

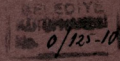
Hukukî Bilgiler Mecmuası

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

AVUKAT

GAD FRANKO MİLÂSLİ



Adres : Galata, Bahtiyar han Bay Gad Franko yazıhanesi

Telefon : 43009

Bir nüshanın bedeli 25 kuruştur.

Bir senelik abonmanı posta ücretiyle beraber 250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

İSTANBUL

HANRİ ZELLİÇ VE MAHDUMU BASIMEVİ

1938

Mezkûr eserin 36 inci satırında (19-2) diye madde ve fıkra numaraları gösterilmiştir. Hata ve sevap cetvelinde bu, (192) olarak tashih edilmiş ise de, mevzuu bahsedilen hâdiseye göre (191-2) şeklinde tashihi lâzım gelirdi, ve 191 inci maddenin ikinci fıkrası demek idi.

Eserin 63 üncü sahifesinin 274 üncü bendinde ve 229 uncu sahifesinin birinci satırında (tavzif) kelimesi mevcuttur. Bu kelime hata ve savap cetvelinde (tavsif) şeklinde düzeltilmiştir. Halbüki kelime (Tavzih) olarak tashih edilecektir.

Son söz olarak, değerli Müddeiumuminin bu eserinin daha mükâmil eserlerinin ve memleketimizde (Dallos) külliyyatı şeklinde eserlerin intişarına bir başlangıç olmasını candan dilerim. Mahir Ülküsâli kutlularım.

Tunçeli C. Müddeiumumi M.

Hâmit Selekler

Evlenmeye izin

Türk medenî kanununa göre evlenme yaşı, rüşt yaşından farklı ve ondan daha duundur.

3453 sayılı kanun ile değişen 88 inci maddeye göre bu yaş, erkekler için onyedi, kadınlar için onbeş yaşın ikmali ile tehakkuk etmiş ad olunmasına rağmen, aynı kanunun 11 inci maddesine nazaran rüşt, onsekiz yaşın ikmali ile başlar.

Rüşt, kişiyi her nevi tasarrufata ehil kılar. Buna mukabil reşit olmıyan şahsın tasarrufatı kavliye ve filiyesi tafsile tabi tutulmuş, bazı muamelâtı mümeyyiz olmak kaydû şartile bizzat inşa edebildiği halde, diğer bazı tasarrufatında kanunî mümessilinin rıza ve muvafakatı aranmış ve hatta bazen hakimnin dahi müsaadesi şart kılınmıştır.

Kanun evlenme akdinin mahiyetini, bünyesindeki hususiyetlerini ve vecibe tahmil edebilmek iktidarını haiz neticelerini göz önünde tutarak, rüşt yaşından daha dun olarak kabul etmek mevkiinde kaldığı yaş müsaadesini, 90 inci maddesinde mümessili kanunisinin rıza ve muvafakatine talik eylemekle müvazenelendirmiştir.

Evlenme yaşını idrak etmiş olmasına rağmen sinni rüşte vasıl olmadığı için küçük ismi altında toplanabilen kadın ve erkeğin evlen-

mesi için 90 ıncı maddeye göre «ana ve babasının veya vasisinin rızasını almak mecburiyeti» vardır. Bunların rızası istihsal edilmedikçe evlenilemez.

Her kaidenin olduğu gibi bu esasın da müstesnasını kanun derpiş etmiş ve 88inci maddenin ikinci fıkrasında şu hükmü vazetmiştir: «sukadar ki hakim, fevkalâde hallerde ve pek mühim bir sebebe mebni onbeş yaşını ikmal etmiş olan bir erkeğin veya ondört yaşını bitirmiş olan bir kadının evlenmesine müsaade edebilir.

Karardan önce, ana baba veya vasinin dinlenmesi şarttır.»

Hâkimin evlenmeye müsaade edebilmesi için dört şartın tehakkuku lâzımdır :

A — Fevkalâde hal ve pek mühim bir sebep olmalıdır.

Kanun bu pek mühim sebep ve fevkalâde hali tayin etmiyerek hakimın taktirine terk etmiştir.

