç vardır: Birincisi tehdit teşkil eden harici bir hâdise; ikincisi de bunun def'i için lüzumlu veya kâfi vasıtalarla malik bulunmamak. Hâdisede bu unsurların kabulünü icap ettirecek vakalar mevcuttur: Mağbunun kâfi derecede geçim vasıtalarına malik olmayışı, ihtiyarlığı dolayısıyla hekimlik mesleğini icra edemeyişi, oğlunun veremli ve kızının da ameliyata muhtaç bulunuşu harici tehdit ile bunları def' için kâfi vasıtalarla malik bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

Netekim asliye mahkemesi bunu böylece kabul etmiş bulunuyor. Ancak Yargıtay bu hallerin ispatı zımında şahitlerin kâfi derecede rahatla beyanatta bulunmadıklarını ileri sürerek ve akdin in'ikadı sırasında hazır bulunmamış olmalarından hareket ederek bu şartın kâfi derece açıklıkla sabit olduğunu kabul etmemektedir. Kanaatimizce Yargıtay pek fazla formalist hareket etmektedir. Akidler prensip olarak tarafların serbest irade beyanlarıyla meydana geldiğine göre âkidlerin o andaki durumuna vâkıf olacak şahit bulmak ekser ahvalde imkânsız olur. Şahitler, akdin in'ikadı anında değil de akdin in'ikadı sıralarında mağbunun müzayaka halinde bulduklarını beyan ediyorlarsa ve bu halin akdin in'ikadından evvel mevcut bulunduğu ve akdin in'ikadından bir müddet sonra da devam ettiği sabit oluyorsa, müzayaka halini kabul etmek lâzımdır.

Ancak, mağbunun 35 bin lira değerinde gayrimenkule sahip bulunması, maddî ve manevî bütünlüğünü tehdit eden harici tehlikeleri bertaraf edebilecek vasıtalarla malik bulunduğunu göstermektedir. Bunları 1000 lira gibi fevkalâde dün bir fiyatla satmış olmasının ve kendisine yapılan 500 liralık tediye kabul edip itiraz etmesinin ve borcun ademi ifası dolayısıyla akdin feshi yoluna gitmeyip gabini tercih etmesinin sebeplerini araştırmak iktiza ederdi. Yargıtayın bu bakımdan ileri sürdüğü sebepler kanaatimizce variddir: Filhakika mağbunun şuuru yerinde bulunması, hekim olması dolayısıyla münevver bir kimse olması, orduda senelerce hizmet ederek binbaşılığa kadar yükselmiş bulunması, hiç şüphesiz ki hiffet veya tecrübesizliğin nazara alınmasına mâni bir takım âmillerdir. Fakat çocuklarının sıhhatini tehdit eden, hattâ hayatını tehlikeye koyan bir takım sebepler dolayısıyla, şuurlu, münevver ve kâmil olan bir kimsenin manevî bir müzayaka haline girmesine mâni teşkil etmemek lâzım gelir.

3. İstifade şartı :

Hâkim yalnız mağbunun durumunu, yani sadece müzayakayı nazara

[6] *Fritz Funck*, ismi geçen eser, sah. 36 no. 2.

alacak olursa, diğ er âkid taraf ın meş ru menfaatlerini ihmal etmiş olur. Bu itibarla davac ının müzayaka teş kil eden enfüsi durumunun diğ er âkid tarafından istismar edilmiş olması lâzımdır. Diğ er bir ifade ile alacaklı nın hareketi *istismar* eden bir kimsenin, bir mürabahac ının hareketi gibi olmalıdır [7]. Profesör *Schwarz* da bu keyfiyeti ahlâka mugayir akidlerin ayrı ve bilhassa mühim bir çeş idi olarak kabul eylemekte ve bu istifadenin bir *istismar* şeklinde olması lâzım geldiğini bildirmektedir [8]. Profesör *Samim Gönensay* da istifadeyi istismar olarak kabul etmektedir (sah. 124 no. 2).

Halbuki diğ er bazı müellifler bu şartı başka başka şekillerde anlamaktadırlar. *Becker*'e göre istifade, alacaklı nın açık nisbetsizliğ e *vâkıf* olmasını tazammun eder (mad. 21 ş erhi, no. 8). *Von Tuhr* ise istifade tâbirini, müddeinin müzayaka vaziyetini *bilerek ve istiyerek* (sciement) bundan istifade şeklinde anlıyor (cilt I, § 40, no. I, 2, sah. 218). Profesör *Arsebük* de ş u mütalâada bulunmaktadır: «Diğ er taraf ın müzayaka halinde olduğunu *bilerek* menfaat temin etmektir» (cilt I, sah. 473). *Fritz Funck* da istifadeyi aynı şekilde anlamakta, yani «akidden istifade eden taraf mutazarrır ın içinde bulunduğ u vaziyetten *malûmattar* bulunmuş olmalıdır» demektedir (sah. 31 no. 1, b). Profesör *Mustafa Reş it Belgesay*'a göre: «Diğ er âkidin düşt üğ ü hatâdan, onu hatây a düşürmekte kusuru olmasa bile, *bilerek* istifade eden âkid hakkında bu madde hükmü tatbik edilir» (sah. 34, no. 3).

Üçüncü bir mütalâa ise bunlardan tamamen farklı olarak istifadeyi *aldatma* şeklinde kabul etmektedir. Ezcümle Prof. *Hacı Adil* merhum «Müddei, halî müzayakada bulunduğ unu... ispat etmekle beraber bu esbapla müddeaaaleyhçe kendisini *aldatmağ a* âmil olduğunu meydana koymalıdır» diyor (cilt I, sah. 121). Profesör *Kemaleddin Birs en* de aynen ş öyle demektedir: «...Davacı müzayaka halinde bulunduğ unu... ispat etmekle beraber aynı zamanda bu sebepler yüzünden kendisinin *aldatılmak* suretile gabinin husule getirildiğ ini ispat etmek mecburiyetindedir (cilt I, sah. 83, no. c). Yargıtay 4 üncü hukuk dairesi de yukarıda zikrolunan 1935 senesi kararında aynı mütalâayı kabul etmiş bulunmaktadır. Mezkûr kararda ş u fıkralar bilhassa calibi dikkattir: «... Bu sebeplerin akdin feshini isteyen davacıyı *aldatmağ a* âmil olduğ unun sabit olması meş rut bulunmuştur..... yani bu sebeplerin davacıyı *aldatmağ a* âmil olduğ u hakkın-

[7] *E. Thilo* (terc. Ferit H. Saymen), Federal Mahkeme İçtihatları, Hukuk Fakültesi Mecmuası 1938 sah, 58 - 59.

[8] *Schwarz*, Borçlar Hukuku Dersleri, (terc. Hıfzı Veldet), İstanbul 1947, sah. 167, 168.

daki sübut delilleri izah» olunmak lâzım gelirdi.

Görülüyor ki doktrinde ve jürisprüdans'ta bu istifade şartı ya «istismar», ya «vukuf» veya «aldatma» şeklinde anlaşılmaktadır. Mehzde «istifade» mânasına gelen «profiter» tâbirine değil fakat «istismar» mânasına gelen «exploiter» kelimesine tesadüf olunmaktadır ki bu tâbir kanaatimizce gabin mefhumuna «profiter» tâbirinden çok daha uygundur. Zira gabinin ahlâka ve hüsnü niyete aykırılığını bu tâbir daha iyi bir şekilde tebarüz ettirmektedir. İstifade tâbirini de bu mânada anlamak kabildir. Filhakika kanunumuz «istifade edilmiş ise» dememekte, «istifade suretile *vukua getirilmiş ise*» demektedir. İstifade etmek pasif bir vaziyettir; halbuki istismar etmek aktif bir hali tazammun eder. İşte buradaki «vukua getirilmiş olması» ibaresi, herhalde bazı fiil ve hareketlerin yapılması lâzım geldiğine işaret eylemektedir.

Hal böyle iken davacıya, yani gabine maruz kalan kimseye resen yemin teklif etmek Usul Hukuku Kanununun 356 ncı maddesine mugayir olduğu gibi, müddeaaaleyhin müddeiyi istismar ettiğini ispat sadadında müddeiye yemin teklif etmek hukuk tekniğine ve mantığına da aykırı düşmektedir. Bu şartın ispatı, her iddianın ispatı gibi müddeiye düşer; halbuki Yargıtay'ın dediği gibi «davacıya, müddeaaaleyhin ne suretle kendisinin müzayaka halinde istifade suretile bu akdi vukua getirdiği hakkındaki delili sorulmamıştır.» Bu itibarla davacıya yemin teklifi pek de yerinde değildir. Zira davacı gabin iddia ettiğine göre, gabinin şartları olan ivazlar arasındaki açık nisbetsizliği, müzayakayı ve istifade unsurlarını ispat etmek zorundadır. İstifade bir nevi istismar gibi telâkki olunacağına, bu da bir takım fiil ve hareketler tazammun ettiğine göre, bunun resen yemin tevcihi suretile ispatı yoluna gidilmesinde pek de isabet olmasa gerektir. Bu itibarla Yargıtay'ın mütalâası kanaatimizce yerindedir.

