

## K R O N İ K

- I. — 1946 yılı mevzuatı; II. — Mahkeme icthatları;  
III. — Eser tahlili ve tenkidleri

### I.

#### 1946 yılı mevzuatı [\*]

(1/I/1946 - 1/IV/ 1946)

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

#### A) KANUNLAR;

##### 1 — Adli :

§ Adli evrakın posta, telgraf ve telefon idaresi vasıtasile tebliğine dair olan 3560 sayılı kanuna ek olmak üzere kabul buyurulan 8/2/1946 tarih ve 4856 sayılı kanuna göre; 4347 sayılı kanunla uygulanması üç yıl geri bırakılan 3560 sayılı kanunun telgrafla tebliğe ilişkin hükümleri bir yıl daha geri bırakılmıştır (Resmî gazete, 12 Şubat 1946, sayı: 6230).

##### 2 — Banka :

§ Etibank kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında kabul buyurulan 4/2/1946 tarih ve 4851 sayılı kanuna göre; 14/6/1935 tarihli ve 2805 sayılı Etibank kanununun ikinci, üçüncü, sekizinci maddeleri değiştirilmiştir. Muaddel ikinci maddeye göre, Etibank'ın itibari sermayesi yüz elli milyon liraya çıkarılmıştır. Muaddel üçüncü maddeye göre, Etibank, Bakanlar Kurulu kararile faizli veya faizsiz, ikramiyeli veya ikramiyesiz, kâra iştirâki veya iştiraksiz tahviller çıkarabileceği gibi on beş seneye kadar vadeli istikrazlar dahi yapabilir. Bunların tutarı bankanın itibari sermayesinin yarısını geçemez. Maliye Bakanlığı bankanın çıkaracağı tahvillerle yapacağı istikrazlara kefalete yetkilidir.

Muaddel sekizinci maddeye göre; hükûmet, Etibank'a gerekli ser-

[\*] Resmî Gazetenin 2 Ocak 1946 tarih ve 6195 - 30 Mart 1946 tarih ve 6270 sayılı nüshalarından telhis edilmiştir.

mayeyi: A) Devlet bütçesine konulacak ödeneği ve Maliye Bakanlığının bulacağı avans ve kredilerden ayrılacak miktarı bankaya vermek (bu avans ve kredilerin itfası ve faizleri için verilmesi gerekli ödenek her yıl bütçesine konur); B) Bankanın senelik bilançosunda gerçekleşen temettüü on altıncı madde gereğince sermaye hesabına geçirmek; C) Madencilik, elektrik istihsal, nakil ve dağıtma sanayii, maden cevherleri ve taş ocağı maddeleri ve elektrik malzemesi aletleri ve makineleriyle maden malzemesi ticaret ve sanayii ile ilgili işleri görmek maksadile kurulmuş olan ticarî kurumlarıdaki hükûmetin katılma paylarını devretmek; D) Terkedilmiş, mahlûl veya herhangi bir suretle olursa olsun Devlet veya hükûmete bağlı kurumlar eline geçmiş veya geçecek maden imtiyazlarını, maden ocağı imar ruhsat tezkerelerini, taş ocağı ruhsatnamelerini, maden arama ve ilk istikşaf ruhsatnamelerini, elektrik istihsal, nakil ve dağıtma imtiyazlarını veya bu gibi imtiyazname, ruhsat tezkeresi ruhsatname hisselerini ve bunlardan doğan bütün hakları ve menfaatleri devretmek ve bunların devrinde ve keşfedilmiş madenlerin ihalesinde bu haklara bağlı olup kıymetlendirilmesi gereken arazi ve demirbaş eşyayı devretmek; E) Terkedilmiş, mahlûl veya herhangi bir suretle hükûmete geçmiş ve hükûmetçe özel veya tüzelkişilere, icar ve iştirak suretiyle işletilmekte bulunmuş olan madenlerin veya maden ocaklarının veya bunların hisselerinin getirmekte olduğu kâr hisselerini veya kira karşılıklarını devretmek; F) Hükûmet veya hükûmete bağlı kurumlar elinde bulunup iştilal konusunda işe yarıyabilecek arazi veya demirbaş eşyayı ayın olarak vermek; suretine temin eder. Özel idarelerle belediyeler ve katma bütçeli idareler bu madde hükmünün dışındadır (Resmî Gazete, 8 Şubat 1946, sayı: 6227).

§ Sümer Bank kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında kabul buyurulan 4/2/1946 tarih ve 4852 sayılı kanuna göre; 3/6/1933 tarih ve 2262 sayılı Sümer Bank kanununun dördüncü ve beşinci maddeleri değiştirilmiştir. Muaddel dördüncü maddeye göre, Sümer Bankın itibarî sermayesi iki yüz milyon liradır. Bu sermayenin ödenmeyen kısmı her yıl 3,800,000 liradan aşağı olmamak üzere Sümer Bankın kârları ve Maliye Bakanlığının bulacağı avans ve kredilerden sağlayacağı paranın bankaya mal edilmesile ve bu kaynaklarla kapatılamayan miktarı Devlet bütçesine konacak ödenekle temin olunur. Sözü geçen kredilerle avansların itfası ve faizleri için verilmesi gereken ödenek her yıl bütçesine konur. Muaddel beşinci maddeye göre de, Sümer Bank, bankalar kurulu kararile faizli veya faizsiz, ikramiyeli veya ikramiyesiz, kâra iştirakli veya iştiraksiz tahviller çıkarabileceği gibi on beş yıla kadar vadeli istikrazlar yapabilir. Bunların tutarı bankanın itibarî sermayesi-

nin yarısını geçemez. Maliye Bakanı bankanın çıkaracağı tahvillere ve yapacağı istikrazlara kefalete yetkilidir (Resmî Gazete, 8 Şubat 1946, sayı: 6227).

### 3 — Bayındırlık :

§ Kabul buyurulan 13/2/1946 tarih ve 4870 sayılı kanuna göre; İnebolu ve Amasra limanlarındaki dalga kıranların onarılma ve uzatılmaları ve bu limanlarda yanaşma yerleri, tarama ve limanla ilgili diğer işlerin yapılması için yıllık ödeme miktarı 900,000 lirayı geçmemek üzere üç buçuk milyon liraya kadar gelecek yıllara geçici yüklenmelere girişmeye Bayındırlık Bakanlığı ve faizleriyle birlikte bu miktara kadar bono çıkarmağa Maliye Bakanlığı yetkilidir (Resmî gazete, 21 Şubat 1946, sayı: 6238).

### 4 — Beledi-:

§ Çırağan sarayının İstanbul belediyesine devir ve temlik hakkında kabul buyurulan 15/2/1946 tarih ve 4872 sayılı kanuna göre; İstanbulda hazineye ilişkin Çırağan sarayı ankazı, 1953 yılına kadar ötel haline getirilmek şartıyla, arsasile birlikte, İstanbul belediyesine, parasız olarak devir ve temlik edilmiştir (Resmî gazete, 21 Şubat 1946, sayı: 6238).

### 5 — Bütçe :

§ Devlet demiryolları ve limanları işletme genel müdürlüğü 1946 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 28/12/1945 tarih ve 4818 sayılı kanunla; Devlet demiryolları ve limanları işletme genel müdürlüğünün 1946 yılı giderleri için bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 133,771,182 lira ödenek verilmiştir, Kanunun ikinci maddesine göre Devlet demiryolları ve limanları işletme genel müdürlüğünün 1946 yılı giderlerine karşılık olan gelirler, bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 133,771,200 lira tahmin edilmiştir (Resmî gazete, 2 Ocak 1946, sayı: 6195).

§ Posta, telgraf ve telefon işletme genel müdürlüğü 1946 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 28/12/1945 tarih ve 4820 sayılı kanunla; Posta, telgraf ve telefon işletme genel müdürlüğü 1946 yılı giderleri için bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 42,966,985 lira ödenek verilmiştir. Kanunun ikinci maddesine göre, Posta, telgraf ve telefon işletme genel müdürlüğü 1946 yılı giderlerine karşılık olan gelirler bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 42,966,985 lira olarak tahmin edilmiştir (Resmî gazete, 3 Ocak 1946, sayı: 6196).

§ 28/12/1945 tarih ve 4822 sayılı kanunla; Devlet Hava yolları genel müdürlüğünün 1946 yılı bütçesi kabul edilmiştir (Resmî gazete, 3 Ocak 1946, sayı: 6196).

§ 28/12/1945 tarih ve 4823 sayılı kanunla; hudut ve sahiller sağlık genel müdürlüğünün 1946 yılı bütçesi kabul edilmiştir (Resmî gazete, 3 Ocak 1946, sayı: 6196).

§ Orman genel müdürlüğü 1946 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 28/12/1945 tarih ve 4824 sayılı kanunla; orman genel müdürlüğü 1946 yılı giderleri için bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 11,714,564 lira ödenek verilmiştir. Kanunun ikinci maddesine göre, orman genel müdürlüğü 1946 yılı giderlerine karşılık olan gelirler, bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 11,714,564 lira tahmin edilmiştir (Resmî gazete, 4 Ocak 1946, sayı: 6197).

§ Tekel genel müdürlüğü 1946 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 28/12/1945 tarih ve 4825 sayılı kanunla; Tekel genel müdürlüğü 1946 yılı giderleri için, ilişik «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 23,846,352 lira ödenek verilmiştir. Kanunun ikinci maddesine göre, Tekel genel müdürlüğü 1946 yılı giderleri ilişik «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 196,378,457 lira tahmin edilmiştir (Resmî gazete, 4 Ocak 1946, sayı: 6197).

§ Vakıflar genel müdürlüğü 1946 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 28/12/1945 tarih ve 4826 sayılı kanunla; Vakıflar genel müdürlüğü 1946 yılı giderleri için bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 5,555,801 lira ödenek verilmiştir. Kanunun ikinci maddesine göre, Vakıflar genel müdürlüğü 1946 yılı giderlerine karşılık olan gelirler, bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 5,556,000 lira tahmin edilmiştir (Resmî gazete, 5 Ocak 1946, sayı: 6198).

§ Beden terbiyesi genel müdürlüğü 1946 yılı bütçesi hakkında kabul buyurulan 28/12/1945 tarih ve 4827 sayılı kanunla; Beden terbiyesi genel müdürlüğü 1946 yılı giderleri için, bağlı «A» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 1,137,963 lira ödenek verilmiştir. Kanunun ikinci maddesine göre, Beden terbiyesi genel müdürlüğü 1946 yılı giderlerine karşılık olan gelirler, bağlı «B» işaretli cetvelde gösterildiği üzere 1,137,963 lira tahmin edilmiştir (Resmî gazete, 5 Ocak 1946, sayı: 6198).

§ 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» ve «D» işaretli cetvellerin Büyük Millet Meclisi kısımlarında değişiklik yapılmasına dair kabul buyurulan 1/2/1946 tarih ve 4845 sayılı kanuna göre; 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin Büyük Millet Meclisi kısmının beşinci (ücretler) bölümünün birinci (hizmetliler ücreti) tertibine 1,320 lira ek ödenek konulmuştur. Keza, aynı kanuna bağlı «A» işaretli cetvelin Büyük Millet Meclisi kısmında (Başkan vekilleri otomobil giderleri) adıyla yeniden açılan 11/A bölümünün birinci (satınalma) maddesine 4,000 ve ikinci (işletme) maddesine de 1,000 lira olağanüstü ödenek verilmiştir (Resmî gazete, 7 şubat 1946, sayı: 6226).

#### 6 — İdarî teşkilât :

§ Kabul buyurulan 13/2/1946 tarih ve 4869 sayılı kanunla yeniden on ilçe kurulmuştur (Resmî gazete, 20 Şubat 1946, sayı: 6237).

#### 7 — İstimlâk :

§ Belediye kamulaştırma kanununa bir geçici madde eklenmesine dair kabul buyurulan 8/2/1946 tarih ve 4857 sayılı kanuna göre; 3710 sayılı belediye kamulaştırma kanununun yirmi ikinci maddesindeki üç yıllık süre, olağanüstü hallerin başladığı tarihten bittiği hükümetçe kararlaştırılıp yayınlandığı tarihe kadar işlemez (Resmî gazete, 12 Şubat 1946, sayı: 6230).

#### 8 — İş ve işçi :

§ İş ve işçi bulma kurulu kuruluş ve görevleri hakkında kabul buyurulan 21/1/1946 tarih ve 4837 sayılı kanun on sekiz maddeden tereküp etmektedir. Birinci maddeye göre, 3008 sayılı İş kanununun 63, 64, 69 uncu maddeleri hükümlerine göre, iş ve işçi bulma faaliyetlerini ve bunlarla ilgili diğer ödevleri yerine getirmek üzere iş ve işçi bulma kurulu vücutte getirilmiştir. Kurum bu görevini İş kanununun şümulü dışında kalan iş ve işçi istiyenlere de şâmil olarak düzenler ve yürütür. Kurum çalışma bakanlığına bağlı, özel kişilikte mali ve idari bakımdan muhtar bir Devlet kurulusudur. Kurum bu kanun ile özel hukuk hükümlerine ve denetleme bakımından 3460 sayılı kanuna tâbidir.

İkinci maddeye göre, 3008 sayılı İş kanununun beşinci maddesi gereğince, genel, katma ve özel bütçelerle belediye bütçelerinden aylık veya ücret alan memurlar ve hizmetliler ile genel, katma ve özel bütçelere veya belediye bütçelerine ödenek konmak suretile doğrudan doğruya, yahut mali yardımda bulunularak dolayısıyla işletilen iş yerlerinde aylık

veya ücretle idarî işleri gören memur veya hizmetlilere ait görevler hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Üçüncü maddeye göre, kurum, iş ve işçi istiyenlerin isteklerini karşılıyamamaktan dolayı hukukan sorumlu değildir. Kurum, iş veren veya iş veren vekili ile işçi arasında bağit ilişiği kurulmasına aracılık ettiği hallerde, iş veren veya iş veren vekiliyle işçilerin bu bağit dolayısıyla ileri sürecekleri zarar ziyandan da sorumlu değildir. Dördüncü maddeye göre, iş veren veya iş veren vekilinin işçi isteğinde bulunurken kuruma yaptığı yazılı beyanda bildirdiği ücret ve öteki haklara dair şartlar işçiden yana bir yüklenme olarak hüküm ifade eder. Ancak, bu beyanla iş yerinin yürürlükte olan iç yönetmeliğinde yazılı şartlar işçiye karşı değiştirilemez. Beşinci maddeye göre, hilâfı ilgili işçi tarafından kabul edilmedikçe iş verenlerin, kurumdaki işçiler için yol parası ile türlü genel giderlerini karşılamak üzere, gereken miktarda avans vermeleri şarttır. Kurum, bu avansları iş verenlerden alıp işçilere vermeye aracılık eder.

Kanunun altıncı maddesi genel müdürlük kuruluşuna, yedinci maddesi genel müdürle yardımcılarının salâhiyet ve tayin şekillerine, sekizinci maddesi kurumun diğer memurlarının tayin tarzına, dokuzuncu maddesi kurum memurlarının aylıklarına müteallik hükümleri ihtiva etmektedir.

Duruşma kurulundan bahseyleyen onuncu maddeye göre, bu kurul, A) İşçi çalıştırılan müesseselerin bağlı bulunduğu Bakanlıklar ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının ve kuruma yardım ödeneği veren il genel meclisile belediyelerin birer temsilcilerinden, B) Çalışma Bakanlığınca uygun görülecek münavebe usulile Ticaret ve Sanayi odaları ile işçi kurumları temsilcilerinden, meydana gelir. İşçi ve iş verenlerin temsilci üyelerinin görev süreleri üç yıldır. Çalışma Bakanı veya görevlendireceği kimse danışma kuruluna başkanlık eder. Kurul, çalışma bakanlığının çağırısı üzerine yılda bir defa adiyen ve gerekli gördükçe her zaman olağanüstü toplanır.

On birinci madde danışma kurulunun vazifelerinden, on ikinci madde bu kurul üyelerine ödenecek yolluktan, on üçüncü madde kurumun gelirlerinden, on dördüncü madde kurumun bütçesinden bahseylemektedir. On beşinci maddeye göre, kurumca faaliyet konusile ilgili bina ve tesislerin vücade getirilmesi çalışma bakanlığının tasvibine bağlıdır. On altıncı maddeye göre de, iş ve işçi bulma kurulu genel muhasebe, arttırma, eksiltme ve ihale kanunları hükümlerine ve sayıştayın vize ve denetlemesine bağlı değildir (Resmî gazete, 25 Ocak 1946, sayı: 6215).

§ Kabul buyurulan 11/2/1946 tarih ve 4866 sayılı kanunla; Cenevre'de 8 Haziran 1933 te Milletlerarası iş teşkilâtı genel konferansı tarafından ücretli iş bulma büroları hakkında kabul olunan otuz dört nu-

maralı sözleşme onanmış ve bu sözleşmeye katılmak için hükûmete yetki verilmiştir (Resmî gazete, 16 Şubat 1946, sayı: 6234).

§ Kabul buyurulan 11/2/1946 tarih ve 4864 sayılı kanunla; Cenevre'de 4 Haziran 1934 te, Milletlerarası iş teşkilâtı genel konferansı tarafından, meslekî hastalıkların tazmini hakkında kabul olunan kırk iki numaralı Milletlerarası sözleşme onanmış ve bu sözleşmeye katılmak için hükûmete yetki verilmiştir (Resmî gazete, 16 Şubat 1946, sayı: 6234).

§ Kabul buyurulan 11/2/1946 tarih ve 4865 sayılı kanunla; Cenevre'de 25 Ekim 1921 de, Milletlerarası iş teşkilâtı genel konferansı tarafından sınaî müesseselerde hafta tatili yapılması hakkında kabul olunan on dört numaralı sözleşme onanmış ve bu sözleşmeye katılmak için hükûmete yetki verilmiştir (Resmî gazete, 16 Şubat 1946, sayı: 6234).

#### 9 — Maaş :

§ Memur ve hizmetlilere verilecek olağanüstü zam hakkındaki kanuna ek olmak üzere kabul buyurulan 4/2/1946 tarih ve 4849 sayılı kanuna göre; 28/1/1942 tarihli ve 4178 sayılı kanun gereğince verilen yakacak zammını peşin olarak toptan ödemeye Maliye Bakanı yetkilidir. Katma ve özel bütçeli idarelerle 3659 sayılı kanuna bağlı kurumlar memurları için bu yetkiyi ilgili bakanlar kullanabilir. Peşin olarak yapılacak ödeme ile ilgili hususlarla hak etme ve geri alma hükümleri sözü geçen kanun esasları dairesinde Bakanlar Kurulunca belirtilir (Resmî gazete, 8 Şubat 1946, sayı: 6227).

§ Kabul buyurulan 11/2/1946 tarih ve 4861 sayılı kanunla; 28/6/1943 tarihli ve 4448 sayılı kanunun ikinci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: Stenoğraflar 4598 sayılı kanun hükümlerine göre 3656 sayılı kanunla belirtilen altıncı dereceye kadar yükseltilebilir (Resmî gazete, 15 Şubat 1946, sayı: 6233).

#### 10 — Malî:

§ Kabul buyurulan 28/12/1945 tarih ve 4821 sayılı kanunla; olağanüstü ihtiyaçlar için milli savunma bakanlığınca yurda sokulacak maddelerin vergi muafıkları hakkındaki 23/12/1942 tarihli ve 4340 sayılı kanunun yürürlük süresi, bu sürenin bitimi tarihi olan 29/12/1945 tarihinden başlamak üzere bir yıl uzatılmıştır (Resmî gazete, 3 Ocak 1946, sayı: 6196).

§ Gümrük çıkış vergisinin kaldırılmasına dair kabul buyurulan 23/1/1946 tarih ve 4839 sayılı kanunla; olağanüstü vaziyet dolayısıyla bazı vergi ve resimlere zam icrasına dair olan 3828 sayılı kanuna ek 29/5/1941 tarihli ve 4040 sayılı kanunun 4226 sayılı kanunla değiştirilmiş otuz altıncı maddesi ile otuz yedinci maddesi hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun geçici maddesine göre, 1944 ve daha evvelki yıllarda istihsal olunan ve bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yurtdışı edilen tütünlerden yukarıki maddede sözü geçen hükümler dairesinde Gümrük çıkış vergisinin alınmasına devam olunur (Resmî gazete, 26 Ocak 1946, sayı: 6216).

§ Toprak mahsulleri vergisi kanununun kaldırılması hakkında kabul buyurulan 23/1/1946 tarih ve 4840 sayılı kanunla; 26/4/1944 tarih ve 4553 sayılı Toprak mahsulleri vergisi kanunu 1/1/1946 tarihinden başlamak üzere yürürlükten kaldırılmıştır. Geçici birinci maddeye göre, 1945 ve daha evvelki mahsul yıllarına ilişkin toprak mahsulleri hakkında, 4553 sayılı kanun hükümleri uygulanır. 1945 yılı mahsulünden 1/1/1946 tarihinden sonra idrâk edilecek mahsuller de bu hükme bağlıdır. Geçici ikinci maddeye göre, Bakanlar Kurulu kararla belirtilecek kuraklık ve başka tabii âfet gören yerlerde her ödevlinin 1945 yılına ilişkin ekim cetvelinde ekim alanına attığını beyan ettiği tohum miktarı mezkûr yıl için kesinleşmiş vergisi delâletile bulunacak istihsalı tutarile kıyaslanarak bire ikiye kadar hububat ve bakliyat mahsulü aldıkları anlaşılmalardan vergileri silinir. Bunlardan kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar alınmış olan vergiler, isteklerine göre ayın veya para olarak teslim yerlerinde geri verilir. Herhangi bir sebeple ekim cetveli alınmamış veya alınan cetvelde atılan tohum miktarları gösterilmemiş olduğu takdirde bu miktarlar ödevlilerin muhtar ve ihtiyar kurulunca onanmış beyanları üzerine idare kurullarınca kesin olarak belli edilir (Resmî gazete, 26 Ocak 1946, sayı: 6216).

§ Şeker ve glikozdan alınan munzam istihlâk vergilerinde yapılan indirmelerin onanması hakkında kabul buyurulan 6/2/1946 tarih ve 4855 sayılı kanuna göre; 4385 sayılı kanunun dört ve beşinci maddelerinin verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunun ilişik 9/3/1945 tarihli ve 3/2937 sayılı kararla şeker ve glikozdan alınan munzam istihlâk vergilerinde yapılan indirmeler onanmıştır (Resmî gazete, 11 Şubat 1946, sayı: 6229).

§ Kabul buyurulan 11/2/1946 tarih ve 4863 sayılı kanun ile 1837 sayılı bina vergisi kanununun otuz dördüncü maddesi şu şekilde değişti-



rılmıştır: Tadilen tesbit olunan iradlar, tadil isteminin yapıldığı tarihi kovalıyan yıldan başlayarak vergiye matrah tutulur. Bu iradlar tadil isteminin yapıldığı yıl içinde itiraz komisyonu kararına bağlanmadığı veya itirazsız kesinleşmediği takdirde vergi eski iradlar üzerinden tahakkuk ettirilir. Temyiz, verginin tahsiline mâni değildir. Ancak kesinleşen irada göre verginin fazla alındığı anlaşılırsa fazlası nakden veya mahsup suretile geri verilir. Noksanı ayrıca tahsil olunur.

Ferdi tadil istemelerinin en çok üç ay, mevzî tadil istemelerinin, yetkili mercilerce onandığı tarihten başlayarak; semt tadillerinin, en çok altı ay ve diğerlerinin bir yıl içinde bitirilmesi mecburîdir. Ancak yirmi yedinci madde gereğince özel idare gelir memurlarının istemleri üzerine yapılacak tadil istemleri ve itiraz incelemeleri, tadilin istenildiği yılı kovalıyan yıl içinde bitirilemezse tadil suretile bulunan iradlar, itiraz incelemesinin bitirildiği yıldan sonraki yıldan başlayarak vergiye matrah tutulur (Resmî gazete, 15 Şubat 1946, sayı: 6233).

#### 11 — Teşkilât ve memur :

§ Elektrik işleri etüd idaresinin Ekonomi Bakanlığına bağlanması hakkında kabul buyurulan 4/2/1946 tarih ve 4835 sayılı kanuna göre; 2819 sayılı kanunla kurulmuş olan elektrik işleri etüd idaresi Ekonomi Bakanlığına bağlanmış ve beyındırlık bakanlığı kuruluş ve görevleri hakkındaki 3611 sayılı kanunun otuz ikinci maddesile Bayındırlık Bakanlığına devrolunmuş olan görev ve yetkiler Ekonomi Bakanlığına verilmiştir. 3611 sayılı kanunun altıncı maddesi hükmü saklıdır (Resmî gazete, 8 Şubat 1946, sayı: 6227).

§ Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı kuruluş ve memurları kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine dair olan 4258 sayılı kanuna bağlı kadrolarda değişiklik yapılması hakkında kabul buyurulan 23/1/1946 tarih ve 4838 sayılı kanunla; Ankara Tıp öğrenci yurduna ilişkin bağlı cetveldeki kadrolar, 4258 sayılı ve 15/6/1942 tarihli kanuna bağlı «2» sayılı cetveldeki kadrolara eklenmiştir (Resmî gazete, 26 Ocak 1946, sayı: 6216).

§ Çalışma Bakanlığının kuruluş ve görevleri hakkında kabul buyurulan 28/1/1946 tarih ve 4841 sayılı kanun yirmi dört maddeden te-rekküp etmektedir. Kanunun birinci maddesine göre, Çalışma Bakanlığı, çalışma hayatının düzenlenmesi, çalışanların yaşama seviyesinin yükseltilmesi, çalışanlar ile çalıştıranlar arasındaki münasebetlerin memleket yararına ahenklendirilmesi, memleketteki çalışma gücünün genel refahı

arttıracak surette verimli kılınması, tam çalıştırma ve sosyal güvenin sağlanması ile görevlidir. İkinci madde Çalışma Bakanlığının merkez kuruluşuna, üçüncü madde çalışma müdürlüklerine, 3 - 14 üncü maddeler merkez kuruluşlarının vazifelerine, on beşinci madde çalışma müdürlerinin görevlerine, on altıncı madde memurları seçme ve disiplin komisyonlarına, on sekizinci madde Bakanlık memurlarının tayin şekillerine ait hükümleri ihtiva etmektedir (Resmî gazete, 30 Ocak 1946, sayı: 6219).

§ Ekonomi Bakanlığı kuruluş ve görevleri hakkındaki kanun ile 3656 sayılı kanuna bağlı bir ve iki sayılı cetvellerin bu bakanlık kısımlarında değişiklik yapılması hakkında kabul buyurulan 28/1/1946 tarih ve 4842 sayılı kanuna göre, Ekonomi Bakanlığı kuruluş ve görevleri hakkındaki 27/5/1934 tarihli ve 2450 sayılı kanunun 26/5/1939 tarihli ve 3612 sayılı kanunla değiştirilen birinci ve dördüncü maddeleri değiştirilmiştir. Kanunun üçüncü maddesine göre de, 3656 ve 3644 sayılı kanunlardaki bir ve iki sayılı cetvellerin Ekonomi Bakanlığı kısımlarındaki kadrolarla 4771 sayılı kanunun birinci maddesile Ekonomi Bakanlığı teşkilâtına aktarılan kadrolar kaldırılmış ve bu kanuna bağlı bir iki sayılı cetvellerde yazılı kadrolar 3656 sayılı kanuna bağlı aynı sayılı cetvellerin Ekonomi Bakanlığı kısımlarına konulmuştur (Resmî gazete, 30 Ocak 1946, sayı: 6219).

§ Kabul buyurulan 8/2/1946 tarih ve 4858 sayılı kanuna göre; Devlet memurları aylıklarının tevhid ve taadülüne dair olan 3656 sayılı kanuna ek 4644 sayılı kanuna bağlı «1» sayılı cetvelin Adalet Bakanlığına ilişkin bölümünde ilişik «1» sayılı cetvelde gösterilen kadrolar yerine ilişik «2» sayılı cetvelde derece, aded ve unvanları gösterilen memurluklar konulmuştur (Resmî gazete, 13 Şubat 1946, sayı: 6231).

§ Kabul buyurulan 8/2/1946 tarih ve 4859 sayılı kanuna göre; 30/6/1939 tarihli ve 3656 sayılı kanuna bağlı «1» sayılı cetvelin emniyet genel müdürlüğü kısmına, bağlı cetvelde yazılı kadrolar eklenmiştir (Resmî gazete, 13 Şubat 1946, sayı: 6231).

§ Kabul buyurulan 11/2/1946 tarih ve 4862 sayılı kanuna göre; Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı kuruluş ve memurları kanununa bazı hükümler eklenmiş ve 4258 sayılı kanuna bağlı kadro cetvelleri değiştirilmiştir (Resmî gazete, 15 Şubat 1946, sayı: 6233).

## 12 — Polis :

§ Emniyet kuruluş kanununun yirmi dördüncü maddesinin değiştirilmesi hakkında kabul buyurulan 13/2/1946 tarih ve 4868 sayılı kanuna göre; orta okul mezunlarıyla ordu veya jandarma erbaşlığından ayrılmış olan veya orta tahsilini bitirmemiş olduğu halde yabancı dil bilen ilk okul mezunları yeğlikle polisliğe alınırlar. Bu şartları haiz olanlar bulunmadığı takdirde açılacak müsabakalarda polisliğe yeter bilgi ve yeterliği olduğu anlaşılanlar da polis memurluğuna kabul edilirler. Bunların yükselmeleri 3656 sayılı kanun ve ekleri hükümlerine göre yapılır (Resmî gazete, 20 Şubat 1946, sayı: 6237).

## 13 — Sağlık :

§ Sıtma savaşı hakkında kabul buyurulan 15/2/1946 tarih ve 4871 sayılı kanun otuz bir maddeden tereküp etmektedir. Birinci maddeye göre, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, 1593 sayılı umumî hıfzıssıhha kanunu ve bu sıtma savaşı kanunu hükümlerine dayanarak gerekli gördüğü yerlerde sıtma hastalığı ile savaş yapar ve savaş yapılacak yerleri tesbit ve ilân eder. Kanunun ikinci ve üçüncü maddeleri kuruluş ve yetki ile, dört ilâ on sekizinci maddeler ödev ve yasaklarla, on dokuzuncu madde akçeli işlerle, yirmi ilâ yirmi beşinci maddeler cezaî ve yirmi altı ilâ otuz birinci maddeler de çeşitli hususlarla ilgili hükümleri ihtiva etmektedir (Resmî gazete, 21 Şubat 1946, sayı: 6238).

## 14 — Savunma :

§ Kabul buyurulan 30/1/1946 tarih ve 4843 sayılı kanunla; tank (zırhlı otomobil dahil) sınıfı eratının aylık ve gıdalarına zam yapılmıştır (Resmî gazete, 4 Şubat 1946, sayı: 6223).

§ İstiklâl harbi malûllerine verilecek para mükâfatı hakkında kabul buyurulan 1/2/1946 tarih ve 4846 sayılı kanuna göre; ilişik cetvelde ad, künye ve malûllük dereceleri yazılı iki subay ve altı ere 937 sayılı kanun gereğince verilecek 1,600 liralık para mükâfatı, 1946 yılı bütçe kanununa bağlı «A» işaretli cetvelin «Devlet borçları» kısmının 511 inci «mütekait, dul ve yetim aylık ve ödenekleri» bölümündeki ödenekten verilir (Resmî gazete, 6 Şubat 1946, sayı: 6226).

§ Denizaltı gemilerile Avcıbotlarında bulunanlara verilecek hazır gıda hakkındaki kanunun birinci maddesinin değiştirilmesine dair kabul buyurulan 4/2/1946 tarih ve 4847 sayılı kanuna göre; denizaltı gemileri

ve avcıbotlarıyla liman savunma ve arama, tarama motorleri, üslerinden ve ana gemilerinden bağılıkları kesildiği zaman gemi komutanının emrile: A) Mürettebatına (subay, gedikli subay ve erata); B) Görev ile bu gemilerde bulundurulmuş mürettebattan başka kişilere; dört bin kaloriden aşağı olmamak üzere ilişik cetvelde yazılı hazır gıdalar aynen verilir ve değiştirme yapılabilir (Resmî gazete, 8 Şubat 1946, sayı: 6227).

§ Bahriye efrad ve küçük zabitanile gedikli zabitan hakkındaki 24 Şubat 1330 tarihli kanunun yirmi altıncı maddesinde değişiklik yapılmasına dair kabul buyurulan 4/2/1946 tarih ve 4848 sayılı kanuna göre; 24 Şubat 1330 tarihli bahriye efrad ve küçük zabitanile gedikli zabitan kanununun yirmi altıncı maddesindeki çavuş ve makine çavuşuna ait aylıklar 200 kuruş olarak değiştirilmiştir (Resmî gazete, 8 Şubat 1946, sayı: 6227).

§ Subaylar heyetine mahsus terfi kanununun on dördüncü maddesine iki fıkra eklenmesine dair kabul buyurulan 4/2/1946 tarih ve 4850 sayılı kanuna göre; 4273 sayılı subaylar heyetine mahsus terfi kanununun on dördüncü maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir: A) Herhangi bir suçtan dolayı yargılanma sonunda askeri ceza kanununun kırk dördüncü maddesinin Türk Ceza kanununa attettiği cezaya ehliyeti hafifleten sebeplere dair 47, 48 inci maddeleri hükümlerine göre cezaları azaltılanlardan, cezaları ordudan tard ve ihracı gerektirmeyenler birinci defasında emir ve komuta mevkiinden kıt'a dışı görevlere alınarak bir daha emir ve komuta görevine geçirilmezler. Arzu edenler askeri memur sınıfına naklolunabilirler. Bu hal bir daha tekerrür ederse hükümlü sağlık durumundan dolayı emekliye çıkarılır. B) Yukarıda sözü geçen hükümlü geri hizmette ise bir daha kıt'a görevine çıkarılmaz ve «A» fıkrası hükmüne bağlı tutulur (Resmî gazete, 8 Şubat 1946, sayı: 6227).

#### 15 — Tekait :

§ Devlet Denizyolları ve limanları işletme genel müdürlüğü memurları emekli sandığı hakkındaki 3137 sayılı kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bu kanuna yeniden bazı maddeler eklenmesine dair kabul buyurulan 13/2/1946 tarih ve 4867 sayılı kanuna göre; Devlet Deniz yolları ve limanları işletme genel müdürlüğünün daimî kadrolarında gösterilen ve 3656 sayılı kanunun on dokuzuncu maddesi konusuna giren hizmetliler de 3137 sayılı kanun hükümlerine bağlıdır. Bu gibiler hakkında 3137 sayılı kanunun beşinci maddesinin ilgili fıkraları hükümleri uygulanır (Resmî gazete, 20 Şubat 1946, sayı 6237).

## 16 — Ticarî :

§ Kabul buyurulan 9/1/1946 tarih ve 4828 sayılı kanunla; 3 Nisan 1943 tarihli Türkiye - Finlandiya ticaret ve ödeme anlaşması ile bağlantılarının yürürlüğünün bitim tarihi olan 1 Mayıs 1945 tarihinden başlayarak 1 Kasım 1945 tarihine kadar uzatılması ve bu sürenin bitmesinden iki ay önce bozulduğuna dair haber verilmediği takdirde kendiliğinden ikinci bir altı ay daha uzatılması hakkında Finlandiya elçiliği ile teati edilen mektuplar kabul edilmiş ve onanmıştır (Resmî gazete, 16 Ocak 1946, sayı: 6207),

§ Kabul buyurulan 9/1/1946 tarih ve 4829 sayılı kanunla; 3 Şubat 1940 tarihli Türk - İngiliz ticaret ve ödeme anlaşması ile 2 aralık 1940 tarihli Akçalı anlaşmanın yirmi gün süre ile 20 Mayıs 1945 tarihine kadar uzatılmaları hakkında İngiltere büyük elçiliği ile teati edilen mektuplar onanmıştır (Resmî gazete, 16 Ocak 1946, sayı: 6207).

§ Kabul buyurulan 9/1/1946 tarih ve 4830 sayılı kanunla; 4 Ağustos 1943 tarihli Türkiye - İsviçre ticaret ve ödeme anlaşması ile bağlantılarının yürürlüğünün sona erdiği tarihten başlayarak 1 Eylül 1945 tarihine akadar üç ay süre ile uzatılması için İsviçre elçiliği ile 30 Mayıs 1945 tarihinde teati edilen mektuplar kabul edilmiş ve onanmıştır (Resmî gazete, 16 Ocak 1946, sayı: 6207).

§ Kabul buyurulan 9/1/1946 tarih ve 4831 sayılı kanunla; 3 Ağustos 1943 tarihli Türkiye - İsviçre ticaret ve ödeme anlaşması ile bağlantılarının yürürlüğünün sona erdiği tarihten başlayarak 1 Ekim 1945 tarihine kadar bir ay süre ile uzatılması için İsviçre elçiliği ile 31 Ağustos 1945 tarihinde teati edilen mektuplar kabul edilmiş ve onanmıştır (Resmî gazete, 16 Ocak 1946, sayı: 6207).

§ Kabul buyurulan 16/1/1946 tarih ve 4833 sayılı kanunla; Türkiye ile Çekoslovakya arasında Ankarada 22 Haziran 1945 tarihinde imzalanan ticaret ve ödeme anlaşması onanmıştır (Resmî gazete, 21 Ocak 1946, sayı: 6211).

§ Kabul buyurulan 16/1/1946 tarih ve 4834 sayılı kanunla; Türkiye ile İngiliz Birleşik krallığı arasında imza edilmiş olan 4 Mayıs 1945 tarihli ticaret ve ödeme anlaşması ve protokolü onanmıştır (Resmî gazete, 23 Ocak 1946, sayı: 6213).

§ Kabul buyurulan 16/1/1946 tarih ve 4835 sayılı kanunla; Türki-

ye Cumhuriyeti ile İsviçre konfederasyonu arasında, ticaret mübadelelerinin ve ödemelerinin düzenlenmesi için 12 Eylül 1945 tarihinde imzalanan anlaşma ve ekleri onanmıştır (Resmî gazete, 23 Ocak 1946, sayı: 6213).

§ Kabul buyurulan 16/1/1946 tarih ve 4836 sayılı kanunla; Türkiye ile Yunanistan arasında Ankarada 1 Haziran 1945 tarihinde imzalanan ticaret ve ödeme anlaşması hükümleri onanmıştır (Resmî gazete, 23 Ocak 1946, sayı: 6213).

#### 17 — Ulaştırma :

§ Devlet Denizyolları ve limanları işletme genel müdürlüğü ihtiyaçları için gelecek yıllara geçici yüklenmelere girişilmesi hakkında kabul buyurulan 30/1/1946 tarih ve 4844 sayılı kanunun birinci maddesine göre; hükümetçe onanacak programı gereğince, yıllık ödeme miktarı on iki milyon lirayı geçmemek üzere Devlet Denizyolları ve limanları işletme genel müdürlüğünce yapılacak, yaptırılacak ve satın alınacak gemiler, tarak dubaları, havuzlar, gemi inşa ve tamir tersaneleri techizat ve gereçleri, yükleme ve boşaltma tesisleri ve techizat ve çeşitli gereçler için yetmiş altı milyon liraya kadar gelecek yıllara geçici yüklenmelere girişmeye Ulaştırma Bakanı yetkilidir. Üçüncü maddeye göre de, Devlet Denizyolları ve limanları işletme genel müdürlüğü, birinci madde konusuna giren işlere mahsus olmak üzere Ulaştırma Bakanlığının teklifi, Bakanlar Kurulunun kararı ve Maliye Bakanının kefaletile otuz yılı geçmemek üzere elli milyon liraya kadar istikraz yapmaya ve bono çıkarmaya yetkilidir (Resmî gazete, 4 Şubat 1946, sayı: 6223).

§ Devlet Havayolları genel müdürlüğü ihtiyaçları için gelecek yıllara geçici yüklenmelere girişilmesi hakkında kabul buyurulan 8/2/1946 tarih ve 4860 sayılı kanuna göre; memleket iç ve dışında hava ulaştırmasının sağlanması maksadile yeniden meydan, pist, hangar, işletme binaları yapılması, mevcutların genişletilmesi ve düzenlenmesi, bu meydanlara gerekli her türlü makine, techizat ve tesisat ve taşıtların satın alınması veya yaptırılması için, yıllık ödeme miktarı beş milyon lirayı geçmemek üzere on beş milyon liraya kadar gelecek yıllara geçici yüklenmelere girişmeye Ulaştırma Bakanı ve faizlerle birlikte bu miktarları geçmemek üzere bono çıkarmaya Maliye Bakanı yetkili bulunmaktadır (Resmî gazete, 13 Şubat 1946, sayı: 6231).

18 — *Müteferrik* :

§ Nakil vasıtaları hakkındaki kanuna ek olmak üzere kabul buyurulan 16/1/1946 tarih ve 4832 sayılı kanunla; nakil vasıtaları hakkındaki 15 Mayıs 1940 tarihli ve 3827 sayılı kanunun ikinci maddesine bağlı «1» sayılı cetvele, Büyük Millet Meclisi başkan vekilleri için dört bin lira bedelli ve beş sene miadlı bir binek otomobili eklenmiştir (Resmî gazete, 21 Ocak 1946, sayı: 6211).

§ Türkiye Büyük Millet Meclisi binası yapısı için gelecek yıllara geçici yüklenmelere yetki verilmesi hakkında kabul buyurulan 6/2/1946 tarih ve 4854 sayılı kanuna göre; Büyük Millet Meclisi binası, kalorifer ve sağlık tesisleriyle buna benzer diğer yapı ve onarma işlerinin bitirilebilmesi için her yıla düşen ödenek miktarı iki milyon lirayı aşmamak üzere ileri yıllara geçici yüklenmeler yapmaya Başkanlık Divanı yetkilidir (Resmî gazete, 11 Şubat 1946, sayı: 6229).

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

§ Askerî ve mülki tekaüt kanununa ek 3255 ve 4463 sayılı kanunların yorumlanacak bir tarafı bulunmadığı hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ittihaz buyurulan 6/2/1946 tarih ve 1489 sayılı karara göre; orduda muvazzaf subay iken 1325 tarihli eski tekaüt kanunu gereğince malûl olarak emekliye ayrılmış bulunanlardan bazıları bilâhare millet vekii seçilerek Büyük Millet Meclisine katılmışlar ve bunlardan birinci, ikinci ve üçüncü dönemlere katılmış olanların 995, 1664 sayılı kanunların verdiği yetkiye dayanılarak 788 sayılı memurin kanununun «mebuslukta geçen müddetin tekaüde mahsup edileceği ve mebusluk tahsisatı olan on bin kuruşun tekaüde esas tutulacağı» hakkındaki yetmiş üçüncü maddesi gereğince bu miktar aslî aylık üzerinden tekaüd işlemleri yine 1325 tarihli tekaüt kanunu hükümleri dairesinde düzeltilmiştir.

Bilâhare 1325 tarihli kanuna göre, tekaütlükleri icra edilen malûl subayların terfileri maksadile kabul edilen 3255 sayılı kanun ile bunların almakta oldukları terfih zamları bir misline çıkarılmış ve bu zam da dahil olduğu halde alacakları para miktarının 1 Haziran 1930 tarihinde, yani halen yürürlükte olan tekaüt kanununa göre, tekaüt edilen aynı rütbeli ve aynı hizmetli malûl emsallerinin aldıkları para miktarını geçemeyeceğine dair bir hükümle de bu miktar takyid edilmiş bulunmaktadır. Yukarıda bahse konu olan malûl emekli millet vekillerinin bir kısmı da bu kanundan istifade ettirilerek almakta oldukları terfih zamları bir misli arttırılmıştır.

Bilâhare, 3255 sayılı kanundan istifade eden malûl subayların bir kısmı yine 1683 sayılı tekaüt kanunu hükümlerine göre tekaüt edilen subaylar derecesine gelemedikleri görüldüğünden bunların arasındaki farkı gidermek ve aynı seviyeye getirilmelerini temin etmek maksadile 14/7/1943 tarihinde 4463 sayılı kanun kabul edilmiş ve bununla «3255 sayılı kanunun birinci maddesi gereğince terfih zamları arttırılan malûl subay ve askerî memurlardan halen almakta oldukları aylık, tahsisat, yüzde yirmi beş zam ve terfih zamları tutarı 1 Haziran 1930 tarihinde tekaüt edilen aynı rütbeli ve aynı hizmetli malûl emsallerine bağlanan aylık miktarına kadar arttırılacağı» hükmü kabul edilmiştir.