Evlenme akdinin mahiyeti, neticeleri ve küçüklerin evlenmele-rindeki sıhhi ve içtimaî mahzurlar göz önüne getirilerek fevkalâde hal ve mühim sebebin taktirinde hakimlerin fazla hassas davranmaları lüzumunu ihtarda bütün dünya şarihleri müttetikler.

Bu hususta sayın hocam Ebul'ala diyorki « yapılacak şey, aklıselimin ilhamlarını pişiva ittihaz etmek, ve fevkalâde halin mevcut olup olmadığını taktir eylemek lâzımdır. » (1)

Fevkalâde halin yalnız gebelikten ibaret olduğu hakkındaki telâkki kanunumuzun tarzı takninine göre bir tahdit mahiyetinde bulunduğ gibi esasen temyiz mahkemesince de mazharı tasvip olmamıştır.

7/6/935 tarihli tevhide içtihat kararına göre; «kanunu medenin 88 inci maddesinin fıkrayı istinayesinde yazılı fevkalâde hal ve mühim sebep tayin ve tahsis edilmিয়েক mutlak bırakılmış ve bu itlakı takyit edecek bir kayıt ve karine de bulunmamış olmasına göre keyfiyetin hâkim tarafından taktiri icap edip, mühim sebebin hamil bulunması haline hasrı muvafık olamaz » Temyiz ikinci hukuk daire-sinin 9/11/937 tarihli kararına göre: « fevkalâde hal ve sebep alâkalının hamil haline münhasır olmadığından, talibin bulunduğu vaziyet ile evlenmeyi icap ettiren lüzum ve zaruretin lâyıki ile tahkiki ve ka-

(1) Üniversite tedrisatı Şahsın hukuku.

nunî yaşı ikmal ettiği ve evlenmesi menfaatli, ve aksi hal hayat ve şerefi noktasından telâfisi gayrikabilî zararı mucip olacağı anlaşılırsa evlenmeye izin verilmek lâzımdır.

Yüksek temyiz mahkemesinin bu kararına esas olan hadise, bir kızın iâşesini temin edecek kimsesi olmadığından ve Mehmet isminde biri evlenmeye talip olup bu izdivaç kendisi için menfaatli olacağından müsaade verilmesi talebi idi.

Aynı dairenin 5/11/935 tarihli kararına göre: davacının, bîkrini izale eden Derviş ile evlenmesi, Dervîşi cezadan kurtarmaktan başka bir faide temin edemiyeceği mahkemece yapılan tetkikattan anlaşılmuş olmakla hadisenin fevkalâde ahvalden addine mesağ yoktur.

Bu kararlar da gösteriyorki, hâkim fevkalâde hâl ve mühim se. bebi taktirde alâkalının bulunduğu hal ve vaziyeti ile menfaatını nazarı dikkate alacak ve hakkı taktirini istimal edecektir.

B — Alâkalı kanunun tayin ettiği yaşı ikmal etmiş bulunmalıdır. Yani, erkek onbeş, kadın ondört yaşını ikmal etmiş olmalıdır. Kadın ve erkek bu haddi kanunîyi idrak etmemiş iseler, fevkalâde hal ve mühim bir sebep bulunsa bile hâkim evlenmeye izin veremez.

Bu hususta salâhiyetli mahkeme, müddeinin bulunduğu mahal mahkemesidir. Yani ikametgâh hâkimi betahsis salâhiyetli değildir. Bu şekilde bir karar istiyecek kimse, muvakkat bir zaman için bir mahalde bulunmuş olsa bile, o mahallin sulh hâkiminden bu kararı isteyebilir. (A. Himmet - makale *Hukukî Bilgiler* Mart 938) Hem kadın ve hem de erkek için böyle bir karar almak zarureti varsa her ikisi için ayrı ayrı karar almak lâzımdır. Biri hakkında alınacak karar diğer taraf için hüküm ifade etmez. Vazifedar mahkeme, H. M. U. K. 8 inci Maddesinin 3 üncü bendine nazaran sulh hâkimidir.

C — Alâkadar küçüğün bizzat müracaat etmiş olması lâzımdır. Ana, baba veya vasinin, fevkalâde hal ve mühim bir sebep dermeyanı ile izin talebine hakkı yoktur, (Ebul'ala).