III.

Eser tahlil ve tenkitleri

Prof. Dr. Recai Galip Okandan. — **Umumi Âmme Hukuku**, Birinci Kitap (İlk Zamanlar). — İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 280, Hukuk Fakültesi No. 58. — İstanbul 1946, Kenan matbaası. — 763 sahife. Fiyatı 386 kuruş.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin değerli Âmme Hukuku Profesörü Dr. Recai Galip Okandan, uzun seneleri dolduran mesai ve emeklerinin mahsulünü «Umumi Âmme Hukuku» başlığını taşıyan ese-

rin birinci kitabı halinde neşretmiş bulunmaktadır. Hukuk külliyyatımızın ve kütüphanemizin büyük bir boşluğunu dolduran bu eser, biraz önce de işaret ettiğimiz vechile, bir «traité» nin ilk zamanlara tahsis edilmiş birinci cildini vücade getirmektedir.

Okuyucularımıza tanıtmayı çok faydalı bulduğumuz bu kıymetli eseri, önce «muhtevası», sonra da «belirttiği muhtelif meseleler» bakımından tetkik etmek muvafık olur:

I — Eserin muhtevası:

İlk zamanlara tahsis edilmiş olan birinci kitap bir giriş ve üç kısımdan mürekkeptir.

Profesör, eserinin giriş kısmında, hukukun, atideki, muhtelif ana meselelerini tetkik etmiş bulunmaktadır: a) Topluluk hayatı, siyasi ve hukuki nizam; b) Hukuk kaideleri, hukukun tasnifi, Umumi Âmme Hukukunun bu tasnifteki mevki; c) Hukukun tarifinde kullanılan bazı terimlerde aksaklık; ç) Umumi Âmme Hukuku derslerinin muhtevası ve tatbiki gereken plân; e) Devletin ve Devlet doktrinlerinin tarihî tekâmülünün incelenmesindeki fayda.

Mukaddeme olarak tetkik edilen bu mühim meseleleri takiben, eserin asıl muhtevasını teşkil eden muhtelif ve mütenevvi bahisler üç büyük kısımda ifadesini bulmuştur:

Birinci Kısım : *Şarkta Devlet ve Devlet doktrinlerinden* bâhis bu birinci kısımda yakın ve uzak şarkın Devlet ve Devletle alâka kadar nazari görüşleri ikiye tefrik suretile tetkik olunmuştur:

Uzak şarkın Devlet ve Devletle ilgili teorik görüşlerinden bâhis birinci ayırım da iki bölümde incelenmiştir. Birinci bölüm, Çin'de Devlet ve Devlet teorilerine, ikinci bölüm Hind'de Devlet ve Devlet teorilerine tahsis olunmuştur.

İkinci ayırımı gelince: Yakın şarkın muhtelif topluluklarında Devlete müteallik tetkikleri ihtiva eyliyen bu ayırım sekiz bölüme münkasemdir. Bunlardan birinci bölümde, Mısırlılarda Devlet; ikinci bölümde, Sümerlerde Devlet; üçüncü bölümde Elâmlılarda Devlet; dördüncü bölümde Asurilerde Devlet; beşinci bölümde, Babilde Devlet; altıncı bölümde, Etilerde Devlet; yedinci bölümde, İbranilerde Devlet; sekizinci bölümde, İranda Devlet, içtimai ve siyasi tekâmül ve bünyesi içinde tetkik edildikten başka, bu kadim kavimlerin Devlete mütedair teorik görüşleri de incelenmiştir.

İkinci Kısım: *Eski Yunan ve Devlet doktrinlerinden* bâhis bu ikinci kısım da iki ayırımıda tetkik olunmuştur:

Eski Yunanın pozitif Âmme Hukukuna müteallik tetkikleri ihtiva

eyleyen *birinci ayırım* beş bölüme münkasemdir. Bunlardan *birinci bölümde* site ve mümeyyiz vasıfları; *ikinci bölümde*, hükümet şekilleri; *üçüncü bölümde*, Isparta sitesinin siyasi ve içtimai teşkilâtı; *dördüncü bölümde*, Atina sitesinin siyasi ve içtimai teşkilâtı; nihayet *beşinci bölümde*, Yunan pozitif âmme hukukunun karakteristik vasıfları incelenmiştir.

Birinci ayırımda tetkik edilen bu pozitif hukuk meselelerini ikinci ayırımın teorik muhtevası tamamlamaktadır.

Filhakika eski Yunanda devletle ilgili nazari görüşleri dakik ve derin bir analize tâbi tutan *ikinci ayırım*, kendi bakımından dört bölüme tefrik suretile mütalâa edilmiştir. Bunlardan *birinci bölümde*, Platon'dan evvelki devirlerin siyasi telâkkileri; *ikinci bölümde*, Platon; *üçüncü bölümde*, Aristoteles; *dördüncü bölümde* Aristoteles'den sonraki devirlerin Devlet telâkkileri incelenmiştir.

Üçüncü Kısım: *Romada Devlet ve Devlet doktrinlerinden* bâhis üçüncü kısım, birinci ve ikinci kısımlarda olduğu gibi, iki büyük ayırımda tetkik olunmuştur:

Romanın pozitif Âmme Hukukuna müteallik incelemeleri ihtiva eyleyen *birinci ayırım* beş bölüme münkasemdir. Bunlardan *birinci bölüm*, Roma pozitif âmme hukukunun muhtelif devirlere tefrikini; *ikinci bölüm*, Roma Devletinin menşei ve Kraliyet Devrini; *üçüncü bölüm*, Cumhuriyet Devrini; *dördüncü bölüm*, Principatus Devrini; *beşinci bölüm*, Dominatus Devrini, muhtevi bulunmaktadır.

Romada Devletle ilgili teorik görüşlerin tahlillerini ihtiva eden *ikinci ayırım* da, kendi bakımından beş bölüme tefrik suretile mütalâa olunmuştur. Bunlardan *birinci bölümde*, Roma Devlet doktrinleri hakkında umumî mülâhazalar serdedildikten sonra, *ikinci bölümde*, Polybios, *üçüncü bölümde*, Marcus Tullius Cicero, *dördüncü bölümde* Roma stoisiyenleri, nihayet *beşinci bölümde* de, Roma Âmme Hukukunun gelişmesinde hukukçuların oynamış olduğu rol, muhtelif bakımlardan dakik tetkiklere tâbi bulundurulmuştur.

II — Eserin belirttiği muhtelif meseleler :

Evvelce de işaret ettiğimiz veçhile derin bir tetkik mahsulü ve, uzun ve o nisbette yorucu senelerin semeresi olan bu eser, şüphe yoktur ki, Âmme Hukuku külliyatımızın büyük bir boşluğunu doldurmakta, başka bir ifade ile, üzerinde hiç durulmamış, yahut da lâayık veçhile tetkik ve tebarüz ettirilmemiş bir çok meseleleri muhtevi bulunmaktadır.

Biz bu tenkit ve tahlil yazımızda, «Umumî Âmme Hukuku» nun vazeylediği ve tebarüz ettirdiği çeşitli meselelerden bazıları üzerinde durmak istiyoruz:

Değerli Profesörün her şeyden önce, eserinde, hassasiyetle temas ettiği nokta, Âmme Hukukunun tefrikine ve mahiyetine taallûk etmektedir. Filhakika, hiç de eski olmıyan mazisi, ve, uyandırdığı hayli münakaşa ve mahal verdiği iltibas dolayısıyla mütenevvi tariflere sahip hukuk dalı hakkında anlaşmaya varmak müellifin başta gelen arzusudur. Sayın profesör Recâi Galip bu meseleye eserinin giriş kısmında temas etmektedir. Müellifin, «mühim de olsa», içtimaî tetkikler neticesinde, «elde ettiği bazı esaslar» a göre, «Âmme Hukukunun» mahiyeti şudur:

Âmme Hukuku, «Devlete tatbik olunan hukuk kaidelerinin heyeti mecmuası, Devlete taallûk eden hukuk», taayyünü, «Devlet hukuku» dur (Sf. 7). Şu halde Devlet hukukunun mevzuunu tayin etmek lâzımgelir. Acaba Devlet hukuku nedir? Sayın Profesör bu sorunun cevabını şöyle vermektedir: «Bu hukukun mevzuu bizatihi Devlet, Devlet teşkilât ve uzuvları, Hükûmet ve İdare faaliyetleri ve bunlarla vatandaşlar arasındaki münasebetlerdir» (Sf. 7). Profesör, iç ve dış sahalara taksim edilen Devlet veya Âmme Hukuku dalları içinde, derslerinin mevzuunu teşkil eyleyen «bizatihi veya nefsihi Âmme Hukuku» na yer verilmediğini tesbit etmektedir (Sf. 8). Ancak, bu bir zarurettir, o kadar ki, bu zarureti tasdik mahiyetinde olmak üzere, hukukçularımız, «iç Âmme Hukuku dahilinde, Esas Teşkilât Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku ve Usul Hukukunun yanında, evvelce kısmen Esas Teşkilât Hukukunun veya daha doğru bir tâbirle mukayeseli Esas Teşkilât Hukukunun şümül sahasına giren bir çok hususları ihtiva eylemek üzere, *dar mânada Âmme Hukuku, Umumî Âmme Hukuku* gibi mevzuu bahsolan yeni bir hukuk şubesine de yer vermek lüzumu pek haklı olarak hissetmişlerdir» (Sf. 8 - 9). Fakat asıl mühim mesele, bu tedris mevzuunun isimlendirilmesindedir. Bu isimlendirme dolayısıyla mevzuun hararetli münakaşalar tevliid ettiği görülmektedir. Sayın Profesöre göre, menşeyini lâtince *ius publicum* ve fransızca *droit public* kelimelerinde bulan *Âmme Hukuku* tâbiri iki bakımdan mahzurludur: Birinci mahzur hukukun tasnifinde, ikinci mahzur ise, Üniversitelerdeki hukuk tedrisatına dahil bulunan hukuk şubelerinin ifadesinde zahir olmaktadır. İşte bu bakımlardan *Âmme Hukuku* tâbiri büyük bir «aksaklık» arzetmekte, ve bu «aksaklık», bizatihi Âmme Hukuku ile, Hususî Hukukun mütenazırı olan Âmme Hukuku arasında iltibasa mahal verebilecek bir vaziyet tevliid eylemektedir (Sf. 13 - 14). Muhakkak olan şudur ki, bu hukuk mevzuunu isimlendirme bakımından *Âmme Hukuku* tâbirinden ayrı bir tâbir kullanmakta zaruret vardır. Müellif, bu kanaate, muhtelif profesörlerimizin de, iştirak ettiklerini, bu mevzuda, teklif eyledikleri isimleri zikrederek teyid ve tebarüz ettirmektedir (Sf. 13). «Bugün Âmme Hukuku denilen dersin mevzuunu teşkil eyleyen tâlî hukuk

şubelerini de *Umumî Âmmе Hukuku, Devlet Hukuku* gibi terimlerle ifade etmek lâzımdır» (Sf. 14 - 15). Ancak bu tarzı harekettir ki vazih bir yola sevk edebilir. Binaenaleyh «Âmmе Hukuku derslerinin maksat ve gayesi, mevzu ve muhtevasını daha iyi ifade edecekleri şüphesiz görülen *Umumî Âmmе Hukuku, Devlet hukuku* gibi terimlerin, iç Âmmе Hukuku dahilinde müstakil mevcudiyeti haiz *Âmmе Hukuku* namındaki hukuk dalının karşılığı olarak ve onun yerine kaim olmak üzere kullanılmasında bir mahzur müşahede edilmemektedir» (Sf. 15).

Umumî Âmmе Hukuku veya Âmmе Hukuku dersleri hangi esaslar üzerinde durmalıdır? Daha doğrusu, ismi iltibastan kurtarılan iç Âmmе Hukukunun bu şubesinin mevzuu nedir? Profesör vazeylemiş olduğu bu sualleri şu şekilde cevaplandırmaktadır: «*Devletin menşе ve mahiyetine, onun tarihî tekâmülüne, hukukî bünyesine, fertlerle olan münasebetlerine, fonksiyonlarına müteallik çeşitli meselelerin, herhangi muayyen bir Devlete inhisar ettirilmeyerek, çok şümüllü bir çerçeve içinde, umumî ve sentetik bir tarzda*» bu mevzuu ithal edilmektedir (Sf. 10). Müellif fikrini daha fazla açmakta ve demektedir ki: «Hukuk tedrisatının muhtelif yıllarında öğrencilerin gördükleri müteaddit derslerde hakkında bir bilgi edindikleri Devletin bünye ve mahiyetine daha fazla nüfuz edebilmelerini temin eylemek ve onlar için bizzat Devlet mefhumu etrafında edindikleri muhtelif bilgilerden esaslı ve ölçülü bir sentez vücude getirebilmek, Âmmе hukuku derslerinin gayesi olarak kabul olunmaktadır. İç Âmmе Hukukunun bu şubesinde herhangi muayyen bir Devletle uğraşılmıyarak, umumî bir şekilde Devletten, Devletin menşе ve tarihi tekâmülünden, içtimai - siyasî, ve hukukî bir müessese olarak Devlet hakkında mevzuubahis umumî vasıf ve prensiplerden bahsolunması lüzumu ileri sürülmektedir. Bütün bu mülâhazalara göre, iç âmmе hukukunun bu şubesinin gayesi pozitif hukuk ile bağlanılmıyarak, kanun ve nizamlardan uzak kalarak, bizzat Devletin neden ibaret bulunduğunu tayin ve tesbite çalışmak, Devlet hakkında umumî prensipleri tebarüz ettirmek, otoritelerin hepsinin müşterek faaliyetlerine hâkim olan prensipleri meydana çıkarmaktır» (Sf. 10 - 11).

İşte umumî âmmе hukukunu, esas teşkilât hukukundan, idare hukukundan ve iç âmmе hukukunun diğer şubelerinden tefrik ve temyize mezar olan evsaf da sayın müellifin bu izahlarında meknuz bulunmaktadır.

Mevzuunun hudutlarını, evsaf ve hususiyetlerini bu derece hassasiyetle ele alan Profesör Recai Galip Okandan, aynı fikirlere müsteniden, ilk zamanlara tahsis ettiği «Birinci Kitab» ını vücude getirmiş bulunmaktadır. Çünkü, sayın profesöre göre, «Devletin ve Devlet doktrinlerinin tarihî tekâmülünün incelenmesindeki fayda» aşikârdır: «*Unutmamak lâ-*

zımdır ki, çeşitli unsurlardan müteşekkil bir varlık olan Devlet ne bugünün bir eser mahsulüdür ve ne de zamanımızda tetkik edilen bir vakiadır. Devlet, dünyada medeniyetin ilk filizleriyle beraber, bir taraftan kendine hâs bir gelişme seyri takip eylemiş ve diğer taraftan da mütefekkirlerin ilgilerini celp ve onların derin araştırmalarına mevzu teşkil etmiştir» (Sf. 19). Müellif, bizatihi fikirlerin olduğu kadar, müesseselere mütedair fikirlerin de eskiliğine ve tarihi tekâmülün ehemmiyetine kuvvetle kani bulunmaktadır: «Bugün mevzuumuz bakımından tesadüf eylediğimiz her müessesenin, serdolunan her fikrin, dünün bir mahsulü olarak vücade geldiğinden şüphe edemeyiz. Tarihin hangi devrinde olursa olsun, rast geldiğimiz her eser, serdolunan her fikir, muhakkaktır ki kendinden evvelki eser ve fikirlerin mahsulü olarak vukua gelmiştir. Bugünün Devletle ilgili müessese ve fikirleri, çok yakın bir mazinin eser mahsulü olarak vücade gelmiş değillerdir. Bunlar menşelerini, bugünkü mevcudiyetlerini, çok uzak bir mazinin daima tekâmül eden müessese ve fikirlerine borçlu bulunmaktadır» (Sf. 19).

Böyle olunca, umumî âmme hukukunun tetkik mevzuu Devletin tarihi tekâmülü olmak lâzım gelmez mi? Sayın profesör bu suali müspet olarak cevaplandırmakta ve böylece tarihi metoda taraftar olduğunu şu veziz cümlelelerle tebarüz ettirmiş bulunmaktadır:

«O halde, bugün iç âmme hukukunun mevzuunu teşkil eyleyen Devlet, Devletle ilgili müessese ve fikirleri anlayabilmek, onların hakikî kıymet ve önemlerini takdir edebilmek için, düne, onların vücade gelmelerini mümkün kılan maziye müracaat etmek, onların geçmişteki durumlarını, gelişme safhalarını da görmek hem lüzumlu ve hem de faydalıdır» (Sf. 20). Öğrencilerin siyasî müesseseleri anlayabilme ve hukukî tahlil kudret ve kabiliyetlerini arttırabilmek bu tarihi metodla mümkündür.

İşte değerli müellif, bu suretle lüzumuna kail ve kani bulunduğu tarihi metodu - muhtevasını, kısım, ayırım ve bölümler halinde kısaca tebarüz ettirmiş olduğumuz - eserinde tatbik suretile tetkikatına tevessül eyliyerek, her bölümü *başlıklara*, ve her başlığı da muhtelif fasıllara taksim ederek, tarihin ışığı altında uzak ve yakın şarkın, kadim Yunanın ve Roma'nın gerek pozitif hukukunu, gerekse devletle alâkadar nazari görüşlerini tahlil etmiş ve bu tahlil ile elde edilen neticeleri daima bir terkip halinde okuyucuya arzylemiştir.

Eserin birinci kısmında, uzak ve yakın şarkın Devletle ilgili nazari görüşlere mütedair tetkiklerde, memleketimizde ve yabancı memleketlerde münteşir son eserlerden de faydalanılmıştır; hususile memleketimizde, kurultay hareketleriyle genişleyen ve şümullenen dil ve tarih cereyanlarının mahsulü olan eserler göz önünde bulundurulmak suretile, müelli-

fin eseri aktüel bir kıymet de iktisap eylemiş bulunmaktadır.