Millî Savunma Bakanlığı, aynı rütbeli ve aynı hizmetli malûl emsali kaydını, adı geçen millet vekilleri hakkında, millet vekilliği sıfatı dolayısıyla yeniden tahsis edilen on bin kuruş aslı aylığı esas tutmak suretile ikmal etmiş ve on bin kuruş aslı aylığın tekabül ettiği rütbede bulunan ve 1 Haziran 1930 tarihinde tekaütlükleri icra edilen bir malûlün almakta olduğu emekli aylığına kıyasen bunlara da gereken tahsisleri yapmış ve tescil için sayıştaya göndermiştir. Sayıştayca ilk iki işlem hakkında tereddüt edilmiyerek tescil yapılmış ise de bilâhare sevk edilen işlem üzerinde durulmuş ve yapılan incelemeler sonunda mevzuatın millî savunma anlayışını haklı gösterecek mahiyette olmadığı görülerek keyfiyetin yorum yoluyla halledilmesi maksadile Sayıştayca Yüksek Meclise baş vurulduğu anlaşılmış ve mesele incelenmiştir. Varılan sonuca göre:

A) 3255 ve 4463 sayılı kanunlar münhasıran subaylardan 1325 tarihli tekaüt kanunu hükümlerine göre emekliye ayrılmış bulunan malûl subayların 1683 sayılı kanun ile emekliye ayrılan aynı rütbeli ve aynı hizmetli malûl emsalleri derecesine yükseltilmesi amacını elde etmek maksadile tedvin edilmiştir. Kanun koyucusu bunları kabul ederken ordu dışında herhangi bir suretle aylıkları yükselenleri düşünmemiştir.

B) Her iki kanun metninde de sarîh olarak yazılı olan «1 Haziran 1930 tarihinde tekaüt edilen aynı rütbeli ve aynı hizmetli malûl emsallerinin almakta oldukları para miktarını geçemez» kaydındaki emsale, 1683 sayılı tekaüt kanununa göre tekaütlükleri yapılan ve daha müreffeh olan emsalden başka bir mâna vermeye de metnin kapsağı ve her iki kanunun ruhu müsait bulunmamaktadır.

C) Malûl emekli bir subayın millet vekili olmasından doğan aylık artımı bu sıfatın gerektirdiği özel bir haldir. Artan bu aylığın rütbe tayinine esas tutulması asla varid değildir. Bir rütbenin nasıl kazanılacağı ordu mevzuatında çok açık olarak belirtilmiştir. Hiçbir subay gereken kademeleri geçmeden General rütbesine yükseltilemez. Şu halde millet vekilliği sıfatı ile bu emekli malûl subayların aylıklarında yapılan arttırmalar mevridine maksur ve özel olarak kalmaktadır.



Kaldı ki, Yüksek Meclisce kabul edilen 1067 sayılı kararda da yine özel bir durum arzeden, vekillik etmiş bir zatın tekaüde esas olan yüz elli lira aslı aybğının malûllüğe de esas tutulamıyacağı sarîh olarak belirtilmiş bulunmaktadır.

Binaenaleyh:

1 — Emekli malûl subaylardan millet vekilliğine seçilerek Büyük Millet Meclisinin birinci, ikinci ve üçüncü dönemlerinde millet vekilliği etmiş olmalarından dolayı emekli aylıkları, eldeki hükümlere göre, arttırılmış bulunanların ellerine geçen para, 3255 sayılı kanunun ikinci maddesindeki «bu kanuna göre yapılan zam da dahil olduğu halde alacakları para miktarı 1 Haziran 1930 tarihinde tekaüt edilen aynı rütbeli ve aynı hizmetli malûl emsallerinin aldıkları para miktarını geçemez» kaydına göre, fazla olduğundan bu kanundan;

2 — 4463 sayılı kanunda «... aldıkları maaş, tahsisat, yüzde yirmi beş zam ve terfih zamları tutarı 1 Haziran 1930 tarihinde tekaüt edilen aynı rütbeli ve aynı hizmetli malûl emsallerine bağlanan aylık miktarına baliğ olmıyanların terfih zamları bu hadde kadar arttırılır» kaydı karşısında adı geçen emekli malûl millet vekillerinin ellerine geçen para yine bu hükümle belirtilen hemrütbe emsallerinden yüksek bulunduğundan bu kanundan;

istifade edemeyecekleri tabii görülmüş ve konunun yorumlanacak bir tarafı bulunmadığı sonucuna varılmıştır (Resmî gazete, 12 Şubat 1946, sayı: 6230).

§ Avukatlık kanununun on sekizinci maddesinin yorumlanmasına yer olmadığı hakkında kabul buyurulan 11/2/1946 tarih ve 1490 sayılı karara göre; 3499 sayılı Avukatlık kanununun on sekizinci maddesinde, Baro idare meclisinin, staj hakkındaki yıllık raporun tevdiini müteakıp, savcının yazılı mütalâasını alarak staj vesikasının verilmesine veya sürenin altı ay uzatılmasına karar vereceği yazılıdır. Aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince kesin olan bu kararlar, kanunun aradığı bütün şartları yerine getirmiş olan adayların staj süresi devamınca mesleklerine gerekli olan bilgi ve tecrübeyi edinmiş olup olmamalarını araştırmıya matuftur. On sekizinci maddenin Baroya tanımış olduğu takdir hakkı, stajın beklenen faydayı temin edip etmediğine ve bu süre içinde adayın başarı gösterip göstermediğine münhasır olup bu husus madde metninden vuzuhla anlaşıldığına göre maddenin yorumlama yoluyla açıklanmasına yer olmadığı karar altına alınmıştır (Resmî gazete, 18 Şubat 1946, sayı: 6235).

§ Büyük Millet Meclisi tarafından kabul buyurulan 15/2/1946 ta-

rih ve 1491 sayılı kararla; Meclisin gündeminde bulunan önemli işler sonuçlandırılmış olduğundan sayın üyelerin memleket içinde dolaşmaları, denetleme görevlerine hazırlanmaları ve dinlenmeleri için 3 Nisan 1946 çarşamba gününe kadar çalışmaya ara verilmesi karar altına alınmıştır (Resmî gazete, 21 Şubat 1946, sayı: 6238).

#### C) YORUMLAR:

§ Devlet memurları aylıklarının tevhid ve teadülüne dair olan 3656 sayılı kanunun on yedinci maddesi hakkındaki 28/1/1946 tarih ve 244 sayılı yoruma göre; Devlet memurları aylıklarının tevhid ve teadülüne dair olan 3656 sayılı kanunun on yedinci maddesindeki «meslekî tahsil görerek mesleklerine ait daire ve vazifelere intisap» kaydı; meslekî tahsil görenlerin herhangi bir dairede meslekleriyle ilgili vazifelere tayinlerine de şamildir (Resmî gazete, 2 Şubat 1946, sayı: 6222).

#### D) TÜZÜKLER:

§ Bakanlar Kurulunun 22/2/1946 tarih ve 3/3819 sayılı kararla; 12 Ağustos 1928 tarih ve 7044 sayılı karar ile yürürlüğe konulan sular kanununun uygulanışını gösteren tüzüğün sekizinci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: Kanunun yayımından önce mevcut olup da belediyelere veya köylere devrolunan Vakıf sulardan faydalanan Vakıf hayrat ile akarların suları, belediyelerce ve köylerce parasız olarak verilir. Eskiden mevcut olup da Vakıf sulardan faydalanmakta iken harap olan ve sonradan Vakıf idaresince tekrar yapılan vakıf hayrat ve akarlar da aynı hükme bağlıdır. Belediyeler veya köylerce ister değişiklik yapılmak veya düzenlenmek suretile olsun, ister eskileri bırakılarak yenileri meydana getirilmek suretile olsun akıtılacak sulardan yukarıki fıkralarda yazılı vakıflar yine parasız olarak faydalanırlar (Resmî gazete, 6 Mart 1946, sayı: 6249).

#### E) YÖNETMELİKLER:

§ Bakanlar Kurulunun 3/1/1946 tarih ve 3/3516 sayılı kararla; 4626 sayılı kanunun beşinci maddesine dayanılarak hazırlanan «Memur Konutları Yönetmeliği» yürürlüğe konulmuştur. Sözü geçen Yönetmelik, esas itibarile beş kısma ayrılmış; birinci kısım genel hükümlere, ikinci kısım konutların yönetimine, üçüncü kısım konutların dağıtılmasına ve konutlardan faydalanacaklara, dördüncü kısım kiranın tayin ve tahsiline, beşinci kısım yönetim, bakım, onarma ve kiracıların ödevlerine tahsis olunmuştur (Resmî gazete, 10 Ocak 1946, sayı: 6202).

§ Bakanlar Kurulunun 18/3/1946 tarih ve 3/3912 sayılı kararile; 439 numaralı orta tedrisat öğretmenleri kanununun yedinci maddesi mucibince imtihanla öğretmen olmak isteyenler hakkındaki yönetmeliğin beşinci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: İmtihanlar aşağıdaki ders zümrelerinden yapılır: A) Türkçe, B) Tarih - coğrafya, Yurdbilgisi, C) Matematik, D) Fizik - kimya, E) Biyoloji, F) Müzik, G) Resim - iş, H) Almanca, I) Fransızca, J) İngilizce. Millî Eğitim Bakanlığı her yıl lüzum gördüğü ders zümrelerinden imtihan açar, keyfiyet imtihanlardan iki ay önce gazetelerle ilân edilir (Resmî gazete, 29 Mart 1946, sayı: 6269)

§ İl özel idare muhasebe yönetmeliğine ek yönetmeliğe göre; mükerrer veya fazla veya füzulen tahsil edilip genel meclis veya daimi komisyon kararile geri verilmesi gereken vergi ve resimler, o sene tahsil edilmiş bir gelire ait olduğu takdirde, tahsilât kayıtlarından indirilip emanet hesabına aktarılmak suretile hak sahiplerine verilir ve defterlerin işlemler sütununa gerekli açıklamalar yazılır,

Mükerrer veya fazla veya füzulen tahsil edilip geri verilmesi gereken vergi ve resimler evvelki seneler tahsilâtından olup zamanaşımına uğramamış ise genel muhasebe kanununun kırk sekizinci maddesinin C fıkrası mucibince tahakkuk ettiği senenin bütçe gideri olarak diğer giderler gibi hak sahiplerine ödenir.

Yukarıdaki fıkralarda gösterildiği üzere mükerrer veya fazla veya füzulen tahsil edilen vergilerden diğer daireler için ayrılan paylar ödenmiş ise, hak sahiplerine geri verilmesi gereken paralar tam olarak özel idarece ödenmekle beraber, payları nisbetinde bahsi geçen idarelerin alacaklarından mahsup edilir (Resmî gazete, 2 Şubat 1946, sayı: 6222).

#### F) BAKANLAR KURULU KARARLARI:

§ Bakanlar Kurulu tarafından kabul buyurulan 29/12/1945 tarih ve 3/3510 sayılı karara göre; olağanüstü hallerin devamı süresince memura ve hizmetlilere yapılacak yardım hakkındaki 4599 sayılı kanunun ikinci ve on ikinci maddelerile 1946 yılı bütçe kanununun on yedinci maddesine tevfikân:

1) Ocak - Haziran 1946 aylarına ait aynı yardımın aylık tutarlarının on beşer lira olarak tesbiti.

2) Emekli, dul ve yetimlerle vatani hizmet tertibinden aylık alanlara, aile başına, ödenen yardımın da birinci maddede yazılı süre içinde ayda on beşer lira üzerinden verilmesi.

3) Bir ve ikinci maddelerde aylık miktarı belirtilen aynı yardımın

Ocak - Haziran 1946 ayları için toptan ve peşin olarak ödenecek elli aylığın Ocak 1946 ayı içinde verilmesi ve bundan 4599 sayılı kanunun birinci ve on altıncı maddelerinde yazılı olanların faydalandırılmaları.

4) Dul ve yetimler de dahil olmak üzere aylık ve ücretlerini Ocak ayı başında almış olanlar için ayrıca tanzim olunacak aylık bordroları üzerine Ocak ayı içinde, ay sonunda alanların da esas aylıklarına ait bordrolarda ayrı birer sütun halinde gösterilmesi suretile ücretleriyle birlikte ay sonunda ödeme yapılması.

5) 1/1/1946 tarihinden sonra aynı yardıma hak verecek bir göreve tayin edilenlere işe başladıkları tarihi takip eden ay başından Haziran 1946 sonuna kadar olan aynı yardım istihkak toplamının ilk tam aylık ve ücretleriyle birlikte toptan ödenmesi.

6) 1/1/1946 tarihinde,

A — Bakanlık emrinde olanlara,

B — Muvazzaf askerliklerini yapan veya talim veya manevre sebebiyle silâh altına alınmış bulunan yedek subaylardan uhdelelerinde memuriyet bulunmayan serbest meslek erbabına,

C — Evli jandarma temditli eratına,

D — E cetveline dahil masraf tertiplerinden alınan kadrolarda çalışanlara,

E — Kanunlarına göre yaş tahdidine uğrayacaklara,

Yapılacak yardımın tediyesinde, Bakanlık emri maaş alacakları süre, normal surette terhis edilecekleri tarih, temdid ettikleri sürenin sonu, çalıştığı kadronun müddeti, yaş haddine erişeceği tarih göz önünde tutularak bu yardımın kaç aylık olması lâzımgüleceği hesaplanarak ona göre ödenmesi,

7) Emeklilerle vatani hizmet tertibinden aylık alanlardan 3656, 3659 ve 3661 sayılı kanunlara tâbi olan veya aylık ve ücretleri kanunla tesbit edilmiş bulunan bir görevde çalışanlarla bütçelerin «D» cetvellerine dahil görevlerde veya bütçelerin masraf tertiplerinden alınan kadrolarda vazife almış olanların aynı yardımlarının çalıştıkları daireler ve kurumlara verilmesi,

8) Altı aylık aynı yardımı aldıktan sonra hizmetten ayrılanlarla genel, katma, özel bütçelerle belediyeler ve 3659 sayılı kanuna tâbi müesseselerden birinden diğerine geçenlerin aldıkları aynı yardımdan, ayrıldıkları tarihten sonraya isabet eden miktarının namlarına borç kaydolunarak geri alınması ve borç miktarlarının ayrılışlarında hizmet kâğıtlarına, nakillerde muvafakat kâğıtlarına ve sicil kayıtlarına işaret edilmesi.

9) 1/1/1946 tarihinden sonra sekizinci maddede yazılı daire ve kurumlarda açıktan veya naklen bir göreve tayin edileceklerin görev iste-

ğine dair olan dilekçelerinde herhangi bir daire veya kuruma aynı yardım borcu bulunup bulunmadığının, varsa miktarının gösterilmesi ve bu malûmatın hizmet veren daire veya kurumca behemehal aranması ve bu suretle tesbit olunan borçların yeni hizmetleri dolayısıyla tahakkuk edecek aynı yardım istihkaklarından tevkif olunarak alacaklı daireye yatırılması,

Kararlaştırılmıştır (Resmî gazete, 2 Ocak 1946, sayı: 6195).

§ Bakanlar Kurulunun 14/1/1946 tarih ve 3/3570 sayılı kararile; sıtma ve frengi ilâçları hakkındaki 2767 sayılı kanun gereğince Türkiye Kızılay derneğinin tekeli altına verilmiş olan ilâçlara ait listeye «Pallid Komprime» adlı müstahzarın da frengi ilâcı olarak sokulması kararlaştırılmıştır (Resmî gazete, 24 Ocak 1946, sayı: 6214).

R. G. O.

## II

### Mahkeme İctihatları

A) Âmme Hukuku; B) Hususî Hukuk.

#### A) ÂMME HUKUKU

A. İdare Hukuku; B. Ceza Hukuku.

#### A) İDARE HUKUKU :

İstihkaklarından fazla maaş aldıkları sabit olan memurlardan fuzuli olarak aldıkları maaşın istirdadı meselesi hakkındaki Danıstay ve Yargıtay İctihatları.

### YARGITAY 4. H. DAİRESİ

#### SAYI

| <i>Esas</i> | <i>Karar</i> |
|-------------|--------------|
| —           | —            |
| 2353        | 3530         |

*Mahkemesi:* (Erzurum) Asliye Hukuk Yargıçlığı.

*Tarihi:* 26/1/945

*No.* 19.

*Müddei:* Posta Telgraf ve Telefon İdaresi.

*Müddeaaleyh:* Eski posta memuru Kâmil Bayrakçı.

DAVA: Davalı, Erzurum Tohum Islah Deneme istasyonunda 16 lira maaşlı memur iken Posta idaresine aynı maaşla naklen tayin edilip 29/2/940 tarihinde maaşı 20 liraya çıkarılmış ise de; sicillinin tetkikinde daha evvelce bulunduğu memuriyetlerde 10 lira maaş ve 40 lira ücretle çalışmış olduğu ve bu memuriyetlerde geçen müddetlerin 4 senelik terfi müddetini doldurmadığı anlaşılmış ve Göle Nüfus kâtipliğinde geçen müddetin iki senesinin âzami namzetlik müddeti sayılmak icap etmekte bulunmuş ve bu suretle ancak 15/8/943 tarihinde 15 lira maaş almağa müstahak bulunmuş olduğundan bahisle fazla aldığı maaş tutarı 618 lira 28 kuruşun faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi istenilmiştir.

*Karar:* Tafsilatı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; davalının 20 lira maaşla memuriyete tayininin doğru olmadığı ve 15 lira maaşa müstahak iken 20 lira üzerinden maaş aldığı dosya içinde bulunan evrak ve vesaik mündericacı ile anlaşılmış olmasına mebni fazla aldığı tahakkuk eden altı yüz on sekiz lira 28 kuruşun davalıdan istirdadına ve dava tarihinden itibaren yüzde beş faiz yürütülmesine karar verilmiştir.

*Temyiz eden:* Davalı Kâmil Bayrakçı.

#### YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü:

Hükmün gerekçesine ve dava olunanın on altı lira maaşla Erzurum Tohum Islah ve Deneme istasyonu ayniyat memurluğuna tayini keyfiyeti, Tarım Bakanlığınca tahsil derecesine göre tasvib edilmediği anlaşılmışına binaen diğer itirazlar varid değildir. Ancak Zat İşleri Müdürlüğünden Umum Müdürlüğe gönderilen ve dosyada bulunan yazı suretinde bir çok muhabereye rağmen dava olunanın Göle Nüfus kâtipliğinde asil veya namzet memur olduğunun tesbit edilemediği bildirilmekte ise de; Gölede memuriyeti iki seneden fazla devam etmiş ve namzetlik müddeti en çok iki seneden ibaret bulunmuş olduğundan bu vazifeye namzet olarak alınmış olsa bile iki senenin bitmesiyle namzetliğin asalete inkılâp edeceği nazara alınmıyarak yazılı olduğu üzere hüküm ve karar verilmesi yolsuz ve bu hususa dokunan temyiz itirazı varit bulunmuş olmakla hükmün bu sebepten (BOZULMASINA) ve aşağıda yazılı temyiz giderinin ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 8/10/945 tarihinde Oybirligiyle karar verildi.

Kroniğimize konu teşkil eden Yargıtay kararı «almağa müstahak bulunduğu maaştan fazla maaş aldığı tahakkuk eden bir memurdan bu fazla

olarak aldığı paraların istirdat ve tahsili meselesi» gibi gayet umumî ve şümüllü bir problem ortaya atmaktadır ki; bu vesile ile, ciddi önemli olan bu meseleyi, Yargıtay kararına mesnet teşkil eden münferit ve müşahhas hâdiseden kat'ınazar umumî ve objektif bir surette ele alarak incelemek istiyoruz.

Derhal şunu kaydedelim ki: aynı mesele müteaddit defalar ve çeşitli davalar zımında Danıştay tarafından da tetkik edilmiş ve karara bağlanmıştır.

Bu itibarla işbu meseleyi lâıyık veçhile inceliyebilmek için her iki kazânın bu husustaki içtihatlarını nazarı itibara almak; adli ve idari yargının benimsedikleri hal suretlerini karşılaştırmak faydalı olur.

Zannımızca ancak bu sayede bu mesele hakkında tam ve kat'i bir kanaate varmak mümkün olabilir.

Biraz evvel arzettiğimiz üzere istihkakından fazla maaş aldığı sabit olan memurlardan bu fazlanın istirdadı hususunda Devlet Şûramızın müteaddit kararları vardır. Bununla beraber, biz burada, mevcut bütün Şûra kararlarına temas edecek değiliz. Bunlardan en mühim addettiklerimize göz gezdirmekle iktifa eyliyeceğiz.

Bunları nakletmeden evvel şunu arzedelim ki bu mevzu ile ilgili kararları tesbit hususunda sayın Danıştay muavinlerinden B. Aydın Tunçayın yakınlarda neşrettikleri «Danıştay Kararlar Dergisi Alfabetik Özeti» adlı çok değerli ve müfid eser bize kıymetli bir rehber vazifesi gördüğü gibi; değerli meslekdaşım asistan Lûtfi Duran da bu konuya müteallik bazı kararları toplamak suretile bana büyük bir yardımda bulunmuştur. Nihayet şu da var ki kıymetli meslekdaşım asistan Vakur Versan ve asistan Lûtfi Duran'ın iştirakleriyle yaptığımız bir seminerde, «memurlara fazla verilmiş olan maaşların istirdadı» meselesini 1945-46 seminer talebesi ile birlikte görüşmek ve münakaşa etmek suretiyle, bu konuyu biraz deşmiş ve incelemiş bulunuyoruz.

Bu maruzattan sonra meselenin tetkikine girişebileceğimizi sanıyoruz.

Fikrimizce «istihkaklarından fazla maaş aldıkları tebeyyün eden memurlardan bu fazlanın istirdadı ve tahsili» meselesinde üzerinde bilhassa durulmasında faide melhuz bulunan bir çok noktalar vardır.

Bununla beraber, biz şimdilik, bunlardan ancak şu ikisini ele almak ve incelemekle iktifa edeceğiz:

I — Bir kere idarenin, memurdan bu fazlanın istirdadı hususunda ne gibi bir vasıtaya müracaat edeceği, bunu ne yoldan temin edeceği düşünülebilir. Gerçekten iki ihtimal hatıra gelir:

1 — Memura fuzulî olarak verildiği sabit olan paraları istirdat hu-

susunda idarenin, bu durumdaki, *alelâde bir şahıs gibi* mi hareket etmesi lâzım gelir?

2 — Yoksa idare, *âmmeye kudretine sahip* olmak ve *resen hareket salâhiyetini* haiz bulunmak itibarile bu fazlayı, *alelâde fertlerden* tamamen farklı bir surette, *istirdat ve tahsil imkânına* malik midir?

1 — Şüphe yok ki birinci şıkta, yani idarenin, *alelâde bir şahıs gibi* hareket etmesi lâzım geldiği kabul olunduğu takdirde idare bu fazlayı, *hususî hukuk* hükümlerine uyarak, *istirdada* çalışacaktır. Başka bir söyleyişle idare *hususî hukuk müesseselerinden* - meselâ *sebepsiz iktisap, takas hükümlerinden* - istifade edecek ve icabında *adli mahkemelere* başvuracaktır.

2 — Bilâkis ikinci şıkta, yani idarenin bir *âmmeye hükmî şahsı* sıfatile ve *âmmeye kudretine müsteniden* *resen hareket salâhiyetini* kullanması *tecviz* olunduğunda idare bu fazlayı *hususî hukuk kaidelerine* uymaksızın ve ne *adli* ne de *idari kazâ mercilerini* tavsîte lüzum görmeksizin *sırf kendi kuvveti ve ajanları marifetile* *resen ve hodbehod* *istirdat* edebilecek demektir.

II — Tetkike şayan ikinci bir nokta ise: bu gibi bir fazlanın idare tarafından *istirdadından doğan ihtilâfın* *adli kazaya* mı *yoksa idari yargıya* mı ait olduğu hususudur.

İşte bu kroniğimizde biz sadece bu iki noktaya temas etmek ve bunlara cevap vermeğe çalışmak istiyoruz.

I — Evvelâ birinci meseleyi ele alalım: acaba bir memura *istihkakından fazla maaş* verildiği *sabit* olduğunda idare bunu *istirdat* hususunda *behemehal* *hususî hukuk* yollarına mı sapsak zorundadır? Yoksa *idare hukukunun* gösterdiği ve tanıdığı yollardan *istifade* edemez mi? Diğer bir ifade ile idare, bu fazlayı *istirdat için* *behemehal* *alelâde bir şahıs gibi* hareket etmeğe ve *muakkak surette* *hususî hukuk kaidelerine* uymağa mı mecburdur? Yoksa bir *âmmeye hükmî şahsı* olmak hasebîle *resen hareket salâhiyetini* kullanarak bu fazlayı *istirdada* kalkışamaz mı?

Bu suallere cevap verebilmek için şunu hatırlatalım ki: idare hukuku, *hususî hukuktan* farklı olarak, «*fertler arasında müsavat*» esasî yerine «*idarenin fertten üstünlüğü*» esasına *istinat* etmektedir. Bunun *tabii neticesi* olarak da idare hukuku sahasında idareye *ferdin haiz* olmadığı bir takım kudret, *salâhiyet* ve *imtiyazlar* tanınmaktadır. İşte idareye tanınan «*resen hareket salâhiyeti*» bu kudret, *salâhiyet* ve *imtiyazlardan* biridir.

*Resen hareket salâhiyetini* tarif ve izah etmek istersek sayın hocamız Ord. Prof. S. S. Onar'dan naklen diyebiliriz ki: «*resen hareket imtiyazı*; idarenin aldığı *icrai kararları*, üçüncü şahsı *alâkadar* etseler bile,



hâkimin tavassutuna lüzum olmaksızın, bizzat icra edebilmesi iktidarından ibarettir. Bu imtiyazın mahiyetini ve genişliğini anlayabilmek için, hususî hukuktaki vaziyet ile mukayese etmek lâzımdır: Hususî hukukta bir şahıs başkasının şahsı veya patrimonuvarı üzerinde bir hüküm husule getiren ve doğrudan doğruya icrası kabil olan bir tasarruî yapamayacağı gibi haklı bir tasarruftan doğmuş bulunan hakkını da yine kendiliğinden ve doğrudan doğruya istifa edemez. Bir hakkın istifası için hâkimin veya diğer bir adli makamın, meselâ icra dairesinin, bir kararına lüzum vardır, aynı zamanda bu hak şahsın kendi vasıtaları ve ferdi kuvvetleriyle değil adli makamların emir ve nezareti altında çalışan bir teşkilâtla istifa edilir. Borçlusunu takip etmek, ona karşı haklarını kullanmak isteyen bir alacaklı için bu yola müracaatten başka çare yoktur. Hususî hukuk sahasında gördüğümüz bu mecburiyet bugün umumî bir kaide şeklini almaktadır. Halbuki idarî rejimde âmme idareleri için vaziyet aksinedir: İdare haklarını kendi kuvvet ve vasıtalarıyla yerine getirir. İcraî kararlarını kendi alır ve kendi tatbik ve icra eyler; bu icra muamelelerine karşı alâkadarlar için müracaat edilecek yollar vardır. Fakat bu yollara müracaat icrayı geri bırakmayacağı gibi, icraî kararlardan ve bunların resen tatbikinden çıkabilecek kazaî ihtilâflarda da, hakkı olduğunu iddia eden idare değil, icraî tedbirlere ve tazyiklere maruz kalan alâkadar davacı vaziyetine düşer. Yani hususî hukukta hakkını almak isteyen kimse- nin davacı olması ve hâkimin kararından sonra icraî hareketlerin başlaması lâzım geldiği halde idarî rejimde hakkını almak isteyen idarenin verdiği icraî karar bir mahkeme kararı gibi doğrudan doğruya icra safhasına girer, müddeaaaleyh vaziyetinde olması lâzım gelen alâkadar müddei ve idare müddeaaaleyh vaziyetine geçmiş olur.» (İdare Hukuku 1942, sah. 106 - 107).

Bu umumî mahiyetteki izahattan sonra şunu da ilâve edelim ki: sayın S. S. Onar'ın işaret ettikleri üzere resen hareket salâhiyetinin bilhassa kullanıldığı hallerden biri ve belki başlıcası da: idarenin vergi, resim, para cezası gibi *âmme hukuku alacaklarını* tahsil etmesi halidir.

Yine, sayın S. S. Onar'dan naklen, şunu belirtelim ki: «idarenin resen hareket salâhiyetinin *hudutları* vardır. Bazı hallerde idare resen hareket edemez, âdi usulde olduğu gibi kazaî bir karar almağa mecburdur» (sah. 108).

İşte idarenin resen hareket salâhiyetini kullanamayıp, behemehal kazaî bir karar almağa mecbur olduğu hallerden biri ve belki de en ehemmiyetlisi şudur: «*Mülkiyete ve buna benzer sübjektif haklara taallük eden kararların ekserisi kazaî bir karar, bilhassa adli bir makamın tavassutu olmaksızın icra edilemez. İdarenin (Tahsili Emval Kanunu) ile sair hususî kanunlara göre resen hareket salâhiyeti ancak (para cezası ile*

diğer hukuku âmme borçlarının tâkibine) münhasırdır.» Şu da var ki - İcra ve İflâs Kanununun 47 nci maddesi gereğince - «Devletin bir *akitten veya haksız bir fılden* doğan alacakları hakkında İcra ve İflâs Kanunu hükümleri caridir. Hattâ - Dahiliye Vekâletinin 10/4/1937 tarih ve 4084/1227 numaralı tamimine göre - bir kanunda (tayin olunan cezaları vermiyenler hakkında Tahsili Emval Kanununun tatbik edileceği hakkında bir kayıt bulunmadığı) takdirde (Tahsili Emval Kanunu gibi istisnai ve hususi hükümlerin ancak kanunun tasrih ettiği ahvalde tatbik edilebileceğinden) bu cezaların (umumî hükümler icabına göre hareket) edilerek, yani (vali veya kaymakamlar tarafından cumhuriyet müddei-umumîlerine yazılacak müzekkere üzerine Türk Ceza Kanununun 19 ve 21 inci maddelerine göre hapse tahviline gidilmek) suretile tenfizi lâzımdır. Yani Dahiliye Vekâleti kanunda sarahat olmadığı takdirde para cezasının idare tarafından değil adliyece ve adli usuller dahilinde tenfizi lâzım geldiği kanaatindedir.» (sah. 109 - 110).

Görülüyor ki idarî rejim cari olan memleketlerde ve bu meyanda Türkiyemizde idareye, idarî faaliyetleri lâıyıkı veçhile görebilmesi ve bunları geciktirmemesi için resen hareket edebilmek salâhiyeti tanınmış; lâkin bu salâhiyetin, fert bakımından da, tahdidine lüzum görülmüştür. Şöyle ki, hususi bir kanunda sarahat olmadıkça, bir ferdin mülkiyet hakkını veya buna benzer sair bir hakkını nez, ihlâl veya takyit edecek mahiyetteki herhangi idarî bir karar ve tedbirin alınması mevzuubahs olduğunda; başka bir söyleyişle idarenin hareketi ferdin mülkiyet ve buna benzer sübjektif bir hakkı üzerinde herhangi bir tesir husule getirmeğe matuf ise veya bu gibi bir netice tevlit edecek ise idare resen hareket salâhiyetini kullanamayacaktır. Tıpkı alelâde bir fert gibi mahkemeye başvuracak, ferdin mülkiyet veya buna benzer sübjektif hakkına dokunabilmek, ferdin bu gibi bir hakkı üzerinde müessir olabilmek için behemehai kazaî bir karar elde etmek zorunda kalacaktır.

Demek oluyor ki, meşgul olduğumuz meselede, tavzihi gereken nokta kendiliğinden belirmektedir: İdare, bir memura - herhangi nam altında olursa olsun - fuzulî olarak vermiş olduğu bir maaşı istirdat hususunda *resen hareket salâhiyetini haiz midir?* Yoksa bu gibi bir hal *resen hareket salâhiyetinin kullanılmadığı hallerden biri midir?*

Başka bir söyleyişle fuzulen verilen maaşın istirdadı: idarenin resen hareket salâhiyetine dahil bir muamele midir? Yoksa, bilâkis istirdat keyfiyeti: resen hareket salâhiyetinin hudutları içine giren bir hal midir? yani idarenin, tıpkı fertler gibi hareket etmeğe mecbur olduğu ve binaenaleyh mutlaka kazaî bir karar almak zorunda bulunduğu hallerden biri midir?

Vazettiğimiz bu suallere cevap verebilmek için zannımızca evvelâ

fuzulen verilmiş bir maaşın idarece resen hareket salâhiyetine istinaden istirdadı lehine ne gibi deliller serdedilebileceğini tesbit etmemiz lâzımdır. Sonra da, bu gibi bir istirdat teşebbüsünün resen hareket salâhiyetini durdurması lâzım geleceği lehinde dermeyanı mümkün mucip sebepleri tesbit etmemiz icap eyler.

Fikrimizce fuzulî olarak verilmiş bir maaşın idarece, resen hareket salâhiyetini istimal suretiile, istirdadı cihetine gidilebileceği lehine serdedilebilecek delilleri tesbit etmeğe çalışırken bilhassa şu nokta üzerinde durmamız gerekir:

Acaba idarenin bir memura fuzulî olarak verdiği bir para üzerindeki hakkı: bir *âmmе hukuku alacağı* mıdır? Yoksa alelâde bir alacak, yani *hususî hukuk alacağından* mı ibarettir?

Kanaatimizce meseleyi bu şekilde vazetmek lâzımdır ve meseleyi başka şekilde mütalâa imkânsızdır.

Gerçekten - belirtmeğe çalıştığımız üzere - idare hukuku esaslarına ve mevzuatımıza göre, idare ancak - vergi, resim, para cezası... gibi - *âmmе hukuku alacaklarını* tahsil hususunda resen hareket salâhiyetine sahip bulunmaktadır. Bunun dışında kalan alacaklar, yani hususi hukuk alacakları ise - kanunda hilâfına sarahat olmadıkça - hiçbir veçhile resen hareket salâhiyetinin kullanılmasına vesile teşkil edemezler.

Böyle olunca; âşikârdır ki tetkik etmekte olduğumuz meselenin merkez sıkletini de: idarenin, fuzulen verilmiş bir maaş üzerindeki hakkının mahiyetinde aramak lâzım gelir. Şöyle ki:

Şayet idarenin bu fazla maaştan mütevellit alacağını bir *âmmе hukuku alacağı* saymak caiz ve mümkün ise; idarenin bu fazlayı istirdat ve tahsil hususunda resen hareket salâhiyetini kullanması da doğru ve caizdir.

Bilâkis idarenin bu fazla maaştan doğan alacağını bir hususi hukuk alacağı saymak icap ediyorsa; pek tabîdir ki bu takdirde idarenin bu fazlayı istirdat ve tahsil hususunda resen hareket salâhiyetini istimal eylemesi tecvîz olunamaz ve mümkün görülemez.

Dediğimiz gibi meselenin halli bu iki şık hakkında kesin bir hüküm vermemize bağlı bulunmaktadır.

Fikrimizce bu iki şıktan hangisinin doğru olduğunu tesbit edebilmek için, idare ile memur arasındaki münasebetin mahiyeti ve «maaş» mefhumu üzerinde durmak iktiza eyler.

Gerçekten kroniğimize konu teşkil eden mesele: idarenin bir memura fuzulî olarak verilen maaştan mütevellit alacağının mahiyetini tayinden ibaret olduğuna göre; evveleminde idare ile memur arasındaki münasebeti ve «maaş» mefhumunu ele almak ve bunların mahiyetini tesbite çalışmak gerektir.

Bilindiği üzere idare ile memur arasındaki münasebet hususî hukuk münasebeti olmayıp tamamen âmme hukuku münasebetidir. Başka bir söyleyişle idare ile memur arasındaki münasebet: bir hizmet akti veya sair bir akit gibi borçlar hukukuna tâbî bir münasebet değildir; tamamen idare hukukuna giren, nev'i şahsına münhasır, idarî bir muameledir. Elhasıl idare ile memur arasındaki rabitanın bir hususî hukuk münasebeti olmadığı, tamamen ve münhasıran idare hukuku çerçevesine giren bir bağ ve muamele olduğu bugün idare hukukunda münakaşa kabul etmeyen bir esas ve mütearifedir.

Bu itibarla maaş, memur için, bir hususî hukuk münasebetinden doğan bir alacak mahiyetinde değildir. Olsa olsa maaş memur için bir âmme hukuku münasebetinden, kısaca âmme hukukundan mütevellit bir alacak; memurun belki idare karşısında haiz olduğu bir sübjektif âmme hakkıdır. Yukarıda «olsa olsa» ve «belki» kelimeleri gibi ihtirazi kayıtların sebebi şudur ki:

Memurun maaşı üzerinde bir sübjektif hakka sahip olup olmadığı idare hukukunda münakaşalı bir meseledir. Bununla beraber memurlara temin edilen menfaatlerin ve bu meyanda maaşın âmme hukukuna taallük eden ve bu hukuk branşına dahil bulunan birer husus oldukları münakaşa kabul etmez bir hakikattir. Şu da var ki memurun işleyen maaşı üzerinde bir sübjektif hakka sahip olduğu dahi idare hukukunda münakaşa edilmemektedir.

Sayın S. S. Onar'ın dedikleri gibi: «memurlar objektif bir hukukî vaziyette bulunurlar ve - bir şart-tasarruf mahiyetinde olan - tayin tasarrufu ile bu objektif vaziyete girerler. Memurların vaziyetini tayin eden kanun, nizamname ve sair hukuk kaidelerinin heyeti mecmuası memur statüsünü teşkil eder. Bu statü: memurun ne şart ve şekillerle bu vaziyeti iktisap eyliyeceğini; nasıl terfi ve terakki edeceğini; diğer fertlerden farklı olarak ne gibi mükellefiyet ve mecburiyetlere, ne gibi tahditlere tâbî olduğunu; meslekî bakımdan tâbî tutulacağı inzibatî hükümleri; kendisine temin edilen malî ve maddî menfaatleri ve buna benzer memura ve memurluğa müteallik diğer kaideleri ihtiva eder.» (sah. 923 - 924).

Yine muhterem hocamıza göre: «memurların akdî bir vaziyette olmadıkları, memurla devlet arasındaki rabitanın bir akit telâkki edilemeyeceği» muhakkaktır. Zira «bir akdın mevcut olabilmesi için sadece iradelerin mevcudiyeti kâfi olmayıp bu iradelerden sübjektif bir hukukî vaziyetin de doğması, yani iradelerin o zamana kadar hukuk âleminde mevcut olmıyan ve hükmü taraflara münhasır bulunan yeni bir hukukî vaziyet yaratmaları şarttır. Halbuki tayin neticesinde memurun iktisap edeceği vaziyet, mükellef olacağı vazifeleri, sahip olacağı salâhiyetler, istifade edeceği hak ve menfaatler evelden bir kanun veya bir nizamname

ile tesbit edilmiştir veya devlet tarafından her zaman tesbit edilebilir ve değiştirilebilir.» (sah. 912).

Elhasıl «memurla devlet arasındaki münasebet tamamen objektif mahiyettedir ve hizmet kaidelerinden ibarettir. Memurun malî menfaatleri de yine objektif mahiyette tanzim edilmiştir ve objektif tasarruflarla değiştirilebilir. Binaenaleyh memurla devlet arasındaki hukukî rabıta akdî sayılamaz.» (sah. 913)

Bunun gibi, sayın S. S. Onar'a göre: «memurlara ve ailelerinin bir kısım fertlerine temin edilen malî menfaatler, memur statüsünün malî hükümlerini teşkil eder. Bunlar da: memuriyet maaş ve teferruatı; tekaüt maaşı; dul ve yetim maaşından ibarettir. Memurlara temin edilen bu malî menfaatler, memur statüsünün diğer hükümleri gibi, objektif bir hukukî vaziyetin neticesidir. Yani bu haklar ve menfaatler memurun şahsına ait haklar olmayıp ancak hizmete ayrılmış bir masrafın, bir tahsisatın hizmet menfaatine olarak memura temin edilmiş menfaatlerdir. Binaenaleyh memur statüsüne ve dolayısıyla hizmet kaidelerine bağlı olan, onların bir inikâsından ibaret bulunan bu menfaatler «memur için subjektif birer hak teşkil etmez. Memurlara ve ailelerinin bir kısmına tanınmış olan bu malî menfaatlerin bu mahiyetinden şu neticeler çıkar.

1 — Memura ve ailesinin bazı fertlerine ilerisi için temin edilen menfaatler objektif bir hukukî vaziyete dayandığı için kanun vazı tarafından daima değiştirilebilir. Yani bu menfaatler kanuna müstenit ise, bir kanunla; nizamnameye dayanıyorsa bir nizamname ile gerek miktar ve gerekse tâbi olduğu şartlar ve kayıtlar bakımından yeni hükümlere tâbi kılınabilir. Bu suretle bunların miktarları artar veya eksilir, ita şartları değişir, hattâ bir kısmı ilga olunabilir. Memur; memur statüsüne girdiği zaman kendisine veya ailesinin filân veya falan ferdine şu miktar veya nisbette, şu şartlar dairesinde bir malî menfaatin temin edilmiş olmasından bahsederek bir müktesep hak iddiasında bulunamaz.

Fakat bu menfaatler işleyip tahakkuk ettikten sonra, istihkak kesbeden memur veya ailesinin subjektif birer hakkı, birer alacak haline gelir; yani henüz işlememiş olan maaş, ikramiye vesaire objektif birer hukukî vaziyetten ibaret olduğu halde bunlar işleyip geçmiş zamana ait hale gelince istihkak kazanan hak sahibinin patrimuvanına girmiş olur.

Bu itibarla memur ve ailesinin bazı fertlerinin muhtelif addaki maaş vesair malî menfaatlerine dair konulacak yeni kaideler ancak ileride tahakkuk edecek menfaatlere tesir eder, yoksa kanun veya nizamname dairesinde tahakkuk etmiş ve iktisap edilmiş olanlara tesir etmez.» (sah. 1008 - 1009). Velhasıl «maaş, memurun şahsına ait bir subjektif hak olmayıp ifa edilen memuriyetin bir karşılığı» dir. (sah. 1012).

«maaş da, teferruatı da objektif bir hukukî vaziyetin neticesi» dirler ve «objektif hukuk kaidelerine tâbi bulunurlar.» (sah. 1014).

Sayın Onar'ın idare ile memur arasındaki münasebetle memurlara temin edilen malî menfaatler, maaş ve teferruatı hakkındaki bu izahatlarından, kendi hesabımıza, çıkardığımız netice şu oluyor ki:

İdare ile memur arasındaki münasebet bir hususî hukuk münasebeti olmadığına göre tabiatile maaş, memur için, hususî hukuktan münbais bir alacak değildir; objektif bir hukukî vaziyetten, daha doğrusu âmme hukukundan neşet eden bir alacaktır. Diğer bir deyişle maaş, memurun - bir idarî faaliyet, bir âmme hizmeti ifa etmesi dolayısıyla ve âmme hukuku kaidelerine dayanarak, Memurin Kanunu, Maaş, Barem Kanunlarına tevfikan - idareye karşı dermeyan ettiği, idareden talep eylediği bir alacaktır. Kısaca maaş bir hususî hukuk alacağı değil, bir âmme hukuku alacağıdır.

Halbuki «hak» ve «vecibe», «alacak» ve «borç» birbirine sıkı surette bağlı, tecezzi kabul etmez, «corrélatif» mefhumlardır. Bunlar âdeta tek bir madalyanın iki cephesinden başka bir şey değildirler. O halde ki kim ki bir «hak» tan bahseder, aynı zamanda ve zımnen bir «vecibe» yi ifade etmiş olur; kim ki bir kimsenin diğer bir şahıstan «alacağından» bahseder, aynı zamanda zımnen dahî olsa diğer şahsın o kimseye karşı «borcuna» işaret etmiş bulunur.

Hattâ denebilir ki titiz ve dakik bir terminolojide «hak» ve «vecibe»-den «alacak» ve «borç» tan tek başına ve ayrı ayrı bahsetmek doğru olmayıp; «hak - vecibe» münasebetinden, «alacak - borç» mefhumundan birlikte ve bir arada bahsetmek lâzım gelir.

Her ne ise şu muhakkaktır ki iki şahıs arasındaki herhangi bir münasebet neticesinde bir kimse için diğerine karşı bir *alacak* doğmuş ise, bu ikinci şahıs için de birinciye karşı bir *borç* meydana gelmiştir.

Bu itibarla âşikârdır ki bir memur ile idare arasındaki münasebetten mütevellit maaş memur için bir âmme hukuku alacağı ise idare için de bir âmme hukuku borcu teşkil eder. Velhasıl maaş tediyesi idare için hususî hukuktan mütevellit bir borç olmayıp, idarî mevzuattan, âmme hukukundan doğan bir borçtur. Zannımızca bu, münakaşa kabul etmez bir hakikattir.