D — İzinden evvel ana, baba veya vasi dinlenilmiş olmalıdır. Dinlenilmiş olmak tabirinin delalet ettiği mana, bir lüzum ifade etmemiş olmaktır. Yani hâkim, mümessili kanunîyi dinler, hadise hakkında tenevvür eder ve sonra hakkı taktirini istimal eder demektir.

Ancak, çok kıymetli Türk hukukcuları, 88 inci maddedeki mümessili kanununin yalnız dinlenilmekle iktifa edilemeyip, 90 inci madde ile tenazuru muhafaza etmek için bu mütalaanın hâkimi takyit edeceği reyinde bulunmaktadırlar.

Temyiz ikinci hukuk dairesinin fazıl ve âlim reisi Bay Himmet, *Hukukî Bilgiler* mecmuasının mart 938 sayılı nüshasındaki makalelerinde diyorlarki: «filhakika veli ve vasi de dinlenir şeklindeki serahatten, veli ve vasinin muvafakatı lâzım olduğu manası çıkmaz. Ancak, kanunun sakit bulunduğu noktalar düşünülürken meseleye tealluk eden diğer hükümleri de nazara almak icabeder. 90 inci madde, sureti mutlakada, küçükler ana babasının veya vasinin rızası olmadıkça evlenemeyecekleri serahatini ihtiva etmektedir. İzinde bu serahat nazara alınmazsa kanunun hükümleri arasında ahenk kalmaz. İzinde veli ve vasinin ademi muvafakatini nazara almamak hem 90 inci maddenin itlakına hem de velinin müsbet ve menfi arzu beyanının kat'iyeti hakkındaki hükme muhalif düşer ».

Profesör A. Samim diyor ki: «90 inci madde hükmünce küçük ana, baba veya vasisinin rızası olmadıkça evlenemeyeceğine nazaran hâkimin mühim bir sebebe mebni istisnaen evlenme yaşına vüsulden evvel evlenmeye müsaade edebilmesi için ana, baba veya vasinin istimai, kâfi olmayıp rızası olması icabeder ». ⁽¹⁾

M. Reşit şu mütalaadadır: «Her nekadardır: Her nekadardır metinde ana, baba ve vasinin dinleneceği beyan edilmesinden bunların muvafakatlerinin lâzım olmadığı anlaşılabilirse de 90 inci madde hükmüne tevfikân küçük ana ve babasının veya vasisinin rızası olmadıkça evlenemeyeceğinden bunların bu bapta muvafakatleri lüzumu zaruridir. Bu maddede — 88 — sadece kendilerinin dinleneceği beyan edilmesi bir eseri sehivdir ». ⁽²⁾

Ebul'ala ise diyor ki: «Evlenme yaşına vasıl olupta rüşd yaşını henüz idrak etmeyenlerin alelâde evlenmeleri kaideten ana ve babanın muvafakatine bağlı iken bu istisnai halde kaideden vaz geçilmesi, yalnız mütalaa ile iktifa edilmesi dikkate değer bir hükümdür. İhtimal

(1) A. Samim: Medenî Hukuk, cilt 2. Kısım 1, S. 19.

(2) M. Reşit: Kanunu medenî şerhi, Cilt 4, Kitap 2. S. 15 No. 2.

ki kanunumuz böyle bir evlenmeye bunların esasen muteriz kalacaklarını nazara alarak mehazın iltizam ettiği usuldan ayrılmıştır. » (1)

Medenî kanunumuz hakkında istifadeli bir şerh yazmış olan avukat Dr. Gad Franko Milâslı da bu mevzuda şu mütalaayı sert etmektedir: « Kanunumuz bir taraftan işe mahkemeye göndermekle bir parça daha müşkül davranmış ise, diğer taraftan ebeveynin inzı-mamı muvafakatini şart olarak koymamak suretile teshilât gösteriyor. Zira bizde yalnız hâkim, ana, baba ve vasiyi dinler, yani onları celple mütlaalarını sorar, muhalefet dahi etseler eğer bu muhalefeti haksız, gençlerin ve bahusus doğacak çoeğun menfaatine mugayir görürse nazarı itibare almaz ». (2)

İstitraden mehazla kanunumuz arasındaki esaslı bir farkı da işaret etmek isterim.