Eserin muhtevassından bahsederken de işaret eylediğimiz veçhile, şarkta Devlet telâkkisi Çinde, Hindde, Mısırlılarda, Sümerlerde, Alâmlılarda, Asurilerde, Babilde, Etilerde, İbranilerde ve İranda incelenmiştir. Büyük dinlerin doğduğu bu büyük âlemin tefekkür tarzından istihraç edilen Devlet telâkkilerinin medenî dünya için ehemmiyeti ölçülemiyebilecek derecede genişdir.

Birinci kısımda, Kong-tse'nin, Kamandaki'nin, Hamurabinin, Musanın, Sasanî telâkkilerinin bir arada toplanmış olması, bu hususta tarihî, içtimai, hukukî tetkikler yapmak isteyenlerin çalışmalarını hem kolaylaştırmağa, hem mukayeseler yapmağa, hem tahlil ve terkip imkânlarını vermeğe medar olacaktır.

Eski Yunana gelince: Garp ve şark tefekkürünün gelişmesinde kadim Yunan telâkkileri kadar büyük âmillere tesadüf etmek imkânsız görünmektedir. Günümüzde hukuka müteallik bir mevzuun izahında kadim Yunana temas zaruretinin mevcudiyeti aşikârdır. Bu iddiamızı teyid sadedinde en büyük delili sayın müellif eserinin ikinci büyük kısmının muhtevassile vermiş bulunmaktadır. Siyasî şekillerin tohumları, siyaset nazariyelerinin temelleri ancak Yunan âlemi tetkik edildiği takdirde vuzuh kesbedebilir. Sitenin ne olduğunu, monarşi, oligarşi, istibdat ve demokrasinin mânalarını anlamak, ve bu müesseselere mütedair temel görüşleri öğrenebilmek için, eserin ikinci büyük kısmının birinci ayırımını incelemek kâfidir. Eserde, bu bahsi Isparta sitesinin siyasî ve içtimai teşkilâtı, adı geçen sitenin mümeyyiz vasıflarına, tarihî ve içtimai fonksiyonlarına müteallik tetkikler, bunu da Atina sitesinin siyasî ve içtimai teşkilâtına müteferri incelemeler takip etmektedir (Sf. 116 - 124; 124 - 142). Nihayet bütün bu meselelere müteallik tahlilleri, *Yunan pozitif âmme hukukunun karakteristik vasıfları* başlıklı bir terkip tamamlamaktadır (Sf. 142 - 147).

İşte kadim Yunanın pozitif hukuku bakımından vazedilebilecek en mühim mesele burada zahir olmakta ve fakat hal şeklini de yine burada bulmaktadır. Müellife göre, Yunan pozitif hukukunun ehemmiyetinin, inkâr edilemeyecek kadar geniş olduğu muhakkaktır (Sf. 124). Bununla beraber, bu ehemmiyetin ve bu ehemmiyete müteallik genişliğinde bir ölçüsü bulunmak ve bu ölçü bulunurken de ifrata varılmamak iktiza eder (Sf. 143). Filhakika, kadim Yunan, bugünkü mânada Devleti tanımış mıdır? Sayın profesör Recai Galip Okandan bu suale, kat'i bir ifade ile, şöyle cevap vermektedir: «Hiç bir zaman Yunanistandaki siyasî teşekkül ve teessüs bugünkü anladığımız mânada Devlet kelimesiyle ifade olunmaz. Yunan tarihinin hiçbir devrinde kelimenin hakikî mânasile Devlet

denilebilecek bir teşkilâta tesadüf edilemez. Yunanlılarda mevcut olan bu günkü mânada Devlet değil, tekâmülün, ihtiyaç ve zaruretlerin tabii bir neticesi olarak meydana gelen bir site teşkilâtıdır.» (Sf. 143). Site ise Devlet değildir.

Müellif bunu tebarüz ettirdikten sonra, kadim Yunan pozitif âmme hukukunun diğer hususiyetleri üzerinde de başkaca durmaktadır:

Eserin ikinci kısmının kadim Yunan pozitif âmme hukukunu teşkil eyliyen birinci ayırımını, eski Yunanda Devletle alâkalı teorik görüşlere hasredilmiş olan ikinci ayırım takip etmektedir. Eserin muhtevasını tetkik ederken de tebarüz ettirmeğe çalıştığımız veçhile, bu ikinci ayırımın bütün yükü, Platon ve bilhassa Aristotelesin tefekkür tarzı üzerinde taksif edilmiş bulunmaktadır. Bahis, Platon'dan evvelki devirlerin siyasi telâkkileriyle başlamakta, Aristoteles'den sonraki devirlerin Devlet telâkkileriyle nihayetlenmektedir. Adı geçen ayırımda, sırasile, Homeros, Heziodos, Gnomik Şairler, yedinci ve altıncı asır hakimleri, Demokritos, Pitagoras ve taraftarları, Herakleitos, Heredotos, Sofistler, Aristofanes, Sokrates, Platon, Aristoteles, hedomistler, Epiküros ve Epikürizm, Sinikler ve sinizm, Stoisiyenler ve stoisizm, Septikler ve Septisizm dakik tetkik ve tahlillere tâbi tutulmuş bulunmaktadır.

Müellif Uzak ve Yakınşarkın siyasi telâkkilerini tebarüz ettiren tetkikleri hakkında da söylediğimiz gibi, bu derecelerde fikri tenevvü ve mahsule sahip kadim Yunan dünyasının bütün siyasi telâkkilerini istihraç eylemek ve hukukçuların istifadelerine arz etmek, hem mukayeseli etüdler ve hem de hukuk kültürü bakımından ehemmiyetli faydalar temin eden bir keyfiyettir.

Nihayet bu mevzua tahsis edilmiş bibliyografyada, bilgi seviyesinin yükselmesinde, ve araştırma kolaylıklarının temininde esaslı bir âmil adedilmek lâzımgelir.

İkinci kısmın kadim Yunanda Devletle ilgili teorik görüşlere hasredilmiş bulunan ikinci ayırımında, Platonla, Aristotelesin mühim rolleri bilhassa tebarüz ettirildikten sonra, bu iki büyük filozofun telâkkileri arasındaki farklar ve benzerlikler üzerinde durulmuştur.* Platonun idealizmi karşısında, realist bir filozof olan Aristoteles'in aldığı cephenin, klâsik içtimâî ilimler mevzuu olduğu malûmdur. Eserin müellifi, kabul ve tatbik ettiği tarihi metodile, bu mevzuu bir âmme hukukçusu ve Devlet nazariyecisi zaviyesinden rüyet eylemeyi bilmıştır.

Muhtevasından bahsettiğimiz sırada da işaret eylediğimiz veçhile, eserin üçüncü büyük kısmında, Romada Devlet ve Devlet doktrinleri tetkik edilmiştir. Kadim Yunana müteallik tetkikler hakkında tatbik olunan metoda uygun olarak, üçüncü kısmın birinci ayırımında, Romanın pozitif

âmme hukuku, ikinci ayırımında Romada Devletle ilgili teorik görüşler tahlil olunmuştur.

Müellif üçüncü büyük kısmın ilk ayırımında Roma pozitif âmme hukukunun muhtelif devirlere tefriki (Sf. 348-353) ile iştigal eyledikten sonra, Roma Devletinin içtimaî ve hukukî yapısını tetkika tevessül etmiştir. Böylece, Kırallık, Cümhuriyet, Principatus, Dominatus devirleri, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci bölümlerin mevzuunu teşkil eylemiş bulunmaktadır (Sf. 353-623).

Zikretmiş olduğumuz ve birer kelime ile muhtevalarını hatırlattığımız bölümlerde, muazzam bir imparatorluk yapısının işleyişi, pozitif bünyesi müşahede olunmaktadır. Muhtelif devirler idrâk eden, geniş bir siyasi manzume içinde ırkan, dinen, örfen ayrı, müteaddit ve muhtelif bir çok kavimleri birleştirmiş olan büyük imparatorluk Devletinin, zamanın, asırların seyri içinde ihdas, ilga ve tâdil eylediği muhtelif hükümet kaide ve müesseseleri, okuyucunun tetkik ve nazarlarına arz edilmiş bulunmaktadır.

Romada Devletle ilgili teorik görüşlerin tetkik ve tahliline hasredilmiş bulunan eserin üçüncü büyük kısmının ikinci ayırımındaki, bilhassa Polybios ve Cicero'nun siyasi fikriyatı ehemmiyetle üzerinde durulacak mahiyettedir.

Nazariyata daha az ehemmiyet vermiş olmakla beraber, muazzam bir hükümeti tahakkuk ettiren Romanın, teşkilâtına mesned ittihaz eylemiş olduğu temeller nelerdir? Bu mevzuda ne dereceye kadar kadim Yunandan tevarüs vâki olmuştur? Bu büyük imparatorluk Devleti nasıl çökmüştür ve müstakbele muzaf tesirlerinin derecesi nasıl tayin olunacaktır?

Müellifin, eserinde bu, ve buna müşabih bir çok suallerin cevaplarını vâzih bir şekilde bulmak mümkündür.