Ancak şu var ki maaş bir kere işledikten ve istihkak kesbedildikten sonra hâlâ âmme hukuku mahiyet ve karakterini muhafaza edip etmiyeceği düşünülebilir. Burada da iki ihtimal varittir:

A — İlk bir ihtimal şu olabilir ve denilebilir ki «maaş haddizatında âmme hukukundan, idarî mevzuattan doğan bir alacak ve borç olmakla beraber; *tahakkuk etmek ve işlemekle* artık tamamen *ferdî ve hususî* bir

hak, *patrimonyal* bir alacak mahiyeti iktisap etmiş olur. Binnetice artık, fertlerin tabii hukuku olan, *hususî hukuk rejimine* tâbi olmak lâzım gelir.

Nitekim sayın hocamız S. S. Orar bu fikre mütemâyil görünüyorlar. Gerçekten âlim hukukçu aynen diyorlar ki: «Memurlara temin edilen malî menfaatler, objektif birer vaziyetin neticesi olduğu için hangi şahıslar için şart edilmişlerse ona aittir. Meselâ memuriyet maaşı veya dul ve yetim maaşı ancak memurun veya dul veyahut kanununun gösterdiği yetim hakkında mevcuttur; varislerine geçmez. Halbuki bunlar, işleyip istihkak kesbedildikten sonra patrimovane ait bir alacak vaziyetine gireceğinden miras hükümlerine tâbi olur ve varislere intikal eder.» (sah. 1009).

Görüldüğü üzere muhterem Profesöre göre, kanunun memura temin ettiği maaş ve teferruat işledikten ve istihkak kesbedildikten sonra tamamen *patrimonyal* bir alacak, bir *hususî hak* mahiyeti iktisap etmekte, miras ve sair hükümler bakımından tamamen *hususî hukuk rejimine* tâbi olmaktadır.

Hocamızın bu noktai nazarının tabii bir neticesi şudur ki, daha doğrusu şu olmak lâzım gelir ki: Maaş işledikten ve istihkak kesbedildikten sonra idare tarafından bu maaşın fazla tahakkuk ettirilmiş olduğu veya kanunî istihkakından fazla verilmiş bulunduğu yolunda serdolan bir iddia - artık mameleke dahil bir hakka taallük etmek ve *hususî hukuk rejimine* tâbi *patrimonyal* bir alacak ile ilgili olmak itibarile - bir *hususî hukuk ihtilâfı* teşkil eder ve binnetice bu ihtilâf idarî mevzuatın hâkimi olan idarî kazada değil, *hususî hukuk hâkimi* olan adli kazada tetkiki rüyet ve hallolunmak icap eder.

Nitekim sayın S. S. Onar Devlet Şûramızın da böyle düşündüklerine kani bulunuyorlar ve diyorlar ki: «*tahakkuk etmiş ve işlemiş* olmaları itibarile patrimovana girmiş olan bu nevi *alacaklar* Devlet Şûrasına göre *adliye mahkemelerinde takip edilirler* ve 5 senelik bir müruru zamana tâbidir» (İdare Hukuku 1942 tab'ı, sah. 1009, 1945 basısı sah. 918).

Muhterem Onar, Devlet Şûrasının bu yoldaki düşüncesine tercüman olarak, Devlet Şûrası birinci deavi dairesinin E: 38/7 K: 560 sayılı kararını (Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası sayı 6 sah. 29) zikrediyorlar.

Halbuki, biz şahsen Devlet Şûramızın tahakkuk etmiş ve işlemiş alacakların behemehal adliye mahkemelerinde takip edilmesi yolunda bir içtihadı sahip olduğuna pek emin değiliz.

Hocamızın zikrettikleri ve atıf yaptıkları Devlet Şûrası kararını inceden inceye tetkik edersek, öyle zannediyoruz ki, yüksek mahkemenin, tahakkuk etmiş ve işlemiş alacakların muhakkak surette adliye mahke-

melerinde takip edilmesi lâzım geldiği, yolunda içtihatla bulunduğu neticesine kesin olarak varamayız.

Gerçekten Devlet Şûrasının bu kararını buraya aynen dercediyoruz.

1 inci Deavî Dairesi

E : 3817

K : 560

Davacı : Mütেকait Milis alayı miralayı İsmail Hakkı.

Dava edilen : Millî Müdafaa Vekâleti.

Davanın H : 341 senesinde mülâzım rütbesi üzerinden tahsis olunan malûliyet maaşının itirazı neticesinde 408 sayılı kanun mucibince miralayı maaşı üzerinden tashih ve tasdik olunarak 341 den 1936 senesine kadar olan farkının tesviye olunmasına rağmen milis alayı kumandanlığına tayin olduğu 20 temmuz 1336 tarihinden tekaüdünün icra edildiği 26 şubat 1341 tarihine kadar fiili hizmet zamanına ait mülâzımlıkla miralaylık rütbeleri arasındaki maaş farklarının ve alay kumandanlığı tahsisatının verilmemesine itiraz edilmekte ve farkın tediyesinin hüküm altına alınması istenilmektedir.

Dava edilenin M. H: 304 sayılı kanunun gerek metninden ve gerek esbabı mucibesinden anlaşılacağı veçhile mezkûr kanunun sadece Mücadele Milliyede hizmet eden Milis zabitan ve efradından malûl olanların kendilerine ve bunlardan şehit olanların ailelerine maaş tahsisini mutazammın olup hizmet sırasında haiz olduğu rütbe maaşının tahsisi yolunda bir hüküm mevcut olmadığı ve esasen kendisi için bu hak kabul olursa bile 1513 sayılı kanuna göre vaktinde müracaat edilmediği cihetle hazîne lehine sakıt olduğu ve zat işleri son tetkik mercii encümeninden verilen karar üzerine tekaüt maaşı miralaylık rütbesi üzerinden tashih edilen ve 20 temmuz 336 tarihinde Milis alayı kumandanlığına tayin olunup 12 eylül 336 tarihinde yaralanması üzerine alaydaki vazifesine nihayet verilerek açığa çıkarılan ve bilâhare 341 den itibaren 2 nci mülâzımlıktan tekaüt edilen müstedi hakkında başkaca yapılacak bir muamele bulunmadığı dermeyer kılınmıştır.

Müddeiumuminin M. H: Muterizünbih muamelede kanunsuzluk görülmediğini natıktır.

### Türk Ulusu Adına

Hüküm veren Şûrayı Devlet birinci deavî dairesi H. tarafından işin gereği düşünöldü:

Muhasebeî umumiye kanununun 93 üncü maddesi taallök ettiği mali senenin hitamından itibaren 5 sene içinde meşru bir mazerete müstenit olmaksızın aranmıyan efrat alacaklarının müruru zamana uğrayarak



Devlet menfaatine sakıt olacağını kaydetmekte olmasına göre müstedi- nin 1336 senesinde yaptığı Milis alayı kumandanlığından dolayı istediği alacağın bu madde hükmüne girmesi tabiidir. Davacının bu zamana ka- dar alacağını talep etmemesinin meşru bir mazerete müstenit olup ol- madığının tetkiki de umumî mahkemelere aittir. Davanın reddine ve 400 kuruş ilâm harcından geri kalan 300 kuruşun davacıdan alınmasına 21/3/ 1938 tarihinde sözbirliğile karar verildi.

Görüldüğü üzere davaya mesnet teşkil eden hâdisede davacı 1336 tarihinden 1341 tarihine kadar sebmeden fiili hizmet zamanına ait mü- lâzımlıkla miralaylık rütbeleri arasındaki maaş farklarını ve alay ku- mandanlığı tahsisatını talep etmektedir.

Halbuki Devlet Şûrası bu maaş ve tahsisata müteallik alacağı mu- hasebei umumiye kanununun 93 üncü maddesine giren «efrat alacakla- rından» sayarak bu gibi bir alacağın «taallûk ettiği malî senenin hita- mından itibaren 5 sene içinde meşru bir mazerete müstenit olmaksızın» aranmaması halinde «müruru zamana uğrayarak Devlet menfaatine sa- kıt olacağını» nazara alıyor. «Davacının bu zamana kadar alacağını ta- lep etmemesinin *meşru bir mazerete müstenit olup olmadığıнын tetkiki*» meselesinin «*umumî mahkemelere ait*» bulunduğunu karar altına alıyor.

Bize öyle geliyor ki Devlet Şûrası bu kararında tahakkuk etmiş ve işlemiş bilcümle maaştan mütevellit alacakların behemehal adli mahke- melerde takibi lâzım geldiğini söylemiyor; sadece bu muayyen ve mü- şahhas hâdisede davacının Milis alaylığı kumandanlığından dolayı iste- diği alacağın - her hangi bir mülâhazaya müsteniden - muhasebei umu- miye kanununun 93 üncü maddesine girdiğini nazara alarak 5 sene için- de aranması lâzım geldiğini belirtiyor, binnetice «davacının bu zamana kadar alacağını talep etmemesinin meşru bir mazerete müstenit olup olmadığıнын tetkiki de umumî mahkemelere aittir» diyor.

Zannımızca bu karardan Devlet Şûramızın, tahakkuk etmiş ve işle- miş bilûmum maaş alacaklarının her hal ve kârda adliye mahkemelerin- de takip edilmeleri lâzım geldiğini, kabul ettiği neticesini çıkarmak fazla iltifata şayan bir telâkki sayılamaz.

Zira, dediğimiz gibi, Devlet Şûrası mezkûr kararında meseleyi umu- mî ve objektif olarak mütalâa etmemiş; sadece muayyen ve müşahhas bir hâdiseyi nazara almıştır.

İşte, bize öyle geliyor ki, Devlet Şûrası bu kararile umumî ve şü- mullü bir içtihat yaratmak gayesi gütmemiştir. Başka bir deyişle yük- sek mahkeme herhangi tahakkuk etmiş ve işlemiş bir maaştan mütevel- lit alacağın behemehal adli mahkemede takibi lâzım geldiğini ve bu gibi

maaştan mütevellit davaların muhakkak surette adli mahkemelere ait olduğunu içtihat etmiş değildir.

Mezkûr Devlet Şûrası kararına bu kadar umumî ve şümüllü bir mâna atfetmek doğru olmayacağı gibi; böyle bir iddia yüksek mahkemenin bu hususta müesses ve müstakar jürisprüdansına da uygun düşmez her halde!

Dediğimiz gibi Devlet Şûrası bu kararında sırf davaya mesnet teşkil eden muayyen ve müşahhas hâdiseyi nazara alarak, münhasıran bu mesele hakkında bu gibi bir içtihadda bulunmuştur.

Şu da var ki bu hâdisede dahi Devlet Şûrası, davacının talep ettiği alacağı behemehal adli mahkemede takip etmesi lâzım geldiğini beyan etmiş değildir. Sadece «davacının bu zamana kadar alacağını talep etmemesinin meşru bir mazerete müstenit olup olmadığının tetkiki de umumî mahkemelere aittir» demekle iktifa etmiştir.

Aşikârdır ki bir alacağın adliyede takibi başka bir meseledir; bir alacağın talep edilmemesinin meşru bir mazerete müstenit olup olmadığını araştırmak yine başka bir meseledir.

Devlet Şûrası birinci mesele hakkında sakit olup; sadece ikinci mesele hakkındaki noktaî nazarını açığa vurmaktadır. Gerçi davacının alacağını 5 sene içinde talep etmemesinin meşru bir mazerete müstenit olup olmadığının ancak adli mahkemelerce tetkik olunabileceğini söylemek; netice itibarile belki de davacının alacağını ancak adli mahkemede takip edeceğini söylemeye muadil sayılabilir. Zira meşru mazereti adli mahkeme araştırarak ise; bunu, herhalde bir dava zımında, yani alacağın takibi sırasında, başka bir söyleyişle alacağın tahsili için davacı tarafından Devlet aleyhine açılan bir istihkak davası zımında araştıracaktır. Yoksa Devletten alacağı olduğunu iddia eden bir kimsenin münhasıran meşru mazeretini tesbit ettirmek maksadile başlı başına ve müstakil bir talep ile adli mahkemeye müracaat etmesi pek te mutasavver değildir. Anlatmak istediğimiz gibi alâkadarın başlı başına ve müstakil bir müracaatte bulunarak sadece meşru mazereti tesbit ettirecek yerde; adli mahkemede doğrudan doğruya dava ikame ederek alacağını takip etmesi ve bu dava zımında da meşru mazereti ileri sürmesi icap eder.

Bu itibarla sayın hocamız ile beraber Devlet Şûramızın, bu kararında, meşru mazeret meselesinin tetkikinin umumî mahkemelere aidiyetini beyan etmekle - netice itibarile - bu nevi alacakların adliye mahkemelerinde takip edilmesi lâzım geldiğini içtihat ettiğini kabul edebiliriz.

Ancak, Devlet Şûrasının hakiki içtihadına tercüman olabilmek için, yüksek mahkemenin, «bu nevi alacakların behemehal adliye mahkemelerinde takip edileceğini» açıkça beyan eylemediğini; zahiren ve sarahahten yalnız «meşru mazeret meselesinin tetkiki keyfiyetinin adliyeye ait

olduğunu» söylemekle iktifa eylediğini de gözden kaçırmamak icap eder fikrindeyiz. Bu cihetle bu noktayı bir kere daha belirtmeyi bir vazife biliriz.

Her ne ise Devlet Şûrasının bu kararına ister hocamızın atfettikleri umumî mânayı verelim ve buna böyle bir şümül tanıyalım; ister bizim yaptığımız gibi bunu hâdiseye ve mevridine inhisar ettirelim... Bizce şu muhakkaktır ki: mezkûr kararın asıl tetkik etmekte olduğumuz mesele ile çok yakın bir alâkası yoktur.

Gerçekten bizim asıl incelemek istediğimiz mesele: idare tarafından füzuli olarak verildiği sabit olan bir maaşın idare tarafından hususî hukuk hükümlerine tevfikan mı, yoksa idare hukukî usullerine göre mi istirdad olunacağı meselesidir.

Halbuki S. S. Onar'ın zikrettikleri kararda idare tarafından füzulen verilmiş bir maaş ve meblâğın istirdadı mevzuu bahis değildir. Bilâkis idare tarafından verilmesi gereken bir maaş, tahsisat, elhasıl bir meblâğın verilmemesi bahse mevzu olmaktadır.

Görülüyor ki karar asıl meselemize tamamen uygun bir misal teşkil eylememektedir. Bununla beraber mezkûr karar meşgul olduğumuz mesele ile tamamen ilgisiz de sayılamaz. Zira bu karar tahakkuk etmiş ve işlemiş bir maaşın mahiyeti hakkında bir fikir edinmemize yardım etmektedir. Nitekim sayın hocamız bu karardan, tahakkuk etmiş ve işlemiş bir maaşın - Devlet Şûrasına göre - patrimuvana giren bir alacak olduğunu; bu cihetle bu nevi alacakların hususî hukuk rejimine tâbi bulunduğunu; binnetice bu gibi bir alacaktan mütevellit ihtilâfın bir hususî hukuk ihtilâfı addi lâzımgeldiğini; nihayet böyle bir ihtilâfın adli mahkemelerce tetkiki icap eylediğini istihraç eder görünüyorlar.

Halbuki biz Devlet Şûrasının böyle düşündüğünü zannetmiyoruz.

Yukarıdaki karara ne mâna atfedersek edelim, sırf bu karara dayanarak, Devlet Şûramızın tahakkuk etmiş ve işlemiş bir maaşın beheimahal hususî hukuk rejimine tâbi patrimuvanyal bir alacak olduğunu ve bu gibi alacaklardan mütevellit ihtilâfların muhakkak surette adli mahkemelere ait bulunduğunu içtihat ettiğini iddia edemiyeceğimizi sanıyoruz.

Gerçekten - bir takım tereddüt ve münakaşaları mucip olabileceğini göstermeye çalıştığımız - yukarıdaki karar yanında Danıştayın pek açık ve kesin kararları vardır; ki bu kararlar Danıştayın hiç de böyle bir içtihadı taraftar bulunmadığını ispat etmektedir.

Misal kabilinden olmak üzere işaret ettiğimiz şu kararlara - D. Ş. kararlar Mec. sayı 7 sah. 11. E: 37/1583 K: 1432; sah 8 - 10 E: 38/270 K: 38/248; sah. 10 E: 38/2594 K: 38/1660; sah. 16 - 17 E: 37/2488 E: 1667; sah. 58-60 E: 38/159 K: 38/229; sah. 60-62 E: 38/321 K:

38/245; sayı 8 sah. 18-19. E: 39/720 K: 39/108; sah. 22. E: 37/1609 K: 38/1415; sah. 22-24. E: 37/1720 K: 38/454; sayı 9 sah. 13-16. E: 39/474 K: 39/483; sah. 16-17. E: 38/2547 K: 39/476. - göz gezdirilecek olursa; görülür ki Danıştay tahakkuk etmiş, işlemiş ve iktisap edilmiş maaş, tekaüdiye ve maaş teferruatı gibi alacakları hususî hukuk rejimine tâbi birer hususî hukuk alacağı saymamakta ve bu gibi alacaklardan doğan davaların adli kazaya aidiyetini kabul eylememekte; bilâkis bu gibi alacakların âmme hukuku, idare hukuku rejimine tâbi birer âmme hukuku alacağı sayılması lâzımgeldiğini zımnen benimsemektedir.

Esasen - arzettiğimiz üzere - bizim azıl meşgul olduğumuz mesele: bir memura istihkakından fazla olarak verilen bir maaş, tekaüdiye, harcırahın... idare tarafından âmme kudretine müsteniden ve resen istirdad edilip edilemeyeceği hususudur.

Bu meselenin halli ise; memurlara temin edilen maaş ve sair mali menfaatlerin hukukî mahiyeti ile ilgilidir.

Bu hususta ise iki ihtimalin varid olduğunu, iki noktai nazarı karşılaştığımızı söylemiştik. Demıştik ki: «ilk bir ihtimale göre... maaş haddi zatında âmme hukukundan, idari mevzuattan doğan bir alacak ve borç olmakla beraber; tahakkuk etmek ve işlemekle artık tamamen ferdi ve hususî bir hak, patrimoniyal bir alacak mahiyeti iktisap etmiş olur. Binnetice artık, fertlerin tabii hukuku olan, hususî hukuk rejimine tâbi olmak lâzım gelir.»

Aşıkârdır ki bu gibi bir noktai nazar kabul edildiği takdirde maaş tahakkuk ettikten ve tediye olunduktan sonra, bunun - füzuli olarak tediye edildiği sabit olsa dahi - idare tarafından âmme hukuku usullerine müracatle, ezcümle resen hareket salâhiyetine müsteniden istirdadı caiz ve mümkün değildir. Zira, dediğimiz gibi, bu noktai nazara göre tahakkuk etmek ve tediye olunmada artık bu maaş hususî hukuk rejimine tâbi olmuştur. Binaberin fuzulen verilen meblâğın idare tarafından ancak hususî hukuk hükümlerine tevfiikan ve hini hacette adli mahkemeleri taysit suretile istirdadı lâzımdır.

Bu noktai nazar benimsendiğinde idarenin füzuli olarak verdiği meblâğı istirdad hususunda başvuracağı hususî hukuk hükümlerine ve müesseselerine misal olarak da «takas» ve «sebepsiz iktisap» gösterilebilir.

B — Kısaca ana hatlarını tespit ettiğimiz bu gibi bir noktai nazara mukabil ikinci bir ihtimal derpiş olunabilir ve ikinci bir noktai nazar serdedilebilir. Şöyle ki, - ister işlemiş ve tahakkuk etmiş bir maaş olsun, ister işlememiş ve tahakkuk etmemiş bir maaş olsun - maaş ve teferruatın hiç bir suretle hususî hukuk rejimine tâbi olmadığı ve olamayacağı,

bilâkis *âmme hukuku* statüsüne dahil birer alacak ve menfaat sayılması lâzım geldiği iddia edilebilir.

Aşikârdır ki bu gibi bir noktai nazar müdafaa edildiği takdirde idarenin, füzuli olarak verilen bir maaşı veya maaş teferruatı kabilinden olarak tediye olunan bir meblâğı istirdad hususunda, *âmme kudretine istinat edip edemeyeceği, resen hareket salâhiyetini kullanıp kullanamayacağı* ayrı bir mesele olarak karşımıza çıkar ve bu meselenin de müspet veya menfi bir hal suretine bağlanması iktiza eder.

a — Füzuli olarak verilen maaş veya teferruatın idarece *âmme kudretine istinaden ve resen hareket salâhiyetini istimal suretile istirdad edilip edilemeyeceği* sualine *müspet* cevap verildiği takdirde, fikrimizce başlıca şu deliller ileri sürülebilir:

1 — Bir kere, maaş ve teferruatın *âmme hukuku* sahasına ait bir takım menfaatler olduğu nazara alınarak; hukuku *âmme kanuniarile* memur ve sair kimselere tanınan bu gibi malî menfaatlerin hususî hukuktan tamamen ayrı ve farklı bir rejime tâbi buldukları; kısaca maaş ve teferruatın *âmme hukuku sahasına ve statüsüne girdikleri*; binaenaleyh *âmme hukuku sahasında idarenin haiz olduğu resen hareket salâhiyeti gibi geniş ve genel bir yetkinin tabiatile bunlar hakkında da istimal edilebileceği* söylenebilir.

Ezcümle denilebilir ki: «idarenin, *âmme hukuku* alacaklarını tahsil hususunda *resen hareket salâhiyetini haiz olduğu ve bu gibi bir salâhiyeti kullanabileceği münakaşa kabul etmez bir hakikattir. İdareye *âmme hukuku* alacakları hususunda bu gibi bir yetki tanınmasının sebebi şudur ki: *âmme hukuku sahasında yer alan ve carî olan kaide ve usullerin hususî hukuktakilerden farklı olması bir zaruret telâkki olunmaktadır. Bunun içindir ki idareye fertlerden üstün bir mevki tanınmakta ve resen hareket salâhiyeti gibi fertlerin haiz olmadıkları bir imtiyaz ve kudret bahşedilmektedir. İdarenin ancak bu üstün mevki, bu gibi imtiyaz ve kudret sayesinde ifa ile mükellef olduğu faaliyetleri sekteye ve teahüre uğratmıyacağı ve *âmme hizmetlerinin gereği gibi görülmesini temin edebileceği* düşünülmektedir.**

İşte *âmme hukuku sahasında, hususile *âmme hukuku* alacaklarının tahsili hususunda idareye resen hareket salâhiyetinin tanınmasını haklı ve meşru kılan âmiller, aynen idarenin *âmme hukukundan - yani *âmme hukuku mevzuatından ve bunlara istinat eden idarî muamelâttan - doğan *âmme hukuku borçları hususunda da yine idareye böyle bir salâhiyet tanınmasını istilzam eder.****

Nitekim malûm bir hakikattir ki bugün idarî rejim carî olan memleketlerde ve tabiatile bu meyanda Türkiye'mizde idare yalnız *âmme*

hukuku alacaklarının tahsili hususunda değil, fakat aynı zamanda *âmmе hukuku borçlarının ifası* hususunda da bu gibi bir salâhiyete sahip bulunmaktadır.

Gerçekten - sayın Onar'ın dedikleri gibi - «idare; borçları hakkında alacaklılarını alâkadar edecek, onları bir takım hususları ifaya mecbur tutacak bir takım kararları ve tedbirleri resen alır ve tatbik eder. Meselâ tayin ettiği bir müddet zarfında müracaat etmiyen alacaklıların haklarının düşeceğine; alacakların muayyen bir şekilde kayıt ve tesbiti mecburiyetine; mahsubuna dair bir takım tedbirler ve kararlar alabilir. 3 haziran 340 tarih ve 459 numaralı matlûbat ve düyunatı hazinenin sureti mahsubuna mütedair kanun zeyilleri ve tadilleri bu kaideye mühim bir misal teşkil eder. Diğer mali ve idari kanunlarda da bu esasın daha bir takım tatbikatına tesadüf edilebilir.» (sah. 108)

Elhasıl memurların vaziyetini tayin eden idari ve mali kanun, nizamname vesair hukuk kaidelerinin memura ve muayyen aile fertlerine tanıdığı maaş ve teferruat gibi meblâğı bunlara ödemek idare için *âmmе hukukundan neşet eden bir vecibe*, kısaca bir *âmmе hukuku borcudur*.

İdarenin, bilfarz zabıta hususunda, nafia işlerinde, *âmmе emlâki* üzerinde, *âmmе hukuku* alacakları hakkında (S. S. Onar sah 107) genel surette resen hareket salâhiyetini haiz olduğu nasıl tereddütsüz ve münakaşasız kabul ediliyorsa; idarenin *âmmе hukuku* borçları üzerinde de böyle genel bir salâhiyete sahip olduğu kabul edilebilir.

İdarenin her *âmmе hukuku* borcu üzerinde resen hareket salâhiyetini haiz olduğu kabul edildiği takdirde ise; *âmmе hukuku* borçları kategorisine dâhil bulunan maaş ve teferruat üzerinde de idarenin böyle geniş ve umumî bir salâhiyete malik olduğu tabiatile teslim edilmek lâzım gelir.

Demek oluyor ki füzuli olarak verildiği sabit olan maaş veya teferruatı idare, hususî hukuk hükümlerine müracaat zorunda kalmadan ve adli mahkemeleri tavsite lüzum görmeden, sırf haiz olduğu bu salâhiyete istinaden kendi kuvveti ve vasıtaları marifetile cebren istirdad edebilir.

İşaret ettiğimiz gibi - idarenin bu sahada resen hareket salâhiyetini kullanabileceği kabul edilecek olursa - idare için artık ne takas, ne sebepsiz iktisap müesseselerine müracaat lüzumu kalmaz; idare fazlayı hodbehod istirdad eder. İdarenin bu vadide resen hareket salâhiyetini haiz olduğu lehine olan bu noktai nazarı böylece izah ettikten sonra; memleketimizde idarenin, bir çok hallerde, füzuli olarak verilen maaş ve teferruatın istirdadı hususunda bu noktai nazarı benimsediğini ve fazla verilen meblâğın, bu salâhiyetini kullanmak suretile, istirdadı cihetine gittiğini kaydedelim.

Meselâ Devlet Şûrası kararlar mecmuasında intişar etmiş bir çok kararlarda idarenin bu yola saptığı görülmektedir. Meselâ bir fikir vermek maksadile şu kararlara işaret edeceğiz:

D. Ş. K. mecm. sayı 7 sah. 58-60; sah 60-62; sayı 8 sah. 13; sayı 18 sah. 7 - 8; sayı 23 sah. 13-14; sayı 14 sah. 19-20; sayı 19, sah 12-14; sah. 16-17; sayı 21 sah. 16-17.

Bu kararlarda idarenin, fuzulî olarak verilmiş olduğunu iddia eylediği maaş ve teferruatı -hususî hukuk hükümlerine baş vurmaksızın- resen hareket salâhiyetine müsteniden ve hodbehod istirdada teşebbüs ettiği ve hattâ fiilen istirdat eylediği görülmektedir ki; maksadımız da esasen idarenin buna çok defa tevessül ettiğini açığa vurmaktan ibaretti.

Evet bu kararlardan anıyoruz ki idare fuzulî olarak verilen bir maaşı istirdat hususunda kendini hususî hukukla bağlı addetmemekte; bu hususta resen hareket salâhiyetini istimal edebileceği kanaatini beslemektedir.

Nitekim bu misallerde idarenin ne Borçlar Kanunundaki takas hükümlerine, ne sebepsiz iktisap usulüne uymaması bunu açık ve kesin olarak isbat etmektedir. (Gerçekten idare kendini takas hükümlerile mukayyet telâkki etse, şüphesiz, B. K. nun 123 üncü maddesinin 2 nci bendini de nazara alması; binaberin maaş ve teferruatın «nafaka ve iş ücreti gibi borçlunun ve ailesinin iâşesi için mutlak surette zarurî olup hususî mahiyeti itibarile fiilen alacaklının eline verilmesi icap eden alacaklar»dan madut olduğunu düşünerek bunların - Borçlar Kanunu nazarında «takası kabil olmıyan alacaklar» olduğunu hesaba katması lâzım gelir.

Bunun gibi idare kendini sebepsiz iktisap hükümlerile mukayyet telâkki etse fuzulî olarak verildiğine kani olduğu meblâğı hodbehod istirdat etmeğe kalkışacak yerde Borçlar Kanununun haksız mal iktisabı hususunda kabul ettiği usule tevfikan istirdada teşebbüs eylemesi gerekir).

2 — Fuzulen verilmiş bir maaşın idarece, resen hareket salâhiyetine istinaden istirdat edilebileceği lehinde ikinci bir delil olarak denebilir ki: «maaş, memur ile idare arasında bir *âmme hukuku münasebetinden* mütevellit bir netice olduğuna ve memura idarece maaş tediyesi de *idari bir muameleden* başka bir şey olmadığına göre; memura idare tarafından fuzulî maaş tediyesi halinde idarenin bu fazla maaş üzerindeki hakkı da, - mense ve kaynak itibarile - tamamen bir *âmme hukuku münasebetinden*, bir idari muameleden doğan bir haktır. Bu itibarla bir *âmme hukuku* alacağı sayılmak lâzım gelir.

Halbuki mense ve kaynağı *âmme hukuku* olan her *âmme hukuku* alacağı üzerinde idareye umumî olarak resen hareket salâhiyeti tanındığına göre fazla maaş üzerinde idarenin haiz olduğu bir *âmme hukuku* alacağı

hakkında da bu gibi bir salâhiyeti haiz olduğu kabul edilebilir. Binnetice idare bunu, resen hareket salâhiyetine istinaden, geri alabilir.

3 — Fuzulî olarak verilen maaş ve teferruatın idarece resen hareket salâhiyetine istinatla istirdat edilebileceği lehine olmak üzere belki üçüncü bir delil daha serdölunabilir ve denebilir ki: «Fransız ve Türk doktrinde kabul edildiği veçhile resen hareket salâhiyetinin - idare edilenler bakımından - bir hududu varsa da; umumiyetle müelliflere göre bu *hudut*: *fertin mülkiyet ve buna benzer sübjektif haklarından* ibarettir.

Başka bir söyleyişle doktrinde idarenin bazı hallerde, resen hareket salâhiyetini kullanamayacağı, alelâde fertler gibi kazai bir karar alması lâzım geldiği kabul ediliyorsa da; idare edilenler bakımından ve idare edilenler karşısında idarenin resen hareket salâhiyetini kullanamayacağı hale yegâne misal olarak mülkiyet ve buna benzer sübjektif haklar gösterilmektedir. Yani idarenin, mülkiyete ve buna benzer sübjektif haklara tesir edecek mahiyetteki karar, tedbir ve muamelelere, resen hareket salâhiyetine istinaden tevessül edemeyeceği; idarenin bu gibi hallerde behemehal kazai bir karar, hattâ adli mahkemedен bir ilâm almak zorunda olduğu iddia edilmektedir.

Halbuki maaş üzerindeki hak memur ve fert için sadece bir alacak (*créance*) nevinden bir hak - hattâ bazılarına göre sırf bir sübjektif âmme hakkı, bazılarına göre ise tamamen sübjektif bir hususi hak - olduğuna nazaran bunun mülkiyet veya buna benzer aynı bir hak sayılmasına imkân yoktur.

Şu halde resen hareket salâhiyetinin hududu sadece mülkiyet ve buna benzer sübjektif haklardan ibaret olduğuna göre mülkiyet ile hiçbir ilgisi olmıyan ve mülkiyet hakkına hiçbir suretle benzemiyen maaşın, resen hareket salâhiyetinin kullanılmasına mâni teşkil etmemesi icap eder.

Zannımızca fuzulî olarak verilen maaş ve meblâğın idare tarafından resen hareket salâhiyetine istinaden istirdat olunabileceği lehinde serdi mümkün deliller bunlar olabilir.

b — Yukarıda vazettiğimiz suale böylece müsbet bir cevap verilebileceğine işaret ettikten sonra; şimdi de aynı suale *menfi* bir cevap verildiği takdirde ne gibi deliller serdedilebileceğini araştıralım.

Zannımızca fuzulî olarak verilen maaşların idarece resen hareket salâhiyetine binaen istirdat edilemeyeceği tezi lehinde şu gibi deliller irad olunabilir:

1 — Bir kere denebilir ki: «maaş idare ile fert arasındaki âmme hukuku münasebetinden doğan bir menfaat, daha doğrusu maaş memurların vaziyetini objektif bir surette tayin eden idari kanun, nizamname ve



sair hukuk kaidelerinin memurlara ve bazı aile efradına tanıdığı malî bir menfaat olmakla beraber; bunun memur için bir sübjektif hak, bir alacak, ezcümle bir sübjektif âmme hakkı, bir âmme hukuku alacağı sayılıp sayılamıyacağı münakaşa edilebilir.»

Nitekim, memleketimizde en salâhiyetli idare hukuku mütehassısı S. S. Onar'ın evvelce naklettiğimiz izahatlarından anlaşılacağı üzere, âlim hukukçu maaş ve teferruatın memur statüsünün diğer hükümleri gibi sadece objektif bir hukukî vaziyetin neticesi olduklarını kabul etmekte; bunların, memur ve aile efradının şahıslarına ait birer sübjektif hak olmadıklarını söylemektedirler.

Saygı değer üstad ancak maaş ve teferruatın «işleyip tahakkuk ettikten sonra memur veya aile efradı için sübjektif bir hak, bir alacak haline» gelebileceğini ileri sürüyorlar. Aynı zamanda - evvelce belirttiğimiz üzere - işleyen, tahakkuk eden, istihkak kesbedilen bir maaş veya teferruatın bir sübjektif âmme hakkı ve alacağı değil, hususî hukuk rejimine tâbi bir hak, bir hususî hukuk alacağı sayılması lâzım geldiğine taraftar görünüyorlar.

Bu telâkkinin ne dereceye kadar iltifata şayan olduğu cayî sual olmakla beraber - zira işlememiş, tahakkuk etmemiş bir maaş bir alacak, bir sübjektif hak sayılmadığı takdirde ortada, hattâ hususî hukuk rejimine dahi tâbi olan, bir hak mevcut olmadığına göre, bir maaştan dolayı, ancak bir hakkın muhtel olması şartına vabeste olan, bir tam kaza davası açılmasına imkân kalmıyacağı gibi; işlemiş, tahakkuk etmiş bir alacak da tamamen hususî hukuk rejimine tâbi bir hak ve alacak sayılıp bunun takibi adliyeye bırakıldığı takdirde ortada bir âmme hukuku alacağı, bir sübjektif âmme hakkı olmadığına göre yine maaştan dolayı idarî mahkemelerde bir tam kaza davası açılmıyacak demektir; halbuki gerek Fransada gerek Türkiyede, Devlet Şûrasının maaştan mütevellit tam kaza davalarını kabul ettiği, tetkik, rüyet ve halleylemekte olduğu inkâr kabul etmez bir hakikattir - evet, arzettiğimiz sebeplere binaen işlemiş ve tahakkuk etmiş maaşların tamamen hususî hukuk rejimine tâbi birer hak ve alacak sayılması lâzım geleceği ve bu gibi hak ve alacakların behemehal adliye mahkemelerinde takibi gerektiği yolundaki telâkkinin ne dereceye kadar iltifata şayan olduğu cayî sual olmakla beraber; maaşın hukukî mahiyeti ile bir memura veya aile efradına istihkakından fazla olarak verilen bir maaş arasında zarurî bir ilgi olmadığı düşünülebilir.

Yani demek istiyoruz ki memurun işleyen ve tahakkuk eden maaşı üzerindeki hakkının ve alacağının hukukî mahiyeti şu veya bu olabilir. Bilfarz maaş üzerindeki hak bir sübjektif âmme hakkı veya âmme hukukî alacağı sayılabilir. Lâkin maaş üzerindeki hakkın âmme hukuku ma-

hiyet ve karakteri arzemesi; memura istihkakından fazla olarak verilen meblâğın da behemehal aynı mahiyeti ve karakteri iktisap etmesini istilzam etmiyebilir. Başka bir söyleyişle işleyen ve tahakkuk eden bir maaşın bir sübjektif âmmec hakkı, bir âmmec hukuku alacağı olduğu kabul edilebilir de; bir memura istihkakından fazla verilen meblâğın hiç de bir âmmec hukuku mahiyeti iktisap etmeyeceği ve bir âmmec hukuku karakteri arzemiyeceği iddia edilebilir.

Bu itibarla işleyen ve tahakkuk eden bir maaşı tediye idare için bir âmmec hukuku vecibesi, kısaca bir âmmec hukuku borcu sayıldığı halde; idarenin, fuzulî olarak verildiği sabit olan, bir maaş ve meblâğı talep ve istirdat hususunda alelâde bir fert gibi ancak hususî hukukun kabul ettiği müessesese ve yollara müracaat edebilmek imkânından başka herhangi bir imkâna sahip olmadığı pekâlâ hatıra gelebilir.

Kısaca, işleyen ve tahakkuk eden bir maaşı tediye idare için bir âmmec hukuku borcu sayılabileceği ve binaenaleyh idareye - her âmmec hukuku borcu üzerinde olduğu gibi - bu borcun ifası ve tediyesi hususunda da belki resen hareket salâhiyeti tanınabileceği halde; bir memura istihkakından fazla verilen bir maaşın istirdadı hususunda idareye hususî hukuk yollarına müracaatten başka herhangi bir imkân, ezcümle bu fazlayı istirdat hususunda âmmec kudretine istinat, resen hareket salâhiyetini istimal etmek imkânı tanınmayabilir.

Zira - belirtmeğe çalıştığımız üzere - tahakkuk eden bir maaşın tediyesi başka bir mesele; bir memura istihkakından fazla bir maaşın, meblâğın verilmesi başka bir meseledir. İki meselenin, iki vaziyetin mutlaka aynı duruma, aynı rejime tâbi olacağı iddia edilemez.

2 — Şu da var ki idareye âmmec hukuku borçlarının ifası hususunda tanınan resen hareket salâhiyetinin de hudutsuz ve kayıtsız olmadığı belki haklı olarak iddia edilebilir.

Gerçekten idarenin, «alacaklarını alâkadar edecek, onları bir takım hususları ifaya mecbur tutacak bir takım kararları ve tedbirleri resen» alabilmesi ve tatbik edebilmesi idare hukukunda tecviz olunuyorsa; bunun sebebini mevzuatta bu hususta sarahat olmasında aramak lâzım gelir.

Şu halde maaş tediyesi idare için bir âmmec hukuku borcu sayılsa, hattâ idarenin, umumî olarak, gerek âmmec hukuku gerekse hususî hukuk borçları üzerinde resen hareket salâhiyetini kullanabileceği kabul olursa dahî; kanunda sarahat olmadıkça idarenin verdiği bir maaşı istirdat hususunda resen hareket salâhiyetine sahip olmadığı pekâlâ iddia edilebilir.

3 — Nihayet fazlayı istirdat hususunda idarenin resen hareket salâhiyetine sahip olmadığını isbat zımında belki üçüncü bir delil daha serdolunabilir ve denebilir ki: «prensip itibarile idarenin, âmmec hukuku-

na müteallik her hususta, ezcümle âmme hukuku alacak ve borçlarına ait hususlarda ve bu meyanda maaş meselelerinde genel ve mutlak olarak resen hareket salâhiyetine sahip olduğu farz ve kabul edilse dahi; resen hareket salâhiyetinin tabii hudutlarını aşamaması lâzım geleceğine ve bu tabii hudutlardan birini de «ferdin mülkiyet ve buna benzer sübjektif hakları» teşkil edeceğine göre tediye edilen ve bu suretle memurun mamelekine girmiş bulunan bir meblâğı istirdat keyfiyetinin bu hududa bir tecavüz teşkil edip etmeyeceğini ayrıca araştırmak ve tesbit etmek ik-tiza eyler.

Gerçi, doktrinde, resen hareket salâhiyetine çizilen hudut ilk nazarda sadece «mülkiyet ve buna benzer sübjektif haklar» dan ibaret görünmektedir. Hattâ - idare hukuku mütehassısları resen hareket salâhiyetinin, idare edilenler bakımından, hududunu tesbit ederlerken hemen ve daima bu formülü ileri sürdüklerine göre - bu formülün idare hukukunda klâsik bir mahiyet arzettiği dahi iddia edilebilir.

Lâkin zavahire aldanmayıp formülün ruhuna nüfuz etmek istersek, öyle sanıyoruz ki, bu formülün yalnız mülkiyet hakkını ve mülkiyete benzeyen sair aynı hakları - yani Medenî Kanunumuzun tâbirile «mülkiyetin gayri aynı haklar» veya «mahdut aynı haklar»- istihdaf eylemediğini; Medenî Kanunla, daha doğrusu hususî hukuk mevzuatı ile ferde tanınan bilcümle sübjektif hakları da içine aldığını söyleyebiliriz. Hattâ bize öyle geliyor ki daha da ileri giderek bu formülde ferdin yalnız, Medenî Kanun ve hususî hukuk mevzuatı mucibince, haiz olduğu sübjektif haklar değil; aynı zamanda ferde, başta Anayasa olmak üzere, tekmil âmme hukuku mevzuatı gereğince tanınan bilcümle âmme hakları ve âmme hürriyetleri dahi yer almaktadır.

Başka bir söyleyişle, biz, resen hareket salâhiyetinin yalnız mülkiyet ve mülkiyete benzeyen aynı haklar karşısında durmağa mahkûm olduğunu değil, Medenî Kanunun ve hususî hukuk mevzuatının himayesine bırakılmış olan bütün ferdî haklar karşısında felce uğraması lâzım geldiğini; hattâ ferdin Anayasa vesair Kamu kanunlarıyla haiz olduğu âmme hakları karşısında da idarenin resen hareket salâhiyetini kullanamaması icap eylediğini sanıyoruz.

Kroniğimizin kadrosunu fazla aşmamak için bu meseleleri burada uzun uzadıya tahlil ve izah etmekten sarfınazar etmekle beraber; biz resen hareket salâhiyetinin hudutlarını tesbit zımında «mülkiyet ve buna benzer sübjektif haklar» formülü yerine ferdin haiz olduğu «sübjektif haklar» formülünü ikame etmeyi daha muvafık buluyoruz. Bu «sübjektif haklar» içine de hem hususî hakları hem de sübjektif âmme haklarını ve âmme hürriyetlerini idhale taraftarız.

Elhasıl biz, kendi hesabımıza, yalnız «mülkiyet ve buna benzer sair

aynı hakları» değil; aynı zamanda - başta Anayasa olmak üzere - mevzuatın idare edilenlere tanıdığı, bahsettiği biçimle hakların ve hürriyetlerin yani - şahsa bağlı hakların, patrimonyal hakların, âmme haklarının ve âmme hürriyetlerinin - de kaideten yani - kanunda hilâfına sarahat olmadıkça - resen hareket salâhiyetinin bir hududunu teşkil ettiğine ve etmesi lâzımgeldiğine inanıyoruz.

Bilfarz - kanunda sarahat olmadıkça - idare nasıl bir mülkiyet hakkını ve bir aynı hakkı ihlâl veya takyit edecek mahiyette bir karar, tedbir veya zecrî bir müeyyide ittihaz ve tatbik salâhiyetli telâkki edilmiyorsa; fikrimizce yine - kanunda bu yolda bir sarahat mevcut olmadıkça - idarenin şahsiyete bağlı hakları, patrimonyal hakları nez' veya tahdit edecek mahiyetteki karar, tedbir ve müeyyideleri ittihaz ve tatbik de yetkili sayılmıyacağını; keza idare edilenlerin kamu hak ve hürriyetlerini müteessir veya ihlâl edecek, tahdit ve takyit edilecek karar, tedbir ve müeyyideleri de resen ittihaz ve tatbik etmek kudretine malik olmadığını sanıyoruz.

Meselâ, fikrimizce, idare, - kanunda bu hususta sarahat olmadıkça - resen hareket salâhiyetini kullanmak suretile - yani adliyi tavsit etmeksizin, kazâî bir karar istihsal etmeksizin, prensip itibarıyla - bir kimşenin bilfarz ismi ve resmî üzerindeki hakkını, nişanlanma ve evlenme hakkını nez' veya takyit edecek herhangi bir karar, tedbir, müeyyide alamaz. Bunun gibi, prensip itibarıyla, meselâ iki kimse arasındaki bir vekâlet veya hizmet akdini fesh veya tahdit etmeğe kalkışamaz. Keza prensip itibarıyla, âmme hak ve hürriyetlerini ihlâl ve takyit edemeyeceğine göre kaideten bir kimseyi tevkif ve hapsedemez, hudut harici edemez, bir meslekten meneyliyemez, bir cemiyeti feshedemez, bir meskene giremez...