Mehazda bu hususta izin vermek salâhiyeti kanton hükumetine ait bir vazife olarak tesbit edilmiş olduğu halde bu salâhiyet mahkemeye verilmiş bulunmaktadır. Türk kanun vazının, işe, adli bir kıymet vermiş olması ve idarî mahiyetini kabul etmemiş bulunması dahi müdafaa edeceğimiz tezin sıhhatine bir delil teşkil eder. Zira, son sözü hakime söyletmek murat olmamış olsa idi, vazı bunu idarî makama bırakır, mümessili kanununin ademi rızası halinde otomatikman bu talebi red ettirirdi. İşin adliyeye tevdi, hakkı taktirin istimaline imkân verebilmiş olmak içindir.

Mehazla aramızdaki ikinci fark, bu hususta mümessili kanununin muvafakatinin şart kılınmış olmasındadır. Mehazın G. Frankonun sözü geçen kitabındaki tercemesine nazaran bu sadatte, « ebeveynin veya yasinin muvafakatleri inzınam ederse » denilmiş olduğu görülmektedir.

Biz, 88 inci maddenin emri tatbikinde mümessili kanununin rızasının şartı mutlak olmadığı reyindeyiz. Hâkim bunları ancak tenevvür etmek için dinler. Son söz hâkimin hakkı takdirine aittir. Bu neticeye varmak için, iki esaslı mesnedimiz olduğu kanaatindeyim.

Bunlardan birincisi, kanun vazının, vazettiği metinlere aynen riayet etmek mecburiyetidir.

(1) Üniversite tedrisatı. Şahsın hukuku — zâtf notlarından —

(2) G. Franko: Kununu medenî rehberi. Cilt 1, S. 88.

Kanun yapana bir hata veya nisyan isnadetmek için haklı hiç bir delilimiz yoktur. Mademki « dinlenir » şeklinde bir hüküm mevcuttur. Onu kemaline sarf ederek itlakı ile tatbik etmeliğimiz lazımdır. Metnin tebdili, ilmi bir zaruret ise, bunu ancak tefsir ve daha doğrusu tadil yolu ile ikmal ettirmeliyiz.

Kıymetli hocam Ebul'alanın, yukarıda zikrettiğim mütaleasını nasıl bir beyanı mücerret ile ret edebiliriz? Kanun vazının bu şekilde düşünmediğini isbat için elimizde nasıl bir delili maddî vardır?

İkinci sebebi, hadisatın bünyesinde mevcut hususiyetler teşkil eder. Filhakika :

Küçüğün, ana ve babasının veya vasisinin rızası olmadıkça evlenemesinin istihdaf ettiği manayı tefahhus etmek, varmak istediğimiz neticenin tehakkuku için kuvvetli bir amil olacaktır.

Yukarıda da kısaca işaret edildiği üzere hayat şartlarının tehalüfü, muamelâtı medeniyenin tekessür ve tenevvüü, reşit olmıyan bir şahsın bütün icabatı kanuniyeyi ve netayici muhtemeleyi idrak edemiyeceğini kabul ettiren kuvvetli bir sebeptir.

Bunun içindirki: gayri reşidin muhtelif tasarrufatı, veli veya vasisinin muvafakatı ile takyit edilmiştir. Bunun manası, gayri reşit tasarruf sahibini himaye, menfaatlerini muhafaza endişesidir. Yapılabilecek akitlerin en müşkülü ve en vahim neticeler tevhit edebilecek olanı bulunan evlenme akdinin inşası hususunda, küçüğün menfaatlerini vikaye etmek, bunun için de mümessili kanununin rıza ve muvafakatini şart kılmak tabiidir.

Yani kanun vaznı; derecei ulâda, küçüğün menfaat ve himayesini kasdetmiştir.

Şarihlerin mühim bir kısmına göre, rıza ve muvafakatın istih-sali; analık ve babalık vasfına tealluk eden bir hal olmakla, şahsî bir hak bulunan bu salâhiyetin tarzı istimali aleyhine kanun yoluna gidilemez. (1)

(1) Rosel, Abdürrahman Münip, A. Samim, M. Reşit, Sıddık Sami bu reydedirler.