Polybios, Cicero, Romanın stoisiyenleri - hususile Seneca, Epictetos, Marcus Aurelius Antonius - ile Roma hukukçularının tefekkür tarzlarının menşelerinin, ve bu tarzı tefekkürün icra eylediği tesirlerin, bu ayırımında mukayese ve tahlil olunduklarını söylersek, eserin bu kısmının değeri hakkında açık bir delil vermiş oluruz kanaatındayız.

Gerek insanlık tarihini, gerekse modern Devleti anlamak itibarile bu derece mühim mevzuların tetkikinden ve çizilen plâni itina ile takipten sonra, müellif, Uzak ve Yakınşark, kadim Yunan ve Roma siyasi telâkkillerinden elde edilen esasları, bir «*Netice*» (Sf. 711-726), bir tertip halinde toplamış bulunmaktadır.

Âmme hukuku bakımından çok şümüllü faydaları muhtevi olan bu terkip üzerinde bilhassa durmak iktiza eder: İncelemelerinin, «tarihî esaslara dayanılmasından elde edilecek müsbet sonuçlar» ın, bir çok mütefekkir ve müellif tarafından da tebarüz ettirilmiş olduğunu kaydeden sayın pro-

fesör (Sf. 712), ilk zamanlar âmme hukukundan elde edilen esaslar üzerinde, kısaca durmaktadır. Filhakika ilk zamanlar hakkındaki tetkikler, bu devrin «her şeyden evvel pozitif âmme hukuku bakımından müsmir neticelere varıldığını göstermektedir» (Sf. 714). Yine, «bu devir pozitif âmme hukuku bakımından, her şeyden evvel bizlere, bir taraftan içtimaî ve siyasî gelişmenin çeşitli merhalelerinden geçilerek siyasî entegrasyonu mümkün kılan ve netice itibarile de Devleti ifade eyliyen müteaddit teşekküllerin doğuş ve inkişafı ve diğer taraftan da onların ne gibi sebep ve âmillerin tesiri altında tecezziye maruz kaldıkları, siyasî parçalanmalardan Devlet aleyhine doğan çeşitli durumlar hakkında canlı misaller vermektedir (Sf. 714-715).

Müellife göre, ilk zamanların tetkik edilmesi «bizlere Devletin, sosyal gelişmenin ancak müteaddit merhalelerini aştıktan sonra meydana gelebildiğini, hattâ bazı yerlerde, çeşitli sebeplerin tesiri altında, bu sosyal tekâmülün nihaî neticelerine erişemediğini, yani kelimenin hakikî ve modern mânasile bir Devletin tahakkukunu mümkün kılacak müsmir neticeler doğurmadığını göstermektedir» (Sf. 715). Nitekim, yapılmış olan tetkikler «meyanında sırasile, Çinde site, Devlet, feodalite; Hindde site (raçalık), feodalite ve çok mahdut bir şekilde Devlet; Mısırdaki kabile, site (nom), Devlet, feodalite; Sumerlerde kabile, site, Devlet; Elâmlılarda site, Devlet; İbranilerde kabile, Devlet gibi siyasî gelişmenin çeşitli merhalelerinin tahakkuk edebildiklerini» (Sf. 715) göstermiş bulunmaktadır.

Yalnız, sayın profesöre göre, ilk zamanlara müteallik incelemelerin, yukarıki esas bakımından «bizleri iki önemli neticeye daha götürdüğünü de unutmamak lâzımdır. Bunlardan birincisi aile, genos, frateri, tribü, site (pôlis) gibi sosyal gelişmenin çeşitli merhalelerine kavuşan Yunanlıların, Devlet dediğimiz teşekküle erişememiş olmaları ve ikincisi de aile, gens, curia, tribü, civitas gibi muhtelif sosyal safhalardan geçen Romanın site rejiminden Devlet rejimine geçişin en canlı, en sağlam ve en müstakar misalini vermiş bulunmasıdır» (Sf. 715).

«İlk zamanların pozitif âmme hukuku bakımından ilgimizi üzerine çeken hususiyetlerinden biri de doğrudan doğruya Devletin bünyesine taallük etmektedir. Bu hususiyet, bu devir zarfında vücuda gelen siyasî teşekküllerde *dinin*, önemli bir rol oynamasından, bunların hemen hemen hepsinde *dinî bir karakter*'in hâkim bulunmasından, din ve Devlet işlerinin sıkı bir tarzda birleşmesinden ve netice itibarile teokratik bir durumun hâikmiyetinden ibaret bulunmaktadır» (Sf. 716).

İlk zamanların hükümet mekanizması ile alâkalı hususiyeti de, ehemmiyetten âri değildir. Müellife göre, «bu devir zarfında vücuda gelen siyasî teşekküllerin bir çoklarında, monarşik bir sistemin tatbik edilmesi ve bu

rejimin en önemli unsurlarından biri olan hükümdarın da Devleti teşahhus ettiren bir varlık olarak karşılanmasıdır. Yalnız, din ve Devlet işleri arasındaki imtizaç keyfiyeti, Devleti teşahhus ettiren hükümdarda aynı zamanda ruhanî bazı vasıfların mevcudiyetini de mümkün kılmış ve bu durum, monarşi rejiminin, aynı zamanda teokratik bir mahiyet almasına da sebebiyet vererek ruhanî ve cismanî salâhiyetlerin tek bir ferdin şahsında toplanmalarına müncer olmuştur» (Sf. 717).

İlk zamanlarda, Devlet ile fert arasındaki münasebetlerin mahiyetine gelince: Bu devirde, müellife göre, «Devletin hemen hemen ekseriya her şeye üstün kılındığını görmekteyiz. Bazı istisnai durumlar bir kenara bırakılacak olursa, Devletin varlığı karşısında ferdin varlığına bir önem verilmediğini, fert ve Devlet ikiliğinin kabul olunmadığını gösteren muhtelif siyasi teşekküllere rastgelmektedir. İlk zamanlar bu bakımdan, bizlere, otoriter ve totaliter Devletin ilk modellerini de vermiş bulunmaktadır» (Sf. 718).

«Netice» başlığı altındaki bu büyük terkip ve tahlilde, hem pozitif âmme hukuku hem de Devletle ilgili teorik görüşler bakımından ilk zamanların daha bir çok bariz vasıf ve hususiyetlerini tebarüz ettirmiş olan müellif, böylece, büyük bir sentez problemini de çözmüş bulunmaktadır.

Hür kalmak hukukunun değil, fakat bütün içtimai ilimlerin muhtelif meselelerine vuzuh getiren ve bu itibarla da, yapılacak en güç tetkiklere dahi ölçüsüz kolaylık temin eden bu eserin hukuk külliyyatımızın ve kütüphanemizin büyük bir boşluğunu doldurduğunu tekraren teyit, ve eserin sadece öğrenciler bakımından değil, aynı zamanda âmme hukukuna müteallik kültürünü tezyit ve inkişaf ettirmek isteyen bütün hukukçular bakımından da geniş ve esaslı faydalar sağlayacağına ehemmiyetle işaret ederken, değerli hocamızın, şümüllü eserinin ikinci ve müteakip kitaplarını neşretmesini candan ve hararetle temenni eyleriz.

N. Ş.

* * *

Prof. Dr. Recai Galip Okandan:

I — Âmme Hukukumuzda Tanzimat ve Birinci Meşrutiyet Devirleri. İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 281, Hukuk Fakültesi No. 59, Doktora İhtisas Kurları Serisi No. 8, Kenan Matbaası, İstanbul 1946. — 160 sahife. Fıatı: 80 Krş.

II — Âmme Hukukumuzda İkinci Meşrutiyet Devri. — İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 326, Hukuk Fakültesi No. 71, Doktora İhtisas Kurları Serisi No. 10, Kenan Matbaası, İstanbul 1947. — 184 sahife. — Fıat: 185 Krş.

Değerli profesör Dr. Recai Galip Okandan'ın, Hukuk Fakültesi Doktora ihtisas kurlarından ikinci ve üçüncüsünü teşkil eden her iki cildi, tarihî ve hukukî bakımlardan birbirlerinin devamı olduğu için birbiri ardınca tetkik ve tahlillerinin faydalı olacağı kanaatini taşımaktayız.

Her iki ciltte de, âmme hukukumuzun, Tanzimat, Birinci ve İkinci meşrutiyetlerin mevzu seçilmiş olması, muhterem hocamızın yalnız ilk zamanlar âmme hukukile değil, aynı zamanda, hususî ve millî âmme hukukumuzla da iştiğal ettiğini göstermekte ve esere mütena bir, hususiyet kazandırmaktadır.

I — Âmme Hukukumuzda Tanzimat ve Birinci Meşrutiyet devirleri:

1 — Eserin muhtevası: —

Eser, bir giriş ve müteaddit başlıklara münkasem iki bölümden mürekkeptir.

Eserin, iki ayrı paragrafa münkasem bulunan giriş kısmında, evvelâ, *on altıncı asrın sonuna kadar Osmanlı Devletinin siyasi ve idari bünyesi*, sonra da, *17 nci ve 18 inci asırlarda Osmanlı Devletinin siyasi bünyesinde vukua gelen değişiklikler* tetkik olunmuştur.

Mukaddeme olarak tetkik edilen bu iki mühim meseleyi takiben, eserin asıl muhtevasını teşkil eden bahisler iki büyük bölümde incelenmiştir.