Yukarıda zikrettiğimiz hallerde - mevzuatta sarahat olmadıkça - idarenin müdahale edebilmesi, bu hususlarda herhangi bir karar, tedbir veya müeyyide ittihaz ve tatbik edebilmesi için fikrimizce behemehal adliyi tavsit etmesi, kazâî bir karar elde etmesi zaruridir.

Mevzuat, idareye bu sahalarda müdahale ve hareket salâhiyet ve imkânını sarahaten vermiş değilse, bizce, idarenin behemehal adliyeye başvurması, kazâî bir karar istihsal etmesi lâzımdır.

Nitekim, resen hareket salâhiyetini «mülkiyet ve buna benzer sübjektif haklar» formülü ile tahdit etmek isteyen müelliflerin, ezcümle sayın S. S. Onar'ın dahi bu formül ile bunu ifade etmek istediklerini zannediyoruz.

Gerçekten, meselâ Profesör Onar'ın «mülkiyete ve buna benzer sübjektif haklara taallük eden kararların ekserisi kazâî bir karar, bilhassa adli bir makamın tavassutu olmaksızın icra edilemez» dedikten sonra; fikirlerini tazyih için «idarenin Tahsili Emval Kanunu ile sair hususî ka-

runlara göre resen hareket salâhiyeti ancak (para cezası ile diğer hukuku âmmeye borçlarının tatbikine) münhasırdır. (Devletin bir akitten veya haksız bir fiilden doğan alacakları hakkında) İcra ve İflâs Kanunu hükümleri caridir. Hattâ Dahiliye Vekâletinin noktaî nazarına göre . . . kânda sarahat olmadığı takdirde para cezasının idare tarafından değil adliyece ve adlî usuller dahilinde tenfizi lâzım gelir» demeleri klâsik formüle, aşağı yukarı, bizim vermek istediğimiz mânâyı atfettiklerini, sanırız ki, bir dereceye kadar isbat eder.

Her ne ise, gayemiz resen hareket salâhiyetinin burada tahlil ve tenkidine girişmek olmadığına göre, sadece meselemizi ilgilendiren şu noktayı belirtmekle iktifa ederek diyelim ki: «Bize göre hukukun genel bir prensibi olan (kimsenin hakkını cebren ihkak edemeyeceği) düsturu, yani kimsenin - mevzuatın herhangi bir fiil, tasarruf veya vaziyete terettüp ettirdiği- cezai veya medeni mahiyetteki zecrî müeyyideleri bizzat tatbik edemeyeceği normu hususî hukukta olduğu gibi, kaideten - yani mevzuatta hilâfına sarahat olmadıkça - âmmeye hukuku sahasında da caridir. Şu halde cezai bir müeyyideyi tatbik mevzuubahs olduğu zaman idarenin nasıl adliyeyi tahrik etmesi lâzım geliyorsa; bilfarz haksız fiilden mütevellit bir alacağı tahsil, haksız mal iktisabından husule gelen bir alacağı istirdat gibi... medeni bir müeyyideyi tatbik bahse mevzu olduğunda da idarenin yine adliyeyi tavsit etmesi, kazaî bir karar alması, hakkını bu suretle ihkak ve istifa eylemesi bize lâzım gibi görünüyor.»

Bu söylediklerimizi meşgul olduğumuz hâdiseye tatbik edecek olursak; şu neticeye varırız ki: bir hâdisede fuzulî olarak verildiği sabit olan bir maaş, bir meblâğı istirdat ve tahsil netice itibarile hâdiseye sebep-siz mal iktisabı müeyyidesini tatbik etmek demek olduğuna göre idarenin, bu sahada resen hareket salâhiyetini kullanamaması icap eder. Be-bemehal adliyeyi tavsit etmesi, kazaî bir karar elde etmesi, hakkını bu suretle ihkak ve istifa eylemesi zarurîdir.

Nitekim tatbik ve tahlil etmekte olduğumuz Yargıtay kararına mevzu teşkil eden hâdisede idarenin, bir memura fuzulî olarak verilmiş olduğunu iddia eylediği bir meblâğı istirdat için resen hareket salâhiyetini kullanmayıp haksız mal iktisabi hükümlerine tevfikân adliyeye müracaat ettiğini ve memurun «fazla aldığı maaş tutarının faizi ile birlikte davadan tahsiline karar verilmesini» istemek suretile bu hususta kazaî bir karar istihsal etmeğe çalıştığını görüyoruz.

Şunu ilâve edelim ki: müdafaa ettiğimiz tez - yani fuzulî olarak verilen maaş ve meblâğların idare tarafından adliyeye müracaatla istirdadı lâzım geleceği iddiası - Danıştay üyelerinden sayın B. Emin Arda tarafından - bir tevhidî içtihat kararı münasebetile - Danıştay Dava Daireleri

Genel Kurulunda serdedilen mütalâalara, netice itibarile, tamamen uygundur.

Önemine binaen bu tevhidî içtihat kararını buraya aynen dercediyoruz.

DANIŞTAY

DAVA DAİRELERİ U. HEYETİ

E : 39/155

K : 39/203

Dava Daireleri Umumî Heyetine havale buyurulan 24/5/1939 tarihli ve 4647 sayılı yazıları okundu.

Memur ve mütokait maaşları hakkında takas cereyan edemiyeceği 21/4/1932 ve 4/7/1934 ve 25/6/1935 tarihli ve 32/103/1030, 34/719/2808 ve 34/643/745 sayılı kararlarla tesbit edilmiş olduğu gibi Dava Daireleri Umumî Heyetinden verilen 23/5/1939 tarihli ve 39/105/137 sayılı kararlar da bu hususun umumî mahkemelere aidiyeti karar altına alınmış olduğundan 3546 sayılı kanunun 29 uncu maddesine tevfikan bu bapta içtihadın tevhidî talebinde bulunduğu anlaşıldı.

Dosyayı tetkik eden âzadan T. Balkır'ın:

Birinci Dava Dairesinin 30/643 dosya numarası ile kayıtlı Devlet Şûrası âzasından Asım imzalı arzuhalle açılan dava üzerine verilen 25/6/1935 tarihli ve 745 sayılı kararda memurun maaşlarının Borçlar Kanununun 123 üncü maddesinde takastan müstesna tutulan iş ücretleri mahiyetinde olduğundan bunlar hakkında rıza hilâfında takas cereyan edemiyeceği ve takas sebebiyle davacının maaşının hodbehod kesilmesinin yol-suz olduğu ve yine aynı dâirenin 32/103 dosya numarasında kayıtlı ve sabık Bayazıt Defterdarı İsa Mansur tarafından açılan dava üzerine mütte haz 21 nisan 1932 tarihli ve 1030 sayılı kararda da, Divanı Muhasebat ilâmları katılaşmedikçe Maliye Vekâleti için kat'î bir alacak vesikası teşkil edemiyeceğini ve buna istinaden Borçlar Kanununun 118 inci maddesi mucibince takas yapılamıyacağı ve Memurin maaşları bu kanunun 123 üncü maddesinde takastan müstesna tutulan iş ücretleri mahiyetinde bulunduğu cihetle davacının müterakim maaşları hakkında yapılan takas muamelesinin ref'i ve Antalya İnhisarlar İdaresi Ziraat ve Ambar Memuru Ethem imzası ile açılan ve Birinci Dâirenin 34/719 sayılı dava dosyası üzerine mütte haz Borçlar Kanununun 123 üncü maddesine göre hususî mahiyeti itibariyle alacaklının eline verilmesi icap eden bu kabil ücretlerin rıza hilâfında takas ile iskat edilemeyecek ve bir hüküm olmadıkça maaştan bir şey kesilemeyeceği karar altına alınmış olduğu.

Ve Dava Daireleri Umumî Heyetinin sadır olan 23/5/1939 tarihli ve

39/137 sayılı kararda dahi takas işlerinin hukuku hususiyede yer alacağı ve Borçlar Kanunu bu husustaki nizâm fashında harekete geleceği ve binaenaleyh bu kabil vaziyetlerde devletin imtiyazlı bir hukuku âmme şahsı olarak değil aleiâde hukuku hususiye ferdi sıfatile muamelede bulunabileceği cihetle Devlet Şûrasının vazifedar olmadığı yazılı bulunduğu cihetle bu işin Devlet Şûrasının vazifesi dahilinde olup olmadığının karara bağlanması lâzım geldiğini söyledi.

Yapılan müzakere neticesinde âzadan Emin Arda'nın hükûmetin alacağı iki suretle mutasavverdir. 1) Tahsili Emval Kanunu mucibince mükelleften tahsil olunması kanun iktizasından bulunan mebalîğ ve bu meydana Divanı Muhasebat ilâmlarına istinaden tahakkuk eden haklardır ki bunlar aleyhindeki itirazatın Devlet Şûrasına ikame edileceği tabiidir. 2) Bu nevi alacaklar ilâma merbut olan alacaklar haricinde katedilmek istenilen mebalîğdir.

Bir ilâm ve fıkratı kanuniye hükmüne müstenit olmadıkça maaşattan hodbehod katiyat icrası kabili tecviz olamayacağı gibi mümkünülmüş de değildir. Bunlar için Maliyenin ikamei dava etmesi ve işi karara raptetirmesi icap eder; bu dava umumî mahkemelerde ikame olunur. Bunun aleyhinde derecatı mahkemeye müracaat edilir.

Aksi surette maaşata müdahale edilirse yine bu misillü davalar için Maliye aleyhinde men'i müdahale iddiası mehakimi umumiyeye arzedilmek icap edeceği yolundaki mütalâasına iştirak eden N. Tezgören, T. Balkır ve K. Arar'ın muhalif reylerine karşı Dördüncü Daire Reisi Saffet Tuncay'ın hükûmetin nüfuz ve tesiri dolayısıyla memur maaşlarından kesilmek istenilmesinden dolayı zuhur edecek ihtilâfın Devlet Şûrasının kazasına tâbi olması lâzım geldiğine ekseriyetle karar verilerek aşağıdaki karar yazdırıldı.

### TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren Devlet Şûrası Dava Daireleri Umumi Heyeti tarafından işin gereği düşünüldü.

Memur maaşlarından tevkifat icrası, kanunlarda hususi bir hüküm olmayan ahvalde, kat'ileşen kazâi bir kararla kabildir. Bu yolda bir mesnet yokken Maliye idarelerinin maaşlardan Devlet alacağına mahsuben katiyatta bulunmalarının idarî bir muamele olduğu ve devletin nüfuzuna müstenit bulunduğu zahîrdir. İdarî muamele ve kararlar aleyhine ise Devlet Şûrasına müracaat hakkı kanunla tanınmış olduğundan sırf Devlet nüfuzuna istinatla maaşlardan yapılmak istenen takaslar aleyhine açılacak davaların Devlet Şûrasının salâhiyeti dahilinde olduğuna ve içti-

hadin bu yolda tevhit ve tesisine 4/7/1939 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Yukarıdaki tevhidî içtihat kararından anlaşıldığı üzere, Danıştay âzalarından sayın B. Emin Arda'nın, fuzulî olarak verildiği sabit olan memur ve mütekaît maaşlarının idare tarafından takas suretile istirdat edilip edilemeyeceği meselesinin müzakere ve münakaşa sırasında serdettikleri mütalâaya göre: «Bu nevi alacaklar ilâma merbut olan alacaklar haricinde katedilmek istenilen mebalîğ» olup «bir ilâm ve fikraî kanuniye hükmüne müstenit olmadıkça maaşattan hodbehod katiyat icrası kabîlî tevîz olamayacağı gibi mürakünîlînfaz da değildir». Binaberin «bunlar için *Maliyenin ikamei dava etmesi ve işi karara yaptirtmesi icap eder.*» Aynı zamanda «bu dava *umumî mahkemelerde ikame olunur.*» Ve şüphe yok ki «bunun aleyhine derecatı mahkemeye müracaat» edilebilir.

Görüldüğü üzere sayın B. Emin Arda bu kıymetli mütalâalarile fazla verildiği sabit olan bir maaş ve meblâğın idare tarafından resen hareket salâhiyetine istinaden hodbehod istirdat edilemeyeceğini; idarenin bu fazlayı istirdat için adli mahkemelere müracaatle, dava açması ve bu hususta kazaî bir karar istihsal etmesi lâzım geleceğini anlatmış oluyorlar.

Şunu kaydetmek lâzımdır ki: aynı noktânın Devlet Şûrası Dava Daireleri Umumî Heyetinin 39/137 sayılı ve 23/5/1939 tarihli kararında da kabul edildiği görülmektedir.

Filhakika yukarıdaki tevhidî içtihat kararından anladığımız göre: Dava Daireleri Umumî Heyeti, fuzulî olarak verilen maaşların ve meblâğın istirdadı meselesinde bu işin «*hukuku hususiyede yer alacağını*» nazara alarak «bu husustaki nizam ışığında *Borçlar Kanununun harekete geleceğini*»; binnetice «bu kabil vaziyetlerde devletin *imtiyazlı bir hukuku ânime şahsı olarak değil alelâde hukuku hususiye ferdi sıfatile muamelede bulunabileceğini*» içtihat etmekle idarenin bu sahada resen hareket salâhiyetini kullanamayıp behemehal adli mahkemeye müracaatle kazaî bir karar istihsaline mecbur olduğunu anlatmak istemiştir.

Hattâ, yine yukarıdaki tevhidî içtihat kararından anladığımız veçhile, bizzat Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu dahi fazla olarak verilen maaşların prensip itibarile - yani kanunda bu hususta sarahat olmadıkça - idare tarafından resen hareket salâhiyetine istinatla istirdat edilemeyeceği, idarenin bu gibi hallerde adliyeye müracaatle kazaî bir karar alması lâzım geleceği fikrindedir.

Gerçekten Dava Daireleri Umumî Heyetinin ittihaz buyurduğu karara göre: «Memur maaşlarından tevkifat icrası, kanuniarda hususî bir hüküm olmayan ahvalde kat'ileşen *kazaî bir kararla kabildir.*»



Görülüyor ki idarenin bu sahada resen hareket salâhiyetine sahip olmadığı tezi en yüksek idarî yargı yerimiz tarafından benimsenmiş bulunmaktadır.

Bunu tesbit etmekle kronikimizin ilk kısmına ve tetkikatımızın birinci noktasını teşkil eden bu mesele hakkında, pozitif hukuk bakımından, kesin bir neticeye varmış bulunuyoruz.

II. Kronikimizin ikinci kısmına; yani bir memur veya aile efradına fuzulî olarak verilen maaşın idare tarafından istirdadı muamelesinden doğan ihtilâfın *adli kazaya mı yoksa idarî kazaya mı* ait olacağı meselesine gelince: Derhal şunu arz edelim ki bu mesele, biraz evvel tetkik ettiğimiz meseleden - yani idarenin fazla maaşı istirdat hususunda resen hareket salâhiyetini kullanıp kullanamayacağı meselesinden - tamamen ayrı bir meseledir.

Gerçekten - benimsediğimiz noktai nazara göre - birinci meseleyi menfi bir hal suretine bağladığımız, yani - hukuk sistemimiz ve mevzuatımız bakımından - idarenin, fuzulî olarak verilen maaşı istirdat hususunda resen hareket salâhiyetine sahip olmadığına inandığımız halde; fiiliyatta idarenin, bir emrivaki ile, bu yola sapması, yani resen hareket salâhiyetini bu sahada istimal etmeğe kalkışması ve bu salâhiyetini kullanarak fazla verilen bir maaşı, hususî hukuk yolları dışında, hodbehod kesmesi, takas, mahsup, istirdat ve tahsil eylemesi ihtimalini de ayrıca derpiş etmemiz gerekir. Zira idarenin, müdafaa ettiğimiz noktai nazarı benimseyip hukuk sistemimize ve mevzuatımıza aykırı olarak fuzulen verilmiş bir maaşı resen istirdat eylemeğe teşebbüs ettiği ve hattâ istirdat ettiği fiiliyatta görülmektedir.

Nitekim, meselâ, aşağıdaki kararlarda idarenin fazla verildiğini iddia ettiği birtakım maaş ve meblâğı böyle hodbehod istirdad cihetine gittiği görülüyor:

(D. Ş. Kararlar Mecmuası, sayı 21, sah. 16-7. — Tasfiyeye tâbi tutulan bir memura işbu tasfiye muamelesinin Devlet Şûrasınca iptali üzerine, tasfiyeye binaen verilmiş ikramiyenin istirdadı —; sayı 19, sah. 16-17, — Yüksek tahsile devam etmekte olan yetime peşinen verilmiş yetim maaşının, 25 yaşını ikmal etmesi üzerine, istirdadı —; sayı 18, sah 7-8 — Tasfiyeye tâbi tutulan bir memurun, tasfiye muamelesinin Devlet Şûrasınca iptaline rağmen tasfiyeden sonra mevcut münhallerden birine tayin edilmesi dolayısıyla verilen tekaüt maaşının istirdadı —; sayı 23, sah. 13-14 — Bir yetime yetim maaşı bağlandıktan ve verildikten sonra yetim kardeşine de yetim maaşı bağlanarak ilk yetim maaşının tenzili dolayısıyla fazla verilmiş farkın istirdadı —; sayı 14, sah 19-20 — Yüksek tahsilini yapmakta olan bir yetime verilmiş yetim maaşının,

bilâhare 19 yaşını lisede bulunduğu sırada iken ikmal ettiği iddiasıyla, istirdadı —; sayı 28, sah. 22-24 — Tekaüde sevkedilen bir memurun, bilâhare tekaüt müddetini ikmal etmeden tekaüde sevkedildiği anlaşıl原因 olarak tekrar vazifeye tayin edilmesi üzerine, evvelce verilmiş tekaüt maaşlarının, mukassaten memuriyet maaşından kesilerek, istirdadı —; sayı 19, sah 12-14 — Bir memurun, askerliği ile ilişkisini keserek, yeni memuriyet ve vazifesine, bayram ve hafta tatili dolayısıyla ayın birinci günü başlayamaması dolayısıyla, verilmiş bulunan bir aylık maaşının istirdadı —.

Fazla verilen maaşların, tatbikatta, idare tarafından, resen ve hodbehod kesildiğini böylece isbat ettikten sonra; asıl tetkik etmek istediğimiz meseleye gelelim ve kendi kendimize bu gibi hallerde fuzulen verilen meblâğın idare tarafından cebren istirdadından doğan ihtilâfların adli kazaya mı? yoksa idarî kazaya mı ait olduğunu soralım.

Âşikârdır ki bu suale de iki yolda cevap vermek mümkündür. Şöyle ki:

A — İlk bir fikre göre bu gibi ihtilâflar *idarî kazaya* ait olup, bu gibi istirdat muamelelerinden çıkan davalar Danıştayca tetkik, rüyet ve halolunur.

B — İkinci bir fikre göre ise bu gibi ihtilâflar *adli kazaya* ait olup, istirdat muamelelerinden dolayı alâkadarların adli mahkemelere müracaat etmeleri ve bu davalara adliyenin bakması lâzımdır.

Şunu arz edelim ki biraz evvel zikrettiğimiz kararlarda Danıştay birinci noktaî nazarı kabul ettiği gibi; daha evvel bahsettiğimiz tevhidî içtihat kararında Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu da bu meseleyi, umumî ve objektif bir surette ele alarak, bu tarzda halleyilmektedir.

Gerçekten bu tevhidî içtihat kararında fuzulen verilmiş maaş ve tekaüdiyelerin idare tarafından -takas, mahsup, tevkifat, katiyat suretile-hodbehod istirdat edilmesi halinde bu gibi ihtilâfların adliyeye mi yoksa idarî kazaya mı ait olacağı araştırılmış ve münakaşa edilmiştir.

Dava Daireleri Genel Kurulu ise -dava daireleri umumî heyetinin -bu kabil vaziyetlerde Devletin imtiyazlı bir hukuku âmme şahsı olarak değil, alelâde hukuku hususiye ferdi sıfatile muamelede bulunabileceği cihetle *Devlet Şûrasının vazifedar olmadığı*- yolundaki 39/137 sayı ve 23/5/1939 tarihli kararı ve âzadan B.B. E. Arda, N. Tezgören, T. Balkır ve K. Arar'ın «bir ilâm ve fıkraî kanuniye hükmüne müstenit olmadıkça maaşattan hodbehod katiyat icrası kabili tecvîz olamayacağı gibi mümküninfaz da değildir. Bunlar için Maliyenin ikameî dava etmesi ve işi karara raptettirmesi icap eder; bu dava umumî mahkemelerde ikame olunur. Bunun aleyhinde derecatı mahkemeye müracaat edilir. Aksi surette maaşata müdahale edilirse yine bu misilli davalar için maliye aleyhinde

men'i müdahale iddiası *mahakimi umumiyeye* arzedilmek icap edeceği yolundaki» mütalâaları hilâfına olarak - sayın S. Tuncay'ın, «hükûmetin nüfuz ve tesiri dolayısıyla memur maaşlarından kesilmek istenilmesinden dolayı zuhur edecek ihtilâfın *Devlet Şûrasının kazasına tâbi* olması lâzım geldiği» yolundaki görüşlerine iştirak ederek «memur maaşlarından tevkiyat icrası, kanunlarda hususî bir hüküm olmıyan ahvalde, kat'ileşen kazai bir kararla kabildir. Bu yolda bir mesnet yok iken Maliye idarelerinin maaşlardan Devlet alacağına mahsuben katiyatta bulunmalarının *idari bir muamele* olduğu ve *Devletin nüfuzuna* müstenit bulunduğu zahirdir. İdari muamele ve kararlar aleyhine ise Devlet Şûrasına müracaat hakkı kanunla tanınmış olduğundan sırf Devlet nüfuzuna istinatla maaşlardan yapılmak istenilen takaslar aleyhine açılacak *davaların Devlet Şûrasının salâhiyeti dahilinde olduğuna* ve içtihadın bu yolda tevhit ve tesisine 4/7/1939 tarihinde ekseriyetle karar» vermiştir.

Görüldüğü üzere en yüksek idari mahkememiz bu gibi ihtilâfların idari yargıya ait olduğunu kabul etmektedir.

Halbuki bu noktai nazarı ne dereceye kadar iltifata şayan olduğu cayisualdır.

Gerçekten - kanunlarda hususî bir hüküm olmadıkça veya bu yolda kazai bir karar mevcut bulunmadıkça - idare, fuzulî olarak verilmiş maaşatı istirdat hususunda resen hareket salâhiyetine sahip olmadığı halde, fuzulen verilen bir maaşın istirdadı hakkında bir karar ittihaz ettiği veya bunu fiilen istirdat eylediği takdirde istirdat kararının veya istirdat fiilinin zahiren bir idari karar ve fiil, kısaca idari bir muamele olarak görünmesine rağmen; hakikatte bu gibi bir karar ve fiilin idari bir mahiyeti haiz olup olmadığı, idari bir karakter taşıyıp taşımadığı, elhasıl idari bir karar ve fiil sayılıp sayılamıyacağı tetkike değer bir konudur.

Zira, bilindiği üzere, idari karar ve fiiller bazı hallerde idari mahiyet ve karakterlerini kaybederler; idari bir karar ve fiil olmaktan çıkarlar; elhasıl idari birer karar ve fiil sayılamazlar.

Malûm olduğu veçhile bu gibi haller: doktrin ve tatbikatta «yokluk» (inexistence) ve «fiili vaziyet» (voie de fait) tesmiye olunan hallerdir.

Bu mevzua müteallık başka yazılarımızda belirttiğimiz veçhile «yokluk» ve «fiili vaziyet» idare hukukunda ikiz nazariyelerdir. Şöyle ki her iki hal: mevzuata, hukuka bariz ve ağır bir aykırılıktan başka bir şey değildir. Ancak şu var ki: fiili vaziyet nazariyesi, esas itibarile, idarenin maddî tasarrufları, fiilleri hakkında bahse mevzu olur ve tatbik edilir.

İdarenin hukukî tasarrufları, kararları ise ancak tatbik ve icra mevkiine konduktan sonra - yani maddî bir takım vasıta, ameliye ve fiiller marifetile maddî birer tasarruf, birer fiil haline inkılâp etmek suretile -

fiili vaziyet teorisinin tatbikine vesile teşkil edebilir ve meydana verebilirler.

Halbuki yokluk nazariyesi hiçbir suretle maddî tasarruflar, fiiller hakkında kabili tatbik olmayıp, sadece henüz tatbik ve icraya konmamış hukukî tasarruflar, kararlar bakımından bahse mevzu olur ve münhasıran bu gibi hallerde tatbik olunur.

Şunu da ilâve edelim ki: doktrin ve jürisprüdans'ın «yokluk» ve «fiili vaziyet» saydığı hallerde idare nam ve hesabına yapılan hukukî veya maddî bir tasarruf, daha doğrusu idare tarafından müttehaz bir karar veya idarece tevessül olunan bir fiil - çok bariz ve ağır bir aykırılıkla, sakatlıkla malûl bulunduğundan dolayı - idarî mahiyet ve karakterini kaybeder. Artık bu karar ve fiili idareye isnat ve izafe imkânsız addedilir. Karar keenlemyekün, yok telâkki olunur ve fiil de bir emrivaki, fiili bir vaziyet sayılır.

Bu umumî mahiyetteki izahata şunu da eklemek gerekir ki: yine doktrin ve jürisprüdans'a göre «yokluk» ve «fiili vaziyet» sayılan haller, diğer bir ifade ile bu iki neticeyi husule getiren bariz, ağır aykırılıklar ve sakatlıklar - son bir tahlilde - iki halde bahse mevzu olur. Şöyle ki:

1 — İdare nam ve hesabına yapılan hukukî veya maddî tasarruf idare fonksiyonunun, idarenin salâhiyetinin hudutları dışında kalan bir tasarruf ise; kısaca hiçbir idarî makamın, kanunen veya hukuken, yapmağa hiçbir suretle salâhiyetli olmadığı bir meseleye taallük ediyorsa bu tasarruf - idare fonksiyonuna tamamen yabancı, idare fonksiyonunun tamamen dışında bir iş olmak itibarıyla - yoklukla malûl sayılır veya fiili bir vaziyetten ibaret telâkki olunur ve buna «inexistence et voie de fait par manque de droit» denilir.

2 — Bunun gibi idare nam ve hesabına yapılan hukukî veya maddî tasarruf idare fonksiyonuna dahil olmakla ve idarenin salâhiyeti cümlesinden bulunmakla beraber; kanunen ve hukuken takibi gereken usul, prosedür ve formaliteler hiç nazara alınmaksızın, yani bu usul, merasim ve şekle hiç riayet olunmaksızın, yapılmış ise bu gibi bir hal de bir yokluk ve fiili vaziyet telâkki edilir ve buna «inexistence et voie de fait par manque de procédure» denilir.

Âşikârdır ki meşgul olduğumuz meselede usule, prosedüre riayetsizlik mevzuubahis olmayıp; sadece istirdat muamelesinin idare fonksiyonuna yabancı olup olmaması, istirdat keyfiyetinin idarenin salâhiyeti cümlesinden sayılıp sayılmıyacağı bahse mevzu olduğuna göre fuzuli olarak verilen maaşın idarece istirdadı muamelesinin birinci kategoriye giren bir yokluk ve fiili vaziyet hali teşkil edip etmiyeceği düşünülebilir. Elhâsıl kroniğimize mevzu teşkil eden hâdisenin «procédure» fıkdanından

ileri gelen bir yokluk ve fiilî vaziyet sayılması mümkün olmadığı halde; «manque de droit» dan neşet eden bir yokluk ve fiilî vaziyet addedilmesi pekâlâ imkân dahilindedir.

Zira - yine doktrin ve jürisprüdansda umumen kabul edildiği üzere - birinci kategoriye teşkil eden yokluk ve fiilî vaziyet bilhassa idarenin, kendi fonksiyonunu ve salâhiyetini aşarak teşri veya kaza fonksiyon ve salâhiyetine tecavüz etmesi hallerinde görünür.

Meselâ idarenin vergi ihdas ve vazetmeğe kalkışması teşri fonksiyonunu gasp suretile bir yokluk ve fiilî vaziyet sayıldığı gibi; idarenin iki şahıs arasındaki bir ihtilâfı, bilfarz bir mülkiyet ihtilâfını halletmeğe kalkışması da kaza fonksiyonunu gasp suretile bir yokluk ve fiilî vaziyet telâkki olunur.

İşte hâdisemizde idarenin, fuzulî olarak verilen bir maaşı istirdada kalkışması: idarenin fonksiyon ve salâhiyetini aşarak adliyenin sahasına ve salâhiyetine tecavüz etmesi, kısaca idarenin kaza fonksiyonunu gasbetmesi demek değil midir? Bu itibarla bu gibi bir hal bir yokluk sebebi ve fiilî vaziyet sayılmak lâzım gelmez mi? Bahusus ki fuzulî olarak verilen maaşatı istirdat keyfiyetinin adliyeye ait bir iş olduğu mahkemelerimizce ve bilhassa Danıştayın tevhide içtihat kararile kabul edilmektedir! Şu halde istirdat keyfiyetinin adliyeye ait olduğu, mahkemelerimizce ve ez-cümle en yüksek idarî yargı merciimiz tarafından kabul edilen, bir esas olduğuna göre; idarenin, adliyei tavsit edecek yerde, istirdat muamelesine resen ve hodbehod teşebbüs eylemesi kendi fonksiyon ve salâhiyeti dışına çıkararak adliyenin sahasına tecavüz etmesi, kaza fonksiyonunu gasbetmesi değil de nedir?

Binaenaleyh bu gibi bir hal, bu bakımdan, yokluk ve fiilî vaziyet sayılmak lâzım gelmez mi?

Biz, kendi hesabımıza, böyle düşündüğümüz gibi; Danıştay üyelerinden sayın BB. E. Arda, N. Tezgörür, T. Balkır ve K. Arar'ın da bu fikirde olduklarını zannediyoruz.

Gerçekten muhterem B. Arda'nın ileri sürdükleri ve isimlerini yukarıda zikrettiğimiz diğer âzaların da iştirak ettikleri mütalâaya göre: «bir ilâm ve fıkraî kanuniye hükmüne müstenit olmadıkça maaşattan hodbehod katiyat icrası kabili tecviz olmayacağı gibi *mümkünilinjaz* da *değildir*. Bunlar için maliyenin ikamei dava etmesi ve işi karara raptet-tirmesi icap eder; bu dava umumî mahkemelerde ikame olunur... Aksi surette maaşata *müdahale edilirse* yine bu misillü davalar için maliye aleyhine *men'i müdahale iddiası mahakimi umumiyeye* arzedilmek icap eder.

Bize öyle geliyor ki bu gibi bir mütalâa serdetmekle sayın B. Emin

Arda, maaşattan hodbehod katiyat icrası idare için caiz ve mümkün değilken idarenin buna teşebbüs eylemesi, yani bu yolda bir karar ittihaz etmesi veya maaşı fiilen istirdat eylemesi halinde istirdat kararının yoklukla malûl bir karar ve istirdat muamelesinin de fiilî bir vaziyet (bir emrivaki) sayılmak lâzım geleceğini anlatmak istemişlerdir. Nitekim, fikrimizce, sayın üyenin bu gibi katiyat icrası keyfiyetinin «mümkünün infaz» olmadığını söylemesi bunun bariz bir delilidir.

Elhasıl bu mütalâadan kendi hesabımıza çıkardığımız netice şudur ki; fuzulî olarak verilen bir maaşın istirdadı ancak adliyeğe ait bir meseledir. Bu itibarla idarenin bu maaşı resen ve hodbehod istirdada kalkışması: adliyenin sahasına tecavüz etmesi, adliyenin salâhiyetini çiğnemesi, kaza fonksiyonunu gasbeylemesi demektir. Halbuki - umumen kabul edildiği üzere - kaza fonksiyonunun gasbı bir yokluk sebebidir ve fiilî vaziyetten başka bir şey değildir. Başka bir söyleyişle istirdat muamelesi zahiren idarî bir muamele gibi görünmekle beraber hakikatte idarî bir mahiyet ve karakter arzuetmez, idareye kabili isnat ve izafe bir muamele olmaktan çıkar, infazı mümkün bir karar vasfını kaybeder, yoklukla malûl bir karar ve fiilî bir vaziyet (emrivaki) teşkil eder. Bu cihetle bu gibi bir istirdat muamelesile karşılaşan fert için idarî mahkemeye müracaatle bu kararın iptalini istemek mevzuubahs olmayacağı gibi - zira, bildiği üzere, yoklukla malûl kararların iptali mutasavver değildir - bu gibi bir emrivaki karşısında bu müdahalenin men'ini talep etmek için de idarî mahkemeye başvurmak bahse mevzu olmaz. - Çünkü istirdat muamelesi idarî bir muamele sayılmayıp bir emrivaki ve fiilî vaziyetten ibaret olduğuna göre bundan çıkan ihtilâfları tetkik de idarî kazaya değil adliyeğe aittir. -

Elhasıl, biz, - tevhidi içtihat kararında da musarrah olduğu üzere - memur maaşlarından tevkifat icrasının, kanunlarda hususî bir hüküm olmayan ahvalde, ancak adliyeden elde edilecek kazaî bir kararla kabil olacağına göre; bu yolda bir mesnet yok iken idarenin, velev ki nüfuz ve tesiri dolayısıyla, memur maaşlarından devlet alacağına mahsuben katiyatta bulunmak istemesi halinde bu gibi katiyat muamelelerinin - zahiren devletin nüfuz ve kudretine müstenit idarî birer muamele gibi görünmekle beraber - hakikatte adliyenin fonksiyonuna dahil bir meseleye taallük etmeleri itibarile ve bu sebeple kaza fonksiyonunun gasbına münceer olmaları dolayısıyla idarî mahiyetlerini ve karakterlerini kaybederek, yoklukla malûl birer muamele ve fiilî bir vaziyet (emrivaki) sayılmaları lâzım geleceğine; binaberin bu gibi ihtilâfların, sayın B. S. Tuncay'ın mütalâaları hilâfına olarak - ortada idareye izafesi mümkün olan idarî bir mahiyet ve karakteri haiz idarî bir muamele mevcut olmadığından - idarî kazaya ait olacak yerde adli yargının vazife ve salâhiyeti dahiline gireceklerine

inamıyor ve bu itibarla Danıştayın tevhidî içtihat kararında kabul buyurduğu noktai nazara iştirak edemediğimizi söylemek istiyoruz.

Bu izahatımızla yazımıza nihayet verirken şunu arz edelim ki: kroniğimize konu teşkil eden (fazla maaşatın istirdadı) meselesi - evvelce arzettiğimiz veçhile - daha bir çok bakımlardan tetkik ve tahlil edilebilirse de, kroniğimizin hududunu daha fazla aşmamak için bunu başka bir sefere bırakıyor ve şimdilik meseleyi sadece bu noktalardan incelemekle iktifa ediyoruz.

R. S.

\* \* \*

#### B) CEZA HUKUKU :

*Küçüklerin ırzına geçilmesinde 414 üncü maddenin  
ilcinci fıkrasının tatbiki*

#### YARGITAY KARARI

Takdiri teşdit sebebinin vücudu ile birlikte iki yaşında ve mukavemete gayri muktedir olan Ahmet Yıldız'ın ırzına geçmekten sanık Durdu oğlu Duran Fedakâr'ın hareketine uyan ceza kanununun 414/2, 47/4 ve 54/3 üncü maddelerine tevfikân 5 sene ağır hapsine dair verilen hükmün sanığın temyizi üzerine Yargıtay birinci ceza dairesince incelenerek sanığın subuta ilişen itirazları yerinde görülmemiş olup ancak; eylemde cebir bulunmadığı kabul edildiği halde mağdurun yaşının küçüklüğü sebebiyle ikinci fıkranın uygulanması yolsuz olduğundan bahsile bozularak yerine geri gönderilmekle yeniden yapılan duruşma sonunda: mağdurun muayenesini havi hükûmet doktorluğunun dosya arasında mevcut raporu, eylemin *cebren vukuunu göstermekte* bulunduğu gibi zaten evvelki kararda mahkemece cürmün vasfını tayin fıkrasında ve eski duruşma zabıtnamesinin 7 nci sahifesinde (sanığın mukavemete gayri muktedir henüz iki yaşlarında ve meme emmekte bulunan Ahmet Yıldız'ın cebri şiddet kullanmak suretile ırzına geçmiş olduğu) yazılmak suretile de hâdisede cebri maddî ve manevinin vukuu kabul edilmiş ve yargıtay birinci ceza dairesinin mümasil hâdisedeki 11/4/929 gün ve 1742 sayılı kararı ile de beş yaşını bitirmeyen küçüklerin mukavemete gayri muktedir buldukları kabul edilmiş ve binaenaleyh sanığın bu suretle mukavemete kabiliyetsiz bulunan ve henüz iki yaşında olup meme emmekte olan bir çocuğa karşı işbu fiili irtikâp etmesi mahkemece sanığın re-

daeti ahlâkiyesinin edna derecesini tayin ve ispat eder mahiyette ad ve kabul edilerek hakkında tertip ve tayini muktazi bulunan cezanın haddi asgarisini tecavüzen arttırılmasını icabettirecek esbabı müşeddideden görülmüş olduğu beyanile eski hükümde ısrarı mutazammın (Elbistan) Ağırceza mahkemesinden bu kere verilen 9/6/945 günlü hükmü dahi temyizden incelenmesi sanık tarafından süresi içinde verilen dilekçe ile istenilmesine ve yokluk kâğıdı ita edilmesine mebni bu işe ait dava dosyası C. Başsavcılığının bozma ilâmında gösterilen bozma kararı yerinde olup uymak gerekli iken eski hükümde ısrar edilmesi yolsuz görülmekle hükmün bozulması isteğini havi 5/7/945 günlü tebliğnamesile birinci Başkanlık dairesine gönderilmekte ceza genel kurulunda okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünöldü.

15 yaşını doldurmamayan küçüklerin rızasını hükümsüz sayarak bunlara muvafakatlari ile belli fiilin yapılmasını ceza tahdidi altına koymuş bulunan kanun vazınının kastını ceza kanununun 8 inci babının birinci faslında dahil 414 üncü ve müteakip maddelerdeki hükümlerin sevk ve vazıları bakımından düşünmek icabeder. Mezkûr fashın taşıdığı ahkâma göre 15 yaşını doldurmamayan küçüklerin munzam rıza ve muvafakatlarını failin fiilindeki cürmiyet şaibesini izale edememesinin başlıca sebebi akli melekelerinin tekemmül etmemiş bulunması durumu olduğu için bu kabil kimseleri kanunun siyanet ve muhafaza etmesi muktazi ve kendilerine işlenecek bahis konusu teaddilerin men ve zecredilmesi de tecziye sebebinin tabii icapları olacağı şüphesizdir. Ancak bu durumlardaki şahıslarda akli meleke yaşın yükselmesi ile mütedaricen inkişaf edeceği cihetle meselâ: 14 yaşındaki bir mağdurun bilerek fiile muvafakat eylemesi halini, şuur ve iradeden tamamen mahrum olan çok küçük yaştaki çocukların durumları ile ölçmek ve hepsini mücerret yaş küçüklüğü sebebiyle aynı kategoriye sokmak doğru olamaz. Bu bakımdan 414 üncü maddenin ikinci fıkrasında suçun cezasını kanunen çoğaltan haller arasında sayılmış bulunan failin hareketinden ayrı bir sebeple mağdurun mukavemete muktedir olamamasının veya akıl hastalığı gibi şuurun tamamen veya kısmen insilâbını mucip olan halin alelâde ve bilirza ırza geçmek cezasından fazla cezayı istilzam etmesinin vechi mülâhaza edilirken irade ve temyiz kudretinden ve kendisine işlenen fiilin iyiliğini fenalığını his ve idrakten mahrum bir küçüğün durumunun da bundan farksız olacağını kabul nefselemre ve kanun vazınının kast ve gareziine uygun olamayacağından hâdisede olduğu gibi iki yaşında bulunan mağdurun bahis mevzuu olamayacağı aşikâr bulunan rızasının vücut veya ademisinin münakaşasına lüzum olmadığı gibi bu yaştaki çocuğun failin fiilinden ayrı olarak mücerret şuur ve iradeden mahrum olması sebebiyle mukavemete gayri muktedir sayılması da halin icabına ve kanun hüküm-



lerine uygun görüldüğünden mahalli mahkemesinin yukarıdaki sebeplerden dolayı isabetli olan kararına karşı ileri sürülen itirazların reddine ve 3800 kuruş temyiz ilâmı harcının hükümlüden alınmasına 1/10/945 gününde oy çokluğu ile karar verildi (Yargıtay Ceza Umumî Heyetinin 1/39 Esas ve 38 Karar sayılı ve 1.X.945 tarihli kararı).

Metnini yukarıya nakletmiş bulunduğumuz kararla, Yargıtay Ceza Umumî Heyeti tatbikatta, Ceza kanunumuzun 414 üncü maddesinin muhtelif fıkralarının uygulanması bakımından münakaşalı olarak kalmış, değişik içtihatlarla sebebiyet vermiş hattâ 414 üncü maddenin tadilini icap ettirmiş ve nihayet 31 esas ve 27 - 14 karar sayı ile 31/III/937 tarihli Tevhidi içtihat kararla bitirilmiş olan bir meseleyi yeniden mevzuu bahsederek, müstakar tatbikattan inhirafı mucip olacak surette halletmektedir.

414 üncü maddenin tatbikinde çok ehemmiyetli olarak telâkki ettiğimiz bu içtihadı değerlendirebilmek için, taallük ettiği hâdiseyi, karardan anladığımızı göre açıklamak suretile incelemeyi, lüzumlu telâkki ediyoruz:

F. D. iki yaşında bulunan A. Y. nin ırzına geçmiş esas mahkemesi fail hakkında 414 üncü maddenin 2 nci fıkrasını ve suça taallük eden diğer hükümleri tatbik ile fail hakkında beş sene ağır hapis cezasına hükmetmiştir. Mahkeme fiilde cebir görmemiştir. Fakat mağdurun yaşının küçüklüğü sebebiyle, 414 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki mağdurun «failin fiilinden başka bir sebeple fiile mukavemet edemeyecek» halde bulunması tarzındaki ağırlatıcı sebebin varid olduğunu kabul eylemiş ve bu ağırlatıcı sebebi tatbik eylemiştir.

Suçlunun temyizi üzerine işi inceliyen Yargıtay arzolan sebep dolayısıyla tatbik olunan ağırlatıcı sebebi, yani mağdurun yaşının küçüklüğünün 414 üncü maddenin 2 nci fıkrasında tasrih olunduğu üzere failin fiiline mukavemete iktidarsızlık suretinde tesbitini yanlış bulmuş ve verilen hükmü bozmuştur.

Şu noktayı arzetmek isteriz ki, Yargıtayın bahsettiğimiz sebep dolayısıyla hükmü bozmuş bulunması yerinde idi. Şöyle ki:

Ceza kanunumuzun 1936 tarihindeki tadilatına kadar maddemiz, henüz 15 yaşını doldurmamış olan küçüklerin birıza ırzlarına geçilmesi halinde, bunların bizatihi yaşlarının küçük olmasının kendilerinin mukavemete iktidarsız sayılmalarını icap ettirip ettirmeyecekleri noktasında tereddütleri mucip olacak surette kaleme alınmıştı. Meselâ Yargıtay Birinci Ceza Dairesi 11/IV/929 tarih ve 1742 sayılı kararı ile «beş yaşını ikmal etmiyen küçüklerin mukavemete gayri muktedir addolunacaklarını» tesbit eylemişti. Bu ve sair tereddütleri izale maksadile madde 1936 tarihinde tadil olundu. (Sözü geçen mucip sebepler için bakınız: Gerek-

çeli Türk Ceza kanunu, notlayan Faruk Erem 1946, 1. 246). Sonra 31 esas ve 37 - 14 karar sayılı ve 31.III.937 tarihli bir Tevhidi İctihat kararı ile Yargıtay çıkan ihtilâfı ve tereddütleri şu suretle ve kat'i olarak halleyledi: «... Mukavemete gayri muktedir olmak tâbirinden ne kastolunduğu izah edilmediği için muhtelif içtihat ve telâkkilere yol açan bu unsurda failin fiilinden ve tasaddisinden ayrı olarak herhangi bir sebeple mukavemete iktidarsız bir hale getirilmiş olmak keyfiyetinin dahil olduğu umumiyetle kabul edilmekle beraber bu meyanda havassı tekemmül etmemiş olduğu cihetle esasen iyiyi fenayı ayırmaktan âciz bulunan ve mahaza bu itibarla kendilerine cebir ve şiddet tatbikine mahal olmıyan ve mahaza kendisine yapılan fiili feryad ve istimdat suretile veya çabalamakla da mehmaemken men'e muktedir olmıyan yedi yaşından küçük çocukların vaziyeti de bu mefhumun içinde sayılmıştı.