A. Samim: (2) No. daki kitap. S: 22.

M. Reşit: (3) No. daki kitap S: 17. No. I.

A. Münip ve Sıddık Sami'nin notlarını şahsen tetkik edemedim. Reylerini Ebul'alanın Üniversite tedrisatındaki notlarından naklediyorum.

Hatta, okadar ki, ana ve babadan biri, mümeyyiz olmak şartile mahcur dahi olsa muvafakatinin istihsalını şart kılıyorlar.

Bu mütalaa kabul edildiği taktirde ana ve babanın rızasını esirgemesi halinin 88 inci maddenin fıkrâi istisnaiyesinden istifade etmek istiyen küçük için nekadâr vahim olacağı taktir edilebilir.

Hadisenin bünyesinde mevcut ihtimalleri şarihlerin misâlleri üzerinde tetkik edersek hakikatı daha açık olarak idrak etmek mümkün olur.

Mesela Profösör A. Samim, fevkalâde hali izah ederken diyor ki: «muafiyeti icap ettiren haller onbeş yaşını bitirmiş ve fakat 18 yaşını bitirmemiş olan bir kadının kocası olacak erkekte gebe kalmış olması veya onbeş yaşını ikmal etmiş ve fakat henüz onsekiz yaşını bitirmemiş olan bir erkeğin sülbünden yakın bir «zamanda bir çocuk tevellüt eyliyeceği muhakkak bulunması gibi sebeplerdir. Kanun bu gibi ahvalde, doğacak çocuğun gayri meşru, (nesebi gayri sahlıh olarak) tevellüdüne mani olmak gayesile evlenme çağına girmezden evvel evlenmiye müsaade edilebilmesine, cevaz vermiştir». (İki No.daki kitap S. 18-19)

Tasavvur edebiliriz ki, A. Samimin misalindeki gebe çocuk mahkemeye müracaat etmiş, fevkalâde halin mevcudiyetine binaen evlenme müsaadesini istemiştir.

Mahkemeye davet edilen ana ve baba diyorlar ki: kızımız evlenmek istediği adamdan gebedir. Fakat biz onu bu vaziyetinde alacak zengin bir koca bulduk. Bir sene bekleriz. Doğan çocuktan dolayı asıl baba aleyhine babalık davası ikame ederiz. Çocuk nesep sahibi olur. Ve sonra kızımızı istediğimiz zengin adam ile evlendiririz. Bu izdivaç kızımızın lehinedir. Çünkü baba, fakir bir adamdır. Bu sebeple rızamız yoktur.

Hâkim, vaziyeti tetkik ediyor. Kız, baba mevkiinde olan adamı istiyor. Doğacak çocuğun, tanıma suretile babasını tayin, masum için ne de olsa bir lekedir. Şarihlerin de ittifak ettikleri fevkalâde hal ve mühim sebep vardır. Evlenmeye izin vermek arzusundadır. Fakat ne çareki ana ve baba rızalarını esirgedikleri için müsaade etmemek zorunda bulunuyor.

Yahut, müsaade ediyor. Fakat ana ve baba bilâhare evlenme

memuruna rızaları olmadığını ve evvelce de mahkemede bu yolda beyanda bulunduğunu bildiriyorlar. Küçük evlenemiyor.

Hele, bazı müelliflerin noktayı nazarı kabul edilerek bu ademi rıza aleyhine hakkın sui istimali iddiasile müracaat hakkı da kabul edilmez ise küçükün bariz hakkı ziyaa, hükmü hâkimle tehakkuk eden menfaati tecavüze uğramış olmiyacak mıdır?

Küçükün, kanun yoluna müracaat hakkını kabul etsek bile vaziyet ehemmiyetli surette değişmiyecektir.

Küçük, hakkın sui istimalı iddiasile mahkemeye gitse bile bir çok külfetlere tahammül edecek, bir müddet hakkı teahhura uğrıyacaktır. Hele bu arada evlenmek istediği babanın öldüğünü de tasavvur edersek, vaziyet cidden vâhim bir mahiyet iktisap eder. Diğer taraftan bu dava, asliye mahkemesi önünde ikame edileceğine göre, sulh hâkimine nisbetle daha zor usulü muhakemeye muhatap olacaktır.