İki başlığa münkasem olup, Tanzimat devri ve hususiyetlerinden bahis *birinci bölümün birinci başlığı* altında Tanzimat devrinin muhtelif fermanları ve varılan neticeler, *İkinci başlığı* altında da Tanzimat devrinin karakteristik vasıfları tahlil olunmuştur.

Dört başlığa münkasem olup, Birinci Meşrutiyet devri ve hususiyetlerinden bahis *ikinci bölümün birinci başlığı* altında, 1876 Anayasasının hazırlanması ve ilânı, *ikinci başlığı* altında, 1876 Kanunu Esasisinin ana hatları, *üçüncü başlığı* altında, 1876 Anayasasının âkibeti ve mutlakiyete dönüş, nihayet, *dördüncü başlığı* altında da, Birinci Meşrutiyet devrinin karakteristik vasıfları tetkik ve tahlile tâbi tutulmuştur.

2 — Eserin tebarüz ettirdiği muhtelif meselelerden bazılarına umumî bir bakış: —

«Âmme Hukukumuzda Tanzimat ve Birinci Meşrutiyet devirleri» başlığını taşıyan eserin önsözünde, muhterem hocamız, tarihî metodunu âmme hukukumuzda da tatbik etmek arzusunu izhar eylemiş bulunmaktadır. «Bu tarzdaki bir tetkik bizlere, Devletin tarihî tekâmülü bakımından geçirdiğimiz merhalelerin kendine hâs hususiyetlerini gösterecek, bugünkü âmme hukuku müesseselerimizin ne gibi hâdiselerin tesiri altında doğup inkişaf eylediklerini tanıttacak; bizlere, bugünkü müesseselerin kıymet ve önemlerini takdir hususunda daha iyi imkânlar temin edecektir» (Sf. 3).

Müellifin yine önsözde belirttiği gibi, eser, Tanzimata kadarki devrin bir hülâsasını da muhtevidir. Bu hülâsa eserin giriş kısmını vücuda getirmiş bulunmaktadır. Eserin muhtevâsından bahsederken de tebarüz ettirmeğe çalıştığımız veçhile müellif, şu giriş kısmında iki büyük mesele üzerinde durmuştur:

- a) XVI ncı asrın sonuna kadar Osmanlı Devletinin siyasi ve idari bünyesi;
- b) XVII ve XVIII inci asırlarda Osmanlı Devletinin siyasi ve idari bünyesinde vukua gelen değişiklikler;

On altıncı asrın sonuna kadarki kuruluş ve yükselme devrelerini muhtevi kısımda, müellif Osmanlı Devletinin siyasi ve idari bünyesinden, padişah ve salâhiyetlerini mevzuubahs etmektedir: Osmanlı padişahını teorik bakımdan şeriat ve ahlâk bağları her ne kadar ilzam ederse de, fiili bakımdan böyle bir hudut mevcut değildir (Sf. 8-9). O kadar ki, «Devletin başında bulunan padişahın, fennî hiçbir müessese ve organın tasvib veya işbirliği mevzuubahs olmaksızın, doğrudan doğruya teğrii tasarruflar yapabilmek imkânına, doğrudan doğruya, hükümdarın arzu ve takdirile, hukukî bir kıymet iktisap edebilecek olan kanunlar yapabilmek salâhiyetine malik bulunduğundan şüphe etmemek icap eder» (Sf. 10).

Yine bu kısımda, saltanat makamından sonra en ehemmiyetli mevki olan vezirlik (sadaret) makamı da tetkik edilmiş bulunmaktadır. (Sf. 11 - 16). Müellif, yine aynı bahiste, bilhassa, Asafname müellifi Lûtfü Paşanın, Tevkiî Abdurrahman Paşanın, Nev'î Efendinin, sadırazamın hareket ve faaliyetlerinin dayanacağı esaslara müteallik fikirlerini tebarüz ettirmektedir. Profesör ayrıca, Şeyhislâm, Divanı Hümayun organları, Beylerbeyleri, Kadılar, Defterdarlardan da bahsile bunların rollerini tetkik etmekte ve belirtmektedir (Sf. 16-20).

On yedinci ve on sekizinci asırlara rastlayan, İmparatorluğun durma ve yıkılma devirlerini ve bu devirlerin hususiyetlerine müteallik tetkikleri muhtevi kısımda, müellif, bilhassa inhitatın fikri esaslarına, yıkılmaya doğru süratle giden bir İmparatorluğu bu badireden kurtarmak üzere sarfedilen fikri çalışmalara da temas etmektedir. Bu cümleden olmak üzere Koçî Beyin mâruf risalesinin kısa bir tahlilini de bu kısımda görmekteyiz (Sf. 21-23).

Üzerinde bu suretle durulmuş olan inhitat hâdisesi, tanzimata doğru vâki gelişme, şüphe yoktur ki,âmme hukukçusunu alâkadar edecek vasıf ve çaptadır (Sf. 23-32).

Osmanlı Devletinin, teşkilât, kuruluş, yükseliş, duruş ve yıkılış hâdiselerine bu suretle işaret eden sayın profesör, eserinin birinci bölümünü Tanzimat hareketine tahsis etmiştir. Menşeleri bilinen bu hareket, tarihî

olayların zarurî bir neticesi halinde belirlemektedir. Sözü geçen bölümde Tanzimat devrinin muhtelif fermanları ve varılan neticeler tetkik edilmektedir. Tanzimat nedir? 1889 Gülhane Hattının «isdar edilmiş olmasile, âmme hukuku tarihimizde, siyasî sistem olarak ilk şeklini bilhassa Mustafa Reşit Paşanın şahsına borçlu bulunan, *Tanzimat* veya Avrupalı müelliflerin ifade ettiği şekilde *İslahat* namı altında 1877 tarihine kadar uzayan ve hattâ bazı müelliflerimiz tarafından 1908 tarihine kadar devam eylediği söylenen yeni bir devrenin» açılmasıdır (Sf. 36-37).

Tanzimat fermanının tahlil ve izahını müteakip, müellif, ikinci başlıkta bize Tanzimat devrinin karakteristik vasıflarını izah eylemektedir (Sf. 58-76). Bu izahları yapmakta - zihne tebadür eden bazı suallere cevap vermek bakımından - zaruret vardır: *Âmme hukuku cephesinden «Tanzimatın işgal eylediği hakikî mevki ve arzettiği önem nedir? Tanzimat bu bakımdan ne yapmıştır, karakteristik vasıfları nelerdir? Ne gibi bir neticeye müncer olmuştur ve kendisine ne gibi bir mahiyet atfetmek lâzımdır?»*

Müellif, sözü geçen vasıfları 12 noktada toplamaktadır:

- a — Tanzimat devri ve onu ifade eyliyen hatlar, mevcut sisteme karşı fertlerin birleşmelerinden doğmuş değillerdir (Sf. 51).
- b — Tanzimat hareketi Osmanlı Devletinin haricî durumu bakımından aslî ve mühim bir rol oynamıştır (Sf. 51).
- c — Tanzimat, Devletin teokratik vasfını değiştirmemiş ve böyle bir tahavvülü de istememiştir (Sf. 53).
- d — Tanzimat ferman ve hattı hümayunlarında bir Anayasa mahiyeti mevcut değildir (Sf. 55).
- e — Tanzimat malûm heyeti ve mahiyeti ile bir hukuk beyannamesi tevlit etmiş değildir (Sf. 57).
- f — Tanzimat padişah karşısında onu tahdit eden müntahap bir meclis tesis etmemiştir (Sf. 58).
- g — Tanzimat devresinde, sadırazamlar eski nüfuzlarını kaybetmişlerdir (Sf. 62).
- h — Tanzimat devrinin hâkim vasfı, bir Anayasa hareketi olmaktan ziyade, muhtelif içtimâî ve siyasî cephelerde yenilik arzu ve teşebbüslerinden ibaret bulunmasıdır (Sf. 66).
- i — Tanzimat müslim ve gayri müslim tebalar arasında bir eşitlik temin etmek istemiştir (Sf. 68).
- j — Bu müsavat, yalnız haricî müdahaleler neticesi değil, aynı zamanda durumun zarureti idrâk eden dahilî ve mukabil bir cereyan ile de sağlanmak istenmiştir (Sf. 69).
- k — Tanzimatı hazırlayan, mahdut aydın şahsiyetler haricinde, bu

cereyan daimî surette bâtil fikir ve hareketlerle sarılmış ve hiç bir zaman halkın tasvibine mazhar olamamıştır (Sf. 71).