Halbuki 414 üncü maddenin ilk fıkrası menfaat ve mazarratını tefrika muktedir olmıyan bir yaş haddi içindeki küçüklerin kolayca iğfale müstait bulunmaları hasebile menfaati âmme mülâhazasına binaen bu gibilerin rızalarının muteber olamayacağı esasına dayanılarak vazedildiği için hakikat halde suç unsuru olan bir halin kanunen şiddet sebebi sayılması ceza esaslarına uygun görülmediğinden mütebariz ve mütebellir içtihat ve telâkki farklarının ve buna sebebiyet veren müphemiyetin izalesi için 3038 numaralı kanunla mezkûr madde değiştirilerek birinci fıkra mutlak surette yaş küçüklüğü esasına göre sevkedildikten sonra ikinci fıkra da cezanın şiddetlenmesini mucip sebepler sayılmış ve mukavemete iktidarsızlığın ne şekilde tahassul edeceği de gösterilmiş ve binaenaleyh tadil olunan eski 414 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki zikrolunan müphem tâbir şu veçhile tavzih edilmiş bulunmasına göre tadilden mukaddem tahassul etmiş bulunan içtihat ihtilâflarının devamına madde ten imkân kalmadığından tevhidi içtihat suretile bir karar ittihazına mahal görülmemiştir.

İstıtraten vermiş bulunduğumuz şu izahat nazarı dikkate alınacak olursa esas mahkemesi kararını, Yargıtayın bozmasındaki isabeti kabulde zaruret mevcut bulunacaktır.

Sözü geçen bozma üzerine işin esasına bakmakta bulunan Elbistan Ağırceza mahkemesi ilk verdiği hükümde şu esbabı mucibe ile ısrar eylemiştir: Dosyada mevcut rapor failin cebren vukua geldiğini göstermektedir. Diğer taraftan Yargıtay birinci ceza dairesinin 11.4.929 gün ve 1742 sayılı kararı ile de beş yaşını bitirmiyen küçüklerin mukavemete gayri muktedir buldukları kabul edilmiş ve bu keyfiyet maznunun ahlâki redaatinin büyüklüğünü tebarüz ettirir bir cihet tlâkki olunarak esbabı müşeddede telâkki olunmuştur.

Mahkemeden verilen ısrar kararında dayanılan mucip sebeplerden biri olmak üzere, Yargıtay Birinci Ceza Dairesince 1929 senesinde verilmiş olup beş yaşını bitirmemiş olan küçüklerin mukavemete ehliyetsiz sayılacakları hakkındaki içtihat dermeyeran olunmaktadır. Bu içtihadın 1936 tadilâtından önce, 414 üncü madde metninin karışık ve tereddütle mahal verebilecek durumda bulunduğu sırada dermeyeran olduğunu yukarıda izah etmiştik. 1936 tadilâtından ve 1937 sayılı ve metnini biraz evvel nakylemiş bulunduğumuz Yargıtay kararından sonra sözü geçen içtihadta devama imkân kalmadığı düşünülebilir.

Esas mahkemesinden verilen hükmün tekrar temyizi üzerine Yargıtay Ceza Umumî Heyeti esas mahkemesinin ilk kararını uygun telâkki eylemekte ve arzylediğimiz Tevhidi İçtihat kararındanberi teessüs eylemiş bulunan içtihat ve tatbikat vaziyetinden ayrılmaktadır. Filhakika Ceza Umumî Heyetine nazaran «... Bu durumlardaki şahıslarda akli meleke yaşın yükselmesi ile mütedaricen inkişaf edeceği cihetle meselâ: 14 yaşındaki bir mağdurun bilerek fiile muvafakat eylemesi halini, *şuur ve iradeden tamamen mahrum olan küçük yaştaki çocukların durumları ile ölçmek ve hepsini mücerred yaş küçüklüğü sebebiyle aynı kategoriye sokmak doğru olmaz.* Bu bakımdan 414 üncü maddenin ikinci fıkrasında suçun cezasını kanunen çoğaltan haller arasında sayılmış bulunan failin hareketinden ayrı bir sebeple mağdurun mukavemete muktedir olamamasının veya akıl hastalığı gibi şuurun tamamen veya kısmen insilâbını mucip olan halin alelâde ve bilriza ırzına geçmek cezasından fazla cezayı istilzam etmesinin veçhi mülâhaza edilirken ve temyiz kudretinden ve kendisine işlenen fiilin iyiliğini, fenalığını his ve idrakten mahrum bir küçüğün durumunun da bundan farksız olacağını kabul nefselemre ve kanun vazunun kast ve garezine uygun olmayacağından hâdisede olduğu gibi iki yaşında bulunan mağdurun bahis mevzuu olamayacağı aşikâr bulunan rızasının vücut veya ademinin münakaşasına lüzum olmadığı gibi bu yaştaki çocuğun failin fiilinden ayrı olarak mücerred şuur ve iradeden mahrum olması sebebiyle mukavemete gayri muktedir sayılması da halin icabına ve kanun hükümlerine uygundur».

Ceza Umumî Heyeti kararından aynen almak suretile naklettiğimiz şu ibareler nazarı itibare alınacak olursa, anlaşılacaktır ki Umumî Heyet yaş küçüklüğünü 414 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki «failin fiilinden başka bir sebeple fiile mukavemet edemeyecek vaziyette bulunmak» ağırlatıcı sebebini teşkil eder olarak telâkki etmeği prensip itibarile kabul etmemekle beraber bu hususta bir tefrik yapmak icap edeceğini beyan eylemektedir. Şöyle ki mağdurun yaşına bakılacaktır. Aranacak nokta şudur: Mağdur yaşı itibarile şuur ve harekât serbestisine malik midir, yok-

sa değil midir? Eğer mağdur yaşı itibarile şuur ve harekâtının serbestisine malik değilse, bu takdirde failin ırzına geçilmesinde rızası olup olmadığı araştırılmıyacağından, mağdurun failin fiilinden başka bir sebeple mukavemete iktidarsız bulunduğunu kabul eylemek ve o ağırlatıcı sebebi tatbik eylemek lâzımdır. Bilâkis eğer yaşı itibarile şuur ve harekâtının serbestisine malik bulunuyorsa, bu takdirde sırf yaşı itibarile mukavemete iktidarsız sayılmaz.

Görülüyor ki bu suretle Yargıtay Tevhidi İçtihat Heyeti Umumiyesi kararile Ceza Umumi Heyeti içtihadı arasında bir fark husule gelmiş bulunmaktadır. Ceza Umumi Heyeti, hiç olmazsa kısmen, sırf yaş küçüklüğü sebebiyle 414 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki failin fiilinden başka bir sebeple fiile mukavemet edemeyecek vaziyette bulunmak ağırlatıcı sebebinin tatbik edilebileceğini kabul eylediği halde, Tevhidi İçtihat Heyeti Umumiyesi, 414 üncü maddenin ilk fıkrasına nazaran yaş küçüklüğünün suçun bu şeklinin bir unsuru olduğunu kabul ederek aynı halin bir de teşdit sebebi olmasını uygun telâkki etmemektedir.

Bu karşılıklı iki hal tarzı karşısında, Ceza Umumi Heyeti kararına yakın olan bir hal suretinin tercihi daha muvafık sayılmak gerektir. Fikrimizce de mağdurun yaş küçüklüğü sebebiyle hiç bir suretle mukavemete iktidarsız bulunduğu hallerde 414 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki «failin fiilinden başka bir sebeple mukavemete iktidarsız olmak» ağırlatıcı sebebinin tatbikte isabetsizlik bulunduğu söylenemez. Bu sebeple iktidarsız ise, 414 üncü maddedeki bahsi geçen ağırlatıcı sebebin tatbikinin kanun vazınının maksadına muhalif olduğunun iddia edilebileceğini zannetmiyoruz. Gerçekten mesele sırf maslahata uygunluk bakımından mütalâa edilecek olsa da on dört yaşında bulunan bir küçüğün ırzına rızasile geçen kimse ile iki yaşında olup fiile iktidarsız bulunan bir küçüğün ırzına geçeni tecziye bakımından aynı suretle telâkki eylemek muvafık bir hal tarzı olarak kabul edilemez. Kaldı ki yukarıda nakleyemiş bulunduğumuz Tevhidi İçtihat kararındaki mütalâa mutlak surette kabul olduğuna takdirde, 414 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki failin fiilinden başka bir sebeple mukavemete iktidarsız bulunmak keyfiyetine, küçükler için, mahalli tatbik bulmak da, çok hallerde, imkânsız değilse bile çok müşkül olurdu.

*Evleneceğim diye kandırıp kızlık bozmak suçunda  
şikâyet müddetinin mebdei*

#### YARGITAY KARARI

Hacerin evlenmek vadile kızlığını bozmaktan sanık İbrahim'in Türk

Ceza kanununun 423, 56 ncı maddeleri gereğince beş ay hapsine ve 500 lira manevî tazminatın sanıktan alınarak mağdura verilmesine ve 700 kuruş yarım harcın sanıktan tahsiline dair Mucur Asliye ceza mahkemesinden verilen 14/7/945 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi hükümlü tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

Tazminat için nisbi harç tayin edilmemesi yolsuzluğu aleyhe bozma sebebi sayılmamıştır.

Evlenmek vadile kızlık bozmada 108 inci maddedeki mehlin kızlık bozma tarihinden başlayacağı şüphesiz ise de belediye reisinin ve diğer şahitlerin şehadetinden bütün mütekaddim muamelelerin yapılarak mağdurun evlenme muamelesinin tekemmülüne inandırılmış olduğunun anlaşılmasına ve bu suretle aldatılmış olan mağdur için dava mehlinin aldatıldığına muttali olduğu tarihten başlaması zarurî bulunmasına ve mağdurun şikâyetinden önce evlenme muamelesinin tekemmül etmediğini bildiğinin delili olmamasına göre tebliğnamenin üçüncü bendi ve son imza haricindeki evlenme muamelelerinin tekemmül ettiği Belediye reisinin şehadetinin kandırmak unsurunun yokluğunu değil bilâkis vücudunu ispat etmesine ve düğün yapılmasının da evlenme vadinin ancak delili bulunmasına binaen dördüncü bendi yerinde görülmemiştir.

Dosyaya, gerekçeye ve takdire göre yerinde olmayan esas itirazların reddile hükmün ceza mahkûmiyetine ve harca ait kısmının onanılmasına ve 700 kuruş onama harcı alınmasına ve ancak:

1 — Dava açıldıktan sonra usulen müracaatla müdahil sıfatını almayan mağdur lehine tazmine hüküm olunması.

Yolsuz olduğundan hükmün şahsî hak cihetinden bozulmasına 4/12/945 de oy birliği ile karar verildi (Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 10774 Esas ve 11380 Karar sayılı ve 4/12/945 tarihli kararı).

Metnini yukarıya nakleylemiş bulunduğumuz karar, Ceza kanunumuzun 423 üncü maddesinde ifadelenen «alacağım diye kandırıp kızlık bozmak» cürmünde takibat icrası için yapılacak şikâyetin kabulü hususunda riayeti muktazi altı aylık müddetin mebdei bakımından şimdiye kadar mevcut ve müstakar tatbikatın aksine olan bir hal tarzını ihtiva eylemesi itibarile dikkatimizi çekmektedir.

Malûm olduğu veçhile, umumî âdap aleyhine işlenen cürümler babı bakımından memleketimize mahsus hükümlerden telâkkisi icap eden ve 423 üncü maddemizde (« her kim on beş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapis olunur. Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadar ki beş

sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku âmme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa çektirilir.») tarzında ifade edilen bu suç, memleketimizde oldukça bol bir şekilde tatbikata mevzu teşkil etmektedir. Hattâ bazı hallerde, sözü geçen hükümden istifade ile tecrübesiz bazı genç erkeklere karşı, şantaj vesilesi çıkarmak suretinde hareket etmek isteyen kimselere de tesadüf olunmaktadır. Fakat mevzuat sistemimiz içindeki yeri ve umumî hukuk prensipleri bakımından mütalâası ne olursa olsun sözü geçen hükmü memleketimizin bazı âdet ve itiyadları, umumî âdetleri bakımından lüzumlu telâkki etmekteyiz: Gerçekten, kanaatimizce, memleketimizin umumî âdet ve geleneği, yurdumuzda, evlenecek olan bir kızda aranan vasıflar bakımından 423 üncü maddeye, genç kızların bekâretlerini evlenme vadi ile kandırarak, izale edenlerin tecziyesine ihtiyaç vardır. Çünkü bekâret vasfını haiz bulunmayan bir genç kız, hiç olmazsa, memleketin köy ve kazalarında, evlenmek ve yuva kurmak şansını kaybetmiş olur. İyi bir ceza kanununun başta gelen vasfı ise memleket âdet ve ananelerine mümkün olduğu kadar kıymet vermek ve onları değerlendirmektir.

Evlenmek vadi ile bikirleri izale edilen kızları himaye maksadile ihdas edilen bu suçun takibini kanun koyucumuz çok doğru olarak şikâyete tâbi tutmuştur. Malûm olduğu veçhile Ceza kanunumuzun 108 inci maddesine nazaran altı aydan ibaret olan şikâyet müddeti aynı maddenin 2 nci fıkrasına göre müruru zaman haddini geçmemek şartile davaya hakkı olan kimsenin *fiilden ve failin kim olduğundan haberdar bulunduğu günden başlar*.

Sözü geçen esas mevzuubahs suçta tatbik edince, suç bikirin izalesi, (yani bekâret gıçasının yırtılması) tarihinde teşekkül eylediğine nazaran, altı aylık şikâyet müddetinin mebdeî de keza bu tarih yani, bekâret gıçasının yırtılması tarihi olmak lâzımgelir. Nitekim Yargıtayın müstakar içtihatları daima bu merkezde olmuştur. Yoksa, kandırılıp bikri izale edilen şahsı almaktan istinkâf eylemek cürmün teşekkülü bakımından şart değildir. Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesinin 4950 sayı ve 16/11/930 tarihli bir kararında açıkça tebarüz ettirildiği veçhile «alacağım diye kandırarak kızlık bozmak cürmünün tekemmülü için istinkâf vukuu şart olmayıp bu maksatla fiilin vukuu kâfi bulunduğundan hâdisede istinkâf mevcut olduğundan bahsile beraet kararı verilmesi yolsuzdur. Yani kızın suçlu ile evlenmek istememesi veya velilerin evlenmeğe rıza göstermemeleri işbu suçun tekemmülü için şart değildir. (Bu hususta aksi mütalâa için Şehap Gürsel'in şu yazısına bakınız: «Evlenme vaadi ile kızlık bozma suçları ve yargıtay içtihadı üzerinde inceleme» Adliye ceridesi 1943, sayı 11, s. 978.)

Arzolunan şekilde takarrür etmiş bulunan Yargıtay içtihadı dolayısıyla bir çok suiistimaller yapıldığına ve bunlardan şikâyet edildiğine tesadüf edilmekte idi. Gerçekten bir çok kimselerin, genç kızların bîkrini, evleneceğim diye kandırarak izale eyledikten ve altı ay kadar kızı oyalayıp şikâyet müddetini doldurduktan sonra yüzüstü bıraktıklarına şahit olunuyordu.

Nitekim yukarıya metnini nakleyelimiz bulunduğumuz Yargıtay kararının taallük eylediği hâdisede de kızlığın izale tarihinden sonra, evlenmeğe ait bütün mütakaddim muameleler yapılmış ve mağdur evlenme muamelesinin tekemmülüne inandırılmıştır. Sözü geçen durumu nazara alan Yargıtay, arzolunan vaziyet dolayısıyla «evlenmek vadi ile 108 inci maddedeki mehlîn kızlık bozma tarihinden başlayacağı şüphesiz ise de» naklolunan şekilde «aldatılmış olan mağdur için dava mehlînin aldatıldığına muttali olduğu tarihten başlaması zarurî bulunduğuna» karar vermiştir.

Görülüyor ki Yargıtay, şimdiye kadar mevcut tatbikat ve içtihat durumunu bu kararla değiştirmiş değildir. Yani arzolunan karar bir prensip kararı olmaktan ziyade muayyen bir vaziyette adaletin daha iyi bir şekilde tecellisini mümkün kılmak gayretile verilmiş bir karar olmak karakterini taşımaktadır.

Bununla beraber sözü geçen kararı gene de tasvip edemeyeceğiz. Şöyle ki: 108 inci maddeye göre takibi şikâyete bağlı olan suçlarda altı aylık mehlîn mebdet mağdurun ve suçun işlendiğine vâkıf olduğu tarihtir. Bu, kanunun kendisinden hiçbir suretle vazgeçilemeyecek olan âmir bir hükmünü teşkil eder. Bu itibarla herhangi bir sebep dolayısıyla olursa olsun sözü geçen hükümden sarfı nazar edememek icap eder. Kaldı ki, müddet mebdetinin tayininde bu türlü mülâhazalar nazara alınacak olursa, hemen her hâdisede müşabih sebepleri bulmak imkânsız da değildir. Suçun teşekkülünde evlenmeden istinkâf eylemek bir unsur olmadığına göre failin aldatıldığına anlaşılması tarihinin şikâyet müddetinin mebdet olarak telâkkisini doğru saymamak muvafık olur. Bu mülâhazalar dolayısıyla metnini yukarıya nakleyelimiz bulunduğumuz kararı tasvip eylediğimiz anlaşılmıştır.

### *Müdahale yolu ile dava*

## TEVHİDİ İÇTİHAT KARARI

Ceza davalarında müştekilerin salâhiyetli mercilere istidaname vermeyip yalnız duruşmaya dahil olmaları müdahil sıfatını iktisaba ve taz-

minat hükmüne cevaz verip vermeyeceği hususunda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ilâmları arasında meydana gelen içtihat aykırılığının halli için toplanan Tevhidi İctihat kurulunca keyfiyet incelenerek:

Sonuçta:

Âmnenin emniyet ve selâmetini ve huzur ve rahatını bozan suçlardan ferdin hayatına, sıhhatine, hürriyetine, ırzına, şahsî haklarına ve mallarına dokunanlar da olacağından bu suretle bir suçtan acı duyan ve doğrudan doğruya zarar görenlerin âmme namına yapılacak olan ceza kovuşturmasına ilgilenmelerini ve adalet ve hak icabının yerine getirilmesini istemelerini tabii ve zaruri görmek kadar bunların suçu ve suçluyu meydana çıkarmak hususunda önemli yardım ve bilgilerinden faydalanmak da doğru ve yerinde bir düşünüş olur.

Bunun için Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuzun kabul ettiği esaslı prensiplerden biri de; yukarıda yazılı suretlerle suçtan zarar gören kimselerin kamu davasında savcının yanı başında ve fakat ona bağlı olmaksızın bir yetkili taraf hakkı ile yer alabilmeleri ve kendilerine tanınılan hak ve yetkiler ve bu yolda konulan usullerle tahkikatın gidişine ve son hükmün çıkışına müessir olabilmeleridir. Bu esas kaideyi, kanunun 365, 367 ve 371 inci maddeleri hükümleri gereği gibi belirtmiş ve bildirmiştir.

Bir ceza davasına ilkde ancak bu sebep ve amaç ile girmeleri caiz ve faydalı görülen suçtan zarar görmüş kimselerin sonradan aynı mahkemede şahsî zararlarının tazminini de isteyebilmeleri Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kabul ettiği diğer bir usuldür. Kanunun 365 inci maddesinin gerek ilk ve gerek 3207 sayılı kanun ile değiştirilmiş son şekilleri bu hususu olduğu gibi açıklamağa yeter.

Hayatına, sıhhatine, hürriyetine, ırzına, şahsî haklarına ve mallarına dokunmuş olmasından dolayı bir suçtan zarar gören kimsenin kamu davasına girmek istemesi, kanunun 366 ncı maddesinde bildirildiği üzere merciine verilecek bir istida veya zabıt varakası tutulmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyan ile olur. Bu zabıt varakası reis veya hâkime tasdik ettirilir. Bu suretle vukubulacak girme isteği üzerine yetkili merciin önce C. Savcısının mütalâasını aldıktan sonra bu isteğin kabule şayan olup olmadığına karar vereceği de aynı maddenin ikinci fıkrasında yazılıdır.

Kanunun bu kesin emri; Kamu namına takıbolunan bir ceza davası soruşturmalarında ve en son bir ceza hükmü çıkmasında tesiri olabilecek kimsenin, hakikatte suçtan zarar görmüş olarak davaya girmeğe hakkı olup olmadığını anlamak ve ancak hak sahibine hakkını tanımak ve haksız ve yersiz şahsî duygu ve hareketlere meydan vermemek lüzum ve zaruretine dayanır.



Müdahale isteği üzerine merclin her halde bir karar vermesi lüzumu, kanununun 367 nci maddesinde müdahale *talebi kabul edildiği* anda davaya dahil olan kimsenin şahsî dava müddeisinin haiz olduğu aynı haklardan istifade edeceği bildirilmek suretile tekrarlanmış ve pekiştirilmiştir. Yine bu madde ifadesiyle müdahale hak ve yetkilerinin müdahale talebinin kabulü kararıyla başlayacağı ve bu kararın inşai tesiri haiz olduğu pek açık olarak bildirilmiştir.

Kanunun bu emir ve icabına aykırı olarak müdahale isteğinin kabule şayan olup olmadığı hakkında açıkça bir karar verilmemiş olması, Yargıtay incelemelerinde kanunun 307 nci maddesi uyarınca hükmün bozulmasını gerekli kılar.

Müdahale isteğinin ancak kamu davasının açılmasından sonra olabileceğini, müdahale hükümlerinin mahiyetinden ve kanunun başta iltihak konusuna dair olan 365 inci maddesinde hukuku âmme davasına iltihaktan bahsedilmiş olmasından ve yine 366 ncı maddesinde verilmesi gerekli kararın davaya müdahale hakkında olacağı bildirilmesinden ve en son, savcının kamu davasını henüz açmadan önce yapacağı soruşturmalarda suçtan zarar gören kimsenin yapabileceği müracaatların mahiyet ve keyfiyetinden anlamak kolaydır. Bu sebeple; sözü geçen 365 inci maddedeki (Tahkikatın her halinde) cümlesi kamu davası açıldıktan sonra başlayan ilk ve son tahkikatı ifade edip savcının kamu davasını açmadan önce yapabileceği soruşturmalar, madde muhtevasının dışında kalır.

Her hangi bir suretle bir suçun işlendiğini anlatır bir hali öğrenen savcının kamu davasını açmağa mahal olup olmadığına karar verebilmesi için işin hakikatini ve suçlunun kim olduğunu araştırmaya başladığında suçtan zarar gören bir kimsenin yapabileceği müracaatlar; suçun ve suçlunun ortaya çıkmasına yarayacak haber ve delilleri bildirmekten, veya ayrıca vereceği arzuhal ile kamu davasının açılmasını istemekten ve savcının kamu davasını açmağa karar verdiğinde buna karşı yine bir arzuhal ile yetkili ağır ceza reisine itiraz etmekten ibaret ve buna münhasır olur ki; kanun maddelerinin çerçevelediği bu müracaat ve istemler, mahiyetleri itibarıyla açılmış olan kamu davasına müdahale konu ve hükümleri arasına katılıp kamu davasına müdahale isteği sayılmazlar. Nasıl sayılırlar ki, suçtan zarar gördüğünü iddia eden şahsın kamu davasının açılması için verdiği istida üzerine savcı 164 üncü madde uyarınca işi takibe değer görmez veya yaptığı soruşturmalar sonunda kovuşturmaya mahal olmadığına karar verirse ve yine bu şahsın itiraz istidası, yetkili ağır ceza reisi tarafından 167 nci madde mucibince reddolunursa ortada sözü geçen istida ile müdahale olunabilecek ne açılmış bir dava olur ve ne de yeni deliller ve vakıalar meydana çıkıncaya

kadar açılması kabil bir dava kalır. Belli bir husus için verilen istida, tahkikat sonunun muhtemel ve çeşitli belirtilerine göre mânalandırılmaz.

366 ncı maddenin ikinci fıkrasında müdahale talebinin kabule şayan olup olmadığına kimlerin karar verebileceğini bildiren merci kelimesi, aynı fıkrada yazılı olan (C. Müddeiumumisini dinledikten sonra) cümlesinin kesin ifadesi delâletiyle her halde C. Savcısından gayri olarak ilk tahkikatta yapılacak müdahale isteklerinde sorgu yargıcı ve son tahkikatta vukubulacak müdahalelerde ise davayı görecektir olan yargıcı beyan eder. Bu merci kelimesi anlamına savcıyı katmağa kanunun beyanı müsaıt değildir. Savcıyı dinleyecek olan mercie savcının kendisi geçemez. Kanunun bu açık beyanına karşı gerekçesinde geçen bazı sözlere bakarak yorumlarda bulunmak doğru olmaz.

Yukarıdanberi yazılan gerekçe, maddenin ilk fıkrasında kendisine müdahale isteği yapılacak olan mercii açıklamış olduğu gibi bu fıkranın sonunda zabıt varakasının reis veya hâkime tesdik ettirileceği yolunda yazılı olan cümle de merciiin savcıdan gayri yetkili yargıç olacağını bildirmeğe yeter. Bununla beraber açılmış olan bir kamu davasına iltihak dilekçesi savcıya karşı yazılmış olur. Ve onun tarafından yargıca sunulursa, yargıcın savcı yoluyla eline geçen bu dilekçe üzerine önce savcının mütalâasını aldıktan sonra gerekli kararı vermesinde sonucu bakımından bir yolsuzluk görülemez. Kanunun 295 inci maddesinde kabule şayan bir müracaatta, kanunî mercii tayinde yapılan hatânın müracaat edenin hakkını ihlâl etmiyeceği yazılıdır.

Yukarıda beyan ve izah olunan sebeplerden dolayı; işlenen bir suçun, hayatına, sıhhatine, hürriyetine, ırzına, şahsî haklarına ve mallarına dokunduğunu ve suçtan zarar gördüğünü iddia edecek suçlu aleyhine açılmış olan bir kamu davasına girmek isteyen kimsenin önce Ceza M. U. K. nun 366 ncı maddesinde beyan olunan suretler ile müracaatta bulunması ve bu istek üzerine aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca ilk tahkikatta sorgu yargıcının ve son tahkikatta davaya bakan yargıcın müdahale talebinin kabule şayan olup olmadığına karar vermesi icabedeceğine ve iltihak talebine karar verildiği anda 367 nci madde hükmünce müdahale hak ve yetkilerinin kazanılmış olacağına ve C. Savcısının kamu davasını açmağa mahal olup olmadığına karar vermek üzere yapacağı soruşturmalarda suçtan zarar gören kimsenin kanun ile belli sebep ve amaçlar ile yapacağı müracaatların müdahale hükümleri gereğince bir müdahale talebi olamayacağı gibi esasta henüz kamu davası açılmadan müdahale konuları dairesinde bir müdahale talebi düşünülüp kabul edilemeyeceğine oyların üçte ikiyi geçen çokluğu ile 16/5/945 gününde

karar verildi (Yargıtay Tevhidi İçtihat heyeti umumiyesinin 27/10 esas ve 10 karar sayılı ve 16.5.945 günlü kararı).

Metnini yukarıya nakleylemiş bulunduğumuz kararla, Yargıtay Tevhidi İçtihat Heyeti Umumiyesi Ceza muhakemeleri usulü kanununumuzun müdahale yolu ile davadan bahseden 365 - 372 nci maddelerini, şimdiye kadar olduğundan çok farklı surette mânalandırmakta ve bunlara yeni hal suretleri getirmektedir.

Tevhidi içtihat kararı, ilk önce sözü geçen maddelerin ruh ve maksatlarını ifade ile başlamaktadır. Bunlardan anladığımıza göre âmme davasına müdahale yolunun ihdasındaki asıl maksat, maznun hakkında verilecek ceza hükmünün tertibinde, savcının yanında ve fakat ona tâbi olmıyan yetkili bir taraf ihdas eylemektir. Yani müdahale esas ve prensip olarak faile ceza tertibi maksadile yapılır. Bu suretle sözü geçen maksatla, suçtan zarar görmüş bulunan kimse davaya müdahale edince, bu şahıslar sonradan aynı mahkemede şahsî zararlarının tazminini de isteyebilirler. Bu son noktayı Tevhidi İçtihat kararı aynen şu cümle ile ifade eylemektedir: «Bir ceza davasına ilkte ancak bu sebep ve amaç ile girmeleri caiz ve faydalı görülen suçtan zarar görmüş kimselerin sonradan aynı mahkemede şahsî zararlarının tazminini de isteyebilmeleri ceza muhakemeleri usulü kanununumuzun kabul ettiği diğer bir usuldür.»

366 ve müteakip maddelerde ifadelenen hükümlerin esas ve maksatlarını arzolan şekilde izah edişi bakımından Yargıtayın bu anlayış tarzına tamamilen iştirak eylemekte bulunduğumuzu burada tebarüz ettirmek isteriz. Gerçekten bir kere Ceza muhakemeleri usulü kanunu vazı ceza mahkemelerinde şahsî hak teleplerinin dermeyan dilmelerini ve bu taleplerin yerine getirilmesini bir istisna olarak kabul eylemiştir. Kanunun umumî sistem ve esası bu görüşe müstenittir. Sonra arzetmiş bulunduğumuz esası 365 inci maddenin ikinci fıkrası da tebarüz ettirmektedir: Bu fıkraya nazaran bu suretle âmme davasına iltihak edenler şahsî haklarını da isteyebilirler. Görülüyor ki kanun koyucu şahsî hakların da talep olunabileceğinden bahseylemektedir. Buna nazaran demekki âmme davasına, esas olarak, fail hakkında ceza tertibi maksadile girilebilecektir ve sözü geçen usul bu maksatla ihdas edilmiştir.

Tevhidi İçtihat kararının 365 ve müteakip maddelerin umumî ruhu bu şekilde izah eylediğini tebarüz ettirdikten sonra müdahale usulü bakımından, yeni olarak getirdiği hal tarzlarını gösterelim ve bunlar üzerinde duralım.

Sözü geçen hal tarzlarını hulâsa olarak şu suretle arz edebiliriz:

I) Müdahale isteği ancak âmme davasının açılmasından sonra yapılabilir.

II) 366 ncı maddenin 2 nci fıkrasına göre kendisine müdahale isteğinin dermeyan olunacağı merci ilk tahkikatta sorgu yargıcı ve son tahkikatta davayı görecek mahkemedir.

III) Müdahale isteği merciine yapıldıktan sonra, bu talebin kabule sayan olup olmadığı hususunda açıkça karar verilmek lâzımgelir. Böyle açık bir karar verilmemiş olması hükmün 307 nci madde gereğince bozulmasını intaç eden bir sebep olur.

I. Müdahale isteği ancak âmme davasının açılmasından sonra yapılabilir.

Yargıtay Tevhidi İctihat Heyeti Umumiyesi bu esasın mucip sebebi olmak üzere şunları dermeyan eylemektedir: 365 inci maddede «âmme davasına iltihaktan» bahs olunmaktadır. 366 ncı maddede müdahale talebi üzerine verilecek kararın davaya müdahale hakkında olacağı beyan olunmuştur. 365 inci maddenin ilk fıkrasındaki «suçtan zarar gören her şahıs tahkikatın her halinde müdahale yoluyla hukuk âmme davasına iltihak edebilir» denilmekte ise de bu fıkradaki tahkikat tâbiri âmme davası açıldıktan sonra yapılacak olan ilk ve son tahkikatı ifade eder. Hazırlık tahkikatını yapan savcıya suçtan zarar görenlerin dermeyan eyledikleri talep ve istekler müdahale sayılamazlar. Bu nokta o kadar muhakkaktır ki, savcı yaptığı soruşturmalar sonunda takibata mahal olmadığına karar verecek olursa bu takdirde ortada dava kalmıyacağından tabii olarak müdahale de mevzuu bahs olunamaz.

Yargıtayın bu mütalâasını çok yerinde telâkki ediyoruz. Gerçekten müdahale yoluyla davadan bahseden 365, 366 ncı maddelerde daima *davaya* müdahaleden bahsedilmektedir. Savcının yaptığı hazırlık tahkikatına müdahale edilebileceği mevzuu bahs olsaydı, âmme davasına müdahaleden değil fakat takibata müdahaleden bahsedilmek lâzımgelirdi. Gerçi 365 inci maddede 1936 tarihli tadilâttan evvel şimdiki «tahkikatın her halinde» tâbiri yerinde «muhakemenin her halinde» ifadesi kullanılmıştı. Bu tâbir yerine, mehzada olduğu gibi şimdiki «tahkikatın her halinde» ibaresinin ikame olunmasındaki maksat hiç şüphesiz müdahale imkânını tevsi eylemektir. Fakat bu tevsi müdahalenin sadece son ve ilk tahkikatta olabileceğini ifade eder ölçüdedir. Esasen 365 inci maddede «tahkikatın her halinde müdahale yoluyla *hukuku âmme davasına* iltihak edebilir» deniliyor. Âmme davası ancak ilk tahkikat ile açıldığına göre 365 inci maddedeki «tahkikatın her halinde» ibaresinin yalnız ilk ve son tahkikata mahmul olduğu muhakkaktır.

Kaldı ki kanunun müdahaleye taallük eden bütün diğer maddeleri bu müessesenin ilk tahkikat ve son tahkikat safhasına müteallik olduğu-

nu göstermekte ve bu maddelerde müdahilin sözü geçen safhalardaki yetkilerinden bahsolunmaktadır.

II. 366 ncı maddenin 2 nci fıkrasına göre kendisine müdahale isteğinin dermeyan olunacağı merci ilk tahkikatta sorgu yargıcı ve son tahkikatta davayı görececek yargıç veya mahkemedir.

Yargıtay kararında ifadelenen bu ikinci hal suretini de, mühim bir kısmı itibarile birincinin tabii bir neticesi saymak lâzımgelir. Fakat yargıtay kararındaki mucip sebeplerden anlaşılacağı veçhile 366 ve müteakip maddelerin muhtavaları da bunun böyle olduğunu ifade eylemektedir. Gerçi, 366 ncı maddenin ilk fıkrasında «müdahale, merciine verilecek bir istida veya zabıt varakası tutulmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyania olur» denilmiş ve maddede talebin kendisine yapılacağı merciin neresi olacağı sarahaten gösterilmemiştir. Fakat maddenin ikinci fıkrasında «bu merci cumhuriyet Müddeiumumisini dinledikten sonra davaya müdahale talebinin kabule şayan olup olmadığına karar verir» deniliyor. Merciiin, talebin kabule şayan olup olmadığı hakkında karar vermeden önce Cumhuriyet müddeiumumisini dinlemesi lâzımgeldiğine göre, bu merciin savcı olamaması tabii telâkki olunmak lâzımgelir. Bu itibarla davaya müdahale dilekçesinin savcıya verildiği hallerde, bu talebin usulüne ve yerine göre sorgu yargıcına yahut yargıca veya mahkemeye verilmesi ve bunlar tarafından, davaya müdahale talebinin kabule şayan olup olmadığı hakkında karar verilmesi iktiza eder. Tevhidi İçtihat kararında bu nokta için «kanunun bu açık beyanına karşı gerekçesinde geçen bazı sözlere bakarak yorumlarda bulunmak doğru olmaz» denilmektedir.

Bu gerekçeye karşı şöyle bir itirazın dermeyan edilebileceği akla gelebilir: Kanun merci tâbirine savcıyı da ithal eylemiş ve fakat talebin dermeyan olunacağı merci itibarile müdahale talebinin kabulü veya reddi usulünü farklı olarak mülâhaza eylemiştir. Şöyle ki talebin savcıya dermeyanı halinde bu hususta savcı karar verir ve tabii olarak kimseyi dinlemez. Sorgu yargıcı yahut yargıcın karar verdiği hallerde ise savcının dinlenmesi lâzımgelir,

Bu itiraz yerinde telâkki olunamaz. Filhakika 366 ncı maddenin 1 inci fıkrasının ikinci cümlesinde «bu zabıt varakası reis veya hâkime tasdik ettirilir» diyen ve zabıt varakasının tasdikini dahi reis veya hâkime bırakan kanun koyucunun, davaya müdahale talebi hakkında savcının resen karar verebileceğini kabul eylediği zannolunamaz.

Biraz yukarıda da bahseylemiş bulunduğumuz bir noktayı tekrar ile beyan edelim ki esasen müdahalenin ancak ilk ve son tahkikatta vuku

bulabileceğini kabul eylemek, zarurî olarak, müdahale talebinin kabule şayan olup olmadığına karar verecek olan mercilerin sorgu yargıcı veya hut yargıç olmasını iktiza ettirir.

III. Arzettiğimiz mercie bu suretle bir talepte bulunulduktan sonra, mercin, bu talebin kabule şayan olup olmadığı hususunda açıkça karar vermesi lâzımgelir. Böyle açık bir hüküm verilmemesi hükmün 307 nci maddesi gereğince bozulmasını intaç eden bir sebep olur.

Yargıtay evvelce 43 esas ve 28 karar sayılı ve 18.III.940 tarihli bir Tevhidi İctihat kararında bunun tam aksi olan bir hal tarzını tesis eylemişti: «... Tahkikatın her halinde hukuku umumiye davasına iltihak hakkını haiz olan ve usulî hükümler dairesinde istida ile veya zabıt varakası tutulmak suretile zabıt kâtibine yapacağı beyanla müracaat eden şahsın duruşmanın nihayetine kadar hazır bulunarak mahkemece davası zapta geçirildiği ve ikame ettiği deliller istima edildiği takdirde müdahale telebi fiilen kabul edilmiş ve şahsî dava müddeisinin haiz olduğu aynı hakları iktisap etmiş olacağı cihetle temyiz istidasının mücerred davaya müdahale talebinin kabule şayan olduğuna mahkemece sarih bir karar verilmemiş olduğundan bahisle reddi gayri caizdir.»

Görülüyor ki Yargıtay beş sene farkla vermiş bulunduğu yeni bir Tevhidi İctihat kararında bunun tam aksine olan bir hal tarzını tesis ve müdafaa eylemektedir.

Yargıtayca 1940 senesinde tesis olunmuş bulunan içtihadın daha uygun olduğunu yani metnini yukarıya nakleyimiş olduğumuz Tevhidi İctihat kararının ihtiva eylemekte bulunduğu hal tarzlarından bu üçüncüsüne iştirak etmediğimizi beyan etmek isteriz.

Gerçi, müdahale müessesesi, müdahilin durumu ve davadaki yetkileri, müdahale talebi üzerine bu cihetin incelenmesini ve bu hususta açık bir karar verilmesini iktiza ettirir ve böylece karar verilmesi maslahata uygundur. Fakat ceza davası bakımından çok dar hareket eylemek suretile, talebi hakkında usulüne göre karar verilmemiş bulunulmakla beraber baştan sona kadar davaya iştirak etmiş ve müdahil sıfatının verdiği yetkilerden faydalanmış bulunan şahıs müvacehesinde, sözü geçen usul noksanını, sırf bu hal dolayısıyla verilen kararın bozulmasını icap ettirecek bir sebep saymamak lâzımgelir. Zira bu vaziyet temyiz tetkikatı bakımından, esasa ve bilhassa maznunun haklarına ve müdafaasına taallük etmiyen ve binnetice esaslı olmıyan bir usul hatâsı teşkil eder. Bu nevi usul hatâları ise hümmün bozulmasını intaç etmemek lâzımgelir.

*Ceza sorumluluğu olmayan küçükler*

## YARGITAY KARARI

Habibe Aydoğan'ı bıçakla yaralamaktan sanık Mahmut Ünlü ve Muharrem Ünlü'nün 15 yaşlarını bitirmemiş olmalarına ve fariğ ve mümeyyiz bulunmadıkları anlaşılmasına mebni T. C. K. nunun 54 üncü maddesi gereğince ve haklarında ceza tertibine mahal olmadığına ve 53 üncü madde uyarınca taahhütname ile tedbiri ihtiyatî olarak velilerine teslimine dair Gediz Asliye ceza mahkemesinden verilen 6/9/945 tarihli kararın Yargıtayca incelenmesi üst dereceli Kütahya C. savcılığı tarafından süresinde istida edilerek dava evrakı tebliğname ile daireye gönderilmekle oluru düşünüldü.

Ceza verilemeyeceğini gösteren 54 üncü maddenin duruşma yapılmasına engel olmamasına ve duruşma yapıp ta sanıkların suçu işledikleri tesbit edilmedikçe velilerini ceza tehdidi altında bırakmaya sebep bulunmamasına göre duruşma sonuna göre suçu işlediklerinin sabit olup olmadığına incelenmesi ve sabit olmazsa beraat ve sabit olursa veliye teslim kararı verilmesi gerektiğinden zuhul olunması.

Bozmayı gerektirmiş ve itirazlarla istemler bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan hükmün bozulmasına 11/12/945 tarihinde oy birliğiyle karar verildi (Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 11377 esas ve 11781 karar sayılı ve 11.XII. 945 tarihli ilâmı).

Ceza kanunumuzun 45 inci maddesinin ilk fıkrası gereğince «fiili işlediği zaman on bir yaşını bitirmiş olup ta on beş yaşını doldurmamış olanlar, fariğ ve mümeyyiz olmadıkları surette, haklarında hiç bir ceza tertip olunamaz. *Ancak işlenen fiil bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı müstelzim cürümlerden ise bundan evvelki madde ahkâmı tatbik olunur.*» Yani bu şahısların işledikleri suç bir seneden fazla hapis cezasını müstelzim bulunuyorsa, haklarında, daima kabill istirdat olmak ve ancak on sekiz yaşını ikmalleri tarihine kadar muteber bulunmak üzere, terbiye ve ıslah için Devlet idare veya mürakabesinde bulunan bir müesseseye konulmalarına veyahut takayyüt ve nezarete teseyyüp ve ihmâl ile bir cürüm işlemesine meydan verilirse kendilerinden iki yüz liraya kadar para cezası alınacağı ihtarile ana baba veya vasiye teslimine karar verilir.

Sözü geçen tedbir esas itibarile bir emniyet tedbiridir, ve bilhassa çocuğun nef'inedir. Bununla beraber, ne de olsa çocuğun, bir azamî haddi bulunmakla beraber, gayri muayyen bir müddetle hürriyetini tahdid

edici bir mahiyet taşıması itibarile, usulî bakımdan mevcut bütün kaide ve esaslar yerine getirildikten ve çocuk hakkındaki bütün teminat tedbirlerine riayet olunduktan ve ezcümle duruşma yapılarak, küçüğün suçu işlediği kat'i surette ve bir hükümle taayyün eyledikten sonra, hükümlenmek icap eder. Kaldı ki sırf emniyet tedbirleri bakımından dahi, doktrinde, muayyen teminat tedbirlerine riayet olunması, muntazam bir usulü muhakeme takibi suretile bunların hüküm ve tatbik edilmesi lâzımgeldiği kabul olunmuştur. Bu itibarla metnini yukarıya nakleyemiş bulunduğumuz kararı çok musip ve yerinde telâkki ettiğimizi ifade etmeliyiz.

\*

*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 145 inci maddesinin tatbiki*

**YARGITAY KARARI**

I. «Memuriyet görevlerini kötüye kullanmak suretile irtikâpta buldukları iddiasıyla sanık polis memuru Fethi ve Salim'in beraetlerine dair hüküm C. Savcılığının temyizine binaen Yargıtay Hukuk dairesince incelenerek C. M. U. kanununun 145 inci maddesinde zabıta memurlarının Adliyeye müteallik vazife ve işlerde işledikleri suiistimal suçlarından dolayı mutlak surette C. Savcılığınca doğrudan doğruya takibat yapılması esası kabul edilmiş olup bu suretle Memurün muhakematı kanunu hükümlerine tâbi olmayan bahis mevzuu suçların 1609 sayılı kanunun şumulüne girmedikleri ve binaenaleyh davaya bakmak hususî mahkemenin görevi dışında olduğu gözetilmiyerek davanın hükme bağlanması yolsuz olduğundan bozulup iade edilmekle C. M. U. kanununun 154 üncü maddesinde bahsi geçen (suiistimal) tâbirinin Ceza kanununun 4 üncü faslındaki suçlar dışında kalan memur suçlarına taallûku olamayacağından dava mevzuunu teşkil eden irtikâp fiili mezkûr 154 üncü maddenin şumulüne dahil ve 1609 numaralı kanunun hükümleri dışında bulunduğu ve bu itibarla 4658 sayılı kanunun 67 nci maddesi gereğince işbu davaya bakmakta mahkemenin görevli olmadığına dair bozma sebebi varit görülmediğinden bahsile eski hükümde israra mütedair İstanbul İkinci toplu milli korunma mahkemesinden bu kere verilen 11/7/945 tarihli hükmün dahi temyizen incelenmesi C. Savcılığı tarafından süresinde verdiği dilekçe ile istenilmekle bu işe ait dosya başsavcılığın yolsuz bulunan ısrar kararının bozulmasını isteyen 28/7/945 tarihli tebliğnamesile birinci başkanlık dairesine gönderilmekle Ceza Genel Kurulunda okunup anlaşıldıktan sonra oluru düşünüldü:



Geçen yargılama sonuçlarına ve dosya arasındaki belgelere ve dayandığı gerekçelere göre ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla esasın incelenmesi için dosyanın hususî daireye verilmek üzere başsavcılığa geri çevrilmesine 19/11/945 gününde oy çokluğu ile karar verildi.» (Yargıtay Ceza Umumi Heyetinin 48 esas, 45 karar sayılı ve 19.XI. 1945 tarihli kararı).