Diğer taraftan görüldüyorki, bu ademi rıza yalnız hakkı velayetini haiz oldukları küçük hakkında değil, hakkı velayetini haiz bulunmadıkları müstakbel torunlarının hukukuna da tesir edebilmek ihtimalını haizdir. Bu, veliye fazla bir hak ve salâhiyet izafe etmek değil midir?

Mademki, hâkimin fevkalâde hal ve mühim sebep hakkında vereceği kararın infaz kabiliyeti, ana ve babanın rızaları ile mukayyet bulunacaktır, o halde keyfiyeti hâkime takdir ettirmenin manası nasıl izah edilecektir?

Biliyoruz ki, bir mahkeme kararının en bariz vasfı lâzımülinfaz oluşudur.

90 inci maddede yalnız evlenmek isteyen bir küçük vardır.

Bunun evlenmesini zarurî kılan fevkalâde bir hal ve mühim bir sebep yoktur. Mümessili kanununin, ademi muvafakati, pek mühim bir zarar tevliit etmez.

Halbuki, 88 inci maddede hükmü hakimle teyit edilen bir fevkalâdelik mevcuttur.

İki madde arasında bu şekilde bir fark olunca, hükümlerinde de hadiseye uygun bir fark olması tabiidir.

Esasen bu hak, mahkemeye velayeti âmmesi hasebile tevcih edilmiş bulunmaktadır. Velayeti âmme müessesesinin kabulü, küçükün mevcut ve muntazar menfaatlerinin himayesi gayesine istinat etmektedir. O kadarki hâkim, velayeti, vesayeti ref edebilir. Tahdidat vaz'ına salâhiyetlidir.

Binaenaleyh, 88 inci maddedeki «dinlenir» tabirinin mevridine ve hali istisnaiye hasri ile hakimın fevkalâde hal ve sebebe binaen ve kanunî mümessilin mütalaasını da almak şartile vereceği kararın kat'i olduğunu ve ayrıca 90 inci maddeye imtisal mecburiyeti bulunmadığını kabul etmek lâzımdır.

Mehazın metni ne şekilde olursa olsun ve vazı ne düşünmüş bulunursa bulunsun, Türk metni yukarıdan beri izah ettiğimiz esbaba binaen daha doğru ve daha çok himaye edici mahiyettedir.

Aksi mütalaa, şayanı himaye olan ve hükmü hâkim ile teyit edilmiş bulunan bir menfaatin ziyaına imkân verebilir.

Fatih Sülh ceza hâkimi

Ekrem Köni

MAHKEME İÇTİHA TLARI

JURISPRUDENCE

Nafaka—Ecnebler arasında

Sayın Bay Gad Franko

İki ecnebi arasında tehaddüs eden bir nafaka davası hakkında Mahkemei Temyiz ikinci hukuk dairesi tarafından verilen bir karar münasebetile (*Hukukî Bilgiler*) mecmuasında 12/108 nümerolu ve 15/10/38 tarihli nüshasında intişar eden makalenizi okudum.

Mahkemei Temyiz kararını esas itibarile doğru bulmakla beraber tetkikata müteallik noksan gördüğünüz bazı cihetleri teşrih buyuruyorsunuz. Temyiz kararında ecneblerin hukuk ve vezaifi hakkındaki 23 Şubat 1330 tarihli kanunun dördüncü maddesi hükümlerinin nazarı dikkata alınmaması bir zuhul eseri olmak lâzım gelir. Lozanda akdedilen ikamet ve salâhiyet mukalevenamesinin feshinden sonra bu kanunî hükümlerinin tatbiki lâzım geleceğine göre ona nazare ntetkikat ifası ile müddeialehy tarafından serd edilen salâhiyet itirazı hakkında bir karar ittihazı kanunen zarurî idi.

Halbuki Temyiz kararında bu kanundan hiç bahs edilmeyerek yalnız yukarıda yazılı salâhiyeti adliye mukalevesinin feshi cihetinin kaydı ile iktifa edilmesi ve mahkemenin salâhiyetsizliği iddiasının bu itibar ile varid olmadığı neticesine varılması kanaatbahş olamaz. Bu noksanı