- 1 — Son ve netice ifade eden bir hususiyet de şudur: «*Bir taraftan inkıraz ve inhilâle doğru giden Osmanlı Devletinin sukutunu frenlemek ve diğer taraftan âdeta himayesi altına girdiği Avrupa Devletlerinin memleketimizin müslüman olmaları unsurlarını korumak için vukubulan müdahalelerinin icaplarını ifa gayesiyle Devleti bir siyasi ve hukuki nizama rapt, fertlerin siyasi, içtimai ve hukuki durumlarında az çok bazı ıslahat ve yenilikleri icra hususunda, çok yavaş ve çok ağır bir tarzda tahakkukuna girilen reform ve tecedüt teşebbüslerini ifade eyliyen Tanzimat devri, diğer sahalarda olduğu gibi âmme hukuku cephesinden de, yurdda radikal değişikliklerin husulünü mümkün kılmamıştır.*»

Tanzimat devresinin karakteristik vasıflarını bu suretle inceledikten sonra müellif «birinci meşrutiyet devri ve hususiyetleri» nden bâhis ikinci bölümün muhtevasını tetkika geçmektedir. Evvelce de işaret ettiğimiz veçhile birinci başlığı altında «1876 Anayasasının hazırlanması ve ilânı» açıklanan (Sf. 77-92) şu ikinci bölümün ikinci başlığı altında ise «1876 Kanunu Esasisinin anahatları» derin bir tahlilden geçirilmektedir.

Bu kanunun vasıfları bilhassa şu noktalarda toplanmaktadır: 1876 Kanunu Esasisi memleketin o zamanki ihtiyaçlarına göre vücuda getirilmiş bir kanun değildir (Sf. 93). Kaldı ki «gerek şekil, gerek muhteva itibarile bir kanunu esasî mahiyetini haiz olduğunu söylemeğe de imkân yoktur» (Sf. 94). Bu kanun bir yenilik değil de, eskinin teyidini getirmiş (Sf. 95) teokratik bünyeyi de aynı şekilde kuvvetlendirmiştir (Sf. 96). Sözü geçen kanun muhtelif Devlet iktidarları arasında hiç bir tefrik de yapmış değildir (Sf. 97). Hükümdar otoritesi karşısında, sadırazam ve nazırlar hiç bir salâhiyete sahip değildir (Sf. 99). Zira kanun hükümlerine nazaran icraî faaliyetin tek hâkim ve nâzımı padişaktır (Sf. 100). Bir «Meclisi Umumi» teşkil edilmekle beraber, hakikatte teşriî iktidar da padişaha aittir (Sf. 101). Nitekim bazı hükümler teşriî otoriteyi, padişahın otoritesine tâbi ve, bu makamın teşriî faaliyetlere müdahalesini mümkün kılmakta (Sf. 104), teşriî meclisi fesih salâhiyetini padişaha tanımakta (Sf. 106), teşri ve icra organları arasında hiçbir muvazeneyi bahis mevzuu etmemekte (Sf. 106), geniş salâhiyetlerinden ötürü Devlet reisi mesul bulunmamakta (Sf. 108), bu salâhiyet 113 üncü madde ile son haddine çıkarılmakta (Sf. 109) dır. Nihayet «o zamanın hattı hümayunlarında mutantan bir surette ilân ve istimal edilen *Meşrutiyet* ve *Kanunu Esasi* gibi yaldızlı ve cezbedici tâbirlerden kat'annazar, teessüs eyliyen

yeni nizamın hakikî mahiyetini tayin ve ifadeye çalışırsak, hiç tereddüt etmeden diyebiliriz ki, 7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasisile, heyeti umumiyesi itibarile bu hususta incelemelerimizin bir muhassalası olarak, hakikatte ne *Kanunu Esasî* denilen bir üstün düsturun ve ne de *Meşrutiyet* denilen bir rejimin teessüsü mümkün olabilmıştır» (Sf. 111).

Sayın profesör bu kanaatini tarihî vâkıalara müsteniden isbat eylemekte, nihayet 1292 Kanunu Esasisini müteakip nasıl mutlakiyete rücu edilmiş olduğunu müstakil bir *başlık* altında tavzih etmektedir (Sf. 112-113).

İşte Birinci Meşrutiyet devresini şu vaziyetin arzettiği hususiyetlerle izah edebilmek mümkündür (Sf. 131-157).

* * *

II — Âmme Hukukumuzda İkinci Meşrutiyet Devri: —

1 — Eserin muhtevası: —

Eser, müteaddit başlıklara münkasem üç bölümden mürekkeptir. İkinci Meşrutiyeti doğuran sebepler ve Meşrutiyet rejiminin teessüsünden bâhis olup iki başlığa tefrik edilmek suretile mütalâa edilen *birinci bölümün birinci başlığı* altında, İkinci Meşrutiyetin âmilleri ve ilânı, *ikinci başlığı* altında da, Meclisi Mebusanın yeniden açılışı ve meşrutî idarenin teessüsü tetkik olunmuştur.

İkinci bölümde, 1293 Kanunu Esasisinde, 1325 de yapılan değişiklikler incelenmiş, nihayet, Kanunu Esaside yapılan muahhar değişiklikler ve meşrutî rejimin takip eylediği seyirden bâhis olup yedi başlığa münkasem bulunan *üçüncü bölümün, birinci başlığı* altında, 1912 ye kadar meşrutî idare ve İttihat ve Terakki tahakkümü, *ikinci başlığı* altında, Kanunu Esaside yapılmak istenilen değişiklikler ve Milletvekilleri Meclisinin feshi, *üçüncü başlığı* altında, Mebusan Meclisinin yeniden teşekkülü ve Kanunu Esaside yapılmak istenen değişikliklerin milletvekilleri Meclisi tarafından kabulü, *dördüncü başlığı* altında, Gazi Ahmet Muhtar Paşa kabinesi ve Milletvekilleri Meclisinin feshi, *beşinci başlığı* altında, Bâbüâlî baskını ve İttihat ve Terakkinin yeniden iktidar mevkiine gelişi, *altıncı Başlığı* altında, Vahidettinin Kanunu Esasiye uygun olmıyan hareketleri ve Milletvekilleri Meclisinin feshi, *yedinci başlığı* altında, Mebuslar Meclisinin yeniden teşkilî ve Osmanlı Devletinin inhilâlî mevzuları tetkik olunmuştur.

Eserin son kısmını teşkil eyliyen *dördüncü bölüme* gelince: burada, İkinci Meşrutiyet devrinin karakteristik vasıfları üzerinde durulmuştur.

2 — Eserin tebarüz ettirdiği muhtelif meselelerden bazılarına umumî bir bakış: —

«*Âmme Hukukumuzda İkinci Meşrutiyet Devri*», biraz evvel tahliline teşebbüs ettiğimiz, «*âmme hukukumuzda Tanzimat ve Birinci Meşrutiyet Devirleri*» adlı ve doktora ihtisas kurlarına muhtas eserin, yine bu gayeye matuf olarak, kaleme alınmış bir devamıdır.

Sayın profesör Recai Galip Okandan, sözü geçen eserinin, önsözünde, eserine mevzu ittihaz eylemiş bulunduğu meseleleri tetkikte de tarihi metoda sadakat göstermekte, ve bu metodu tatbik etmeksizin İkinci Meşrutiyet devrini, bütün hususiyetleriyle anlamak mümkün olamayacağını şu suretle tebarüz ettirmektedir: «İkinci Meşrutiyet dendiği zaman, mazi ile ilgisi bulunmayan bir devir hatıra gelmemelidir... (Sf. 3). İkinci Meşrutiyet devrinin kendinden evvelki merhalelerle olan bu ilgisi yanında, onun kendinden sonraki devirlerle de alâkalı bulunduğunu söylemek» iktiza eylemektedir (Sf. 4).

Birinci bölüme, İkinci Meşrutiyeti doğuran sebepleri ve Meşrutiyet rejiminin teessüsünü mevzu ittihaz eylemiş bulunan müellif, bu mühim, mühim olduğu nisbette de şümüllü meseleyi muhtelif başlıklar altında incelemiş **bulunmaktadır**.

Müellif, önce, İkinci Meşrutiyetin âmilleri ve ilânı üzerinde durmuştur: 1293 Kanunu Esasisinin hatâlı mahiyeti ve benimsenmemesi mutlakiyete, istibdada müncer olmuş, istibdat ise, - müellifin ayrıca üzerinde durarak büyük bir vukufî tahlil ettiği - müteaddit reaksiyonlar tevhit eylemiş (Sf. 14), bu reaksiyonlar, hususile İttihat ve Terakki Cemiyetinin teşebbüsleri, Meşrutiyetin ilânına bâdi olmuştur (Sf. 14-18).

Meşrutiyetin ilânı, Mebusan Meclisinin yeniden açılışı ve meşrutî idarenin teessüsü demek olduğuna göre, mesele başkaca tahlil ve tetkika tâbî tutulmak suretile, bu mevzuda, hususile hükûmet merkezinde hâkim olan siyasi durum ve meşrutî idare lehinde alınan tedbirler (Sf. 18-24), İkinci Abdülhamidin Kanunu Esasiye muhalefeti ve bundan doğan neticeler (Sf. 24-28), Mebusanın intihabı ve Meclisin açılışı (Sf. 28-34), Kâmil Paşa kabinesinin Mebusan Meclisi tarafından düşürülmesi ve Hüseyin Hilmi Paşa kabinesi (Sf. 35-40), Otuzbir Mart Vakası, Tevfik Paşa kabinesi ve istibdada yeniden dönüş (Sf. 40-46), saltanat makamında vukubulan tahavvül ve Meşrutiyet idaresinin teessüsü (Sf. 46-50) gibi, İkinci Meşrutiyet devrinin en mühim tarihi ve siyasi hâdisatı izah ve tahlil olunmuş bulunmaktadır.