II. «İrtikâptan sanık olup tutuk bulunan Abdullâtif Olgun ve Mehmet Dural haklarında yapılan yargılama sonunda; kaçakçılık işlerini takiple tavzif edilmiş bulunan adı geçen sanıklardan polis memuru Abdullâtif Olgun'un ayak ticareti yapan diğer sanık Mehmet Dural ile birlikte Gaziantep oteline giderek kaçak oyun kâğıdı bulunduğunu ve kanunî muamele yapacağını beyanla memurluk sıfatını kötüye kullanmak suretiye (56) adet oyun kâğıdı aldığı ve adı geçen Mehmet Dural'ın delâletile bunları satarak menfaat temin eylediği ve Mehmet Dural'ın da mumaileyhin bu fiilî işlemlerini teşvik ve faili asil gibi hareket ederek sanık Abdullâtifin fiiline iştirak eylediği anlaşılmış olduğundan bahisle bunlardan Abdullâtifin hareketine uyan Ceza kanununun 210/1 uncu maddesi gereğince bir sene hapsine ve üç ay muvakkaten memuriyetten mahrumiyetine ve diğer sanık Mehmedin de 64 üncü madde delâletile mezkûr 210 uncu madde gereğince bir sene hapsine ve üç ay muvakkaten memuriyetten mahrumiyetine ve mevkufiyet hallerinin devamına dair (İstanbul) ikinci toplu Milli Korunma Mahkemesinden verilen hüküm mahalli C. savcılığı ile Sanıklardan Abdullâtifin temyizi üzerine Yargıtay Hususî dairesince incelenerek; hâdisedeki irtikâp suçunun Milli Korunma kanuna taallük eden işlerle ilgili olmadığı ve Ceza M. U. Kanununun 154 üncü maddesinde Adliyeye müteallik işlerde işledikleri suiistimal suçlarından dolayı zabıta memurları hakkında mutlak surette C. Savcılığınca doğrudan doğruya takibat yapılması esası kabul edilmiş olup irtikâp suçları da memuriyet sıfatının suiistimalini tazammun etmesi itibarile suiistimal mefhumuna dahil ve mezkûr 154 üncü maddenin tayin ettiği takip usulüne tâbi bulunmasına göre de davanın 1609 sayılı kanunun şümulü haricinde kaldığı ve binaenaleyh davaya bakmak her iki bakımdan milli korunma mahkemesinin görevi dışında olduğu gözetilmeyerek davaya bakılması yolsuz olduğundan bahsile bozularak yerine geri gönderilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda: Eylemin mahiyeti itibariyle davaya bakılması Milli Korunma mahkemesinin yetkisi dahilinde bulunmuş olduğundan ve saireden bahisle eski hükümde ısrarı mutazammın yukarıda adı geçen mezkûr mahkemedan ahiren verilen 14/8/945 günlü hüküm dahi C. Savcılığı ile sanıklardan Abdullâtifin temyizi üzerine Ceza Genel Kurulunca incelenerek; ısrar kararı usul ve kanuna uygun bulunmuş olmakla

esasın incelenmesi için dosyanın hususî daireye verilmek üzere başsavcılığa geri verilmesine dair sadır olan 8/10/945 günlü kararın tashihi incelenmesi C. başsavcılığından istenilmesine mebni bu işe ait dava dosyası; sanıkların işledikleri suç yakaladıkları ve muameleye koymak zorunda buldukları kaçak iskambil kâğıtları dolayısıyla memuriyetine ait görevi kötüye kullanmak suretiyle irtikâpta bulunmaktan ibaret olup bu görevi de adli bir vazifenin ifasından başka bir şey değildir. Ceza muhakemeleri usulü kanununun 154 üncü maddesi mutlak olarak görevi kötüye kullanmak ve savsamak suçlarının hedef ittihaz etmemiş ve bu hususta 25/9/940 gün ve 24/81, 939 sayı ile takarrür eden inan belirtme kararında da vedaatine teslim edilen bir mahkûmu o sırada rakı aldırarak ve bir yerde beraber oturup içmek gibi aynı zamanda jandarma nizamınca meslekî disiplin cezasını da istilzam eden bazı mübalâtsizliklere meydan vermesi suretiyle mahkûmun kaçmasına sebebiyet verilmesi de adli vazifeden addedilmiş olmasına göre takip ile mükellef memurlardan olduğu ve bu suretle meydana çıkardığı bir kaçakçılık suçundan dolayı görevini kötüye kullanarak irtikâpta bulunan polis memurunun eylemi de bundan farklı bir şey değildir. Bu itibarla Ceza Usulünün 154 üncü maddesi sarahatine göre Memurun muhakematına tâbi bulunmamış ve bu suretle 1609 sayılı kanunun dışında kalmış ve Milli Korunma kanunu muvacehesinde görevi tayinde amaç değil, sıfat esas tutulmuş bulunmasına göre işin takip ve intacı milli korunma mahkemesinin görevi dışında kalacağı gözden uzak tutulması kararın düzeltilmesini mucip hallerden bulunmakla bu husustaki tasdika mütedair kararın kaldırılarak tashihi bir karar verilmesi isteğini havi 6/12/945 günlü tashihi karar dilekçesiyle birlikte Birinci Başkanlık dairesine gönderilmekle Ceza Genel Kurulunda okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Tashihi karar dilekçesinde yazılı sebepler yerinde olmakla tashihi istenilen tasdik kararının kaldırılmasına ve mahalli hükmünün hususî dairesinin bozma kararı dairesinde bozulmasına ve 500 kuruş temyiz bozma ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına ve depo edilen paranın geri verilmesine 7/1/946 gününde oy çokluğu ile karar verildi.» (Yargıtay Ceza Umumi Heyetinin 9015 esas ve 4 karar sayılı 7.I.1946 tarihli kararı).

Yukarıya Yargıtay Ceza Umumi Heyetinin Ceza muhakemeleri usulü kanununun 154 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasının tatbik suretine ait iki kararını nakleylemiş bulunuyoruz. Aynı mevzua taallük eden ve iki ay farkla verilmiş bulunan bu iki karar, aynı bir mevzu hakkında tamamile birbirinden ayrı hal tarzını ihtiva eylemektedir.

Gerçekten 154 üncü maddemizin 3 üncü fıkrası aynen şöyledir:

«Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen Adliyeye müteallik vazife veya işlerde suiistimal veyahut ihmâl ve terahileri görülen devlet memurları ile cumhuriyet müddeiumumiliğinin şifahi veya yazılı talep ve emirlerini yapmakta suiistimal veya terahileri görülen zabıta âmir ve memurları hakkında müddeiumumilikçe doğrudan doğruya takibatta bulunulur.»

Görülüyor ki, 154 üncü maddemiz zabıta âmir ve memurları hakkında bunların Adliyeye müteallik vazife ve işlerdeki suiistimal veyahut ihmâl ve terahilerini Memurin muhakemat kanunundan ve 1609 sayılı kanundan istisna eden bir hükmü ihtiva eylemektedir.

İşte, sözü geçen 154 üncü madde ve bunun tatbik şartını teşkil eden «suiistimal veyahut ihmâl ve terahi» fiilleri tâbiri ve bunların «Adliyeye müteallik vazife ve işlerde» olması keyfiyet ve ibaresi, son zamanlarda Milli Korunma kanununun tatbiki ve Milli Korunma mahkemelerinin salâhiyetleri bakımından önem almış bulunmaktadır. 154 üncü madde Milli Korunma kanununun 67 nci maddesine göre, Milli Korunma mahkemelerinin salâhiyetlerini tahdîd eden bir mahiyet arzylediğinden, maddenin 3 üncü fıkrasındaki «suiistimal veyahut ihmâl ve terahileri» tâbirinin muhtevasını tayin eylemek lâzımgelmektedir. İşte yukarıda metinlerini nakletmiş bulduğumuz ve I ve II numaralar altında gösterdiğimiz Yargıtay kararları arzylediğimiz muhtevayı birbirinin tam aksî olarak göstermeleri itibarile dikkati çekmektedirler:

I numara altında gösterdiğimiz Yargıtay kararına nazaran 154 üncü maddedeki suiistimal fiilleri tâbiri ancak Ceza kanununun ikinci kitabının 3 üncü babının 4 üncü faslındaki cürümlere taallük eder. Buna mukabil II numara altında göstermiş bulduğumuz Yargıtay kararına nazaran Ceza muhakemeleri usulü kanununun 154 üncü maddesinde mutlak olarak vazifeyi suiistimal ve ihmâl suçları kastedilmemiştir. Yani 154 üncü maddeden sadece Türk Ceza kanununun 228 - 240 nci maddelerinde tasrih edilen suçları anlamamak lâzımgelir.

Türk Ceza kanunu vazifeyi suiistimal ve ihmâl suçları konusunda, yeni İtalyan ceza kanunu müstesna, diğer garp kanunlarından farklı bir yol tutmuştur. Meselâ Fransız kanununa göre memurun vazifesini suiistimal eylemesi ancak muayyen fiilleri ika eylemiş bulunması halinde suç teşkil eder. Yani vazifeyi suiistimalin suç teşkil edebileceği halleri, daha doğrusu suç sayılan suiistimal hallerini kanun teker teker göstermiştir. Bunların dışındaki suiistimal halleri suç teşkil eylemez. Halbuki bizim ceza kanunumuz, - hususî suiistimal yahut ihmâl halleri diyebileceğimiz - muayyen fiil ve hareketlerin suç teşkil edeceğini ifade ve bunları tarif eylemekle beraber bir de umumî hüküm sevk ederek (240 nci

madde) bunlar dışında kalan suiistimal hallerini cezalandırmıştır; aynı yolu vazifeyi ihmal suçları bakımından da tutmuştur (230 uncu madde). (Bu hususta bakınız Sulhi Dönmezer: İki yeni yargıtay kararı dolayısıyla vazifeyi memuriyeti ihmal ve suiistimal suçları. Hukuk Fakültesi Mecmuası c. X).

İşte mesele bilhassa sözü geçen vaziyetten ileri gelmekte, 154 üncü maddedeki suiistimal ve ihmal tâbirlerinin Ceza kanununun ihtiva eylediği suçlar bakımından, geniş mânada mı yoksa dar mânada mı telâkkisi icap eylediği noktasında tereddüt edilmektedir.

154 üncü maddenin maksadı vaz'ı nazarı itibare alınacak olursa, suiistimal ve ihmal ve terahi tâbirlerini geniş mânada olarak telâkki eylemek iktiza ettiği ve bu ifadelerle umumî ve hususî bütün suiistimal ve ihmal hallerini anlamak lâzımgöleceği açıktır. Gerçekten, 154 üncü maddenin vaz'ındaki maksat, adli işlerin yürümesi ve yürütülmesi bakımından hiç bir gecikme ve ihmale sebebiyet vermeden tahkikatı süratle bitirmektir. Aynı zamanda adaletin tevziinde hiç bir şüpheye mahal bırakmamaktadır. Bu itibarla kanun koyucu, adli tahkikat muamelelerine tallük eden suiistimal ve ihmal hallerinde mümkün olduğu kadar enerjik davranmayı çok lüzumlu saymış bulunmaktadır. Esbabı mucibe bu olunca 154 üncü maddedeki suiistimal ve ihmal tâbirlerini geniş olarak ve umumî ve hususî suiistimal ve ihmal halerine şâmil surette kabul eylemek lâzımdır. Bu sebep dolayısıyla II numara altında gösterdiğimiz Yargıtay kararını çok daha yerinde telâkki etmekteyiz.

S. D.

\*\*\*

## B) HUSUSİ HUKUK

*Mülkiyeti muhafaza şartile satış*

ve

*Bilirkişi raporlarının takdiri*

M. K. m. 689, B. K. 106, Tic. K. 645, H. U. M. K. 240, 285

*I. Mülkiyeti muhafaza şartile mal satan, malın bedeli ödenmemesi sebebiyle akdi fesih ederek tam bir tazminat isteyebilmek için Borçlar kanununun 106 ve Ticaret kanununun 645 inci maddesi hükümlerine göre, hareket etmek zorundadır. Satıcı bu şıkki tercih etmezse, Medeni kanunun 689 uncu maddesi hükmüne göre ancak münasip kira ve eskime taz-*

*minatı alabilir. Tazminat ve kiranın top yekûn tutarı taksit bedellerinden daha az olmak gerektir. Çünkü akdi fesih eden satıcı «taksitlerin tutarından münasip kira karşılığı ve tazminat indirildikten sonra geri kalanını müşteriye geri vermesi kanun hükümleri ictizasındandır.»*

*II. Mahkeme bilirkişi raporlarını takdire mecburdur. Yeter gerekçeye istinat etmeyen bilirkişi raporları hükme esas tutulamaz. Asliye yargıcının bilirkişi raporuna dayanan hükmü Yargıtayca bu rapor kabule sayan görülmezse bozulur.*

*Münasip kira gibi takdirine bırakılan işlerde yargıç «VİCDANININ» emrine tâbi olur.*

### Yargıtay Ticaret Dairesi

7/3/1946, İleri Hukuk Dergisi 78

**Dava:** Davacı vekili, müvekkilinin davalılardan noter senedile 1450 liraya satın aldığı 36 modeli bir adet Ford makinesi için 980 lira teslimatı olduğu halde, davalı, şoför İlyası işgal ederek 10/5/1937 tarihine kadar hesabına çalıştırmış olduğundan geçen 161 gün için yevmiye 25 şer liradan 3220 lira ecri mislin tahsilini ve makinenin aynen iadesini ve davalı da dâvacı taksitle satın aldığı makine bedelinden bakiye kalan taksitleri gününde ödemiyerek 10/5/1937 tarihinde makineyi harap bir vaziyette geri vermiş olduğundan ve saireden bahisle borcun verilmediği tarihten makinenin geri verildiği tarihe kadar geçen 223 gün için günde 20 liradan 4460 liradan ödediği 960 liranın tenziliyle geri kalan 3480 lira ile makineyi Erzincan'da garajdan çıkarmak için verilen 200 lira ki cem'an 3670 liranın faizle beraber tahsilini istemiştir.

Sivas Hukuk Yargıçlığının son hükmü: Bozma kararına uyularak yapılan duruşma sonunda; dâvalının dâvacı zimmetinde yevmiye 15 lira hesabıyla 163 gün için kullanma ücreti olarak tahakkuk eden 2445 lira ile 400 lira yıpranma ücreti ki cem'an 2845 liradan dâvacıdan teslimatı olan 980 liranın tenziliyle geri kalan 1864 liranın dâvacıdan tahsiline ve 200 lira hakkındaki iddianın reddine karar verildiğini natıktır.

**Temyiz eden:** Dâvacı Bekir vekili avukat Ekrem Olgun.

**Temyiz kararı:** Dâvacının, kamyonu 163 gün kullandığı hakkındaki ikrarının dâva kâğıtlarından hangisinde yazılı olduğu kararda gösterilmemiştir. Esasen münasip kira karşılığının takdiri hususunda bunun gözönüne alınmasına da kanun bakımından lüzum yoktur. Müşteri ister kullanmış olsun, ister kullanmamış bulunsun satıcının münasip bir ücret istemeğe hakkı vardır. Satılan şeyin geri alınması halinde satıcının isteyebileceği şey, o şeyde kullanılmak yüzünden bir eskime vukua gel-

miş ise bu eskimeyi tazmin edecek miktarda bir para ile münasip bir kira karşılığında ibarettir. Satıcı bundan fazla bir şey isteyemez. Ve bundan fazla bir şey isteyebileceği hakkındaki şartları kanun hükümsüz symaktadır. Satıcı tam bir tazminat yani gerek müsbet, gerek menfi tazminatın hepsini istemeyi tercih ettiği takdirde Borçlar kanununun 106 ncı ve sonraki maddeleri ve Ticaret K. 645 m. si hükümleri dairesinde hareket etmek zorundadır. Gerek Borçlar kanununun 223 üncü, gerek Medeni K. 689 uncu maddeleri satıcının aldığı taksitleri kendisinde alıko-yarak malı geri almasına bile müsait değildir. Başka bir deyişle satıcı-nın, isteyeceği münasip kira ve eskime tazminatı almış olduğu taksit be-dellerini geçemeyeceği gibi ona müsavi bir para istemeye de hakkı yok-tur. İsteyebileceği para almış olduğu taksitlerin tutarından az olacaktır. Taksitlerin tutarından münasip kira karşılığı ve tazminat indirildikten sonra geri kalanını müşteriye geri vermesi kanunun hükümleri iktiza-sındandır. Eğer ödenmiş taksitler istenilen parayı kapatmıyor veya ona eşit bulunursa bu takdirde satıcı ancak bağıtı bozmaksızın kanunun çiz-diği çerçeve içinde zarar ve ziyanının tazminini isteyebilir. Yoksa Borç-lar kanununun 223 m. sine dayanarak hem malın geri verilmesini, hem de zararlarının tazminini isteyemez. Borçlar kanununun ve Medeni ka-nunun sözü geçen 223 ve 689 cu M. leri müşterileri korumak için bağıt serbestliği takyit edilmek suretiyle konulmuştur. Satıcının hem malı geri alıp, hem de tam bir tazminat isteyebileceğini kabul etmek kanunu, müşteriye zararlı şekilde yorumlamak olur. Esasen kanunun metni de yorumlanmaya muhtaç olmayacak kadar açıktır.

Eskimeden dolayı bir tazminata hüküm edilebilmek için de malın müşteri elinde eskimiş olması lâzımdır. Dâva edilenin dinlettiği şahitler kamyonun müşteriye teslim edildiği tarihteki hali ile geri alındığı tarih-teki hali hakkında bir bilgi vermemişlerdir. Bunu ispat için vaktiyle ya-pılmış bir zabıt varakası veya rapor gibi bir vesika da gösterilmemiştir. Bilirkişiler de kamyonu görmeden ve evvelki hali hakkında bilgi edinme-den eskime derecesini ve tazminatını takdire girişmişlerdir. Gerçi bu gibi motörlü arabaların ve sair makinelerin eskimelerini hesaplamak için tecrübe üzerine kurulmuş düsturlar yoktur denemez ise de bilirkişiler, raporlarında böyle bir düstura da dayanmamışlardır. Bu bakımlardan bilirkişilerin düşünceleri hükme esas tutulmaya elverişli değildir. Bilir-kişilerin kamyonun getireceği ücret hakkında verdikleri bilgi de bir öl-çüye dayanmamaktadır. Her halde kira getiren şeylerin getirebileceği geliri hesaplamak için de usuller düsturlar vardır. Bir usul altında olmu-yarak yapılan tahminler üzerine hüküm bina edilemez. Bir kamyonun %400 safi kâr getirebileceği hakkındaki tahminde ölçü yoktur. Ne emek ne sermaye esasına dayanılarak yapılacak bir tahmin bu neticeyi vere-

bilir. Mahkeme bilirkişilerin düşüncelerini iyi kötü demiyerek kabul etmek zorunda değildir. Bunların verdikleri bilgi akla mülâyim gelebilen usul ve düsturlar ve mantıkî delillerle izah olunabildiği ve vicdanı kandırdığı takdirde kabul olunabilir. Hâkim münasip kira karşılığını takdir işinde bilirkişilerin düşüncelerini de öğrenmek lüzumunu duymuş olsa bile bunların bildirecekleri miktarın münasipliğini yine kendi vicdanı ile ve kanunun çizdiği sınır içinde ölçerek vicdanının münasip gördüğü miktarı hükmedecektir. Böyle yapması kanun hükümleri iktizasındandır.

Bozma kararına uyulmuş olmasına göre yukarıda söylenen cihetler göz önünde tutularak işlem yapılmak ve dâva edilenin isteyebileceği münasip kira karşılığı ve eskime tazminatı takdir olunmak gerektiği halde usul ve kanun icaplarından olan bu cihetlerin hiçbirisi göz önüne alınmamıştır. Bu bakımlardan dâvacının bozma dileği Hukuk usulü M. K. 428 inci maddesine uygun ve yerinde olduğundan sözü geçen sebeplerden dolayı son hükmün de bu madde gereğince bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.)

I. Medenî kanunun 689 uncu maddesine göre, «taksitle mal satan kimse, mülkiyeti muhafaza mukavelesine istinat ile sattığı malın iadesini *ancak* almış olduğu taksitlerden malın, kullanmakla eskimesinden mütevellit tazminat ve münasip bir ücret miktarını tenzil ederek mütebakiyi geri vermek» şartıyla istiyebilir.

Medenî Kanun şerhimizde izah ettiğimiz veçhile, taksitle mal satın aldıktan sonra borçlarının mühim bir kısmını ödemişken tahmin ve hesap edemedikleri sebeplerle pek az kalan son taksiti veremeyecek duruma düşen borçlular çoktur. Taksitle mal satanlar ise borcun ödenmiş miktarını nazara almadan, velevki sonuncusu olsun bir taksit ödemediği takdirde akti fesh ederek bedele mahsuben aldıklarını da tazminat karşılığı sayarak iadeye mecbur olmaksızın, mallarını geri istiyebilecekleri şartını müşteriye kabul ettirmektedirler. Taksitle mal satın alanlar ileride düşebilecekleri kötü durumu hatırlarından geçirememeleri ve halen de büyük ihtiyaçları itibarile satıcının bu şartlarını kabule tereddüt göstermemektedirler. Kanun müşterinin tahmin harici düştüğü kötü ekonomik durumdan satıcının nispetsiz bir istifade sağlamasını ahlâka mugayir telâkki ettiği için yasak etmiştir. Bu hüküm, iradesi zayıf görünen müşteriye koruduğundan, kamu intizamındandır. Yargıtay kararında bu nokta üzerinde önemle durmaktadır.

Taksitle mal satanın akti fesh ettiği takdirde istiyebileceği tazminat miktarını tayin hayli zordur.

Yargıtay kararına göre, taksitle mal satan 689 uncu madde hükmü ile bağılı olmadan, Borçlar kanununun 106 ve Ticaret kanununun 645 inci maddeleri hükümlerine tevfi kan müspet ve menfi bütün zararlarının tazminini istiyebilir. Yani, müşteriye borcunu ödemesi için uygun bir mühlet verir, o bu müddette akti icra ederse yalnız akdin geç icras, sebebi ile münasip bir tazminat ister. Müşteri kendine verilen uygun sürede akti icra etmezse satan akti fesh ederek maruz kaldığı zararları ve mahrum kaldığı kârı ona tazmin ettirebilir. Fakat, pratikte, satılan mal bedelinde satıcının kârı dahil ve alacak bir paradan da ibaret bulunduğu için istenilebilecek tazminat aşağı yukarı yılda yüzde beş kanunî faizdir. Fevkalâde olarak alacaklı sattığı malın bedelini vaktinde alamaması sebebi ile, meselâ büyük bir fırsatı kaçırmak suretile önemli bir zarara uğradığını ispat edebilirse bu zararı müşteriye tazmin ettirebilecektir.

Yargıtaya göre, satıcı Borçlar kanununun hükümleri dairesinde hareket etmek isterse sattığı mal üzerinde aynı hak iddia edemez. Bu malı aynen almak isterse 689 uncu madde hükümleri dairesinde evvelâ aldığı taksitleri iade etmelidir. Bu taksitlerden ancak eskime payı ile münasip bir kirayı tenzil eder. Yargıtaya göre, tenzil edilecek miktar satıcının «almış olduğu taksit bedellerini geçmiyeceği gibi, ona müsavi» de olamayıp, «taksitlerin tutarından az olacaktır, eğer ödenmiş taksitler istenen parayı kapatmıyorsa veya ona eşit bulunuyorsa bu takdirde satıcı ancak bağıtı bozmaksızın kanunun tayin ettiği çerçeve içinde zarar ve ziyanının tazminini istiyebilir. Yoksa Borçlar kanununun 223 üncü maddesine dayanarak hem malın geri verilmesini, hem de zararların tazminini isteyemez. ... Satıcının hem malı geri alıp, hem de tam bir tazminat istiyebileceğini kabul etmek kanunu müşteriye karşı zararlı şekilde yorumlamak olur.» Zaten, Yargıtaya göre, kanunun metni yorumlamaya muhtaç olmayacak derecede açıktır.

Yargıtaya göre, malın eskimesinden dolayı müşteri hakkında tazminata hükmedilebilmek için malın müşteri elinde eskimış olduğu da ispat edilmek gerektir.

Yargıtayın gerekçeleri kuvvetli ve İsviçre federal mahkemesinin 4 şubat 1936 tarihli içtihadına uygundur. Fakat Federal daha sonraki bir kararında görüş noktasını değiştirdi. 8 aralık 1942 JdT. 150, 1943.

Federal mahkemenin her iki kararı *Türk kanunu medenisi şerhi-mizde* 1946 tabı m. 689, no. 7 analiz ederek mütalâalarımızı beyan ettik.

II. Ehli vukuf mütalâasının ilmi değeri üzerinde çok yazdık. Muhtelif sebeplerle ehli vukuf mütalâalarının hatâlı olabileceğini anlattık. *Teorik ve pratik adliye hukuku ispat teorisi* kitabımızda, büyük bir Fransız doktorunun mütalâasına atfen adli ekzpertizlerin Fransada olduğu kadar,



Türkiyede de iflâsını kabul zoru bulunduğunu, ve herhalde adli hatâların başlıca âmili ekspertize verilen kıymet olduğunu tebarüz ettirdik.

Modern kanunlar, bütün kozmik, fizik, biolojik, psikolojik ve sosyolojik münasebetlerde tam kat'iyet olmadığını, bu münasebetlerin bazan insanların fiili, bazan görünmez hâkim bir kuvvetin tesiri yahut fennin henüz aydınlatamadığı tabii şartlar neticesi değiştiğini veyahut tayin edilen eksperlerin ilmin son verimlerini şahsen bilmedikleri halde biliyormuş gibi hareket ettiklerini, tetkikatlarında az çok ihmal ve lâkaydi ile hareket edebileceklerini, hattâ bir tarafı iltizam ve suiistimalle kanaatleri dışında mütalâa beyan edebileceklerini göz önünde tutarak yargıçlara onların raporlarını takdir için geniş yetkiler vermeye lüzum görmüşlerdir. Ehlivukuf raporlarının yanlış hükümlere yer vermemesi için kanunların ciddi tedbirler alması gerektir. *İleri Hukuk Dergisi* haziran 1946 sayısındaki makalemiz.

Bilirkişi raporlarında samimiyeti en ziyade temin eden mühim bir esas raporlarını ciddi gerekçelere istinat ettirmeleridir. H. U. M. K. m. ... taraflara bilirkişilerin boş sözlerle tomturaklı ifadelerle söyledikleri mânasız müphem formül kabilinden gerekçelerini açıklamaları için onları mahkeme önünde sorguya çekerek kanaatlerinin esasını münakaşa edebilmek yetkisini vermiştir. Yargıçlar ancak eksperler ile taraflar arasında karşılıklı sual ve cevapları bilirkişi kanaatının esiri olmadan incelemek suretile imkân varsa hakikate ulaşabilirler. Karşılıklı münakaşaya tâbi tutulmayan ve ciddi gerekçeye istinat etmeyen bilirkişi raporunun hiçbir kıymeti olmaz.

Maalesef, Yargıtay şimdiye kadar ehlivukuf raporlarını, hatâları, suiistimalleri gizliyecek formül kabilinden ve hiç de ciddi olmıyan gerekçelerine kıymet vererek hükümlerine esas tutmakta idi. Bu mecmuanın evvelki nüshalarında analiz ettiğimiz bir kararında, Yargıtay ehlivukufun yıllarca evvel topraktan çıkarılmış bir vazonun çıkarıldığı tarih hakkında akıldan söylediği mütalâaya kıymet vererek bu hususta şahidin sözüne itimadın *kanuna aykırı* bulunduğunu kabul etmiştir. Şahitler, vazonun muayyen bir zamandanberi davalı tarafından miras tarikile malikiyet iddiasile tasarruf edilmekte bulunduğunu söylemişlerdi. Bu şahitlerin yalan söylemeleri büyük bir ihtimal içinde idi. Fakat, Yargıtay şahadetin takdiri kendisine ait bulunduğunu ileri sürerek müdafaayı reddedecek yerde ehlivukuf raporu ile sabit addedilen bir hakikatin aksi şahitle ispat edilmesi kanuna aykırı olduğu için hükmü bozmuştur. Halbuki, bilirkişilerin büyük hatâları, büyük gafları samimiyetinden şüphe edilmeyen, kanaat telkin eden şahitlerin şahadetile anlaşılır. Zaten fennin esas şahitlerin şahadetine dayanan tecrübe değil midir?

Yargıç bilirkişiden alacağı raporla aydınlanacak, fakat, onun çocu-

ğu bile kandıramıyan formül kabilinden gerekçelerile değil, bu gerekçelerden, ve dosya mündericâtından alacağı ilham üzerine kanaatle hüküm verecektir. Yargıç bilirkişinin gösterdiği makul gerekçe ile onun varlığı netice birbirini tutmazsa gerekçeye göre neticeyi de kendisi tayin edebilecektir. Yargıç ehliyyukufun karşılıklı sual ve cevabından alacağı intibai da hükmüne esas tutar. «Efkârın çarpışması çok kere hakikat şimşegini çaktırır.»

Yargıtay Ticaret dairesi analiz ettiğimiz kararında, çok dikkate şayan, ve müfadi kesin gerekçelerile bu teamülleri terketmiş oluyor. Yargıtayın esbabı mucibeleri üzerinde durmak, ona bir şey eklemek belâgatini azaltacaktır. Biz, yalnız Yargıtay Ticaret Dairesinin bu kararının bir prensip kararı olarak bütün dairelerce kabul edilmesini ve bilhassa bu içtihatla sebat suretile adli hayatta yeni bir teamülün teessüs etmesini temenni edelim.

### III. Delillerin nihai takdiri asliye hâkimine mi, Yargıtaya mı aittir?

Hukuk muhakeme usulü hakkında yazdığımız şerhte ve makalelerde H. U. M. kanununun 428 inci maddesine göre takdiri meselelerde hatânın nakız sebebi olduğu noktasından yürüyerek, ilk yargıçların delilleri yanlış takdir ile verdikleri kararların bozulabileceğini mütalâa ettik.

Hukuk usulü muhakemelerinin bu hükmü istinaf mahkemeierinin ilgasının zarurî bir neticesi olarak kabul edilmiştir. İlk yargıçlar henüz aydınlanmamış mesele hakkında tetkikat yaptıkları için ister istemez bir çok maddî hatâlara düşerler. Tek yargıçların hatâları ise nispeten daha fazladır. Bu hatâların tashihi için bir yol bulunmak zarureti vardır. Bir taraf yargıcın hatâsını gerekçe göstererek bağırırken, mademki bir hüküm vardır gerçek başka türlü olamaz diye onu dinlememek şekli hakikati asıl hakikate üstün tutmak olacaktır ki, bugünkü yargılama usullerinin kabul ettikleri amaçla telif edilemez.

Yargıtay muhtelif dairelerinin kararları arasında delillerin son takdiri meselesinde bir ittirat görülmemektedir. Bazan, Yargıtay, delillerin tetkikinde şu veya bu noktanın nazara alınmaması sebebiyle hükmü bozmakta, bazan da Usulün 240 ncı maddesine istinat ile delillerin takdiri asliye mahkemesine aittir diye kararları tastik etmektedir. Halbuki, 240 ncı madde delillerin takdiri asliye mahkemesine ait olduğunu değil, bunları tetkik edecek hâkime ait olduğunu tazammun eder. Bir yargıç ister ilk olarak, ister son olarak tetkik etsin delilleri takdir eder. Bu madde, yargıçların muayyen delil ile bağlı olmadığını ifade için sevk edilmiştir.

Yargıtay ticaret dairesi analiz ettiğimiz kararla delillerin son takdirinin Yargıtaya ait olduğunu kabul etmiş bulunuyor. Yargıtay bu

kararında bilirkişilerin ileri sürdükleri gerekçeleri bir kere daha analiz ederek ilk yargıçlarının takdiratına iştirak etmediği için bu raporlarına istinaden verdikleri kararı bozmuştur.

#### Avukat ücreti

Avukatlı k. m. 128, 131, 132, 134

Yargıtay Dördüncü hukuk dairesi 27/10/1945, Karar 3895.

1 — *Boşanma davasını takip için tayin edilen avukat, sulh teşebbüsü için müracaattan sonra, tarafların barışma ile davayı düşürmeleri halinde ancak yaptığı usulî muameleler için asgarî ücret tarifesine göre ücretini alabilir.*

2 — *Boşanma davasını açmak için ilk önce hasmı sulh yargıcına davet lâzım olup «davet etmedikçe dava mesmu» değildir.*

3 — *Taraflar davadan ne vakit sulh olmuş sayılırlar? Yazılı mukavele olmadığı hallerde de sulh olan taraflar avukat ücretinden müteselsilen sorumlu mudurlar?*

Dava olunanlardan N. G. karısı G. ile boşanma ve Burdurda açılacak senet iptali davaları için 500 lira üzerinden mutabık kalarak kendisini umumî vekil tayin etmiş ve bunun üzerine karısının eşyalarını kaçırmaması için hastahane başhekimliğine müracaatta bulunduğu gibi sulh teşebbüsünün icrası emrinde sulh hukuk mahkemesine dava açarak gün kodurmuş ise de; bu oturma N. G. nin gelmemesi hasebile dava müracaata kalmış ve sonradan karı ile kocanın barıştıklarını öğrenmiş ve peşinen verilen 150 lira geri istenilmekte bulunmuş olduğundan Avukatlık kanununun 133 üncü maddesi gereğince taraflar arasında sulh vuku bulunduğundan bakiye 350 lira vekâlet ücretinin dava olunanlardan müteselsilen tahsili isteminden ibarettir.

Karar: Dava olunanlardan N. G. tarafından sulh hukuk mahkemesine davacı aleyhine açılan vekâlet ücretine mahsuben peşinen verilmiş olan yüz elli liranın istirdadı hakkındaki davaya karşı davacı Kemal tarafından aynı işten dolayı 350 liralık alacak davası açılmış ve karşılıklı davanın miktarına göre vazifesizlik kararile dosyası mahkemeye tevdi edilmiş olmakla birleştirilerek yapılan yargılaması sonunda: Davacının iddiası veçhile dava olunan N. G. le aralarında vekâlet akti yaptıkları anlaşılacağı gibi kanunun taraflar arasında sulh vuku bulunduğu takdirde tarafların müteselsilen vekâlet ücretini öderler tâbirinin muhtevası olan sulhun da burada mevcut olmadığı, zira sulh diyince bu tâbirden

kanunun yazılı olarak yargıç ve hakem huzurunda tarafların anlaşmalarını kastettiğinden ve aynı zamanda taraflar arasında vekâlet ücretine dair yazılı bir sözleşme de mevcut olmadığından davacının 350 lira alacak hakkındaki davasının reddine, karşılıklı davaya gelince, N. G. nin davacı K. N. le karısı ile boşanmak için şifahen görüşüp sulh teşebbüsü dilekçesini yazdırdığı ve peşin olarak 150 lira verdiği tarafların kabul ve ikrarile anlaşılması olduğundan Avukatlık ücreti tarifesi gereğince şifahi görüşmeden dolayı iki lira ve sulh teşebbüsü dilekçesi için takdiren 825 kuruş ki ceman on lira 25 kuruşun davacının aldığı ikrar eylediği 150 liradan indirilerek geri kalan yüz otuz dokuz lira 75 kuruşun avukat K. N. den alınarak karşılıklı davacı N. G. e verilmesine karar verilmiştir.

#### Temyiz kararı:

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü: Avukatlık kanununun 133 üncü maddesinde, sulh vukuunda tarafların vekâlet ücretini müteselsilen ödemeye mecbur oldukları yazılı ise de; dava olunanlar arasında açılacak bir boşanma davasını takip için davacının tevkil edeceği bir boşanma davasını açmak için ilk önce hasmı sulh yargıç huzuruna davet etmek lâzım olup davet etmedikçe dava mesmu bulunmamış olduğuna göre sözü geçen 133 üncü maddenin boşanma işlerindeki sulhlere şumulü bulunmamış olduğundan dava olunanların vekâlet ücretile sorumluluğunda olduğu gibi mukabil davanın miktarı üç yüz liradan fazla olduğundan ötürü sulh mahkemesince 4/2/1944 tarihinde davanın reddine karar verildiği ve aynı tarihte asliye mahkemesine dava açıldığı dosya içerisinde bulunan sulh mahkemesi duruşma tutanağı ile asliye mahkemesine verilen dava dilekçesinden anlaşılması ve binaenaleyh dava; süresi içinde açılmış olduğundan yerinde görülmiyen temyiz itirazlarının reddile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA ve aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenden alınmasına 27/10/1945 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Avukatlık kanuna göre, ücret mukavelesi yazılı şekle tâbidir. m. 128. Yazılı ücret mukavelesi yoksa avukat yaptığı iş için tarife ile tayin edilen asgarî ücreti istiyebilir. m. 131. Avukatlık kanununun 132 ci maddesine göre, dava uzlaşma ile bitirildiği takdirde taraflar avukat ücretinden müteselsilen mesuldürler. Avukatını azil veya davasını diğer bir avukata tevdi eden taraf da avukatına tamam ücretini vermeğe mecburdur.

Fakat, haksızlığını anhyarak davasından feragat veya hasmının iddiasını kabul eden taraf da avukatının tmam ücretini vermeğe mecbur mudur?

Avukatın mukavelede yazılı şarta istinatla ücret istiyebileceği tâbidir. Fakat avukat yazılı mukavelesi yoksa, müekkilinin davadan feragatı veya davayı kabulü halinde dava olunan miktar üzerinden dava bitmiş gibi tam ücret mi, yoksa yalnız yaptığı usulî muameleler için muayyen ücreti mi istiyebileceği meseledir. Avukatlık kanunu asgarî ücret tarifesini makul esaslarla tanzim etmediğinden mesele pratik bakımdan fevkalâde bir önemi haizdir. Meselâ, 500.000 liralık bir davada avukat bütün maharetini kullanarak ve işin gerektirdiği derin incelemelerden sonra bir istida ve lâyiha yazdığı takdirde halen mer'î bulunan ücret tarifesine göre en çok konsültasyon için on, yirmi sahifelik bir lâyiha tanzimi için de, on lira gibi sadece bir daktilo ücretinin yarısını alır. Halbuki, bir davanın yeter derece kuvvetli gerekçelere istinat ettirilmesi hasmın davayı kabul etmesinde âmil olabilir. Avukat için oturmada müdafaa işin plânını hazırlamaya nazaran daha çok kolaydır. Birinci, veya ikinci durumda hattâ lâyihayı mahkemeye getiren genç avukat bu lâyihayı tekrar ediyorum der ve bunun üzerine karar verilirse o sırf mahkemeye geldiği için hüküm verildiği takdirde yine tarifeye göre 5000 liradan fazla bir ücret istiyebilir. Aradaki nispetsizlik açıktır.

Avukatlık kanununun, istifa eden avukatı aldığı ücreti iadeye, vekilini azleden müekkili avukatına tam ücretini vermeğe mecbur eden hükümleri hiç te adalete uymaz. Çünkü, avukatın istifası, müekkilin vekilini azledebilmesi, takyit edilemeyen bir tabii ve medeni haktır. Doğrusu, azil ve istifa halinde yargıç o vakte kadar yapılan işin eheramiyeti ve davanın muvaffakiyet ihtimallerini nazarı dikkate alarak avukat ücretini tayin etmesidir.

Yargıtay analiz ettiğimiz kararında, boşanma davalarının uzlaşma teşebbüsüne tâbi olduğu noktasından yürüyerek bu davadan feragat edilmesi halinde yalnız muayyen usulî muamele için asgarî tarife ile muayyen ücretin alınabileceğine ve binaenaleyh, peşinen alınmış olan ücretin bu miktarı mahsup edildikten sonra iadesi gerektiğine karar vermiştir.

Bu hüküm yazılı ücret mukavelesinde davadan feragat halinde tam ücret verileceği şartı bulunması halinde de tatbik olunabilecek midir? Karardan bu ciheti açıkça anlamak kabil değildir. Bizce mukaveleye konacak bu şart haksızlığını anlıyan tarafın davasında sebatını istilzam etmesi itibarile ahlâka aykırı olup hükümsüzdür. Yargıtaya göre sulh teşebbüsü olmadıkça boşanma davası dinlenemez.

Yargıtayın Avukatlık kanununun lojik olmıyan hükmünü dar tefsir ederek, dava başlamadan evvel tarafların uzlaşma ile davayı önemeleri halinde avukata tam ücret verilemeyeceğini kabul eden kararı makuldür. Yargıçlar kanunların haksız, adaletsiz hükümlerini düzeltmekle, bu suretle ruhunu metnine tercihle yükümlüdürler. Şüphesiz, yargıç kanun

mekanizmasını düzeltmeye izinli değildir. Fakat, bu mekanizmanın gayeyi aksatmamasına dikkate mecburdur. Türk kanunu medenisi şerhimiz 1945 tabı m. 1 no. 8 Teorik ve pratik adliye hukuku kitabımızın önsöz.

Yargıtayın gerekçesi bazı mülâhazaları icap ettirir:

a) Boşanma davasında sulh teşebbüsü davanın kabulünün kat'i şartı sayılamaz. Bu teşebbüsün yapılmadığı ancak iptidai bir itiraz olarak ileri sürülebilir. Mahkemece resen nazara alınamaz, Davacı isterse sulh mahkemesine gitmemek suretille teşebbüsü akim bırakarak doğrudan doğruya boşanma davası da açabilir.

b) Asliye mahkemesi kararında, avukatlık kanunu anlamında, uzlaşma ancak mahkeme veya hakem önünde tarafların yazı ile aralarında davaya netice vermeleri olduğunu kabul etmesi Avukatlık Kanununun pek sakat bir hükmünü düzeltmesi itibarıyla makuldür. Dava başlamadıkça ondan sulh bahis konusu olmayacağına dair görüşü de makuldür. Hasminin avukatı ile temas etmiyen taraf onun ücretinden sorumlu olamaz. Yargıtay asliye mahkemesinin bu gerekçesine açıkça dokunmaması itibarıyla zımnen onu kabul etmiştir.

c) Avukat, işin takibini üzerine alarak ücretini tespit ettiği, asgari tarifeye göre, istida yazmasını kabul etmediği açık olunca, işten vazgeçilmesi halinde yargıcın tarife ile her muamele için muayyen ücreti değil, kararlaştırılmış ücrete göre o vakte kadar yapılmış olan muameleler ve onun sulh teşebbüsünün muvaffakiyetinde tesiri olup olmadığını nazarı dikkate alarak âdilâne bir miktara hüküm vermesi gerekti. Avukatlık kanunu izah ettiğimiz hali bahis konusu etmemiştir; bu kanunun yalnız bir işi mahkemede takibi üzerine almada yazılacak lâyhaları ve sözlü konsültasyonları kastedtiği muhakkaktır. Kanunun eksik bıraktığı noktalarda yargıç hüsnüniyet kaidelerinin lüzumlu kıldığı miktar ücrete hüküm vermek lâzımdır.