Sayın müellifin önemle üzerinde durup belirttiği ve eserinin müstakil bir bölümüne mevzu ittihaz eylediği meselelerden biri de, 1293 Kanunu Esasisinde, 1325 de yapılan tādillâta taallük eylemektedir. Âmme hukuku-

muz bakımından ehemmiyeti büyük ve âşikâr olan bu bahiste, maddeler, bütün tadilâtile incelenmiş bulunmaktadır (Sf. 51-85).

Profesör, daha sonra, Kanunu Esaside yapılan muahhar değişiklikler ve Meşrutiyet rejiminin takip eylediği seyir üzerinde durmuştur. 1912 ye kadar meşrutî idare ve İttihat ve Terakki tahakkümüne mütedair izahları takiben tebarüz ettirilen ve tetkik olunan meseleleri şu suretle sıralamak mümkündür: Hüseyin Hilmi Paşa kabinesi ve İttihat ve Terakki dikta-törlüğü (Sf. 86-89), Hüseyin Hilmi Paşa kabinesinin istifası, ve İbrahim Hakkı Paşa kabinesi (Sf. 89-90), İbrahim Hakkı Paşa kabinesinin istifası, Sait Paşa kabinesi, Hürriyet ve İtilâf Fırkasının zuhuru (Sf. 90-92).

Bu mühim tarihî tetebbuları müteakip, Kanunu Esaside yapılmak istenilen tadilât ve Mebusan Meclisinin feshi izah edilmekte, bu mevzuda, İttihat ve Terakkiye karşı muhalefetin bertaraf edilebilmesini mümkün kılacak tedbir (Sf. 93-94), Kanunu Esasinin muhtelif maddelerini tâdil teklifi ve Sait Paşa kabinesinin istifası (Sf. 94-100), Sait Paşanın ikinci kabinesi ve Mebusan Meclisinin dağıtılması (Sf. 100-109), meseleleri ele alınarak, bunlar teker teker tahlil edilmekte ve belirtilmektedir.

Sayın profesörün tebarüz ettirdiği meselelerden biri de, Mebusan Meclisinin yeniden teşekkülü ve Kanunu Esaside yapılmak istenen tadilâ-tın Mebusan Meclisi tarafından kabulüdür. Bu bakımdan, intihap müca-deleleri ve yeni Mebusan Meclisinin açılışı (Sf. 109-111), Kanunu Esasinin muhtelif maddeleri hakkındaki tâdil teklifinin Mebusan tarafından tas-vîbi (Sf. 111-118) ön plânda gelen meselelerdir.

Müellif, İkinci Meşrutiyet tarihinin diğer mühim bir meselesi olan, Gazi Ahmet Muhtar Paşa kabinesi ve Mebusan Meclisinin feshi (Sf. 118-119) üzerinde durduktan sonra, Bâbîâli baskını ve İttihat ve Terakkinin yeniden mevkii iktidara gelişi ve bu yeni gelişin tevlit etmiş olduğu âmme hukuku problemlerini incelemiş (Sf. 129-135), bunun gibi, Vahi-dettinin Kanunu Esasiye muhalif hareketleri ve Mebusan Meclisinin feshi misillû, âmme hukukumuzun önemli bir meselesini itinalı bir tahlile tâbi tutmuş (Sf. 135-141), nihayet, Osmanlı Devletinin inhilâli ve Mebusanın yeniden teşkilî konusunu ele almıştır (Sf. 141-145).

Diyebiliriz ki, eserin, *İkinci Meşrutiyet devrinin karakteristik vasıf-larından bâhis son kısmı* - âmme hukukumuz bakımından olduğu kadar, esas teşkilât hukuku noktai nazarından da - büyük bir ehemmiyeti haiz-dir (Sf. 146-180). İkinci Meşrutiyet devrinin karakteristik vasıfları neler-dir? Aynı ince ve itinalı tahlili ile müellif bu vasıfları tesbit etmiş bulun-maktadır:

«Âmme hukukumuzun önemli safhalarından birini teşkil eyliyen *İkinci Meşrutiyet âni hâdiselerin doğurduğu bir merhale olmayıp, gerek*

fikir ve gerekse tatbikat sahasında vukubulan uzun ve daimî bir gelişmenin eseri mahsulü» dür (Sf. 146).

Âmme hukukumuzda, memleketimizin siyasi sistem ve çehresinden, zahiri de olsa, az çok önemli değişikliklerin vukuunu mümkün kılan, fert lehine doğan ve inkişaf eden telâkkilerin daha fazla gelişerek şuurlarda daha esaslı bir tarzda yerleşmelerile memleketin siyasi seviyesinin mevcut imkânlar dahilinde yükselebilmesini az çok kabil kılan İkinci Meşrutiyettir (Sf. 147).

İkinci Meşrutiyetin ilânında, Osmanlı Devletinin dış durumile ilgili olmak üzere, Tanzimattan evvel devam edegelen *harici güçlüklerin izalesi, yabancı Devletlerin müdahalelerine sebebiyet verilmemesi*, Osmanlı Devletinin tarzı idaresi bakımından ecnebi Devletlerin memnun edilerek onların emniyet ve güvenlerinin kazanılması gibi muhtelif sebepler de önemli bir âmil olmuştur (Sf. 149).

İkinci Meşrutiyetin ilân ve teessüsünde önemli rol oynayan unsurlardan biri de *askeri kuvvetlerin muzaheret ve müdahalesidir* (Sf. 151).

İkinci Meşrutiyetin teessüs keyfiyeti memlekette hâkim olan monarşik sistemin, irsilik vasfında bir değişiklik husule getirmemiş olmasına rağmen, saltanat makamından uzaklaştırma ve keza o makamı işgal keyfiyetinde artık milletin de bir rol oynamaya başladığı görülmektedir (Sf. 152).

Meşrutî idarenin ikinci defa olarak âmme hukukumuzda teessüsüne âmil olan sebeplerin en başında memleketimizin iç durumu, müstebit idarenin gittikçe vahimleştirdiği dahilî vaziyet gelmektedir (Sf. 156). Bununla beraber, keyfit istibdat, ve şahsî idareyi de tamamen ortadan kaldırmış değildir.

Âmme hukukumuzda İkinci Meşrutiyet denilen devrin açılması birlikte, nazari bakımdan, *millî hâkimiyet prensibinin* âmme hukukumuzda ithal olduğunu gösteren bir temayülün mevcudiyetile de karşılaşmaktadır. Ancak, realitede, hükümdardan alınan hâkimiyetin millete hakikaten intikal ettirilmiş olup olmadığı hususuna müspet cevap verebilmeğe, İkinci Meşrutiyet devrinde cereyan eden hâdiselerin çok esaslı bir şekilde mâni olduğunu da zikretmek iktiza eylemektedir (Sf. 165).

İkinci Meşrutiyet devrinin hususiyetlerinden biri de, siyasi kuvvetlerin yekdiğerinden tefrikile, bunlar arasındaki karşılıklı münasebetlere dayanan bir rejim diye tavsif edilen *parlamantarizmin âmme hukukumuzda ithal edilmiş olmasıdır* (Sf. 172). Ancak, bu sistemin İkinci Meşrutiyet devrinde, normal esaslar dahilinde cereyan ederek inkişaf edebildiğini, memleketimizde bihakkın yerleşerek işleyebildiğini, Devletin siyasi or-

ganları arasındaki münasebetlerin bu sistemin icaplarına uygun bir şekilde cereyan ettiğini söylemek de çok güçtür (Sf. 176).

İkinci Meşrutiyet devrinin daha bir çok karakteristik vasıflarını ve hususiyetlerini tebarüz ettirmiş olan müellif, eserinin şu son kısmında, «âmme hukukumuzda İkinci Meşrutiyet devri» ne müteallik çalışmalarının çok güzel bir sentezini vermiş bulunmaktadır.

Muhterem hocamız Recai Galip Okandan'ın tarihi ve hukukî bakımlardan birbirini itmam eylemekte olup, birbiri ardınca tahlile çalıştığımız iki cildi de Âmme Hukukumuz yönünden olduğu kadar, Esas Teşkilât Hukukumuz ve İdare Hukukumuz bakımlarından da, milli kütüphanemize, doğrudan doğruya Türk Hukuk Tarihini alâkadar eyliyen meseleleri muhtevi iki eser daha kazandırmış bulunmaktadır.

Âmme hukuku bakımından, Tanzimat, Birinci ve İkinci Meşrutiyet devirleri üzerinde yapılacak tarihi ve hukukî tetkiklerde büyük sühulet temin edecek olan bu iki eser, şüphe yok ki, doktora ihtisas kurları müdavimleri kadar, Türk âmme hukuku kültürünü takviye ve tezyin düşüncesinde olan hukukçulara da geniş ölçüde faydalar sağlayacaktır.

Millî kütüphanemize kazandırdığı iki kıymetli eser dolayısıyla, değerli hocamızı candan tebrik eder, sözü geçen eserleri okuyucularımıza hararetle tavsiye ederiz.

N. Ş.