*Tatil günlerinde tebligat*

H. U. M. K. m. 81 176

*Tatil günlerinde tebligatı caiz addeden Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 81 inci maddesi 2606 sayılı kanun ile değiştirilmemiştir.*

**Yargıtay tevhibi içtihat kararı 16/1/1946**

23/5/1934 tarihli Resmî Gazete ile yayınlanan 14/2/1934 tarih ve 49/2 sayılı tevhibi içtihat kararının Hukuk usulü muhakemeleri kanununun tadiline dair olan 2606 sayılı kanun ile 176. maddenin değiştiril-

mesinden sonra dahi cari ve tatbiki lâzım olup olmadığı hususunda Yargıtay ticaret dairesinin 23/3/1942 tarih ve 41 - 2451/861 sayılı ifâmına aykırı bir çoğunluk meydana gelmiş olduğundan aykırılığın tevhidî içtihat yolu ile halli Ticaret dairesi başkanlığının 17/7/1944 gün ve 95 sayılı tezkerelerile istenilmesine mebni toplanan tevhidî içtihat genel kurulunda keyfiyet müzakere edilerek sonunda:

Tartışmaların sonunda oyların üçte ikisini geçen bir çoğunlukla aşağıdaki karara varıldı:

Mahkemelerin tatili süresince yapılabilecek ve yapılamıyacak olan işlerin içtihadı birleştirme yolundaki genel sayılı kanunun 176 ncı maddesile 2606 sayılı kanunun aynı maddesi arasında bir fark yoktur. Maddede yapılan değişiklik başka konulardadır. Onun için maddenin metni değiştirilmeden önce verilmiş olan karar bugün de yürürlükte bulunmaktadır. Kararın esası aynı kanunun hiç bir değişiklik geçirmiyen 81 inci maddesinin tatil günlerinde aleyhine muamele yapılacak kimsenin muvafakati olmaksızın yapılamıyacak olan işlerden tebliğ işlerinin müstesna tutulmuş olmasıdır. Kanuni tatil günlerinde yapılabileceği bu suretle anlaşılınan tebliğ işleri mahkemelerin tatili zamanında da yapılabilmelidir. Usul kanunumuzun tebliğ işlerini diğer muamelelerden bu suretle ayırması, memleketimizin âdet ve ihtiyaçlarını göz önünde tutmuş olmasından ileri gelmiştir. Yasakoyanın bu düşüncesi 176 ncı madde değiştirilmeden önce de, değiştikten sonra da doğru ve memleketimizin âdet ve ihtiyaçlarına uygundur. Aksini düşünmek kanunun hiç bir resmî muameleye müsaade etmediği pazar ve diğer tatil günlerinde yapılmasını caiz gördüğü bir işin nöbetçi mahkemelerce bazı davaların bile görüldüğü bir zamanda yapılmasına müsaade etmediğini kabul etmek olur. Bu ise kanunda prensip ve mantık bakımından bir aykırılık ve ahenksizlik bulunduğu ihtimal vermek demektir. Prensip birliği bakımından da kanunun 81 inci maddesinde kabul edilmiş olan istisna, tebliğ işlerini her türlü tatil günlerinde muteber saymayı icap ettirir. 176 ncı maddede yapılamıyacağı gösterilen muamele veya işler arasında tebliğ işlerinin yeri olmadığı, yani tebliğ muamelelerinin tatil zamanlarında da muteber olarak yapılabileceği bu suretle anlaşılmaktadır.

Yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 14/2/1934 tarih ve 49/2 sayılı tevhidî içtihat kararına Yargıtay dairelerince bugün de uyulmak gereklidir.

Yargıtay tevhidî içtihat kararında tebarüz ettirildiği gibi, Türk hukuku usulü muhakemeleri kanunu tatil günlerinde tebligat yapılmasını prensip itibarıyla kabul etmektedir. Teoriye uymıyan bu esas pratik bazı mülâhazalarla kabul olunmuştur. Umumî tatil günlerinde yapılması caiz

olan bir usulî muamelenin adliye tatilinde evleviyetle yapılabilmesi tabiidir. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 176 ncı maddesinde bu kanunun 81 inci maddesinde bahis mevzuu olan sakat bir hükmün bilvesile tashih ve tadili düşünülmediği muhakkaktır. Eğer düşünölmüş olsaydı, doğrudan doğruya 81 inci madde tadil edilerek tatil günlerinde tebligat yapılamıyacağı prensibi kabul edilirdi.

M. R. B.

*Ölmüş Padişahlar adına Tapuda kayıtlı gayrimenkullerin verese ye intikali*

Yargıtay Tevhidi içtihat Genel kurulunun 6/2/1946 gün ve 15 E. 4 K. sayılı kararı.

1) — **Hâdise:** İkinci Abdülhamit, zamanı saltanatında bir takım gayrimenkulleri kendi namına Tapuya teşçil ettirmişti. 1917 yılında ölmesi üzerine bu malların tapu kayıtları olduğu gibi kalmıştı. 1933 yılında İkinci Abdülhamid'in zevceleri Tapuya müracaat ediyorlar ve varislik sıfatlarını ileri sürerek hisselerinin teşçilini talep ediyorlar. Tapu tescili yapmıyor. Bunun üzerine varisler asliye mahkemesinde dava açıyorlar. Asliye mahkemesi 19/9/1934 de verdiği kararda teşçile mâni bir sebep görmiyerek tescilin icrasının lâzım geldiğine hükmediyor. Fakat hazine, 431 sayılı kanunun sekizinci maddesini ileri sürerek kararı temyiz ediyor. Hazinesinin mevzuu bahsettiği 431 sayılı kanun, hilâfetin ilgasına ve hanedanı Aliosmaninin Türkiye cumhuriyeti hudutları haricine çıkarılmasına dair kanundur ve sekizinci maddesi: «*Osmanlı imparatorluğunda padişahlık etmiş kimselerin Türkiye Cumhuriyeti arazisi dahilindeki Tapuya merbut emvali gayrimenkuleleri millete intikal etmiştir.*» demektedir.

Meseleyi inceliyen Yargıtay birinci hukuk dairesi, İkinci Abdülhamid'in şahsî emvalinden olan ve ölümü ânında bu vasfı muhafaza eden malların varislere intikalini meneder bir durum görmiyerek ve 431 sayılı kanunun sekizinci maddesinin şahsî emvale şümülü olamayacağı mütalâasile hazinenin iddiasını red ve asliye mahkemesinin, intikalin lâzım geldiği yolundaki kararını tasdik ediyor (16/2/1935).

Bir müddet sonra, aynı davacılar, hisseleri olduğuna muttali oldukları bir diğer gayrimenkulün namlarına teşçili için tekrar bir dava açmak zorunda kalıyorlar. Bu defa asliye mahkemesi, padişahların zamanı saltanatlarında iktisap eyledikleri emlakın, emlakî hususiye değil, em-



lâki şahane olduğuna, binaenaleyh hazineye intikalleri lâzım geldiğine ve varislerin hiç bir iddiada bulunamayacağına karar veriyor.

Asliye kararını davacılar temyiz ediyor. Yargıtay birinci hukuk dairesi yukarıda zikrettiğimiz 431 sayılı kanunun 8 inci maddesini hâdiseye kabili tatbik bularak asliye kararını tasdik ediyor (7/12/1944).

Davacılar tashihi karar yoluna baş vuruyorlar, fakat tashih talebinin kabulü için ekseriyet hasil olmuyor. Birinci hukuk dairesi başkanlığı evvelki kararlar son karar arasındaki mübayenetin, içtihadın birleştirilmesi suretile hallini birinci Başkanlıktan istiyor ve Başkanlıkta talebi tevhidî içtihat gündemine ithal ediyor. Genel Kurul, içtihat ihtilâfı bulunduğuna ve bunun birleştirilmesi lâzım geldiğine ekseriyetle karar verdikten sonra şu karara varıyor:

2) — **Karar:** «Hilâfetin ilgasına ve Hanedanı Osmanının Türkiye Cumhuriyeti memaliki haricine çıkarılmasına dair olan 431 numaralı kanunun (Osmanlı imparatorluğunda padişahlık etmiş kimselerin tapuya merbut emvali gayrimenkuleleri millete intikal etmiştir) hükmünü ihtiva eden 8 inci maddesini bu kanunun yürürlüğe konmasından evvel ölmüş padişahların hayatlarında tapuya bağlı ve şahıslarına ait olan gayrimenkullere teşmil etmeğe imkân yoktur. Çünkü gerek eski gerek yeni hükümlere göre bir kimsenin ölümüyle menkul veya adına tapuya bağlı gayrimenkul malları varislerine ve intikal hakkına malik olanlarına geçer ve tapuca intikal muamelesinin yapılmış olup olmaması mülkiyetin intikalinde hiç bir tesiri haiz olamaz. Bu itibarla ihtilâfın konusunu teşkil eden davalarda, İkinci Abdülhamid'in 1333 - 1917 senesinde ölümüyle şahsına ait tapulu gayrimenkulleri ölümü anında mirasçılarının malı olmuş ve Abdülhamid'in mülkünden çıkmış bulunduğu için bu kabil gayrimenkullerin Abdülhamide nisbetini iddiaya imkân mülâhaza edilemez. Mallar; ölümüyle, ölünün mülkiyetinden çıkacağına göre madde hükmünün bu kanunun çıktığı zamanda sağ olan padişahın tapulu gayrimenkul mallarına şâmil olduğu şüphesizdir. Esasen dosya içinde noterlikçe tasdikli örnekleri bulunan 17/11/1930 ve 2/8/1931 tarihlerini ve 15247 ve 11551 numaralarını taşıyan Vekiller Heyeti kararlarında: Abdülhamid'in kendi nakdi ile aldığı tapulu gayrimenkullerinin veresesine intikal edeceği kabul olunmak suretile sözü geçen maddenin neşrinden evvel ölmüş padişahlara şümulü olmadığı açıklanmış bulunmaktadır. Bundan ötürü Yargıtay birinci hukuk dairesinin ilk kararı, kanunun ruhuna muvafık olduğuna ve sözü geçen kanunun neşrinden evvel ölmüş padişahlardan vereselerine intikal etmiş bulunan gayrimenkullere şümulü olmadığına Kurul mevcudunun üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile 6/2/1946 tarihinde karar verildi.»

3) — **Kararın tahlili:** Asliye Mahkemesinin, Yargıtay birinci hukuk dairesinin ve en son olarak da Yargıtay Genel Kurulunun tahlil konusu yaptıkları kanun, malûm olduğu üzere 2 mart 1924 de Halk Partisi grunda 10 saati aşan bir konuşma mevzuu olduktan sonra Şeyh Safvet efendinin teklifi olarak 2 mart günü Büyük Millet Meclisine getirilmiş ve aynı gün Büyük Meclis tarafından kabul olunmuştur. «Hilâfetin ilgasına ve hanedanı Aliosmaninin Türkiye Cumhuriyeti memaliki haricine çıkarılmasına dair» olan bu kanunun hükümleri gereğince, 4 mart 1923 günü mahlû halife Abdülmecid ve ailesi ve müteakip günlerde de «Osmanlı saltanatı münderisesi hanedanının erkek, kadın bilcümle âzası» hudutlarımız haricine çıkarılmışlardır. Kanunun tasrih etmediği kimse ler ve bu meyanda ölmüş eski padişahların ve ezcümle İkinci Abdülhamid'in zevceleri Türkiyede kalmışlardır. Cumhuriyetin onuncu yılında çıkan af kanunlarının memlekete getirdikleri yeni havanın tesirile bu tarihe kadar eski hanedan ailesinin varisi sıfatını açığa vurmaktan çekinen İkinci Hamidin zevceleri, fakru zaruretlerinin de tesirile, zevceleri müteveffa padişahdan hisselerine bir şey isabet edip etmiyeceği yolunda yaptıkları araştırmalar sonunda bir kısım gayrimenkullerin Abdülhamid uhdesinde tapuda mukayyet olduğunu görerek namlarına teşçilini tapudan istemişler ve yukarıda işaret ettiğimiz gibi mesele asliye mahkemesine intikal edince, mahkeme teşçile mâni bir sebep görmiyerek teşçili emretmiş ve Yargıtay da kararı tasdik etmiştir. Asliye mahkemesinin ve birinci hukuk dairesinin ilk kararları intikal ve teşçil talebini uygun buldukları halde daha sonra buna cevaz vermiyen kararlar vermişlerdir. Ve bundan hasil olan içtihat mübayenetini Genel Kurul halletmiştir. Fakat aynı hâdise için asliyeden yargıtaya kadar olan derecatta kanunun bir meddesinin anlaşılmasında düşülen bu ihtilâf ve hattâ Yargıtay Genel Kurulunda dahî çoğunlukla tevhide varılması, kanunun başka şekilde de anlaşılabilceği imkânının mevcut olduğuna bir işaret sayılmak lâzımgelir. Hakikaten adı geçen kanunun metninde tereddüdü mucip olabilecek noktalar vardır. Ve böyle bir kanun için bunu tabî de görmek lâzımdır. Filhakika adı geçen kanun bir siyasî kanundur. Hedef ve gayesi hilâfetin lâğvı ve hanedanın hudud haricine hemen çıkarılmasıdır. Bir kaç saat içinde yazılmış Meclise sunulmuş ve derhal kabul edilmiştir ve muhakkak ki kanun vaznı bu kanunu yürürlüğe sevkederken, müstakbel intikal hâdiselerini, hudud haricine çıkarılmıyacak olanların ileride dermeyan edebilecekleri hakları düşünmemiştir. Kanunun mucip sebepleri ve Meclis bazıları bunu açıkça göstermektedir. Bu bakımdan mahkeme, karşısına gelen meseleyi çözmek için yalnız metnin çevresinde kalmak zorunda kalmıştır. Gerçekten (Osmanlı imparatorluğunda padişahlık etmiş kimseler) tâbirinden ne anlaşılmak lâzımdır? Bu kanunla hu-

dut harici edilen Abdülmecid Ef. padişah değildir. Esasen kanunun 7. nci maddesinde halife ve diğer saltanatı münderise mensuplarının Türkiye Cumhuriyeti dahilindeki emvali gayrimenkuleleri hakkında mahsus bir hüküm de vardır. Bu hükme göre bu kimselere ait gayrimenkuller bir sene içinde tasfiye edilecek, edilmezse hükümet bu işi yapacak ve bedelleri kendilerine gönderilecektir. Şu halde hangi gayrimenkuller millete intikal etmiştir? Kanun, (Osmanlı imparatorluğunda padişahlık etmiş kimseler) dediğine göre, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte bu vasıfta kimselerin mevcut olduğunu farzetmek icap eder. Halbuki, 1924 yılında Osmanlı imparatorluğunda padişahlık etmiş kimselerden sağ olarak yalnız Vahidettin mevcuttur. Kanunun hedef ve gayesi Vahidettinin gayrimenkullerini millete intikal ettirmek olsaydı bunu açıkça söylemek ve bu suretle milli davaya aykırı hareket etmiş bir kimsenin adını bu vesile ile de teşhir etmek bir inkılâp meclisi için hattâ fırsat sayılabilirdi. Halbuki kanun «padişahlık etmiş kimseler» demektedir. Yargıtay kararında belirtildiği üzere ölen bir kimsenin uhdesinde tapuda kayıtlı olan gayrimenkul mallar, ölüm anında malik değiştirirler ve tapudaki kayıt değiştirilmese dahi gerek eski gerek yeni hükümlerimizde mülkiyet sağ bulunan hak sahiplerine intikal eder. Acaba kanun, bu ana kaideye bir istisna mı derpiş etmiştir? Yani, Osmanlı imparatorluğunda padişahlık etmiş kimselerin, ölmelerine rağmen tapuda namlarına kayıtlı bulunan gayrimenkullerin hak sahiplerine intikali yapılmıyarak millete mi mal edinmek istenmiştir? Eğer asliye mahkemesi ve Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi böyle bir tefsir cihetine giderek ademi tescile karar vermiş ise, muhakkak ki kanunu çok dar bir zaviyeden anlamak istemişlerdir. Ölüm anında ve hâdisemizde 1917 yılında vefat eden ikinci Abdülhamidin uhdesinde tapuda kayıtlı gayrimenkuller varislerine intikal etmiştir. Bu fiili ve hukuki intikalın şekli kısmını gerçekleştirmemiş olanları kanunu makable teşmil etmek suretile haklarından mahrum etmek hukuk alanında rastlanmış hâdiselerdendir ve bazı ahvalde kanunlar makable de teşmil olunabilir.

Ancak, bu teşmil kanunun açık bir hükmünden ileri gelmelidir. Ana kaidelere aykırı bir neticeyi kanun maddelerinden istidlâl yolile çıkarmak mümkün değildir. Varislere intikali kabul etmiyen mahkemenin temas ettiği bir diğer nokta da bahis mevzuu edilen malların zamanı saltanatta iktisap edilmiş olmak bakımından emlâki hususiye değil, emlâki şahane addedilmesi lâzım geldiği ve bunlar için ise intikalın varit olamayacağı cihetidir. Mahkeme burada da hataya düşmüş zannındayız. (padişaha) ait mallar ile (padişahlığa) ait mallar birbirinden farklıdır. Nitekim 431 sayılı kanun 10 uncu maddesinde (padişahlığa) ait mamelek için ayrı bir hüküm koymuştur. Abdülmecit ve diğer hanedan efradınının tapuda namlarına mukayyet gayrimenkulleri için tasfiye yapılacağı ve bedellerinin

kendilerine verileceği 7 nci maddede tasrih edilmekte iken, (padişahlığa) ait bilcümle emlâkin de millete intikal edeceği 10 uncu maddede açıkça belirtilmektedir. Padişahların uhdelerinde tapuda kayıtlı gayrimenkuller «lelitlâk emlâki şahane ise, 7 nci maddenin derpiş ettiği mülkler neler olabilir? Görülüyor ki, Asliye mahkemesi ve bu mahkemenin kararını tasdik eden Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, ademi tecile gitmekle isabetli bir karar vermiş olmaktan uzak bulunmaktadır.

Yargıtay Genel Kurulu filhakika durumu inceleyince, «mallar, ölüme ölünün mülkiyetinden çıkacağına göre madde hükmünün bu kanunun çıktığı zamanda sağ olan padişahın tapulu gayrimenkul mallarına şamil olduğu şüphesizdir» neticesine haklı olarak varmıştır. Filhakika davacılar, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten yedi yıl evvel vefat etmiş bir padişahın mallarından hisselerini talep ettiklerine göre, madde hükmünün kendileriyle hiçbir ilgisi olmamak lâzımgelir. Yukarıda ana kısımlarını aynen dercettiğimiz Genel Kurul tevhidî içtihat kararı, kanunun hem lâfzına hem de ruhuna tamamen uymaktadır. Yalnız kararın mucip sebepleri meyanında, zikrolunan iki Bakanlar Kurulu kararından bahsetmek ve adetâ bu kararlardan ötürü neticeye vasil olunmuş görünmek şüphesiz ki doğru sayılamaz. Kararın bir yerinde aynen şöyle denilmektedir: «Esasen dosya içinde noterlikçe tasdikli örnekleri bulunan 17/11/1930 ve 2/8/1931 tarihlerini ve 10247 ve 11551 numaralarını taşıyan Vekiller Heyeti kararlarında: Abdülhamidin kendi nakdile aldığı tapulu gayrimenkullerinin veresesine intikal edeceği kabul olunmak suretile sözü geçen maddenin neşrinden evvel ölmüş padişahlara şümulü olmadığı açıklatılmış bulunmaktadır. Bundan ötürü...». Bakanlar Kurulunun kanunu tefsire değil tatbika salâhiyeti vardır ve tatbik tarzının sorumluluğu da kendisine racidir. Yargıtay kanunları hâdiselere tatbik ederken, daha evvel icraî makamların ne yolda hareket etmiş olduklarını inceliyebilir ve ihamlar alabilir, fakat bu tatbikattan (ötürü) diyerek karar veremez. İşaret ettiğimiz ve tâli mahiyette olduğuna şüphe olmıyan bu noktadan maada, incelediğimiz tevhidî içtihat kararı Yargıtayımızın örnek denecek güzel kararlarından biri olarak kalacaktır.

H. T.

*Nekledilmek üzere eşyanın istasyon ardiyelerine teslimi. —  
Mukavelenin mahiyeti. — Hakkın suiistimali.*

YARGITAY

Tevhidi İctihad Genel Kurulu

17.10.1945 tarih ve 2 E./13 K.

numaralı kararı

Devlet Demiryolları idaresinin, istasyonlarındaki ardiyelerine emtia ve eşya konulması halinde, tarife mucibince muayyen müddetler geçtikten sonra ardiyeyi tahliye ettirmek hususundaki salâhiyetini kullanmadığı takdirde geçecek olan fazla müddetler için de ücret isteyip isteyemeyeceği hususunda Yargıtay Ticaret dairesinin 1/6/942 tarih ve 41/2933-1503 sayılı ilâmiyle Hukuk Genel Kurulunun 3/3/943 tarih ve 12/6 sayılı ilâmları arasında hasıl olan aykırılığın tevhibi icthad yoluyla halî Ticaret dairesi Başkanlığının 6/1/944 tarih ve 4 sayılı tezkereleriyle istenilmiş olmakla keyfiyet genel kurulda incelenerek;

Sonuçta;

Devlet Demiryolları tarifesi gereğince açık araziye konulacak eşyanın bir sene ve hangarlara vazolunacak şeylerin de üç ay geçince boşaltılmasını istemeğe yetkili olan idarenin bu yetkisini kullanmamasıyla eşya sahiplerinin durumlarının ağırlaştırılmış olup olmayacağı yani bundan sonra geçecek zaman için idarenin ücret istemeğe hakkı bulunup bulunmadığı keyfiyeti özel daire ile genel kurul arasında hasıl olan uyuşmazlığın konusunu teşkil etmektedir.

Erzurum, Sarıkamış ve Kars hattına mahsus olan tarifenin birinci bendinde açık araziye konulacak eşyanın dört günden fazla kalacak olanlarından beher metre murabbai için senevi (80) kuruş ve ikinci bendinde de hangarlara konulacak eşya ve zahireler için belli sürelerin mürurundan sonra da ücret alınacağı, açık araziye ve hangarlar konulan eşyanın sevkinden vazgeçildiği surette de yine ardiye ücreti verileceği ve açık araziye konulacak eşyanın bir sene ve hangarlara vaz'edilecek eşyanın da üç ay geçince boşaltılmasını istemeğe idarenin yetkili olacağı yazılı bulunmaktadır.

Borçlar K. nun birinci maddesi hükmünce rıza sarih olabileceği gibi zimni ve eylemli dahi olabileceğinden kanun mahiyetinde demek olan işbu tarifenin idare tarafından yayınlanması suretiyle yapılan genel icap, sevk için zahire ve eşyasını bu yerlere koyanlar tarafından da eylemli bir şekilde kabule iktiran etmiş ve şu hale göre karşılıklı ve birbirine uygun olarak rızalarını beyan eylemiş bulunan iki taraf arasında bir bağit husule gelmiştir. Bu akdin Borçlar kanununda beyan olunan bağitlardan

biri yani süresi ve ücreti belli bir *kiralama bağıtı* olduğunda şüphe edilemez.

Sahiblerinin sevkinden vazgeçtikleri eşyayı başka bir yere kaldırmakta serbest olduklarına göre idarenin tahliye yetkisini kullanmamış olmasından dolayı eşya sahiplerinin *durumlarının ağırlaşmış* olacağı tasavvur ve kabul olunamaz. Bilâkis bu *hakkın istimal olunmaması eşya sahiplerinin arzu ve menfaatlerine daha uygun olur.*

Bu işlemde hakkın fena kullanılmış olduğu ve böyle bir hakkın kanun himayesine mazhar olamayacağı yolundaki mütalâalar da yerinde ve değer verilir bir düşünce olarak sayılamaz. Çünkü her hangi bir mülk sahibi gibi *mülkünde dilediği vechile tasarruf yetkisini haiz bulunan idare, mülkiyete dayanan bu hakkını yasalı olarak kullanmıştır.*

Yukarıda beyan olunan uyuşmazlık mevzuu üzerinde yapılan etraflı incelemeler ve esaslı tartışmalar sonucunda adı geçen tarifede yazılı ve belli süreler sona erdikten sonra dahi eşyanın hangarlarda ve açık yerlerde kaldığı müddetçe ücret lâzımgelseğine Oyçokluğu ile karar verildi.

### I — Mesele:

Demiryolları idaresi, kendi tasarrufu altında bulunan açık araziye konulacak eşyanın bir sene, halbuki kapalı hangara konulacak eşyanın üç ay geçince boşaltılmasını istemeğe salâhiyeti vardır. Bu salâhiyetini kullanmazsa, eşya sahiplerinin durumlarını ağırlaştırmış olur mu? Yani, bundan sonra geçecek zaman için idare eşya sahiplerinden ardiye ücreti isteyebilir mi?

Ücretin miktarına gelince, tevhidî içtihad kararından anlaşılacağı üzere, Erzurum - Sarıkamış - Kars hattında, açık arazide:

1. Dört günden fazla kalacak olan eşya için metre karesine yılda (80) kuruş alınır;
2. Eşyanın sevkinden vazgeçilse de yine aynı ücret alınır;
3. Bir sene geçtikten sonra eşya sevkedilmemiş ise, idare bu arazinin boşaltılmasını isteyebilir.

Bu mütâlara göre, idare, muayyen müddet geçtikten sonra arazinin boşaltılmasını istememiş ise, eşya sahiplerinden fazla ücret isteyebilecek midir? Yoksa eşya sahipleri «boşaltmamızı talep etmediğiniz için, kendi ihmaliniz vardır, bunun neticesini bize tahammül ettiremezsiniz» diyebilecekler midir?

Yüksek Yargıtay tevhidî içtihad genel kurulunda meseleyi ele almış ve aşağıda hulâsa ettiğimiz gerekçelerile, yine hulâsa ettiğimiz sonuca varmıştır:

### Yargıtay gerekçeleri:

1. Eşyanın ardiyeye teslimi ile bir mukavele meydana gelmektedir ve bu mukavele Borçlar hukukunun umumî hükümlerine göre inikad etmektedir; zira: idare tarifeyi yayınlamakla umumî bir icapta bulunmakta, eşya sahibi de emtiasını açık araziye koymakla zımnî veya fiili bir kabulde bulunmaktadır. Karşılıklı rızalar bu suretle birleşince akid inikad etmiş olacaktır.

2. Bu mukavele bir kira mukavelesidir: Zira süresi ve ücreti bellidir.

3. İdare, tarifedeki muayyen müddet geçtikten sonra tahliye salâhiyetini kullanmamış ise, eşya sahiplerinin durumlarını ağırlaştırmış olmaz; bilâkis bu hakkın istimal olunmaması eşya sahiplerinin arzu ve menfaatlerine daha uygundur.

4. Bu meselede hakkın suiistimali mevzuu bahsolamaz; çünkü her hangi bir mülk sahibi gibi idare de mülkünde dilediği gibi tasarruf salâhiyetini haizdir. Mülkiyete dayanan bu hakkını idare meşru olarak (yasalı) kullanmıştır.

*Netice:* Tarifede yazılı ve belli süreler geçtikten sonra dahi eşyanın hangarda veya açık yerde kaldığı müddetçe, eşya sahipleri tarifede yazılı ücreti ödemeğe mecburdurlar.

## II — Tahlil:

Yargıtay ticaret dairesi ile hukuk genel kurulu arasında hâsıl olan görüş farkını telif etmek üzere tevhidî içtihad genel kurulunun kararını, yukarıdaki dört gerekçe bakımından sırasile inceliyelim. Fakat önceden şurasını söyleyelim ki, ne ticaret dairesinin, ne de hukuk heyeti umumiyesinin kararlarını, yaptığımız araştırmalara rağmen, elde edemediğimizden hâdisе üzerinde mütalâa serdetmek mümkün olamayacaktır. Burada ancak bazı ihtimalleri nazara alarak bir neticeye varmak zarurî olacaktır. Binaenaleyh yapacağımız tahlil ancak prensipler bakımından olacak ve bilhassa tevhidî içtihad kararının esbabı mucibelerine taallûk edecektir. Sırasile bu mucip sebepleri tetkik edelim. ♦

### I. Akdin inikadı.

Yargıtay Borçlar kanununun birinci maddesini nazara alarak akdin inikad ettiğini kabul ediyor. Bu maddeye göre:

«İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akid tamam olur.

«Rızanın beyanı sarîh olabileceği gibi, zımnî dahi olabilir.»

Yargıtaya göre, tarifenin idare tarafından yayımlanması bir «genel

icap» dir; sevk için zahire ve eşyanın idareye ait hangar veya açık araziye konulması da bir «eylemlî kabuldür.» Yani (fiili) zımni bir kabuldür. Binaenaleyh icap ve kabul birleşince, şu yukarıdaki maddeye göre, akid inikad edecektir.

Bu hukukî mantık silsilesini üç noktaya irca etmek mümkündür: a) icap, b) kabul, c) akdin inikadı.

a) *İcap*: Malûm olduğu üzere, icap, bir akid teşkilî zımında taraflardan birinin teklifini ihtiva eden tevcihi muktazi bir irade beyanıdır. Bir taraflı bir hukukî muamele olan icabın karakteristik noktalarından biri tevcihi muktazi oluşudur. Filhakika irade beyanı muayyen oir veya bir kaç şahsa tevcih edilmemiş ise akdi meydana getirecek mahiyette bir icap mevzuu bahsolamaz. Meselâ, bir kimse ticarethanesinin firma ve adresini ihtiva eden bir kâğıda bir irade beyanını yazsa ve bunu postahaneye götürürken, henüz adresli zarfa koymadan kaybetse, ve bunu üçüncü bir şahıs bularak mündericatına vâkıf olduktan sonra kabul haberini mezkûr ticarethaneye ulaştırırsa, şüphe yok ki akid inikad etmiyecektir; zira ticarethane sahibi mektubu bulan kimseye hiçbir icapta bulunmamış, yani akid yapmak zımında iradesini ona tevcih etmemişti. Me-selemizde böyle bir tevcihin bulunmadığı aşikârdır. Fakat icabın tevcih edilmesi zarureti, muhatabın herhalde muayyen olmasını tazammun etmez; şayet muhatap muayyen olmayıp da kabili tayin ise ve irade beyanı bu yönde tevcih edilmiş ise, yine bir icap vardır. Nitekim Borçlar kanununun 7 nci maddesinin son fıkrası

«Semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur» demek suretile, bu hususu teyit etmektedir.

Herhalde bu noktayı belirtmek için olacaktır ki, Yargıtay tevhidî içtihad kararında, tarifenin idare tarafından yayınlanmasını «genel icap» diye vasıflandırmaktadır. Bu ifadeye göre muhatabın muayyen değil fakat kabili tayin olduğunu anlamak icap edecektir. Binaenaleyh eşyasını naklettirmek isteyen kimse müracaat edince de tayin edilmiş olacaktır ve bu suretle tarifenin ihtiva ettiği irade beyanının ona tevcih edilmiş olduğu farzolunuyor demektir.

Ancak tereddüde sevkeden bir nokta vardır ki, o da yine 7 nci maddemizin sair fıkralarıdır. Filhakika bu maddeye ve bu maddenin kenar başlığına göre «alenî icaplar kaideten iltizamı tazammun etmeyen icaplardır»; ve hassaten 7 nci maddenin 2 nci fıkrası

«tarife ... icap teşkil etmez» şeklindeki kat'î hükmü bunun açık bir misalidir. Her ne kadar burada tarife tâbiri umumiyetle fiyat listeleri şeklinde anlaşılmakta ise de, bunun mânasını tahdid etmek için bir sebep yoktur; zira fiyat listeleri de-



mekle sadece alım-satım akdi nazara alınmakta, halbuki 7 nci maddenin umumî bir hüküm olduğu ve binaenaleyh herhangi bir akde ve ezcümle kira, nakliye mukaveleleri gibi akidlere kabili tatbik olduğu unutulmaktadır.

Gönül isterdi ki tevhidî içtihad kararı demiryolları idaresinin tarifelerini «genel icap» olarak tavsif ederken ve bunu bağlayıcı, yani ilzam edici olduğunu kabul ederken, 7 nci maddemizle nasıl telif ettiğini de kararında açıkça belirtmiş olsun.

b) *Kabul*: Kabul de icap gibi tevcihi muktazi bir irade beyanıdır. Fakat doktrinin ittifakla kabul ettiği ve Borçlar kanununun teyid eylediği gibi, kabulün daima sarîh olmasına lüzum yoktur, bazı ahvalde zımnî dahi olabilir. Profesör *Samim Gönensay*, «istimal olunan kelime ve tâbirlerden vazıhan anlaşıldığı surette beyan sarîh olur» dedikten sonra «sarîh olmayan bütün beyanlara ise zımnî beyan denir» diye ilâve etmektedir (Borçlar Hukuku, cilt I, fasikül 1, İstanbul 1943, sah. 33). Bu mütalâa, her ne kadar pek şümüllü ise de (zira kaydı zinî, lâtife beyanı, âdab ve muâşeret icabı yapılan beyanlar bu târife girmekle beraber hukulî muameleye mesnet teşkil edecek irade beyanlarından olmadığı kabul edilmektedir.) gayet açık olarak zımnî irade beyanlarını kabul ediyor. Müellif *Von Tuhr* ise «zımnî» denien beyan sarîh olmayan herhangi bir irade beyanıdır diyerek Profesör Gönensay'ın mütalâasına benzer bir mütalâa dermeyan ediyorsa da, bunu derhal bir kaydı ihtirazî ile tashih ederek, «bu tâbir hatâyâ sevkedebilir» demektedir (Code Fédéral des obligations, cilt I, § 21, No. 5, sah. 141). Bu itibarla daha derin bir incelemenin gerektiğini düşünen Von Tuhr zımnî beyan hususunda şu halleri birbirinden tefrik etmektedir:

aa) Gayrı vazıh tâbirler istimal edilerek yapılan beyanlar: Bunlar ancak ahval ve şerait karşısında muayyen bir mâna alırlar. Bunun gibi kullanılan tâbirler eksik ise yine ahval ve şeraitin yardımile bu noksan telâfi edilmiş olur.

bb) Kanaat verici bir hareket tarzından istidlâl olunabilecek irade beyanları, yani iradesini başkasına ulaştırmak için bir kimsenin yaptığı fiil ve muameleler.

cc) İrade emareleri: Yani muayyen bir iradenin istihraç edilebileceği fiiller, fakat bu fiiller iradeyi beyan etmek niyeti ile yapılmamıştır.

Bu tasnife göre Yargıtay'ın tevhidî içtihad kararında «eylemli» dediği kabul (bb) deki hale girebilecektir. Zira sevkettirmek için zahire ve eşyasını Demiryolları idaresinin mahsus mahalline koyanlar, idarenin önceden tesbit ve ilân ettiği şeraiti kabule medar olacak açık hareket tarzlarıdır. Nitekim Von Tuhr'un verdiği bir misale göre tütüncü dük-

kânından bir puro alıp parasını tezgâh üzerine koyan kimse bir satım icabında bulunmuş oluyor (aynî sahife not 43). Bunun gibi eşyasını Demiryolu idaresinin anbarına tevdi eden kimse, bu eşyanın sevki için ilân edilmiş olan şartları kabul etmiş oluyor.

Maahaza, Demiryolları idaresinin anbarına herhangi bir eşyayı koymak için takaddümen bazı muamelelerin yapılması gerektiği de düşünülebilir: İzin istihcal etmek, eşyayı teslim etmek için alâkadar bir memura müracaat etmek, tarttırmak veya saydırmak, tesellüm ilmühaberi almak vesaire... ki bunlar haddi zatında zımnî (fîllî) birer kabule delâlet etmeyip, belki de sarih bir kabul mahiyetini arzeder. Yargıtay bu noktayı açık bırakmış bulunmaktadır.

c) *Akdiñ inikadı*: Yargıtay, tarifinin ilânına icap, eşyanın da anbara idhaline zımnî kabul nazariyle baktıktan sonra «karşılıklı ve birbirine uygun olarak rızalarını beyan eylemiş bulunan iki taraf arasında bir bağış husule geldiğini» kabul ediyor.

Filhakika Borçlar kanununun birinci maddesine göre, bir akdiñ meydana gelmesi için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç olduğu bedihidir; ancak beyan olunan uygun iradelerin karşılıklı olması keyfiyeti üzerinde durmak lâzımdır. Roma hukukundan başlayarak, Fransız Medenî Kanunu ve bunun tesiri altında kalan bütün Kodifikasyonlar ile Pandekt hukukuna bağlı Cermen hukuk grupuna dahil Kodifikasyonlarda ve bunlar meyanında İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununa kadar yaşamakta olan telâkkiye göre, akid mevzuu bahsolunca, hukukî durumları aynı, iktisadî kudretleri müsavi iki kimsenin birbirine zıd olan taleplerini serbest bir tartışma ile ortaya koydukları, birbirleri lehine bazı fedakârlıklara katlandıkları ve neticede bir uzlaşmaya vardıkları düşünülür. Bu anlaşmanın bütün şartlarını ve hükümlerini inceden inceye tarttıkları ve kabul ettikleri için meydana gelen muamele tarafların hakikî, müşterek, karşılıklı iradelerinin ifadesidir. Binaenaleyh klâsik mânasile akid yapmak pazarlık etmek demektir. (*Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique. Tez, Dijon 1912, Profesör Gaston Morin'den naklen: La révolte du Droit contre le Code, Paris 1945, sah. 22 v. d.*).

İstanbul Hukuk Fakültesi Roma hukuku ve Medenî hukuk Profesörü Schwarz'ın da aynı ifadeyi kullandığını görmekteyiz (*Dr. Andrèas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, I, İstanbul 1942, sah. 57, tercüme Dr Hıfzı Veldet*). Bu müellif aynen şu satırları yazmaktadır: «Akidlerin rızalarını birbirlerine uygun surette beyan etmelerinin ne şekilde cereyan ettiğine, pazarlık denilen şey ile şahit olmaktayız. Her pazarlık muame-

lesi akdin inikadını göstermek üzere talebeye verilecek bir misal teşkil eder... Bu suretle müteaddit iniş ve çıkışlardan sonra akid nihayet tamam oluyor. İlk teklifler reddedildiği halde en sonunda iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızaları beyan edilmiştir.»

Naklettiğimiz bu mütalâalardan açıkça anlaşılıyor ki, klâsik mânada, akdin mümeyyiz vasfı tarafların *serbest* uzlaşmasıdır: Her iki taraf serbestçe akdin muhtavasını, şartlarını, hükümlerini tayin edince irade beyanlarının birbirine uygun ve karşılıklı olduğu söylenebilir. *Durkheim*'in dediği gibi, «akdi vâfına lâyık yegâne taahhütler, fertlerin arzu ettikleri ve serbest iradelerinden başka kaynağı olmıyan taahhütlerdir. Bunun aksine olarak, mütekabilen razı olunmıyan herhangi bir borç münasebetinde hiçbir akdi mahiyet yoktur» (*La division du travail Social*, 2 nci bası, sah. 189).

Halbuki modern ekonominin muazzam gelişmesi üzerine devâsâ işletmelerin, âmme hizmetlerinin meydana gelmesile taraflar arasında ne hukukî benzerlik, ne de iktisadî kudret eşitliği kalmamıştır. İktisaden hâkim durumda olan yapacağı akdin hükümlerini müzakere ve münakaşa etmeğe lüzum görmez; akdi kendisi dilediği gibi hazırlar ve kendisine müracaat edene sunar; o da bunu ya aynen kabul ederek akid meydana gelir ve ya olduğu gibi reddeder. Bu vaziyet karşısında klâsik mânada karşılıklı irade beyanından artık bahsolunamaz. Modern hukuk buna *iltihakî mukavele* adını vermiştir [1]. Bu tâbiri ilk olarak Fransız hukuk âlimi *Saleilles* «*contrat d'adhésion*» ile ortaya atmış ve bu tâbir tutunarak bütün dünya hukuk diline girmiştir. Türkçedeki iltihakî mukavele tâbiri bunun sadık tercümesinden başka bir şey değildir.

Binaenaleyh iltihakî mukavelelerde serbest bir tartışma, bir çekişme, bir pazarlık ve bunun neticesinde bir uzlaşma mevzuu bahsolmayıp, kuvvetli tarafın hazırladığı mukaveleyi kabul etmek, ona rızasını tevfiğ etmek, boyun eğmekten başka bir durum yoktur. *Ripert*'in açık olarak belirttiği gibi, iltihakî mukaveleler hakikatte özel bir otoritenin irade tezahürüdür. İltihak edenin yegâne iradî fiili, diğer tarafın nizamladığı hukukî durumun tatbik edileceği alana kendisini sokmaktan ibarettir.

[1] Serbest iradenin pek büyük rol oynamadığı ve modern iktisadın meydana getirdiği daha bir çok mukavele tipleri vardır: İltihakî mukaveleden başka, tip mukaveleler (İsviçre B. K. m. 324), güdümlü mukaveleler (*Contrats dirigés*), mecburlu mukaveleler (*Contrats imposés*) şart - tasarruflar (*actes - conditions*) sayılabilir. Bak: *Prof. René Savatier*, *Du Droit civil au Droit public* adlı eserinin, üçüncü faslı: *Les contrats et l'économie dirigée*, Paris 1945, sah. 52 v. d. Ayrıca: *Borçlar Hukuku ders notlarımız* (teksir), 1945 - 1946, sah. 49 - 51.

İltihak eden, diğ er tarafın iradesinin hükümran oldu ğ u bu dar sahaya girer. Fakat iltihak eden bu irad i fiili yapınca akd i meydana getirmek zaruretindedir... Hiçbir zaman seyahat etmemek, sigortalanmamak, su, havagazı, elektrik kullanmamak, umum i bir taşıta binmemek, başkasının hizmetinde çalışmamak, göze alınmadıkça, bu gibi mukaveleler yapmaktan içtinap olunamaz (La règle morale dans les obligations civiles, 2 nci bası, sah. 102 - 103). Aynı eserinde müellif iltihaki mukavelelerin mümeyyiz vasıflarını şu şekilde hulâsa ediyor: «İltihaki mukavelenin umum i ve daimi bir mahiyeti vardır; muhtevası kat'idir; bir âmme hizmeti işletmesine tekabül eder, bu hizmetin husus i menfaatlere taallük etmesinin ehemmiyeti yoktur. Binaenaleyh, husus i menfaatlerin ve ferd i arzuların alelâde ve basit oyunları ile de ğ il, fakat bir hizmetin teşkilâtlanmasıun ön plânda gelen zarureti dolayısıyla mukavele meydana gelmektedir» (Aynı eser, sah. 105 - 106).

Bu durum karşısında sayın Yargıtay'ın dedi ğ i gibi «karşılıklı ve birbirine uygun olarak tarafların rızalarını beyan ettiklerini» artık kabule imkân var mıdır? Devlet Demiryolları İdaresile yapılan mukavelenin her hangi bir arabacı veya kamyon şoförü ile yapılan mukaveleden, bir depo veya anbar sahibi ile yapılan akidden, inikad bakımından, iradelerin izharı bakımından farklı oldu ğ u bugün artık şüphe götürmez bir hakikattir. Bütün eserlerde Demiryolları ile yapılan mukavelelerin birer iltihaki mukavele oldu ğ u misal olarak zikredilmektedir. Yukarıdanberi yapageldiğ imiz tahlil ve zikrettiğ imiz mütalâalar açık olarak burada da bir iltihaki mukavelenin meydana geldiğ ini gösterme ğ e kâfidir [1].

Nitekim Yargıtay senelik radyo ücretlerinin mahiyeti hakkında verdi ğ i bir tevhide içtihad kararında bu mefhumu kabul etmiş bulunmaktadır. 5.4.1944 tarihli ve 4 E / 21 K numaralı olan bu kararda aynen şöyle denilmektedir:

«Muayyen bir bedel mukabilinde ve bazı şartlar altında istifade edilen hizmetlerin umumilik vasfı olmayıp akd i bir mahiyeti vardır. *Ferdlerin muayyen şartlara intibak etmek ve bir bedel vermek suretile istifade etti ğ i bu nevi akidler iltihaki akiddir.* Taraflardan biri olan idarenin evelden bir takım şartları izhar ile bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin de bu şartları zimnen kabul suretile hizmetten istifade etmesi şek-

[1] Bunun bir şart-tasarruf oldu ğ u da İddia edilebilir. Nitekim Rektör *Sıddık Sami Onar* bunu müdafaa etmektedir. (Bundan sonraki nota bakınız). Filhakika şart-tasarruf objektif bir durum yaratırken, iltihaki mukavele, mukavele olması itibarile sübjektif bir durum yaratır. Esasen Yargıtay bu kararında tarifenin bir kısmının mahiyetinde oldu ğ unu açıkça belirtmesi ile bunun artık icapla bir alakası kalmadığı ve şart-tasarrufun karakterini tasıdığını bildirmiş olmuyor mu?

linde tecelli eden ve hususî hukuk sahasında sigorta ve *nakliye mukaveleleri gibi* emsali bulunan bu akidler de onların tamamen aynıdır. Bunlar bilhassa ticari veya sanayi mahiyeti daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup *demiryolları*, tramvay ve diğer nakil vasıtaları, su, havagazı, telefon ve radyo gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır.» (Resmî Gazete, 26 Ocak 1945 tarih ve 5915 No.)

Kararın mucip sebepleri hakkında ne düşünülürse düşünülün [2] Yargıtay Demiryolları ile yapılan nakliye mukavelelerinin birer iltihakî akid olduğunu açıkça belirttikten ve kabul ettikten sonra, üzerinden bir buçuk sene geçince, saydığı bütün şartları haiz olan bir mukavelelerin meydana geldiğini ifade etmek için modern iltihakî mukavele mefhumunu terkederek klâsik akid nazariyesinin ifadesini bulduğu Borçlar kanununun birinci maddesine istinad etmesinin sebebini anlamak zordur.

## 2. Akdin mahiyeti.

Yüksek Yargıtay akdin inikadı hususundaki mütalâasını belirttiikten sonra, Demiryolları idaresinin açık arazideki hangarına zahire ve eşya konulmasının ne tip bir mukavele olacağını araştırıyor ve mesele üzerinde durmaksızın gayet kısa bir gerekçe ile buna bir kira mukavelesidir diyor. Kararda aynen şu ibare kullanılmaktadır:

« Bu akdin Borçlar kanununda beyan olunan bağitlardan biri yani süresi ve ücreti belli bir *kiralama* bağiti olduğunda şüphe edilemez.»

Sayın Yargıtay bizi mazur görsünler, fakat bu bağitin bir kira bağiti olduğunda biz «şüphe» ediyoruz; bunu ilmî ve yüksek otoritelerine karşı

[2] Bu kararı tahlil eden ve kritik düşüncelerini bildiren sayın *Ord. Prof. Sıddık Sami Onar*'ın yazısına bakınız: (Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, cilt XI, sayı 1 - 2, sah. 448 - 458). Bu hususta sayın Profesör işi âmme hukuku zavîyesinden incelerlerken, çok daha ileri giderek diyorlar ki: «Devlet, Demiryolları işlerini bir tarafî hukukî bir tasarrufla ve kalde - tasarruf mahiyetindeki bir kanun veya tüzük veyahut bir talimatname ile düzenler; bunu yapan ya doğrudan doğruya yasama organı ve yahut Anayasadan aldığı kudretle ve onun tesbit ettiği şekiller dahilinde hareket eder. İdare içindeki bir organdır. Ferdle münasebete giren Demiryolları idaresi de ferd gibi bu hükümlere intibak ve onları tatbik mevkiindedir. Yolcular ve nakliyeciler Demiryolları idaresiyle münasebete girdikleri zaman, iki âkidin yaptığı gibi bu münasebetin kaidelerini koyamazlar; ancak ona uyarlar... Binaenaleyh anayasamızın prensiplerine ve mevzuatımıza, siyasi ve iktisadi sistemimize tamamen uygun olan ve dünkü Fransa gibi iktisadi bakımdan bize nazaran çok liberal bir sistem takip eden memleketlerde bile kabul edilmiş bulunan bugünkü doktrin karşısında demiryolları idaresin ile yolcu arasındaki münasebeti tamamen bir hususî akid saymak çok güçtür zannediyorum.» (sah. 454, no. 5).

bir saygısızlığa değil, fakat ilmi tecessüs ve objektif hakikati arama gayretimize yorsunlar. Filhakika:

a) Kararda akdin «kiralama» mukavelesi olduğu söyleniyor. Bir defa terim üzerinde durarak, şu noktayı belirtelim ki, Borçlar kanunu ilk defa icar mukavelesi demiş ve bilâhare 18 nisan 1929 tarihli ve 1424 sayılı icra ve iflâs kanununun «istilâh ve tâbirler» matlabını taşıyan 343 üncü maddesindeki tashih cetvelinde buna «kira» adını vermiştir. Binaenaleyh Borçlar kanunumuzda kiralama diye bir akid yoktur; ancak kira akdi vardır. Herhalde Yargıtay isticar tâbirinin karşılığı olarak kiralama tâbirini kullanmıştır. Kanun müstecire kiraliyan dediğine göre akdin bu cephesinden görünüşüne kiralama akdi denilebilir. Fakat bu bir görüş meselesidir, yoksa kararda denildiği gibi «Borçlar kanununda beyan olunan bağitlardan biri, ... bir kiralama bağitıdır» ifadesi pek doğru değildir. Zira Borçlar kanununda kiralama bağitı denilen bir bağit yoktur.

b) Meselenin esasına gelince, Yargıtay bu akde bir kira akdi nazariyle bakıyor. Zira süresi ve ücreti bellidir, diyor. Her ne kadar Demiryolları idaresi ile meydana gelen hukukî muamelenin ücreti tarife ile tesbit edildiğinden, muayyen ise de, süresinin muayyen olduğu söylenemez. Zira, eşyanın açık veya kapalı hangarda tutulacağı azamî müddeti tarife tayin etmektedir. Bu müddet sonunda idare eşyanın hangardan çıkarılmasını talep edebilir. Fakat bu kendisine verilmiş bir salâhiyettir; eşyayı tahliye etmediği takdirde mukavele yeni şartlar altında devam eder: Ücretin nisbeti arttırılır ve müddet gayrimuayyen olur. Binaenaleyh mukavelenin müddet unsurunda bir gayri muayyenlik vardır, demek. Bundan başka eşyanın hangarlarda şu kadar müddet kalacağı da bildirilmiyor: Belki de eşya hangara girdiği günün ertesi günü sevk edilir, belki de normal azamî müddetin sonuna kadar kalır ve bundan sonra sevk olunur veya tahliyeye tevessül edilir; veyahut bu normal azamî müddetten ziyade eşya hangarda tahliye edilmeden kalır ve yüksek tarife tatbik edilir. Binaenaleyh sürenin belli olduğu söylenemez.

Kaldı ki kira akdini karakterize eden hususlar da sürenin ve ücretin belli olması değildir. Bir defa, kira akdi muayyen müddetli olabileceği gibi gayri muayyen müddetli de olabilir (BK. 260 v. d.). Bundan başka süresi ve ücreti belli olan diğer bir takım akidler vardır ki kira ile hiçbir benzerlik arzetmezler: Ezcümle muayyen müddetli ve faizli karz (BK. 306 v. d.), hizmet akdi (BK. 313 v. d.), vekâlet akdi (BK. 386 v. d.), ilh., bu meyandadır. Bu akidlerde de süre ve ücret umumiyetle belli bulunmaktadır.

Binaenaleyh bu iki unsur bize akdin mahiyetini tayin etmek için açık ve kat'î bir kıstas verememektir. Kaldı ki meselede mevzuu bahsolan hal

kira akdinin tarifine de sığmamaktadır. Filhakika, Borçlar Kanununun 248 inci maddesi kirayı şu şekilde tarif eder:

«Adi kira bir akiddir ki kiraliyan onunla, kiracıya ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını terketmeği iltizam eder.»

Şu halde kirada bir eşyanın (menkul veya gayrimenkul) kullanılmasını kiraliyan kiracıya vermeğe mecburdur. Bu sebepten dolayıdır ki kira akdini doktrin kullandırıcı akidler kategorisine idhal eder. Bu itibarla bazı müellifler kiracının haklarını intifa sahibinin haklarına benzetmişlerdir (Prof. Julliot de la Morandière, Précis de Droit civil, cilt 2, yedinci bası, Paris 1943, sah. 407, No. 819), şu farkla ki intifa sahibinin hakkı herkese karşı kabili dermeyeran bir hak olmasına mukabil kiracının hakkı ancak kiraliyana karşı kabili dermeyeran şahsî bir haktır.

Bu durum karşısında Demiryolları idaresinin açık veya kapalı hangarına konulan eşyanın sahibi ile idare arasında bir kiradan bahsetmek pek doğru olmasa gerektir, zira eşya sahibi kiracı olsaydı, idarenin ona hangarın hiç değilse bir kısmının kullanılmasını terketmesi lâzımdı. Halbuki böyle bir durum asla mevzu bahis değildir. Kiracıya hangarın herhangi bir cüz'ü üzerinde kullanma salâhiyetinin tanınmadığı yine Yargıtay kararındaki şu cümleden açıkça anlaşılmaktadır:

«Çünkü, herhangi bir mülk sahibi gibi mülkünde dilediği veçhile tasarruf yetkisini haiz olan idare...»

Şu halde Yargıtay idarenin hangarda dilediği gibi tasarruf edebileceğini kabul ediyor demektir; fakat bu mütalâası ile tezada düşmüş bulunuyor: Zira, akid ya kira mukavelesidir ve kiralanan mülkten istifade etmek hakkı kiracıya aittir ve kiraliyan dilediği gibi bu mülkte tasarruf yetkisini haiz değildir; veya idare (yani kiralayan) bu salâhiyeti haizdir, o halde akid kira akdi değildir. Nitekim Borçlar Kanununun 249 uncu maddesi kiraliyanın borçlarını sayarken ezcümle diyor ki:

«Kiraliyan kiralananı akidden maksud olan *kullanmağa* salih bir halde kiracıya teslim etmek ve kira müddeti zarfında *bu halde bulundurmak* ile mükelleftir.»

Kanun daha da ileri giderek, bu istifadeye yalnız kiraliyanın mâni olmasını müeyyedelemekle iktifa etmemiş, üçüncü bir şahsın kiracının nakları ile kabili telif olmayacak iddialarına karşı da onu mes'ul tutmuştur (BK. 253).

Binaenaleyh kira akdinde en önemli ve karakteristik nokta, kiralandan kiracının devamlı bir şekilde istifadesini sağlamaktır. Halbuki meselede böyle bir durum katıyyen varid olmadığı aşikârdır. Yargıtay da idarenin mülkünde dilediği gibi tasarruf etmek salâhiyetini haiz olduğunu bildirmekle şüphesiz olarak kira diye vasıflandırdığı akdi, bizzat kendisi bir kaç satır sonra tamamen bertaraf etmiş olmuyor mu?

c) Şu halde bu akde nasıl bir mahiyet izafe edilebilir. Durumu göz önünde bulunduralım: Bir kimse sevkedilmek üzere bir miktar eşyasını Demiryolları idaresine teslim ediyor veya naklonan eşya varacağı yere varınca mürsilünileyhe bunu alıp kaldırması bildiriliyor. İşte bu eşya sevkelineye kadar veya teslim alınacağına kadar idareye ait açık veya kapalı bir yerde muhafaza olunmaktadır. Bu durumun yarattığı hukukî bağı tavsif etmek için iki ihtimal düşünülebilir:

α) Eşyanın hangarda bulunuşu bir *nakliye mukavelesinin* ilk veya son safhasıdır. Nitekim Borçlar kanunu nakliye mukavelesini nizamlayan XVI ncı babının 435 inci maddesinde nakliyeciyeye eşyayı muhafaza etmek borcunu yüklemektedir. Binaenaleyh kaide umumileştirilerek denilebilir ki nakletmek üzere bir eşya kendisine teslim edilen kimse sevkten evvel veya yerine vardıktan sonra bunu mürsilünileyhe teslim edinceye kadar muhafaza etmekle mükelleftir. Diğer bir ifade ile nakliye mukavelesi, eşyanın nakliyeciyeye teslim olunduğu andan mürsilünileyhe tevdi olunduğu ana kadar devam eder. Bu müddet içerisinde eşya, herhangi bir sebeple sevkolunamaz veya tevdi edilemezse, nakliyeciyeye bunu muhafaza ile mükelleftir ve eşya sahibi hangar üzerinde hiçbir istifade salâhiyetini haiz değildir. Bunu teyid eden şu mütalâa da ileri sürülebilir: Demiryolları idaresi muayyen bir eşyayı naklederken yolda vukua gelen bir ârıza dolayısıyla mezkûr eşyayı mütavassıt bir hangarda muhafaza etmek mecburiyetinde kalınca, eşya sahibi ile idare arasında bir kira mukavelesi mi meydana gelir? Şüphesiz ki hayır! Zira eşya sahibinin bundan haberi olmadığı için bu yolda bir iradesinin de mevcudiyeti farzolunamaz. Şu halde eşyanın, ârıza giderilinceye kadar bir hangarda muhafaza edilmesi nasıl ki nakliye mukavelesinin icra ve ifasına taallük eden fer'î bir keyfiyet ise, eşya sevkolunmadan evvel veya varacağı yere vardıktan sonra bir hangarda muhafaza edilmesi aynı nakliye mukavelesinin icra ve ifasına müteallik fer'î bir keyfiyettir.

β) Fakat sevkedilmek üzere Demiryolları idaresinin hangarına konulan eşya, sevkedilmeden evvel sahibi tarafından sevkten vazgeçilirse, artık şüphesiz nakliye mukavelesinden bahsedilemez. Böyle bir halde eşya artık nakledilmek üzere değil fakat hıfzedilmek üzere hangarda bulunuyor demektir. Tarife bu hususu derpiş etmiş olduğundan, eşyanın sevkedilmeksizin açık veya kapalı hangarda bulundurulmasının ne gibi bir ücrete tâbi olacağını tesbit etmiş ve muayyen bazı müddet, unsurlarını nazara almıştır.

Bu durum karşısında, nakliye mukavelesi mevzuu bahsolamayacağı gibi, kira mukavelesi de asla mevzuu bahsolamamaktadır. Burada karakteristik olan noktalar eşyanın idare tarafından muhafaza edilmesi ve sahi-



binin de buna karşılık bir ücret vermesidir. Bu ise *vedia akdinin* unsurlarını teşkil eder. Filhakika Borçlar kanununun 463 üncü maddesi *vedia akdini* şu suretle tarif etmektedir:

«İda' bir akiddir ki onunla müstevdi, mudi tarafından verilen şeyi kabul ve onu emin bir mahalde *hıfzetmeği* deruhte eder.

« Ücret şart edilmedikçe veya hal, müstevdiin ücrete intizarını icap etmedikçe, müstevdi ücret istiyemez.»

Kanunun bu tarifinden açıkça görülmüyor ki *vedia akdinin* mümeyyiz vasfı, tevdi edilen eşyanın *hıfzedilmesidir*; şayet ücret şart edilmiş ise *vedia* alan bu ücreti *vedia* verenden istiyebilir. Nitekim meselede bu durum aynen vakidir: Eşya sahibi eşyasını Demiryollar idaresine tevdi etmekle ve idare bunu kabul etmekle muhafazasını deruhte etmiştir, eşya sahibi de tarifede yazılı olan ücreti vermediği kabul eylemiştir.

Binaenaleyh ortada, *iltihakî mahiyette ve vaziyete göre ya bir nakliye mukavelesi veya bir vedia akdi vardır.*

### 3. İdarenin tahliye yetkisini kullanması.

Demiryolları idaresinin tarifesine göre, muayyen bir müddet geçtikten sonra mezkûr idare eşyanın boşaltılmasını istemeğe yetkilidir. İdare bu yetkisini kullanmamış ise acaba kendisini mesul edecek bir harekette bulunmuş olur mu? Diğer bir ifade ile muayyen müddet hitama erdikten sonra idare tahliye talebinde bulunmazsa, yüksek tarife üzerinden ardiye ücreti talep edebilir mi? Yoksa böyle bir imtinayı ücret talep etmek hakkını iskat eder mi?

Yargıtay kararında çok umumî ve gayet kat'î bir ifade ile diyor ki: «... İdarenin tahliye yetkisini kullanmamış olmasından dolayı eşya sahiplerinin durumlarının ağırlaşmış olacağı *tasavvur ve kabul olunamaz.* Bilâkis bu hakkın istimal olunmaması eşya sahiplerinin arzu ve *menfaatlerine daha uygun olur.*»

Taraflar arasında bir akid mevcut olduğuna ve tahliye talebi hususundaki salâhiyetin kullanılması bu akdin bir şartını ifa demek olduğuna göre, bu hakkın idare tarafından kullanılmamış olması diğer taraf için zararlı değil, bilâkis menfaatine uygun olduğunu kabul etmek, burada eşya sahibi için mahz menfaat olduğunu farzetmek olur. Halbuki muayyen bir müddet geçtikten sonra tarifinin yükseltilmiş olması, eşya sahipleri üzerinde bir nevi baskı icra ederek eşyalarını tahliye etmek gayesini güttüğü aşikârdır, yoksa eşya sahiplerinin menfaatlerine uygun olsaydı tarifeyi yükseltmeğe ne lüzum vardı? Mücerred yüksek tarifinin tatbik edilmesi eşya sahiplerinin munzam bir bedel ödemelerini intac edeceğine göre durumlarının ağırlaşmış olduğu söylenemez mi? Bunu tasavvur ve kabul etmiyecek bir sebep göremiyoruz.

Kaldı ki, yukarıda da söylediğimiz gibi, bu tahliye salâhiyetinin kullanılıp kullanılmaması akdin şartlarından birini ifa demek olduğundan, bunu yerine getirecek olan kimsenin dilediği gibi hareket etmesine de kanunî cevaz yoktur. Filhakika Medenî kanunun zabıtalardan olan ve hukukun hemen hemen her sahasında tatbik imkânı bulunan 2 nci maddenin birinci fıkrası bunu âmirdir. Madde gayet kat'i olarak:

«Herkes ... borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir.» diyor.

Binaenaleyh Yargıtay bu kadar şümulü ve kesin bir karar verirken idarenin hüsnüniyet kaidelerine uygun hareket edip etmediğini araştırması ve bunu kararın gerekçesinde belirtmesi lâzımdı. İdarenin hangarına teslim edilen eşyanın mahiyeti, miktar ve değerini, eşya sahibinden talep olunan ardiye ücreti miktarını bilmediğimiz için kat'i bir hüküm vermek kabil değildir. Fakat bir tefrik yaparak meseleyi aydınlatmak mümkündür.

Ancak önceden şurasını söyliyelim ki, akidden mütevellid hakların da bir gayesi, bir görevi (fonksiyonu) vardır ki bundan inhıraf caiz değildir. Her ne kadar bu gaye ve görev kanunun bahşetmiş olduğu hakların gaye ve görevinden daha mahdud ve farklı bir vasıfta iseler de, bunların mevcudiyeti şüphe götürmez. Binaenaleyh akidden mütevellid haklar, aynen kanundan doğan haklar gibi, mutlak ve keyfi bir tarzda istimalle salih haklardan olmayıp hüsnüniyet çerçevesi içerisinde ayarlanmaları icap eder; aksi halde bir hakkın suiistimali mevzuu bahsolar [3] ve hâkim tarafından himaye görmemesi icap eder [4]. Şu halde akdin taraflara bahşettiği haklar kullanılırken, diğer bir ifade ile, akid ifa olunurken, bu ifanın akdin gayesine uygun olması, ızzar kasdile istimal edilmemesi iktiza eder.

Bu umumî mülâhazadan sonra, meselemizi, bir tefrik yaparak aydınlatmağa çalışalım. Şöyle ki: Ardiyeye tevdi olunan eşyanın kıymeti yüksek ve ardiye ücreti buna nisbeten pek fazla değilse, idarenin tahliye talebinde bulunmaması şayanı ehemmiyet değildir, zira böyle bir halde eşya sahiplerinin durumlarının pek fazla ağırlaştığı söylenemez; nihayet eşyanın maliyeti bir kaç kuruş yükselmiş ve eşya sahipleri de kârlarının bir kısmından mahrum olmuş olur.

Fakat şayet eşyanın kıymeti az ve ardiye ücreti buna nazaran pek yüksek bir meblâğ tutuyorsa, idarenin tahliye talebinde bulunmaması ve

[3] Bak: *Ferit H. Saymen*, Akdin infazı halinde hakkın suiistimali, *İstanbul Baro Mecmuası*, 1941, sah. 547 - 572.

[4] Bak: *Ferit H. Saymen*, Hakkın suiistimalinin müeyyidesi, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt XI, sene 1945, sayı 1 - 2, sah. 311 - 327.

bu yüzden meselâ eşyanın kıymetinin bir kaç mislini ardiye ücreti olarak istemesi hüsnüniyet kaidesi ile kabili telif olmayacağını «tasavvur ve kabul etmek» lâzımdır, sanırım. Nitekim Fransız *Seine mahkemesinin* 1921 senesinde verdiği bir karar bu noktai nazarı teyit etmektedir. Bu karara göre, bir kimise 6000 frank kıymetinde ve 230 ton ağırlığında olan 18 vagonluk demir talaşını bir yerden başka bir yere naklettirmiş, fakat mürsilünileyh bu eşyayı tesellüm etmemişti. Bu durum karşısında Demiryolları idaresi ne gibi bir hattı hareket takip etmeli idi? Ya demirleri müzayede ile satmak veya vagonları garaja çekerek ardiye bedelini mürsilünileyhe tediye ettirmek. Fakat durum devam ederse, Demiryolları idaresi bu masrafları teraküm ettirmek salâhiyetini haiz midir? Davada Demiryolları idaresi bu son şıkkı ihtiyar etmiş ve mürsilünileyhten 250,000 frank talep etmişti. Mezkûr mahkeme, tesellüm olunmayan malları uzun müddet garajda bekletmek suretile yüksek bir bedel talep etmenin bir hakkın suiistimali olacağını mütalâa ederek idarenin talebini reddetti (Gazette du Palais 1925: 411, not. 3 deki makalemizde bu karar zikredilmiştir.)

Binaenaleyh ahval ve şeraite göre, idarenin tahliye talebinde bulunmaması bir hakkın suiistimalini teşkil edebileceğini kabul etmek lâzımdır; yoksa bu yüzden «eşya sahiplerinin durumunun ağırlaşacağını kabul ve tasavvur etmek» mümkün olmadığını bildirmek ve bilâkis bunun «eşya sahiplerinin arzu ve menfaatlerine daha uygun olacağını», kat'i ve şaşmaz bir kıstas olarak vazetmek herhalde maslahata ve realitelere daima uygun olmaz kanaatindeyiz.

#### 4. Mülkiyet hakkının suiistimali.

Herhalde Yargıtay, yukarıki esbabı mucibesinin pek kuvvetli olduğunu hissetmiş olacak ki, hakkın suiistimali noktasına tekrar avdet ederek, meseleyi bu defa akdin ifası bakımından değil, fakat mülkiyet hakkının istimali bakımından inceliyerek diyor ki:

«Bu işlemde hakkın fena kullanılmış olduğu ve böyle bir hakkın kanunun himayesine mazhar olamayacağı yolundaki mütalâalar da yerinde ve değer verilir bir düşünce olarak sayılamaz. Çünkü herhangi bir mülk sahibi gibi mülkünde dilediği veçhile tasarruf yetkisini haiz bulunan idare, mülkiyete dayanan bu hakkını yasalı olarak kullanmıştır.»

Bu esbabı mucibe de tatmin edici değildir. Filhakika:

a) Meselede mevzuu bahsolan mülkiyet hakkının istimali değil, fakat bir akdin ifasıdır. Yargıtay bu akdin bir kira akdi olduğunu beyan ettikten sonra, artık idarenin kiraladığı mülkte dilediği gibi tasarruf etmesini kabul eylemesi bir tezad teşkil eder. (Yukarıda bu noktayı tahlil etmiştik; bak: No. 2, b). Akid, kira akdi olmasa bile yine mesele olduğu

gibi ayaktadır; zira, mülkiyetin istimali mutlak bir hakkı mevzuu bahsederken, akdin ifası ancak nisbi bir hakkı mevzuu bahseder. Bu suretle iki noktayı birbirine karıştırmak hukuki tasniflere ve mefhumlara aykırıdır. Nitekim yukarıda zikrettiğimiz Medeni kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrası bu lâzıme uyarak «hakların istimalini», «borçların ifasından» ayrı olarak zikretmiştir.

b) Meselenin mülkiyet hakkı ile alâkalı olduğunu kabul etsek bile Yargıtayın dediğini yine mutlak olarak kabule imkân yoktur. Zira yüksek mahkeme yine çok şümüllü olarak «... Herhangi bir mülk sahibi gibi mülkünde dilediği vechile tasarruf edebilmek» salâhiyetini idareye tanımaktadır. Halbuki Medeni kanunun aynı hakların ta başındaki 618 inci maddesi malike mülkünde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını tanıırken bunu kanunun çizdiği hudutlar içerisine almış bulunmaktadır. Filhalkâ mezkûr maddenin birinci fıkrasına göre:

«Bir şeye malik olan kimse, o şeyden *kanun dairesinde*, dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir.»

Bu tasarruf salâhiyetine kanunun çizdiği birinci hudut hüsnüniyet ve hakkın suiistimalidir. Yani mülk sahibi mülkünü başkasına zarar verecek ve hüsnüniyet kaidelerine muhalif olacak bir tarzda kullanamaz. Hatırlatmağa lüzum var mı ki, hakkın suiistimali doktrine ve jürisprüdans'e mülkiyet hakkının kullanılması yolundan girmiştir (lüzumsuz olarak arsanın sınırına yükseltile duvar hâdisesini hatırlatalım).

Şurasını da ilâve edelim ki mehazimiz olan İsviçre Medeni kanununun tevhidî mevzuu bahsolunca, 1900 tarihli Adalet Bakanlığının ön projesi hakkın suiistimalini yalnız mülkiyet hususunda derpiş ederek 644 üncü maddesine şöyle bir hüküm vazeylemiştir:

«Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanunun hudutları dairesinde serbestçe tasarruf etmek hakkını haizdir. *Açık surette aharı izrar etmek kasdı olmadıkça o şey en mutlak bir surette istimal olunabilir.*»

Projenin gerekçesini yazan Profesör Eugène Huber de en mutlak bir hak gibi telâkki edilen mülkiyet hakkının aharın hakkı ile hudutlandığını bildirmekte idi (Exposé des Motifs, sah 431). Bazı İsviçre hukukçuları bu maddeye karşı cephe alarak lüzumsuz olduğunu, diğer bazıları ise gayet dar olduğunu beyan ediyorlardı. Mütahassıslar komisyonunda bu muhtelif görüşler müdafaa olundu ve komisyon hakkın suiistimali lehine 24 ve aleyhine 4 oy ile prensipi kabul etti (Protocole de la Commission d'Experts, cilt III, sah. 2 ve 3). Kanunun umumî hükümleri mahdut bir komisyonda hazırlanırken mesele tekrar ele alındı ve 644 üncü maddenin 2 nci fıkrası mülkiyet bahsinden çıkarılarak zabıtarlar bahsine ithal edilmekle nihai projenin 3 üncü maddesi vücade getirildi. Mezkûr madde şu şekilde idi:

«Herkes haklarını istimal ve borçlarını ifa ederken hüsnüniyet kaidelerine uymağa mecburdur. Hakını açık bir şekilde suiistimal eden kimse hiç bir hukukî himayeden istifade edemez.»

Bu yeni metin eski metni bir hayli genişletmekte ve bilûmum haklara tatbikini mümkün kılmakta idi. Mecliste almanca raportör Huber ve Fransızca raportör Rossel dinlendikten sonra, madde gayet cüz'î bazı tadilat ile kabul olunmuş ve bugünkü ikinci maddeyi teşkil etmiştir.

Bu kısa tarihçe hakkın suiistimalinin mülkiyet hususunda kabili tatbik olmadığını değil, bilâkis hakkın suiistimali nazariyesinin mülkiyet hakkının kullanılması vesilesile ilk olarak ortaya çıktığını açıkça göstermektedir. Bugün bütün doktrin ve ecebî mahkeme içtihatları mülkiyet hakkının suiistimalini çok geniş bir şekilde kabul etmektedirler.

Bu vaziyet karşısında meselede idarenin mülkiyet hakkını kullanmasının mevzuu bahsolduğunu kabul etsek bile, Yargıtayın niçin «yasalı olarak kullandığını» düşündüğünü bildirmesi lâzım gelirdi.

\*

*Bir şahsın kendisile akid yapabilmesi [1]*

**YARGITAY**

Ticaret Dalresi

Esas: 944/2540

Karar: 1747

Tarih: 12.9.1945

Davacılar vekili, müekkillerinin üyesi buldukları Yelkencizade ve Mahdumu kollektif şirketi gayri muhik bir suretle feshedilerek müekkillerinin bütün hakları ve alacaklarının Ö. L. ye ve Ö. L. nin zimmeti müekkilleri adına ibra edilmiş olduğundan, hileye müstenit olan bu fesih, tasfiye, devir ve ibra muamelelerinin fesih ve iptaline ve şirketin mahkeme kararile feshine ve mevcut alacak ve borçların kanunî hükümlerine tevfikân tasfiyesine karar verilmesini istemiştir.

**KARAR:** Bozma kararına uyularak yapılan duruşma sonunda; davacıların davayı tevkil eyledikleri vekâletnamede sulh ve ibraya dair verdikleri yetki kendisini ibra hususuna şâmil olmayıp müekkilleri ile üçüncü şahıslar arasındaki muameleden dolayı üçüncü şahısları ibraya matuf bulunduğu ve şu halde vekilin telâkki ettiği vekâlete binaen müekkillerine atfen nefsinin ibra etmesi caiz olmadığından bu mânada kullanılan ibra kaydının hükümsüzlüğüne, ancak mirasçılar hesabına müteallik olmak üzere davanın mezkûr vekâletnameye istinaden tevkil eylediği

[1] Adalet Dergisi 1946, yıl 37, sayı 2, Yargıtay kararları, Hukuk kısmı, sah 26-28.

Ü. O. ve V adlı adamlarla beraber mevcut şirketi bozarak şirket defterine göre gördüğü hesap ve yaptığı tasfiye ve devir sonunda tanzim olunan 14/5/1935 tarihli bilançonun şirket defterleri mündericatinde tamamen uygun olduğu davacıların aleyhine bir işlem yapılmadığı ve tasfiyede dahil bulunan Yelkenci vapurunda tasfiyenin yapıldığı 1935 senesi mayısındaki İstanbulda değerinin 34530 lira olduğu bilirkişilerin raporile sabit bulunmuş ve binnetice davacıların hile iddiaları sübut bulunmamış olduğundan ve saireden bahisle davanın reddine karar verildiğini natıktır.

Temyiz eden ve duruşmayı istiyen: E. Y. vekili ve L. ile N. Y. vekili.

### TEMYİZ KARARI

Temyiz edenlerin istemi üzerine belli günde temyiz edenlerden E. Y. adına vekili avukat A. H. Ö ve ölü Ş. kızı L. ve karısı N. adına vekili avukat K. Ö. ve karşı taraf adına vekili avukat Ş. K. gelip temyiz sureti hakkında karşı taraf vekilinin bir diyeceği olmadığı ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve vekiller dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka bir güne bırakılmıştı. Bu kere temyiz olunan ilâm ile dosya içindeki bütün kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylarıldı.

Dosya içinde bulunan vekâletnamede davalıya davacı mirasçılar tarafından vapur hisselerinin vesairenin kendi namına iştirasına ve bu suretle tasfiye yapmağa yetki verildiğine dair hiç bir kayıt ve sarahat bulunmamaktadır. Müekkili ile vekilin menfaatlerinin taarruz ettiği hususlarda vekilin yaptığı bağış ve muamelenin iki tarafı birden tevelli etmesine kanunen cevaz yoktur. Hâdisede kıyas yoluyla tatbik edilebilecek olan ticaret kanununun 870 inci maddesi hükmünce vekil veya komisyoncu borsa ve piyasada fiyatları muayyen olan emtia ve kıymetli evrakı müşteri sıfatıyla kendisi satın alabilirse de bu davada davalı tarafından devir ve temlik edilen şeyler borsa ve piyasada fiyatları muayyen olan emtia ve eşya kabilinden değildir. Bu itibarla davalının tevkil eylediği ve kanunen kendi makamına kaim olan kimselerle birlikte şirketi tasfiye ettirdiği sırada davacıların mallarını kendisine devir ve temlik etmekle vekâlet yetkisini tecavüz etmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan muhasip raporunda davalının yaptığı bilançonun şirket defterlerindeki kayıtlara tamamilen uygun olduğunun gösterilmesi davalının yukarıda yazılı surette yaptığı tasfiye ve devir muamelesine sıhhat izafe edecek bir olay sayılamaz. Kaldı ki muhasip raporunda Yelkenci vapurunun mukayyet kıymeti ile bilançoğa geçirilmiş olan kıymeti arasındaki farktan ve mirasçılardan birinin kasasına ait olan borcun mirasçı namına geçirilmesinden

ve diğ er bazı hususlardan bahsedilmiş ve bunların dikkati calip bulunduğ una işaret edilmiş olduğ u halde davacı mirasç ıların zimmet ve matlup miktarına tesir edecek birer olay teşkil eden bu noktalar hakkında da gerekli inceleme yapılmaksızın sözü geç en vapurun tasfiye tarihindeki rayiç kıymetinin bilirkiş ilerden tahkiki ile iktifa edilerek mücerred bilânç onun defter kayıtlarına uygun olmasına dayanılmak suretile davanın reddi cihetine gidilmiştir ki bu da inceleme ve soruşturma bakımından eksiklik sayılmış tır.

Yukarıda gösterilen madde ve kanunî sebeplerden dolayı temyiz olunan hüküm usul ve kanununa uygun olmayıp bozma dileğ i bu bakımlardan yerinde bulunmaktadır. Bu sebeplerden dolayı hükümün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429 uncu maddesi gereğince BOZULMASINA ve aşağıda yazılı 770 kuruş temyiz masrafının ileride haksız çıkacak tarafından alınmasına 12/9/1945 tarihinde oybirliğ i ile karar verildi.

\* \* \*

Yargıtay Ticaret Dairesinin yukarıya çıkardığımız kararı hukuk ilminin en çetin meselelerinden birini aydınlatması, ve bu mesele hakkında Yargıtayca neşredilen kararların birinci bulunması bakımlarından fevkalâde mühim olduğ unu yazımızın başında tebarüz ettirmek isteriz. Filhakika, bir akit meydana getirebilmek için karşılıklı ve birbirine uygun iki iradeye lüzum olduğ una göre, akdin teşkili normal olarak bu iradele rin hâmilî iki şahsın karşı karşıya bulunmasile mümkündür. Fakat bazı istisnaî hallerde bir tek şahsın akdin iki tarafını teşkil ederek bir akit meydana getirebilip getiremeyeceğ i meselesi doktrinde uzun münakaşalara yol açmış ve bu münakaşalar kanunlarda bazı akisler dahi yaratmıştır.

1943 senesinde sayın üstad Ord. Prof. Ebülûlâ Mardin'in tedris hayatının 30 uncu yıldönümünün kutlaması dolayısıyla İstanbul Hukuk Fakültesi profesör ve doçentlerinin kendilerine ARMAĞAN ettikleri müşterek eserde, biz de şahsımıza düş en bu zevkli borcu yerine getirmek ve aynı zamanda eski hukukumuzun klâsik problemlerinden birinin bugünkü hukukumuz tarafından nasıl halledilmiş olduğ unu araştırmak düşüncesile bu mühim meseleyi ele almış tık [2].

Bir tek şahsın akdin iki tarafını tevelli edebilip edemeyeceğ i hususunda ileri sürülen nazariyelerden temsil nazariyesini müdafaa ederek, *hukuk tekniğ i* bakımından meselenin ancak bu müessese ile kabili izah olacağını belirtmiş tük. Yukarıki kararile Yargıtayın bu görüşümüzü benimsediğ ini büyük bir zevkle görmekteyiz.

[2] Bak.: Ord. Prof. Ebülûlâ Mardin'e ARMAĞAN, İstanbul 1943, sah. 1079-1136 ve ayrı bası, İstanbul 1944, sah. 56.

Filhakika «bir şahıs kendi namına icapta bulunurken yine kendi namına kabul ederse, ortada hiçbir hukukî muamele mevcut olmaz; hak ik-tisap edecek veya borçla mükellef olacak kimsenin, hiç değilse kendisinden başka biri ile muameleye girişmesi veya onu temsil etmesi lâzımdır; veya iki ayrı şahsın aynı zamanda mümessilî bulunması lâzımdır. Bu su-retle akit yapınca, akit hakikati halde temsil olunan şahıslara ait olur ve mümessil ortadan silinir. Binaenaleyh mümessilînin her yaptığı mua-mele temsil olunan şahıs tarafından yapılmış ad ve itibar olunur». Şu hal-de mümessilînin temsil ettiği iki ayrı şahıs namına bir akit yapması müm-kün olduğu gibi bir şahsın iradesini mümessil sıfatile ve yine kendi ira-desini asil sıfatile beyan ederek bir akit yapması da mümkündür.

Ancak bu teknik imkân *pratik bakımdan* fevkalâde mahzurlu, hat-tâ tehlikelidir; zira mümessilînin kendi menfaatlerini temsil ettiği kimsenin menfaatlerine üstün tutması veya iki ayrı şahsı temsil ediyorsa bunlardan birinin menfaatlerini diğerininkilere feda etmesi çok mümkündür. Bu ise vekilin veya mümessilînin vazifelerile tearuz teşkil eder, zira vekil veya mümessil her şeyden önce temsil ettiği şahsın menfaatlerini korumak ve onun lehine hareket etmek mecburiyetindedir. Halbuki akdın iki tarafını tevelli edince buna pek imkân yoktur.

Bu itibarla bir tek şahsın akdın iki tarafını teşkil etmesine teknik bakımdan imkân varsa da pratik bakımdan pek de cevaz verilmez ve bu ademi cevaz esas kaideyi teşkil eder. Yani denilir ki, esas itibarile bir tek şahsın akdın iki tarafını teşkil etmesi mümkün ise de buna müsaade olun-maz. Ancak bu kaide bu kadar kat'î değildir. Zira bu yasağın sebebi, mü-messilînin temsil ettiği kimsenin menfaatlerini kâfi derecede korumaması, gözetmemesidir. Halbuki bazı hallerde temsil olunan şahsın menfaatleri-nin feda edilmesi bahse mevzu değildir. Ezcümle bir taahhüdün ifasında, temsil olunan şahsın sarîh veya zımnî izin vermesi halinde veya örf ve âdetin tecviz ettiği hallerde durum böyledir. Bunun gibi kanunun temsil olunan kimsenin menfaatlerini koruyucu tedbirler aldığı hallerde yine bir tek şahsın akdın iki tarafını tevelli etmesine müsaade olunur [3]. Zira Mecelle kaidesine göre «mâni zail oldukta memnu avdet eder.»

Nitekim Alman Medenî Kanunu 181 inci maddesinde der ki:

«Mümessilî mezuniyet istihsal etmiş olmadıkça temsil olunan kimse namına ne kendisiyle bizzat nefsi için ne de üçüncü şahsın mümessilî sı-fatile hareket ederek bir hukukî muamele yapamaz, meğer ki bu muamele münhasıran bir taahhüdün ifasından ibaret buluna.»

1927 senesinde hazırlanan Fransız - İtalyan Borçlar Kanunu projesi-nin 37 nci maddesinde de buna benzer bir hüküm mevcuttur:

[3] Zikri geçen etüdümüzün 1119-1129 uncu sahifelerine bak.



«Kanunun muhalif hükümlerile ticarete müteallik kaideler mahfuz olmak şartile, hiç kimse temsil ettiği şahıs namına, bunun izni olmaksızın, ne kendi hesabına, ne de başkası hesabına kendi nefsile akit icra edemez; maamafih, temsil olunan şahıs muameleye icazet verebilir.»

Ne Borçlar Kanunumuzda, ne de Ticaret Kanunumuzda bu yolda umumî bir hüküm bulunmamakla beraber, kanun vazınının düşüncesini belirtecek ve temayülünü açıklayacak bazı dağınık, münferit hükümlere tesadüf ederiz. (MK. 271, 376, no. 2, 406 no. 7, TK. 319, 870, BK. 427 ilh..)

Bütün bu hükümlerden şu umumî kaideyi çıkarabiliriz: «Taraflar arasında menfaat zıddiyeti bulunan ve binaenaleyh tehlike arzeden hallerde umumî kaide olarak bir tek şahsın akdin iki tarafını teşkil etmesine müsaade edilmemesi lâzımgelir; fakat tehlikenin önlenmesi mümkün olan hallerle menfaat ihtilâfı bulunmayan hallerde bir tek şahsın akdin iki tarafını tevelli etmesine istisnaen müsaade edilmek icap eder.»

Yargıtayın da bu esasa dayandığı açık olarak görülmektedir. Yüksek Mahkeme komisyoncunun yapacağı bu gibi muamelelere cevaz veren Ticaret Kanununun 870 inci maddesine dayanarak (kıyas yolile) diyor ki: Kanun, komisyoncunun akdin iki tarafını tevelli etmesine ancak borsada kayıtlı veya fiyatları muayyen olan emtia ve kıymetli evrak için müsaade etmektedir, zira bunların fiyatı alenen malûm olduğundan temsil olunan şahıs için bir zarar veya tehlike melhuz değildir. Fakat bunun haricine çıkılamaz; davada mevzuubahsolan husus bir gemi hissesinin satışı, bir şirketin tasfiyesi ve mümessilin kendisini ibra etmesi olduğuna ve bunların temsil olunan için zararlı veya tehlikeli bulunmasına göre mümessil bu hukukî muameleleri temsil olunan namına bizzat kendi nefsi ile yapamaz. Zira «vekâlet yetkisini tecavüz etmiş olur.»

Diğer taraftan Yargıtay Ticaret Dairesi haklı olarak diğer bir nokta üzerinde durmaktadır. Asliye Mahkemesi geminin satın alma fiyatının pek fahiş olmadığını, mümessilin yaptığı bilânçonun şirket defterlerine mutabık olduğunu ileri sürerek, ortada bir hile bulunmadığını mütalâa etmiş ve davacıların taleplerini bu noktadan reddetmiştir. Halbuki mesele, mebiin mümessil tarafından şu veya bu fiyatla satılması ve bu fiyatın mebiin hakikî değerine denk olması, yahut hesaplarının muhasebe usulüne ve şirket defterlerine uygun olup olmaması değildir. Bütün bu muamelelerin nazara alınması birer fer'i mesele olup asıl meselenin muteberiyetine tâbidir. Asıl mesele ise mümessilin kendi nefsi ile bir akit yapabiliş yapamıyacağıdır. Asliye Mahkemesi bu noktayı halletmeksizin bunun devamı olan muameleleri nazara alarak sahih olduklarını görünce davacıların davalarını reddetmiştir. Halbuki Yargıtay çok daha isabetli ve çok daha sıhhatli bir görüşle «... davalının yaptığı bilânçonun şirket defterlerindeki kayıtlara tamamile uygun olduğunun gösterilmesi davalının yu-

karıda yazılı surette yaptığı tasfiye ve devir muamelesine sınıhat izafe edecek bir olay sayılamaz» demekte ve ilâve eylemektedir: «... sözü geçen vapurun tasfiye tarihindeki rayic kıymetinin bilirkişilerden tahkiki ile iktifa edilerek mücerret bilânçonun defter kayıtlarına uygun olmasına dayanılmak suretile davanın reddi cihetine gidilmiştir ki bu da inceleme ve soruşturma bakımından eksik sayılmıştır.»

Bu kararın isabeti, dayandığı ilmi temellerin sağlamlığı, pratik ihtiyaçları karşılama, menfaat ve adalete uygun bulunması bakımlarından gönül açıcı, ümit vericidir.

F. H. S.

### III

#### Eser tahlil ve tenkitleri

[Doçent Dr. Ferit H. Saymen, Notlu Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunile Tatbikat Kanunu ve alâkalı diğer kanun, nizamname, talimatname v.s., İstanbul 1946, Hak Kitabevi, Fiyatı beş lira].

Doçent Dr. Ferit H. Saymen, uzun ve dikkatli bir çalışmanın mahsulü olarak, Medenî Kanunumuzla Borçlar Kanunumuzun yeni bir basımını meslekdaşlarımızın istifadelerine sunmuş bulunmaktadır. Büyük bir değer arzeden bu yeni basıda ilgimizi üzerine çeken muhtelif noktalar bilhassa şunlardır: Her şeyden evvel, Medenî Kanunumuzun nümerotaj eksikliği mehzaz İsviçre metni gözönünde tutularak, tamamlanmış; icabında mehzaz metne müracaatı mümkün kılmak gayesile, metindeki madde numaralarından sonra parantez içinde İsviçre metninin mukabil madde numarası gösterilmiş; ve her maddedeki alâkalı mefhum ve tâbirlerin diğer mevzuattaki hüküm ve maddelere atıfları icra kılınarak medenî mevzuatın bir araya toplanmasına çalışılmıştır.

Sayın Doçent, bütün bunlardan başka, medenî hukuk incelemeierinde müracaat edilmesi gereken kanun, nizamname ve talimatnameleri, Medenî Kanunun sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanun ile birlikte eserin sonuna derceylemiş; türkçe metnin aydınlatılmasına yardım edecek olan önemli yanlış tercümeler ile noksan nakilleri not halinde ilâve etmiş; resmî metnin basısı sırasında biribirine karışmış olan ve bu suretle mânayı iğlak eden maddeleri yerlerine koyarak altına not halinde durumu izah eylemiş; ve nihayet, metnin sonuna, çok faideli olduğu şüphesiz bulunan bir umumî fihrist ile mefhum üzerine tertip edilmiş bir alfabetik indeks ilâve etmiştir.

Büyük bir itina ile hazırlanan bu kıymetli eserden dolayı sayın doçent Dr. Ferit H. Saymen'e ve eserin yayınlanmasını mümkün kılan Hak Kitabevine teşekkürlerimizi sunmaktan büyük bir zevk duyarız.

R. G. O.